

# Sommaire

<b>Avant-propos</b>	13
Javier LETE <i>Université de Saint-Jacques de Compostelle</i>	

## **Titre 1. La responsabilité civile des établissements de santé privés**

<b>Chapitre 1. La responsabilité civile des établissements de santé privés</b>	
<b>Rapport de synthèse</b>	19
Anne GUÉGAN <i>Maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne</i>	

<b>Chapitre 2. La responsabilité civile des établissements de santé privés</b>	
<b>Rapport anglais</b>	31
Mélinée KAZARIAN <i>Université de Cardiff</i>	

<b>Chapitre 3. La responsabilité civile des établissements de santé privés</b>	
<b>Rapport belge</b>	49
Florence GEORGE <i>Chargée de cours à l'UNamur et chargée de cours invitée à l'UCLouvain Avocate au barreau de Liège-Huy</i>	
Pauline COLSON <i>Chargée de cours à l'UNamur Avocate au barreau de Bruxelles</i>	

<b>Chapitre 4. La responsabilité civile des établissements de santé privés</b>	
<b>Rapport espagnol</b>	79
Carlos GÓMEZ <i>Université Pompeu Fabra de Barcelone</i>	

<b>Chapitre 5.</b> <b>La responsabilité civile des établissements de santé privés</b> <b>Rapport français</b>	93
Farida ARHAB-GIRARDIN <i>Maître de conférences HDR à l'Université de Tours</i>	
<b>Chapitre 6.</b> <b>La responsabilité civile des établissements de santé privés</b> <b>Rapport italien</b>	117
Valerio FORTI <i>Professeur à l'Université de Lorraine (Nancy)</i>	
<b>Chapitre 7.</b> <b>La responsabilité civile des établissements de santé privés</b> <b>Rapport portugais</b>	125
Maria João VASCONCELOS <i>Professora Auxiliar à l'Universidade do Minho</i>	
<b>Chapitre 8.</b> <b>La responsabilité civile des établissements de santé privés</b> <b>Rapport tchèque</b>	133
Nicole GRMELOVÁ <i>Professeur associé de l'Université d'Économie de Prague</i>	

## **Titre 2.** **La responsabilité civile** **des établissements d'accueil** **des personnes âgées et/ou dépendantes**

<b>Chapitre 1.</b> <b>La responsabilité civile des établissements d'accueil de personnes</b> <b>âgées et/ou dépendantes</b> <b>Rapport de synthèse</b>	147
Ricardo PAZOS <i>Professeur assistant à l'Universidad Pontificia Comillas, Madrid (ICADE)</i>	
<b>Chapitre 2.</b> <b>La responsabilité civile des établissements d'accueil de personnes</b> <b>âgées et/ou dépendantes</b> <b>Rapport français</b>	177
Laurence GATTI <i>Maître de conférences à l'Université de Poitiers, Institut Jean Carboneir</i>	

<b>Chapitre 3.</b>	
<b>La responsabilité civile des établissements d'accueil de personnes âgées et/ou dépendantes</b>	
<b>Rapport portugais</b>	195
Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA	
<i>Docteur en droit (Institut Universitaire Européen, Florence)</i>	
<i>Professeur à l'Université de Minho (Portugal)</i>	
<i>Conseiller au Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)</i>	

### **Titre 3.**

## **Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19**

<b>Chapitre 1.</b>	
<b>Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19</b>	
<b>Rapport de synthèse</b>	207
Olivier GOUT	
<i>Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3</i>	
<i>Doyen de la Faculté de droit</i>	
<b>Chapitre 2.</b>	
<b>Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19</b>	
<b>Rapport allemand</b>	225
Jonas KNETSCH	
<i>Professeur à l'École de droit de la Sorbonne</i>	
<i>Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne</i>	
<b>Chapitre 3.</b>	
<b>Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19</b>	
<b>Rapport anglais</b>	237
Emmanuelle LEMAIRE	
<i>Lecturer in Law à l'Université d'Essex (Royaume-Uni)</i>	
<b>Chapitre 4.</b>	
<b>Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19</b>	
<b>Rapport belge</b>	267
Catherine DELFORGE	
<i>Professeure ordinaire à l'UCLouvain Saint-Louis – Bruxelles</i>	
François CUVELIER	
<i>Assistant à l'UCLouvain Saint-Louis – Bruxelles</i>	
<b>Chapitre 5.</b>	
<b>Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19</b>	
<b>Rapport espagnol</b>	285
Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ	
<i>Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Deusto</i>	

**Chapitre 6.**

**Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19**

**Rapport français**

Samuel FRANÇOIS  
*Professeur à l'Université de Rennes*

301

**Chapitre 7.**

**Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19**

**Rapport italien**

Valerio FORTI  
*Professeur à l'Université de Lorraine (Nancy)*

313

**Chapitre 8.**

**Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19**

**Rapport portugais**

Maria João VASCONCELOS  
*Professora Auxiliar à l'Universidade do Minho*

321

**Chapitre 9.**

**Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19**

**Rapport tchèque**

Veronika VANIŠOVÁ  
*Université d'Économie de Prague*

327

**Titre 4.**

**La responsabilité civile de l'employeur  
vis-à-vis et du fait des salariés**

**Chapitre 1.**

**La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés**

**Rapport de synthèse**

Vincent RIVOLLIER  
*Maître de conférences en droit privé  
Université Savoie Mont Blanc. Centre de recherche en droit Antoine Favre  
En délégation CNRS, Centre Max Weber UMR 5283*

343

**Chapitre 2.**

**La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés**

**Rapport allemand**

Martin ZWICKEL  
*Enseignant-chercheur, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*

367

**Chapitre 3.**

**La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés**

**Rapport anglais**

Simon TAYLOR  
*Université Paris Nanterre, IRJS Panthéon-Sorbonne*

383

<b>Chapitre 4.</b>	
<b>La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés</b>	
<b>Rapport belge</b>	395
Nicolas ESTIENNE	
<i>Avocat au barreau de Bruxelles</i>	
<i>Collaborateur scientifique à l'UCLouvain (Louvain-la-Neuve)</i>	
<b>Chapitre 5.</b>	
<b>La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés</b>	
<b>Rapport espagnol</b>	413
Miguel MARTÍNEZ MUÑOZ	
<i>Professeur Propio Adjunto à l'Universidad Pontificia Comillas, Madrid (ICADE)</i>	
<b>Chapitre 6.</b>	
<b>La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés</b>	
<b>Rapport français</b>	425
Morane KEIM-BAGOT	
<i>Professeur de droit privé, Université de Strasbourg</i>	
<b>Chapitre 7.</b>	
<b>La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés</b>	
<b>Rapport portugais</b>	443
Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA	
<i>Docteur en droit (Institut Universitaire Européen, Florence)</i>	
<i>Professeur à l'Université de Minho (Portugal)</i>	
<i>Conseiller au Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)</i>	

## Titre 5. Assurance et pandémie

<b>Chapitre 1.</b>	
<b>Assurance et pandémie</b>	
<b>Rapport de synthèse</b>	457
Philippe BRUN	
<i>Agrégé des facultés de droit</i>	
<i>Avocat général à la Cour de cassation</i>	
<b>Chapitre 2.</b>	
<b>Assurance et pandémie</b>	
<b>Rapport allemand</b>	465
Jonas KNETSCH	
<i>Professeur à l'École de droit de la Sorbonne</i>	
<i>Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne</i>	
<b>Chapitre 3.</b>	
<b>Assurance et pandémie</b>	
<b>Rapport belge</b>	477
Marine BOREQUE	
<i>Assistante et doctorante au Centre de droit privé de l'UCLouvain</i>	

**Chapitre 4.****Assurance et pandémie****Rapport espagnol** 493

Abel VEIGA

*Professeur à l'Universidad Pontificia Comillas, Madrid (ICADE)***Chapitre 5.****Assurance et pandémie****Rapport français** 503

LUC MAYAUX

*Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)**Directeur de l'Institut des assurances de Lyon***Chapitre 6.****Assurance et pandémie****Rapport portugais** 517

Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA

*Docteur en droit (Institut Universitaire Européen, Florence)**Professeur à l'Université de Minho (Portugal)**Conseiller au Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)***Titre 6.****La responsabilité civile de l'État****Chapitre 1.****La responsabilité civile de l'État****Rapport de synthèse** 527

Laurie FRIANT

*Maîtresse de conférences en droit privé, Université de Poitiers**Membre de l'Institut Carbonnier***Chapitre 2.****La responsabilité civile de l'État****Rapport allemand** 541

Martin ZWICKEL

*Enseignant-chercheur, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg***Chapitre 3.****La responsabilité civile de l'État****Rapport anglais** 553

Mélinée KAZARIAN

*Université de Cardiff***Chapitre 4.****La responsabilité civile de l'État****Rapport belge** 571

Françoise AUVRAY

*Chargée de cours et titulaire de la Chaire de droit de la responsabilité**et des assurances à l'Université libre de Bruxelles (ULB)**Rattachée à l'Instituut voor verbintenissenrecht (KU Leuven)*

<b>Chapitre 5.</b> <b>La responsabilité civile de l'État</b> <b>Rapport espagnol</b>	587
Javier LETE <i>Université de Saint-Jacques de Compostelle</i>	
<b>Chapitre 6.</b> <b>La responsabilité civile de l'État</b> <b>Rapport français</b>	601
Théo DUCHARME <i>Maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne</i> <i>Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne</i>	
<b>Chapitre 7.</b> <b>La responsabilité civile de l'État</b> <b>Rapport portugais</b>	615
Maria João VASCONCELOS <i>Professora Auxiliar à l'Universidade do Minho</i>	
<b>Chapitre 8.</b> <b>La responsabilité civile de l'État</b> <b>Rapport suisse</b>	621
Bénédict WINIGER <i>Université de Genève</i>	
<b>Chapitre 9.</b> <b>La responsabilité civile de l'État</b> <b>Rapport tchèque</b>	633
Petr TOMCIAK <i>Candidat au doctorat à l'Université d'Économie de Prague</i>	

**Titre 7.**  
**Rapport québécois : morceaux choisis**  
**parmi les différents thèmes**  
**du colloque 2023**

<b>Rapport québécois : morceaux choisis parmi les différents thèmes du colloque 2023</b>	651
Daniel GARDNER <i>Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec, Canada)</i> Mariève LACROIX <i>Professeure à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa (Ontario, Canada)</i>	



# Avant-propos

---

**Javier LETE**

*Université de Saint-Jacques de Compostelle*

Fin décembre 2019, une série de cas de pneumonie, jusqu'alors d'origine inconnue, a été identifiée dans la ville de Wuhan, en Chine. La présentation clinique de ces cas ressemblait à celle d'une pneumonie de type viral, avec de la fièvre, une toux sèche et des images radiologiques incompatibles avec celles d'une pneumonie causée par les bactéries et les virus les plus courants. En raison de l'émergence de ce foyer, les autorités sanitaires chinoises ont alerté l'Organisation mondiale de la santé (OMS) le 31 décembre 2019 sur l'apparition de cas de pneumonie atypique d'origine inconnue. Les infections par le nouveau coronavirus ont commencé à prendre de l'importance au niveau international lorsque, le 13 janvier 2020, l'OMS a signalé le premier cas d'infection en dehors de la Chine. À partir de ce moment, et afin d'éviter que le virus ne se propage à l'échelle internationale, l'OMS a proposé des conseils et des orientations sur la gestion de cette nouvelle infection. Cependant, malgré ces efforts, au cours du mois de janvier, le nombre de personnes infectées a augmenté rapidement et les premiers décès ont été signalés. Vers la fin du mois, le 30 janvier, l'OMS a déclaré que la maladie causée par le nouveau coronavirus constituait une urgence de santé publique de portée internationale, car des cas avaient alors été signalés dans toutes les régions de l'OMS en l'espace d'un mois seulement.

Un peu plus d'un mois après le début de l'épidémie, l'OMS a annoncé que la maladie causée par le nouveau coronavirus serait appelée Covid-19, ce qui correspond à la forme courte du nom « maladie à coronavirus 2019 ». Au fil des jours, le coronavirus s'est propagé à toutes les régions du monde et le nombre de personnes infectées et décédées a progressivement augmenté au cours des mois suivants. À tel point que l'OMS a qualifié la maladie de pandémie le 11 mars 2020<sup>1</sup>. Ensuite, l'épidémie de la Covid-19 a engendré une crise sanitaire mondiale sans précédent, aux conséquences sociales et économiques douloureuses.

Dans ce contexte, il semble évident que les conséquences d'une crise sanitaire telle que celle mentionnée ci-dessus ne se limitent pas au domaine médico-sanitaire, aussi pertinent soit-il, mais vont bien au-delà, atteignant également d'autres domaines tels que le domaine juridique et ses conséquences. Tout ceci explique l'intérêt d'étudier la responsabilité civile sous l'angle des crises sanitaires qui, comme la Covid-19, ont marqué un tournant dans la gestion de la santé publique à travers le monde.

L'ouvrage ici présenté est issu d'un séminaire du Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance (GRERCA) qui s'est tenu en avril 2023 à l'Université de Saint-Jacques de Compostelle et qui a été organisé par l'Équipe de recherche GI-1147 *De Conflictu Legum* en coopération avec l'Université Pontificale Comillas de Madrid. Il a été rédigé

1 R. MOJICA-CRESPO et M.M. MORALES-CRESPO, « Pandemia COVID-19, la nueva emergencia sanitaria de preocupación internacional: una revisión », *Semergen*, 2020, p. 2.

par des spécialistes du droit de la responsabilité civile de neuf pays européens – Allemagne, Angleterre, Belgique, Espagne, France, Italie, Portugal, République tchèque, Suisse – mais également d’Amérique du Nord – Canada (Québec) – et s’adresse à tous les universitaires et praticiens intéressés par le sujet avec une approche globale : partant de l’état actuel du droit et de la jurisprudence, il pose ensuite les questions liées à la gestion des crises sanitaires particulièrement graves. Tout cela dans le but de trouver les solutions les plus satisfaisantes. La méthodologie du travail suivie est la même que les précédents séminaires : des rapports nationaux sont déposés préalablement à la réunion du GRERCA sur chacun des sujets faisant partie du thème général. Sur cette base, une synthèse est rédigée afin de fournir une vue d’ensemble dans les différents droits nationaux et de confronter les solutions proposées. L’ouvrage reprend l’ensemble des rapports, c’est-à-dire aussi bien les rapports nationaux que les rapports de synthèse. L’objectif est de mettre à la disposition du lecteur un livre aussi complet que possible, à la fois général et spécial, sur les sujets traités par les auteurs.

Ces sujets couvrent la responsabilité qui affecte à la fois les établissements de santé privés et les établissements d’accueil de personnes âgées et/ou dépendantes. En outre, les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19, qui ont suscité la controverse et le rejet de divers secteurs de la population, font également l’objet d’une analyse détaillée. Sans oublier la responsabilité civile de l’employeur vis-à-vis et du fait des salariés ou les questions liées à l’assurance en tant qu’instrument de prévision et de couverture des risques en cas de catastrophes, en l’occurrence de nature sanitaire. Enfin, l’ouvrage ici présenté aborde la question de la responsabilité civile de l’État afin de connaître les critères de responsabilité permettant d’indemniser les particuliers pour toute atteinte à leurs biens et à leurs droits lorsque cette atteinte est la conséquence du fonctionnement normal ou anormal des services publics.

Le lecteur trouvera non seulement des arguments et des réponses précises aux différents points abordés par les auteurs de cet ouvrage, mais aussi de nombreux éléments de réflexion.



**Titre 1.**  
**La responsabilité civile**  
**des établissements de santé privés**

---



**Chapitre 1.**  
**La responsabilité civile**  
**des établissements de santé privés**  
**Rapport de synthèse**

---

**Anne GUÉGAN**

*Maitre de conférences à l'École de droit de la Sorbonne*  
*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Le choix de notre Groupe de recherche européen de s'intéresser à la question de la crise sanitaire à la sortie de la pandémie liée à la Covid-19 a rendu assez difficile de s'extraire de ce contexte particulier et de ne pas en faire notre principale hypothèse de travail, d'autant que par son ampleur il a déstabilisé l'ensemble de nos systèmes au premier rang desquels celui de la santé.

Une approche plus globale aurait pu se justifier *a priori*, au regard d'autres expériences malheureuses, choquantes que, dans leur ensemble, nos États respectifs ont pu connaître. C'est par exemple le scandale du Talc Morhange, celui du Softenon, du Distilbène ou de la Dépakine et leurs effets tératogènes, l'affaire du sang contaminé par le virus du sida, de l'hormone de croissance, le scandale du Médiator ou encore des prothèses PIP. Mais à l'analyse, ce qu'on désigne volontiers avec les termes de « scandale » sanitaire, ou d'« affaires », ces hypothèses de dommages apparaissent ponctuelles, presque isolées, ressortant davantage d'évènements particuliers survenant dans un pays ou un autre. Leurs conséquences dramatiques furent, somme toute, maîtrisées assez rapidement, et ainsi limitées dans des proportions qui, si elles ne pourront jamais être qualifiées de raisonnables car le drame se vit individuellement, ne sont pas comparables avec celles de la crise sanitaire de la Covid-19.

Certes, ces « scandales » ou « affaires » sanitaires ont été des révélateurs d'une forme de crise sanitaire. Mais du point de vue de la responsabilité civile des établissements de santé, ils vont principalement s'inscrire dans une problématique de responsabilité du fait des produits défectueux, avec une possible mise à l'épreuve des règles applicables, qu'il s'agisse des règles de fond ou des règles de prescription. Ce qui en résulte est souvent un questionnement de l'efficacité de la responsabilité civile lorsqu'il s'agit de réparer les dommages causés par des produits de santé défectueux.

Aussi, il apparaît que, s'agissant de la responsabilité civile des établissements de santé privés, la crise sanitaire liée à la Covid-19, en raison de ses proportions hors normes, méritait d'être notre principale hypothèse de travail. En conséquence, notre problématique est celle de savoir dans quelles circonstances la responsabilité civile des établissements de santé privés peut être engagée. Autrement dit, elle consiste à tenter de dégager les risques encourus par ces établissements en termes de responsabilité civile. Du point de vue des personnes qui agissent en tant que victimes, elle est tout autant de s'interroger sur les perspectives qu'offre la responsabilité civile à leurs recherches d'indemnisation. Elle est encore de confronter la responsabilité civile aux difficultés très particulières d'appréhension de ses règles de fonctionnement dans un contexte de pandémie mondiale, de mesures législatives et réglementaires qui ne cessent de se succéder, parfois de manière contradictoire, et dans un contexte de connaissances scientifiques aussi incertaines qu'inexistantes au départ, puis émergentes et pour partie controversées – on pense notamment aux débats assez désastreux autour du traitement par la chloroquine en France.

Avant de présenter les analyses qui ressortent des différents rapports nationaux, il apparaît important de mettre en lumière, brièvement, les différents systèmes de santé dans lesquels s'inscrit notre réflexion, pour comprendre le champ d'application de la responsabilité civile ainsi que ses principales caractéristiques.

L'ensemble des contributions de nos collègues font état d'un système de santé organisé sur une branche dite publique et une branche dite privée, mais compliqué par des articulations organisationnelles et financières qui attestent de ce qu'on pourrait appeler un mélange des genres. Ainsi par exemple, il nous est rapporté que le fameux NHS britannique, sorte de regroupements des hôpitaux publics, développe des partenariats avec des organismes privés, dont il résulte que les établissements de soins privés peuvent fournir des soins pour le compte du NHS, comme fournir des soins pour leur propre compte. Face à la crise de la Covid-19 particulièrement, le nombre de prise en charge par le secteur privé a drastiquement chuté car « le bloc NHS England a réservé la plupart des services, des installations et près de 20 000 membres du personnel » du secteur privé « dans le cadre d'un accord négocié ».

Il est à noter que cette organisation duale de ces systèmes de santé n'emporte pas les mêmes conséquences quand il s'agit de déterminer le champ d'application de la responsabilité civile. Il n'est d'ailleurs pas dit que ce qualificatif « civile » pour la responsabilité ait nécessairement un intérêt pour cette synthèse.

Ainsi pour l'Angleterre, le droit applicable est droit commun de la responsabilité délictuelle pour faute que l'établissement de soins soit privé ou public, avec quelques espaces de responsabilité contractuelle quand l'établissement de soins est privé. Pour la Belgique, le droit applicable ne fait pas de distinction selon la nature publique ou privée de l'établissement mais c'est principalement la responsabilité contractuelle qui se trouve mobilisée car la responsabilité délictuelle n'aura qu'un rôle assez résiduel. Quoi qu'il arrive, le fondement est principalement celui de la faute pour les établissements de soins, sauf lorsque leur responsabilité est engagée en tant que commettant ou sur le fondement de l'article 30 de la loi sur les hôpitaux qui fonde « la responsabilité centrale de l'hôpital » en raison des manquements des praticiens qui y travaillent (indépendamment de leurs statuts). Pour l'Italie, le droit applicable est le même pour les établissements privés et publics à quelques exceptions. Il résulte d'une loi spécialement adoptée pour la responsabilité médicale : la responsabilité civile est envisagée dans un cadre contractuel, plutôt fondée sur la faute, mais avec un régime probatoire plus favorable en matière d'infections nosocomiales. En Espagne, seuls les établissements de soins privés relèvent d'un régime de responsabilité civile, une responsabilité principalement contractuelle découlant du contrat d'hospitalisation ou de soins de santé, avec des occurrences rares de responsabilité délictuelle. C'est sans conséquence du point de vue du fondement puisque dans les deux cas il

s'agit de la faute. Il existe toutefois un régime spécial de responsabilité objective découlant d'une législation consumériste prévoyant que les « services de santé et autres types de services qui incluent la garantie de certains niveaux de sécurité sont soumis à une norme de responsabilité stricte » susceptible d'être appliqué pour des cas d'infections nosocomiales. Pour la République tchèque, la responsabilité des prestataires de soins de santé publics et privés obéit à un même régime qui est fondé sur la faute, y compris en matière d'infections nosocomiales.

En revanche, France et Portugal présentent *a priori* des systèmes plus complexes de règles applicables. S'agissant du Portugal, le système est décrit comme « un système complexe de responsabilité civile (médicale) avec différents tribunaux et différentes lois, ce qui signifie le maintien de régimes très différents réglementant une activité matériellement similaire, la prestation de soins de santé ». Toutefois, s'agissant des établissements de soins privés, la responsabilité apparaît principalement contractuelle avec quelques occurrences de responsabilité délictuelle (« à titre exceptionnel »). Cette responsabilité contractuelle y est considérée comme davantage respectueuse de l'autonomie de la volonté et plus favorable à la victime. Le fondement apparaît exclusivement celui de *la faute*, même en cas d'infection nosocomiale. Pour la France, la règle de responsabilité résulte d'une loi spéciale depuis 2002 et s'applique à l'identique selon que l'établissement est privé ou public. Il n'en reste pas moins que cette loi est appliquée sous le contrôle de deux juges (juge judiciaire et juge administratif) selon la nature de l'établissement de soins et celle de l'activité du professionnel de santé (privé ou public), ce qui pourra aboutir à des solutions parfois divergentes (*cf.* pour les dommages en lien avec des prothèses défectueuses, la responsabilité des établissements privés reste une responsabilité pour faute). Si le fondement principal est la faute, les établissements de santé sont soumis à une responsabilité de plein droit pour les dommages résultant d'infections nosocomiales dès lors que les dommages restent en deçà d'un certain seuil de gravité. Au-delà en effet, on bascule sur un financement par la solidarité nationale avec possible maintien d'une responsabilité pour faute.

Ces systèmes de santé et les principales caractéristiques des règles de responsabilité qui intéressent les établissements de santé privés étant ainsi présentés, il nous faut entrer plus avant dans le vif de notre sujet. Il apparaît que c'est principalement sur le terrain de la faute que les établissements de santé privés engagent leur responsabilité pour des dommages en lien avec la crise sanitaire de la Covid-19, et notamment (mais pas que) pour les dommages résultant d'une contamination par ce virus à l'occasion d'une hospitalisation. Cependant, la plupart des rapports nationaux font état d'un assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité en cas d'infections nosocomiales. Aussi, il apparaît que la meilleure manière de synthétiser ce qui ressort des rapports nationaux est d'envisager en tout premier lieu le cas particulier de la contamination par la Covid-19 appréhendée par le prisme de l'infection nosocomiale (I), puis en second lieu les fautes susceptibles d'engager la

responsabilité des établissements de santé privés en vue de la réparation des dommages en lien avec la crise sanitaire (II).

Avant toute chose, je tiens à souligner que nos collègues insistent sur le caractère plutôt prospectif de ces questionnements, soit parce qu'on est sur des régimes de responsabilité que je qualifierais d'assez restrictifs en soi, et qui vont apparaître encore plus étroits dans le contexte de crise sanitaire, soit parce qu'on manque encore de recul sur l'issue des contentieux ou parcours de règlement amiable qui ont pu être initiés dans des systèmes que je qualifierais de plus ouverts.

## I. Le cas particulier de la contamination par la Covid-19 appréhendée par le prisme de l'infection nosocomiale : quel risque de responsabilité ?

À titre préalable, il nous faut d'abord faire état de la manière dont les rapports envisagent que la question de l'infection nosocomiale puisse se poser en cas de contamination d'un patient par la Covid-19 survenue pendant l'hospitalisation (A). Ce n'est qu'ensuite que nous pourrions mieux apprécier le risque de responsabilité qui en découle pour les établissements de santé privés (B).

### A) La question de la qualification d'infection nosocomiale d'une contamination par la Covid-19 survenue pendant l'hospitalisation

À la question de savoir s'il est possible de qualifier d'infection nosocomiale une contamination par la Covid-19 survenue pendant l'hospitalisation, une réponse positive n'apparaît pas d'emblée évidente pour la plupart des rapporteurs qui ont envisagé la question de la responsabilité des établissements sous l'angle des infections nosocomiales<sup>1</sup>, compte tenu des difficultés inhérentes à la qualification d'infection nosocomiale et à la preuve du caractère nosocomial (c'est-à-dire propre à l'hospitalisation) de l'infection.

Ainsi pour le rapport tchèque, sans doute le plus rédhibitoire, cette qualification ne sera *a priori* pas retenue car « la Covid-19 est considérée comme une maladie respiratoire courante en République tchèque ». On comprend qu'il sera difficile de considérer l'infection comme inhérente à un contexte d'hospitalisation.

Le rapport italien est quant à lui moins tranché : « il y a des raisons d'hésiter. Elles sont au nombre de trois. D'abord, la Covid-19 est un virus qui ne voit pas le jour au sein de l'établissement de santé, mais qui y est introduit de

1 Rapport belge sur la question (n° 18) seulement – semble mettre les IN dans le giron de la compétence du Fonds des accidents médicaux, avec un taux d'échec significatif du fait que le risque d'IN est connu et que leur taux étant incompressible, le dommage ne peut être considéré comme anormal.

l'extérieur. Ensuite, au moins au début de la crise sanitaire, la Covid-19 est un virus nouveau, pour lequel le risque de contamination n'est donc pas prévu et peut-être même prévisible. Enfin, le délai d'incubation est estimé entre un et quatorze jours, alors que la Cour de cassation italienne retient habituellement que l'infection nosocomiale est celle qui se manifeste sous deux jours ». La possibilité d'envisager un traitement de la question sous l'angle de l'infection nosocomiale n'est toutefois pas fermée par une déclaration du ministère de la santé. Mais reste à résoudre le problème de la preuve du caractère nosocomial de l'infection qui supposera notamment de pouvoir s'appuyer sur un test de dépistage négatif au début de l'hospitalisation, ou bien qui pourra se heurter à des discussions relatives à la durée du séjour au sein de l'établissement de santé. Le rapport espagnol apparaît sur la même ligne en envisageant que la réponse puisse dépendre de « plusieurs facteurs, tant temporels que techniques », avec de plus grandes difficultés à pouvoir retenir le caractère nosocomial en début de pandémie. De même, le rapport français met d'emblée en avant « les difficultés de qualification et de preuve de l'infection nosocomiale ». Toutefois, il apparaît que c'est sans doute l'État qui, comparé aux autres, apparaît comme celui dans lequel les voies de qualification d'infection nosocomiale sont les plus ouvertes. En effet, la jurisprudence tend à retenir que toute infection contractée au cours d'une hospitalisation peut relever de l'infection nosocomiale. En tous les cas, elle est présumée nosocomiale, mais c'est une présomption simple, qui peut donc être renversée. Or, dans le cas particulier de la contamination à la Covid-19, des contestations de ce caractère nosocomial pourront naître des différentes périodes d'incubation propres aux différents variants de la Covid-19, selon la date de contamination, selon que les tests de dépistage étaient ou non disponibles, selon les différents états des connaissances scientifiques, et à cela on peut ajouter les doutes naissant des autres modes de contamination possibles que l'acte de soins (visite par ex.)<sup>2</sup>.

Pour les cas où la qualification d'infection nosocomiale pourrait être retenue, quelle sera la réalité du risque d'engagement de la responsabilité ?

## **B) La question du risque d'engagement de la responsabilité des établissements de santé privés**

Cette réalité apparaît très hétérogène, avec trois situations envisageables qu'on peut graduer selon que le risque de responsabilité va croissant.

2 On peut ajouter au rapport français que c'est *a priori* ce qui a pu être décidé par une CCI qui rejette la demande d'indemnisation formulée par les ayants droit. Elle estime en effet que si l'infection a bien été acquise à l'hôpital, les modalités exactes de la contamination ne sont pas connues avec certitude, le lien de causalité avec un acte de prévention, diagnostic ou soin n'étant donc pas établi. Aux termes de leur rapport d'expertise, les experts ont estimé que la patiente avait acquis son infection par Covid-19 à l'hôpital, de façon certaine, et que le décès était en lien avec cette infection. Les experts retiennent cependant qu'« en l'absence de test PCR Covid-19 fait au sein de la famille, une transmission lors d'une visite ne peut pas être totalement exclue ».

**Niveau 1.** Le risque d'engagement de la responsabilité est déjà étroit lorsqu'on est sur un régime de responsabilité pour faute, comme c'est le cas dans la plupart des États : *a priori* Angleterre, République tchèque, Portugal, Belgique<sup>3</sup> (c'est l'un des fondements indiqués). Le rapport tchèque insiste par ailleurs sur le fait que l'établissement « est exonéré de toute responsabilité s'il peut prouver qu'il a pris toutes les précautions raisonnablement exigibles et qu'il a mis en place et applique de manière cohérente un système de mesures d'hygiène et de lutte contre les épidémies visant à réduire au minimum le risque d'infection ».

**Niveau 2.** Le risque d'engagement de la responsabilité est déjà moins étroit lorsqu'on est sur un régime un peu hybride comme semble l'être celui qui s'applique *en Italie*. Il résulte en effet de la disposition spéciale applicable aux infections nosocomiales une sorte de responsabilité au sein de laquelle apparaît la notion de faute présumée puisque la victime doit prouver une inexécution de la part de l'établissement, mais sans que ce soit assimilable à la preuve d'une faute spécifique. Mais par ailleurs, la disposition renvoie à un article du Code civil italien prévoyant que « le débiteur ne répond pas de l'inexécution en cas d'impossibilité due à une cause qui ne lui est pas imputable ». Aussi notre collègue en déduit que, peut-être, cette impossibilité d'exécuter « puisse être retenue s'agissant de la première phase de la crise sanitaire, où des lignes directrices faisaient défaut [...] et qu'elle soit en revanche écartée pour les phases ultérieures, lorsque de telles lignes directrices ont été adoptées concernant notamment les tests, le matériel de protection (masque, gel hydro-alcoolique), ou encore la création de services dédiés aux patients contaminés par la Covid-19 ».

Il faut en tous les cas noter que le risque d'engagement de la responsabilité a dû être considéré suffisamment sérieux pour qu'une proposition ait été envisagée « pour écarter toute responsabilité civile en matière médicale pendant la crise sanitaire due à la Covid-19, dont l'une des finalités – pas la seule – était justement d'éviter un tel raisonnement casuistique ». Si cette proposition n'a finalement pas été retenue, notre collègue ne semble pas considérer que le risque de responsabilité civile est majeur pour les établissements de santé.

**Niveau 3.** Là où le risque d'engagement de la responsabilité apparaît le plus important, *mais encore faut-il que l'infection soit nosocomiale*, c'est évidemment dans les États qui appliquent une règle de responsabilité objective, avec pour seule possibilité d'exonération par la force majeure mais possibilité très théorique, comme en attestent le rapport espagnol et le rapport français.

Ainsi, le rapport espagnol indique une responsabilité objective fondée sur une disposition spéciale issue de l'article 148 d'une loi consumériste qui fait peser sur les établissements de santé un devoir de sécurité vis-à-vis des

3 Quelques occurrences « accidentelles » d'obligation de résultat en matière d'infections nosocomiales sont relevées.

patients. La jurisprudence espagnole juge en effet que les infections nosocomiales constituent « un problème de sécurité des patients et comme un cas de prestation de soins de santé défectueuse, tant dans les cas d'hospitalisation que dans les cas de traitement ambulatoire ». Notre collègue ajoute qu'une fois la première phase de pandémie passée, « l'absence de moyens de prévention contre la Covid-19 rend sa contagion prévisible et, par conséquent, un cas de responsabilité pour service de santé déficient ». Autrement dit encore par lui, « dans la mesure où [la maladie Covid-19] devient un risque général pour la population, il est clair que les établissements de santé doivent être équipés des mécanismes nécessaires pour prévenir sa transmission ». Autant dire que la voie de l'exonération apparaît alors étroite pour les établissements de santé espagnols si cette responsabilité objective devait s'appliquer. Et ce, même s'il pose la question de savoir s'il est possible d'envisager que le patient puisse se voir reprocher une faute consistant à ne pas s'être fait vacciner aux fins de limitation ou d'exclusion de la responsabilité de l'établissement.

Quant au rapport français, il indique qu'en deçà d'un certain seuil de gravité des dommages résultant de l'infection nosocomiale, c'est la responsabilité objective, sans faute donc, de l'établissement qui est engagée : la seule exonération possible est la force majeure. En principe, il est difficile pour l'établissement de l'invoquer puisque par définition le risque nosocomial n'est pas imprévisible et qu'il n'est pas extérieur. À cet égard, le rapport souligne qu'il devrait en être ainsi dans le cas particulier d'une contamination par la Covid-19 dès lors qu'il ne sera pas suffisant d'invoquer « le caractère pandémique qui n'a pas permis aux établissements d'échapper à la contamination ». S'agissant du droit français, on notera que lorsqu'on est au-delà du seuil de gravité délimitant le champ de la responsabilité objective, ou lorsque le patient est décédé des suites de l'infection nosocomiale, alors la responsabilité de l'établissement de santé ne peut plus être engagée que sur le terrain de la faute, sans dommage pour la victime puisqu'une indemnisation fondée sur la solidarité nationale prend le relais. Notre collègue souligne que dans le cas de la Covid, la faute « pourrait être caractérisée par le non-respect des mesures d'hygiène élémentaires édictées en fonction des recommandations à l'époque des faits dommageables. Il [pourrait] également s'agir d'une faute par exemple dans le choix d'un traitement et/ou la durée des antibiotiques administrée par prophylaxie. [...] ou encore que la faute pourrait être constituée lorsque les mesures préventives nécessaires n'ont pas été prises, en cas d'apparition d'un cas de Covid, pour identifier les sources et éviter un foyer épidémique ».

L'évocation de ces types de fautes permet de faire le lien entre ce cas particulier de la responsabilité du fait des infections nosocomiales que nous laissons maintenant derrière nous pour envisager les fautes susceptibles d'engager la responsabilité des établissements de santé privés en vue de la réparation des dommages en lien avec la crise sanitaire de la Covid-19.

## II. Les fautes susceptibles d'engager la responsabilité des établissements de santé privés en vue de la réparation des dommages en lien avec la crise sanitaire : quel risque de responsabilité ?

Je serai ici plus brève car les rapports apparaissent davantage convergents. Cela ne doit pas surprendre puisque, nous l'avons vu au tout début de cette synthèse, la responsabilité médicale est principalement fondée sur la faute dans les différents États concernés.

S'agissant des fautes que les rapporteurs nationaux vont caractériser dans le contexte particulier de la crise sanitaire provoquée par la Covid-19, deux principaux types de fautes se détachent : les fautes en lien avec les actes de soins et celles en lien avec l'organisation du service.

Avant de les envisager successivement, on notera que ces fautes ne sont pas toujours directement imputables aux établissements de santé aux fins d'engager leur responsabilité pour faute. Elles peuvent aussi être commises par leurs personnels (médecins et plus largement professionnels de santé qui y exercent) et engager alors la responsabilité sans faute de l'établissement en tant que commettant ou en tant que répondant au titre d'une disposition spéciale telle que celle qui fonde « la responsabilité centrale de l'hôpital » en droit belge.

Ces observations posées, envisageons de quelle manière ces fautes peuvent être pensées dans le contexte de la crise sanitaire de la Covid-19, en traitant d'abord les fautes en lien avec les actes de soins (A) et en traitant ensuite des fautes en lien avec l'organisation du service (B).

### A) Les fautes en lien avec les actes de soins

Les fautes en lien avec les actes de soins envisagées par les rapports nationaux ressortent principalement de ce qu'on désigne souvent comme des fautes techniques<sup>4</sup>.

Avant de rendre compte des illustrations envisagées par les rapporteurs, il faut souligner que ces fautes *ne peuvent* être appréciées *qu'au regard* d'un *état des connaissances scientifiques et médicales acquis au jour le plus proche de la faute*. Or, on le sait tous, la crise sanitaire liée à la Covid-19 a permis de révéler la fragilité et la relativité de cet état des connaissances.

Ainsi que le souligne le rapport français, « les circonstances exceptionnelles et l'incertitude des données scientifiques concernant la Covid-19 auront une incidence sur la caractérisation de la faute. La détermination des règles de l'art au moment de l'acte dommageable sera complexe car les données scientifiques

<sup>4</sup> Le rapport français pose la question de la pertinence de retenir une faute éthique (p. 7).

concernant la Covid-19 s'enrichissent au fur et à mesure de l'évolution des connaissances de la maladie. La faute sera nécessairement appréciée différemment selon la date de réalisation de l'acte dommageable ». Il en est de même du rapport belge, qui ajoute que « dès lors que les crises sanitaires impliquent bien souvent un nombre important de patients concernés, les exigences relatives à la qualité des soins prodigués doivent être relativisées ». Des considérations identiques sont soulignées par le *rapport italien* (n° 10 et n° 13) dont le droit prévoit que les professionnels de santé se conforment aux lignes directrices élaborées par des instances dont la liste est tenue par le Ministère de la Santé et que la responsabilité médicale devra être appréciée par le juge à la lumière de ces lignes directrices. Il en sera *a priori* de même pour le droit anglais puisque « la violation du devoir de diligence dans le domaine de la santé » ne peut être caractérisée que si le professionnel de santé n'a pas agi « conformément à une pratique acceptée comme appropriée par un groupe de responsable de médecins compétents dans cet art particulier ».

Ceci étant précisé, quelles pourraient être ces fautes ? Nous les envisageons en partant de l'inventaire dressé par le rapport français.

**Faute de diagnostic de la Covid-19.** La contamination n'est pas diagnostiquée et il en résulte un retard de prise en charge et une aggravation de l'état de santé du patient. Mais il faut d'emblée pondérer le risque de responsabilité. Comme le souligne en effet notre collègue, les circonstances d'urgence qui ont marqué le début de la pandémie, le rythme effréné avec lequel des recommandations et réglementations se sont succédé dans un contexte de controverses virulentes d'experts, tout autant que les incertitudes pesant sur l'émergence du virus et ses caractéristiques d'incubation... sont autant de circonstances exceptionnelles qui pourront être prises en compte pour relever le seuil de la faute.

**Faute dans le choix du traitement ou retard de l'administration d'un traitement.** Là encore, il faut tenir compte des aléas inhérents à un état des connaissances scientifiques particulièrement mouvant. Ainsi le rapport français donne l'exemple des polémiques scientifiques et des errements politiques en lien avec le traitement de la Covid par l'Hydroxychloroquine. Un jour, « les établissements de santé furent expressément autorisés à la prescrire en dehors de son autorisation de mise sur le marché ». Deux mois plus tard, il apparaît « de nouvelles données disponibles n'ayant pas permis de mettre en évidence un bénéfice de cette molécule ». Il en résultera nécessairement une appréciation de la faute compliquée par ces tergiversations.

**Faute dans le suivi des autres pathologies que la Covid-19.** L'hypothèse est intéressante en ce qu'elle vise ces patients pris en charge pour d'autres pathologies et qui ont vu leurs soins reportés, les opérations prévues déprogrammées pour que les établissements et professionnels de santé puissent rester mobilisés sur la prise en charge des patients contaminés par la Covid-19. Il est avéré que ces retards ou absence de soins ont conduit à l'aggravation de l'état de santé de certains patients, voire à leur décès. Notre collègue

souligne que si des solutions d'indemnisation peuvent être envisagées sur le terrain de la solidarité nationale (cadre des mesures prises pour faire face à la menace sanitaire grave), le risque de responsabilité d'un établissement ne serait pas nul.

## B) Les fautes en lien avec l'organisation du service

Ce sont les rapports belge et français qui vont les illustrer de manière assez développée.

Ainsi le rapport belge met en avant cette *faute d'organisation du service* dès lors qu'il incombe à l'établissement de santé de « mettre suffisamment de personnel médical compétent à disposition et d'organiser le service de manière telle que le traitement adéquat des patients soit garanti » (juge). À ce titre, sont évoqués : « le manque d'organisation ou de mise à disposition de personnel qualifié et en nombre suffisant », le fait pour l'établissement « d'avoir affecté du personnel à des activités dont il savait qu'elles ne relevaient de la compétence du personnel en question », le manque de matériel et d'équipement (pénurie des masques et des vaccins par ex.), ou bien encore « un manquement dans les protocoles, procédures ... mises en place ... (port du masque, aération des salles, distances à respecter, changement de vêtements) ». Mais le rapport belge souligne que le risque de responsabilité pourrait être atténué par la prise en compte de causes d'exonération telles que l'état de nécessité (particulièrement aux premiers stades de la pandémie) ou bien la force majeure, voire l'ordre de la loi.

Le rapport belge envisage aussi une possible *faute de surveillance* (conçue comme le manquement à une obligation de moyens renforcée, particulièrement dans le cas où l'état de santé du patient requiert des mesures de sécurité spécifiques), ainsi qu'une *faute consistant en la méconnaissance des normes de sécurité* (prisme sous lequel sera envisagé le problème des infections nosocomiales).

Ce tableau de fautes en lien avec l'organisation du service peut être complété par une autre illustration ressortant du rapport français. Notre collègue pose en effet la question de savoir si les décisions de refus d'admission en réanimation, qui ont résulté d'une politique plus ou moins assumée de tri des patients, peuvent engager la responsabilité de l'établissement pour défaut d'organisation du service de l'établissement. Tout en faisant comme pronostic que si le risque de responsabilité ne peut pas être considéré comme nul, il est à prévoir que « les circonstances exceptionnelles liées à la période d'urgence sanitaire pourraient rendre difficile l'engagement d'une telle responsabilité ».

En conclusion, on retiendra que si, en théorie, le risque de responsabilité des établissements de santé n'est pas nul, compte tenu des nombreuses situations dans lesquelles cette responsabilité pourrait se trouver engagée, il semble résulter de l'ensemble des rapports étudiés que les circonstances

exceptionnelles attachées à la crise sanitaire de la Covid-19 vont jouer le rôle de ce qu'en droit pénal on qualifierait de circonstances atténuantes. On peut le concevoir comme une solution heureuse pour les établissements de santé déjà très fragilisés. Mais il va sans dire que pour les victimes, ou celles qu'on peut concevoir comme victimes, il en résulte une absence de réparation dont les conséquences ne peuvent laisser indifférents.

À cet égard, il faut souligner l'existence en France et en Belgique de dispositifs d'indemnisation fondés sur la solidarité nationale qui, s'ils pouvaient être mobilisés, pourraient constituer dans certains cas une alternative favorable. Ainsi, le rapport français indique la compétence de l'Oniam dans deux hypothèses particulières de dommages. La première hypothèse est celle des *dommages causés par la réalisation d'actes médicaux en présence d'une mesure sanitaire grave*. Il s'agit de réparer intégralement les accidents médicaux et infections nosocomiales imputables à des actes de prévention, de diagnostic et de soins réalisés en application des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire décrété le 31 juillet 2022. À ce titre, un avis du Conseil d'État a préconisé une exonération de responsabilité des professionnels de santé en cas de dommages résultant des mesures administratives et une prise en charge de l'indemnisation par l'Oniam<sup>5</sup>. La seconde hypothèse de dommages susceptibles d'être indemnisés au titre de la solidarité nationale est celle des dommages résultant de la prescription de traitements destinés à lutter contre la Covid-19 hors des indications thérapeutiques ou des conditions normales d'utilisation prévues par leur autorisation de mise sur le marché.

Quant au rapport belge, il indique qu'un Fonds des accidents médicaux inspiré du modèle français existe depuis une loi de 2010. Il est envisagé par nos collègues que ce Fonds puisse être mobilisé pour les contaminations par la Covid-19 au cours d'hospitalisation (infections nosocomiales), mais avec peu de perspectives favorables dès lors qu'il faut caractériser un dommage anormal et qu'en période de pandémie, il sera difficile de faire admettre que cette contamination est anormale.

---

5 Raison pour laquelle il n'a pas été jugé utile de créer un nouveau Fonds d'indemnisation Covid.

**Chapitre 2.**  
**La responsabilité civile**  
**des établissements de santé privés**  
**Rapport anglais**

---

**Mélinée KAZARIAN**  
*Université de Cardiff*

## Introduction : la notion d'établissement de soin privé dans le système britannique

1. Le National Health Service (NHS) domine la prestation de soins de santé au Royaume-Uni, mais le pays possède un secteur privé important<sup>1</sup>. Le NHS, principalement financé par l'État à partir des impôts généraux (plus un petit montant provenant des cotisations à l'assurance nationale) et supervisé par le Ministère de la Santé et des Affaires sociales, fournit des soins de santé à tous les résidents du pays. La plupart des services de santé sont gratuits pour la plupart des patients.

Le marché britannique des soins de santé privés a connu un rebond en 2021 et 2022 après la pandémie de Covid-19, en partie dû à une augmentation du nombre de patients qui payent eux-mêmes leurs frais médicaux. Un nombre record de personnes choisissent désormais de payer leur traitement en établissement de soin privé pour éviter de longs délais d'attente dans le NHS et accéder à la qualité et à l'expertise du secteur indépendant<sup>2</sup>.

Il est cependant difficile de mesurer l'étendue du secteur privé en Angleterre, car le secteur privé est impliqué dans la prestation de soins de deux manières : les organismes privés fournissent des soins directs aux patients dans leurs établissements et les organismes privés rentrent en contrat avec le NHS pour fournir des soins aux patients du NHS. Les personnels de santé peuvent parfois donc être employés et travailler à la fois pour le NHS et pour le secteur privé.

2. Des chiffres précis sur le nombre de médecins exerçant en cabinet privé ne sont pas disponibles. Des chiffres datant d'une enquête conduite en 2014 par British Medical Association (BMA) démontraient que 28.000 médecins entreprenaient une pratique privée au Royaume-Uni, avec la majeure partie concentrée en Angleterre. Sur la base d'un échantillon relativement restreint de 670 répondants à une enquête auprès de 3.000 médecins du NHS, la BMA estimait que 53 % des médecins entreprenaient une pratique privée, une tendance à la baisse constante par rapport à 59,5 % en 2005. C'est une tendance qui est confirmée par d'autres estimations faites par le National Audit Office, la Monopolies and Mergers Commission et le Health Select Committee<sup>3</sup>. Une autre source nous indique qu'en 2018, le marché total des soins de santé aigus privés valait 1,47 milliard de livres sterling (sans compter les travaux de conseil ou de diagnostic en dehors des hôpitaux) et 40 % de la demande se situait à Londres<sup>4</sup>.

1 « The UK private health market », Commission on the Future of Health and Social Care in England, The King's Fund 2014, p. 2.

2 E. MATTHEWS *et al.*, « UK Independent Hospitals, The next challenge », *Teneo Insights*, janvier 2023, p. 2.

3 The King's Fund, *op. cit.* (n° 1).

4 B. CLOVER, « Private patient unit income hits £360m in London », *Health Service Journal*, 21 février 2018.

### *Le rôle des prestataires de soins privés pendant la crise de la Covid-19*

3. En 2019, les hôpitaux privés ont effectué 526.000 procédures électives sur des patients du NHS. En 2020, lors de la pandémie de Covid-19 en Angleterre, ce nombre est tombé à 291.000<sup>5</sup>. En mars 2020, le bloc NHS England, qui dirige le NHS, a réservé la plupart des services, des installations et près de 20.000 membres du personnel clinique du secteur hospitalier privé au prix coûtant dans le cadre d'un accord négocié par le Independent Healthcare Providers Network (IHPN) pour étendre la capacité pendant la pandémie<sup>6</sup>. Cela comprenait environ 8.000 lits d'hôpitaux<sup>7</sup>. Cela était destiné à être utilisé en grande partie pour la chirurgie de routine. En janvier 2022, en réponse à la vague de contamination par le variant Omicron, un autre « accord de surtension Covid » de trois mois a été négocié dans le cadre duquel les prestataires ont convenu de suspendre leur activité privée pour « mettre les installations et le personnel à la disposition du système NHS » dans les zones où le nombre de patients Covid ou les absences de personnel menaçaient la capacité du NHS. L'IHPN a déclaré que la capacité de personnel disponible dans le secteur privé était tout simplement inutilisée<sup>8</sup>.

## **I. Responsabilité civile pour contamination causée aux patients traités par un établissement de soin privé : une faille juridique pour les demandeurs**

4. Nous nous tournons désormais vers la responsabilité civile pour dommage causé lors d'un traitement fourni dans un établissement de soin privé. Les règles qui s'appliqueront vis-à-vis d'un établissement de soin privé sont les règles de droit commun sur la responsabilité délictuelle pour faute en droit anglais<sup>9</sup>.

Cependant, des défis spécifiques se posent en ce qui concerne les soins prodigués dans les établissements privés, propres au système de santé anglais et à sa législation. On pourrait supposer que les établissements de santé privés offrent un niveau de qualité supérieur à celui du NHS, mais, comme illustré par plusieurs exemples que nous analyserons ci-après, ce n'est pas toujours le cas. De surcroît, les patients traités dans des établissements privés semblent bénéficier de moins de protection juridique et d'un accès moindre à des indemnisations par rapport à ceux pris en charge uniquement par le NHS.

5 S. RYAN *et al.*, « For Whose Benefit? », Centre For Health and the Public Interest, octobre 2021.

6 M. GUY, « (How) is COVID-19 reframing interaction between the NHS and private health-care? », *Medical Law international*, 2023, vol. 23 (2), pp. 138-158.

7 J. ILLMAN, « NHS block books almost all private hospital sector capacity to fight Covid-19 », *Health Service Journal*, 21 mars 2020.

8 J. ILLMAN, « Javid directs NHSE to agree new private sector deal », *Health Service Journal*, 10 janvier 2022.

9 Cf. M. KAZARIAN, « La responsabilité civile de l'État. Rapport anglais », dans ce recueil.

5. Nous devons faire la distinction entre deux situations spécifiques : A) le patient reçoit des soins directement dans un établissement privé sans passer par le NHS ; B) le patient reçoit des soins dans un établissement privé qui fournit des services de soins pour le compte du NHS.

Dans l'hypothèse A, lorsque le professionnel de santé fournissant des soins au patient est un employé de l'établissement, la responsabilité de cet établissement découlera de la responsabilité du fait d'autrui (*vicarious liability*), comme mentionné dans le chapitre sur la responsabilité des établissements publics de santé au Royaume-Uni. Le demandeur devra prouver que le professionnel de santé travaillant pour l'établissement a violé son devoir de diligence, ce qui a causé le dommage du patient selon le droit commun de la responsabilité délictuelle<sup>10</sup>. En revanche, si le professionnel n'est pas un employé de l'établissement mais exerce en tant qu'entrepreneur indépendant, la responsabilité de l'établissement ne sera généralement pas engagée à travers la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui. Le demandeur pourrait invoquer la doctrine du devoir de diligence intransmissible (*non-delegable duty of care*) sans garantie de succès comme nous allons le voir dans différents exemples.

Dans l'hypothèse B, la question se posera de savoir qui est responsable de la faute commise, le NHS ou l'établissement privé ? Nous verrons dans certains exemples que des demandeurs ont tenté de poursuivre le NHS en utilisant la doctrine du devoir de diligence intransmissible (*non-delegable duty of care*), mais cela n'a pas toujours fonctionné. Cette responsabilité est assez restreinte et plusieurs conditions doivent être satisfaites pour l'engager<sup>11</sup>.

#### *Le devoir de diligence intransmissible (non-delegable duty of care)*

6. La doctrine du devoir de diligence intransmissible a été envisagée comme une alternative à la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui dans certains cas où cette dernière ne s'applique pas. Cette doctrine a été définie dans l'arrêt *Woodland v Swimming Teachers Association*<sup>12</sup> qui concernait un enfant qui avait subi de graves lésions cérébrales lors de cours de natation dans une école publique. Le professeur de natation et le sauveteur qui avaient fait preuve de négligence lors de ces cours n'étaient pas des employés de l'école mais des entrepreneurs indépendants, rendant la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui inapplicable. La question se posait donc de savoir si l'école était responsable de la négligence de ces individus. Pour permettre à la demandeuse d'obtenir réparation, la Cour suprême utilisa la doctrine du devoir de diligence intransmissible, rendant l'école responsable de la négligence des entrepreneurs

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Woodland v Swimming Teachers Association* [2014] AC 537 (UKSC) ; C. BEUERMANN, « Do hospitals owe a so-called 'non-delegable' duty of care to their patients? », *Medical Law Review*, 26 (1), pp. 1-26.

<sup>12</sup> *Woodland, op. cit.* (n° 11).

indépendants. Dans cet arrêt, Lord Sumption établit cinq critères qui doivent être satisfaits pour engager cette responsabilité :

- « 1. Le demandeur est un patient ou un enfant, ou, pour tout autre raison, particulièrement vulnérable ou dépendant de la protection du défendeur contre le risque de blessure [...]
2. Il existe une relation antérieure entre le demandeur et le défendeur, indépendante de l'acte de négligence ou de l'omission elle-même, (i) qui place le demandeur sous la charge ou la garde effective du défendeur et (ii) à partir de laquelle il est possible d'imputer au défendeur l'hypothèse d'une obligation positive de protéger le demandeur contre un préjudice, et pas seulement une obligation de s'abstenir de toute conduite susceptible de nuire au demandeur. La caractéristique de ces relations est qu'elles impliquent un élément de contrôle sur le demandeur, qui varie en intensité d'une situation à l'autre, mais qui est évidemment très important dans le cas des écoliers.
3. Le demandeur n'a aucun contrôle sur la manière dont le défendeur choisit d'exécuter ces obligations, c'est-à-dire soit personnellement, par l'intermédiaire d'employés ou par l'intermédiaire de tiers.
4. Le défendeur a délégué à un tiers une fonction qui fait partie intégrante du devoir positif qu'il a envers le demandeur ; et le tiers exerce, aux fins de la fonction qui lui est ainsi déléguée, la garde du défendeur sur le demandeur et l'élément de contrôle qui l'accompagne.
5. Le tiers a fait preuve de négligence dans l'exercice même de la fonction assumée par le défendeur et que celui-ci lui a déléguée »<sup>13</sup>.

Selon cette définition, il semble que A) la responsabilité d'un établissement privé devrait être mise en cause pour la négligence commise par des entrepreneurs indépendants fournissant des soins pour ledit établissement ; B) la responsabilité du NHS devrait être engagée lorsque cet organisme a recours à un prestataire de soins privé responsable d'une négligence. Cependant, comme nous le constaterons à travers divers exemples, la jurisprudence britannique semble interpréter les cinq critères de *Woodland* de manière extrêmement restrictive, excluant ainsi la responsabilité de ces établissements dans de nombreuses situations.

### **A) La responsabilité des établissements de soin privé fournissant des soins directs aux patients**

7. Les établissements de soins privés offrant directement des services aux patients sont généralement présents dans les domaines de la médecine générale, des soins dentaires, de la pharmacie, de l'optométrie, ainsi que dans

<sup>13</sup> *Woodland, op. cit.* (n° 11), spéc. § 23.

certaines cliniques privées proposant des services similaires à ceux des hôpitaux du NHS.

Contrairement aux établissements de soins du NHS, les établissements de soins privés au Royaume-Uni ne bénéficient pas de la couverture du régime d'assurance et d'indemnisation proposé par NHS Resolution, à l'exception des médecins généralistes travaillant dans des cliniques privées ayant un accord spécial avec le NHS<sup>14</sup>. Par exemple, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2019, les médecins généralistes sont couverts par le régime de NHS Resolution appelé Clinical Negligence Scheme for General Practice (CNSGP), qui prend en charge les responsabilités liées à la négligence clinique en médecine générale pour les incidents survenus à partir de cette date<sup>15</sup>.

8. En réponse à la pandémie de Covid-19, NHS Resolution a également créé le Clinical Negligence Scheme for Coronavirus (CNCS), offrant une couverture au secteur indépendant et aux organisations privées travaillant pour le NHS via des contrats établis pour faire face à la pandémie, notamment en ce qui concerne le dépistage du virus. Cela inclut, par exemple, les pharmacies privées qui ont proposé des tests de dépistage de la Covid-19 aux patients du NHS dans le cadre d'un contrat avec ce dernier. En dehors de ces situations, les établissements de soins privés doivent disposer de leur propre assurance et couverture légale.

#### *Des patients parfois dans l'impossibilité d'obtenir une indemnisation*

9. Tous les professionnels de santé au Royaume-Uni, y compris ceux qui fournissent des soins dans des établissements privés, doivent avoir une assurance qui couvre les frais juridiques ainsi que l'indemnisation accordée aux patients en cas de dommages subis à la suite d'un accident médical<sup>16</sup>. Les professionnels de santé travaillant dans des établissements de soins privés sont parfois couverts par une organisation de défense médicale ou Medical Defence Organisation (MDO) telle que la Medical Defence Union (MDU). Cependant, ces organisations n'offrent pas toujours une couverture adéquate capable d'indemniser les patients en cas de négligence médicale. Ces couvertures sont largement discrétionnaires, les prestataires n'étant pas contractuellement tenus de prendre en charge les coûts d'une réclamation et n'étant pas assujettis à une réglementation de conduite financière<sup>17</sup>.

14 Cf. M. KAZARIAN, « La responsabilité civile de l'État. Rapport anglais », *op. cit.* (n° 9), spéc. §§ 3 et 4.

15 <https://resolution.nhs.uk/services/claims-management/clinical-schemes/general-practice-indemnity/clinical-negligence-scheme-for-general-practice/#:~:text=From%201%20April%202019%2C%20NHS,or%20after%201%20April%202019> (consulté le 3 novembre 2023).

16 I. CHRISTIAN et C. DUFFICY, « Appropriate clinical negligence cover and problems suing private clinics and clinicians in medical negligence », *Journal of Personal Injury Law*, 2023, 3, pp. 163-172.

17 <https://www.gov.uk/government/consultations/appropriate-clinical-negligence-cover> (consulté le 6 novembre 2023).

10. Les MDO, au nombre de quatre au Royaume-Uni, ont été créées pour apporter un soutien financier et juridique aux professionnels de santé opérant en dehors du champ du Clinical Negligence Scheme for Trusts, le programme d'indemnisation du NHS géré par NHS Resolution. Bien qu'elles puissent offrir une représentation juridique, couvrir les frais juridiques et verser des indemnités aux patients, la nature discrétionnaire de leur couverture, combinée à l'absence de régulation en matière de conduite financière, crée des lacunes potentielles dans l'indemnisation clinique du secteur privé par rapport au NHS. Ce risque peut ne pas être clairement compris par les patients privés lorsqu'ils choisissent de recevoir des soins dans ce secteur<sup>18</sup>. Les MDO n'ont pas d'obligations contractuelles envers leurs membres, ce qui rend l'indemnisation qu'ils fournissent non contraignante sur le plan contractuel<sup>19</sup>.

11. L'affaire *Paterson*, soumise à un procès pénal et à une enquête publique, met en lumière cette problématique. Dr Paterson, chirurgien mammaire, travaillait entre 1997 et 2011, dans différents hôpitaux, y compris dans un hôpital du NHS et deux hôpitaux privés. Alors qu'il travaillait à titre privé dans un hôpital appartenant à la compagnie Spire Healthcare<sup>20</sup>, Paterson a procédé à de nombreuses opérations inutiles, exposant ses patientes à des anesthésies générales et laissant des cicatrices. Il examinait les patientes, réalisant parfois des échographies et des mammographies, leur indiquant qu'elles avaient des masses précancéreuses nécessitant une ablation. Cependant, ces masses étaient souvent totalement bénignes et inoffensives. Certaines patientes ont subi plusieurs opérations inutiles.

Paterson a été emprisonné pendant 20 ans en 2017 pour 17 chefs d'accusation de blessures intentionnelles après avoir soumis plus de 1.000 patientes à des opérations inutiles et dommageables pendant 14 ans<sup>21</sup>. L'enquête publique menée à la suite de l'affaire *Paterson* a également mis en lumière des défaillances graves dans la réglementation des soins de santé au Royaume-Uni, telles qu'une culture de « déni » dans un système de santé « dysfonctionnel » où il y avait un « aveuglement volontaire » à l'égard de son comportement<sup>22</sup>. L'enquête a également révélé des lacunes dans le rôle des MDO en matière de protection juridique et de couverture indemnitaire pour les patients.

18 House of Commons, *Report of the Independent Inquiry into the Issues raised by Paterson*, février 2020, p. 164.

19 « What next in the Ian Paterson Affair? », *Laingbuissonews*, avril 2022, p. 40.

20 Pour se donner un ordre d'idées sur la taille de la compagnie Spire, elle détient un réseau de 39 hôpitaux privés à travers le Royaume-Uni et emploie 11.700 personnes. En plus de son personnel salarié, 7.700 professionnels de santé indépendants opèrent au sein des hôpitaux Spire ; House of Commons, *Report of the Independent Inquiry into the Issues raised by Paterson*, *op. cit.* (n° 18), p. 5.

21 A. GREGORY, « 1,500 more patients of jailed breast surgeon Ian Paterson recalled », *The Guardian*, 1<sup>er</sup> février 2023.

22 House of Commons, *Report of the Independent Inquiry into the Issues raised by Paterson*, *op. cit.* (n° 18), pp. 1, 6 et 7.

12. Après la révélation des méfaits de Paterson et la poursuite par nombre de ses anciens patients en dommages-intérêts, son organisation d'indemnisation, le Medical Defence Union (MDU), a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser une indemnisation pour ces réclamations, conformément à son droit. Cet événement a constitué un avertissement pour les patients et les médecins, soulignant que l'adhésion à un MDO ou à une organisation de défense médicale, comme le MDU, ne garantissait pas une assurance telle que la percevait une personne ordinaire, qu'elle soit patiente ou médecin. L'adhésion à un MDO permettait notamment de notifier une réclamation au MDO, laissant à ce dernier le pouvoir discrétionnaire d'offrir ou non une indemnisation pour cette réclamation. À moins que la décision de refuser l'indemnisation par le MDO ne soit malveillante ou irrationnelle, il n'existait aucun recours contre cet exercice du pouvoir discrétionnaire, et aucun moyen de faire valoir un droit à une indemnisation.

13. À la suite de l'affaire *Paterson*, le gouvernement britannique a lancé en 2018 une consultation sur une couverture d'indemnisation appropriée pour les professionnels de soins réglementés<sup>23</sup>. Le gouvernement sollicitait des avis sur la question de savoir s'il fallait modifier la législation pour obliger les professionnels de santé qui ne sont couverts par aucun régime soutenu par l'État à détenir une couverture réglementée. La consultation a généré 101 réponses. Dans l'ensemble, il a été reconnu que la législation devait être réformée, même si cela devait engendrer des coûts supplémentaires, puisque « les avantages perçus (notamment une plus grande confiance des consommateurs, une transparence accrue en matière de soins de santé professionnels, et une plus grande sécurité et certitude de couverture) compenseraient ces coûts »<sup>24</sup>. Cette réforme, bien que vivement recommandée par l'enquête publique sur l'affaire *Paterson*, n'a toujours pas été mise en œuvre<sup>25</sup>.

*Les professionnels de santé travaillant comme entrepreneurs  
indépendants dans des établissements de soin privés :  
les défaillances de la responsabilité du fait d'autrui*

14. Un patient ayant subi des préjudices résultant de la négligence d'un professionnel de santé travaillant dans un établissement privé pourrait intenter une action en justice contre l'établissement en vertu de la responsabilité du

23 Department of Health and Social Care, *Appropriate clinical negligence cover, A consultation on appropriate clinical negligence cover for regulated healthcare professionals and strengthening patient recourse*, Published 6 December 2018, updated 8 February 2019 ; <https://www.gov.uk/government/consultations/appropriate-clinical-negligence-cover> (consulté le 8 novembre 2023).

24 <https://www.gov.uk/government/consultations/appropriate-clinical-negligence-cover> (consulté le 6 novembre 2023).

25 <https://www.gov.uk/government/publications/government-response-to-the-independent-inquiry-report-into-the-issues-raised-by-former-surgeon-ian-paterson/government-response-to-the-independent-inquiry-report-into-the-issues-raised-by-former-surgeon-ian-paterson#recommendation-10-1> (consulté le 6 novembre 2023).

fait d'autrui. Cependant, si le professionnel est considéré comme un entrepreneur indépendant plutôt qu'un employé de l'établissement, ce dernier se déchargerait de sa responsabilité civile. Le demandeur serait alors contraint de poursuivre directement le professionnel, mais comme mentionné précédemment, ces praticiens ne sont pas toujours suffisamment couverts, privant ainsi les patients d'une réparation adéquate.

**15.** Cette problématique est illustrée dans deux cas spécifiques. Dans *Barclays Bank Plc v Various Claimants*<sup>26</sup>, 126 demandeurs ont intenté des poursuites contre la banque Barclays, alléguant avoir été victimes d'agressions sexuelles de la part du Dr Bates lors d'examens médicaux liés au processus de candidature ou à l'emploi au sein de la banque. Les examens médicaux étaient requis comme condition préalable à l'embauche ou à l'offre d'emploi, et le Dr Bates était souvent désigné sous le nom de « médecin de la banque ». Exerçant principalement, voire exclusivement, dans sa salle de consultation à domicile, le Dr Bates était considéré comme un entrepreneur indépendant. La Cour suprême a conclu que la banque Barclays n'était pas responsable des actes du médecin, étant donné que sa relation avec la banque ne correspondait pas à celle d'un employé, rendant ainsi inapplicable la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui dans cette affaire. Le Dr Bates travaillait à temps partiel, avait sa propre assurance responsabilité médicale, et exerçait en tant qu'indépendant, la banque étant simplement l'un de ses clients.

**16.** Bien que les actions du Dr Bates ne relèvent pas de la négligence, mais plutôt d'abus sexuels, cette décision a des conséquences préjudiciables pour les patients ayant reçu des soins dans des établissements de santé privés pendant ou après la pandémie de Covid-19. En matière de responsabilité médicale, cette décision favorise considérablement ces établissements. Ils seront incités à engager des entrepreneurs indépendants pour prodiguer des soins, se déchargeant ainsi de toute responsabilité civile quant aux conséquences de ces soins. Les patients ayant subi des préjudices en raison de la négligence médicale d'un entrepreneur indépendant travaillant pour ces établissements auront des recours limités en matière de responsabilité civile. Ils ne pourront poursuivre que l'entrepreneur indépendant, sans garantie quant à sa solvabilité. Dans de tels cas, les patients lésés risquent de ne pas être indemnisés pour les dommages subis.

**17.** Une autre décision plus récente confirme cette approche en droit britannique. Dans *Hughes v Rattan*<sup>27</sup>, la demandeuse alléguait qu'elle avait reçu des soins dentaires négligents de la part de trois dentistes associés (et d'un dentiste stagiaire) travaillant dans un cabinet dentaire privé appartenant au défendeur, M. Rattan. Le défendeur avait un contrat pour dispenser des soins dentaires pour le compte du NHS. Bien que cette décision concerne des

<sup>26</sup> [2020] UKSC 13.

<sup>27</sup> [2022] EWCA Civ 107.

soins dispensés par un prestataire privé pour le compte du NHS, elle pourrait également avoir des répercussions sur les situations où un patient reçoit des soins directement dans un établissement de soins privé. La demande était faite contre M. Rattan uniquement, qui n'avait pas soigné la demandeuse lui-même. Le différend reposait sur la question de savoir si le défendeur était responsable de la négligence des dentistes à travers la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui ou du devoir de diligence intransmissible.

18. La cour d'appel a mis en avant la question cruciale de savoir si la relation entre l'auteur présumé de la négligence et le défendeur pouvait être assimilée à un emploi. Une attention particulière a été accordée aux arrangements contractuels entre les fautifs (les dentistes) et le défendeur (le propriétaire du cabinet). Les juges ont conclu que le défendeur n'était pas responsable de la négligence des dentistes à travers la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui, car ces derniers bénéficiaient de la liberté de travailler pour d'autres prestataires, de prendre des décisions médicales de manière indépendante, de choisir leurs propres laboratoires, de gérer leurs propres coûts, de régler leurs impôts et leur assurance nationale, de gérer leur indemnisation professionnelle, etc. Cependant, la cour a conclu que le défendeur avait un devoir de diligence intransmissible envers la demandeuse et était donc responsable de la négligence commise par les dentistes.

19. En résumé, à la lumière des arrêts *Barclays* et *Hughes*, il semble improbable qu'un établissement de soins privé puisse être tenu responsable, en vertu de la théorie de la responsabilité du fait d'autrui, des actions d'un professionnel de la santé n'ayant pas de contrat de travail formel. Cependant, un établissement privé pourrait être tenu responsable d'une négligence commise par un entrepreneur indépendant, en vertu de la doctrine du devoir de diligence intransmissible. Chaque affaire dépendra de ses circonstances spécifiques, mais cela soulève la possibilité d'une injustice potentielle pour les demandeurs qui pourraient être privés de réparation en cas de décision selon laquelle il n'existe pas de devoir de diligence intransmissible. Cette jurisprudence pourrait avoir des implications plus marquées à la suite de la pandémie de Covid-19, étant donné que de plus en plus de patients ont recours à des prestataires de santé privés<sup>28</sup>.

## **B) Établissements de soins privés fournissant des soins pour le NHS : à qui incombe la responsabilité civile ?**

20. Désormais, nous orientons notre attention vers la responsabilité civile pour les actes commis au sein d'un établissement privé fournissant des soins pour le compte du NHS. Au cours des deux dernières décennies, le NHS a régulièrement confié la prestation des soins aux patients à des prestataires

28 I. CHRISTIAN et C. DUFFICY, « Appropriate clinical negligence cover and problems suing private clinics and clinicians in medical negligence », *op. cit.* (n° 16).

privés. Pour faciliter cela, en 2000, le gouvernement travailliste a conclu un accord avec les prestataires de soins de santé privés par le biais de l'Independent Healthcare Association<sup>29</sup>. L'intention était d'augmenter la capacité, en particulier dans les soins électifs, où la prestation privée pouvait être utilisée pour réduire les listes d'attente, dans les soins intensifs et dans les établissements de soins intermédiaires. « *Any Qualified Provider* », (tout fournisseur qualifié) était un système contractuel au sein du marché interne du NHS, visant à encourager tous les prestataires de services de santé du NHS, du secteur privé, du troisième secteur ou des entreprises sociales à concourir pour des contrats sur un pied d'égalité<sup>30</sup>.

21. En 2006, le NHS Act a entre autres codifié la nouvelle structure globale du NHS, en prenant en compte le rôle des prestataires privés dans la prestation de soin. Selon l'Article 83 du NHS Act 2006, chaque établissement (*trust*) de soins primaires doit, dans la mesure où il le juge nécessaire pour répondre à toutes les exigences raisonnables, exercer ses pouvoirs de manière à fournir des services médicaux primaires dans sa zone ou à garantir leur fourniture dans sa zone. Un établissement de soins primaires peut, en plus de tout autre pouvoir qui lui est conféré, fournir lui-même des services médicaux primaires (que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de sa zone) et prendre les dispositions qu'il juge appropriées pour leur fourniture (que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de sa zone), notamment conclure des accords contractuels avec toute autre personne<sup>31</sup>.

22. Lorsque le gouvernement de coalition a introduit ce qui est devenu le Health and Social Care Act 2012, modifiant et renumérotant le NHS Act 2006, il a semblé ouvrir la voie à un rôle plus prépondérant pour les entreprises privées<sup>32</sup>. Cependant, l'impact de l'austérité sur les budgets du NHS a conduit à une utilisation limitée de la capacité privée. En septembre 2018, il a été déclaré que le secteur privé en Angleterre avait la capacité d'environ 100.000 procédures d'hospitalisation supplémentaires au cours des six derniers mois de 2018-2019. Bien que les listes d'attente du NHS aient considérablement augmenté, il ne semble pas y avoir de plans concrets pour employer plus de prestataires privés afin de les réduire. À titre d'exemple, en 2021/2022, les soins électifs dispensés par des établissements privés représentaient 6,8 % de l'ensemble des soins électifs prodigués aux patients au Royaume-Uni, soit 10 millions de cas, comparativement à 5,6 % en 2019/2020. Les soins fournis par des prestataires privés mais financés par le NHS constituaient 6,1 % de ce

29 « A Concordat with the Private and Voluntary Health Care Provider Sector », Department of Health, 31 octobre 2000.

30 « Is the NHS being privatised? », King's Fund, 19 mars 2015 ; S. NEVILLE, « Private providers push for bigger NHS role », *Financial Times*, 18 juin 2015.

31 Art. 83 NHS Act 2006.

32 S. NEVILLE, « Private providers push for bigger NHS role », *op. cit.* (n° 30).

total en 2021/2022, contre 5,6 % en 2019/2020<sup>33</sup>. Malgré une légère augmentation du rôle des prestataires privés dans la prestation de soins électifs depuis 2019, la majorité de ces soins demeure financée et dispensée par le NHS.

**23.** Il n'est pas rare que les patients du NHS bénéficient de soins dispensés par des prestataires privés, sans forcément être informés du statut de ces derniers. Les patients ont souvent l'impression de recevoir des soins directement dispensés par les établissements du NHS. Cependant, en cas de négligence médicale imputable au prestataire privé, le patient peut malheureusement se retrouver dans une zone juridique ambiguë, parfois sans recours indemnitaire. Deux exemples concrets illustrent cette situation.

**24.** Dans l'affaire *Farraj v King's Healthcare NHS Trust and Cytogenetic DNA Services Limited*<sup>34</sup>, M. et Mme Farraj attendaient un enfant et étaient tous deux porteurs de la bêta-thalassémie majeure (BTM), une maladie sanguine héréditaire. Ils cherchaient à s'assurer que leur futur enfant ne serait pas également porteur de la maladie. Un échantillon a été fourni par le couple, initialement envoyé à un laboratoire appartenant au King's Healthcare NHS Trust (KHT), puis transmis à un laboratoire privé, Cytogenetic DNA Services Limited (CSL), pour l'identification des tissus fœtaux et une culture ultérieure. Des preuves ont montré qu'un employé de CSL avait des doutes sur la pertinence de l'échantillon pré-cultivé original, des doutes qui n'ont jamais été transmis à KHT mais qui se sont avérés justifiés. Malgré cela, l'employé de CSL a poursuivi le traitement de l'échantillon. Une fois l'échantillon cultivé renvoyé, KHT l'a testé et a fourni un résultat négatif. Un diagnostic erroné, « tout à fait clair », a été transmis au médecin en charge de la grossesse des demandeurs, qui leur a à son tour transmis le résultat. Malheureusement, à la naissance, l'enfant s'est révélé être atteint de BTM, la maladie que les demandeurs tentaient d'éviter. M. et Mme Farraj ont engagé des poursuites contre KHT, qui a ensuite imputé la responsabilité à CSL, ajoutant CSL en tant que deuxième défendeur dans l'affaire.

**25.** La cour a conclu que KHT n'était pas tenue responsable de la négligence, argumentant qu'elle ne portait pas un devoir de diligence transmissible envers les plaignants concernant les analyses génétiques. La cour d'appel a tranché en faveur de KHT, affirmant que cette entité se limitait à fournir des services de diagnostic et d'interprétation pour les échantillons, et a rejeté l'extension de la responsabilité à KHT, arguant que les faits ne correspondaient pas à la relation patient-prestataire de soins de santé envisagée par la définition de *Woodland*<sup>35</sup>. Cependant, le couple a obtenu réparation complète de la part de CSL.

33 <https://www.nuffieldtrust.org.uk/resource/how-much-planned-care-in-england-is-delivered-and-funded-privately> (consulté le 28 novembre 2023).

34 [2009] EWCA Civ 1203.

35 *Ibid.*, spéc. § 103.

**26.** Cette décision montre que même si les demandeurs ont pu obtenir une indemnisation du deuxième défendeur, le laboratoire privé, elle peut avoir des implications pour des situations où le NHS fournit des soins aux patients à travers des établissements privés<sup>36</sup>. Cette décision décharge le NHS de toute responsabilité si un professionnel de santé travaillant pour l'établissement privé commet une erreur causant des dommages au patient dans de nombreuses situations qui sortiraient du contour de la définition de *Woodland*. Il semble injuste que dans de tels cas, la responsabilité ne repose pas sur le NHS, étant donné que les mêmes soins ou analyses auraient également pu être dispensés par un établissement de soins du NHS.

**27.** Cette iniquité a été corroborée par une décision plus récente portant sur la responsabilité du NHS dans le contexte d'un traitement médical délégué à un prestataire de soins privé, connue sous le nom d'affaire *Hopkins v Akramy*<sup>37</sup>. En juin 2008, le South Birmingham Primary Care Trust (établissement du NHS) a contracté avec le Badger Medical Centre (établissement privé) en vertu de la Section 83(2) du NHS Act 2006 pour fournir des services médicaux en dehors des heures d'ouverture aux patients du NHS dans le sud de Birmingham. Ce contrat stipulait explicitement que Badger devait souscrire une assurance adéquate couvrant toutes les responsabilités résultant de l'exécution négligente de ces services.

**28.** Le 26 décembre 2008, une patiente, alors âgée de deux ans et demi, a commencé à présenter des symptômes inhabituels. Le 27 décembre 2008, ces symptômes se sont intensifiés, et la patiente était instable et affaiblie. Ce matin-là, à la suite d'une recommandation automatisée du NHS, l'enfant a été amenée par sa grand-mère à la clinique Badger en dehors des heures d'ouverture. Une infirmière, employée par Badger, l'a examinée et a conseillé à sa grand-mère de lui donner du paracétamol. En cas de persistance des symptômes, il lui a été recommandé de consulter son propre médecin généraliste. Malheureusement, l'état de l'enfant n'a pas montré d'amélioration. Le 29 décembre 2008, elle a été transportée en ambulance à l'hôpital, où une IRM a révélé une hydrocéphalie et de multiples anomalies dans son cerveau. Par conséquent, la patiente a subi des dommages neurologiques permanents et est désormais tétraplégique, avec une déficience visuelle sévère, de l'épilepsie et une paralysie bulbaire.

**29.** La demandeuse a intenté une action contre le Badger Medical Centre et l'infirmière engagée par Badger. Le contrat entre le PCT et Badger comprenait une clause exigeant que Badger ait une « assurance adéquate » contre toutes les responsabilités résultant de soins médicaux négligents fournis en vertu du contrat. Cependant, la police d'assurance du premier défendeur (l'infirmière), émise par le Royal College of Nursing, était limitée à £3.000.000,

36 R. Heywood, « Non-delegable duties and hospitals », *Professional Negligence*, 2020, 26 (1), pp. 49-55.

37 [2020] EWHC 3445 (QB).

couvrant ses propres frais et ceux de toute autre partie, sans possibilité discrétionnaire d'étendre cette limite. De plus, Badger n'était pas assuré pour toute responsabilité envers la demandeuse. Face aux lacunes d'assurance du Badger Medical Centre et de l'infirmière, exposant la demandeuse à un risque significatif de sous-indemnisation en cas de succès de sa demande, celle-ci a également engagé des poursuites contre le PCT, soutenant que ce dernier avait une obligation de diligence intransmissible envers elle concernant le traitement dispensé au Badger Medical Centre.

**30.** La question portait sur la responsabilité du PCT concernant la négligence de l'infirmière travaillant pour Badger, en utilisant la doctrine du devoir de diligence intransmissible. La Cour a décidé que le cadre législatif ne contraignait pas le PCT à assumer une obligation de diligence intransmissible, car la Section 83 du NHS Act 2006 autorisait les établissements du NHS à déléguer des soins à des tiers. Le juge a donc rejeté l'application des critères de *Woodland*, arguant que cela contredirait l'intention du Parlement exprimée dans le NHS Act 2006. En conséquence, il a été conclu que le PCT n'avait pas d'obligation de diligence intransmissible envers la demandeuse. La Cour a semblé ici suggérer que la responsabilité des faits commis ne pouvait être imputée qu'à Badger et à l'infirmière, même en tenant compte des problèmes liés à leur couverture d'assurance mentionnée précédemment.

**31.** La décision a des conséquences dévastatrices sur le plan pratique pour les demandeurs, en particulier pour les patients du NHS subissant des préjudices dus à une négligence médicale commise lors d'un traitement médical confié à un tiers. Si le tiers n'est pas correctement assuré, le patient risque de se retrouver sans recours. Cette situation peut entraîner une sous-indemnisation importante en cas d'exclusion d'un devoir de diligence intransmissible de la part du NHS, créant ainsi une injustice et des difficultés financières futures probables. Le problème majeur réside dans le manque d'information préalable du demandeur et/ou de sa famille. Le manque de transparence envers les patients qui reçoivent des soins médicaux fournis par des prestataires privés, sans en avoir nécessairement connaissance, souligne une injustice profonde. La vulnérabilité, le manque de contrôle et la dépendance du demandeur à l'égard du défendeur sont toutefois inclus dans les critères décrivant une relation d'obligation intransmissible, comme énoncé dans l'arrêt *Woodland*. Cela devient une préoccupation sérieuse, en particulier dans le contexte postpandémique, avec de nombreux soins gérés par des cliniques privées ayant des contrats avec le NHS, mais sans une couverture adéquate pour indemniser les dommages en cas de négligence<sup>38</sup>.

38 S. BENNETT, « Hopkins v Akramy ([2020] EWHC (QB); QB (HHJ Melissa Clarke); 15 December 2020) », *Journal of Professional Injury Law*, 2022, 3, pp. 159-163.

## II. Responsabilité civile pour contamination du personnel dans un établissement de soin privé

32. Les personnels soignants qui auraient souffert d'un préjudice au sein d'un établissement de soin privé peuvent poursuivre l'établissement en responsabilité civile délictuelle, ou à travers la responsabilité de l'employeur, telle stipulée dans le Health and Safety at Work Act 1974. Selon cette loi, « tout employeur a l'obligation de protéger la santé, la sécurité et le bien-être de ses employés et des autres personnes susceptibles d'être affectées par leurs activités professionnelles »<sup>39</sup>. Un employé qui a subi un préjudice, y compris une infection nosocomiale, dans un établissement de soin privé (ainsi que dans un établissement du NHS) peut poursuivre son employeur sur cette base.

## III. Voies alternatives à la responsabilité civile

### *Réclamations pour rupture de contrat (Claims for breach of contract)*

33. Avant de recevoir un traitement fourni par un prestataire de soins privé directement, un patient conclut un contrat soit avec le médecin, soit avec l'établissement lui-même. Un contrat comportera un certain nombre de conditions expresses ou implicites, par exemple pour effectuer une certaine procédure avec une diligence raisonnable. S'il peut être démontré que le médecin n'a pas effectué la procédure avec une diligence raisonnable, il peut alors être en rupture de contrat en plus d'être négligent.

### *Soins payés par carte de crédit – Consumer Credit Act 1974*

34. Si le patient a payé tout ou partie de son traitement médical avec une carte de crédit, il peut demander le remboursement de son traitement à son fournisseur de carte de crédit en vertu de l'Article 75(1) de la loi de 1974 sur le crédit à la consommation. Le débiteur dans de telles réclamations serait le demandeur/patient, le fournisseur serait le prestataire de soins de santé/médecin et le créancier serait la société de carte de crédit. Cette loi s'applique généralement aux traitements dont la valeur est supérieure à £100 mais inférieure à £30.000, bien qu'il existe certaines circonstances dans lesquelles des montants supérieurs à £30.000 peuvent être réclamés. Si la réclamation aboutit, le demandeur peut récupérer la même indemnisation que s'il avait obtenu gain de cause contre le prestataire de soins de santé en cas de rupture de contrat<sup>40</sup>.

39 Section 2(1) Health and Safety at Work Act 1974.

40 AvMa, « Private Healthcare-Making a claim for compensation », p. 2, <https://www.avma.org.uk/wp-content/uploads/Private-healthcare-compensation.pdf2> (consulté le 28 novembre 2023).

### *Mécanismes de traitement amiable*

**35.** Certains prestataires de soins de santé privés, y compris certaines unités privées de patients de NHS Trust (c'est-à-dire des unités privées au sein des hôpitaux du NHS), sont représentés par l'Independent Sector Complaints Adjudication Service (ISCAS). Ils ont un code de pratique des plaintes qui comprend un service pour aider à régler les différends. ISCAS est l'un des services indépendants reconnus d'arbitrage des plaintes pour le secteur privé des soins de santé. C'est une société à but non lucratif, indépendante de l'organisme professionnel et détenue par le Centre pour le règlement efficace des différends (CEDR). ISCAS propose un service d'arbitrage indépendant en tant que troisième étape d'un processus en trois étapes : 1) dépôt des plaintes directement auprès de la clinique ou de l'hôpital où les soins ont été dispensés ; 2) examen interne de la plainte par une personne non impliquée dans la première étape (généralement au niveau régional ou au siège social) ; 3) examen externe : arbitrage indépendant par ISCAS<sup>41</sup>.

Aux étapes 1 et 2, les prestataires membres de l'ISCAS ont la possibilité de mener une enquête sur une plainte, fournir une explication sur les événements, présenter des excuses ou une déclaration de regret, prendre des mesures correctives pour rétablir la situation et rassurer le plaignant. De plus, ils peuvent faire un geste d'offre de « bonne volonté », avec des détails sur les paiements de bonne volonté à obtenir directement auprès du prestataire. À la troisième étape, les arbitres d'ISCAS ont la possibilité de demander aux membres ISCAS, y compris aux unités de patients privées du NHS où ils sont membres, de fournir une explication et des excuses, si approprié ; prendre des mesures pour remédier à la situation ; partager les détails sur la manière dont l'organisation a tiré des enseignements de la plainte et les changements mis en place en conséquence ; offrir un paiement de « bonne volonté » en reconnaissance des lacunes dans le traitement des plaintes, des inconvénients, de la détresse ou de toute combinaison de ces éléments. Ces paiements de « bonne volonté » sont accordés à la discrétion de l'ISCAS, variant de £50 à un maximum de £5.000, avec une moyenne d'environ £600<sup>42</sup>. Ce montant est considérablement inférieur à ce qui serait obtenu en cas de succès dans une action civile.

## Conclusion

**36.** Ces dernières années, le rôle des prestataires de soins privés au Royaume-Uni a pris de l'ampleur, particulièrement en raison de la pandémie de Covid-19. Jusqu'à présent, aucune action en justice pour faute médicale impliquant un prestataire de soins privé à la suite de la pandémie de Covid-19

41 <https://iscas.cedr.com/about/what-we-do/> (consulté le 28 novembre 2023).

42 ISCAS, Revision to Goodwill Payment Guide (2022), p. 1.

n'a été portée à notre connaissance. Certains régimes d'indemnisation de NHS Resolution couvrent certains établissements privés, tels que les cabinets de médecine générale, ou les prestataires ayant dispensé des soins ou fourni des dépistages pour les patients du NHS pendant la pandémie de Covid-19. En dehors de ces situations, deux hypothèses de responsabilité délictuelle doivent être envisagées : les cas où le patient reçoit des soins directement d'un prestataire de soins privé, et les cas où le patient reçoit des soins fournis par un prestataire privé pour le compte du NHS.

**37.** Les règles concernant la responsabilité délictuelle pour faute médicale dans le secteur privé au Royaume-Uni sont les mêmes que pour la responsabilité des établissements publics. Cependant, les demandeurs font face à des difficultés dans ce domaine, car les prestataires de soins privés ne sont pas soumis aux mêmes régimes de couverture d'indemnisation légale que les établissements publics du NHS, ce qui peut parfois les empêcher d'indemniser les demandeurs. En fonction de la situation, le demandeur peut poursuivre l'établissement de soins privé sur la base de la responsabilité du fait d'autrui si le professionnel de santé responsable de la négligence est un employé de l'établissement, ou sur la base du devoir de diligence intransmissible si le professionnel de santé commettant la négligence est un entrepreneur indépendant. Il sera rare pour le demandeur d'obtenir réparation de la part du NHS qui aurait délégué des soins à un prestataire privé à travers la doctrine du devoir de diligence intransmissible.

**38.** Les demandeurs ont également la possibilité de poursuivre le prestataire sur la base de la responsabilité contractuelle si la responsabilité délictuelle ne s'applique pas. Il existe aussi des mécanismes de traitement amiable qui couvrent certains prestataires de soins privés représentés par l'Independent Sector Complaints Adjudication Service.

**39.** Toutefois, les patients recevant des soins de prestataires privés dépourvus d'une couverture adéquate semblent se retrouver dans une zone juridique ambiguë, bénéficiant d'une protection moindre contre le risque de sous-indemnisation par rapport à ceux recevant des soins directement du NHS. Ces patients peuvent ne pas être informés du manque de couverture légale du prestataire, rendant difficile, voire impossible, l'indemnisation. Cette lacune a été mise en évidence dans l'affaire *Paterson* et demeure un problème persistant dans le système de santé britannique, nécessitant une intervention urgente pour y remédier.



**Chapitre 3.**  
**La responsabilité civile**  
**des établissements de santé privés**  
**Rapport belge**

---

**Florence GEORGE**

*Chargée de cours à l'UNamur et chargée de cours invitée à l'UCLouvain  
Avocate au barreau de Liège-Huy*

**Pauline COLSON**

*Chargée de cours à l'UNamur  
Avocate au barreau de Bruxelles*

## Introduction

**1. Postulat de départ.** La pandémie de Covid-19 n'est pas la première crise sanitaire à laquelle la Belgique est confrontée. Comme d'autres pays européens, nous avons notamment connu le scandale sanitaire de la vache folle, du sang contaminé, des prothèses PIP ou encore du Softenon (équivalent belge de la Thalidomide). Le coronavirus se distingue toutefois par l'ampleur de ses répercussions et par les multiples questions qu'il a soulevées. Des réflexions ont ainsi déjà été menées notamment quant aux incidences de cette crise principalement en droit public<sup>1</sup>.

Les établissements hospitaliers ont été au cœur de la pandémie. Ils ont joué un rôle majeur. Nos réflexions porteront sur la responsabilité civile de l'hôpital à l'occasion de la crise de la Covid-19 et, plus largement, sur les possibilités pour un patient qui subit un dommage au sein d'un hôpital dans un contexte de crise sanitaire d'obtenir une indemnisation à charge de ce dernier. La notion de crise sanitaire sera appréhendée, dans les développements qui suivent, comme un événement qui touche à la santé d'un grand nombre de personnes<sup>2</sup>.

Si notre propos déborde et se veut plus large qu'une analyse ciblée de la crise du coronavirus, nous nous bornerons toutefois à examiner la situation du patient. La situation du soignant qui subit un dommage échappera au périmètre de nos recherches. Nous n'étudierons pas non plus la délicate question de la vaccination<sup>3</sup> du personnel hospitalier ni celle du dommage causé par le patient à un tiers en raison de son hospitalisation.

**2. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle.** Dès lors que le postulat de départ consiste à se pencher sur la responsabilité civile de l'hôpital, nous envisagerons tant la responsabilité contractuelle qu'extracontractuelle de ce dernier. Rappelons en effet que le droit de la responsabilité civile peut être défini comme un ensemble de règles qui fait peser sur l'auteur du fait dommageable une dette de réparation au profit de la victime<sup>4</sup> et que cette réparation peut résulter soit de l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat auquel cas le débiteur défaillant engage sa responsabilité contractuelle, soit de la violation de l'obligation issue de la loi de ne pas causer de

1 F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (coord.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19. Quelles leçons pour l'avenir ?*, Bruxelles, Larcier, 2022, 1084 p. Voy. aussi S. PARSA et M. UYTENDAELE (coord.), *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Limal, Anthemis, 2020, 425 p.

2 En ce sens : <https://www.futura-sciences.com/sante/definitions/pandemie-crise-sanitaire-19283/>.

3 Voy., sur cette question, C. VERSTRAETE, « De verplichting om zich te laten vaccineren: hoe ver kan de wetgever gaan? », *R. W.*, 2021-2022, pp. 1291-1316 ; A. JANSSEN (coord.), *La vaccination contre la Covid-19 obligatoire en Belgique ?*, Limal, Anthemis, 2022.

4 Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1166 : « La responsabilité civile suppose qu'une personne, physique ou morale, soit obligée de réparer un dommage causé par un fait générateur qui lui soit imputable ».

dommage à autrui par sa faute, le débiteur engageant alors sa responsabilité extracontractuelle<sup>5</sup>.

Sauf exceptions notamment liées à l'inconscience du patient emmené en ambulance à la suite, par exemple, d'un accident de la circulation dans un hôpital dont il n'a pas fait choix<sup>6</sup> ou liées à des situations d'urgence<sup>7</sup>, le patient noue un contrat médical avec l'hôpital et/ou le(s) médecin(s) qui le prennent en charge<sup>8</sup>. Le contrat est ainsi conclu entre l'hôpital et le patient lorsque ce dernier a porté son choix sur la clinique et non sur un médecin<sup>9</sup> ou lorsqu'il ressort des circonstances de fait que le patient a directement contracté avec l'hôpital sans faire le choix d'un médecin ou qu'il n'a eu de relations qu'avec le premier<sup>10</sup>. Le contrat d'hospitalisation implique alors que l'hôpital s'engage à assumer les fonctions hospitalières et de soins<sup>11</sup>.

La présence d'un tel contrat n'implique pas pour autant l'écartement des règles de la responsabilité extracontractuelle. En principe, la voie délictuelle n'est possible en présence d'un contrat que si le débiteur est l'auteur d'une faute mixte et que le créancier subit un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat<sup>12</sup>. La Cour de cassation considère toutefois que ces conditions sont automatiquement réunies en présence d'une infraction pénale qui sera nécessairement commise dans notre hypothèse de départ vu l'existence de coups et blessures ou d'homicide involontaire<sup>13</sup>. Les lésions corporelles étant inhérentes à la responsabilité médicale, les deux voies de la responsabilité civile sont donc ouvertes au patient et méritent d'être examinées. La question du concours vient par ailleurs d'être modifiée, avec l'adoption du livre 6 du Code civil relatif à la responsabilité extracontractuelle qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2025, à l'article 6.3. La voie délictuelle est désormais ouverte largement mais sujette à plusieurs exceptions, lesquelles sont paralysées en présence d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique<sup>14</sup>.

5 F. GEORGE et R. JAFFERALI (coord.), *Manuel de droit de la responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2022, n° 8.

6 Anvers, 14 février 2011, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 356, note N. BROECKX.

7 Trib. Liège, 28 juin 2005, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 43.

8 Notons que même si la patiente est mineure, l'existence d'un contrat valable n'est pas exclue « dès lors qu'elle était assistée et représentée par sa mère et a agi, à tout le moins, avec l'accord de celle-ci » (Bruxelles, 20 septembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14876).

9 Bruxelles, 13 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14655.

10 Bruxelles, 23 novembre 2010, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14716.

11 Civ. Gand, 14 avril 2006, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 142.

12 Cass., 29 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1717, note A. VAN OEVELEN ; *NjW*, 2006, p. 946, note I. BOONE ; *T.B.O.*, 2007, p. 66, note K. VANHOVE ; Cass., 24 mars 2016, *R.G.D.C.*, 2019, p. 512 ; *R.D.C.*, 2017, p. 200 ; Cass., 17 mars 2017, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438 ; *R.D.C.*, 2017, p. 952, note P. GILLAERTS ; Cass., 12 mars 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438 ; *R.D.C.*, 2020, p. 402.

13 Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, p. 216 ; *R.C.J.B.*, 1992, p. 497, note R.-A. DALCO.

14 Voy. not. à ce sujet A. CATALDO, « Le concours des responsabilités revisité », in F. GEORGE et P. COLSON (coord.), *Le nouveau livre 6 du Code civil*, Limal, Anthemis, 2024, à paraître.

On notera qu'à la suite de l'adoption du livre 5, les clauses exonératoires de responsabilité qui exonèrent le débiteur de sa faute ou de celle d'une personne dont il répond, lorsque cette faute cause une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne, sont réputées non écrites (art. 5.89).

**3. Hôpitaux public et privé.** Comme le souligne G. Genicot, il n'existe pas en Belgique, contrairement à la France, « de distinction entre deux ordres de responsabilité, de droit privé et de droit public, ni, partant, de différences entre le régime applicable aux hôpitaux publics, d'une part, et aux cliniques privées, d'autre part »<sup>15</sup>. Les lignes qui suivent seront dès lors consacrées à la responsabilité civile des établissements hospitaliers sans distinction selon qu'il s'agit d'un hôpital public ou privé.

**4. Plan.** Dans un premier temps, nous examinerons les différents fondements de la responsabilité civile des hôpitaux issus du Code civil (ancien et nouveau) (I)<sup>16</sup>. Nous verrons ainsi les hypothèses dans lesquelles l'hôpital peut engager sa responsabilité personnelle (A), mais aussi dans quelle mesure elle est tenue du fait d'autrui (B). La responsabilité du fait des choses sera ensuite analysée (C). De manière systématique, nous aborderons tant la responsabilité extracontractuelle que la responsabilité contractuelle. Nous envisagerons enfin un fondement situé en dehors du Code civil, à savoir l'article 30 de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 relative aux hôpitaux et à d'autres établissements de soins (D).

Même s'il ne s'agit pas à proprement parler d'une hypothèse de responsabilité civile des hôpitaux, il nous a semblé incontournable de faire état, dans un second temps, de la possibilité pour la victime d'un dommage subi à l'occasion d'une hospitalisation dans un contexte de crise sanitaire d'obtenir, à certaines conditions, une indemnisation de la part du Fonds des accidents médicaux (II).

15 G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 123. Voy. également sur le sujet : T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Anvers-Diegem-Bruxelles, Maklu-ced. samsom-Bruylant, 1996, pp. 23-24.

16 Le Code civil belge connaît depuis quelques années une véritable cure de jouvence. Sous l'impulsion de l'ancien ministre de la justice Koen Geens en 2014, un nouveau Code civil a vu le jour grâce à l'adoption de la loi du 13 avril 2019 y insérant un livre 8 relatif au droit de la preuve. Depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2020, date à laquelle cette loi est entrée en vigueur, coexistent dès lors entre les mains des praticiens l'ancien Code civil et le (nouveau) Code civil. Un livre 5 consacré au droit des obligations y a fait son entrée le 28 avril 2022 et est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023. Quant au livre 6 consacré à la responsabilité civile extracontractuelle, il fait l'objet d'une loi du 7 février 2024 qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2025 (loi du 7 février 2024 portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *M.B.*, p. 79393).

## I. La responsabilité civile des hôpitaux en raison d'un dommage au patient

### A) Responsabilité du fait personnel de l'hôpital

**5. Principes.** La responsabilité personnelle de l'hôpital peut être engagée soit sur un fondement contractuel soit extracontractuel, selon que le patient a contracté avec l'hôpital<sup>17</sup>, le médecin, les deux ou aucun d'entre eux<sup>18</sup>.

Dans les deux cas, on admet généralement, et sauf volonté contraire des parties, qu'une obligation de moyens pèse sur l'hôpital en ce qui concerne l'admission, l'organisation, les soins et l'accompagnement des patients<sup>19</sup>.

Plusieurs catégories de fautes sont généralement retenues tantôt sur le pied de l'article 1382 de l'ancien Code civil<sup>20</sup> tantôt en ciblant une inexécution contractuelle : défaut d'information, mauvaise organisation des services de soins, défaut de surveillance, atteinte à la sécurité des patients, manquement dans l'administration de médicaments ou dans la désinfection, problèmes liés à la fourniture de produits ou l'utilisation de matériel, défaut de matériel suffisant, manquement relatif à la conservation du dossier médical, suivi post-opératoire défaillant...

Examinons quelques exemples de fautes personnelles commises par un établissement hospitalier, non sans rappeler l'exigence de preuve d'un dommage et d'un lien de causalité entre ce dernier et la faute<sup>21</sup>.

**6. Fautes de l'hôpital : aperçu.** Tout d'abord, l'article 50, § 3bis<sup>22</sup>, de la loi relative à l'assurance obligatoire des soins de santé et indemnités<sup>23</sup> oblige

17 Le contrat d'hospitalisation est le contrat par lequel l'hôpital s'engage à assumer les fonctions hospitalières et de soins (Civ. Gand, 14 avril 2006, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 142). Voy. sur l'existence d'un contrat « *all in* » obligeant l'hôpital à lui prodiguer l'ensemble des soins médicaux que son état exigeait : en jurisprudence : Bruxelles, 23 novembre 2010, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14716 ; Bruxelles, 20 septembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14876 ; en doctrine : T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital, op. cit.*, pp. 25 et s. ; W. BUELENS, « Aansprakelijkheid van ziekenhuizen in tijden van COVID-19 », *R.W.*, 2022-2023, p. 722.

18 Bruxelles, 13 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14655.

19 Anvers, 14 avril 2008, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 312 ; Civ. Liège, 13 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1743 (somm.) ; Civ. Liège, 9 mai 2007, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14461 ; Civ. Gand, 28 janvier 2013, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 119, note L. BODDEZ et S. CALLENS.

20 La responsabilité du fait personnel est reprise au sein du livre 6 du Code civil à l'article 6.5.

21 La preuve de ce dernier pourra être facilitée en application des articles 8.6 et 8.4, alinéa 5, du Code civil. Voy., à ce sujet, Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 14 novembre 2022, C.22.0092.F, [www.juportal.be](http://www.juportal.be). Pour un cas de renversement de la charge de la preuve en matière d'infections nosocomiales, voy. Anvers, 22 novembre 2021, *Rev. dr. santé*, 2021-2022, p. 416.

22 Cet article dispose que « [s]ans préjudice de la disposition du § 3, alinéa 7, les tarifs qui découlent de la nomenclature sont les honoraires maximums qui peuvent être exigés pour les prestations dispensées dans le cadre des consultations à l'hôpital si, préalablement, le bénéficiaire n'a pas été expressément informé par l'établissement hospitalier sur l'adhésion ou non aux accords du dispensateur de soins au moment où les soins sont dispensés ».

23 Loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994, *M.B.*, 27 août 1994. L'article 50, § 3bis, a été inséré par la loi du 1<sup>er</sup> mars 2007 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 14 mars 2007).

l'hôpital à *informer* le patient du statut des dispensateurs de soins qu'il consulte à l'hôpital. Il incombe aussi à l'hôpital d'avertir le patient de la procédure à suivre afin d'obtenir une intervention de la mutuelle<sup>24</sup>.

La responsabilité de l'hôpital est également parfois engagée en raison d'une faute d'*organisation* d'un de ses services. Il incombe en effet en principe à ce dernier de « mettre suffisamment de personnel médical compétent à disposition et d'organiser le service de manière telle que le traitement adéquat des patients soit garanti »<sup>25</sup>.

L'hôpital ne peut toutefois se retrancher, pour s'exonérer, derrière les normes imposées par les autorités : « le manque de personnel, même imputable aux normes imposées par les autorités, ne constitue pas une cause de justification de soins insuffisants ou déficients du patient »<sup>26</sup>.

Il incombe également à l'hôpital de fournir des consignes claires à l'attention de son personnel<sup>27</sup> tant en ce qui concerne le travail proprement dit que le matériel utilisé<sup>28</sup> ainsi que de veiller à ce que toutes les informations relatives au patient soient accessibles à l'ensemble des intervenants médicaux<sup>29</sup>.

Un *devoir de surveillance*<sup>30</sup> pèse de surcroît sur l'hôpital<sup>31</sup>. Si l'état de santé du patient requiert des mesures particulières, la jurisprudence y voit une obligation de moyens renforcée<sup>32</sup>.

24 J.P. Gand, 14 juillet 2008, *J.J.P.*, 2012, p. 248.

25 Voy. sommaire de Liège, 8 juin 2017, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 327, traduit de l'allemand. Voy., aussi sur l'insuffisance de personnel, Liège, 22 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1700.

26 Gand, 14 octobre 2010, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 185.

27 Civ. Gand, 14 avril 2006, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 142.

28 Bruxelles, 26 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15239 (l'établissement hospitalier qui néglige de communiquer au personnel soignant les « consignes impératives du fabricant quant à la correcte utilisation des lits en cas de contention des patients » engage également sa responsabilité) ; voy. aussi la décision frappée d'appel : Corr. Bruxelles, 24 février 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 230, note B. FOSSÉPREZ ; *R.G.A.R.*, 2014, n° 15096.

29 Civ. fr. Bruxelles, 5 novembre 2018, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15558.

30 Voy., pour des illustrations, Gand, 10 mars 2011, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 189 ; Corr. Bruxelles, 24 février 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 230, note B. FOSSÉPREZ, « La responsabilité pénale de l'hôpital liée au placement de mesures de contention par le personnel soignant » ; *R.G.A.R.*, 2014, n° 15096 ; en appel, voy. Bruxelles, 26 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.239 ; Liège, 17 décembre 2019, 2018/RG/524, [www.juportal.be](http://www.juportal.be) ; Mons, 15 octobre 2013, *Bull. Ass.*, 2015, p. 229 ; Liège, 5 janvier 2012, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14868 ; *Bull. Ass.*, 2013, p. 223.

31 Gand, 14 octobre 2010, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 185 ; voy. aussi Civ. Anvers, 8 novembre 2006, *Bull. Ass.*, 2008, p. 198 ; Civ. Mons, 30 novembre 2007, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14532. Sur cette question, voy. not. : M.-N. VEYS, « What's in a name? Is de toezichtsplicht van een psychiatrische instelling op een geestesziekte een inspannings- of een resultaatsverbintenis? », note sous Comm. Bruxelles, 31 mai 2005, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, pp. 400-408.

32 Gand, 14 octobre 2010, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 185. L'obligation renforcée implique que le créancier doit démontrer que le débiteur ne s'est pas comporté comme une personne normalement prudente et diligente, mais ce devoir de diligence est plus rigoureux que pour une obligation de moyens. Voy. à ce sujet P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 559, n° 550.

Pour certains patients, des mesures de sécurité spécifiques sont même requises notamment en présence de patients souffrant depuis longtemps de problèmes psychiatriques et ayant déjà tenté de se suicider<sup>33</sup>.

L'hôpital qui méconnaît des *normes de sécurité* est susceptible d'engager sa responsabilité<sup>34</sup>. On y retrouve notamment des litiges liés à la *résolution de problèmes de désinfections*<sup>35</sup>. À cet égard, la responsabilité de l'hôpital pourrait être engagée dans le cadre d'une infection nosocomiale<sup>36</sup>. L'infection nosocomiale peut être définie comme l'infection acquise à l'hôpital et donc absente à l'admission<sup>37</sup> et qui survient dans un délai de moins de trente jours après un acte chirurgical. Elle peut être qualifiée d'*exogène* lorsque l'infection provient de la transmission d'un malade à l'autre par la contamination des instruments, du personnel médical, de l'environnement hospitalier (infection par l'air, l'eau, l'alimentation...), voire encore d'une transmission par le personnel médical de ses propres germes ou d'*endogène* lorsque le patient va s'infecter avec ses propres germes, que ce soit à la suite d'un acte invasif, en raison d'une fragilité particulière, ou encore à la suite d'une conjonction des deux circonstances<sup>38</sup>. S'agissant de la charge de la preuve de la faute de l'hôpital dans ce contexte d'infection nosocomiale, il importe de noter que même si la jurisprudence belge<sup>39</sup> a parfois retenu, comme en France<sup>40</sup>, la qualification d'obligation de résultat<sup>41</sup>, la tendance est plutôt à reconnaître l'existence d'une obligation de

33 Gand, 10 mars 2011, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 189 ; Mons, 13 mai 2013, *R.G.A.R.*, 2014, n° 15105.

34 Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 26 septembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1753 (l'interdiction des tourniquets et portes tournantes à tambour) ; Civ. Nivelles, 23 février 2010, *Bull. Ass.*, 2012, p. 539 (portes tournantes : absence de responsabilité en l'espèce) ; Civ. Bruxelles, 9 septembre 2005, *R.G.A.R.*, 2008, n° 14400 (dispositif de sécurité aux fenêtres).

35 À l'égard du CPAS : Anvers, 12 décembre 2001, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 296 ; Civ. Verviers, 29 septembre 1999, *Bull. Ass.*, 2000, p. 103. Voy. aussi Civ. Liège (6<sup>e</sup> ch.), 17 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1185 (infection oculaire entraînant une septicémie d'un prématuré).

36 Voy. not. Anvers, 12 décembre 2001, *Rev. dr. santé*, 2005-2006, p. 295.

37 Civ. Bruxelles, 28 janvier 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 133 (frappé d'appel) ; Liège, 18 septembre 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15169, note B. DE CONINCK ; Liège, 9 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1734, note G. G.

38 Civ. Bruxelles, 23 novembre 2017, inédit, R.G. 2008/13.366.

39 Voy., pour un relevé de la jurisprudence, C. LEMMENS, « Het al dan niet vermijdbaar karakter van nosocomiale infecties en de impact daarvan op de verbintnissen van de zorgverlener », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, pp. 362-380 ; B. DE CONINCK, « Infections nosocomiales : obligations de moyens ou de résultat ? », note sous Liège, 18 septembre 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15169 ; G. GENICOT, « Infections nosocomiales : la responsabilité médicale au milieu du gué », note sous Civ. Liège, 30 novembre 2009 et Liège, 18 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 755-761.

40 Cass. fr., 17 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2013, p. 48 ; Cass. fr., 1<sup>er</sup> juillet 2010, *J.L.M.B.*, 2013, p. 49, notes de O. GROSJEAN et G. CHRISTIAENS.

41 Civ. Liège, 17 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1185 ; Liège, 15 novembre 2006, *R.G.A.R.*, 2008, n° 14.352 ; Liège, 18 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2010, p. 745 ; Civ. Liège, 30 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 748 ; Civ. Liège, 18 janvier 2011 et Liège, 23 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 792 ; Civ. Bruxelles, 28 janvier 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 133, frappée d'appel et réformée par l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 19 septembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.355.

moyens et donc à imposer à la victime de démontrer que l'hôpital ne s'est pas comporté de manière prudente et diligente afin d'éviter la survenance de l'infection<sup>42</sup>.

Des manquements dans l'*administration de médicaments*<sup>43</sup> ont également donné lieu à la mise en cause de la responsabilité personnelle d'un hôpital.

Le manque de matériel et d'équipement professionnel peut également être à l'origine de la mise en cause de la responsabilité de l'hôpital<sup>44</sup>. Le simple fait que des hôpitaux spécialisés disposent d'équipements plus perfectionnés ne suffit pas à engager la responsabilité des hôpitaux moins bien équipés<sup>45</sup>. Par contre, la mise à disposition en nombre insuffisant de dispositifs de protection (par ex. des plaques de protection latérales destinées à obturer l'espace entre les barrières métalliques lors du placement de ceintures de contention) constitue une faute<sup>46</sup>.

La tenue et la conservation pour chaque patient d'un dossier médical sont imposées aux hôpitaux<sup>47</sup>.

Enfin, l'obligation de l'hôpital se prolonge au-delà de l'intervention et notamment dans le cadre du *suivi post-opératoire*<sup>48</sup> ou encore d'une obligation de *patient recall*<sup>49</sup>.

**7. Fautes de l'hôpital : application.** Le postulat de départ de l'existence d'une crise sanitaire permet d'envisager plusieurs fautes dans le chef de l'hôpital.

42 Cass., 5 septembre 2019, *R.G.A.R.*, 2020, n° 14.646 ; Civ. Bruxelles, 7 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 752, note G. GENICOT ; Gand, 2 février 2012, *NjW*, 2013, p. 76, note S. GUILLIAMS ; Civ. Hainaut, div. Charleroi, 1<sup>er</sup> juillet 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15240 ; Civ. Liège, 7 janvier 2002, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.573 ; Liège, 18 octobre 2012, *J.T.*, 2012, p. 776 ; Liège, 9 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1734, note G.G. ; Liège, 22 mai 2014, *R.G.* 2012/1666, [www.stradalex.com](http://www.stradalex.com) ; Liège, 18 septembre 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15169, note B. DE CONINCK ; Liège, 20 juin 2017, 2015/RG/1597 ; Civ. Liège, 25 février 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1949 ; Bruxelles, 19 septembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.355. Voy. not. en doctrine : W. BUELENS, « Aansprakelijkheid van ziekenhuizen in tijden van COVID-19 », *op. cit.*, pp. 724-725. Voy. pour une application de l'article 8.4, alinéa 5 et un renversement de la charge de la preuve, Anvers, 22 novembre 2021, *Rev. dr. santé*, 2021-2022, p. 416.

43 Civ. Anvers, 14 novembre 2002, *Bull. Ass.*, 2003, p. 617, note H. ULRICHTS ; W. BUELENS, « Aansprakelijkheid van ziekenhuizen in tijden van COVID-19 », *op. cit.*, p. 734.

44 Voy. art. 66, 2<sup>e</sup>, de la loi coordonnée du 10 juillet 2008 sur les hôpitaux et autres établissements de soins, *M.B.*, 7 novembre 2008.

45 Anvers, 14 février 2011, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 356, note N. BROECKX, « Diagnose-onderzoek in een beperkt uitgerust ziekenhuis: hoe grondig is zorgvuldig ».

46 Bruxelles, 26 juin 2015, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15239 ; pour la décision dont appel, Corr. Bruxelles, 24 février 2014, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 230, note B. FOSSÉPREZ ; *R.G.A.R.*, 2014, n° 15096.

47 Art. 15 de la loi du 7 août 1987 sur les hôpitaux, *M.B.*, 7 octobre 1987, à nouveau coordonnée le 10 juillet 2008, *M.B.*, 7 novembre 2008 ; arrêté royal du 3 mai 1999 déterminant les conditions générales minimales auxquelles le dossier médical, visé à l'article 15 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, doit répondre, *M.B.*, 30 juillet 1999.

48 Liège, 22 janvier 2009, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 215 ; *J.L.M.B.*, 2009, p. 1161.

49 D. VERHOEVEN, « De DES-slachtoffers en het Belgische aansprakelijkheidsrecht. Een confrontatie met verjaring, het foutbegrip, onzekere toekomstige schade en alternatieve causaliteit », note sous Trib. Bruxelles, 5 octobre 2010, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, pp. 156 et s.

On pourrait tout d'abord dénoncer un manque d'organisation ou de mise à disposition de personnel qualifié et en nombre suffisant<sup>50 51</sup>. La pénurie de personnel infirmier durant la crise de la Covid-19 n'a échappé à personne.

On pourrait également reprocher à l'hôpital d'avoir affecté du personnel à des activités dont il savait qu'elles ne relevaient pas de la compétence du personnel en question, notamment en demandant à des soignants d'autres services d'apporter de l'aide au sein du service de soins intensifs<sup>52</sup>, sauf situation d'urgence<sup>53</sup>.

Ensuite, un manquement dans les protocoles, procédures et normes de sécurité mises en place dans l'hôpital pourrait être épinglé (port du masque, aération des salles, procédure de désinfection, distances à respecter, changement de vêtements...).

S'agissant des procédures de désinfection, la responsabilité de l'hôpital, dans le cadre d'une infection nosocomiale, pourrait s'inscrire dans un contexte de crise sanitaire si elle touche un nombre important de patients. Il s'agira alors d'une infection nosocomiale exogène, notamment si la crise sanitaire résulte de la contamination du personnel médical ou de l'environnement hospitalier comme ce fut le cas pour le coronavirus.

La responsabilité de l'hôpital peut également être engagée en cas de défaut d'information sur les risques généraux d'infection<sup>54</sup>.

Le manque de matériel et d'équipement professionnel constitue enfin une autre source de responsabilité à charge de l'hôpital. Les crises sanitaires contribuent souvent très largement à ce phénomène de pénurie (par ex. pour les masques FFP2, les vaccins...). À cet égard, la preuve du lien causal entre le manquement, par exemple une pénurie de masques, et le dommage subi, à savoir la contamination à un virus tel que la Covid-19, pourrait être difficile à rapporter lorsque le virus est très répandu et que le patient aurait pu le contracter avant son hospitalisation<sup>55</sup>.

Au rang des causes d'exonération (et plus spécialement de ce qu'on qualifie de faits justificatifs<sup>56</sup>), on pourrait envisager que l'hôpital invoque l'état de

50 W. BUELENS, « Aansprakelijkheid van ziekenhuizen in tijden van COVID-19 », *op. cit.*, pp. 735-736.

51 Voy. sur l'accès aux soins et les critères y relatifs : F. DEWALLENS *et al.*, « COVID-19 en gezondheidsrecht: een eerste analyse », *Rev. dr. santé*, 2020-2021, pp. 33-34.

52 W. BUELENS, « Aansprakelijkheid van ziekenhuizen in tijden van COVID-19 », *op. cit.*, p. 737.

53 F. DEWALLENS *et al.*, « COVID-19 en gezondheidsrecht: een eerste analyse », *op. cit.*, p. 33.

54 W. BUELENS, « Aansprakelijkheid van ziekenhuizen in tijden van COVID-19 », *op. cit.*, p. 727. La question de savoir s'il incombe à l'hôpital d'informer le patient du fait que le soignant en charge de son traitement est infecté par la Covid-19 appelle une réponse négative, à condition, au regard du cas d'espèce et du risque concret d'infection, que des mesures aient été prises pour éviter que le patient ne soit confronté à un risque sanitaire plus élevé (*ibid.*, p. 738).

55 F. DEWALLENS *et al.*, « COVID-19 en gezondheidsrecht: een eerste analyse », *op. cit.*, p. 35.

56 Les faits justificatifs sont, avec l'adoption du livre 6, désormais rangés parmi la catégorie des causes d'exclusion de la responsabilité.

nécessité<sup>57</sup> et, aux premiers stades de la pandémie, son ignorance invincible. Dans de nombreuses situations, il y a également fort à parier que l'hôpital soulève la force majeure pour s'exonérer de sa responsabilité. On pourrait encore songer à l'ordre de la loi dans l'hypothèse, par exemple, d'un refus d'admission qui aurait été édicté par l'autorité compétente<sup>58</sup>.

## B) Responsabilité du fait d'autrui

### 1) Responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui (art. 1384, al. 3, anc. C. civ.)

**8. Principe.** En l'absence de contrat entre la victime et l'hôpital, la responsabilité extracontractuelle de ce dernier peut être engagée en sa qualité de commettant pour les dommages causés par la faute de ses préposés conformément à l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil<sup>59</sup>. Les préposés en question peuvent être tant le personnel infirmier que les médecins, à certaines conditions.

#### a) Responsabilité de l'hôpital du fait des médecins

**9. Médecin indépendant ou préposé ? Principes.** Le médecin qui exerce son art de guérir au sein d'un hôpital peut agir soit en qualité de préposé, soit en qualité d'indépendant. Ce n'est que dans le premier cas que l'hôpital sera responsable en présence d'une faute du médecin puisque l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil exige au rang de ses conditions d'application l'existence d'un lien de subordination entre le commettant et son préposé. Un tel lien pourrait exister entre un médecin et l'hôpital, car il n'est pas incompatible avec l'exigence d'indépendance professionnelle. La jurisprudence a pu confirmer que « l'indépendance thérapeutique n'exclut pas qu'un contrat de travail puisse lier un hôpital à un médecin »<sup>60</sup>.

L'existence d'un lien de subordination entre le médecin et l'hôpital doit être examinée sur la base d'éléments de fait qui déterminent la collaboration entre le médecin et l'hôpital<sup>61</sup>. Il convient ainsi de se demander notamment s'il y a soumission du médecin à un règlement de travail, détermination forfaitaire de la rémunération, obligation de respecter un horaire, planification des vacances, directives plus ou moins contraignantes en matière d'organisation des services, choix des malades à examiner<sup>62</sup>, etc. Le lien de subordination est sans doute plus difficilement contestable si le médecin est lié à l'établissement hospitalier par un contrat de travail.

57 W. BUELENS, « Aansprakelijkheid van ziekenhuizen in tijden van COVID-19 », *op. cit.*, p. 735.

58 *Ibid.*, pp. 741 et s.

59 Cette présomption de responsabilité est reprise au sein du livre 6 à l'article 6.14.

60 Civ. Liège, 28 juin 2005, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 43.

61 Civ. Anvers, 12 novembre 2007, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 307, note C.L.

62 Voy. not. Civ. Gand, 10 septembre 2012, *T.G.R.*, 2013, p. 10.

**10. Faute du médecin dans un contexte de crise sanitaire.** Outre l'existence d'un lien de subordination, l'application de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil impliquera la mise en évidence d'une faute dans le chef du médecin. Cette dernière s'appréciera en comparant le comportement du médecin avec celui d'un médecin normalement prudent et diligent<sup>63</sup>. S'agissant d'un scandale sanitaire, on pourrait songer à des fautes de diagnostic, dans la prescription de médicaments<sup>64</sup>, dans la diligence lors de la prise en charge du patient...

Néanmoins, il est essentiel de rappeler que si l'appréciation de la faute doit avoir lieu *in abstracto*, ce principe souffre deux tempéraments. Outre le fait qu'il convient de tenir compte, dans certains cas, d'éléments internes à l'agent tels que la qualité professionnelle, il doit également être tenu compte d'éléments externes. Le comportement du médecin doit ainsi être apprécié en se replaçant dans les mêmes circonstances de temps et de lieu<sup>65</sup>. Le contexte d'une crise sanitaire exige par conséquent de tenir notamment compte des connaissances scientifiques au moment des faits. Le fait que les effets néfastes d'un médicament ne sont pas encore connus ou que l'existence d'un virus vient d'être découverte peut justifier d'écarter toute faute dans la prescription d'un traitement ou dans le diagnostic de la maladie dans le chef du médecin<sup>66</sup>. Par ailleurs, dès lors que les crises sanitaires impliquent bien souvent un nombre important de patients concernés, les exigences relatives à la qualité des soins prodigués doivent être relativisées. Ces considérations expliquent sans doute le fait que les patients ne semblent pas avoir été enclins à engager la responsabilité des médecins dans le cadre notamment de la crise de la Covid-19 et qu'il n'existe, à notre connaissance, aucune jurisprudence publiée en ce sens.

Rappelons que si le médecin est engagé dans les liens d'un contrat de travail avec l'hôpital, il bénéficiera d'une immunité et ne pourra donc pas voir sa responsabilité personnelle engagée ou faire l'objet d'un recours contributoire de la part de l'hôpital si la faute commise est une faute légère et occasionnelle (art. 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail<sup>67</sup>). Ce n'est que si le médecin commet une faute intentionnelle, lourde ou légère habituelle qu'il perdra alors son immunité<sup>68</sup>.

63 B. DUBUISSON, « Le médecin normalement prudent et diligent : carnet de conduite », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 125-168 ; F. GEORGE et R. JAFFERALI (coord.), *Manuel de droit de la responsabilité civile, op. cit.*, p. 91.

64 Voy. not. à ce sujet : I. LUTTE, « Le médicament : de sa prescription à sa consommation : un nouvel enjeu de responsabilité », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 747-766 ; O. MIGNOLET (dir.), *Traité de droit pharmaceutique. La commercialisation des médicaments à usage humain : droit européen et droit belge*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 1, Waterloo, Wolters Kluwer, 2015-2016, p. 1243.

65 F. GEORGE et R. JAFFERALI (coord.), *Manuel de droit de la responsabilité civile, op. cit.*, p. 92.

66 L'article 6.6, § 2, prévoit d'ailleurs, au rang des critères pouvant être pris en considération pour apprécier la norme générale de prudence, l'état des techniques et des connaissances scientifiques.

67 Loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.

68 Gand, 21 décembre 2017, *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 196.

b) *Responsabilité de l'hôpital du fait des infirmiers*

**11. Statut et faute des infirmiers.** L'hôpital est également susceptible d'engager sa responsabilité sur pied de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil en raison d'une faute commise par le personnel infirmier. Même s'il existe des infirmiers indépendants se déplaçant au domicile des patients, lorsqu'ils exercent leur art<sup>69</sup> en milieu hospitalier, ils revêtent alors le statut de préposé. Le lien de subordination peut exister entre l'infirmier et le médecin<sup>70</sup>, mais le plus souvent c'est l'hôpital qui sera qualifié de commettant<sup>71</sup>.

**12. Application.** Dans le cadre d'une crise sanitaire, l'on pourrait songer à des fautes de surveillance du patient, dans la communication avec le médecin ou encore à l'occasion des questions posées au moment de l'anamnèse<sup>72</sup>. Néanmoins, à l'instar de ce qui a été précisé à propos des médecins, les circonstances propres à une crise sanitaire et notamment l'engorgement des hôpitaux, comme ce fut le cas lors de la Covid-19, devront être prises en considération au moment d'apprécier la faute du personnel infirmier et pourront également justifier l'invocation de la force majeure ou d'un fait justificatif tel que l'ignorance invincible.

Précisions encore que l'infirmier engagé sous les liens d'un contrat de travail pourra, à l'image du médecin exerçant en qualité de salarié, bénéficier de l'immunité de responsabilité instituée par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail<sup>73</sup>.

2) *Responsabilité contractuelle du fait des auxiliaires (art. 5.229 C. civ.)*

**13. Imputabilité.** Si un patient souhaite obtenir la réparation de son dommage en invoquant la responsabilité contractuelle de son cocontractant, l'article 5.83 exige que l'inexécution contractuelle soit imputable au débiteur. Dès lors qu'un contrat existe presque systématiquement entre l'hôpital et le patient, ce dernier devra donc démontrer que l'hôpital est l'auteur d'une inexécution imputable. L'imputabilité est définie à l'article 5.225 et ne se limite pas à la seule hypothèse de la faute commise par le débiteur. L'inexécution peut également être imputable à ce dernier lorsqu'il doit en répondre en vertu de la loi. À cet égard, le législateur a prévu dans le livre 5 que le débiteur devra répondre des fautes de ses auxiliaires. En effet, l'article 5.229 inséré dans le (nouveau) Code civil par la loi du 28 avril 2022<sup>74</sup> précise que « [s]i le débiteur fait appel

69 Voy., sur les activités relevant de l'art infirmier, art. 21quinquies de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice de l'art de guérir, *M.B.*, 14 novembre 1967, p. 11881.

70 Voy. not. Civ. Namur, 21 mai 1999, *R.G.A.R.*, 2001, n° 13.362 ; Liège, 17 mars 1995, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 289.

71 G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 333.

72 Pour quelques exemples en dehors d'un contexte de crise sanitaire : Gand, 14 octobre 2010, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 185 ; Mons, 6 décembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1726 ; Civ. fr. Bruxelles, 5 novembre 2018, *R.G.A.R.*, 2019, n° 15558.

73 G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 335.

74 Loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juillet 2022.

à d'autres personnes pour l'exécution de l'obligation, la faute commise par ces auxiliaires lui est imputable ». L'article codifie de la sorte la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière<sup>75</sup>. Comme l'indiquent les travaux préparatoires, « [c]ette responsabilité à l'égard du créancier doit être distinguée de la responsabilité extracontractuelle pour les préposés (art. 1384, al. 3, C. civ.) dont le champ d'application est beaucoup plus vaste, puisqu'il vaut à l'égard des tiers »<sup>76</sup>.

L'hôpital engagé dans les liens contractuels<sup>77</sup> avec un patient est donc susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle pour les fautes commises par les auxiliaires auxquels il a fait appel pour l'exécution de ses obligations contractuelles.

**14. Auxiliaire : notion et faute.** La notion d'auxiliaire n'est pas définie par le législateur, mais il n'est pas contesté que les médecins et les infirmiers peuvent être qualifiés d'auxiliaires tandis que les fautes qu'ils commettent sont susceptibles d'être déclarées imputables à l'hôpital. L'hôpital doit donc répondre des fautes commises par ses agents d'exécution<sup>78</sup>, et ce peu importe que le médecin ou l'infirmier travaille comme indépendant ou comme préposé<sup>79</sup>. L'indépendance ou l'autonomie dont bénéficie le personnel médical ne lui ôte pas sa qualité d'agent d'exécution<sup>80</sup>.

En vertu de l'article 5.229, la faute du personnel médical (infirmier, médecin, technologue...) en lien causal avec le dommage du patient permettra à ce dernier d'invoquer la responsabilité contractuelle de l'hôpital avec lequel il a noué une relation contractuelle. S'agissant des fautes qui peuvent être épinglées dans le cadre d'un scandale sanitaire, l'on songe à une faute de diagnostic, un défaut d'information, un manquement dans la prescription de médicaments (par ex. l'administration d'un médicament en l'absence d'essai clinique<sup>81</sup> ou d'autorisation de mise sur le marché...). Notons par ailleurs que les considérations relatives à l'appréciation de la faute dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle énoncées ci-avant (*supra*, nos 10 et 12) sont transposables en matière contractuelle dès lors que l'article 5.225, alinéa 2, prévoit que « [s]ans préjudice de l'article 5.72 et des règles propres à la responsabilité extracontractuelle, la faute s'apprécie selon le critère d'une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances ».

75 Cass., 21 juin 1979, *Pas.*, 1979, 1226 ; Cass., 5 octobre 1990, *Pas.*, 1991, 115 ; Cass., 27 février 2003, *Pas.*, 2003, 422 ; Cass., 29 septembre 2006, *Pas.*, 2006, 1911 ; Cass., 25 mai 2012, *Pas.*, 2012, 1196 ; Cass., 4 février 2010, *Pas.*, 2010, 376.

76 Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 265.

77 La théorie de la responsabilité contractuelle pour autrui de l'hôpital pour les prestations accomplies fautivement par le médecin ne sera dès lors pas mobilisée à défaut de contrat conclu entre la patiente victime et l'hôpital (Civ. Liège, 3 mai 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1752).

78 Voy., sur cette notion, C. HÉLAS, « Tensions autour de la notion d'agent d'exécution », note sous Cass., 7 février 2020, *R.G.A.R.*, 2020/9, n° 15719.

79 Bruxelles, 13 janvier 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14655 ; Bruxelles, 20 septembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14876.

80 Bruxelles, 23 novembre 2010, *R.G.A.R.*, 2011, n° 14716.

81 Voy. notamment pendant la crise Covid les controverses nées à l'endroit de la prise de chloroquine.

L'article 5.229 peut être particulièrement utile lorsque le patient est hospitalisé et qu'il est pris en charge par des médecins et des infirmiers ayant la qualité d'auxiliaires lorsqu'on ne sait pas à qui imputer la faute dans le cadre de la prise en charge du patient<sup>82</sup>. Ce dernier pourra en effet alors s'adresser à l'hôpital qui sera tenu des fautes commises par ses auxiliaires quels qu'ils soient.

## C) Responsabilité du fait des choses

### 1) Responsabilité extracontractuelle du fait des choses

#### a) L'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'ancien Code civil

**15. Principe.** La responsabilité de l'hôpital est également susceptible d'être engagée en sa qualité de gardienne d'une chose vicieuse sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'ancien Code civil<sup>83</sup>. Compte tenu des réserves qui peuvent être formulées quant à la mise en évidence d'une faute dans le chef du personnel soignant dans le cadre d'une crise sanitaire, ce fondement peut s'avérer plus judicieux.

Afin d'être indemnisé, le patient devra, cela étant, démontrer, en ce cas, que son dommage est dû à une chose affectée d'un vice dont l'hôpital a la garde<sup>84</sup>.

**16. L'hôpital : gardien d'une chose affectée d'un vice.** S'agissant de la qualité de gardien, elle est définie par la Cour de cassation comme étant celle qui est reconnue à « celui qui, pour son propre compte, use de la chose, en jouit ou la conserve, avec un pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle »<sup>85</sup>. Dans le cadre d'un contexte de crise sanitaire, il conviendra d'apprécier la qualité de gardien dans le chef de l'hôpital en fonction de la chose affectée du vice. Il pourrait par exemple s'agir de matériel médical<sup>86</sup>, d'un médicament<sup>87</sup> ou encore d'un élément du corps humain<sup>88</sup>.

82 G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 330.

83 Voy. par ex. Civ. Gand, 23 décembre 2011, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 34, note W. BUELENS. Dans le livre 6, le fondement légal de la responsabilité du fait des choses se retrouve à l'article 6.16.

84 C. DELFORGE, « Le droit commun de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle. La responsabilité civile des professionnels de la santé », in O. MIGNOLET (dir.), *Traité de droit pharmaceutique. La commercialisation des médicaments à usage humain : droit européen et droit belge*, 2<sup>e</sup> éd., vol. 1, *op. cit.*, p. 1508.

85 Cass., 15 juin 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 1126 ; Cass., 18 avril 1975, *Pas.*, 1975, p. 828 ; Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1362 ; Cass., 11 septembre 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 39 ; Cass., 7 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1023 ; Cass., 11 octobre 1985, *Pas.*, 1986 I, p. 149 ; Cass., 4 avril 1986, *Pas.*, 1986, p. 948 ; Cass., 29 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 251 ; Cass., 24 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 500 ; Cass., 25 mars 1999, *Pas.*, 1999, p. 453 ; Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 22 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 487 ; Cass., 18 octobre 2013, *Pas.*, 2013, liv. 10, p. 1993.

86 F. DEWALLENS *et al.*, « COVID-19 en gezondheidsrecht: een eerste analyse », *op. cit.*, p. 35. Voy. également par exemple Gand, 4 mai 1995, *Rev. dr. santé*, 1998-1999, p. 53 ; Mons, 28 juin 1994, *Rev. dr. santé*, 1995-1996, p. 291.

87 Par exemple du produit pour un test de dépistage (Bruxelles, 21 septembre 2010, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 183 ; *R.G.A.R.*, 2010, n° 14675).

88 Liège, 15 novembre 2006, *R.G.A.R.*, 2008, n° 14352.

**17. Le vice de la chose.** Depuis un arrêt du 23 septembre 1971<sup>89</sup>, la Cour de cassation définit de manière invariable le vice comme « une caractéristique anormale de la chose qui, en certaines circonstances, la rend susceptible de causer un préjudice ». La preuve du vice n'est pas toujours aisée<sup>90</sup>. L'on admet dès lors que le vice peut non seulement être démontré de manière positive, mais aussi négative en éliminant raisonnablement toutes les autres causes possibles du dommage<sup>91</sup>.

Au regard des hypothèses qui pourraient être envisagées dans le cadre d'un scandale sanitaire, deux décisions de jurisprudence méritent d'être épinglées. La cour d'appel de Liège a tout d'abord retenu, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'ancien Code civil, la responsabilité de l'hôpital au sein duquel le virus de l'hépatite C avait pu être transmis par une transfusion sanguine<sup>92</sup>. Une crise liée à du sang contaminé pourrait donc donner lieu à une indemnisation à charge de l'hôpital en sa qualité de gardien d'une chose affectée d'un vice. Un vice a également été retenu par la cour d'appel de Bruxelles à propos d'un test anténatal permettant la détection de certaines anomalies chez le fœtus à l'origine d'un faux négatif<sup>93</sup>. Dans le cadre de la crise de la Covid-19, l'utilisation de tests de dépistage affectés d'un vice aurait pu impliquer la mise en cause de la responsabilité de l'hôpital.

**18. Les infections nosocomiales.** Notons qu'en présence d'une infection nosocomiale s'inscrivant dans un contexte de crise sanitaire, la responsabilité de l'hôpital pourrait non seulement résulter de l'application de l'article 1382 de l'ancien Code civil (*supra*, n° 6), mais aussi de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup> *in fine*, du même Code.

b) *La loi du 25 février 1991 relative aux produits défectueux*

**19. La responsabilité de l'hôpital du fait des produits défectueux.** La loi du 25 février 1991<sup>94</sup> canalise en principe la responsabilité sur le producteur du produit affecté d'un défaut (art. 1<sup>er</sup> et 3) dès lors qu'il crée le risque et tire profit de la mise en circulation du produit<sup>95</sup>. Le producteur n'est toutefois pas le

89 Cass., 23 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 80.

90 Voy. pour des exemples où le vice n'a pas été retenu et donc où la responsabilité de l'hôpital n'a pas été mise en cause : Anvers, 14 février 2011, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 356, note N. BROECKX ; Gand, 21 janvier 2016, *Rev. dr. santé*, 2019-2020, p. 55.

91 Cass., 16 octobre 2016, R.G. n° C.15.0314.N, et les concl. contraires de l'av. gén. VAN INGELGEM ; Liège, 28 février 2008, inédit, cité par D. PHILIPPE, M. GOUDEN et M. BERNARD dans *J.L.M.B.*, 2009, p. 1959. Voy. not. à ce sujet en doctrine : J. TANGHE, « Middellijk “versus” onmiddellijk, direct “versus” indirect, en negatief en positief bewijs bij zaakaansprakelijkheid: een afbakening van de begrippen », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 3-13 ; J.-P. LEGRAND, « Chute d'un arbre – Le propriétaire ou le gardien de l'arbre sont-ils toujours responsables ? », *For. Ass.*, 2016, pp. 66-67.

92 Liège, 15 novembre 2006, *R.G.A.R.*, 2008, n° 14352.

93 Bruxelles, 21 septembre 2010, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 183 ; *R.G.A.R.*, 2010, n° 14675.

94 Cette loi est, avec la réforme, intégrée au livre 6 du Code civil (chapitre 7, section 1).

95 C. DELFORGE, « Médicaments dangereux : qui est responsable de quels défauts », *Cons.*, 2014, p. 91.

seul débiteur potentiel de l'indemnisation. Un mécanisme de responsabilité en cascade est en effet organisé en ce sens que l'importateur, ou à titre subsidiaire le fournisseur est susceptible d'engager sa responsabilité sur le fondement de cette loi. S'agissant du fournisseur, il ne sera tenu responsable que si et seulement si, soit le producteur ne peut être identifié<sup>96</sup> (hypothèse où le produit est fabriqué sur le territoire de l'Union), soit l'importateur ne peut être identifié (hypothèse où le produit est fabriqué en dehors du territoire de l'Union). Quant à la notion de fournisseur, la doctrine considère qu'elle englobe non seulement le vendeur final, mais également les distributeurs pour autant qu'ils ne puissent pas être considérés comme importateurs<sup>97</sup>.

Un médecin qui délivre un échantillon d'un médicament ou qui implante un dispositif médical pourrait ainsi être considéré comme fournisseur du produit défectueux<sup>98</sup>. Le même raisonnement pourrait être transposé à l'hôpital. La responsabilité de l'hôpital est susceptible, par ailleurs, d'être retenue en sa qualité de commettant dudit médecin à condition qu'une faute soit imputée à ce dernier. Un scandale du type de celui des prothèses PIP pourrait donc, le cas échéant, impliquer une responsabilité de l'hôpital en sa qualité de commettant du médecin responsable sur le fondement de la loi du 25 février 1991. Il est toutefois essentiel de garder à l'esprit que le législateur offre une porte de sortie au fournisseur qui pourra indiquer à la victime, dans un délai raisonnable<sup>99</sup>, l'identité de l'importateur ou du producteur. Dans cette hypothèse, le fournisseur qui a transmis les informations exactes<sup>100</sup> échappe définitivement à toute responsabilité même en cas d'échec de l'action dirigée contre le producteur ou l'importateur<sup>101</sup>.

**20. Le recours de l'hôpital.** La loi du 25 février 1991 doit également être abordée dans une autre hypothèse. Nous avons mis en évidence que l'hôpital peut voir sa responsabilité engagée sur pied de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, *in fine* de l'ancien Code civil (*supra*, n<sup>os</sup> 15 et s.). Dans ce cadre, il ne pourra échapper

96 Voy., pour un cas d'application, Mons, 13 janvier 2012, *For. Ass.*, 2014, p. 239, avec la note de C. DELBRASSINE, « L'identification du producteur dans la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux ». On peut ainsi imaginer l'hypothèse d'un produit revêtu d'un logo ou d'une marque qui ne permet pas d'identifier le producteur caché derrière le label.

97 F. GEORGE et R. JAFFERALI (coord.), *Manuel de droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n<sup>o</sup> 686.

98 C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », in C. DELFORGE et J. VAN ZUYLEN (coord.), *Les défauts de la chose. Responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 345-346.

99 Le point de départ de ce délai raisonnable est le « jour où le fournisseur a pris connaissance de la demande de la victime » (A. DELEU, « La responsabilité du fait des produits défectueux », in *La vente. Commentaire pratique*, feuillets mobiles, livre I.6, Kluwer, 2007, p. 57). Voy. aussi Bruxelles, 30 juillet 2019, *NjW*, 2020, p. 269, avec la note de J. WERBROUCK.

100 « Une identité complète et exacte comprendrait les éléments suivants : le pays de fabrication, ainsi que la dénomination complète, le lieu du siège social et la forme juridique de la personne morale ayant fabriqué la lessiveuse litigieuse » (C. DELBRASSINE, note sous Mons, 13 janvier 2012, *For. Ass.*, 2014, p. 246).

101 Bruxelles, 8 février 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n<sup>o</sup> 14645. Voy. aussi C.J.C.E., 25 avril 2002, C-52/00, *R.G.A.R.*, 2004, n<sup>o</sup> 13.798.

à sa responsabilité en soutenant que son comportement n'est pas à l'origine du vice<sup>102</sup>. Il pourra en revanche exercer un recours fondé sur la loi relative aux produits défectueux contre le producteur dudit produit<sup>103</sup>. Il devra néanmoins démontrer alors que le produit a bien été mis en circulation.

Dans l'affaire précitée relative au test anténatal<sup>104</sup>, l'hôpital avait diligé une action en garantie contre le vendeur du produit défectueux, à savoir le produit SIGMAN8759. L'action ne fut toutefois pas accueillie par la cour d'appel de Bruxelles sur pied de la loi relative aux produits défectueux dès lors que les conditions générales de vente mentionnaient clairement que les produits étaient uniquement destinés à la recherche et que l'hôpital savait pertinemment bien que le produit n'était pas destiné à être utilisé pour des applications diagnostiques.

## 2) Responsabilité contractuelle liée à l'utilisation d'une chose défectueuse (art. 5.230)

**21. Imputabilité.** Comme nous l'avons précisé ci-avant, une inexécution contractuelle est imputable au débiteur, en l'espèce l'hôpital, notamment si la loi prévoit qu'il doit en répondre (*supra*, n° 13). Outre la responsabilité du fait des auxiliaires, le législateur a prévu, au sein du livre 5, que le débiteur doit répondre de l'utilisation d'une chose défectueuse dans l'exécution d'une obligation. Selon l'article 5.230, « [s]i l'inexécution d'une obligation est due à l'utilisation d'une chose défectueuse, cette inexécution est imputable au débiteur, sauf force majeure ». Le législateur impose donc une obligation de résultat au débiteur<sup>105</sup>.

**22. Responsabilité de l'hôpital sur le fondement de l'article 5.230 du Code civil.** Les travaux préparatoires ajoutent que l'imputabilité « vaut pour l'utilisation de la chose tant par le débiteur lui-même que par l'auxiliaire de celui-ci » en citant l'exemple du médecin qui sera responsable « du matériel dont lui et le personnel qui l'assiste se servent dans le cadre des soins ». Par le jeu du cumul des dispositions, l'hôpital pourrait dès lors être présumé responsable du dommage causé par cette chose défectueuse. L'utilisation de tests défectueux, la transfusion de sang contaminé, le placement de prothèses affectées d'un défaut pourraient ainsi donner lieu à l'application de l'article 5.230 et à la reconnaissance d'une responsabilité dans le chef de l'hôpital dans le cadre d'une crise sanitaire, sous réserve toujours de la force majeure.

102 J. VAN ZUYLEN, « La responsabilité du gardien d'une chose affectée d'un vice (art. 1384, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil) », in G. CRUYSMANS (coord.), *Actualités en droit de la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 50 ; Cass., 7 juin 2007, R.G. n° C.06.112.

103 F. DEWALLENS *et al.*, « COVID-19 en gezondheidsrecht: een eerste analyse », *op. cit.*, p. 35.

104 Bruxelles, 21 septembre 2010, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 183 ; *R.G.A.R.*, 2010, n° 14675.

105 Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 265.

## D) Responsabilité centrale de l'hôpital

**23. Hypothèse visée.** S'il peut exister un lien de subordination entre un médecin et l'hôpital au sein duquel il travaille (*supra*, n° 9), dans la majorité des cas, les médecins exercent leur profession en qualité d'indépendant<sup>106</sup>. Dans cette hypothèse, l'hôpital ne peut être tenu sur pied de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil. Ce n'est pas pour autant que l'hôpital échappe à toute responsabilité en cas de faute commise par le médecin. L'hôpital pourra en effet voir sa responsabilité engagée sur la base de l'article 30 de la loi sur les hôpitaux<sup>107</sup> qui fonde la responsabilité centrale de l'hôpital<sup>108</sup> en raison des manquements (à savoir la violation des droits garantis par la loi du 22 août 2002<sup>109</sup>) des praticiens qui y travaillent sans exiger qu'ils aient la qualité de préposé<sup>110</sup>. Cette responsabilité s'applique donc indépendamment du statut du médecin<sup>111</sup>.

L'article 30 de la loi du 10 juillet 2008 dispose en effet que :

« Chaque hôpital respecte, dans les limites de ses capacités légales, les dispositions de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient pour ce qui concerne les aspects médicaux, infirmiers et d'autres pratiques professionnelles de soins dans ses relations juridiques avec le patient. De plus, chaque hôpital veille à ce que les praticiens professionnels qui n'y travaillent pas sur la base d'un contrat de travail ou d'une nomination statutaire respectent les droits du patient.

Chaque hôpital veille à ce que toutes les plaintes liées au respect de l'alinéa précédent puissent être déposées auprès de la fonction de médiation prévue par l'article 71 afin d'y être traitées.

Le patient a le droit de recevoir les informations de l'hôpital concernant la nature des relations juridiques entre l'hôpital et les praticiens professionnels qui y travaillent. Le contenu des informations visées, ainsi que la façon dont celles-ci doivent être communiquées, sont déterminés par le Roi, après avis de la commission visée à l'article 16 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

L'hôpital est responsable des manquements commis par les praticiens professionnels qui y travaillent, en ce qui concerne le respect des droits du patient prévus

106 Voy. not. Mons, 14 juin 2013, *R.G.A.R.*, 2013, n° 15019 ; Civ. Anvers, 12 novembre 2007, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 307, note C.L. ; Corr. Dinant, 31 mai 2005, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 35 ; Civ. Liège, 28 juin 2005, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 43, note G.S. ; Anvers, 24 septembre 2007, *Rev. dr. santé*, 2008-2009, p. 47.

107 Loi du 10 juillet 2008 coordonnée sur les hôpitaux et autres établissements de soins, *M.B.*, 7 novembre 2008. La responsabilité centrale de l'hôpital était auparavant consacrée à l'article 17*novies*, 4°, inséré dans la loi du 7 août 1987 sur les hôpitaux (*M.B.*, 7 octobre 1987).

108 Voy., sur la responsabilité centrale de l'hôpital, I. REUSENS, « L'hôpital garant du respect des droits du patient : la responsabilité centrale de l'hôpital, une réalité méconnue ? », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 273 et s.

109 Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 26 septembre 2002, err. *M.B.*, 20 décembre 2002.

110 Civ. Gand, 10 septembre 2012, *T.G.R.*, 2013, p. 10.

111 Civ. Gand, 10 septembre 2012, *T.G.R.*, 2013, p. 10 ; Civ. Anvers, 27 novembre 2019, *Rev. dr. santé*, 2020-2021, p. 350, note S. LIEVENS.

dans la loi précitée du 22 août 2002, à moins que l'hôpital n'ait communiqué au patient, explicitement et préalablement à l'intervention du praticien professionnel, dans le cadre de la communication des informations visée à l'alinéa 3, qu'il n'était pas responsable de ce praticien professionnel, vu la nature des relations juridiques visées à l'alinéa 3. Une telle communication ne peut pas porter préjudice à d'autres dispositions légales relatives à la responsabilité pour les actes commis par autrui ».

Notons que la disposition ne s'appliquera que si le patient a contracté avec l'hôpital et non s'il a contracté directement avec le médecin<sup>112</sup>.

**24. Exonération de responsabilité.** Une exonération de responsabilité de l'hôpital est toutefois prévue à l'article 4 pour les fautes commises par le praticien si l'hôpital a communiqué au patient, explicitement et préalablement à l'intervention du praticien professionnel, dans le cadre de la communication des informations visée à l'alinéa 3, qu'il n'était pas responsable de ce praticien professionnel, vu la nature des relations juridiques visées à l'alinéa 3<sup>113</sup><sup>114</sup>. Cette exonération est propre à la responsabilité centrale de l'hôpital<sup>115</sup> et ne peut être invoquée dans le régime instauré à l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil<sup>116</sup>.

**25. Application.** Les manquements pouvant justifier la responsabilité centrale de l'hôpital doivent correspondre à des hypothèses de violation des droits garantis par la loi relative au droit du patient. Au sein de cette loi, l'article 5 précise que le patient « a droit, de la part du praticien professionnel, à des prestations de qualité répondant à ses besoins<sup>117</sup> et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite »<sup>118</sup>. Dans le contexte d'une crise sanitaire, la responsabilité centrale de l'hôpital pourrait être engagée si le médecin ne prodigue pas à son patient une prestation de qualité répondant à ses besoins. Il pourrait par exemple s'agir d'un retard de diagnostic à un moment où le virus et la symptomatologie étaient connus, d'un défaut d'information sur les effets secondaires d'un médicament...

112 Civ. Liège, 3 mai 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1752.

113 L'hypothèse visée est celle où l'hôpital informe au préalable le patient que le médecin travaille comme indépendant et qu'il ne répond pas de ce dernier. Voy. à cet égard en jurisprudence : Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 6 septembre 2021, *J.L.M.B.*, 2022, p. 1079, note G.G. ; *R.W.*, 2021-2022, p. 1069, note M. DE POTTER DE TEN BROECK ; *J.J.P.*, 2021, p. 590, note S. TACK.

114 Voy. arrêté royal du 21 avril 2007 déterminant le contenu et le mode de transmission des informations visées à l'article 17<sup>novies</sup> de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, *M.B.*, 20 juin 2007.

115 Voy., pour un écartement de l'exonération, Civ. Hainaut, div. Charleroi, 25 juin 2021, *R.G.A.R.*, 2022/4, n° 15872 ; Civ. Liège, div. Liège, 29 mars 2022, *R.G.A.R.*, 2022/5, n° 15880.

116 Voy., pour une illustration, Civ. Gand, 10 septembre 2012, *T.G.R.*, 2013, p. 10.

117 Nous soulignons.

118 Pour un exemple d'application de cette disposition dans le cadre de la responsabilité centrale de l'hôpital, voy. Civ. Hainaut, div. Charleroi, 25 juin 2021, inédit.

## II. Le Fonds des accidents médicaux

**26. Historique.** À la suite de la création de l'Oniam en France par une loi du 4 mars 2002, le législateur belge a souhaité également, dans le courant des années 2000, offrir au patient un fondement légal supplémentaire lorsqu'il est victime d'un dommage qui ne résulte pas de la faute d'un prestataire de soins. La loi du 15 mai 2007<sup>119</sup> destinée à assurer l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé de manière automatique, c'est-à-dire sans que la victime n'ait à démontrer la responsabilité du prestataire de soins<sup>120</sup>, n'eut toutefois pas le retentissement souhaité. Elle fut, en réalité, rapidement tuée dans l'œuf. Vu son impraticabilité, son entrée en vigueur fut reportée à deux reprises avant qu'une refonte complète ne soit envisagée<sup>121</sup>.

C'est finalement la loi du 31 mars 2010 qui émergea de ce flou artistique<sup>122 123</sup>. Elle entra en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2012<sup>124</sup> et abrogea la loi du 15 mai 2007.

**27. Un système à deux voies**<sup>125</sup>. Conformément à cette loi de 2010, il est loisible à la victime d'un accident médical, outre le fait de diligenter une action

119 Voy., sur les critiques formulées à l'encontre de cette loi, E. LANGENAKEN, « La réforme de l'indemnisation du dommage issu des soins de santé », in *Droit de la responsabilité*, coll. CUP, vol. 107, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 281 et s. ; E. LANGENAKEN, « La réforme de l'indemnisation du dommage issu des soins de santé : révolution ou régression », *R.G.A.R.*, 2007/9, n° 14.312 ; E. LANGENAKEN, « Les lois du 15 mai 2007 et le respect du principe d'égalité », obs. sous C.C., 15 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1155-1161. L'arrêt précité décide notamment que « l'article 28, paragraphe 3, alinéa 2, attaqué, habilite le Roi à fixer chaque année la règle de calcul des versements à effectuer par les entreprises d'assurances. Cette disposition revient à habiliter le Roi à fixer un élément essentiel de l'impôt, à savoir le taux d'imposition. En outre, la loi ne prévoit pas de confirmation dans un délai relativement bref. Dès lors, l'impôt instauré par la disposition attaquée viole l'article 170, paragraphe premier, de la Constitution ».

120 Pour une première analyse de cette loi, voy. not. : E. LANGENAKEN, « La réforme de l'indemnisation du dommage issu des soins de santé », *op. cit.*, pp. 281-310 ; J.-L. FAGNART, « De l'erreur médicale aux erreurs de loi », *For. Ass.*, 2007, n° 78, pp. 145-151 ; D. DE CALLATAÏ, « Halte au Fonds ! », *J.T.*, 2007, pp. 248-250 ; G. SCHAMPS, « L'indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : Qu'en est-il ? », *Rev. dr. santé*, 2008-2009, pp. 364-371.

121 S. VAN CAENEGHEM, « La nouvelle loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé – Description du nouveau système », *For. Ass.*, 2010, p. 147 ; T. VANSWEEVELT, « De Wet Medische Ongevallen », *Rev. dr. santé*, 2010-2011, pp. 84 et s.

122 Voy., sur l'évolution de notre régime de la responsabilité civile, J.-L. FAGNART, « Émergence de la protection des consommateurs de services de soins de santé », *D.C.C.R.*, 2013, pp. 27-36.

123 Voy., sur l'impact de cette loi, T. VANDERSTEEGEN *et al.*, « Invloed van het Belgische vergoedingssysteem voor medische ongevallen op het gedrag van artsen », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, pp. 331 et s. ; T. VANSWEEVELT, « De Wet Medische Ongevallen », *op. cit.*, pp. 133-134.

124 Arrêté royal du 25 août 2012 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé et de la loi du 2 juin 2010 modifiant le Code judiciaire dans le cadre de la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé, *M.B.*, 29 août 2012. L'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> septembre 2012 concerne les articles 2 à 5, 8 et 12 à 32.

125 Voy. S. VAN CAENEGHEM, « La nouvelle loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé – Description du nouveau système », *op. cit.*, pp. 147 et s. ; T. VANDERSTEEGEN *et al.*, « Invloed van het Belgische vergoedingssysteem voor medische ongevallen op het gedrag van artsen », *op. cit.*, pp. 331 et s. ; T. VANSWEEVELT, « De Wet Medische Ongevallen », *op. cit.*, pp. 89 et s.

en responsabilité devant les cours et tribunaux, de réclamer l'indemnisation de son dommage auprès du Fonds des accidents médicaux (FAM)<sup>126</sup>. Cette procédure devant le Fonds est gratuite, amiable, facultative et non exclusive<sup>127</sup>. La décision prise *in fine* par le Fonds pourra toujours être contestée via une procédure judiciaire.

**28. Champ d'application.** En vertu de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la loi, cette dernière ne s'applique que si le dommage résulte de soins de santé<sup>128</sup>. Ils s'entendent des « services dispensés par un prestataire de soins en vue de promouvoir, de déterminer, de conserver, de restaurer ou d'améliorer l'état de santé du patient ou de l'accompagner en fin de vie »<sup>129</sup>. La notion s'interprète largement<sup>130</sup>.

Sont dès lors exclus du champ matériel, comme le souligne T. Vansweevelt, les expérimentations sur les humains, les prestations non remboursables à visée esthétique, les produits, les professionnels qui n'accomplissent pas de prestations de soins, les prestations de soins non accomplies par des professionnels et les services des structures hospitalières sans lien avec des prestations de soins<sup>131</sup>.

Le Fonds demeure compétent, et ce peu importe que l'accident médical soit avec ou sans responsabilité. Si le dommage est en lien causal avec une faute d'un prestataire de soins, ce dernier sera tenu responsable. L'indemnisation incombera, sauf contestation, à l'assureur du prestataire de soins. À l'inverse, en l'absence de responsabilité, c'est la solidarité nationale qui prendra le relais.

**29. Conditions d'indemnisation.** Les conditions d'indemnisation du Fonds sont fixées à l'article 4 de la loi. Ce dernier dispose :

« Le Fonds indemnise la victime ou ses ayants droit conformément au droit commun :

1° lorsque le dommage trouve sa cause dans un accident médical sans responsabilité, pour autant que le dommage réponde à l'une des conditions de gravité prévues à l'article 5 ;

2° lorsque le Fonds est d'avis ou qu'il est établi que le dommage trouve sa cause dans un fait engageant la responsabilité d'un prestataire de soins, dont la responsabilité civile n'est pas ou pas suffisamment couverte par un contrat d'assurance ;

126 L'article 13 de la loi prévoit cependant une suspension de plein droit de l'examen et le jugement des actions civiles.

127 S. VAN CAENEGHEM, « La nouvelle loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé – Description du nouveau système », *op. cit.*, p. 148.

128 Voy., sur le champ d'application et les exceptions qui l'assortissent, T. VANSWEEVELT, « De Wet Medische Ongevallen », *op. cit.*, pp. 93-97.

129 Art. 2, 4<sup>e</sup>, de la loi du 31 mars 2010.

130 S. VAN CAENEGHEM, « La nouvelle loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé – Description du nouveau système », *op. cit.*, p. 148 ; T. VANSWEEVELT, « De Wet Medische Ongevallen », *op. cit.*, p. 94.

131 T. VANSWEEVELT, « De Wet Medische Ongevallen », *op. cit.*, pp. 94-96.

3° lorsque le Fonds est d'avis que le dommage trouve sa cause dans un fait engageant la responsabilité d'un prestataire de soins et que celui-ci ou son assureur conteste la responsabilité, pour autant que le dommage réponde à l'une des conditions de gravité prévues à l'article 5 ;

4° lorsque l'assureur couvrant la responsabilité du prestataire de soins qui a causé le dommage formule une offre d'indemnisation que le Fonds juge manifestement insuffisante ».

L'intervention du Fonds n'est donc pas, comme nous l'avons vu, tributaire de la mise en cause de la responsabilité d'un professionnel de la santé<sup>132</sup>.

**30. Indemnisation des dommages liés à un accident médical sans responsabilité.** Cependant, si l'on s'attache plus précisément à l'indemnisation des dommages qui trouvent leur cause dans un accident médical sans responsabilité, il convient, tout d'abord, de se référer à l'article 2, 7°, de la loi.

Quatre conditions peuvent être épinglées :

- « Le sinistre doit être en relation avec la prestation de soins de santé ;
- Il ne peut donner lieu à la responsabilité d'un prestataire de soins ;
- Il ne peut résulter de l'état du patient ;
- Le dommage doit être considéré comme anormal »<sup>133</sup>.

L'article 2, 7°, précise qu'il faut entendre par accident médical sans responsabilité « un accident lié à une prestation de soins de santé, qui n'engage pas la responsabilité d'un prestataire de soins, qui ne résulte pas de l'état du patient et qui entraîne pour le patient *un dommage anormal*. Le dommage est anormal lorsqu'il n'aurait pas dû se produire compte tenu de *l'état actuel de la science, de l'état du patient et de son évolution* objectivement prévisible. L'échec thérapeutique et l'erreur non fautive de diagnostic ne constituent pas un accident médical sans responsabilité »<sup>134</sup>.

Ensuite, on notera que la loi exige encore un certain *seuil de gravité*. Le dommage est considéré comme suffisamment grave, aux termes de l'article 5, que si :

« une des conditions suivantes est remplie :

- 1° le patient subit une invalidité permanente d'un taux égal ou supérieur à 25 % ;
- 2° le patient subit une incapacité temporaire de travail au moins durant six mois consécutifs ou six mois non consécutifs sur une période de douze mois ;

132 T. VANSWEEVELT, « La loi sur les accidents médicaux : enfin la reconnaissance de l'aléa thérapeutique en Belgique ? », *Rev. dr. santé*, 2010-2011, pp. 2-3.

133 I. REUSENS, « Avis du Fonds des accidents médicaux : de la casuistique à la jurisprudence », *R.G.A.R.*, 2018/4, p. 15470.

134 Voy., pour une illustration, Civ. fr. Bruxelles, 5 mars 2018, R.G. n° 17/868, inédit, cité par Q. ALALUF, « L'accident médical sans responsabilité et le dommage anormal », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2018, p. 206.

- 3° le dommage occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence du patient ;  
 4° le patient est décédé »<sup>135</sup>.

**31. Focus sur la condition de dommage anormal**<sup>136</sup>. Les discussions se cristallisent généralement sur la notion de dommage anormal.

Le dommage anormal est défini comme le dommage qui n'aurait pas dû se produire compte tenu de l'état actuel de la science<sup>137</sup> ou de l'état du patient et de son évolution objectivement prévisible. Ces deux critères sont alternatifs<sup>138</sup> : « il suffit que l'un d'eux soit rencontré pour conclure à l'existence d'un accident médical sans responsabilité »<sup>139</sup>. L'objectif est de « mettre à charge de la solidarité nationale uniquement les effets secondaires imprévus ou peu probables d'un traitement »<sup>140</sup>.

L'état de la science doit être apprécié au moment où la prestation de soins est posée<sup>141</sup>. L'état du patient et son évolution objectivement prévisible sont, quant à eux, examinés sous le prisme de deux sous-critères<sup>142</sup>.

Le dommage sera anormal tantôt lorsque la complication est imprévisible<sup>143</sup>, tantôt lorsque le dommage qui résulte d'une complication prévisible est disproportionné eu égard à celui habituellement provoqué par ce genre de complication<sup>144</sup>.

135 Voy., sur ces seuils de gravité et leur appréciation en jurisprudence, Q. ALALUF, « L'accident médical sans responsabilité et le dommage anormal », *op. cit.*, pp. 222 et s.

136 Voy., sur cette notion, H. NYS, « Het recht van de patiënt op vergoeding van abnormale schade als gevolg van gezondheidszorg », *R.W.*, 2012-2013, pp. 322-334 ; Q. ALALUF, « L'accident médical sans responsabilité et le dommage anormal », *op. cit.*, pp. 203-232.

137 Voy., pour des illustrations, Civ. Flandre-Orientale, div. Gand, 2 mai 2016, R.G. n° 15/1511/A, inédit et Civ. fr. Bruxelles, 27 juillet 2017, R.G. 15/9301/A, inédit, cités par Q. ALALUF, « L'accident médical sans responsabilité et le dommage anormal », *op. cit.*, pp. 208-209.

138 Voy., entre autres, Civ. Limbourg, div. Hasselt, 10 mars 2016, R.G. n° 15/173/A, inédit ; Civ. Flandre-Orientale, div. Gand, 21 mars 2016, R.G. n° 15/475/A, inédit ; Civ. Anvers, div. Malines, 11 août 2016, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 244 ; Civ. fr. Bruxelles, 27 juillet 2017, R.G. n° 15/9301/A, inédit, cités par Q. ALALUF, « L'accident médical sans responsabilité et le dommage anormal », *op. cit.*, 2018, p. 207. Voy. aussi Civ. fr. Bruxelles, 28 juillet 2017, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15541 ; Bruxelles, 2 octobre 2018, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15645.

139 Bruxelles, 2 octobre 2018, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15645.

140 W. BUELENS, « Abnormale schade in de Wet Medische Ongevallen: naar een (te) ruime invulling? », *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 249 (traduction).

141 C.C., 30 novembre 2017, *R.W.*, 2017-2018, p. 679 ; *R.G.A.R.*, 2018, n° 15450 qui s'appuie sur les travaux préparatoires. Voy., pour des illustrations, Bruxelles, 2 octobre 2018, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15645.

142 Bruxelles, 2 octobre 2018, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15645. Voy., pour des illustrations, Civ. Anvers, 11 août 2016, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 244, note W. BUELENS ; Bruxelles, 2 octobre 2018, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15645 ; Civ. Namur, div. Namur, 8 décembre 2017, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15452.

143 Voy., pour des illustrations des complications (im)prévisibles, Civ. Flandre-Orientale, div. Gand, 2 mai 2016, R.G. n° 15/1511/A, inédit ; Civ. fr. Bruxelles, 27 juillet 2017, R.G. 15/9301/A, inédit ; Civ. Bruxelles, 17 novembre 2017, R.G. n° 2016/6803/A, inédit, frappé d'appel ; Civ. Limbourg, div. Hasselt, 10 mars 2016, R.G. n° 15/173/A, inédit, cités par Q. ALALUF, « L'accident médical sans responsabilité et le dommage anormal », *op. cit.*, p. 213.

144 Voy., pour des illustrations du critère de dommage disproportionné, Civ. Liège, div. Huy, 2 octobre 2017, R.G. 16/726/A, inédit, frappé d'appel ; FAM, 6 juin 2017, inédit, cités par Q. ALALUF, « L'accident médical sans responsabilité et le dommage anormal », *op. cit.*, pp. 214-215.

« Pour déterminer si le dommage “n’aurait pas dû se produire compte tenu de l’état du patient et de son évolution objectivement prévisible” et s’il est partant anormal, il peut être recouru au critère de probabilité »<sup>145</sup>. Partant, « il doit être admis qu’un dommage qui a de très faibles chances de se produire, eu égard à la situation particulière du patient, est anormal »<sup>146</sup>.

Il incombe également à la victime de rapporter la preuve du lien de causalité entre les prestations de soins et le dommage<sup>147</sup>.

**32. L’expertise médicale ordonnée par le Fonds.** La procédure est expliquée au chapitre 4 de la loi. Sont réglés successivement par le législateur l’introduction de la demande, le traitement de la demande, l’avis du Fonds, l’offre du Fonds, l’offre de l’assureur du prestataire de soins. L’expertise est organisée par le Fonds et régie à l’article 17 de la loi :

« § 1<sup>er</sup>. Le Fonds peut faire appel à des praticiens professionnels spécialisés en vue d’obtenir des informations précises sur une question médicale particulière.

§ 2. À moins que la demande ne soit manifestement irrecevable ou non fondée, ou que l’ensemble des parties à la procédure y renoncent, le Fonds organise une expertise contradictoire s’il y a des indices sérieux que le dommage atteint le seuil de gravité visé à l’article 5.

Le Fonds désigne un expert indépendant ou, si cela se justifie, un collègue d’experts.

Dans les autres cas, le Fonds peut organiser une telle expertise.

Le Fonds suit le déroulement de l’expertise et veille notamment au respect de son caractère contradictoire.

§ 3. Toute partie peut solliciter du Fonds la récusation de l’expert désigné si celui-ci ne présente pas l’impartialité requise pour mener à bien sa mission.

L’expert qui sait qu’il existe une cause de récusation dans son chef en fait immédiatement part aux parties et se déporte, à moins que celles-ci ne l’en dispensent.

Si les parties ont marqué leur accord sur la désignation de l’expert, elles ne peuvent le récuser que pour des causes survenues ou connues depuis sa désignation.

145 Bruxelles, 2 octobre 2018, *R.G.A.R.*, 2020, n° 15645.

146 *Ibid.*

147 Ce lien de causalité suscita le débat dans l’affaire susmentionnée soumise au tribunal de première instance d’Anvers. La victime présentait en effet plusieurs antécédents médicaux de psoriasis et avait déjà subi plusieurs opérations d’arthroscopie du genou. À cet égard, il ressort de la décision du tribunal de première instance que l’éventuelle influence restreinte d’une situation préexistante n’énerve en rien l’existence d’un lien de causalité entre les soins et le dommage. Elle pourra cependant « être prise en considération lors de l’appréciation du caractère anormal du dommage et de son évaluation » (Civ. Anvers, 11 août 2016, *Rev. dr. santé*, 2016-2017, p. 244, note W. BUELENS).

Aucune récusation ne peut en tout cas être proposée après la réunion d'installation ou, à défaut d'une telle réunion, après que l'expert a commencé ses travaux, à moins que la cause de la récusation n'ait été révélée ultérieurement à la partie.

§ 4. À moins que l'expert ne se déporte spontanément, la partie qui sollicite la récusation de l'expert adresse une demande motivée en ce sens au Fonds, à peine de déchéance dans les quinze jours de la date à laquelle la partie a eu connaissance des causes de la récusation.

Le Fonds communique immédiatement par lettre recommandée à la poste cette demande aux autres parties et à l'expert dont la récusation est sollicitée, en les invitant à lui faire part de leurs observations dans les quinze jours. L'expert est tenu de déclarer s'il accepte ou s'il conteste la récusation.

La récusation est admise si l'expert l'accepte ou s'il garde le silence.

Lorsque l'expert conteste sa récusation, le Fonds décide de son maintien ou de sa récusation par une décision motivée. Il ne tient pas compte des observations qui lui ont été communiquées par les parties après l'expiration du délai de quinze jours visé à l'alinéa 2.

S'il admet la récusation, le Fonds désigne immédiatement un autre expert.

§ 5. Le Fonds entend les parties concernées, à leur demande ou s'il le juge opportun ».

Cette expertise joue évidemment un rôle prépondérant. On observe en effet que les juges se contentent souvent de l'expertise réalisée lors de la procédure devant le Fonds sans ordonner d'expertise judiciaire. La démarche est-elle pour autant sujette à caution ? Le tribunal de première instance de Bruxelles y répond par la négative aux motifs que « dès lors que le rapport d'expertise médicale issu de l'application de la loi du 31 mars 2010 n'a pas de caractère contraignant pour le Tribunal, ladite loi n'est pas contraire à l'article 6 de la CEDH ». Il rappelle qu'il revient au juge « d'apprécier comme il le ferait notamment pour une expertise unilatérale, si le rapport d'expertise qui lui est soumis contient des éléments pouvant être retenus à titre de renseignements, de présomptions, voire même de preuves ». Dès lors que le rapport d'expertise ne lie en principe pas les parties, le tribunal estime qu'il n'est pas déraisonnable que « les exigences d'impartialité, d'indépendance auxquelles l'expert doit répondre ne so[ie]nt pas identiques à celles imposées aux juridictions de jugement »<sup>148</sup>.

**33. La loi du 31 mars 2010 : exclusion des produits défectueux.** La loi du 31 mars 2010, bien qu'elle pallie les lacunes et obvie aux inconvénients de la loi de 2007 dénoncés par la doctrine, n'est pas exempte de critiques. L'exclusion des dommages qui résultent d'un produit défectueux a été fortement critiquée.

148 Civ. fr. Bruxelles, 20 mars 2017, *Rev. dr. santé*, 2017-2018, p. 122, note W. BUELENS.

Pour T. Vansweevelt, « cette exception compromet sérieusement l'objectif et la cohérence de cette même loi »<sup>149</sup>.

**34. Les zones d'ombre : les infections nosocomiales.** Des incertitudes subsistent également quant à l'application de la loi de 2010 en présence d'infections nosocomiales. Contrairement à la loi de 2007, le législateur ne fait en effet plus mention des infections nosocomiales<sup>150</sup>.

L'existence d'une discrimination entre les différents patients victimes d'un dommage anormal s'est d'ailleurs rapidement posée. Dans une affaire soumise au tribunal de première instance de Liège, division Huy<sup>151</sup>, une fracture du tibia à la suite d'une chute de train avait été diagnostiquée chez une patiente. Le chirurgien orthopédique pratiqua une ostéosynthèse avec placement d'une plaque externe. Une infection à staphylocoque doré se développa ensuite au niveau de la plaie qui contraignit la patiente à subir plusieurs interventions. La patiente sollicita l'indemnisation de son dommage auprès du FAM, lequel refusa d'intervenir en l'absence de dommage anormal et de seuil de gravité suffisant.

Pour le FAM, les infections nosocomiales nées en milieu hospitalier constituent un risque connu qui, en l'état actuel de la science, existera toujours. Le tribunal pose dès lors à la Cour constitutionnelle, parmi les deux questions préjudicielles, la suivante :

« L'article 2,7° de la loi du 31 mars 2010 viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il définit un dommage anormal comme ne devant pas se produire dans l'état actuel de la science, lorsqu'il est interprété de manière telle qu'il distingue les dommages selon qu'ils sont totalement évitables ou non dans l'état actuel de la science de sorte que les dommages liés à une infection connue dans l'état actuel de la science (comme une infection nosocomiale à staphylocoque doré) mais qui ne peut être totalement évitée (toujours en l'état actuel de la science) sont exclus du champ d'application de la loi et de la notion d'accident médical sans responsabilité, alors que les dommages liés à une infection également connue mais qui auraient pu être évités en fonction de l'état actuel de la science y sont inclus ? ».

La Cour répond dès lors par la négative.

Pour la Cour, le critère d'évitabilité du dommage « a pour conséquence que le dommage lié à une infection qui était connue dans l'état actuel de la science mais qui ne pouvait être évitée est exclu du champ d'application de la loi, alors que tel n'est pas le cas du dommage résultant d'une infection connue qui aurait pu être évitée dans l'état actuel de la science ». Partant, en vertu de la

149 T. VANSWEEVELT, « La loi sur les accidents médicaux : enfin la reconnaissance de l'aléa thérapeutique en Belgique ? », *op. cit.*, pp. 2-3.

150 Voy., sur cette question, T. VANSWEEVELT, « De Wet Medische Ongevallen », *op. cit.*, p. 98.

151 Civ. Liège, div. Huy, 18 avril 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15313.

loi, « seuls les dommages qui étaient évitables dans l'état actuel le plus avancé de la science et, de ce fait, peuvent être considérés comme anormaux peuvent faire l'objet d'une indemnisation par le Fonds des accidents médicaux et en ce que le dommage qui ne peut être évité, même dans l'état actuel le plus avancé de la science, demeure à la charge de la personne lésée ». Ce critère est, aux yeux de la Cour, objectif et pertinent, car il « tient donc non seulement compte des limites de la science médicale mais aussi des intérêts de la communauté et de la viabilité financière du nouveau système ». Il est encore précisé que « [1] e critère de l'“évitabilité” dans l'état actuel de la science est en outre un critère évolutif, de sorte que le dommage qui ne peut actuellement faire l'objet d'une indemnisation pourrait être indemnisé à l'avenir. En outre, les effets de la disposition en cause valent de manière égale pour toutes les formes et toutes les personnes victimes de dommages résultant d'un accident médical sans responsabilité ». La Cour en conclut que « les effets de la mesure ne peuvent être considérés comme disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis par le législateur ».

La Cour précise d'ailleurs que « [s]pécifiquement en ce qui concerne les dommages résultant d'infections, le critère d'“évitabilité compte tenu de l'état actuel de la science” pour définir l'anormalité du dommage n'a pas pour conséquence contrairement à ce que semble supposer le juge a quo d'exclure les dommages résultant d'infections nosocomiales du champ d'application de la loi<sup>152</sup> ; outre le fait que tel n'était pas l'objectif poursuivi par le législateur, il peut être admis que si la qualité des soins prodigués et des aptitudes des prestataires de soins n'ont pas permis d'éviter que le dommage survienne, c'est parce que l'état actuel de la science ne le permettait pas. Dans cette optique, les victimes de dommages résultant d'une infection nosocomiale ne sont pas non plus traitées différemment de toutes les autres victimes de dommages résultant d'un accident médical sans responsabilité »<sup>153</sup>.

Le critère de distinction entre les dommages évitables et inévitables utilisé par la Cour à l'occasion de cet arrêt fut décrié par B. Dubuisson vu son manque de pertinence en matière d'infections nosocomiales<sup>154</sup>. « Indépendamment des arguments juridiques, on ne peut manquer de remarquer qu'un Fonds d'indemnisation qui ne prend pas en charge les conséquences des infections nosocomiales manque à une partie de sa mission. Celles-ci constituent le type même du dommage anormal qui devrait entraîner son intervention, ce qui ne fait qu'ajouter à l'imperfection du système mis en place en Belgique »<sup>155</sup>.

152 Nous soulignons.

153 C.C., 30 novembre 2017, *R.W.*, 2017-2018, p. 679 ; *R.G.A.R.*, 2018, n° 15450.

154 Voy., pour une lecture critique de cet arrêt, B. DUBUISSON, « Le médecin normalement prudent et diligent : carnet de conduite », *op. cit.*, pp. 165 et s.

155 B. DUBUISSON, « Le médecin normalement prudent et diligent : carnet de conduite », *op. cit.*, p. 167.

Comme le souligne B. De Coninck, « [l]es premières décisions du FAM concernant ces infections semblent toutefois décevantes. Elles considèrent que les infections nosocomiales sont un risque connu et que, leur taux étant particulièrement incompressible, le dommage qui en résulte ne constitue pas un dommage anormal au sens de l'article 2, 7°, de la loi. Le FAM en conclut l'absence d'accident médical sans responsabilité de sorte qu'il ne peut accorder son intervention à ce titre »<sup>156</sup>. Le même constat est opéré par I. Reusens<sup>157</sup>.

**35. Application**<sup>158</sup>. La question cardinale qui se pose en pratique est évidemment celle de savoir si un patient qui contracte, par exemple, la Covid-19 dans un hôpital peut solliciter l'indemnisation de son éventuel dommage auprès du FAM.

Il conviendra, pour la victime, de rapporter la preuve des éléments suivants :

- « Le sinistre doit être en relation avec la prestation de soins de santé ;
- Il ne peut donner lieu à la responsabilité d'un prestataire de soins ;
- Il ne peut résulter de l'état du patient ;
- Le dommage doit être considéré comme anormal »<sup>159</sup>.

Outre la question complexe de la détermination de l'origine de la contamination et du seuil de gravité du dommage, l'examen de la notion de dommage anormal sera évidemment au cœur des débats.

Peut-on en effet voir dans le dommage subi par le patient à la suite d'une contamination un dommage qui n'aurait pas dû se produire compte tenu de l'état actuel de la science ou de l'état du patient et de son évolution objectivement prévisible, les deux critères étant alternatifs ?

La transposition des raisonnements appliqués en matière d'infections nosocomiales aboutirait à une réponse négative.

Pour les premiers cas de contamination, l'examen du second critère de l'état du patient et de son évolution objectivement prévisible (et ses sous-critères de complication imprévisible ou de complication prévisible mais disproportionnée eu égard à celui habituellement provoqué par ce genre de complication) pourrait néanmoins aboutir à une intervention du Fonds.

156 B. DE CONINCK, « Les infections nosocomiales. Rapport belge », in *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 242.

157 I. REUSENS, « Avis du Fonds des accidents médicaux : de la casuistique à la jurisprudence », *op. cit.*, p. 15470, n° 46.

158 Voy., sur l'intervention du Fonds autour des questions de vaccinations, I. LUTTE, « Vaccination, risque et responsabilités », in C. DELFORGE (dir.), *Responsabilité, risques et progrès*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 151 et s.

159 I. REUSENS, « Avis du Fonds des accidents médicaux : de la casuistique à la jurisprudence », *op. cit.*, p. 15470.

## Conclusion

**36. Responsabilité de l'hôpital à multiples entrées.** Le patient qui subit un dommage lors de son séjour à l'hôpital au cours d'une crise sanitaire dispose de plusieurs fondements pour engager la responsabilité de l'hôpital.

En présence d'un contrat liant le patient à l'hôpital, le premier pourra agir en responsabilité contractuelle contre le second.

À cette occasion, il incombera au patient de démontrer l'existence d'un dommage qui résulte soit d'un manquement contractuel de l'hôpital, soit de la faute d'un auxiliaire auquel l'hôpital a eu recours, soit de l'utilisation d'une chose défectueuse.

La preuve de l'existence d'une faute (manque de personnel, désinfection défaillante, manque de matériel...) en période de crise sanitaire ne sera cependant pas toujours aisée à rapporter, les obligations pesant sur l'hôpital étant en principe des obligations de moyens. Plusieurs causes d'exonération (force majeure, ignorance invincible, etc.<sup>160</sup>) pourraient par ailleurs être opposées par l'hôpital.

La portée du nouvel article 5.230 du Code civil qui traite de l'utilisation d'une chose défectueuse reste une voie incertaine en l'absence de recul quant à son application. Elle offre à tout le moins certaines perspectives intéressantes.

À défaut de contrat ou à tout le moins en arguant du respect des conditions du concours de responsabilité<sup>161</sup>, le patient diligentera son action sur une base extracontractuelle.

Sur pied de l'article 1382 de l'ancien Code civil, le patient, tenu de rapporter la preuve d'une faute imputable à l'hôpital, se heurtera aux mêmes difficultés que celles évoquées sur le plan contractuel.

Le patient pourra également mobiliser l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil à l'égard de l'hôpital en épingleant une faute d'un préposé (par ex. un médecin, le personnel infirmier...).

La responsabilité centrale de l'hôpital pourra aussi être engagée.

L'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup> *in fine*, offre l'avantage de dispenser la victime de devoir rapporter la preuve d'une faute. La preuve d'un vice de la chose est toutefois requise. Elle a déjà donné lieu à de la jurisprudence dans des situations analogues.

La loi du 25 février 1991 ouvre encore à la victime d'un dommage causé par le défaut d'un produit un recours contre l'hôpital (ou le médecin, l'hôpital

160 Voy., sur cette notion, F. GEORGE et R. JAFFERALI (coord.), *Manuel de droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 357.

161 À savoir en présence de lésions corporelles constitutives d'une infraction pénale, sachant que l'article 6.3 modifiera, dès son entrée en vigueur, le régime du concours en posant comme principe le choix de la responsabilité extracontractuelle.

étant alors assigné en qualité de commettant) pour autant que ce dernier puisse revêtir la qualité de fournisseur, sans préjudice de la possibilité pour l'hôpital d'indiquer l'identité du producteur ou de l'importateur en vue de s'exonérer.

Enfin, une autre voie consisterait à solliciter une intervention du Fonds des accidents médicaux. La jurisprudence rendue en matière d'infections nosocomiales a malheureusement de quoi décourager...

Somme toute, les crises sanitaires sont sans aucun doute l'occasion d'interroger notre système de soins de santé et de remettre en cause l'efficacité de notre solidarité nationale.

**Chapitre 4.**  
**La responsabilité civile**  
**des établissements de santé privés**  
**Rapport espagnol**

---

**Carlos GÓMEZ**  
*Université Pompeu Fabra de Barcelone*

## I. La responsabilité civile des établissements de santé privés en droit espagnol

En Espagne, comme dans de nombreux autres pays européens, les services de santé sont fournis par l'administration publique et par des entités privées. La loi générale de la santé du 25 avril 1986 régit la concurrence des deux types de soins<sup>1</sup>.

Le service public de santé garantit une couverture générale à l'ensemble de la population. Depuis l'approbation de la loi sur la cohésion et la qualité du système national de santé du 28 mai 2003, la gestion des établissements de santé publics relève de la responsabilité des régions (communautés autonomes). Leur responsabilité est soumise aux règles générales sur la responsabilité financière de l'administration publique énoncées aux articles 32 à 37 de la loi sur le régime juridique du secteur public du 1<sup>er</sup> octobre 2015. L'étude de ces dispositions et leur application à la responsabilité civile médicale ne font pas l'objet d'une analyse dans ce rapport.

Les établissements de santé privés, comme nous le verrons ci-dessous, sont soumis au régime général de la responsabilité civile, avec les spécialités qui seront mentionnées<sup>2</sup>. Afin de contextualiser les questions à analyser, il semble opportun de mentionner deux questions préliminaires au début de cette analyse.

La première est de nature procédurale et concerne la structure du droit espagnol de la responsabilité civile. Les règles générales de la responsabilité civile sont contenues dans le Code civil (ci-après C. civ.), mais le Code pénal (approuvé par la loi organique du 23 novembre 1995, ci-après C. pén.) contient dans ses articles 109 à 122 des dispositions relatives à la responsabilité civile découlant d'un délit. Ces dispositions permettent à la victime d'un délit de demander réparation du dommage causé dans le cadre de la même procédure pénale ou, à son choix, de se constituer partie civile et de demander réparation du dommage subi dans le cadre d'une procédure civile postérieure à la procédure pénale. La possibilité de choix est expressément reconnue par l'article 109 du Code pénal.

Dans les cas de dommages corporels, tels que ceux généralement causés par des soins de santé, une procédure pénale est souvent engagée. En général, ces procédures sont closes et la victime du dommage peut accéder à la juridiction civile. Si le juge pénal estime qu'il existe des preuves d'une infraction pénale et que la procédure pénale se poursuit, la victime du préjudice peut se constituer partie civile, comme indiqué ci-dessus. La particularité mise en évidence est éminemment procédurale, mais elle implique une particularité matérielle importante. Dans les cas où un acte criminel du médecin ou du personnel

1 Selon les dernières données statistiques disponibles (année 2020), l'Espagne compte 464 hôpitaux publics et 306 hôpitaux privés. Les données n'incluent pas les autres types de centres de santé.

2 L'ouvrage de référence en Espagne est J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 8<sup>e</sup> éd., Madrid, Aranzadi, 2022.

soignant est déclaré, la responsabilité civile du centre de soins sera subsidiaire (art. 120 C. pén.). Comme on le verra, en l'absence d'infraction, la responsabilité civile du centre de santé pour les dommages causés à ses patients peut être directe ou solidaire, selon les cas.

La seconde est d'ordre matériel. Dans la sphère privée, les soins médicaux seront fournis dans le cadre d'un contrat de prestation de services. Ce contrat peut prendre des formes très diverses. Sous la dénomination générale de « contrat d'hospitalisation » ou de « contrat de soins de santé », il existe de nombreuses manières de fournir des services de soins de santé privés dans la pratique. Le plus souvent, ces services sont fournis par l'intermédiaire de compagnies d'assurance soins de santé.

Ce rapport soulignera l'importance que l'existence d'un contrat peut avoir dans la détermination de la responsabilité de l'établissement de santé. Toutefois, il convient de souligner qu'en ce qui concerne la responsabilité du personnel de santé (et du centre dans lequel il travaille), la doctrine et la jurisprudence espagnoles coïncident pour considérer que les règles de responsabilité sont de nature non contractuelle. D'une part, il arrive souvent qu'il n'y ait pas de contrat entre le médecin et le patient, mais plutôt entre le patient et le centre de santé dans lequel le médecin fournit ses services. D'autre part, les critères de détermination de la responsabilité médicale, en particulier la faute, sont considérés comme équivalents dans les sphères contractuelle et non contractuelle. C'est pourquoi, dans ce domaine, la distinction entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle, fondamentale en droit espagnol, n'est utilisée que pour déterminer la responsabilité de l'établissement de santé en tant que tel. Il est rare que les juges recourent à cette distinction lorsqu'ils analysent la responsabilité civile de l'établissement de santé pour les dommages causés par les médecins et le personnel médical qui traitent les patients<sup>3</sup>.

## A) La responsabilité pour faute et la *lex artis ad hoc*

Les établissements de santé détenus et gérés par le secteur privé sont responsables en vertu du droit espagnol, conformément aux règles générales de la responsabilité civile, pour les dommages. Selon ces règles, la responsabilité pour les dommages causés par l'activité de soins de santé privés est soumise à une règle de responsabilité fondée sur la faute (art. 1902 C. civ.). Outre le dommage subi, le patient qui demande réparation doit prouver la faute ou la négligence du personnel de santé qui l'a traité et le lien de causalité entre l'acte médical et le dommage subi.

3 Sur cette question, voy. C. I. ASÚA, « Responsabilidad civil médica », in F. REGLERO CAMPOS et J. M. BUSTO LAGO (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 5<sup>e</sup> éd., Madrid, Aranzadi, 2014, p. 360 ; M. C. GARCÍA GARNICA, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Madrid, Aranzadi, 2010, pp. 31-36 ; E. GÓMEZ CALLE, « El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario », *Anuario de Derecho Civil*, 1998, n° 4, pp. 1693-1768.

La jurisprudence civile a adapté le régime général aux particularités du service médical et a adapté ces exigences générales aux circonstances spécifiques dans lesquelles le dommage peut être la conséquence d'une action médicale négligente. D'une part, dans le domaine de la responsabilité civile médicale, comme dans d'autres domaines du droit espagnol de la responsabilité civile, la jurisprudence a une conception objective de la négligence. Selon cette conception, la négligence médicale est déterminée conformément à la *lex artis ad hoc*, définie comme l'ensemble des règles techniques auxquelles le praticien doit adapter ses actes. Ces règles comprennent à la fois celles prévues dans les protocoles médicaux d'action et celles qui découlent du bon jugement d'un professionnel au vu des circonstances spécifiques de l'affaire. De cette manière, les problèmes qui pourraient se poser à la victime pour prouver la négligence médicale sont résolus<sup>4</sup>.

D'autre part, les difficultés à prouver le lien de causalité sont résolues au moyen de présomptions dérivées du principe *res ipsa loquitur*. Parmi ces présomptions, la plus fréquente dans les affaires de responsabilité médicale est la « doctrine des dommages disproportionnés ». Selon cette doctrine, la faute peut être déduite d'un résultat qui ne se serait pas produit si l'action médicale avait été correcte<sup>5</sup>. Il doit s'agir de cas où le dommage causé par le traitement médical n'a aucun rapport logique ou prévisible avec le type d'affection et son traitement.

Il est important de noter que ces doctrines judiciaires constituent, du moins en théorie, des présomptions réfutables de l'existence d'une négligence à l'origine du préjudice. Elles sont des applications concrètes du principe général de facilité de preuve imposé par l'article 217 LEC<sup>6</sup> en général et selon lequel la charge de la preuve est assumée par la partie à qui il est le moins coûteux de prouver les faits litigieux, tant de leur existence que de leur inexistence. Conformément à l'asymétrie d'information qui existe entre le médecin et le patient, il a été facile pour les juges et les tribunaux espagnols de considérer que le spécialiste est mieux placé que la victime pour démontrer l'opportunité de ses actions conformément à la *lex artis*. En tout état de cause, en vertu du principe général de la responsabilité pour faute, le professionnel de la santé peut s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve que ses actes étaient corrects.

Pendant de nombreuses années, la première chambre (civile) de la Cour suprême a fait une distinction entre les actes médicaux nécessaires et

4 En détail, voy. J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 8<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 233-498.

5 J. C. GALÁN CORTÉS, « La responsabilidad civil y penal del médico anestesista », *La Ley*, 1995, n° 1, p. 1055.

6 L'article 217.7 de la loi sur la procédure civile du 7 janvier 2000 prévoit que, dans la détermination des faits, « [...] le tribunal doit tenir compte de la disponibilité et de la facilité de preuve qui correspondent à chacune des parties au litige ». Sur l'application de cette doctrine à la responsabilité médicale civile des établissements de santé privés, voy. arrêts de la Cour suprême (1<sup>re</sup> ch. civ.) du 23 décembre 2002 (ECLI:ES:TS:2002:8802), du 22 juin 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4333) et du 18 juin 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3247), entre autres.

volontaires, entre ce que l'on appelle la « médecine réparatrice » et la « médecine restauratrice ». La première catégorie concerne les actes médicaux liés à la santé du patient et nécessaires au traitement de sa maladie. La seconde catégorie concerne les actes médicaux qui ne visent pas à améliorer la santé physique du patient, notamment la chirurgie esthétique.

Cette distinction a été utilisée par les juges et les tribunaux espagnols pour distinguer deux niveaux différents de diligence raisonnable et, par conséquent, de responsabilité potentielle des professionnels de la santé. La médecine nécessaire et réparatrice a été qualifiée d'obligation « de moyens ». Ainsi, la diligence du médecin consistait en une conduite formellement correcte conformément à la *lex artis*, sans que le rétablissement ou la guérison du patient ne soit considéré comme un résultat juridiquement exécutoire. Le médecin assume la responsabilité du traitement, mais pas de la guérison complète du patient. La responsabilité du médecin ne peut être fondée que sur l'absence ou l'inexactitude des moyens utilisés.

En revanche, la médecine purement volontaire ou satisfaisante, sans lien avec une pathologie médicale antérieure, constitue le cas d'une « obligation de résultat ». Dans ce cas, le professionnel de la santé assume l'obligation d'un résultat spécifique et son absence justifie sa responsabilité.

Cette distinction, qui a eu une grande importance dans le droit espagnol de la responsabilité civile médicale, doit maintenant être considérée comme abandonnée<sup>7</sup>. L'analyse de la *lex artis* s'applique de la même manière à toute action médicale, et l'obligation d'un résultat spécifique du traitement dépendra de ce qui est attendu ou prévisible conformément aux règles techniques de conduite professionnelle.

## B) Mauvais diagnostic, consentement éclairé et perte de chance

La distinction entre « obligation de moyens » et « obligation de résultat » dans la responsabilité civile médicale a été remplacée par la responsabilité découlant d'une erreur de diagnostic et la responsabilité pour absence de consentement éclairé. La jurisprudence civile espagnole considère que l'exactitude du diagnostic préalable au traitement et les tests médicaux nécessaires pour le déterminer, ainsi que l'information sur les risques prévisibles, font partie de la *lex artis*. L'exactitude du diagnostic et l'information sur les risques du traitement sont des éléments du jugement sur la diligence du médecin.

7 L'arrêt de la Cour suprême, première chambre civile, du 21 octobre 2005 (ECLI:ES:TS:2005:6400) a abandonné cette distinction dans la poursuite des affaires de responsabilité civile médicale. Depuis lors, l'identification de différents niveaux de diligence en fonction de l'opposabilité des moyens ou des résultats dans la prestation de services de santé doit être considérée comme dépassée dans le droit espagnol. Toutefois, certains arrêts récents ont eu recours à cette distinction pour justifier l'exonération de la responsabilité du médecin. Ainsi en est-il, dans l'arrêt de la Cour suprême, première chambre civile, du 30 novembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4355).

L'article 8 de la loi sur l'autonomie du patient et les droits et obligations en matière d'information et de documentation clinique du 14 novembre 2002, oblige le médecin à obtenir le consentement libre et volontaire du patient. Ce consentement doit être écrit en cas « d'intervention chirurgicale, de procédures diagnostiques et thérapeutiques invasives et, en général, d'application de procédures qui comportent des risques ou des inconvénients ayant des répercussions négatives notoires et prévisibles sur la santé du patient ». Le patient peut révoquer son consentement à tout moment.

L'importance du diagnostic et du consentement du patient a conduit à l'admission généralisée dans la jurisprudence de la responsabilité pour « perte de chance » (*loss of chance*), que les tribunaux espagnols considèrent comme une doctrine sur la causalité. Plus précisément, il s'agit d'un mécanisme permettant de résoudre l'incertitude causale dans l'évaluation des dommages qui auraient été évités – ou qui auraient été causés en tout état de cause – si le diagnostic avait été correct ou si le patient avait consenti aux différents risques d'un traitement alternatif<sup>8</sup>.

### C) Responsabilité pour les dommages causés par les employés et les personnes à charge

L'établissement de santé privé est considéré, selon le régime général de responsabilité pour les dommages en droit espagnol, comme un employeur. Il est donc responsable des dommages causés par ses employés, conformément à l'article 1903, paragraphe 4, du Code civil. La victime du dommage peut donc poursuivre le médecin qui l'a soigné, le centre de santé où il travaille ou les deux dans la même procédure, ce qui est la procédure habituelle.

Si l'auteur du dommage ne poursuit que l'établissement de santé privé, l'article 1903, dernier alinéa, du Code civil prévoit un renversement de la charge de la preuve de la diligence. Dans ce cas, sans qu'il soit nécessaire de recourir au principe de la facilité de la preuve de l'article 217.7 LEC déjà mentionné, la règle légale établit que l'établissement de santé doit prouver sa diligence et celle du personnel qu'il a engagé comme seul moyen de s'exonérer de sa responsabilité. Le centre de santé qui indemnise le patient dispose d'une action en remboursement contre les professionnels qui ont causé le dommage (art. 1904, § 1<sup>er</sup>, C. civ.).

8 Sur l'application de la doctrine de la perte d'opportunité par les tribunaux espagnols, voy. C. I. ASÚA, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Madrid, Aranzadi, 2008 et L. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Madrid, Civitas, 2007. Sur les difficultés à distinguer le dommage dû à la perte d'opportunité du dommage moral, voy. S. RAMOS GONZÁLEZ, « Daño moral por falta de consentimiento informado », in F. GÓMEZ et I. MARÍN (coord.), *El daño moral y su cuantificación*, 2<sup>e</sup> éd., Barcelone, Bosch, 2017, pp. 389-420.

Si la victime du préjudice poursuit l'établissement de santé et le personnel médical chargé du traitement, une jurisprudence civile consolidée considère qu'il existe une obligation *in solidum* ou « solidarité passive » entre les deux défendeurs. Cette doctrine, que les juges et tribunaux espagnols ont adoptée à partir de la doctrine et de la jurisprudence françaises, permet au patient de poursuivre le centre de santé et son personnel et, en cas de condamnation, de percevoir une indemnisation complète de la part de l'un ou l'autre. Les règles de remboursement entre les parties solidairement responsables suivent le régime général prévu à l'article 1145 du Code civil<sup>9</sup>.

Les dommages subis par les employés ou les ayants droit à l'occasion des travaux qui leur sont confiés par le centre de santé sont couverts par la réglementation générale sur la protection des travailleurs et la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles. En particulier, par l'article 14 de la loi sur la prévention des risques professionnels du 8 novembre 1995, qui prévoit la responsabilité civile de l'employeur en cas de manquement à ses obligations de prévention<sup>10</sup>.

#### D) Responsabilité de l'assureur des soins de santé

Enfin, il convient de mentionner la responsabilité de la compagnie d'assurance soins de santé. Selon l'article 105 de la loi sur le contrat d'assurance du 8 octobre 1980, l'assurance soins de santé peut avoir deux modalités.

Dans la première, la garantie d'assurance est limitée, dans les limites de la police, au remboursement des dépenses liées aux soins médicaux et pharmaceutiques. Dans la seconde, les soins médicaux sont fournis par la compagnie d'assurance elle-même. Dans ce cas, les juges et tribunaux espagnols ont considéré que la compagnie d'assurance devait être solidairement responsable des dommages causés par les médecins figurant sur sa liste médicale.

Les justifications varient en fonction des cas et de la relation entre l'assureur et ses médecins et entre l'assureur et son assuré. Parfois, la jurisprudence a conclu qu'il existait une relation de dépendance entre l'assureur et les médecins équivalente à celle qui existe entre un employeur et ses employés, ou que la compagnie assumait la responsabilité des dommages causés par les médecins qu'elle recommandait à ses assurés en raison de la *culpa in eligendo*<sup>11</sup>.

9 Sur le sujet en général, voy. C. GÓMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*, Madrid, Civitas, 2007.

10 Sur cette responsabilité civile, C. GÓMEZ LIGÜERRE, *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 238-322.

11 Voy. arrêts de la Cour suprême (1<sup>re</sup> ch. civ.) du 4 juillet 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3490) (commenté par C. GÓMEZ LIGÜERRE, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2010, n° 82, pp. 463-484), du 4 novembre 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6363) et du 19 juillet 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3029). Pour une analyse détaillée de la question, voy. J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 8<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 648-664 et M. MARTÍN CASALS, « Líneas generales sobre la responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias médicas », *Revista Española de Seguros*, 2006, n° 128, pp. 803-838.

## E) L'évaluation des dommages causés au patient

Les dommages causés par un service de soins de santé sont, dans la plupart des cas, des dommages personnels. La quantification de ces dommages est, en Espagne comme dans toutes les autres juridictions, l'une des questions pratiques les plus complexes auxquelles sont confrontées les victimes, en premier lieu, et les juges et tribunaux qui doivent décider de l'indemnisation appropriée. En outre, en droit espagnol, l'article 219 LEC empêche la quantification de l'indemnisation au stade de l'exécution de la condamnation. La victime doit donc quantifier le dommage au moment de l'introduction de l'action en justice et l'évaluation du dommage subi sera débattue au cours de la procédure judiciaire.

Les problèmes pratiques d'évaluation des dommages corporels ont conduit le législateur espagnol à adopter un barème pour la quantification des dommages corporels causés par les véhicules à moteur. Le « Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación » est entré en vigueur en Espagne depuis 1995. La version actuelle du système est celle contenue dans la loi sur la réforme du système d'évaluation des dommages causés aux personnes dans les accidents de circulation du 22 septembre 2015.

Les « barèmes », comme on appelle généralement le système d'évaluation de ces dommages, sont d'application obligatoire dans les cas de dommages corporels causés par des accidents de la circulation. Les barèmes quantifient les dommages corporels à indemniser par l'assurance automobile obligatoire. Cependant, leur application par analogie aux dommages corporels causés par d'autres types d'accidents, par exemple les accidents de santé, est courante parmi les juges et les tribunaux espagnols. Les barèmes fournissent aux juges un guide d'évaluation qui leur permet d'éviter le risque d'arbitraire dans la décision d'une question aussi complexe et subjective que l'évaluation des dommages corporels.

En fait, la troisième disposition additionnelle de la loi du 22 septembre 2015 prévoit que « le système d'évaluation régi par la présente loi servira de référence pour une future réglementation du barème d'indemnisation des dommages et des pertes résultant d'activités de soins de santé ». Cette disposition réglementaire n'a pas encore été respectée, mais elle témoigne de la confiance que le droit espagnol de la responsabilité civile a placée dans le système de barème. D'autre part, la disposition peut clairement être comprise comme une autorisation légale pour l'utilisation du barème par les juges et les tribunaux chargés de quantifier les dommages corporels causés par l'activité médicale<sup>12</sup>.

12 Contre l'intérêt d'un barème de responsabilité sanitaire, J. C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, 8<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 1153-1156.

Dans le domaine spécifique de la responsabilité civile des centres médicaux privés, il existe un autre argument en faveur de l'utilisation de l'échelle comme système de quantification des dommages corporels. Les articles 48 et 46 de la loi sur la réglementation des professions de santé du 21 novembre 2003 obligent les professionnels de santé et les centres de santé, respectivement, à souscrire une assurance ou une autre couverture financière pour leurs responsabilités. La logique du barème, qui permet de calculer et d'anticiper les montants des indemnités dues pour des dommages corporels, est particulièrement adaptée au contexte de l'assurance obligatoire. C'est une autre raison justifiant l'application du barème pour l'évaluation des dommages corporels dans ce secteur d'activité.

## **II. Les fondements juridiques d'une plainte déposée par un patient infecté par la Covid-19 dans un établissement de santé privé**

La question de la responsabilité de l'établissement de santé privé est maintenant traitée. Dans les sections suivantes, l'analyse se concentrera sur la responsabilité du centre pour l'infection à la Covid-19 de l'un de ses patients. Il ne s'agit donc pas d'une responsabilité découlant d'une intervention médicale négligente, mais d'un défaut de fonctionnement du service de santé. La distinction entre « acte médical » et « service de santé » est pertinente en droit espagnol, comme nous le verrons. Il est possible que le centre de santé soit responsable, même si ses médecins ne le sont pas. Ce sera le cas lorsque le dommage, en l'occurrence l'infection à la Covid-19, se produit dans les locaux du centre et n'est pas une conséquence directe de l'intervention médicale.

### **A) La responsabilité stricte du fonctionnement du service**

La responsabilité du médecin et du personnel médical est une responsabilité pour faute, comme on l'a vu. La responsabilité de l'établissement de santé pour les dommages causés par les soins médicaux est également fondée sur la faute. Toutefois, en droit espagnol, la responsabilité découlant du fonctionnement du service de l'hôpital ou de la clinique est une responsabilité objective.

L'affirmation ci-dessus découle du régime spécial de responsabilité contenu dans l'article 148 de la Refonte de la loi générale pour la défense des consommateurs et des usagers, approuvée par le décret royal législatif du 16 novembre 2007 (ci-après TRLGDCU). Selon cette disposition, les « services de santé » et autres types de services qui « incluent la garantie de certains niveaux de sécurité » sont soumis à une norme de responsabilité stricte. Il s'agit donc d'un concept étranger à la notion de faute pour avoir causé un dommage.

La responsabilité pour les dommages causés par les services visés à l'article 148 TRLGDCU, y compris les services de santé, est limitée à un montant

total de 3.005.060,52 euros. La disposition ne précise pas si la limite quantitative se réfère à l'indemnisation de chaque victime ou à l'indemnisation à payer par le responsable pour chaque catégorie ou type de dommage. La doctrine estime que la limite quantitative doit être comprise dans le second sens et qu'il ne s'agit pas d'une limite à l'évaluation des dommages individuels, mais de l'indemnisation totale que le même responsable doit payer pour la même déficience du service, indépendamment du nombre de victimes qui l'ont subie<sup>13</sup>.

La doctrine et la jurisprudence espagnoles considèrent que la responsabilité objective prévue à l'article 148 TRLGDCU s'applique uniquement et exclusivement au fonctionnement du service de santé. Elle s'applique par conséquent au centre de santé qui fournit les services typiques du contrat d'hospitalisation ou de soins de santé et les services liés au service médical, et en aucun cas aux professionnels de la santé chargés du diagnostic et du traitement médical du patient, dont la responsabilité est engagée pour faute, conformément aux règles visées à la section précédente<sup>14</sup>.

Conformément aux dispositions de l'article 148 TRLGDCU, l'établissement de santé privé pourrait être tenu responsable de manière stricte de l'infection à la Covid-19 d'un de ses patients. La responsabilité prévue dans la disposition susmentionnée se réfère à toute forme de prestation de services de santé. Par conséquent, la responsabilité peut découler d'une hospitalisation ou d'une admission à l'hôpital, mais aussi de tout acte médical, même s'il est purement ambulatoire. En tout état de cause, le patient doit avoir contracté la maladie dans l'établissement de santé et à la suite d'une contagion survenue dans l'établissement de santé lui-même, soit par d'autres patients, soit par le personnel, soit à l'occasion d'une visite des locaux de l'établissement. Les infections contractées en dehors du centre de santé sont exclues du champ d'application de la garantie de sécurité des services prévue à l'article 148 TRLGDCU.

La règle de la responsabilité objective de l'article 148 TRLGDCU pourrait servir de base à la responsabilité des propriétaires de maisons de repos.

13 En ce sens, voy. M. A. PARRA LUCÁN, « Comentario al artículo 148 TRLGDCU », in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Madrid, Aranzadi, 2009, p. 1756 ; M. A. PARRA LUCÁN, « Responsabilidad civil por daños causados por bienes y servicios defectuosos », in F. REGLERO CAMPOS et J. M. BUSTO LAGO (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 5<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 54.

14 M. MARTÍN CASALS et J. SOLÉ FELIU, « La responsabilidad civil por los daños causados por bienes y servicios », in M. J. REYES LÓPEZ (coord.), *Derecho privado de consumo*, Valence, Tirant lo Blanch, 2005, p. 211 ; M. A. PARRA LUCÁN, « Comentario al artículo 148 TRLGDCU », *op. cit.*, p. 1747 ; M. J. SANTOS MORÓN, « La impugnación de la responsabilidad médica con base en las normas de protección de consumidores: el artículo 148 TRLGDCU », *Anuario de Derecho Civil*, 2017, n° 1, pp. 136-142 ; R. EVANGELIO LORCA, « A vueltas con la responsabilidad por daños derivados de servicios sanitarios al amparo del artículo 148 TRLGDCU », in J. ATAZ *et al.* (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del derecho de daños*, t. II, Madrid, Aranzadi, 2021, pp. 480-481. Voy. arrêts de la Cour suprême (1<sup>er</sup> ch. civ.) du 5 janvier 2007 (ECLI:ES:TS:2007:171) et du 23 février 2006 (ECLI:ES:TS:2006:743).

Ce type d'établissement n'est pas considéré comme un centre de soins de santé en Espagne et, par conséquent, leur responsabilité n'entre pas dans le cadre de cette étude. L'article 25 de la loi sur la promotion de l'autonomie personnelle et la prise en charge des personnes dépendantes du 14 décembre 2006 les définit comme des services de soins résidentiels. Cependant, la même disposition envisage qu'ils puissent, entre autres et à titre complémentaire, fournir de services de soins de santé. Dans cette mesure, leur responsabilité pourrait être fondée sur l'article 148 TRLGDCU et sur l'existence d'une garantie de sécurité des services<sup>15</sup>.

## **B) La possibilité de considérer la Covid-19 comme une infection nosocomiale**

Les infections hospitalières ou nosocomiales ont été un cas d'application de la responsabilité objective de l'établissement de santé privé prévue à l'article 148 TRLGDCU. La jurisprudence civile espagnole les a définies comme un problème de sécurité des patients et comme un cas de prestation de soins de santé défectueuse, tant dans les cas d'hospitalisation que dans les cas de traitement ambulatoire<sup>16</sup>.

La responsabilité pour ce type d'infection a également été imposée dans les cas où l'infection s'est manifestée après l'admission à l'hôpital. Sont toutefois exclues du régime de responsabilité pour les infections nosocomiales celles qui trouvent leur origine en dehors de l'établissement de soins.

En raison de la nature même des infections nosocomiales, la jurisprudence a considéré qu'elles ne pouvaient pas être considérées comme imprévisibles. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt de la Cour suprême, première chambre civile, du 18 juillet 2019<sup>17</sup> :

« Les infections nosocomiales sont loin d'être imprévisibles. La présence d'agents pathogènes dans l'environnement hospitalier, leur agressivité et leur résistance aux traitements antibiotiques sont bien connues. Leur prévalence est un indicateur du niveau de qualité des soins et tous les hôpitaux ont mis en place des protocoles pour les prévenir. Elles sont une préoccupation constante de la médecine préventive. La minimisation du risque devient fondamentale et constitue une obligation élémentaire de l'hôpital, qui est en position dominante et exclusive pour mettre en œuvre les mesures appropriées pour éviter la prolifération d'agents pathogènes. (Second motif de droit) ».

15 Sur le sujet, voy. L. ELIZARI URTASUN, « La responsabilidad civil de las residencias privadas para personas mayores por los contagios de Covid-19 de sus usuarios: títulos de imputación », in I. VIVAS TESÓN et P. BOTELLO HERMOSA (éds), *Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales de derecho español y comparado*, Madrid, Tecnos, 2021, pp. 101-122.

16 Arrêts de la Cour suprême (1<sup>re</sup> ch. civ.) du 8 juillet 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2763) et du 5 janvier 2007 (ECLI:ES:TS:2007:171).

17 ECLI:ES:TS:2019:2763.

Sur la base de ces données, il faudra déterminer si l'infection par la Covid-19 lors de la prestation de soins dans un centre de soins privé peut être considérée comme une infection hospitalière et, par conséquent, soumise au régime de responsabilité stricte de l'article 148 de la TRLGDCU.

La réponse à cette question, qui n'a pas encore été soulevée devant les tribunaux espagnols, dépendra de plusieurs facteurs, tant temporels que techniques. Parmi les facteurs temporels, il semble qu'il faille prendre en compte le moment où la contagion s'est produite. Dans les premières phases de la pandémie, les doutes sur l'existence du virus et les moyens de l'éviter peuvent être à l'origine d'une réponse négative. Dans la mesure où l'infection par la Covid-19 pourrait être considérée comme imprévisible en raison des doutes liés à sa transmission et aux mécanismes de prévention, la doctrine de la responsabilité pour les infections hospitalières ne s'appliquerait pas. Une fois cette première phase de la pandémie surmontée, l'absence de moyens de prévention contre la Covid-19 rend sa contagion prévisible et, par conséquent, constitue un cas de responsabilité pour service de santé déficient.

Parmi les questions techniques, il convient de souligner le caractère pandémique de la maladie Covid-19. Dans la mesure où elle devient un risque général pour la population, il est clair que les établissements de santé doivent être équipés des mécanismes nécessaires pour prévenir sa transmission. L'absence de tels mécanismes peut également constituer un motif de responsabilité stricte pour mauvais soins de santé.

### C) Concurrence de la faute du patient non vacciné

Le droit espagnol de la responsabilité civile réduit ou exclut la responsabilité de l'auteur du délit lorsque la victime a concouru à la réalisation du dommage. La doctrine et la jurisprudence espagnoles parlent dans ce cas de « concours de causes » ou de « compensation de la faute ». Ces expressions donnent lieu à un débat, qui n'est pas l'objet de la présente analyse, sur la question de savoir si l'intervention de la victime affecte le lien de causalité entre le comportement du responsable et le dommage causé ou si elle limite ou réduit la faute qui est à la base de la responsabilité du responsable.

En l'absence de base légale expresse, la base légale de la pertinence de la faute de la victime se trouve traditionnellement dans l'article 1103 du Code civil en vertu duquel les tribunaux peuvent modérer la responsabilité découlant de la faute. Cette modération inclut la pertinence de l'implication de la victime dans l'accident qu'elle a subi.

L'absence de décision des tribunaux espagnols en la matière impose une certaine prudence dans l'affirmation selon laquelle il est possible que la responsabilité éventuelle pour l'infection par la Covid-19 puisse être réduite ou même exclue dans les cas où le patient n'a pas été vacciné contre la maladie.

En Espagne, le vaccin contre la Covid-19 n'a pas été rendu obligatoire. Cependant, le refus de cette mesure peut facilement être qualifié de négligence de la part de la victime de cette maladie, qui ignore les mesures de protection conseillées par les autorités sanitaires.

### III. La juridiction compétente

Les centres de santé privés, en tant qu'entités de droit privé, sont soumis aux juges et tribunaux de la juridiction civile. Il en va de même, le cas échéant, pour les médecins et autres personnels de santé travaillant dans ces centres privés.

Il existe cependant une particularité qu'il convient de mentionner. Il s'agit des cas où le centre de santé, bien que privé, offre des services de santé, selon des critères publics, en vertu de l'existence d'une concession administrative.

Cette possibilité est expressément prévue par l'article 90 de la loi du 25 avril 1986 (loi générale sur la santé), qui stipule que « les administrations de la santé publique, dans le cadre de leurs compétences respectives, peuvent établir des accords pour la prestation de services de santé avec des moyens qui ne sont pas les leurs ».

Dans ces cas, la responsabilité pour avoir causé des dommages dans un établissement privé sous contrat avec l'administration publique implique la nécessité de déterminer si la responsabilité est due à une performance défectueuse de l'établissement ou aux instructions reçues de l'administration. Dans ce dernier cas, la responsabilité du dommage doit être demandée à l'administration.

Cette procédure préalable de détermination de l'entité responsable est prévue à l'article 196 de la loi sur les contrats du secteur public du 8 novembre 2017. Cet article habilite la victime du dommage à demander à l'administration responsable du service de rechercher l'origine du dommage. Si l'administration considère que le dommage est la conséquence d'une prestation défectueuse du service, la responsabilité doit être demandée directement au centre de santé privé devant la juridiction civile, conformément aux règles expliquées dans les pages précédentes. Si l'administration considère que le dommage est une conséquence de la conception de la concession ou des instructions données au concessionnaire, la responsabilité doit être demandée à l'administration sous le régime de la responsabilité patrimoniale. Dans ce cas, la juridiction compétente est la juridiction du contentieux administratif<sup>18</sup>.

18 Sur ces questions, voy. C. GÓMEZ LIGÜERRE, *Derecho aplicable y jurisdicción competente en pleitos de responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., pp. 219-223.



**Chapitre 5.**  
**La responsabilité civile**  
**des établissements de santé privés**  
**Rapport français**

---

**Farida ARHAB-GIRARDIN**

*Maitre de conférences HDR à l'Université de Tours*

Le SARS-CoV-2, apparu en Chine à la fin de l'année 2019, s'est rapidement propagé à toute la planète. La pandémie qui en est résulté a profondément bouleversé notre société et déstabilisé notre système de santé déjà affaibli. La saturation des établissements de santé par l'afflux massif de patients malades, la déprogrammation des opérations et traitements des autres patients, les données scientifiques très évolutives sur la maladie ont rendu l'exercice de la médecine extrêmement difficile et soulèvent aujourd'hui des questions juridiques inédites. Elles sont relatives notamment à l'indemnisation des victimes de contamination au sein de ces établissements, qu'il s'agisse des professionnels de santé ou des personnels non soignants<sup>1</sup>, des patients et visiteurs ; aux défaillances dans la prise en charge des patients malades de la Covid-19, ou encore à l'absence de prise de charge de ceux atteints d'autres pathologies. Santé publique France a recensé plus de 44.000 cas d'infections au SARS-CoV-2 de nature nosocomiale entre le début de l'épidémie en 2020 et le 14 février 2021. Près de 27.000 concernaient des patients, plus de 17.000 des soignants<sup>2</sup>. Les premières demandes en réparation ont été introduites devant les commissions d'indemnisation des accidents médicaux, l'ONIAM et les tribunaux. L'ONIAM n'a pour le moment accordé d'indemnisation qu'au titre des accidents de vaccination contre la Covid-19<sup>3</sup>.

L'étude s'intéressera aux contaminations par les patients dans les locaux de l'établissement de santé privé, aussi dénommé clinique privée. Le répondant diffère selon que le praticien exerce au sein de la clinique à titre libéral ou salarié. Dans le premier cas, il sera personnellement responsable de ses propres fautes, alors que, dans le second, c'est l'établissement en qualité de commettant qui répond des faits dommageables commis par les praticiens salariés. Les règles ne sont cependant guère différentes s'agissant d'un établissement public de santé. Le mouvement d'unification des règles applicables aux établissements de santé amorcé en 1991<sup>4</sup> s'est poursuivi avec la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 qui a mis en place un régime de responsabilité identique, quel que soit le secteur public ou privé dans lequel le patient est hospitalisé, pour les dommages causés à l'occasion d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins. La dualité de compétence juridictionnelle n'a pas pour autant disparu, et a généré des divergences jurisprudentielles qui tendent néanmoins à s'estomper ces dernières années avec le développement du dialogue des juges.

1 Selon les données de Santé publique France au 23 février 2023, au moins 158.336 professionnels des établissements participant au recensement depuis le 1<sup>er</sup> mars 2020 étaient infectés, <https://www.santepubliquefrance.fr/etudes-et-enquetes/recensement-national-des-cas-de-covid-19-chez-les-professionnels-en-etablissements-de-sante>.

2 *Ibid.*

3 40 personnes indemnisées en 2022 sur 591 dossiers, « Rapport d'activité de l'ONIAM », *ONIAM*, 2022, <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/rapport-d-activite>, p. 39.

4 Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière. M. CORMIER, « Les établissements de santé privés : origine et évolution d'une notion juridique », *RD sanit. soc.*, 2021, p. 981.

La responsabilité des établissements ou professionnels de santé à la suite des contaminations par la Covid-19 pendant la proclamation de l'état d'urgence sanitaire se heurte à un certain nombre de difficultés dans le contexte de la crise sanitaire (I). L'infection a-t-elle véritablement été contractée dans les locaux de la clinique ? Une faute de l'établissement est-elle susceptible d'être retenue au regard des données très évolutives de la science et des circonstances exceptionnelles ? Autant d'interrogations qui démontrent la pertinence d'un dispositif d'indemnisation au titre de la solidarité nationale par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) qui vient au secours de la responsabilité civile dans le cadre soit du régime exceptionnel d'indemnisation en présence d'une menace sanitaire grave, soit de celui du droit commun (II). Il ne permettra cependant pas de répondre à toutes les situations ni d'appréhender les multitudes d'incertitudes entourant la maladie.

## I. La responsabilité civile de l'établissement de santé privé confrontée à la Covid-19

La responsabilité des établissements de santé privé n'est pas exclue pendant ou en dehors de la période d'urgence sanitaire<sup>5</sup>. Si la Covid-19 contractée dans un établissement de santé peut être qualifiée d'infection nosocomiale, la responsabilité de plein droit de celui-ci est susceptible d'être engagée en dessous d'un certain seuil de gravité du dommage<sup>6</sup>. Il est également possible d'envisager d'engager sa responsabilité pour faute en vertu de l'article L.1142-1, I, du Code de la santé publique. Le virus met néanmoins à rude épreuve la responsabilité civile dans les deux hypothèses.

### A) Les difficultés autour de la qualification d'infection nosocomiale liée à la Covid-19

Les contaminations par la Covid dans les établissements de santé ont affecté les professionnels de santé, lesquels étaient particulièrement exposés, les patients et les visiteurs. Nous nous intéresserons uniquement aux patients susceptibles d'être infectés<sup>7</sup>, le régime d'indemnisation des dommages causés par des infections nosocomiales s'appliquant aux seuls patients<sup>8</sup>, à l'exclusion des visiteurs<sup>9</sup>, lesquels pourront éventuellement invoquer une responsabilité pour faute de l'établissement dont les chances de succès sont faibles. Les demandes commencent à affluer devant les CCI et les juridictions de la part

5 Art. L. 3131-4 C. santé pub.

6 Art. L. 1142-1, I, al. 2, C. santé pub.

7 Pour les professionnels exposés à la Covid, nous renvoyons au rapport relatif au droit social.

8 L'infection nosocomiale étant définie comme celle qui survient au cours ou au décours d'une prise en charge.

9 Voy., pour un hôpital public, C.A.A. Bordeaux, 3 mai 2007, n° 03BX00868.

des victimes directes ou des proches de patients décédés. L'indemnisation n'est cependant pas acquise, la contamination par la Covid soulevant la délicate question de la qualification et de la preuve de l'infection nosocomiale et du débiteur de l'indemnisation.

### 1) Qualification et preuve de l'infection nosocomiale liée à la Covid

**Définition de l'infection nosocomiale et Covid-19.** La contamination d'un patient par la Covid-19 au cours de l'hospitalisation peut-elle être qualifiée de nosocomiale ?

Si l'on se réfère à la définition de l'infection nosocomiale contenue dans l'article R. 6111-6 du Code de la santé publique, elle n'est guère d'un grand secours. Le texte se contente d'énoncer : « Les infections associées aux soins contractées dans un établissement de santé sont dites infections nosocomiales ». En l'absence de définition légale, la jurisprudence en a précisé les contours de façon assez large, au fil des décisions contentieuses, en s'inspirant de celle dégagée par le Comité technique des infections nosocomiales et des infections liées aux soins qui s'appuie sur un critère spatio-temporel<sup>10</sup>. Les juridictions suprêmes des deux ordres retiennent en effet à l'unisson que l'infection est nosocomiale lorsqu'elle survient au cours ou au décours d'une prise en charge alors qu'elle n'était ni en présente ni en incubation lors de l'admission du patient dans un établissement de santé<sup>11</sup>, sauf s'il est établi qu'elle a une autre origine que la prise en charge<sup>12</sup>. L'infection est ainsi présumée imputable au séjour ou aux actes médicaux mais cette présomption n'est pas irréfragable, l'établissement pouvant détruire le lien de causalité en rapportant la preuve que l'infection n'a été causée ni par les soins ni par le séjour dans l'environnement hospitalier, mais par la pathologie elle-même qui a nécessité l'hospitalisation<sup>13</sup>. La jurisprudence poursuit ainsi l'élargissement de la définition de l'infection nosocomiale. Elle avait déjà eu l'occasion d'affirmer auparavant que la qualification d'infection nosocomiale pouvait être retenue peu importe, d'une part, le caractère endogène ou exogène de l'infection<sup>14</sup>, d'autre part, l'état de vulnérabilité du patient<sup>15</sup>, la présence d'un germe non pathogène dans l'organisme ou l'état immunodéprimé du patient n'excluant aucunement l'indemnisation. Cette tendance à l'assouplissement de la notion est favorable

10 CTINILS, « Définition des infections associées aux soins », 11 mai 2007, [https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport\\_vcourte.pdf](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_vcourte.pdf), p. 3.

11 C.E., 21 juin 2013, *Centre hospitalier Émile Roux du Puy-en-Velay*, n° 347450. La Cour de cassation adopte la même définition : Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 6 avril 2022, n° 20-18.513, FS-B.

12 C.E., 23 mars 2018, n° 402237, concl. rapporteur public L. MARION, *A.J.D.A.*, 2018, p. 1230 ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 6 avril 2022, préc. ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 23 novembre 2022, n° 21-24.103 B.

13 C.E., 23 mars 2018, préc.

14 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 4 avril 2006, n° 04-17.491 ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 14 juin 2007, n° 06-10.812 ; C.E., 10 octobre 2011, *Centre hospitalier universitaire d'Angers*, n° 328500, publié au recueil Lebon, 458.

15 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 6 avril 2022, préc. ; C.E. (5<sup>e</sup> ch.), 15 juillet 2022, n° 452391. Voy. ég. C.E., 10 octobre 2011, préc. ; C.E., 17 février 2012, *M<sup>me</sup> Mau*, n° 342366, publié au recueil Lebon, 985.

à l'admission du caractère nosocomial de l'infection par la Covid-19 qui n'a pu survenir qu'en raison de l'hospitalisation<sup>16</sup>, dès lors qu'un lien avec la prise en charge ou les soins est établi.

Cette conception large devrait conduire à rejeter l'argument régulièrement soulevé dans certains dossiers selon lequel le caractère nosocomial exige que l'infection soit liée à un soin. La notion de prise en charge est en effet plus large que celle d'acte de soins comme le préconisait déjà le Comité technique des infections nosocomiales. Elle recouvre les conditions de séjour et les soins reçus<sup>17</sup>.

**Preuve de l'infection nosocomiale.** La difficulté sera de déterminer que l'infection a été contractée dans l'établissement. Dans les cas habituels, une infection est réputée nosocomiale lorsqu'elle apparaît dans les 48h de l'admission, dès lors qu'elle en est absente au moment de cette admission. Or, s'agissant de l'infection par la Covid (un virus et non une bactérie), la période d'incubation est variable selon les types de variants, elle fut plus courte au fil des mois avec le variant Omicron. La date de la contamination sera donc importante.

La période pendant laquelle un test PCR était obligatoire pourrait faciliter la preuve de l'infection, mais il sera beaucoup plus difficile d'établir l'infection nosocomiale lors des premiers temps de la pandémie, les tests n'étant pas encore mis en place. Si le test PCR se révèle négatif, la qualification d'infection nosocomiale pourra être retenue en fonction de la date d'apparition des premiers symptômes. Encore faut-il connaître la durée précise d'incubation. Elle s'appuie sur les connaissances scientifiques qui peuvent varier selon les études et sources, ainsi que la période de contamination. En l'absence de test, le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (ECDC)<sup>18</sup> a proposé en mai 2021 des éléments de référence qui diffèrent de ceux proposés par la CNAMed<sup>19</sup>. Pour les premiers variants, l'infection par la Covid est considérée comme nosocomiale de façon certaine si le patient était indemne à son admission à l'hôpital et a présenté des signes cliniques ou biologiques de l'infection à partir du quinzième jour d'hospitalisation. En conséquence, une infection apparue dans les quatorze premiers jours d'hospitalisation peut avoir été acquise avant l'admission à l'hôpital et être encore en incubation lors de l'admission. La CNAMed a souhaité élaborer un socle commun de références pour les experts, s'appuyant sur des délais différents : la contamination est

16 P. JOURDAIN, obs. sous C.E., 1<sup>er</sup> février 2022, n° 440852, *RTD civ.*, 2022, p. 409.

17 CTINILS, « Définition des infections associées aux soins », *op. cit.* ; S. HOCQUET-BERG, « Prédispositions pathologiques et origine endogène du germe n'excluent pas la qualification d'infection nosocomiale », comm. sous Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 6 avril 2022.

18 Cité par avis du Comité de contrôle et de liaison Covid-19, 25 mai 2021, « infections nosocomiales », <https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/avis-du-25-mai.pdf>, p. 7.

19 [https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/note\\_de\\_la\\_cnamed\\_relative\\_a\\_la\\_covid-19\\_du\\_23\\_juin\\_2021.pdf](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/note_de_la_cnamed_relative_a_la_covid-19_du_23_juin_2021.pdf).

certaine au-delà de 7 jours, elle est vraisemblable si les premiers symptômes apparaissent dans le délai de 5 à 7 jours<sup>20</sup>.

À partir de la mi-janvier 2022, date à laquelle le variant Omicron est dominant, la CNAMed préconise une période d'incubation plus courte : la contamination dans l'établissement de santé est seulement vraisemblable si le délai d'apparition des premiers symptômes après l'admission est de 2 à 5 jours, elle devient certaine si le délai est supérieur à 5 jours. Lorsqu'ils apparaissent après le départ de l'hôpital, le fait que la contamination soit intervenue au sein de l'établissement est certaine si le délai est de moins de 2 jours.

La durée courte ou longue du séjour est également importante.

## 2) Hypothèses de responsabilité de l'établissement de santé en présence d'une infection nosocomiale

Le régime d'indemnisation des infections nosocomiales au sein d'un établissement de santé est complexe et obéit à différents textes qui répartissent l'indemnisation entre l'établissement de santé et la solidarité nationale. Dans quelle mesure un établissement de santé engage-t-il sa responsabilité et sur quel fondement ?

**Responsabilité de plein droit de l'établissement de santé.** Lorsque l'infection nosocomiale contractée dans un établissement de santé a engendré un dommage correspondant à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique inférieur ou égal à 25 %, l'établissement de santé public ou privé engage sa responsabilité de plein droit, sauf à démontrer l'existence d'une cause étrangère en vertu de l'article L. 1142-1, alinéa 2, du Code de la santé publique ou une autre origine que la prise en charge<sup>21</sup>. Les professionnels de santé, en revanche, n'assument qu'une responsabilité pour faute.

**Exonération par la cause étrangère.** L'établissement peut théoriquement tenter de s'exonérer de sa responsabilité de plein droit par la preuve d'une cause étrangère<sup>22</sup>. Peut-on considérer justement que la contamination par la Covid relève de la cause étrangère ? La conception stricte adoptée par la jurisprudence plaiderait pour une réponse négative. La cause étrangère n'a jamais été admise par la Cour de cassation comme le Conseil d'État, faute de réunir cumulativement les trois critères : imprévisible, irrésistible et extérieure<sup>23</sup>.

20 *Ibid.*, p. 2.

21 C.E., 23 mars 2018, préc. et Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 6 avril 2022, préc. ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 23 novembre 2022, préc.

22 Art. L. 1142-1, al. 2, C. santé pub.

23 C.E., 17 février 2012, préc. ; C.E., 12 mars 2014, n° 358111B : s'agissant d'une infection survenue à l'occasion du traitement d'une pneumopathie sévère, commet une erreur de droit la Cour administrative d'appel qui considère qu'eu égard à l'état général de l'intéressé dont les défenses immunitaires étaient particulièrement amoindries par une pneumopathie sévère, l'infection présentait un caractère imprévisible et irrésistible, et qui en déduit la preuve d'une cause étrangère, alors même que l'infection était consécutive aux soins dispensés au patient et ne résultait donc pas d'une circonstance extérieure à l'activité du centre hospitalier.

S'il est admis que l'infection est irrésistible, en revanche, le risque étant connu, elle n'est pas imprévisible, ni même extérieure puisque contractée dans l'établissement. Plus encore, les juridictions suprêmes des deux ordres ont pu juger que l'état de grande vulnérabilité du patient rendant l'infection inévitable ne caractérise pas non plus la cause étrangère, l'infection étant consécutive aux soins dispensés au sein de la clinique, elle ne procède pas d'une circonstance extérieure à l'activité de cet établissement<sup>24</sup>. Pourtant, un certain assouplissement est concevable selon la période de contamination. Durant la première vague, les circonstances exceptionnelles de l'apparition du virus, ses modes de transmission et son caractère pandémique n'ont pas permis aux établissements d'échapper à la contamination, de sorte que la cause étrangère pourrait être retenue, auquel cas l'indemnisation serait prise en charge par l'ONIAM au titre de l'article L. 1142-1, II, du Code de la santé publique, à condition que le seuil de gravité requis (supérieur à 24 %) soit atteint. Dans cette dernière hypothèse, seule la victime est indemnisée si elle est vivante et non les ayants droit. On ne peut cependant s'empêcher de s'interroger sur l'opportunité d'une indemnisation même par l'ONIAM durant cette première vague tant il est vrai que le virus pouvait être contracté en n'importe quel lieu.

Il faut également ajouter que la jurisprudence pallie la difficulté de rapporter la preuve d'une cause étrangère en permettant au défendeur de démontrer que l'infection n'a pas été causée par les soins ni par le séjour à l'hôpital, mais par la pathologie elle-même qui a nécessité l'hospitalisation<sup>25</sup>.

Enfin, dans ce cas de figure, dans les rapports de l'établissement de santé avec le patient contaminé, le fait du tiers, tel un visiteur à l'origine de la contamination, ne saurait constituer une cause étrangère totalement exonératoire si elle ne revêt pas les caractères de la force majeure. Tout au plus, un partage de responsabilité entre les coauteurs est concevable mais il n'affecte en rien l'étendue de l'obligation à la dette à l'égard de la victime.

**Une responsabilité de plein droit applicable aux seuls établissements de santé.** La détermination des établissements de santé privés responsables de plein droit en matière d'infections nosocomiales est délimitée progressivement par la Cour de cassation à l'occasion du contentieux qui lui est soumis. Elle a ainsi dénié cette qualification à une société civile de moyens de radiologie disposant de locaux propres situés à la même adresse que la clinique dont elle assurait tous les besoins, au motif que ladite société a pour objet exclusif de faciliter à chacun de ses membres l'exercice de sa profession, sans possibilité de l'exercer elle-même<sup>26</sup>. En conséquence, les dommages résultant d'une infection nosocomiale contractée à l'occasion d'une arthrographie

24 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 14 avril 2016, n° 14-23.909 ; C.E., 4 juillet 2012, *M<sup>me</sup> F. et autre*, n° 341418 ; C.E., 17 février 2012, préc.

25 C.E., 23 mars 2018, préc.

26 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 12 juillet 2012, n° 11-17.072 ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 12 octobre 2016, n° 15-16.894.

réalisée par un radiologue exerçant son activité à titre libéral au sein de la société civile de moyens exige de prouver la faute de celui-ci, par exemple une faute d'asepsie, en l'occurrence, s'agissant de la contamination par la Covid, le non-respect des mesures connues d'asepsie comme l'absence de port du masque, de désinfection des mains... C'est alors uniquement sur la clinique que pèse la responsabilité de plein droit.

Cette exclusion a été étendue à une société à responsabilité limitée constituée par des médecins radiologues pour exercer leur profession et ayant pour activité l'exploitation, l'achat, la vente et la location de matériel d'imagerie médicale et de radiothérapie<sup>27</sup>. À l'instar du cas précédent, ses locaux étaient situés dans l'immeuble où était exploitée une polyclinique et elle constituait le service de scanner de celle-ci. Il est donc décidé que seule la clinique engage une responsabilité de plein droit.

Enfin, la Cour de cassation a également jugé que lorsque l'infection nosocomiale a été contractée à l'occasion d'une intervention réalisée par un praticien libéral au sein d'une unité de cardiologie d'une clinique implantée dans les locaux d'un centre hospitalier en vertu d'une convention de coopération sanitaire, seul l'établissement dans lequel a été réalisée l'intervention est responsable, en l'occurrence le centre hospitalier<sup>28</sup>.

**Responsabilité pour faute de l'établissement de santé ou du professionnel de santé : recours subrogatoire de l'ONIAM ou action de la victime.** En cas de décès ou de gravité des séquelles à la suite d'une infection nosocomiale par la Covid-19 supérieure à 25 %<sup>29</sup>, l'ONIAM est chargé de l'indemnisation et dispose ensuite d'un recours contre l'établissement de santé uniquement en cas de faute à l'origine du dommage, « notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales »<sup>30</sup>. Dans le cas de la Covid, la faute pourrait être caractérisée par des manquements divers tel le non-respect des mesures d'hygiène élémentaires édictées en fonction des recommandations à l'époque des faits dommageables : le port du masque par le personnel, les patients, les visiteurs, la désinfection par du gel hydroalcoolique, le port de visière ou de lunettes par le personnel, la désinfection et l'aération des locaux... Il peut également s'agir d'une faute dans la prise en charge, dans le choix du traitement et/ou la durée des antibiotiques administrés en prophylaxie. Une faute caractérisée n'est pas requise.

La faute pourrait également être constituée lorsque les mesures préventives nécessaires n'ont pas été prises, en cas d'apparition d'un cas de Covid, pour

27 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 10 novembre 2021, n° 19-24.227.

28 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 3 mai 2018, n° 17-13561.

29 Art. L. 1142-1-1 C. santé pub.

30 Art. L. 1142-17 et L. 1142-21 C. santé pub.

identifier les sources et éviter un foyer épidémique<sup>31</sup>. Il s'agit d'une faute dans la prévention du risque de contamination.

Enfin, la faculté d'agir de la victime directement contre l'établissement est cantonnée à l'hypothèse d'une faute sur le fondement de l'article L. 1142-1, I, du Code de la santé publique<sup>32</sup>.

## B) L'identification complexe des fautes éventuelles des établissements de santé privés

Si, comme nous le verrons ultérieurement, l'indemnisation des dommages relevant des mesures sanitaires est confiée à l'ONIAM, il n'en demeure pas moins que les textes maintiennent les actions de droit commun. Selon un principe traditionnel consacré par l'arrêt *Clinique de Saint-Croix* du 6 mars 1945, dans le prolongement du célèbre arrêt *Mercier* du 9 mai 1936<sup>33</sup> et conforté par l'article L. 1142-1, I, du Code de la santé publique, la responsabilité de l'établissement de santé privé ne peut être engagée, en dehors des hypothèses étudiées d'infections nosocomiales, que si la preuve d'une faute de technique médicale et/ou éthique est rapportée. Il répond des fautes commises par les professionnels de santé qui y exercent en tant que salariés et engage également sa responsabilité pour des fautes personnelles en raison du manquement à ses propres obligations<sup>34</sup>. La complexité des contaminations par la Covid conduit à s'interroger sur l'identification des fautes susceptibles d'être reprochées à l'établissement.

### 1) Les fautes techniques imputables à l'établissement de santé privé

**Manquement aux données acquises de la science.** La faute de technique médicale est, selon le célèbre arrêt *Mercier*, constituée par le manquement à l'obligation de donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science à la date des soins, sous réserve de circonstances exceptionnelles. Le patient doit recevoir les traitements et les soins les plus appropriés à son état qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées<sup>35</sup>. Les circonstances exceptionnelles et l'incertitude des données scientifiques concernant la Covid-19 auront une incidence sur la caractérisation de la faute. La détermination des règles de l'art au moment de l'acte dommageable sera complexe, car les données scientifiques

31 On parle de cluster lorsqu'au moins trois cas touchant des patients ou des personnels sont identifiés dans un même lieu dans une période de moins de sept jours. Voy. *Guide méthodologique Gestion Cas groupés Cluster Covid-19*, [https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/guide\\_methodologique\\_cas\\_groupes\\_27\\_juin\\_f](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/guide_methodologique_cas_groupes_27_juin_f).

32 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 28 septembre 2016, n° 15-16.117 ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 8 février 2017, n° 15-19.716.

33 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 20 mai 1936, *Dr Nicolas c. Mercier*, DP, 1936, p. 88, rapp. L. JOSSERAND, concl. P. MATTER, note E. PILON.

34 Voy. obligations énumérées à l'article L. 6111-1 à 3 C. santé pub.

35 Art. L. 1110-5 C. santé pub.

relatives à la Covid-19 s'enrichissent au fur et à mesure de l'évolution des connaissances de la maladie, celle-ci étant même parfois très rapide. La faute sera nécessairement appréciée différemment selon la date de réalisation de l'acte dommageable.

Les données acquises de la science relatives à la Covid-19 sont issues de diverses sources<sup>36</sup> qui ont pu elles-mêmes évoluer au fil d'une meilleure connaissance du virus, de sorte que le standard de la faute est rehaussé. Ce sont notamment celles issues du Conseil scientifique Covid-19, organisme consultatif indépendant institué le 11 mars 2020 par le ministre de la Santé « pour permettre au gouvernement de disposer des dernières informations scientifiques sur la pandémie et donner des avis sur les mesures destinées à y faire face »<sup>37</sup>. Ce sont également celles émanant de la Haute autorité de santé (HAS) ou encore les recommandations de l'OMS. S'y ajoutent, parmi d'autres, celles édictées par les sociétés savantes ou encore la CNAMed sous la forme d'un socle commun de références pour les experts en accidents médicaux, dans le but d'homogénéiser les réponses aux questions posées par les CCI<sup>38</sup>. Des institutions orientées vers l'éthique médicale sont également de nature à constituer des sources des données acquises de la science<sup>39</sup> ou encore les publications dans des revues médicales étrangères à forte autorité<sup>40</sup>. La difficulté reste néanmoins grande car les recommandations, avis et décrets se sont succédé à un rythme effréné, avec des avis d'experts controversés. Quelles fautes pourraient être reprochées ?

**La faute de diagnostic.** L'erreur de diagnostic n'est fautive que si le praticien de l'établissement de santé ne respecte pas les données acquises de la science à la date des soins ou tarde à poser un diagnostic ou à prescrire les examens nécessaires à l'établissement du diagnostic. Pour les patients atteints par la Covid-19, la faute pourrait être constituée par un défaut de diagnostic de la maladie à l'origine d'un retard de prise en charge et d'aggravation de l'état de santé du patient. Toutefois, l'arrêt *Mercier* invitait à prendre en compte les circonstances exceptionnelles dans l'appréciation de la faute. Elles ont pu exister au début de la pandémie, l'urgence notamment est susceptible d'« excuser des décisions et des comportements qui ne seraient pas acceptables dans des circonstances normales »<sup>41</sup>. De même, les difficultés d'établissement du diagnostic ou d'interprétation liées à l'absence de données acquises ont pu conduire à des erreurs non fautives d'interprétation et des risques de confusion

36 P. SARGOS, *Responsabilité Médicale. – Faute médicale. – Données acquises de la science – Domaine, Litec Droit médical et hospitalier*, fasc. 18-20.

37 En vigueur jusqu'au 31 juillet 2022. Il est remplacé par le Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires (COVARIS).

38 [https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/note\\_de\\_la\\_cnamed\\_relative\\_a\\_la\\_covid-19\\_du\\_23\\_juin\\_2021.pdf](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/note_de_la_cnamed_relative_a_la_covid-19_du_23_juin_2021.pdf), actualisé en 2022, [https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/note\\_cnamed\\_covid-13.07\\_2022.pdf](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/note_cnamed_covid-13.07_2022.pdf).

39 Les avis du Comité éthique et cancer ou du CCNE.

40 *THE LANCET*, par exemple.

41 D. TRUCHET, « L'urgence sanitaire », *RD sanit. soc.*, 2007, p. 411.

des symptômes avec une autre pathologie<sup>42</sup> entraînant parfois un retard dans la prise en charge. L'évolution des connaissances et la généralisation des tests de dépistage sont à prendre en compte pour caractériser la faute de diagnostic. La difficulté restera néanmoins grande et la mission de l'expert sera bien ardue car les recommandations, décrets et avis se sont succédé à un rythme effréné, avec une valse de recommandations contradictoires.

En définitive, l'émergence de ce virus inconnu et les incertitudes scientifiques à la date de prescription ne permettent pas d'envisager les données acquises dans un sens « traditionnel »<sup>43</sup>.

**Faute relative au choix du traitement ou au retard dans l'administration d'un traitement.** Le médecin, en vertu de son indépendance professionnelle, est libre de ses prescriptions<sup>44</sup> dès lors qu'elles sont conformes aux données acquises de la science. Il pourrait par exemple être reproché une faute dans le choix du traitement ou encore un retard ou un défaut dans l'administration d'un traitement recommandé tel le Paxlovid®<sup>45</sup> pour les patients à risque de forme grave de la maladie. L'appréciation de la faute tiendra compte de la période à laquelle les traitements, encore limités, ont pu être connus.

Comment cependant reprocher une faute quand les recommandations ont changé à un rythme rapide au gré de l'évolution des connaissances ? L'exemple de l'hydroxychloroquine est significatif. Les incertitudes scientifiques qui ont entouré la recherche d'un traitement efficace ont conduit à s'interroger sur l'efficacité du traitement par cette molécule<sup>46</sup>, laquelle bénéficie d'une autorisation de mise sur le marché avec pour indications thérapeutiques le traitement symptomatique de certaines pathologies comme la polyarthrite rhumatoïde ou le lupus. Il fut avancé que ce médicament associé à un antibiotique, l'azithromycine, pouvait être efficace en dehors des indications de son autorisation de mise sur le marché dans l'indication du traitement de la maladie de la Covid-19. Dans un premier temps, et à défaut de données acquises de la science, dans le cadre de l'urgence sanitaire, seuls les établissements de santé furent expressément autorisés à le prescrire aux patients atteints de la Covid-19 hospitalisés, en dehors des indications de l'autorisation de mise sur

42 Voy. S. PORCHY-SIMON, « La responsabilité médicale appliquée au traitement des malades de la Covid », Actes du colloque « Covid et droit de l'indemnisation », *Les Cahiers Louis Jossierand*, 28 juillet 2022, n° 1.

43 A. ROUYÈRE, « Premiers traitements à l'hydroxychloroquine des patients atteints du Covid-19 : cadre et enjeux juridiques d'une prescription controversée », *Club des juristes*, 25 mars 2020, log. leclubdesjuristes.com/premiers-traitements-a-lhydroxychloroquine-des-patients-atteints-du-covid-19-cadre-et-enjeux-juridiques-dune-prescription-controversee/.

44 Art. 4127-8 C. santé pub.

45 Haute Autorité de santé, « Réponse rapide dans le cadre de la COVID-19. Traitement par Paxlovid® des patients à risque de forme grave de Covid-19 », [https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2022-01/reco458\\_fiche\\_rr\\_paxlovid\\_mel.pdf](https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2022-01/reco458_fiche_rr_paxlovid_mel.pdf).

46 Commercialisé par le laboratoire Sanofi sous la marque de Plaquénil®. V. MAILLOLS-PERROY et J. MOIROUX, « Accès aux médicaments et covid-19 : état des lieux », *R.G.D.M.*, 2021, n° 8, p. 51.

le marché du Plaquénil<sup>47</sup>. Avant cette courte période d'autorisation comme pendant, l'hétérogénéité des données et la recherche d'un traitement rendent difficilement envisageable la responsabilité de l'établissement de santé. Tout au plus, le non-respect des préconisations pour sa prescription édictées par le Haut Conseil de la santé publique uniquement pour les formes les plus graves<sup>48</sup> serait susceptible d'engager leur responsabilité en présence d'un préjudice ou encore pour défaut d'information au patient de la prescription du médicament hors AMM et des risques liés à son administration<sup>49</sup>. En cas d'affection iatrogène, l'indemnisation est alors à la charge de l'ONIAM.

Dans un second temps, deux mois plus tard, de nouvelles données scientifiques disponibles n'ayant pas permis de mettre en évidence un bénéfice de cette molécule, seule ou en association, pour le traitement ou la prévention de la maladie<sup>50</sup>, un nouveau texte adopté après un avis du Haut Conseil de la santé publique vint mettre fin à la possibilité de prescrire l'hydroxychloroquine pour les malades atteints de la Covid-19<sup>51</sup>. La prescription du médicament pour un patient Covid après le retrait de l'autorisation pourrait donc être considérée comme fautive dans la mesure où son efficacité a été contestée scientifiquement, des études ultérieures ayant établi l'absence d'effets bénéfiques et des effets secondaires non négligeables. Néanmoins, elle n'engagera la responsabilité civile que si un dommage en est résulté.

L'articulation des différents dispositifs rend cependant la matière complexe. Les conditions dérogatoires de prescription de l'hydroxychloroquine ayant été abrogées, la question demeure de savoir si le principe de la liberté thérapeutique du médecin<sup>52</sup> permet au médecin de prescrire la molécule en dehors de son autorisation de mise sur le marché dans le respect des conditions de l'article L. 5121-12-1 du Code de la santé publique dans sa forme en vigueur à l'époque de la pandémie. En effet, le texte autorisait une telle prescription en l'absence d'une recommandation temporaire d'utilisation délivrée par l'ANSM, comme c'est le cas pour l'hydroxychloroquine, sous deux conditions : d'une part, il n'existe pas d'autre alternative médicamenteuse appropriée disposant d'une autorisation de mise sur le marché ou d'une autorisation temporaire d'utilisation et, d'autre part, le prescripteur juge indispensable, au

47 Deux décrets du 25 et du 26 mars n° 2020-314 et n° 2020-337. Il ne pouvait être administré que sous la responsabilité d'un médecin, et uniquement dans les établissements de santé prenant en charge les patients ainsi que, si leur état leur permettait et sur autorisation du prescripteur initial, à domicile, ces prescriptions devant intervenir de manière collégiale et dans le respect des recommandations du Haut Conseil de la santé publique, notamment quant au développement de la pathologie.

48 Le médicament était en particulier préconisé en cas de pneumonie oxygène-requérante ou d'une défaillance d'organe.

49 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 12 juin 2012, n° 11-18.327.

50 Rapport du Haut Conseil de la santé publique du 23 juillet 2020. Le médicament comporte des contre-indications : « il peut provoquer des hypoglycémies sévères et entraîner des anomalies ou une irrégularité du rythme cardiaque susceptibles d'engager le pronostic vital et il présente des risques importants en cas d'interaction médicamenteuse ».

51 Décret n° 2020-630 du 26 mai 2020 modifiant le décret n° 2020-548 du 11 mai 2020.

52 Art. L. 162-2 C. santé pub., art. R. 4127-8 C. santé pub.

regard des données acquises de la science, le recours à cette spécialité pour améliorer ou stabiliser l'état clinique de son patient. La liberté de prescription ne permet pas toutefois de faire courir au patient des risques disproportionnés par rapport aux bénéfices escomptés en l'état des connaissances scientifiques<sup>53</sup> et interdit au médecin, dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de lui faire courir un risque injustifié<sup>54</sup> et de lui proposer comme salutaires ou sans danger des remèdes illusoire ou non éprouvés<sup>55</sup>. Par ailleurs, le praticien doit informer préalablement le patient de cette prescription hors AMM et des risques encourus ainsi que les contraintes et les bénéfices susceptibles d'être apportés par le médicament<sup>56</sup>. L'article L. 5121-12-1 du Code de la santé publique préserve ainsi la liberté de prescription du praticien sous réserve des conditions édictées. L'appréciation des données acquises de la science au moment de la prescription est alors au cœur de la problématique, elle est essentielle pour caractériser une éventuelle faute du médecin prescripteur, qu'il soit salarié ou libéral<sup>57</sup>. Elle est pourtant complexe dans le contexte du Plaquénil tant les débats ont été virulents.

Le débat s'éclaircit désormais avec les décisions récentes du Conseil d'État qui considère que les conditions d'exercice de la liberté de prescription n'étaient pas réunies. Il constate, d'une part, que les données acquises de la science ne permettaient de conclure, au-delà des essais cliniques, au caractère indispensable du recours à l'utilisation de l'hydroxychloroquine, en dehors des indications de son autorisation de mise sur le marché et en l'absence d'une autorisation temporaire d'utilisation, pour améliorer ou stabiliser l'état clinique des patients atteints par la Covid-19<sup>58</sup>. D'autre part, à la date même de l'abrogation de la prescription dérogatoire<sup>59</sup>, l'évolution des données acquises de la science ne permettaient pas non plus de conclure au caractère indispensable d'un tel recours en dehors des essais cliniques. Le Conseil d'État s'oppose clairement à la prescription du Plaquénil en dehors de son autorisation de mise sur le marché après l'abrogation du texte qui l'avait autorisé. Les deux conditions évoquées ci-dessus ne sont toujours pas remplies dans le

53 Art. L. 1110-5 al. 1<sup>er</sup>, C. santé pub., art. R. 4127-8 C. santé pub., art. R. 4127-32 C. santé pub.

54 Art. R. 4127-40 C. santé pub.

55 Art. R. 4127-39 C. santé pub.

56 L'obligation d'information est formalisée sur l'ordonnance par la mention « Prescription hors autorisation de mise sur le marché ».

57 A. ROUYÈRE, « La prescription d'hydroxychloroquine dans le traitement des patients souffrant du Covid-19 est-elle désormais impossible ? À propos du décret n° 2020-630 du 26 mai 2020 », *Club des juristes*, <https://blog.leclubdesjuristes.com/la-prescription-dhydroxychloroquine-dans-le-traitement-des-patients-souffrant-du-covid-19-est-elle-désormais-impossible-a-propos-du-decret-n2020-630-du-26-mai-2020>.

58 C.E. (1<sup>re</sup> et 4<sup>e</sup> ch. réun.), 28 janvier 2021, n<sup>os</sup> 439764, 440025 et 440244 ; C.E. (1<sup>re</sup> et 4<sup>e</sup> ch. réun.), 7 juillet 2022, n° 445932. Le Conseil d'État rejette la requête visant à annuler pour excès de pouvoir la décision du 21 octobre 2020 par laquelle le directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé a refusé d'élaborer une recommandation temporaire d'utilisation du Plaquénil dans la prise en charge des patients atteints de Covid-19.

59 Abrogation le 26 mai 2020.

cadre du nouveau dispositif en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2021, instaurant à l'article L. 5121-12-1 du Code de la santé publique, l'accès compassionnel en remplacement des recommandations temporaires d'utilisation. Les données acquises sont donc tributaires de l'évolution des connaissances sur les traitements de la Covid-19. Tant qu'elles ne sont pas favorables, la faute pourrait être retenue en cas de prescription de l'hydroxychloroquine après l'abrogation de la dérogation.

**Faute dans le suivi des autres pathologies que la Covid et retard de diagnostic.** Au fil des vagues de la pandémie, les patients soignés pour d'autres pathologies tels le cancer ou les maladies chroniques ont vu leurs soins reportés, les opérations déprogrammées, les établissements et professionnels de santé étant mobilisés pour prendre en charge les patients Covid. Des retards de soins ont conduit à l'aggravation de l'état de santé de certains de ces patients voire à leur décès. Le contexte d'urgence sanitaire fait peser l'indemnisation sur la solidarité nationale si elle s'inscrit dans le cadre des mesures prises pour faire face à une menace sanitaire grave, les déprogrammations ayant été imposées au niveau national. Les établissements de santé privé ne peuvent cependant se décharger de toute responsabilité. L'appréciation du comportement de l'établissement reposera certainement sur la prise en compte de chaque situation individuelle, la décision collégiale de l'équipe médicale devant s'appuyer sur une évaluation médicale des risques de déprogrammation sur l'état de santé du patient. Il s'agit alors de déterminer si l'établissement ou le professionnel de santé a respecté son obligation de moyens en tenant compte des circonstances, et si les contraintes imposées par la crise sanitaire sont constitutives d'un cas de force majeure exonératoire de responsabilité.

## 2) Faute éthique

**Le manquement à l'obligation d'information relative à l'état de santé du patient atteint par la Covid-19.** Le défaut d'information fautif sera apprécié là encore en fonction de l'évolution des connaissances aux différents stades de la pandémie et après celle-ci. La jurisprudence retient que les professionnels de santé ne sont tenus d'informer leurs patients que des risques dont l'existence est connue au moment où cette information doit être délivrée<sup>60</sup>. Au début de la pandémie, l'insuffisance des données scientifiques n'a pas permis de délivrer les informations nécessaires. Au fur et à mesure que les connaissances se sont enrichies, le professionnel de santé avait l'obligation de délivrer les informations connues. Elles portent notamment sur l'état de santé du patient, la maladie elle-même, les différentes investigations, les traitements possibles et leurs conséquences, et les actions de prévention. Cette information s'impose d'autant plus que certains traitements destinés aux patients susceptibles de développer une forme grave sont très lourds. Par ailleurs, en cas

60 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 7 juillet 1998, n° 96.19.927 ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 25 septembre 2012, n° 11-22.384.

d'utilisation d'une technique d'investigation, de traitement ou de prévention nouvelle dont les risques ne peuvent être évalués à la date des soins, les professionnels de santé sont tenus d'informer le patient sur le fait que l'absence d'un recul suffisant ne permet pas d'exclure l'existence d'autres risques<sup>61</sup>. Le refus de soins doit également être éclairé.

**Non-respect du principe de dignité.** Les familles évoquent souvent le non-respect de la dignité du patient, le manque d'humanité et le défaut d'accompagnement d'un proche en fin de vie lié à l'interdiction des visites, pouvant être qualifié de faute éthique.

### 3) Défaut d'organisation du service

**Une faute dans le refus d'admission en réanimation ?** L'afflux massif de patients malades de la Covid dans les établissements de santé s'est heurté à l'insuffisance des moyens en réanimation. Le refus de prise en charge en réanimation faute de place pourrait-il justifier une responsabilité<sup>62</sup> pour défaut d'organisation du service de l'établissement ? Les circonstances exceptionnelles liées à la période de l'urgence sanitaire pourraient rendre difficile l'engagement d'une telle responsabilité. Néanmoins, la décision elle-même de refus d'admission en réanimation est une décision médicale prise collégialement, indépendante du nombre de lits ou non<sup>63</sup>. Elle pourrait être susceptible de donner lieu à un recours au titre de la faute technique de prise en charge<sup>64</sup>.

La question éthique de la priorisation des patients se pose à travers la question du tri des patients souvent évoquée durant la pandémie et appréhendée par les sociétés savantes<sup>65</sup>. Elle aurait conduit à laisser de côté les patients les plus âgés, comme l'ont révélé des rapports parlementaires<sup>66</sup>. Quels critères justifient de faire bénéficier d'un respirateur artificiel à l'un plutôt qu'à l'autre ? La question du « tri » des patients n'est pas nouvelle pour les

61 C.E., 10 mai 2017, *CHU de Nice*, n° 397840.

62 P.-C. ROCHE, obs. sous C.E., 15 avril 2020, n° 440002, *RD sanit. soc.*, 2020, p. 605 ; C. MANAOUIL, « Réflexions sur le tri des patients en période de crise sanitaire », *D. actu.*, 30 avril 2020 ; C. LANTERO, « Quelles responsabilités publiques liées à la crise sanitaire ? », *R.G.D.M.*, 2020, n° 76, pp. 97-113 ; J. KNETSCH et M. LASSALLE, « La responsabilité des professionnels de santé face au tri des patients : dilemme éthique ou question juridique ? », *D.*, 2022, p. 286.

63 C. MANAOUIL, « Réflexion sur le tri des patients en période de crise sanitaire », *op. cit.* C.E., 15 avril 2020, *Association Coronavirus et a.*, n° 439910, p. 75.

64 J. KNETSCH et M. LASSALLE, « La responsabilité des professionnels de santé face au tri des patients : dilemme éthique ou question juridique ? », *op. cit.*

65 Voy. Guide de la Société française d'anesthésie-réanimation, « Priorisation des traitements de réanimation pour les patients en état critique en situation d'épidémie de Covid-19 avec capacités limitées », 21 avril 2020, <https://sfar.org/priorisation-des-traitements-de-reanimation-pour-les-patients-en-etat-critique-en-situation-depidemie-de-covid-19-avec-capacites-limitees/>.

66 C. DEROCHE, B. JOMIER et S. VERMEILLET, *Santé publique : pour un nouveau départ, Leçons de l'épidémie de Covid-19*, rapp. n° 199 (2020-2021) fait au nom de la Commission d'Enquête pour l'Évaluation des politiques publiques face aux pandémies, 8 décembre 2020 ; J. BOROWCZYK et E. CIOTTI, Rapport d'information par la Mission d'information relative à l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus/Covid-19, n° 1399, pp. 156-163.

médecins dans la mesure où ils sont appelés régulièrement à débattre du rapport bénéfices-risques avant toute décision médicale<sup>67</sup>. Le terme tri est d'ailleurs choquant. La décision médicale doit s'appuyer sur des éléments objectifs et obéir à une procédure collégiale. Les critères restent cependant peu encadrés juridiquement.

Les textes relatifs à la décision d'arrêt des traitements peuvent être sollicités particulièrement pour les patients ayant développé une forme grave et pour lesquels les traitements très lourds peuvent être assimilés à de l'obstination déraisonnable<sup>68</sup>. Mais ils ne sont pas suffisants et pas nécessairement adaptés à la situation pandémique. Des recommandations professionnelles se sont multipliées pendant la crise sanitaire<sup>69</sup> mais il a pu être déploré l'absence de cadre juridique qui « aurait l'avantage d'assurer toute personne ayant à faire face à la situation que sa responsabilité ne risquerait pas d'être engagée »<sup>70</sup>. Il n'existe pas de cadre légal et les juges n'ont pas encore véritablement été saisis des critères de priorisation des patients. Leur élaboration relève toutefois de la compétence médicale de sorte que les critères dictés par les sociétés savantes semblent suffisamment pertinents pour servir de référence aux juges afin de caractériser ou non une faute.

## II. La solidarité nationale, un remède relatif aux limites de la responsabilité civile des établissements de santé face aux incertitudes scientifiques

Face aux difficultés auxquelles peuvent être confrontées les victimes pour engager la responsabilité des établissements de santé notamment au début de la pandémie, la solidarité nationale est appelée à la rescousse pour prendre en charge ce risque sanitaire, mais les incertitudes scientifiques entourant le virus ne permettent de résoudre la diversité des questions qu'il soulève, et notamment la délicate question des prédispositions de la victime. Autant d'obstacles auxquels se heurteront certains demandeurs pour obtenir une indemnisation, y compris par la solidarité nationale.

67 C. MANOUIL, « Réflexion sur le tri des patients en période de crise sanitaire », *op. cit.*

68 Art. L. 1110-5-1 C. santé pub.

69 Guide de la Société française d'anesthésie-réanimation, préc. ; Conférence nationale de santé, « Point de vigilance CNS COVID-19 : Pratiques de tri des patients », 28 octobre 2020, [https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/cns\\_point\\_vigilance\\_tri\\_patients\\_adopte\\_cp\\_2810\\_relap\\_vupmc\\_291020.pdf](https://sante.gouv.fr/IMG/pdf/cns_point_vigilance_tri_patients_adopte_cp_2810_relap_vupmc_291020.pdf) ; Avis du CCNE, « COVID-19, Enjeux éthiques face à une pandémie », 13 mars 2020, <https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/la-contribution-du-ccne-la-lutte-contre-covid-19-enjeux-ethiques-face-une-pandemie> ; CNOM, « Décisions médicales dans un contexte de crise sanitaire et d'exception », 6 avril 2020, <https://www.conseil-national.medecin.fr/publications/actualites/decisions-medicales-contexte-crise-sanitaire-dexception>.

70 J. KNETSCH et M. LASSALE, « La responsabilité des professionnels de santé face au tri des patients : dilemme éthique ou question juridique ? », *op. cit.*

## A) L'articulation responsabilité civile et indemnisation par la solidarité nationale

À l'instar des scandales ou crises sanitaires du passé, sang contaminé, amiante, Benfluorex, Valproate de sodium, grippe H1N1, l'ONIAM s'est vu confié la mission d'indemniser les dommages causés pendant la période de la menace sanitaire sans préjudice d'une éventuelle action en responsabilité qui pourrait être exercée contre l'établissement de santé dans certaines hypothèses seulement.

### 1) Extension de la compétence de l'ONIAM à la menace sanitaire grave sans exclusion d'une action en responsabilité civile de l'établissement de santé

La proclamation de l'état d'urgence sanitaire par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 jusqu'au 31 juillet 2022<sup>71</sup> a conduit à un régime d'exception et a permis l'application d'un dispositif déjà existant concernant la réparation des dommages causés par la réalisation d'actes médicaux en présence d'une menace sanitaire grave. Il est en effet issu de la loi du 9 août 2004<sup>72</sup> relative à la politique de santé publique complétée en 2007 par la loi relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur<sup>73</sup> créé en réponse aux inquiétudes suscitées par la menace du SRAS en 2003 et les carences dans l'information et l'action des pouvoirs publics lors de la canicule survenue la même année<sup>74</sup>. Le dispositif introduit en 2022 est désormais susceptible de s'appliquer à toute nouvelle épidémie.

Il élargit la compétence de l'ONIAM à la réparation intégrale des accidents médicaux et infections nosocomiales imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins réalisés en application des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire liée à l'épidémie de la Covid-19<sup>75</sup>. Cette disposition s'appuie sur l'avis du Conseil d'État relatif au projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19<sup>76</sup>, lequel préconisait une

71 La loi n° 2022-1089 du 30 juillet 2022 a mis fin au régime de l'état d'urgence sanitaire à compter du 1<sup>er</sup> août 2022 et a introduit au livre premier de la troisième partie du Code de la santé publique (« Lutte contre les maladies transmissibles ») un titre 3 intitulé « Menaces et crises sanitaires graves » (art. L. 3131-1 à L. 3122-6 C. santé pub.), susceptible de s'appliquer à toute nouvelle éventuelle épidémie. La plupart des dispositions du régime de l'état d'urgence sanitaire ont donc été abrogées. Décret n° 2022-1097 du 30 juillet 2022.

72 Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, art. 18. Ce dispositif est entré en vigueur après la publication du décret n° 2011-68 du 18 janvier 2011 (art. L. 3131-1 et art. R. 3131-1 à R. 3131-3-5 C. santé pub.).

73 Loi 2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur (art. L. 3131-1 à L. 3131-11 C. santé pub.).

74 D. TRUCHET, « Avant l'état d'urgence sanitaire : premières questions, premières réponses », *RD sanit. soc.*, 2020, p. 597.

75 Art. L. 3131-4 C. santé pub.

76 Avis C.E., n° 399873, <https://www.conseil-etat.fr/avis-consultatifs/derniers-avis-rendus/au-gouvernement/avis-sur-deux-projets-de-loi-d-urgence-pour-faire-face-a-l-epidemie-de-covid-19>.

exonération de responsabilité des professionnels de santé en cas de dommages résultant des mesures administratives et une prise en charge de l'indemnisation des préjudices par l'ONIAM. Il n'a donc pas été jugé utile de créer un nouveau fonds Covid comme cela avait été proposé<sup>77</sup>.

C'est donc au titre de la solidarité nationale que l'ONIAM se voit confier la mission de prendre en charge l'indemnisation sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'une faute. Les conditions de la réparation sont plus souples que celles relatives à la réparation de l'accident médical non fautif sur deux points. D'une part, la condition de gravité du dommage requise pour obtenir réparation en application de l'article L. 1142-1, II, du Code de la santé publique, est exclue s'agissant des dommages causés par un acte médical réalisé en présence d'une menace sanitaire grave<sup>78</sup>.

D'autre part, la notion de bénéficiaire de l'indemnisation est plus large. En effet, le Conseil d'État est venu préciser que la réparation incombant à l'ONIAM à la suite d'un dommage corporel causé par un acte médical réalisé en cas de menace sanitaire grave bénéficie, à la lecture de l'article L. 3131-4 du Code de la santé publique, à toute victime, c'est-à-dire tant à la personne qui a subi un dommage corporel du fait de l'une de ces mesures qu'à ceux de ses proches qui en subissent directement les conséquences<sup>79</sup>. C'est une différence non négligeable avec le régime de réparation de l'accident médical non fautif sur le fondement de l'article L. 1142-1, II, du Code de la santé publique qui ne bénéficie qu'à la seule victime directe si elle est vivante à l'exclusion des victimes par ricochet.

Enfin, l'indemnisation par l'ONIAM dans le cadre de la menace sanitaire grave est réalisée sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun. L'établissement de santé devra, en conséquence, assumer une éventuelle responsabilité personnelle.

## 2) Indemnisation par la solidarité nationale et exclusion de toute responsabilité de l'établissement de santé

**Prescription de médicaments hors autorisation de mise sur le marché en présence d'une menace sanitaire grave.** En l'absence de traitement spécifique pour soigner la maladie, les « rares » traitements pour tenter de lutter contre l'épidémie ne pouvaient être administrés qu'en dehors des indications thérapeutiques ou des conditions normales d'utilisation prévues par leur autorisation de mise sur le marché.

Le régime de réparation des dommages qui pourrait en résulter obéit là encore au dispositif existant issu de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative

77 Proposition de loi n° 3108 du 16 juin 2020 portant création d'un fonds d'indemnisation des victimes de Covid-19, rejetée par le Sénat.

78 L'article L. 3131-4 C. santé pub. n'y fait pas référence.

79 C.E., 27 mai 2016, n° 391149B, concl. N. POLGE ; C.E., 4 novembre 2016, n° 397729.

à la politique de santé publique<sup>80</sup> et reprise à l'article L. 3131-3 du Code de la santé publique par la loi 2007-294 du 5 mars 2007. Ce texte écarte la responsabilité des professionnels de santé du fait de la prescription de médicaments ne disposant pas d'autorisation de mise sur le marché ou en dehors de celle-ci si deux conditions sont réunies : d'une part, la prescription est rendue nécessaire par une menace sanitaire grave ; d'autre part, elle est recommandée ou exigée par le ministre de la santé. Cette disposition fait écho à l'utilisation controversée de l'hydroxychloroquine. La prise en charge de l'indemnisation incombe à l'ONIAM au titre de la solidarité nationale dans les conditions édictées exclusivement. Il est cependant précisé que les fabricants du médicament, le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché, de l'autorisation temporaire d'utilisation ou de l'autorisation d'importation demeurent responsables dans les conditions du droit commun en raison de la fabrication ou de la mise sur le marché du médicament<sup>81</sup>.

**Autres hypothèses de compétence exclusive de l'ONIAM en l'absence de faute.** En application des règles du Code de la santé publique, la responsabilité civile est écartée au profit de l'intervention exclusive de la solidarité nationale lorsque l'infection par la Covid-19 qualifiée de nosocomiale a provoqué le décès du patient ou que la gravité du dommage atteint le seuil de 26 % en l'absence de toute faute de l'établissement de santé<sup>82</sup>.

Ce régime spécifique de prise en charge des dommages au titre de la solidarité nationale instauré par l'article L. 1142-1-1 du Code de la santé publique est distinct de celui prévu par l'article L. 1142-1, II, de sorte que ne sont pas applicables les dispositions de ce dernier texte qui, en cas de survenue d'un accident médical non fautif, limitent la réparation aux préjudices subis par le patient et, en cas de décès, par ses ayants droit<sup>83</sup> ou leurs proches<sup>84</sup>. Sur le fondement de l'article L. 1142-1-1 du Code de la santé publique<sup>85</sup>, l'ensemble des victimes a droit à une indemnisation par la solidarité nationale, que la victime directe soit ou non vivante.

Une autre hypothèse d'intervention par l'ONIAM existe au titre de l'accident médical non fautif lorsque l'établissement parvient – rarement – à s'exonérer de sa responsabilité de plein droit en raison d'une infection nosocomiale ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique et psychique inférieure ou égale à 25 %.

80 Loi n° 2004-806, 9 août 2004, relative à la politique de santé publique, art. 18 codifié à l'art. 3110-3 C. santé pub. dans sa version antérieure à 2007, devenu art. L. 3131-3 C. santé pub. en 2007.

81 Art. L. 3131-3, al. 2, C. santé pub.

82 Art. L. 1142-1-1 C. santé pub.

83 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 8 février 2017, préc.

84 C.E., 9 décembre 2016, n° 390892 B.

85 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 8 février 2017, n° 15-19.716 ; C.E., 24 juillet 2019, n° 422934.

Enfin, pendant la pandémie, pour faire face à l'afflux des patients, des médecins sont intervenus en dehors de leur champ de compétence habituel, ce qui en temps ordinaire constitue une faute. Dès 2002, le législateur a transféré à l'ONIAM la charge de l'indemnisation des dommages résultant de l'intervention d'un professionnel ou établissement de santé, en cas de circonstances exceptionnelles, en dehors du champ de son activité de prévention, diagnostic ou de soins<sup>86</sup>.

## **B) L'incidence des prédispositions de la victime sur le droit à indemnisation**

Les incertitudes scientifiques qui entourent encore la maladie affectent les conditions mêmes de l'indemnisation tant par l'ONIAM que par l'établissement de santé. La contamination par la Covid-19 soulève notamment des difficultés extrêmes relativement à l'imputabilité des conséquences dommageables au virus en présence de prédispositions du patient, que l'on retrouve particulièrement concernant les infections nosocomiales.

### **1) Prédispositions de la victime et lien de causalité**

Il arrive souvent que le patient soit âgé ou atteint de comorbidités liées à certaines pathologies<sup>87</sup>. Or, on sait que ces situations augmentent les risques de formes graves ou de décès dus à la Covid-19. L'existence des prédispositions pathologiques soulève la délicate question du lien de causalité entre l'accident et le dommage, et interroge le principe de la réparation intégrale.

Quelles sont les causes du décès ou des graves séquelles ? Les comorbidités ou la Covid elle-même ? Pour certains patients, il n'est pas possible de déterminer si le décès est lié à l'infection ou à l'aggravation de la pathologie initiale. Tout au plus, est-il possible de recourir à la réparation d'une perte de chance, mais elle serait minime<sup>88</sup>.

S'il est établi que l'infection par la Covid a bien contribué au dommage, quelle incidence ces comorbidités peuvent avoir sur l'indemnisation lorsque la contamination a eu lieu dans un établissement de santé ?

La Cour de cassation affirme de façon constante que le droit de la victime d'un accident à obtenir l'indemnisation de son préjudice corporel ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui

<sup>86</sup> Art. L. 1142-1-1, 2°, C. santé pub.

<sup>87</sup> Sur les différents facteurs de risques, voy. Rapport EPI-PHARM, « Étude sur les facteurs de risques d'hospitalisation et de décès pour Covid-19 lors de la deuxième vague de 2020 », 23 juillet 2021, <https://ansm.sante.fr/actualites/etude-sur-les-facteurs-de-risques-dhospitalisation-et-de-deces-pour-covid-19-lors-de-la-deuxieme-vague-de-2020>.

<sup>88</sup> S. PORCHY-SIMON, « La responsabilité médicale appliquée au traitement des malades de la Covid », *op. cit.*

en est résulté n'a été provoquée ou révélée que du fait de l'accident<sup>89</sup>. Elle censure régulièrement pour violation du principe de la réparation intégrale les juges du fond qui réduisent l'indemnisation en tenant compte de l'état antérieur dès lors que la pathologie ne s'est pas extériorisée avant l'accident. Elle opère une distinction désormais classique entre l'état antérieur latent et l'état antérieur patent. Si la pathologie ne s'est pas manifestée antérieurement et que c'est l'accident lui-même qui l'a déclenchée ou révélée, aucune réduction de l'indemnisation ne peut être opérée. La jurisprudence retient en ce cas l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre le fait dommageable et l'affection issue de la pathologie latente<sup>90</sup>. À l'inverse, lorsque la pathologie a déjà révélé ses effets néfastes avant le fait dommageable et a pu contribuer à la survenance du dommage, le montant de la réparation sera réduit. Il en sera donc de même pour un patient contaminé par la Covid lorsque les prédispositions étaient patentées en tenant de compte de l'état antérieur. Et si c'est l'état pathologique qui est à l'origine de la survenance du dommage, toute réparation est exclue pour la victime ou ses ayants droit<sup>91</sup>. Cette position est aussi celle adoptée par le Conseil d'État<sup>92</sup>.

Toutefois, la jurisprudence s'est également prononcée sur les pathologies évolutives. Elle a admis récemment qu'une pathologie existante méconnue avant l'accident qui évoluait lentement mais qui demeurait à l'état latent ne saurait réduire le droit à réparation<sup>93</sup>, dès lors qu'elle n'a été révélée ou provoquée que par lui. Elle avait déjà retenu la même solution au sujet d'une pathologie jusque-là débutante et silencieuse dont l'évolution était inéluctable, mais il n'était pas possible d'en déterminer le délai prévisible d'apparition<sup>94</sup>. Dans le cas des patients contaminés par la Covid-19 dans un établissement de santé, ces mêmes principes s'appliqueront en distinguant selon que les effets néfastes de la pathologie étaient ou non extériorisés.

Il n'en reste pas moins que cet état antérieur aura aussi des répercussions sur le terrain de l'indemnisation par l'ONIAM de l'accident médical non fautif, car elle n'est admise que si le dommage a pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé ou de son évolution prévisible<sup>95</sup>.

89 Cass. (crim.), 12 avril 1994, *Bull. crim.*, n° 326 ; Cass. (crim.), 14 février 1996, *Bull. crim.*, n° 78 ; Cass. (crim.), 30 janvier 2007, *Bull. crim.* ; Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 28 février 1996, *Resp. civ. et assur.*, 1996, comm. 163 ; Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 19 mai 2016, n° 15-18.784.

90 Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 29 mars 2012, n° 11-13.021 ; Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 19 juillet 1966, *D.*, 1966, jurispr., p. 598, note M. LE ROY ; Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 13 janvier 1982, *JCP G*, 1983, II, 20025, note DEJEAN DE LA BATIE ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 28 octobre 1997, *Bull. civ.*, 1997, I, n° 298 ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 7 décembre 1999, n° 97-22.652.

91 S. THÉRON, « Les dommages liés à l'activité médicale », *RD sanit. soc.*, 2017, 1079.

92 C.E., 11 décembre 2018, n° 400877 ; 15 février 2019, n° 415988.

93 Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 9 février 2023, n° 21-12.657 ; Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 15 février 2024, n° 22-20-994.

94 Cass. (crim.), 11 janvier 2011, n° 10-81.716 ; Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 20 mai 2020, n° 18-24.095 ; Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 9 février 2023, préc.

95 Art. L. 1142-1, II, C. santé pub.

Enfin, des interrogations<sup>96</sup> surgissent s'agissant des patients qui présentent des symptômes prolongés et fluctuants au décours d'une Covid-19 appelée Covid-long au-delà de trois mois<sup>97</sup>, tels que la fatigue, l'essoufflement ou les troubles neurologiques<sup>98</sup>. L'évolution des connaissances permet aujourd'hui de mieux les diagnostiquer et les prendre en charge. L'établissement de santé responsable de la contamination ou l'ONIAM pourrait probablement se voir imputer ces symptômes persistants. Encore faudra-t-il établir qu'ils se rattachent bien au virus lui-même et à ladite contamination.

## 2) Prédispositions de la victime : le cas particulier des infections nosocomiales

On retrouve la neutralisation de l'état de vulnérabilité du patient ou de sa fragilité en matière d'infection nosocomiale. Le Conseil d'État affirme régulièrement que la circonstance que l'infection a été favorisée par l'état de grande vulnérabilité lié par exemple à un affaiblissement des défenses immunitaires n'est pas de nature à lui ôter son caractère nosocomial, ni à la faire regarder comme résultant d'une cause étrangère dès lors qu'elle est en lien avec les soins<sup>99</sup>. Cette infection demeurant consécutive aux soins dispensés au sein de la clinique ne procède pas d'une circonstance extérieure à l'activité de cet établissement<sup>100</sup>. En revanche, si l'infection est due à l'état antérieur, ou qu'elle trouve son origine dans l'évolution naturelle et prévisible de la pathologie, l'établissement est exonéré de toute responsabilité.

La Cour de cassation va dans le même sens. Elle retient que l'existence de prédispositions pathologiques à l'origine de l'infection ne permet pas d'écarter tout lien entre l'intervention réalisée et la survenue de l'infection<sup>101</sup>. Elle a également jugé que l'indemnisation de la victime ne saurait être réduite en raison d'une prédisposition liée à l'âge « qui est un facteur péjoratif dans le risque infectieux post-opératoire », dès lors que l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable<sup>102</sup>. L'âge avancé du patient contaminé en établissement de santé par le virus de la Covid ne saurait donc être opposé pour réduire ou supprimer son droit à réparation.

Dans un arrêt récent, le Conseil d'État juge même que « un état initial comportant une exposition particulière à l'infection ne peut être regardé en

96 S. PORCHY-SIMON, « La responsabilité médicale appliquée au traitement des malades de la Covid », *op. cit.*

97 Selon l'OMS. Voy. Travaux de la HAS, 21 avril 2023, *Symptômes prolongés de la Covid-19 (dit Covid long) : la HAS actualise ses travaux*, [as-sante.fr/jcms/p\\_3427623/fr/symptomes-prolonges-a-la-suite-de-la-covid-19-etat-des-lieux-des-donnees-epidemiologiques](https://as-sante.fr/jcms/p_3427623/fr/symptomes-prolonges-a-la-suite-de-la-covid-19-etat-des-lieux-des-donnees-epidemiologiques).

98 Travaux de la HAS, *ibid.*

99 C.E. (5<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> ss-sect. réun.), 30 décembre 2014, n° 366415.

100 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 14 avril 2016, préc. ; C.E., 4 juillet 2012, préc. ; C.E., 17 février 2012, préc.

101 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 6 avril 2022, préc.

102 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 28 janvier 2010, n° 08-20.571.

lui-même comme l'origine de cette infection »<sup>103</sup>. Cette décision pourrait être favorable aux patients contaminés par la Covid-19 qui en sont décédés très souvent en raison de leur particulière vulnérabilité. Il convient d'ajouter que l'existence de comorbidités impose une protection renforcée du patient hospitalisé dont l'insuffisance pourrait être reprochée à l'établissement.

En définitive, cet exposé n'épuise pas les questionnements soulevés par la Covid-19. La responsabilité civile des établissements de santé et l'indemnisation par la solidarité nationale sont confrontées à des problématiques complexes que vont devoir résoudre le juge, l'ONIAM et les CCI. Toutefois, pour le moment le contentieux ou le nombre de dossiers en demande demeurent marginaux.

---

103 C.E. (5<sup>e</sup> ch.), 15 juillet 2022, préc.



**Chapitre 6.**  
**La responsabilité civile**  
**des établissements de santé privés**  
**Rapport italien**

---

**Valerio FORTI**

*Professeur à l'Université de Lorraine (Nancy)*

1. Crise sanitaire et responsabilité civile des établissements de santé privés en droit italien : les termes du sujet appellent des précisions d'importance variable.

La « crise sanitaire » ne nécessite pas que l'on s'y attarde, tant elle est connue de tous. Tout au plus peut-on rappeler que d'assez nombreuses contaminations de Covid-19 ont été décelées en Italie, particulièrement en Italie du Nord, quelques semaines plus tôt qu'ailleurs, dès février 2020<sup>1</sup>.

Les « établissements de santé privés » ne requièrent pas non plus de longs développements. On s'en tiendra à leur définition, qui est large : ce sont les sociétés, les instituts, les associations, les centres médicaux et de diagnostic ainsi que toute autre entité ou personne privée, organisés sous n'importe quelle forme, qui interviennent dans le secteur des services sanitaires ou vétérinaires<sup>2</sup>.

En revanche, la « responsabilité civile » mérite plus d'attention. Il faut commencer par préciser que, en droit italien, la matière est régie par la loi n° 24 du 8 mars 2017<sup>3</sup>, intitulée « Dispositions en matière de sécurité des soins et de la personne soignée, ainsi qu'en matière de responsabilité professionnelle des professionnels de santé »<sup>4</sup>. Ce à quoi il convient immédiatement d'ajouter que cette loi soumet les personnes publiques et les personnes privées au même régime de responsabilité civile<sup>5</sup>, à quelques exceptions près<sup>6</sup>.

2. Ces précisions étant formulées, reste l'essentiel : en droit italien, la responsabilité des établissements de santé privés pourrait-elle être engagée en raison de la Covid-19 ? La réponse affirmative a été envisagée<sup>7</sup> – du moins à hauteur de principe, car le contentieux en la matière n'est, semble-t-il, pas nourri. Et elle l'a été dans deux hypothèses principales : celle d'une contamination du patient au sein de l'établissement (I), et celle d'une mauvaise prise en charge par l'établissement du patient déjà contaminé (II).

1 Voy. par ex. « Coronavirus, due vittime e oltre 60 casi di contagio in Nord Italia. Il Cdm valuta "misure speciali" », <https://www.rainews.it/archivio-rainews/articoli/Coronavirus-Primo-morto-in-Italia-un-altro-contagiato-in-Veneto-casi-al-Nord-Padova-Cremona-tornati-19-italiani-dal-Giappone-7b2ff735-7d2d-413d-9ecf-1ac025300ebc.html> (consulté en avril 2023).

2 Cette définition est donnée par une circulaire prise par l'administration fiscale : Agenzia delle entrate, circulaire n° 13/E du 15 mars 2007, <https://def.finanze.it/DocTribFrontend/getContent.do?id=%7BE6A647B5-1C15-465B-9348-93CC28EC8A3B%7D> (consulté en avril 2023).

3 <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2017;24> (consulté en avril 2023).

4 Nous traduisons.

5 Voy. par ex. art. 7 de la loi n° 24 du 8 mars 2017.

6 Voy. par ex. art. 9 de la loi n° 24 du 8 mars 2017.

7 Voy. par ex. M. FRANZONI, « La responsabilità del medico e della struttura ai tempi del coronavirus », *Giur. it.*, 2020, p. 2332 ; M. FACCIOLO, « Covid-19, linee guida e (difetto di) organizzazione delle strutture sanitarie », *Corti supreme e salute*, 2020, n° 3 ; D. DE RADA, « Responsabilità per insorgenza di infezioni nosocomiali dopo la legge "Gelli": il caso del Covid-19 », *giustiziacivile.com*, 2020, n° 11 ; L. CANNATA, L. MOLINARI et G. TOMEI, « La responsabilità per infezioni nosocomiali », *Danno e resp.*, 2021, n° 5, p. 547.

## I. Contamination du patient au sein de l'établissement

3. Pour questionner la responsabilité civile d'un établissement de santé, privé comme public, en cas de contamination en son sein, le point de départ du raisonnement en droit italien a consisté en général à ramener la Covid-19 dans le giron des infections nosocomiales<sup>8</sup>. Ce qui invite à formuler deux séries de remarques : les unes tiennent au fait générateur (A) ; les autres concernent le lien de causalité (B).

### A) Fait générateur

4. La responsabilité civile de l'établissement de santé privé – comme de l'établissement de santé public – en cas d'infection nosocomiale serait fondée sur l'article 7 de la loi n° 24 du 8 mars 2017, même si l'hypothèse n'y est pas expressément évoquée. Cette disposition place sur le terrain contractuel la responsabilité civile en matière médicale. Il en résulte un régime probatoire favorable à la victime, laquelle ne doit pas prouver une faute spécifique de la part de l'établissement de santé, mais seulement établir une inexécution de sa part.

Deux questions relatives au fait générateur demeurent tout de même en suspens.

5. La première est de savoir si la Covid-19 peut être qualifiée d'infection nosocomiale.

On devine qu'il y a des raisons d'hésiter<sup>9</sup>. Elles sont au nombre de trois. D'abord, la Covid-19 est un virus qui ne voit pas le jour au sein de l'établissement de santé, mais qui y est introduit de l'extérieur. Ensuite, au moins au début de la crise sanitaire, la Covid-19 est un virus nouveau, pour lequel le risque de contamination n'est donc pas prévu et peut-être pas même prévisible. Enfin, le délai d'incubation est estimé entre un et quatorze jours<sup>10</sup>, alors que la Cour de cassation italienne retient habituellement que l'infection nosocomiale est celle qui se manifeste sous deux jours<sup>11</sup>.

Quoi qu'il en soit, le ministère de la Santé italien a semble-t-il considéré, encore que dans un simple document d'information, que la Covid-19 est susceptible de constituer une infection nosocomiale<sup>12</sup>.

8 Voy. par ex. L. CANNATA, L. MOLINARI et G. TOMEI, « La responsabilità per infezioni nosocomiali », *op. cit.*

9 D. DE RADA, « Responsabilità per insorgenza di infezioni nosocomiali dopo la legge "Gelli": il caso del Covid-19 », *op. cit.*, p. 19.

10 « Cosa sono SARS-CoV-2 e Covid-19 », <https://www.salute.gov.it/portale/nuovocoronavirus/dettaglioFaqNuovoCoronavirus.jsp?id=257&lingua=italiano> (consulté en avril 2023).

11 Cass., 3<sup>e</sup> civ. it., 6 mai 2015, n° 8995.

12 Document cité par D. DE RADA, « Responsabilità per insorgenza di infezioni nosocomiali dopo la legge "Gelli": il caso del Covid-19 », *op. cit.*, p. 19.

6. Cela étant dit, caractériser le fait générateur suppose de répondre à une seconde question : la contamination par la Covid-19 a-t-elle eu lieu au sein de l'établissement de santé ? On touche peut-être là au point le plus délicat.

Naturellement, si le patient a été soumis à un test qui s'est révélé positif lors de son entrée dans l'établissement de santé privé, la contamination ne sera pas imputable à ce dernier.

À l'opposé, la survenance du virus plusieurs jours après l'entrée dans l'établissement de santé privé mais avant la sortie, en somme dans le cadre de séjours de longue durée, orientera logiquement vers une contamination au sein de l'établissement lui-même.

Toute la difficulté se concentre sur les cas qui se situent dans l'entre-deux : apparition du virus à la suite d'un passage bref dans l'établissement de santé privé, ou alors peu de temps après l'admission du patient.

Ces interrogations liées au fait générateur sont certes importantes, mais elles n'épuisent pas la matière. Il en est en effet d'autres qui ont trait au lien de causalité.

## B) Lien de causalité

7. L'article 7 de la loi n° 24 du 8 mars 2017 régit, pour mémoire, la responsabilité civile en matière médicale. Cet article renvoie, entre autres, à l'article 1218 du Code civil italien, en vertu duquel le débiteur ne répond pas de l'inexécution en cas d'impossibilité due à une cause qui ne lui est pas imputable. L'on voit alors poindre la question : la contamination par la Covid-19 constitue-t-elle pour l'établissement de santé privé un cas d'impossibilité d'exécuter les obligations qui lui incombent<sup>13</sup> ?

Peut-être n'y a-t-il pas une seule réponse, mais des réponses selon la période considérée. Certains ont en particulier imaginé que l'impossibilité d'exécuter puisse être retenue s'agissant de la première phase de la crise sanitaire, où des lignes directrices faisaient défaut – on y reviendra –, et qu'elle soit en revanche écartée pour les phases ultérieures, lorsque de telles lignes directrices ont été adoptées concernant notamment les tests, le matériel de protection (masque, gel hydroalcoolique), ou encore la création de services dédiés aux patients contaminés par la Covid-19<sup>14</sup>. On notera au demeurant que la proposition n'a pas été retenue d'un régime spécifique pour écarter toute responsabilité civile en matière médicale pendant la crise sanitaire due à la Covid-19, dont

13 C. SCOGNAMIGLIO, « La pandemia Covid-19, i danni alla salute ed i limiti della responsabilità civile », *NGCC*, 2020, n° 3 (supplément), p. 140.

14 Voy. par ex. L. CANNATA, L. MOLINARI et G. TOMEI, « La responsabilità per infezioni nosocomiali », *op. cit.*, p. 554.

l'une des finalités – pas la seule – était justement d'éviter un tel raisonnement casuistique<sup>15</sup>.

8. À défaut de prouver la rupture du lien de causalité en raison d'une impossibilité d'exécution, il y a lieu de se demander si l'établissement de santé privé pourrait prouver, plus radicalement, l'absence de lien de causalité. Le cas de figure qui a été envisagé est celui d'un patient qui serait décédé avec la Covid-19, mais non à cause de la Covid-19<sup>16</sup>.

Pour le dire simplement, un système du tout ou rien gouverne la matière. Soit la preuve est rapportée du fait que le décès est sans lien avec la contamination par la Covid-19, et alors l'établissement de santé est exonéré – sauf à retenir sa responsabilité civile sur d'autres terrains. Soit la Covid-19 est l'une des causes du décès, et dans ce cas, d'éventuelles prédispositions ou pathologies antérieures de la victime ne font pas obstacle à la responsabilité civile de l'établissement de santé – mais elles peuvent être prises en compte au stade de la liquidation de la réparation<sup>17</sup>.

Voilà donc ce que l'on pouvait dire de l'hypothèse d'une contamination du patient au sein de l'établissement. Et voici maintenant ce qu'il en est de l'hypothèse d'une mauvaise prise en charge d'un patient contaminé avant même son entrée dans l'établissement.

## II. Mauvaise prise en charge par l'établissement du patient déjà contaminé

9. L'hypothèse d'une responsabilité civile d'un établissement de santé privé pour mauvaise prise en charge d'un patient déjà contaminé par la Covid-19 n'est pas la plus évidente. Une telle responsabilité civile est en effet entourée de plusieurs incertitudes, qui concernent autant son fondement (A) que sa mise en œuvre (B).

### A) Fondement

10. Deux remarques d'ordre factuel incitent à la prudence.

On commencera par observer que s'il est vrai que la prise en charge sanitaire des patients a été particulièrement difficile au début de la crise sanitaire, il n'en demeure pas moins qu'au fur et à mesure les établissements de santé se sont dotés d'une meilleure organisation. Cette remarque n'est toutefois pas

15 M. RIZZUTI, « Responsabilità sanitaria e crisi pandemica: spunti di riflessione dentro e oltre l'emergenza », in D. BIANCHI, *Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità individuali*, Turin, Giappichelli, 2021, p. 87.

16 D. DE RADA, « Responsabilità per insorgenza di infezioni nosocomiali dopo la legge "Gelli": il caso del Covid-19 », *op. cit.*, p. 16.

17 En dehors de la Covid-19, voy. Cass., 3<sup>e</sup> civ. it., 21 juillet 2011, n° 15991.

décisive : du point de vue statistique, c'est précisément – et logiquement – pendant les premiers mois de pandémie de Covid-19 que les dommages les plus graves, notamment les décès, se sont concentrés<sup>18</sup>.

Il faut ensuite relever que la prise en charge des patients contaminés par la Covid-19 a été réalisée principalement par les établissements de santé publics. Principalement, mais non exclusivement, les établissements de santé privés y ayant également contribué<sup>19</sup>. Là aussi, la remarque est donc à nuancer.

**11.** Mais à vrai dire, les hésitations proviennent surtout du fondement d'une telle responsabilité civile. Ce fondement a été recherché à l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi n° 24 du 8 mars 2017<sup>20</sup>, qui mentionne « la sécurité des soins » laquelle, poursuit-il, résulte notamment du recours à des « ressources structurelles, technologiques et organisationnelles » appropriées<sup>21</sup>.

Le moins que l'on puisse dire est que la formulation est, sans doute volontairement, vague. Ainsi la discussion tourne-t-elle essentiellement autour des circonstances factuelles, lesquelles supposent une appréciation *in concreto*. À titre illustratif, en dehors du domaine qui nous occupe, la Cour de cassation italienne a décidé que si le besoin de sang pour une transfusion s'est révélé plus important que le stock, l'établissement de santé ne saurait s'exonérer en invoquant que ce stock était conforme à la législation applicable ; encore faut-il qu'il prouve que d'autres mesures ont été adoptées, telles qu'une demande de sang supplémentaire adressée à d'autres établissements ou le transfert du patient<sup>22</sup>.

Il faut donc vérifier si et dans quelle mesure une telle responsabilité civile peut être concrètement mise en œuvre en l'occurrence.

## B) Mise en œuvre

**12.** On en vient à la question cruciale, laquelle surgit au stade de la mise en œuvre<sup>23</sup> : le caractère exceptionnel de la pandémie constitue-t-il un événement imprévisible, pouvant justifier l'absence de ressources structurelles, technologiques et organisationnelles appropriées<sup>24</sup> ?

18 Voy. par ex. « Coronavirus in Italia, i dati e la mappa », <https://lab24.ilsole24ore.com/coronavirus/#> (consulté en avril 2023).

19 Voy. par ex. « Coronavirus. Da cliniche e ospedali privati messi a disposizione 1.300 letti in terapia intensiva e 40mila letti per acuti. Ecco la mappa », [https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo\\_id=82845](https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=82845) (consulté en avril 2023).

20 M. FACCIOLO, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pise, Pacini giuridica, 2018.

21 Nous traduisons.

22 Cass., 3<sup>e</sup> civ. it., 19 octobre 2015, n° 21090 (décision antérieure à la loi n° 24 du 8 mars 2017).

23 G. COMANDÉ, « La responsabilità sanitaria al tempo del coronavirus... e dopo », *Danno e resp.*, 2020, p. 301.

24 C. SCOGNAMIGLIO, « La pandemia Covid-19, i danni alla salute ed i limiti della responsabilità civile », *op. cit.*, p. 140 ; M. FACCIOLO, « Covid-19, linee guida e (difetto di) organizzazione delle strutture sanitarie », *op. cit.*, p. 6.

On l'aura compris, il faut probablement se résoudre à l'idée qu'une réponse générale n'est pas possible. Mieux vaut distinguer, une fois encore, selon le moment où la prise en charge du patient a eu lieu. En clair, l'événement initialement imprévisible est devenu au fil du temps prévu. La question se déplace alors : à compter de quel moment une telle responsabilité civile serait-elle envisageable ?

**13.** Pour y répondre, il convient de convoquer deux autres dispositions de la loi n° 24 du 8 mars 2017<sup>25</sup>. L'une figure à l'article 5, qui prévoit que les professionnels de santé se conforment aux lignes directrices – que l'on a rapidement évoquées plus haut – élaborées par des instances inscrites sur une liste tenue par le ministère italien de la Santé, lignes directrices accessibles grâce à un système informatique national. L'autre disposition est contenue à l'article 7, alinéa 3, en vertu duquel la responsabilité civile en matière médicale doit être appréciée par le juge notamment à la lumière de ces mêmes lignes directrices.

Où l'on voit que pour savoir si les ressources structurelles, technologiques et organisationnelles (par exemple, matériel pour la réanimation, personnel spécialisé, etc.) ont été ou non appropriées, le juge saisi d'une demande d'indemnisation par un patient pris en charge en raison de sa contamination par la Covid-19 pourrait se référer aux lignes directrices effectivement en vigueur au moment de la survenance du dommage.

---

25 M. FACCIOLO, « Covid-19, linee guida e (difetto di) organizzazione delle strutture sanitarie », *op. cit.*, pp. 7 et s.



**Chapitre 7.**  
**La responsabilité civile**  
**des établissements de santé privés**  
**Rapport portugais**

---

**Maria João VASCONCELOS**  
*Professora Auxiliar à l'Universidade do Minho*

## Introduction : l'établissement de soins privé dans le cadre du système de santé portugais

La pandémie de la Covid-19 a mis sous tension l'ensemble des systèmes de santé mondiaux. Le nombre conséquent de cas sévères de la maladie, qui ont nécessité des soins intensifs importants, et parfois pendant plusieurs semaines, a représenté un énorme défi pour les systèmes de santé, en ce compris les plus développés. Le caractère inédit du contexte sanitaire global a suscité de nombreuses difficultés pour les médecins, qui ont dû adapter leur pratique quotidienne, se protéger eux-mêmes du virus et soigner les plus vulnérables face à la maladie.

Le système de santé portugais est composé de trois grands secteurs : le secteur public composé d'établissements de santé publics, le secteur privé composé d'établissements de santé privés et le secteur social composé d'institutions de solidarité sociale. Chacun de ces secteurs a un rôle différent dans les prestations de soins de santé offertes à la population portugaise.

Le secteur public est dirigé par le Service National de Santé (SNS), qui est financé par l'État et vise à garantir un accès universel, gratuit et équitable aux soins de santé. Le SNS offre une large gamme de services de santé, allant des consultations médicales aux chirurgies, en passant par des tests de diagnostic rapides ou des hospitalisations. Ces services sont fournis dans les hôpitaux, les centres de santé et autres établissements de santé publics à travers le pays.

Malgré les lacunes signalées en termes de ressources humaines et matérielles, les hôpitaux publics du SNS ont joué le rôle crucial dans la lutte contre la pandémie de la Covid-19.

Le secteur privé est, comme mentionné ci-avant, composé d'établissements de santé privés qui fournissent des soins de santé aux personnes avec ou sans assurance maladie privée. Ces établissements peuvent notamment appartenir à des entreprises privées, des fondations, ou des organisations non gouvernementales. Ils offrent une large gamme de services de santé, tels que des consultations médicales, des chirurgies, des tests de diagnostic rapides, des hospitalisations, etc. Les patients recherchant des soins de santé dans des établissements privés doivent payer les services fournis, à moins qu'ils n'aient une assurance maladie privée qui couvre ces coûts.

Les conditions de fonctionnement des établissements de santé privés sont réglées par le DL n° 279/09, du 6 octobre 2009 et par le DL n° 127/2014, du 22 août 2014. La responsabilité des établissements de santé privés est, en général, régie par le droit commun de la responsabilité civile contractuelle (art. 798 C. civ.).

Pendant la pandémie de la Covid-19, les établissements de santé privés ont joué un rôle important dans la prise en charge des patients nécessitant des soins médicaux. Ils ont complété les services fournis par le Service National de Santé (SNS) et ont contribué à alléger la pression sur les hôpitaux publics,

en proposant des services de diagnostic et de traitement pour les patients atteints de la Covid-19, ou d'autres maladies. Certains établissements de santé privés se sont également portés volontaires pour aider à administrer les vaccins contre la Covid-19, en collaboration avec le SNS et le gouvernement portugais afin d'accélérer la vaccination dans tout le pays.

## I. Responsabilité civile pour contamination causée aux patients traités dans un établissement de soins privé

Le Portugal connaît un système de responsabilité civile (médicale) complexe avec différents tribunaux compétents et différentes lois applicables. Cela implique que des régimes très différents réglementent une activité matériellement similaire : la prestation de soins de santé.

En cas d'actes médicaux accomplis dans des cliniques ou hôpitaux publics, l'on applique exclusivement le régime de la responsabilité délictuelle (art. 483 C. civ.). Dans le cas d'actes médicaux accomplis dans des établissements de soin privés (cliniques ou des hôpitaux privés), l'on applique en principe le régime de la responsabilité civile contractuelle (art. 798 C. civ.)<sup>1</sup>. À titre exceptionnel, le régime de la responsabilité civile délictuelle peut être exclusivement appliqué, mais seulement en ce qui concerne la responsabilité des médecins pour les actes accomplis dans les cliniques ou hôpitaux privés, à condition que le contrat de soin ait été conclu avec la clinique.

Dans les cas de responsabilité civile médicale pour des actes commis dans des établissements de santé privés, il y a généralement une situation de concours de responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle. La jurisprudence de la Cour suprême<sup>2</sup> se positionne en faveur du régime de la responsabilité civile contractuelle, sur la base de deux arguments principaux. D'une part, le régime de la responsabilité contractuelle prévaut parce qu'il est davantage ancré dans l'autonomie de la volonté des parties, contrairement au régime de la responsabilité extracontractuelle (qui fait abstraction de tout rapport préalable entre l'agent et la victime). D'autre part, le régime de la responsabilité civile contractuelle est, en règle générale, plus favorable à la victime, et cela pour deux raisons : la première est que la présomption de faute du débiteur (art. 799, § 1<sup>er</sup>, C. civ.) est inapplicable en matière extracontractuelle ; la seconde tient au délai de prescription qui est de 20 ans dans le cadre de la responsabilité contractuelle (art. 309), et de 3 ans en matière extracontractuelle (art. 498, § 1<sup>er</sup>).

1 Le contrat de prestations de services médicaux est un contrat atypique, car il n'a pas sa propre réglementation juridique, mais il s'agit d'un « contrat socialement typique » inséré dans la large catégorie des « contrats de prestations de service » (art. 1154 C. civ.).

2 Arrêts du 1<sup>er</sup> octobre 2015, proc. n° 2104/05.4TBPVZ.P1.S1, du 2 juin 2015, proc. n° 1263/06.3TVPRT.P1.S1, du 11 juin 2013, proc. n° 544/10.6TBSTS.P1.S1, du 15 décembre 2011, proc. n° 209/06.3TVPRT.P1.S1, du 15 septembre 2011, proc. n° 674/2001.P1.S1, du 17 décembre 2009, proc. n° 544/09.9YFLSB, tous sur [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

La responsabilité civile de l'hôpital pour le fait de ses auxiliaires (médecins, infirmiers et autres) est régie par l'article 800, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Code civil, disposition centrale de la responsabilité pour le fait d'autrui dans le domaine contractuel. Conformément à ladite disposition, « le débiteur est responsable des actes [...] des personnes qu'il utilise pour l'exécution de l'obligation, comme si ces actes étaient commis par le débiteur lui-même ». Il convient de souligner que, contrairement à ce qui est prévu dans le régime de responsabilité civile extracontractuelle de l'article 500 du Code civil, l'article 800 du Code civil s'applique aux faits des auxiliaires de l'établissement de santé privé, qu'ils soient liés à ce dernier par un contrat de travail ou non<sup>3</sup>.

*Mécanismes d'indemnisation/de réparation qui peuvent être mobilisés dans les différents systèmes juridiques : responsabilité ou autre ?*

La responsabilité civile médicale se divise en deux pôles : la responsabilité pour faute/négligence, basée sur le manquement aux données acquises de la science (violation des *leges artis*) et la responsabilité pour violation du consentement ou pour consentement invalide. Dans les deux cas, et qu'il s'agisse de responsabilité extracontractuelle (art. 483 C. civ.) ou contractuelle (art. 798 C. civ.), pour qu'il y ait obligation d'indemnisation des dommages patrimoniaux et non patrimoniaux subis par le patient, il est nécessaire que les conditions suivantes soient remplies : un fait posé consciemment, un acte illicite constitutif d'une faute, un dommage et un lien de causalité entre le fait le dommage.

Dans le cas de la responsabilité civile pour contamination des patients traités dans un établissement de santé privé, cette responsabilité, comme nous l'avons déjà mentionné, est généralement contractuelle. Elle n'a, par ailleurs, pas été exclue pendant la période d'urgence sanitaire réglée par la loi n° 44/86 du 30 septembre 1986 (modifiée par la loi organique n° 1/2012 du 11 mai 2012).

La pandémie de la Covid-19 a mis le droit de la responsabilité civile à l'épreuve, tant sur la question de la qualification et de la preuve de l'infection nosocomiale (la période d'incubation de la Covid-19 étant variable selon les variants, la date de la contamination sera donc importante) que sur celle de la détermination d'une faute de l'établissement de santé privé.

La relation entre l'établissement de santé privé et le patient se présente comme une relation contractuelle (contrat de prestation de services médicaux). Il est en outre possible d'avoir également un lien contractuel entre le patient et le médecin lui-même, dans le cas où le second aurait été personnellement choisi par le premier. Ces relations doivent être considérées comme des

3 Voy. N. M. PINTO OLIVEIRA, *Ilicitude e Culpa na Responsabilidade Médica, (I) Materiais para o Direito da Saúde*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico / Instituto Jurídico - Faculdade de Direito Universidade de Coimbra, 2019.

relations obligatoires « complexes » dans le sens que, en plus des obligations principales de prestation de soins, il existe des obligations secondaires de soin et des obligations accessoires de sécurité qui ont « une fonction auxiliaire dans la réalisation positive des obligations contractuelles de sécurité de la personne ou des biens de l'autre partie contre les risques de dommages concomitants ». La violation de toute obligation faisant partie de la relation obligatoire constitue une faute et peut entraîner une obligation d'indemnisation.

Le fait dommageable résultant de la violation d'une obligation accessoire de sécurité procède d'une situation de non-exécution fautive du contrat de prestation de services médicaux. Cela se traduit par la contraction d'une infection à la Covid-19 qui aurait pu être évitée avec l'administration des soins appropriés. Pendant la pandémie, le ministère de la Santé, par l'intermédiaire de la Direction générale de la Santé, a publié des directives pour la prévention et le contrôle des infections dans les établissements de santé, y compris des mesures de protection pour le personnel et la gestion des patients infectés, dans le but de prévenir la propagation de la Covid-19. Ces directives peuvent être utilisées comme référence pour évaluer la violation de l'obligation accessoire de sécurité et la responsabilité civile en cas de contamination de patients hospitalisés dans des établissements de santé privés.

Le régime global applicable à la responsabilité contractuelle doit s'appliquer, pour autant que l'on prouve que la contamination par la Covid-19 s'est produite pendant et à cause de l'exécution du contrat, et que la faute résulte de la violation d'une obligation accessoire de sécurité. Dans ce cas, et conformément à l'article 799, paragraphe 1<sup>er</sup>, la faute du débiteur (de l'établissement de santé privé) est présumée. La charge de la preuve incombe dès lors à celui-ci, qui doit prouver qu'il n'a pas commis de faute, c'est-à-dire qu'il a adopté les mesures légalement exigées et appropriées pour prévenir les infections nosocomiales, notamment la contamination par la Covid-19.

Pour que l'établissement de santé privé soit considéré comme civilement responsable, il est également nécessaire que le patient ait subi un dommage résultant de la contamination, tel qu'une maladie plus grave ou même le décès.

Cependant, engager la responsabilité civile de l'établissement de santé peut être complexe dans les cas où, bien que la violation d'une obligation accessoire de sécurité soit établie, l'imputation de la faute à l'agent spécifique fait défaut. Les choses sont bien différentes s'agissant de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État et des autres entités publiques, consacrée par la loi n° 67/2007 du 31 décembre 2007 : ce régime protège la victime en cas de défaut d'organisation du service, consacrant ainsi une *responsabilité directe* de l'Administration sans qu'il soit nécessaire d'établir la responsabilité des titulaires d'organes ou d'agents déterminés. S'agissant en revanche de la responsabilité civile pour les actes commis dans des établissements de santé privés, il n'y a pas de présomption de responsabilité civile pour défaut d'organisation du service. En absence d'une disposition légale explicite qui protégerait la victime

dans toutes les situations de dommage anonyme, il est difficile d'imputer ces cas à l'établissement de santé responsable de l'organisation et du fonctionnement des services.

Il serait donc souhaitable d'avancer vers une logique collective de responsabilité permettant de responsabiliser l'établissement de santé privé pour des faits ou des omissions dont il n'est pas juste que le patient subisse les conséquences. La consécration explicite d'une prévision de responsabilité pour défaut d'organisation du service aurait l'avantage d'accentuer la fonction réparatrice de la responsabilité civile dans le sens de l'objectivation et de promouvoir la protection de la victime.

## **II. Quel juge serait amené à statuer sur les actions en responsabilité ?**

En cas d'actes médicaux effectués dans des cliniques ou hôpitaux publics, les tribunaux administratifs sont compétents et le régime applicable est prévu dans la loi 67/2007 du 31 décembre 2007. La responsabilité « principale » incombe à l'établissement public, qui dispose d'un droit de recours contre le professionnel qui a pratiqué l'acte, mais seulement si celui-ci a agi avec dol ou négligence grossière.

Lorsqu'il est question de la responsabilité civile des établissements de santé privés, les tribunaux judiciaires sont compétents. On applique alors le régime prévu dans le Code civil : la responsabilité incombe au professionnel de santé et à l'établissement de santé, tous deux tenus solidairement.

## **III. Responsabilité civile pour contamination du personnel dans un établissement de soins privé**

La responsabilité civile de l'établissement de santé privé pour contamination d'un membre de son personnel peut être engagée en cas d'absence de mesures de protection adéquates ou de négligence dans la prise en charge des patients infectés.

Jusqu'à présent, il n'y a aucune trace de poursuites contre des établissements de santé privés au Portugal, liées à la contamination du personnel pendant la pandémie de la Covid-19.

Il convient en outre de rappeler que le ministère portugais de la Santé a publié des directives pour la prévention et le contrôle des infections dans les établissements de santé, y compris des mesures de protection pour le personnel et la gestion des patients infectés. Ces lignes directrices visent à prévenir la propagation de la Covid-19 et peuvent servir de référence pour évaluer la responsabilité civile en cas de contamination du personnel des établissements de santé privés.

#### IV. Méthodes particulières de réparation

Au Portugal, il existe des méthodes particulières de réparation pour les cas de responsabilité civile médicale.

Tout d'abord, les parties impliquées peuvent opter pour une résolution amiable du conflit, par l'intermédiaire de procédures de médiation ou de conciliation. Ces procédures sont encouragées par le système judiciaire portugais et peuvent être utilisées pour régler les conflits de manière rapide et efficace, sans avoir à passer par un procès long et coûteux.

En outre, il y a un régime spécial d'assurance de responsabilité des établissements de santé privés, en ce compris des cabinets médicaux et des cliniques, et/ou d'assurance de responsabilité des professionnels de santé exerçant leur activité dans des établissements privés. Le DL n° 279/09, du 6 octobre 2009 et le DL n° 127/2014, du 22 août 2014 énoncent les conditions de fonctionnement des établissements de santé privés. Les cliniques médicales sont tenues de contracter une assurance couvrant les risques inhérents à leur activité et d'exiger de leurs préposés qu'ils contractent une assurance de responsabilité civile professionnelle valable. Les cabinets médicaux ne sont, en revanche, pas tenus de souscrire une assurance couvrant les risques inhérents à leur activité : en ce qui les concerne, seule l'assurance de responsabilité civile professionnelle des médecins est requise. Les risques de contamination étant inhérents à l'activité des établissements de santé, la plupart des cas de contamination seront donc couverts par des assurances obligatoires.

Enfin, il existe également un fonds d'indemnisation pour les victimes de dommages corporels causés par des tiers sans assurance. Bien que ce fonds ne soit pas spécifiquement conçu pour les cas de responsabilité civile médicale, il peut être utilisé dans certaines circonstances pour fournir une indemnisation aux victimes de dommages corporels.



**Chapitre 8.**  
**La responsabilité civile**  
**des établissements de santé privés**  
**Rapport tchèque**

---

**Nicole GRMELOVÁ**

*Professeur associé de l'Université d'Économie de Prague*

## Introduction

Le présent texte est basé sur l'hypothèse que le patient a été infecté par le virus Covid-19 au cours de son hospitalisation. Il s'agit donc d'un cas d'infection dite nosocomiale.

Les infections nosocomiales sont des maladies infectieuses qui surviennent à la suite de l'admission de patients à l'hôpital. Cela inclut les infections qui se manifestent après la sortie du patient et exclut les maladies pour lesquelles le patient a été admis à l'hôpital. Les infections nosocomiales ont un impact négatif sur les soins de santé, entraînant des hospitalisations prolongées, des coûts de traitement accrus et une mortalité plus élevée. Il est donc impératif que tous les professionnels de la santé sachent comment prévenir ces infections<sup>1</sup>.

Les infections nosocomiales sont traitées dans la loi sur la protection de la santé publique<sup>2</sup>. Elle définit notamment l'obligation pour les prestataires de services de santé de prendre des mesures d'hygiène et de lutte contre les épidémies afin de prévenir l'apparition et la propagation des infections nosocomiales. Ces mesures sont définies dans les règles de fonctionnement du prestataire de soins. Si une maladie est détectée, le prestataire est alors tenu de prendre des mesures « anti-épidémie » immédiates pour identifier la source de la maladie, les moyens de sa propagation, pour empêcher sa propagation et pour traiter les personnes infectées et suspectes. Il doit également tenir un registre de toute infection nosocomiale et fournir des informations à l'autorité de santé publique compétente sur demande.

Dans le cas des infections nosocomiales, le prestataire de soins est exonéré de toute responsabilité s'il peut prouver qu'il a pris toutes les précautions raisonnablement exigibles et qu'il a mis en place et applique de manière cohérente un système de mesures d'hygiène et de lutte contre les épidémies visant à réduire au minimum le risque d'infection<sup>3</sup>.

Les infections nosocomiales ne peuvent malheureusement pas être totalement évitées dans le cadre des soins de santé. Cependant, en prenant une série de mesures au niveau central et dans chaque hôpital, il est possible de réduire leur nombre jusqu'à 50 %. Bien que certaines de ces mesures soient appliquées en République tchèque, il existe des lacunes importantes dans nombre d'entre elles. Il s'agit notamment de l'hygiène des mains, du faible nombre de spécialistes chargés de la prévention et du contrôle des infections dans les hôpitaux et du nombre minimal de chambres d'isolement<sup>4</sup>.

1 Voy. R. MAĐAR, *Prevence nozokomiálních nákaz v klinické praxi* [Prévention des infections nosocomiales dans la pratique clinique], Prague, Grada, 2006.

2 Zákon č. 258/2000 Sb. Zákon o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů [Loi n° 258/2000 JO. Loi relative à la protection de la santé publique et à la modification de certaines lois connexes].

3 Voy. P. ŠUSTEK *et al.*, *Zdravotnické právo* [Droit de la santé], Prague, Wolters Kluwer ČR, 2016, p. 307.

4 Voy. M. KOUBOVÁ, « Nemocniční infekce? Na zanedbávání preventivních opatření může díky trestní odpovědnosti právnických osob doplatit i vedení nemocnic » [« Une infection nosocomiale ?

Selon une étude de prévalence ponctuelle réalisée en 2017 dans 45 hôpitaux tchèques, l'incidence des infections nosocomiales est de 6,7 %, ce qui est très proche de la moyenne européenne de 6,5 %. Par rapport à d'autres pays, une grande proportion de patients gravement malades en soins intensifs, qui courent un risque beaucoup plus élevé de contracter une infection nosocomiale, a été incluse dans l'étude<sup>5</sup>.

L'hygiène des mains est une mesure préventive essentielle pour les infections nosocomiales. Cependant, alors que l'Organisation mondiale de la santé recommande un minimum absolu de 20 litres de désinfectant pour les mains pour 1000 jours de traitement<sup>6</sup>, en République tchèque, cette consommation était de 14,7 litres en 2018. Et si l'on regarde le nombre de chambres pour l'isolement de la transmission par voie aérienne, la République tchèque se retrouve, avec la Croatie ou la Serbie, dans la pire catégorie avec moins de deux pour mille lits<sup>7</sup>.

## I. La responsabilité des prestataires de soins de santé privés

Dans le système juridique tchèque, la responsabilité des prestataires de soins de santé publics et privés est identique, de sorte qu'il n'y a pas de différence en termes d'étendue de la responsabilité selon que l'infection s'est produite dans un établissement de soins de santé privé ou public.

En 1992, la loi sur les soins de santé dans les établissements de santé non étatiques a été adoptée<sup>8</sup>, qui a réglementé également l'assurance obligatoire de ces prestataires de soins de santé de la manière suivante :

### *Assurance responsabilité civile*

#### *Article 15*

*Si l'exploitant d'un établissement de santé non étatique emploie au moins un salarié, il est tenu de souscrire une assurance responsabilité contractuelle pour les dommages subis par ses salariés dans l'exercice de leurs fonctions ou en relation directe avec celles-ci, et dont l'exploitant est responsable. L'exploitant d'un établissement non étatique doit*

La direction d'un hôpital peut également payer le prix de la négligence des mesures préventives grâce à la responsabilité pénale des personnes morales », in *Zdravotnický deník*, 25 octobre 2019, <https://www.zdravotnickydenik.cz/2019/10/nemocnicni-infekce-zanedbavani-preventivnich-opatreni-muze-diky-trestni-odpovednosti-pravnicky-ch-osob-doplatit-i-vedeni-nemocnic/>.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> World Health Organization, *Guidelines on hand hygiene in health care*, WHO/IER/PSP/2009/01, 15 janvier 2009, <https://www.who.int/publications/i/item/9789241597906>.

<sup>7</sup> M. KOUBOVÁ, « Nemocniční infekce? Na zanedbávání preventivních opatření může díky trestní odpovědnosti právnických osob doplatit i vedení nemocnic » [« Une infection nosocomiale ? La direction d'un hôpital peut également payer le prix de la négligence des mesures préventives grâce à la responsabilité pénale des personnes morales »], *op. cit.*

<sup>8</sup> Zákon č. 160/1992 Sb. Zákon České národní rady o zdravotní péči v nestátních zdravotnických zařízeních [Loi n° 160/1992 JO. Loi du Conseil national tchèque sur les soins de santé dans les établissements de santé non publics].

*toujours souscrire une assurance contractuelle de sorte que le contrat d'assurance prenne effet à la date de la relation de travail.*

#### Article 16

*L'exploitant d'un établissement non étatique est tenu de conclure un contrat avec une compagnie d'assurance opérant sur le territoire de la République tchèque pour l'assurance de la responsabilité pour les dommages causés aux citoyens dans le cadre de la fourniture de soins de santé avant de commencer ses activités. Cette assurance doit durer pendant toute la période au cours de laquelle l'exploitant de l'établissement non étatique fournit des soins de santé.*

Cette loi a été abrogée avec effet au 1<sup>er</sup> avril 2012 et remplacée par la loi sur les services de santé et les conditions de leur fourniture (loi sur les services de santé)<sup>9</sup>. La loi sur les services de santé définit un prestataire de services de santé comme une personne physique ou morale autorisée à fournir des services de santé en vertu de cette loi. La décision d'accorder l'autorisation de fournir des services de santé est prise par l'autorité régionale dans la circonscription administrative dans laquelle se trouve l'établissement de santé dans lequel les services de santé doivent être fournis<sup>10</sup>.

L'article 16 de la loi sur les services de santé définit les conditions d'octroi de l'autorisation de fournir des services de santé, l'article 17 définit les obstacles à l'octroi de l'autorisation de fournir des services de santé, l'article 18 contient une liste des informations qui doivent être incluses dans la demande d'autorisation de fournir des services de santé et l'article 19 spécifie la procédure de décision d'octroi de l'autorisation de fournir des services de santé. L'autorité administrative compétente suspend ou retire l'autorisation de fournir des services de santé si le prestataire n'est pas assuré en responsabilité pour les dommages causés dans le cadre de la prestation de services de santé<sup>11</sup>.

Dans le système juridique tchèque, la responsabilité pour les dommages corporels est régie par le Code civil, loi n° 89/2012 Recueil de lois. Pour les dommages corporels, la partie lésée a droit à la fois à une indemnisation pour les dommages matériels et à une indemnisation pour les dommages moraux. En ce qui concerne l'indemnisation des dommages matériels, le système juridique tchèque est basé sur l'indemnisation des pertes subies et les gains manqués. En ce qui concerne l'indemnisation du préjudice moral, on indemnise la douleur et la souffrance, la perte de statut social et d'autres préjudices non pécuniaires.

9 Zákon č. 372/2011 Sb. Zákon o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování (zákon o zdravotních službách) [Loi n° 372/2011 JO. Loi sur les services de santé et les conditions de leur fourniture (loi sur les services de santé)].

10 Art. 15 loi sur les services de santé.

11 Art. 24 loi sur les services de santé.

## A) Conditions préalables à la responsabilité pour dommages

La condition préalable à l'obligation de verser des dommages-intérêts est l'acte illicite de l'auteur de l'infraction, qui consiste en la violation d'une obligation légale, la survenance d'un dommage ayant un lien de causalité avec l'acte illicite et, enfin, la présence d'une faute.

Il y a *violation d'une obligation légale* dans le secteur des soins de santé lorsque la procédure de traitement n'est pas conforme aux connaissances actuelles de la science médicale. Il s'agit donc d'une procédure d'un médecin ou des services médicaux qui est qualifiée de *non lege artis*. Par exemple, un patient hospitalisé est infecté par la Covid-19 parce que le personnel n'a pas utilisé les draps/respirateurs prescrits ou le désinfectant prescrit. Le niveau professionnel approprié des soins de santé est également défini dans la loi sur les services de santé, qui définit le concept de *lege artis medicinae*, c'est-à-dire l'obligation de fournir des soins au niveau des connaissances et des procédures disponibles offertes par la science médicale à un moment donné<sup>12</sup>.

Pour définir la violation d'une obligation légale, la définition de la *lege artis* s'est jusqu'à présent appuyée davantage sur la jurisprudence, la littérature et la science juridique. Selon l'arrêt de la Cour suprême de la République tchèque<sup>13</sup>, l'évaluation de la *lege artis* doit également tenir compte du contexte temporel et des conditions dans lesquelles l'acte médical a eu lieu, ainsi que des risques encourus. Le comportement du médecin doit être évalué *ex ante*, c'est-à-dire sur la base des informations et des options dont disposait le médecin au moment de sa décision<sup>14</sup>.

La causalité (*lien de causalité*) exige que l'acte illicite soit le facteur causal (la cause) de la dégradation de la santé, c'est-à-dire que la dégradation de la santé n'aurait pas eu lieu sans la cause (faute médicale). Il est tellement difficile pour la partie lésée de prouver le lien de causalité que la jurisprudence a tendance à assouplir cette exigence très stricte. La Cour constitutionnelle de la République tchèque a qualifié d'irréaliste l'exigence d'une preuve à cent pour cent d'un lien de causalité objectif, car elle est irréalisable et insoutenable<sup>15</sup>. Prouver que c'est l'omission qui crée un rapport ininterrompu avec la conséquence dommageable est essentiellement impossible. La notion de lien de causalité n'est définie d'aucune manière en droit tchèque. Cela permet aux tribunaux de reconsidérer l'exigence d'un lien de causalité prouvé à cent pour cent et l'adoption d'une interprétation plus adéquate et réaliste de « causer des dommages » qui compenserait la position plus faible des victimes<sup>16</sup>.

12 J. SVEJKOVSKÝ *et al.*, *Zdravotnictví a právo [La santé et le droit]*, Prague, C.H. Beck, 2016, p. 317.

13 Cour suprême de la République tchèque, aff. n° NS 25 Cdo 2221/2011, C13633.

14 Cour suprême de la République tchèque, aff. n° NS 7 Tdo 219/2005, T784.

15 Cour constitutionnelle de la République tchèque, résolution I.ÚS 1919/08, Réc. ÚS 10/2008.

16 J. SVEJKOVSKÝ *et al.*, *Zdravotnictví a právo [La santé et le droit]*, *op. cit.*, p. 323.

Dans la pratique médicale, il est assez fréquent que plusieurs causes pertinentes agissent simultanément. Par exemple, il est très peu probable qu'une personne par ailleurs en bonne santé meure uniquement de la maladie de la Covid-19. Dans un tel cas, il convient de tenir compte de l'étendue de l'influence des causes individuelles et de l'immédiateté de leur action par rapport au résultat en question. Dans ce contexte, on parle de gradation de la causalité<sup>17</sup>.

Les *dommages matériels* sont indemnisés en argent (ce que l'on appelle la restitution relative). Le volume de l'indemnisation est défini à l'article 2952 du Code civil. Le dommage réel (*damnum emergens*) est défini comme une réduction des biens de la partie lésée par rapport à l'état antérieur à l'événement dommageable, qui nécessite la dépense de valeurs patrimoniales pour rétablir le bien dans son état antérieur. Le gain manqué (*lucrum cessans*) est le dommage consistant dans le fait que les valeurs patrimoniales de la personne lésée ne se multiplient pas à la suite de l'événement dommageable, alors qu'on aurait pu s'y attendre dans le cours normal des choses. Ainsi, le manque à gagner ne se manifeste pas par une diminution du patrimoine de la personne lésée, mais par une perte du bénéfice escompté et par le fait que le patrimoine ne s'accroît pas, alors qu'il aurait dû le faire dans le cours normal des choses.

Dans le cas d'un dommage matériel, la demande pécuniaire typique est la perte de revenus, le coût des soins médicaux et, en cas de décès de la victime, le coût de l'entretien des survivants et le coût des funérailles.

En ce qui concerne la perte de revenus, une distinction est faite entre la perte de revenus pendant l'incapacité de travail, lorsque la personne blessée n'est plus impliquée dans son travail antérieur, et après la fin de l'incapacité de travail, lorsqu'il peut y avoir une réduction de la capacité de travail causée par des effets sur la santé et l'impact qui en résulte sur un éventuel travail futur. Dans les deux cas, la perte de revenus est couverte par une pension en espèces. Aux fins du calcul de la perte de revenus, les revenus de l'emploi antérieurs à l'incapacité de travail sont exprimés en termes de ce que l'on appelle le revenu moyen en vertu du droit du travail. Le droit à l'indemnisation pour perte de revenus est également ouvert aux personnes qui se préparent à exercer une activité rémunérée (études, scolarité, autres formes de formation professionnelle).

Outre les dommages pécuniaires susmentionnés, la victime a également droit à une indemnisation pour les *dommages non pécuniaires*.

En vertu de l'article 2958 du Code civil, en cas de préjudice corporel, l'auteur du préjudice indemnise la partie lésée en lui accordant une compensation monétaire qui compense entièrement la douleur subie et les autres dommages non pécuniaires. Si la détérioration de la santé a causé un obstacle

17 J. ŠVESTKA et al., *Občanský zákoník. Komentář. I. a II. svazek. 2. vydání* [Code civil. Commentaire. Volumes I et II, 2<sup>e</sup> éd.], Prague, C.H. Beck, 2009, p. 1206.

à un avenir meilleur pour la partie lésée, celle-ci doit également l'indemniser pour la mobilité sociale réduite. Le Code civil distingue donc trois types de prétentions en dommages-intérêts non pécuniaires, à savoir :

- (a) la douleur ;
- (b) la mobilité sociale réduite ;
- (c) les autres dommages non pécuniaires.

Ces trois prétentions sont directement liées à la personne lésée et s'éteignent donc à son décès. Ces prétentions ne sont soumises à la succession que si elles ont été reconnues comme une dette ou si elles ont été revendiquées devant un tribunal<sup>18</sup>. D'un point de vue procédural, une décision d'un tribunal sur le *pretium doloris* ne constitue pas une litispendance ou une *res iudicata* pour une décision d'un tribunal sur les difficultés du statut social.

### 1) Douleur

Il s'agit de réparer la douleur physique. Le montant de la réparation de la douleur doit être adapté aux circonstances spécifiques de la personne lésée et à la jurisprudence constante des tribunaux, conformément à l'article 10 du Code civil.

### 2) Indemnité pour mobilité sociale réduite

Il s'agit de réparer une certaine limitation des possibilités d'épanouissement de la victime dans la sphère de la vie familiale, culturelle, sociale ou sportive. Il s'agit d'une compensation pour le fait que la vie de la personne malade est moins satisfaisante à la suite de la maladie qu'elle ne l'était avant la maladie. Il s'agit d'une appréciation de l'empêchement d'un avenir meilleur. L'évaluation doit être effectuée une fois que l'état de santé de la personne malade s'est relativement stabilisé. Cette période est généralement d'un an, mais des périodes plus longues, comme deux ans, peuvent être envisagées (il existe des cas documentés d'une « longue Covid » au cours de laquelle l'état de santé de la victime s'est modifié). L'âge de la victime doit également être pris en compte.

### 3) Autres dommages non pécuniaires (angoisse)

Les autres dommages non pécuniaires servent à compenser les dommages psychologiques conformément à l'article 2956 du Code civil. L'objectif de l'indemnisation des autres dommages non pécuniaires est de compenser ce qui n'a pas pu être couvert par l'indemnisation de la douleur et de la souffrance ou de la mobilité sociale réduite. Parmi les exemples de détresse mentale spécifique

18 Voy. Cour suprême de la République tchèque, aff. n° NS 25 Cdo 3556/2016. Voy. aussi J. HRÁDEK, *Občanský zákoník: Komentář, Svazek VI [Code civil : commentaires, volume VI]*, Commentaire à l'article 2894, Base de données ASPI, 2021.

associée à un dommage corporel, on peut citer la peur de mourir, l'anxiété pendant le traitement (concernant l'évolution future du traitement, la crainte de complications ou d'une nouvelle intervention chirurgicale), l'inquiétude quant à l'avenir, le choc provoqué par le dommage, la séparation avec la famille pendant un long séjour à l'hôpital, etc.<sup>19</sup>.

## B) Détermination du montant de l'indemnisation

L'objectif de l'indemnisation monétaire n'est pas d'obtenir une réparation, mais une compensation. Pour déterminer la compensation monétaire, les tribunaux peuvent s'appuyer sur la méthodologie développée par la Cour suprême de la République tchèque en coopération avec la Société pour le Droit Médical tchèque. La méthodologie a été recommandée aux juges par le Collegium civil et commercial de la Cour suprême de la République tchèque le 12 mars 2014. L'importance de la méthodologie a été renforcée par sa publication dans le Recueil des décisions et avis de la Cour (bien qu'il ne s'agisse pas d'une décision de justice ou d'un avis unificateur de la Cour) sous le numéro de dossier Rc 6302014. La méthodologie s'applique au calcul du *pretium doloris* et à la détermination du montant de l'indemnité pour la mobilité sociale réduite. La méthodologie ne s'applique donc pas à la détermination de l'indemnisation des autres préjudices moraux. La méthodologie se compose de quatre parties : le préambule (introduction, explication générale), l'aperçu de la douleur (scores de douleur), l'activité et la participation (à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2016, on applique la classification internationale à trois niveaux des capacités fonctionnelles, du handicap et de la santé) et la partie technique (élaboration des évaluations et qualification des experts)<sup>20</sup>.

En ce qui concerne le calcul de la douleur et de la souffrance, la méthodologie attribue un score (d'un point à 2.400 points) à chaque dommage corporel. La valeur du point est calculée à partir d'un pour cent du salaire nominal mensuel brut par tête de l'économie nationale pour l'année civile précédant l'année au cours de laquelle la demande d'indemnisation a été formulée, c'est-à-dire la douleur. La valeur du point en 2022 était de 378,39 CZK (équivalent à environ 8 euros).

Le montant de l'indemnisation peut être ajusté par le médecin évaluateur en fonction de la complication de l'état de santé si l'évaluation de base ne reflète pas correctement la gravité des dommages. On distingue les niveaux de complication suivants : 1) complication légère (jusqu'à 5 %) nécessitant un

19 H. JANDOVÁ, « Tečka nebo otazník za dvoukolejnou právní úpravou náhrady nemajetkové újmy na zdraví v českém právním řádu » [« Point ou point d'interrogation derrière : la double réglementation juridique de l'indemnisation des dommages non pécuniaires à la santé dans le système juridique tchèque »], in *Zborník z mezinárodnej vedeckej konferencie Bratislava: Bratislavské právnické fórum*, Bratislava, 2022, p. 11.

20 J. SVEJKOVSKÝ *et al.*, *Zdravotníctví a právo [La santé et le droit]*, op. cit., pp. 366-367.

traitement à court terme, ne prolongeant pas le traitement du diagnostic sous-jacent ; 2) complication modérée (jusqu'à 10 %) nécessitant un traitement à long terme et une nouvelle intervention chirurgicale ; 3) complication grave (jusqu'à 15 %) nécessitant un traitement intensif, de multiples opérations ; et 4) complication sévère (jusqu'à 20 %) mettant sérieusement en jeu le pronostic vital (par exemple, défaillance d'un organe)<sup>21</sup>.

La méthode de calcul de l'indemnisation pour la mobilité sociale réduite est basée sur la classification internationale des capacités de fonctionnement, du handicap et de la santé de l'Organisation mondiale de la santé. Cette classification est accessible au public sur le site web du Ministère du travail et des affaires sociales de la République tchèque<sup>22</sup>. Selon cette classification, les déficiences ne sont pas évaluées sur la base d'un diagnostic, mais en fonction des structures et des fonctions physiques et de leur impact sur les activités normales de la vie d'un individu donné. Il s'ensuit que deux personnes ayant le même diagnostic peuvent avoir des limitations fonctionnelles différentes. Le calcul de la compensation du handicap n'est donc pas basé sur un score mais sur un pourcentage de perte d'opportunités de vie (avenir meilleur) allant de zéro à 100 pour cent pour chaque item individuel dans neuf domaines de la vie sociale (apprentissage et application des connaissances, tâches et exigences générales, communication, mobilité, soins personnels, vie à domicile, comportement et relations interpersonnelles, principaux domaines de la vie et de la communauté, vie sociale et civique). Chaque poste représente 11,1 %. L'application de la méthodologie aux enfants est très problématique, étant donné que leur état actuel peut ne pas être significatif et que certains signes vitaux ne peuvent pas être évalués du tout (par exemple, l'autosuffisance économique).

Certains auteurs suggèrent une révision de la méthodologie sous la forme de tests effectués dans un environnement de laboratoire qui évalueraient les composantes physiques individuelles, le FCE (Functional Capacity Evaluation). Cela permettrait d'examiner la capacité de travail dans les activités qui sont les composantes les plus fréquentes du travail physique (soulever, se tenir debout, marcher, etc.). Ces activités seraient ensuite évaluées par rapport à des tâches prescrites conformément à des critères biomécaniques bien établis<sup>23</sup>.

21 *Ibid.*, p. 368.

22 En tchèque : Ministerstvo práce a sociálních věcí ([www.mpsv.cz](http://www.mpsv.cz)).

23 H. JANDOVÁ, « Tečka nebo otazník za dvoukolejnou právní úpravou náhrady nemajetkové újmy na zdraví v českém právním řádu » [« Point ou point d'interrogation derrière : la double réglementation juridique de l'indemnisation des dommages non pécuniaires à la santé dans le système juridique tchèque »], *op. cit.*, p. 17.

## II. Compétence de la Cour

En première instance, le tribunal de district (ou selon la terminologie utilisée dans l'Atlas judiciaire européen, le tribunal d'arrondissement), le niveau le plus bas possible des tribunaux généraux dans le système judiciaire tchèque, est compétent pour connaître de la demande d'indemnisation. L'ordre des juridictions ordinaires repose sur les quatre piliers suivants : les tribunaux d'arrondissement, les cours régionales, les cours supérieures et la Cour suprême et la Cour administrative suprême<sup>24</sup>.

Le défendeur est généralement un prestataire de soins de santé. Les notions de médecin et de prestataire de soins de santé peuvent se confondre (par exemple, dans le cas d'un praticien exerçant seul). Toutefois, si l'exploitant de l'établissement de soins est une personne autre que le médecin lui-même, cette personne, c'est-à-dire, par exemple, une société, est responsable envers le patient de tout acte répréhensible lié à la prestation de soins de santé. Un professionnel de santé particulier qui a une relation de travail avec l'exploitant de l'établissement de santé peut être tenu responsable vis-à-vis de son employeur en vertu du droit du travail si son comportement constitue un dépassement substantiel du cadre de son emploi<sup>25</sup>.

La demande d'indemnisation doit être introduite avant l'expiration du délai de prescription. Le Code civil fixe la durée générale du délai de prescription à trois ans<sup>26</sup>. En ce qui concerne l'indemnisation des dommages pécuniaires et non pécuniaires, il s'agit d'un délai de prescription subjectif, dont le début est basé sur le moment où la partie lésée a pris connaissance du dommage. Le point de départ du délai de prescription est différent selon qu'il s'agit d'un préjudice moral ou d'un préjudice d'agrément. Dans le cas de la douleur et de la souffrance, le délai de prescription commence à courir au moment où la douleur est ressentie. Dans le cas d'une réduction de la mobilité sociale, le délai de prescription commence à courir à partir du moment où les conséquences permanentes du préjudice peuvent être objectivement évaluées, c'est-à-dire lorsque l'état de santé de la personne lésée s'est stabilisé.

Le Code civil prévoit également un délai de prescription contractuelle différent<sup>27</sup>. En cas de la réduction de la mobilité sociale, ce délai ne peut être inférieur au délai de prescription général de trois ans. Le défendeur décide de l'exception de prescription. Le juge ne tient pas compte de la prescription d'office. Si le défendeur ne soulève pas d'exception de prescription, le juge fait droit à l'action et accorde au demandeur le droit qu'il fait valoir. Si le défendeur soulève une exception de prescription, la prétention devient inapplicable

24 La Commission européenne, Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, Systèmes judiciaires nationaux, 2022, <https://e-justice.europa.eu/>.

25 P. ŠUSTEK *et al.*, *Zdravotnické právo [Droit de la santé]*, *op. cit.*, p. 298.

26 Art. 629 C. civ.

27 Art. 630 C. civ.

et la juridiction ne peut pas accorder la prétention au demandeur. Par conséquent, la demande est rejetée<sup>28</sup>.

Les délais de prescription sont suspendus en cas de négociations extrajudiciaires entre le créancier et le débiteur, conformément aux dispositions de l'article 647 du Code civil. Le délai de prescription commence à courir après que le créancier ou le débiteur a expressément refusé de poursuivre ces négociations. Si le délai de prescription a déjà commencé à courir, il ne court pas pendant la négociation extrajudiciaire.

### III. Règlement extrajudiciaire des litiges en matière d'indemnisation

Il n'existe pas de statistiques connues relativement à l'ampleur de l'indemnisation extrajudiciaire dans le secteur des soins de santé, mais l'existence de la méthodologie de la Cour suprême utilisée pour calculer le montant de l'indemnisation du préjudice moral crée des conditions propices à son utilisation dans le domaine de la négociation de l'indemnisation extrajudiciaire. Pour la plupart des établissements de santé, le contentieux est une solution de dernier recours<sup>29</sup>. La médiation dans les litiges civils avec indemnisation est régie par les dispositions de la loi sur la médiation<sup>30</sup>, qui a transposé la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale<sup>31</sup>.

## Conclusion

Dans la pratique, il sera très difficile pour les personnes ayant contracté la Covid-19 ou toute autre maladie nosocomiale au cours d'une hospitalisation de supporter la charge de la preuve d'une violation des obligations légales par une réglementation sanitaire. Cela sera pratiquement impossible dans le cas de séjours hospitaliers de courte durée, où la victime peut avoir déjà été infectée par la Covid-19, mais où l'infection ne s'est pas encore manifestée par un test de diagnostic. Étant donné que la partie qui n'obtient pas gain de cause supporte les coûts du litige et les frais de justice de la partie qui obtient gain de cause, il ne faut pas s'attendre à un nombre élevé de demandes

28 J. HURDÍK *et al.*, *Občanské právo hmotné. Obecná část. Absolutní majetková práva [Droit civil matériel. Partie générale. Droits de propriété absolus]*, Pilsen, Aleš Čeněk, 2013, pp. 188-189.

29 E. PASEKOVÁ, « Náhrada za újmu na zdraví se k soudu dostává častěji, částky při odškodnění stoupají » [« Les tribunaux sont saisis plus souvent d'affaires de dommages corporels et les montants des indemnisations augmentent »], *Portail de la justice tchèque*, 2021, <https://www.ceska-justice.cz/2021/03/nahrada-za-ujmu-na-zdravi-se-k-soudu-dostava-casteji-castky-pri-odskodneni-stoupaji/>.

30 Zákon č. 202/2012 Sb. Zákon o mediaci a o změně některých zákonů (zákon o mediaci) [Loi n° 202/2012 JO. Loi sur la médiation et sur les amendements à certaines lois (la loi sur la médiation)].

31 JO, L 165, 18 juin 2013, pp. 63-79.

d'indemnisation pour infection par la Covid-19, même si l'on tient compte de la longueur des délais de prescription.

Au moment de la rédaction (avril 2023), la Covid-19 est considéré comme une maladie respiratoire courante en République tchèque, qui n'a généralement pas d'évolution grave chez les personnes infectées. En ce qui concerne la maladie de la Covid-19, il est plus probable que l'on s'attende à des actions en justice visant à obtenir des dommages et intérêts pour des dommages corporels causés par la vaccination contre la maladie de la Covid-19.

La politique juridique relative aux conditions difficiles d'obtention d'une indemnisation pour une infection nosocomiale est basée sur le fait que ce type d'infection ne peut pas être complètement évité. Si l'indemnisation des infections nosocomiales était facile à obtenir, les prestataires de soins de santé risqueraient de ne pas disposer de ressources suffisantes pour fournir des soins de santé primaires en tant que service public important une fois l'indemnisation versée. Ainsi, la faible probabilité d'obtenir une indemnisation pour une infection nosocomiale représente l'intérêt de l'État à veiller à ce que les prestataires de soins de santé restent motivés pour fournir leurs services et ne soient pas contraints de cesser de le faire pour des raisons économiques.

**Titre 2.**  
**La responsabilité civile des établissements  
d'accueil de personnes âgées  
et/ou dépendantes**

---



**Chapitre 1.**  
**La responsabilité civile des établissements  
d'accueil de personnes âgées  
et/ou dépendantes**  
**Rapport de synthèse**

---

**Ricardo PAZOS\***

*Professeur assistant à l'Universidad Pontificia Comillas, Madrid (ICADE)*

---

\* Ce chapitre a été réalisé dans le cadre du Groupe de recherche de l'Université de León (506) « Derecho Europeo, Historia Jurídica y Organizaciones sociales -EUROHIST.org- », dont l'auteur est collaborateur.

1. Après quelques mois d'incertitude où de nombreux experts et les autorités publiques niaient l'importance du coronavirus, la crise sanitaire éclata dans toute sa crudité, avec des effets catastrophiques sur les personnes et la (presque) totalité des secteurs économiques. Toutes les couches sociales furent affectées d'une manière ou d'une autre, mais l'une des catégories de la population la plus touchée fut celle des personnes âgées et/ou dépendantes. Les taux d'hospitalisation et de mortalité furent spécialement élevés dans cette catégorie, ce qui s'explique, d'une part, par leur vulnérabilité en raison des pathologies sous-jacentes – notamment des problèmes respiratoires – ; et, d'autre part, parce que les contacts étroits avec d'autres personnes telles que leurs soignants et leurs cohabitants étaient très difficiles à éviter<sup>1</sup>. Les conséquences négatives de la pandémie pour les personnes âgées et/ou dépendantes ne s'arrêtaient pas là. Parmi d'autres facteurs qui dégradèrent leurs conditions de vie pendant la crise, on peut mentionner à titre d'illustration le fort isolement expérimenté et la perte de leur liberté de circuler. Dans ce contexte, le rôle des établissements d'accueil pour les personnes âgées et/ou dépendantes ne fut pas sans incidence : leur responsabilité civile peut être engagée du fait de certains comportements et pratiques, sujet auquel cette contribution est consacrée.

2. Ce rapport de synthèse est fondé principalement sur quatre rapports nationaux, remis à l'auteur en mars 2023, faisant part du point de vue de la France, du Portugal, du Québec et de l'Espagne. En raison de la publication à venir de cet ouvrage et du public concerné, il fut convenu que le rapport français servirait de guide quant aux points essentiels à commenter. Bien évidemment, il n'y a pas toujours de correspondance entre les différents droits, et le poids accordé à une question donnée n'est pas le même dans chacun des pays. Mais le plan proposé par la rapporteuse française, repris ici pour la plupart, permet de faire une comparaison débouchant sur une vision d'ensemble.

Deux remarques s'imposent néanmoins. En premier lieu, l'ouvrage collectif n'inclut pas de rapport national espagnol. Les mentions à un tel rapport font référence à un texte provisoire et dépourvu de références doctrinales que Victoria Picatoste, professeure de droit commercial à l'Université de Vigo, nous fit gentiment parvenir. En second lieu, le rapport québécois mentionné est un texte spécifiquement consacré à notre sujet, élaboré par Daniel Gardner, qui n'est pas publié de manière indépendante dans cet ouvrage : la

1 Une telle vulnérabilité particulière fut remarquée déjà par l'*Orden* (arrêté) du ministère de la Santé espagnol SND/265/2020 du 19 mars 2020 sur l'adoption de mesures concernant les résidences pour les personnes âgées et les centres socio-sanitaires, face à la crise sanitaire causée par la Covid-19 (*Bulletin Officiel de l'État*, du 21 mars 2020, n° 78, p. 26499). Quelques jours après, l'arrêté du ministère de la Santé SND/275/2020 du 23 mars 2020 mettant en place des mesures complémentaires d'organisation et d'information dans le domaine des centres de services sociaux à caractère résidentiel, en relation avec la gestion de la crise sanitaire provoquée par la Covid-19 (*Bulletin Officiel de l'État*, du 24 mars 2020, n° 81, p. 26758) évoquait la vulnérabilité particulière « des personnes âgées, des personnes handicapées, ou d'autres usagers d'établissements résidentiels et de centres sociaux d'internement ».

responsabilité des établissements d'accueil est traitée dans un texte plus large qui regroupe toutes les observations de droit québécois sur la responsabilité civile et la crise sanitaire. Par ailleurs, dans le texte québécois consacré aux maisons de repos, l'un des points principaux portait sur l'action collective comme moyen procédural utile dans ce système juridique. Or, ce moyen étant absent des autres droits nationaux, nous faisons un simple renvoi au rapport général québécois<sup>2</sup>.

3. Avant d'en venir au cœur de la contribution, plusieurs aspects sont à exposer pour un meilleur encadrement du sujet.

4. Un premier élément de comparaison est *l'unicité ou la pluralité normative* comme situation de base dans les différents pays. Ceci ne veut pas dire que, parmi les droits nationaux étudiés, il y ait des exemples où un seul texte légal regroupe tout ce qui a trait à la responsabilité civile des établissements d'accueil de personnes âgées et/ou dépendantes. Il s'agit simplement de noter que quelques pays ne se montrent pas trop préoccupés par la dispersion ou la fragmentation normative, tandis que d'autres mettent plus l'accent sur la nécessité de cohérence et structuration.

5. Par exemple, le rapport français met en évidence l'importance du Code de l'action sociale et des familles pour organiser l'accueil des personnes âgées et/ou dépendantes. L'action sociale et médico-sociale est réalisée par le biais d'établissements que la loi énumère et catégorise, de manière fermée mais suffisamment ouverte pour trouver une variété d'établissements.

La situation est un peu différente au Portugal. Bien que le pays puisse être considéré centralisé, le rapport ne reflète pas l'« unicité » dans l'approche que l'on peut évoquer lorsqu'un Code est présenté comme occupant une place centrale. Ainsi, il est dit que les rapports entre les établissements et les usagers « font l'objet de lois et de règlements externes édictés par l'État, font l'objet des règlements internes de chaque établissement d'accueil et peuvent faire l'objet des contrats conclus entre chaque établissement et chaque personne qui y est accueillie ». En outre, concernant les lois et de règlements externes édictés par l'État, trois sont cités dans le rapport. Les deux premiers, à savoir le décret-loi n° 101/2006 du 6 juillet 2006 sur les droits des personnes dépendantes (notamment son article 7), et la loi n° 31/2018 du 18 juillet 2018 sur les droits des personnes en fin de vie, sont soulevés notamment en raison des principes, des droits et des valeurs qui y sont évoqués : la dignité, la vie privée, l'information, la protection contre la discrimination et les pratiques ou lessives de l'intégrité physique ou psychique, etc. Le troisième texte cité est le décret-loi n° 253/2009 du 23 septembre 2009 portant sur l'assistance religieuse et spirituelle aux établissements intégrés au Service national de santé. La laïcité

2 Le professeur Gardner nous dit : « l'action collective correspond à la notion d'action de groupe telle qu'elle est connue en France et en Belgique, mais une action de groupe beaucoup plus ouverte et beaucoup plus développée que dans ces derniers pays ».

française, par opposition au caractère non confessionnel du Portugal, pourrait expliquer que l'assistance religieuse et spirituelle ne soit évoquée que dans le rapport de ce dernier pays.

Si le rapport français souligne l'importance du Code de l'action sociale et des familles et le portugais accorde une attention similaire à plusieurs textes, le rapport espagnol va plus loin en rappelant la forte décentralisation de l'État. L'article 49 de la Constitution espagnole oblige les pouvoirs publics à mener une politique de prévision, traitement, réadaptation et intégration des personnes handicapées physiques, sensorielles et mentales. Ensuite, l'article 50 dispose que les pouvoirs publics promouvront le bien-être des personnes âgées par le biais d'un système de services sociaux focalisés sur les problèmes de santé, logement, culture et loisir. Différents textes légaux traduisent la satisfaction de cet impératif constitutionnel, notamment la loi 39/2006 du 14 décembre sur la promotion de l'autonomie personnelle et la prise en charge des personnes dépendantes ; et le décret royal législatif 1/2013 du 29 novembre 2013 qui approuve le texte refondu de la loi générale sur les droits des personnes handicapées et leur inclusion sociale. Cela dit, l'article 148.1 de la Constitution permet aux communautés autonomes d'assumer des compétences en matière d'« assistance sociale » (n° 20) et de « santé et hygiène » (n° 21). Cela explique qu'une partie non négligeable de la réglementation des services d'assistance aux personnes âgées et/ou dépendantes soit mise en œuvre par les régions. La fragmentation normative rend difficile la tâche de systématisation<sup>3</sup>. Pourtant, on ne saurait oublier que la déclaration de l'état d'urgence se vit accompagnée d'une centralisation temporaire des ressources sanitaires sous la direction du ministère de la Santé ; ce qui a une incidence sur la responsabilité des administrations régionales ou locales, celles-ci pouvant peut-être faire valoir l'interférence d'un tiers – à savoir l'État central par le biais du ministère de la Santé – et ses conséquences sur le lien de causalité<sup>4</sup>.

La décentralisation est une composante centrale dans le cadre du Canada. Le rapporteur souligne l'inexistence d'un « droit canadien » en matière de responsabilité civile, sujet qui correspond aux provinces. Hors du Québec, la responsabilité civile par rapport aux défis soulevés par la pandémie est abordée selon les règles traditionnelles de la *common law*. Quant au Québec, le système de droit est mixte : son Code civil atteste ses racines civilistes, mais il s'éloigne des pays de l'Europe continentale notamment en ce qui concerne le droit public et l'organisation judiciaire, où l'influence de la *common law* se fait sentir. Par ailleurs, d'un point de vue plus pratique, les provinces se voient

3 Sur la normative applicable en matière de maisons de repos dans la communauté autonome de Madrid, voy. J.A. BADILLO ARIAS, « La responsabilidad empresarial ante la COVID-19 », in J.A. BADILLO ARIAS (dir.), *Las responsabilidades derivadas de la Covid-19*, Cizur Menor (Navarre), Thomson Reuters-Aranzadi, 2020, pp. 442-444.

4 M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, « Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación », *Derecho y Salud*, vol. 30, n° extraordinario, 2020, pp. 24 et 30.

attribuer la compétence sur l'organisation des soins de santé, exerçant donc l'administration du réseau d'hébergement comme des soins aux personnes âgées. La décentralisation caractérisa aussi la gestion de la crise sanitaire du Covid-19. En conclusion, le rapport de référence pour notre travail de synthèse est québécois, et non canadien.

6. Un deuxième point introductif est la *notion de dépendance ou perte d'autonomie*, qui n'est assimilée ni à la maladie ni au handicap. Elle ne devrait pas non plus être confondue avec la vieillesse. Comme l'a dit un auteur, « il faut combattre l'idée que la personne âgée est fonctionnellement limitée [...] ». La majorité de la population âgée n'est pas handicapée »<sup>5</sup>.

7. Le rapport français prend comme point d'appui la définition fournie par la loi n° 97-60 du 24 janvier 1997<sup>6</sup>, abrogée par l'ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000<sup>7</sup> : « l'état de la personne qui, nonobstant les soins qu'elle est susceptible de recevoir, a besoin d'être aidée pour l'accomplissement des actes essentiels de la vie ou requiert une surveillance régulière ». En droit espagnol, la définition de dépendance est contenue à l'article 2.2 de la loi 39/2006 du 14 décembre sur la promotion de l'autonomie personnelle et la prise en charge des personnes dépendantes : « l'état permanent des personnes qui, pour des raisons d'âge, de maladie ou de handicap, liées au manque ou à la perte d'autonomie physique, mentale, intellectuelle ou sensorielle, ont besoin des soins d'autres personnes ou d'une aide significative pour réaliser les activités de base de la vie quotidienne ou, dans le cas des personnes ayant un handicap intellectuel ou une maladie mentale, d'un autre soutien pour leur autonomie personnelle ». En droit portugais, c'est l'article 3.h) du décret-loi n° 101/2006 du 6 juin 2006 qui s'occupe de la notion de dépendance : « la situation d'une personne qui, en raison du manque ou d'une perte d'autonomie physique, mentale ou intellectuelle, résultant de ou aggravée par une maladie chronique, une démence organique, des séquelles post-traumatiques, un handicap, une maladie grave et/ou incurable à un stade avancé, l'absence ou l'insuffisance de soutien familial ou d'une autre nature, est incapable d'accomplir seule les activités de la vie quotidienne ».

8. Il est clair que les aptitudes peuvent varier beaucoup d'une personne à une autre même si les deux ont le même âge. La vieillesse dans sa dimension chronologique ne coïncide pas avec celle dite fonctionnelle, et c'est pourquoi l'adoption d'une notion de vieillesse entendue comme une étape de vie serait souhaitable. En ce sens, on a pu affirmer que « la vieillesse ne commence pas à un âge chronologique uniforme, mais variable et individualisé.

5 R. MORAGAS MORAGAS, *Gerontología social: Envejecimiento y calidad de vida*, Barcelone, Herder, 1991, p. 23.

6 Loi n° 97-60 du 24 janvier 1997 tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance (NOR : TASX9601721L).

7 Ordonnance n° 2000-1249 du 21 décembre 2000 relative à la partie législative du Code de l'action sociale et des familles (NOR : MESX0000083R).

Considérer toute personne de plus de 65 ans comme âgée trouve [actuellement] une explication arbitraire et peu rationnelle ». Une approche législative prenant comme axe une liaison très étroite entre l'âge et la dépendance, tout en jouissant de l'avantage de l'objectivité, résulte en réponses standardisées et peu adaptées à la situation personnelle des personnes concernées<sup>8</sup>.

Cela n'empêche pas que l'on doive reconnaître un certain rapport entre l'âge, le handicap et la perte d'autonomie. L'exposé des motifs de la loi espagnole de 2006 sur la promotion de l'autonomie personnelle et la prise en charge des personnes dépendantes évoquait les changements démographiques et sociaux, notamment le vieillissement de la population et le « vieillissement du vieillissement » (il était signalé que la population âgée de plus de 80 ans avait doublé en l'espace de 20 ans). Puis, l'exposé constatait que « plusieurs études mettent en évidence la corrélation évidente entre l'âge et le handicap [...] plus de 32 % des personnes âgées de plus de 65 ans présentent un certain type de handicap, alors que ce pourcentage est réduit à 5 % pour le reste de la population ».

9. Les rapporteurs français, espagnol et portugais indiquent que, à l'égard de la dépendance, dans leurs systèmes respectifs les seuils d'âge ont une importance pratique non négligeable.

En France, la politique du handicap s'applique lorsque la personne qui a besoin d'un accueil ne dépasse pas l'âge de 60 ans. En revanche, si la personne est âgée de 60 ans ou plus, elle est qualifiée comme dépendante et ce sont ces autres règles qui s'appliquent. En Espagne, la définition de personne âgée est indirecte, en raison des nombreuses dispositions qui fixent à 65 ans l'âge minimal des bénéficiaires des mesures sociales. Par exemple, l'article 15 de la loi sur la promotion de l'autonomie personnelle et la prise en charge des personnes dépendantes fournit un catalogue des services de soins du système pour l'autonomie et la prise en charge de la dépendance. Et le paragraphe 1, d), par rapport au Service de centres de jour et de nuit, distingue : les centres de jour pour personnes âgées, les centres de jour pour les moins de 65 ans, les centres de jour pour soins spécialisés et les centres de nuit. Nonobstant ce qui précède, le seuil d'âge descend parfois jusqu'à 60 ans lorsque la personne concernée est handicapée ou dépendante. La définition de personne âgée est indirecte au Portugal aussi. Le rapporteur utilise les critères d'admission aux établissements d'accueil, indiquant l'existence de deux conditions. D'une part, la personne doit avoir plus de 65 ans, mais cette condition est susceptible de dérogation motivée. D'autre part, la personne doit se trouver dans un état de dépendance, d'isolement ou d'insécurité qui rend impossible qu'elle reste à sa résidence habituelle. Enfin, dans le rapport québécois, la question de l'âge

8 R. MORAGAS MORAGAS, *Gerontología social: Envejecimiento y calidad de vida*, op. cit., pp. 21-25, 29-30, 203-204 (la phrase entre guillemets se trouve à la p. 29).

apparaît également, quoique de manière indirecte au moment de présenter les types d'hébergement existant. Nous le verrons tout de suite.

10. Les *types d'établissements d'accueil* de personnes âgées et/ou dépendantes constituent justement le troisième axe de comparaison liminaire.

11. Pour continuer avec le Québec, le rapporteur évoque deux types d'hébergement. Le premier sont les Résidences privées pour aînés, destinées aux personnes âgées autonomes ou dont la perte d'autonomie est légère, et qui ont les moyens de se procurer une telle option. La loi sur les services de santé et les services sociaux dispose qu'est une résidence privée pour aînés « tout ou partie d'un immeuble d'habitation collective occupé ou destiné à être occupé principalement par des personnes âgées de 65 ans et plus et où sont offerts par l'exploitant de la résidence, outre la location de chambres ou de logements, différents services compris dans au moins deux des catégories de services suivantes, définies par règlement : services de repas, services d'assistance personnelle, soins infirmiers, services d'aide domestique, services de sécurité ou services de loisirs » (nous soulignons). Le deuxième type d'hébergement est celui offert par les Centres d'hébergement et de soins de longue durée (CHSLD), conçus pour les personnes dont la perte d'autonomie est lourde. La plupart d'entre eux au Québec (321 sur 428) sont des installations entièrement publiques. Une soixantaine de ces centres sont conventionnés : la gestion est menée par des entreprises privées qui ont passé des accords avec le ministère de la Santé et des services sociaux, s'engageant à proposer les mêmes services et sous les mêmes conditions que les Centres d'hébergement et de soins de longue durée publics. Enfin, il y a une cinquantaine de centres privés non conventionnés.

En France, il y a une panoplie d'établissements destinés à accueillir des personnes âgées. Le rapport mentionne les résidences autonomie, les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) et non dépendantes (EHPA), et les maisons d'accueil rurales pour personnes âgées, parmi d'autres. Un hébergement seulement temporaire est possible aussi.

Au Portugal, la distinction public/privé opère comme *summa divisio* quant aux types d'établissements d'accueil des personnes âgées et/ou dépendantes. Les établissements privés se subdivisent en trois catégories, notamment en fonction de leurs titulaires. Quelques-uns ont un caractère commercial, les propriétaires étant donc des commerçants individuels ou des sociétés commerciales ; d'autres appartiennent à des institutions privées d'aide ou solidarité sociale ou à des institutions équivalentes<sup>9</sup> ; et un troisième groupe à d'autres institutions privées dont les activités poursuivent l'aide sociale.

9 Définies dans le rapport portugais comme « des personnes morales constituées par la seule initiative des particuliers pour accorder d'*expression organisée* aux devoirs moraux de justice et de solidarité, en contribuant à la satisfaction des droits sociaux des citoyens ».

La distinction entre les établissements publics et privés fonctionne comme catégorisation principale en Espagne, tout en acceptant des modèles mixtes où le service public est géré par des acteurs privés. Du point de vue du type d'établissement visant l'hébergement collectif des personnes âgées, plusieurs modalités coexistent : des résidences, des logements supervisés (*tutelados*), des centres psycho-gériatriques, des centres socio-sanitaires, etc.<sup>10</sup>. Comme nous l'avons déjà remarqué, l'article 15 de la loi 39/2006 sur la promotion de l'autonomie personnelle et la prise en charge des personnes dépendantes prévoit un catalogue des services de soins du système pour l'autonomie et la prise en charge de la dépendance ; le paragraphe 1, d), distingue quatre catégories dans le cadre du Service de centres de jour et de nuit. Ensuite, le paragraphe 1, e), évoque le Service de soins résidentiels, comprenant les résidences pour personnes âgées en situation de dépendance d'une part, et les centres de soins pour personnes en situation de dépendance selon les différents types de handicap d'autre part. En outre, la décentralisation propre à l'Espagne implique que d'autres classements soient envisagés, en fonction de la communauté autonome de référence : conformément à l'article 16 de la loi 39/2006, « les prestations et services établis dans la présente loi sont intégrés dans le réseau de services sociaux des communautés autonomes respectives dans le cadre des compétences qu'elles ont assumées ». Prenons l'exemple de la Communauté autonome de Madrid<sup>11</sup>. Le réseau du Système pour l'autonomie et l'attention à la dépendance inclut des résidences pour les personnes âgées dépendantes visant à fournir un hébergement permanent, des centres de jour pour personnes dépendantes âgées d'au moins 60 ans – 55 en cas de souffrance de la maladie d'Alzheimer –, et des centres pour personnes handicapées<sup>12</sup>.

**12.** Comme avancé auparavant, le plan proposé par le rapport français semblait approprié pour structurer cette synthèse. Dans une première partie, nous aborderons le rapport juridique qui lie les usagers et les établissements d'accueil pour les personnes âgées et/ou dépendantes (I). Il s'agit d'une relation qui ne se caractérise pas toujours par sa nature contractuelle, ou elle ne l'est pas complètement ; mais qui s'inspire sans doute de la mécanique du contrat. Cela implique que, sur la base de son contenu, on peut se poser la question des faits générateurs de responsabilité des centres (II).

10 M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, « Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación », *op. cit.*, p. 24.

11 <https://www.comunidad.madrid/servicios/servicios-sociales/guia-practica-dependencia>.

12 Le réseau pour veiller sur les personnes handicapées comprend des centres d'attention résidentielle, des centres de jour, des centres de thérapie occupationnelle, et des centres pour les personnes atteintes de quelques pathologies spécifiques.

## I. Le rapport juridique entre les usagers et les établissements d'accueil

13. L'introduction de ce rapport a abordé trois points de comparaison préliminaires. Laissant d'un côté l'unicité ou la pluralité normative, nous avons fait référence à la question de la dépendance ou perte d'autonomie, ce qui constitue une source de vulnérabilité ou fragilité qui affecte l'utilisateur des établissements d'accueil au moment de la formation d'un acte juridique ; et au caractère public ou privé des établissements. Ces deux derniers aspects font que, bien que l'on se serve de la notion de contrat pour qualifier le rapport juridique entre les usagers et les établissements d'accueil, sa véritable existence peut être questionnée dans certains cas (A). Et, même si un contrat existe, il y a parfois des éléments qui mènent à mettre en doute sa validité dans le cas spécifique (B).

### A) L'existence du contrat

14. La rapporteuse française mentionne les deux mécanismes à travers lesquels s'institutionnalise l'hébergement d'une personne âgée : soit on conclut un contrat de séjour, soit on formalise un document individuel de prise en charge (notamment en cas de refus de la personne de signer le contrat<sup>13</sup>) dont le contenu ne diffère pas beaucoup du contenu du contrat de séjour. La qualification juridique du document individuel de prise en charge n'est pas évidente, bien que ceci ne pose pas de problème si l'on considère que le contrat peut naître du fait matériel de l'admission. De plus, on ne saurait oublier que, conformément à l'article 1100-1 du Code civil, les actes juridiques – manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit –, qui peuvent être conventionnels ou unilatéraux, « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ». Quant à la conclusion d'un contrat de séjour, ceci ne donne pas lieu forcément à une relation de type contractuel : celle-ci n'existerait pas si l'accueillant était une personne publique, même si la dénomination « contrat » est retenue et le rejet de la qualification contractuelle fait débat dans la doctrine.

Cette discussion sur la qualification juridique a trait à la nature de la responsabilité qui pourrait être éventuellement engagée. La rapporteuse critique le fait de nier la qualification contractuelle – et donc la responsabilité de ce genre – aux rapports établis avec les personnes publiques dans le cadre de l'accueil sur la base de deux arguments. D'une part, que la mission des personnes publiques dans ce contexte ne relève pas du service public, mais de l'intérêt général et de l'utilité sociale. Et, d'autre part, que les contrats passés par de telles personnes sont assimilables à ceux passés par les personnes privées du point de vue, par exemple, des exigences de sécurité et de qualité.

13 Le rapport français ajoute : « Le refus de signature n'est pas le seul cas d'établissement du document individuel de prise en charge. Ce document remplace également le contrat dans d'autres cas : lorsque la prise en charge ne nécessite pas de séjour ou des séjours inférieurs à deux mois par exemple ».

**15.** L'importance de la distinction public/privé en ce qui concerne le titulaire de l'établissement d'accueil est soulignée dans le rapport portugais. Quand il s'agit d'un établissement public, la responsabilité est extracontractuelle, du fait de l'exercice de la fonction administrative. Les litiges qui surviennent seront jugés par les tribunaux administratifs. Quand il s'agit d'un établissement privé, la responsabilité peut relever du droit administratif ou du droit civil.

Le rapporteur explique que, dans la prestation de soins de santé, il y a un principe de primauté du secteur public et – corrélativement – une subsidiarité des secteurs privé et social. Or, des contrats à durée déterminée peuvent être passés entre l'État et des institutions du secteur privé et du secteur social. Dans cette hypothèse, ces dernières institutions peuvent être intégrées dans le Service national de santé ou non. En cas d'intégration, c'est le droit administratif qui s'applique par rapport à leur responsabilité, tandis que si l'intégration ne se produit pas, la responsabilité est régie par le droit civil. Les différences entre les deux régimes sont notables, prenant comme point de départ que « la responsabilité résultant du droit administratif est toujours délictuelle et la responsabilité résultant du droit civil est presque toujours contractuelle ».

Le rapporteur portugais évoque quelques différences remarquables entre les deux régimes. Par exemple, l'exceptionnalité de la réparation des dommages économiques dans le cadre de la responsabilité délictuelle, en raison de la hiérarchie des intérêts protégés établie par l'article 483 du Code civil portugais<sup>14</sup>. Une autre différence touche la charge de la preuve de la faute : attribuée à la victime dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle, quand il s'agit d'une responsabilité contractuelle c'est le débiteur qui doit prouver l'absence d'imputabilité. La règle générale en cas de pluralité de responsables diffère aussi : *in solidum* dans le domaine extracontractuel, conjointe (divise) sur le terrain contractuel. Concernant la responsabilité du principal du fait de ses auxiliaires, elle est limitée sur le plan délictuel, car il faut une relation de dépendance entre le commettant et le commissaire ; tandis qu'une telle limitation est inexistante en responsabilité contractuelle : l'action des auxiliaires est imputée au principal-débiteur. Enfin, le délai de prescription ne coïncide pas entre les deux régimes de responsabilité : trois ans pour celle extracontractuelle, vingt ans pour celle contractuelle.

**16.** En Espagne aussi, le caractère public ou privé de l'établissement d'accueil a une incidence majeure sur la responsabilité. Si la maison de repos est publique, le droit administratif s'applique, y compris lorsque la gestion de l'établissement est menée par une institution privée. La responsabilité est extracontractuelle, les tribunaux contentieux-administratifs ont la compétence

14 Le rapporteur affirme que « la réparation des dommages économiques n'y est admise qu'à des cas exceptionnels, tels que ceux d'abus du droit ou de contravention d'une disposition légale spécifique, dont la finalité est celle de protéger les intérêts d'autrui ».

pour en connaître, et le recours au juge exige une demande administrative préalable. En revanche, si l'établissement d'accueil est privé, c'est le droit privé qui s'applique ; la responsabilité est de type contractuel dans la plupart des cas et la compétence appartient aux tribunaux civils<sup>15</sup>.

L'article 32.1 de la loi 40/2015 du 1<sup>er</sup> octobre 2015 sur le régime juridique du secteur public (*Ley de Régimen Jurídico del Sector Público*) énonce comme principe général que « les particuliers ont le droit d'être indemnisés par les administrations publiques concernées pour tout préjudice qu'ils subissent dans leurs biens et leurs droits, à condition que ce préjudice soit la conséquence du fonctionnement normal ou anormal des services publics, sauf en cas de force majeure ou de dommages que le particulier a l'obligation légale de supporter conformément à la loi »<sup>16</sup>. Cette dernière remarque est réaffirmée à l'article 34.1 de la loi, disposition qui ajoute que ne sont pas indemnisables les dommages lorsque l'état des connaissances scientifiques ou techniques existantes au moment de la survenance d'événements ou circonstances qui donnent lieu au dommage ne permettait pas de prévoir ou d'éviter celui-ci. Par ailleurs, l'article 35 de la loi 40/2015 prévoit que, « lorsque les administrations publiques agissent, directement ou par l'intermédiaire d'une entité de droit privé, dans des relations de cette nature, leur responsabilité est recherchée conformément aux dispositions des articles 32 et suivants ; même si elles agissent en collaboration avec des entités de droit privé, ou si la responsabilité est recherchée directement auprès de l'entité de droit privé par l'intermédiaire de laquelle l'administration agit ou auprès de l'entité qui couvre sa responsabilité ».

L'arrêt de la Cour suprême espagnole (chambre contentieuse-administrative) du 25 mai 2016<sup>17</sup> énumère les caractères de la responsabilité patrimoniale des administrations publiques : il s'agit d'un système général et unique en ce sens qu'il s'applique à toutes les administrations (étatiques, régionales, locales et institutionnelles) et qui couvre toute activité dérivant du fonctionnement des services publics, dans lequel la responsabilité est directe et objective, et qui tend à la réparation intégrale de la victime. Le même arrêt rappelle les conditions nécessaires pour que la responsabilité de l'administration soit engagée : un préjudice réel, effectif, économiquement évaluable et individualisé ; que ce préjudice soit une conséquence directe du fonctionnement normal ou anormal des services publics dans une relation directe, immédiate et exclusive de cause à effet ; l'absence de force majeure ; et que la victime n'ait

15 J.A. BADILLO ARIAS, « La responsabilidad empresarial ante la COVID-19 », *op. cit.*, pp. 444-445.

16 Comme l'indique l'arrêt de la Cour constitutionnelle espagnole du 17 octobre 2018 (ECLI:ES:TC:2018:112), sur ce point le droit espagnol prend parti pour une responsabilité objective, en conformité avec l'article 106.2 de la Constitution espagnole ; approche qui oblige néanmoins à bien examiner le lien de causalité afin de pouvoir établir de manière suffisante la connexion entre le préjudice et l'activité des autorités publiques – et notamment le comportement de leurs agents.

17 ECLI:ES:TS:2016:2289.

pas l'obligation juridique de supporter le dommage<sup>18</sup>. L'existence de cas où le particulier doit supporter le dommage fait que le caractère *antijuridique*, non pas du comportement de l'administration, mais du résultat ou préjudice qui en découle, a une importance déterminante<sup>19</sup>. La doctrine espagnole s'est posé la question de savoir si la crise sanitaire constitue un cas de force majeure qui permettrait d'écarter la responsabilité conformément à l'article 32.1 de la loi 40/2015. Or, si la pandémie elle-même est un évènement extraordinaire, imprévisible et inévitable, il n'en va pas de même pour les mesures prises et les normes approuvées pour y faire face<sup>20</sup>.

17. Le Québec s'écarte de la problématique qui attire l'attention des autres rapporteurs nationaux. En principe, la qualification de la relation juridique entre l'établissement de soins et les personnes qui y sont hébergées serait cruciale, eu égard du fait que le droit québécois applique le principe de non-choix entre les régimes de responsabilité. L'article 1458 du Code civil, après avoir énoncé la règle que toute personne doit honorer les engagements qu'elle a contractés, ajoute : « Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice ; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables »<sup>21</sup>.

18 Pour une approximation à ces éléments, voy. J.M. LETE DEL RÍO et J. LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones: Teoría general de la relación obligatoria. Teoría general del contrato. Derecho de daños*, Cizur Menor (Navarre), Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 885-889. Pour une présentation qui inclut quelques remarques visant spécifiquement le contexte de crise sanitaire, voy. I. GONZÁLEZ BARRIOS, « Responsabilidad derivada de la gestión de la pandemia COVID-19 en el ámbito de la Administración (apartados I al IV) », in J.A. BADILLO ARIAS (dir.), *Las responsabilidades derivadas de la Covid-19*, *op. cit.*, pp. 265-282.

19 Voy. arrêt de la Cour suprême espagnole (chambre contentieuse-administrative) du 18 avril 2007 (ECLI:ES:TS:2007:2865).

20 Voy. M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, « Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación », *op. cit.*, pp. 32-33.

21 Le rapporteur québécois déclare expressément qu'aucune spécificité n'existe en cas de préjudice corporel, remarque fort opportune. Dans la proposition française de loi portant réforme de la responsabilité civile, enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020 (et devenue caduque), l'article 1233 dispose :

« Art. 1233. – En cas d'inexécution du contrat, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle.

Toutefois, lorsque cette inexécution provoque un dommage corporel, le cocontractant qui en est victime peut également obtenir réparation du préjudice résultant de ce dommage sur le fondement des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle ».

Dans le Projet de réforme présenté le 13 mars 2017, la règle était énoncée comme suit :

« Article 1233. En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle.

Article 1233-1. Les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat. Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle ».

Cela dit, la rigueur est plus théorique que pratique, parce qu'en droit québécois les deux régimes de responsabilité partagent les critères relatifs à la prescription, à la qualification du préjudice, ou à la solidarité. En plus, la dualité de juridiction – civile et administrative – apparue par rapport aux autres droits nationaux considérés dans ce rapport, reste inconnue au Québec. Conformément à l'article 1376 du Code civil du Québec, les règles du livre relatif aux obligations « s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public ». Ceci sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables, telles qu'une éventuelle immunité législative particulière, dont les établissements d'accueil de personnes âgées et/ou dépendantes ne bénéficient pas. Par conséquent, le fait que l'établissement d'accueil soit privé ou public est sans incidence, le régime de responsabilité étant le même.

La question de la responsabilité civile dépend en tout cas de la faute de l'établissement, entendue comme l'écartement du standard qu'aurait adopté une personne raisonnable placée dans la même situation. Le rapport québécois admet la possibilité d'une « coloration » de l'intensité des obligations assumées par une partie, par le biais du contrat lui-même. Or, cette coloration est dite sans impact réel sur la définition de la faute.

Interrogeons-nous à présent sur la validité du contrat.

## B) La validité du contrat

18. Le rapport français, nous l'avons vu, évoque la possibilité qu'un contrat soit considéré conclu du seul fait d'être hébergé dans un établissement. Dans ce cas, la question de la validité du contrat ne se poserait pas. En revanche, lorsque le contrat est formalisé, la question demeure légitime. D'une part, la vulnérabilité ou la fragilité qui peuvent résulter de la perte d'autonomie créent un risque que le consentement subisse quelques imperfections. D'autre part, la personne qui signe le contrat au nom du résident peut ne pas en avoir le pouvoir.

19. La rapporteuse française mentionne la « procéduralisation forte mais toute théorique » du consentement dans le cadre du Code de l'action sociale et des familles. Apparemment, la pratique quotidienne en France montre des défauts à cet égard, tels que l'information reçue par la personne concernée ou l'évaluation de l'aptitude à prêter le consentement. Il faut avoir à l'esprit la situation individuelle de la personne âgée ou dépendante, dont la capacité – nous dit la rapporteuse – peut être restreinte par une décision en justice. En effet, les mesures de protection accordées et les pouvoirs d'assistance ou de représentation dont jouissent des tiers influencent sans doute le processus de consentir à un contrat de séjour. En fait, il se peut que des tiers aient le pouvoir de conclure un contrat de séjour sans qu'il y ait de restriction de capacité appliquée sur la personne âgée ou dépendante.

En tout état de cause, le rapport rappelle à juste titre deux principes. D'une part, que la personne protégée choisit le lieu de sa résidence. D'autre part, que la volonté de la personne protégée est à respecter par ceux qui prennent en charge sa protection.

Malgré les défauts constatés, la validité du contrat est rarement contestée. En particulier, mais pas seulement, parce que l'intérêt de la contestation n'apparaît qu'après le décès de la personne hébergée, et que le demandeur trouve la voie de recours fermée au motif qu'il n'avait pas introduit une demande de protection. Cela dit, le rapport français fait opportunément référence à deux hypothèses où le contrat pourrait soit être évincé, soit être atteint d'une nullité que l'établissement ne serait pas en mesure d'invoquer. Premièrement, la règle générale en matière de représentation indique que l'acte accompli sans pouvoir ou en dépassement du pouvoir est inopposable au représenté. Or, si le contractant a pu légitimement croire en la réalité des pouvoirs, le contrat devient opposable au représenté. Dans l'hypothèse d'un établissement d'accueil de personnes âgées ou dépendantes, ne pas vérifier les pouvoirs de la personne qui signe le contrat de séjour serait tout à fait négligent de la part de l'établissement, de ce fait la personne hébergée pourrait prétendre à l'éviction du contrat, rendant inefficaces les éventuelles limitations de responsabilité y prévues. Mais, deuxièmement, le résident pourrait se prévaloir du contrat s'il lui est favorable malgré le fait que le représentant n'avait pas le pouvoir : l'établissement d'accueil aurait dû connaître l'absence de pouvoir, ce qui l'empêche d'invoquer la nullité.

**20.** Du point de vue du droit espagnol, la crainte exprimée par la rapporteuse porte sur l'internement d'une personne dans un centre d'accueil sans son consentement libre et éclairé. La focalisation sur cette question s'explique peut-être par des raisons historiques : des excès étaient commis à une époque passée au moment de placer une personne dans une institution psychiatrique (un décret de 1931 n'exigeait même pas de décision judiciaire : il était suffisant d'avoir un avis médical, et la sollicitude et conformité d'un cohabitant)<sup>22</sup>. Le même risque existe par rapport aux établissements hébergeurs quand il s'agit d'une personne âgée et/ou dépendante.

Le rapport espagnol souligne que si la personne concernée ne subit aucune dégradation de sa capacité cognitive, qu'elle décide librement de s'installer dans un centre, et qu'elle est acceptée par celui-ci, il n'y a pas de doute qu'un rapport contractuel valide existe. La problématique apparaît, évidemment, lorsque les facultés mentales de la personne ne sont pas parfaites. Il faudra vérifier si la

22 Voy. L. Díez-PICAZO et A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1, 13<sup>e</sup> éd., Madrid, Tecnos, 2016, p. 218 ; L. PÉREZ LOSA, « Internamientos psiquiátricos involuntarios, urgentes y no urgentes de enfermos mentales, personas mayores y personas con trastorno alimentario y de conducta », in P. IZQUIERDO BLANCO et J. PICÓ I JUNOY (dir.), *La protección del consumidor por mala praxis médica, en centros de salud, psiquiátricos y geriátricos: Aspectos civiles, penales, administrativos y procesales*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer Bosch, 2018, pp. 189-192.

personne concernée elle-même avait prévu des mesures d'accompagnement dans l'exercice de sa capacité juridique (des pouvoirs ou mandats préventifs<sup>23</sup> ou une auto-curatelle<sup>24</sup>) qui indiquent quelque chose sur un éventuel internement dans un établissement hébergeur. S'il y en a, ces prévisions sont à respecter. Lorsqu'il n'y a pas de prévisions à l'égard de l'hébergement, le rapport suggère l'application de l'article 763 de la loi 1/2000 du 7 janvier 2000 sur la procédure civile (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), disposition qui fait référence à l'internement non volontaire en cas de troubles mentaux.

Conformément au premier paragraphe de l'article 763 de la loi sur la procédure civile, l'internement dû à un trouble mental d'une personne qui n'est pas en mesure de décider pour elle-même, même si elle est soumise à l'autorité parentale ou à la tutelle<sup>25</sup>, exige une autorisation judiciaire. L'article 287 du Code civil dispose que « le *curador* exerçant les fonctions de représentation de la personne ayant besoin d'accompagnement a besoin d'une autorisation judiciaire pour les actes déterminés par la décision et, en tout état de cause, pour [...] 1. Accomplir des actes d'importance personnelle ou familiale lorsque la personne concernée n'est pas en mesure de le faire elle-même, à l'exception des dispositions légales relatives à l'internement, au consentement éclairé dans le domaine de la santé, ou à d'autres lois spéciales ». L'article 763.1 de la loi sur la procédure civile impose que l'autorisation soit préalable à l'internement, sauf si des raisons d'urgence obligent à adopter une telle mesure de manière immédiate. Le responsable de l'établissement où l'internement a eu lieu doit informer le juge compétent « dans les plus brefs délais et, en tout état de cause, dans les vingt-quatre heures ». La ratification de la mesure a lieu dans les soixante-douze heures à compter du moment où le juge en a pris connaissance. La sauvegarde des droits de la personne dont l'internement se débat est garantie par les paragraphes 3 et 4 de l'article 763 de la loi sur la procédure civile<sup>26</sup>. Par exemple, le juge doit entendre la personne concernée, le ministère public (*Ministerio Fiscal*), et toute autre personne dont la comparution est utile.

La Cour constitutionnelle soutient expressément l'application de la procédure de l'article 763 de la LEC pour un internement dans une maison de repos, s'il a lieu pour des raisons de trouble mental et que le centre a les moyens pour le traitement psychiatrique. En revanche, des doutes subsistent si les raisons de l'internement ne sont pas psychiatriques, mais d'assistance. Le rapport espagnol indique que la doctrine admet généralement l'application de

23 *Poderes* ou *mandatos preventivos* ; voy. art. 256 et s. du C. civ. espagnol.

24 *Autocuratela* ; voy. art. 271 et s. du C. civ. espagnol.

25 L'article évoque une *tutela*, mais cette institution n'est prévue que pour les mineurs depuis la réforme du droit espagnol des personnes vulnérables en 2021. Pour les adultes handicapés, la référence doit être faite à la curatelle, et en particulier à celle avec des facultés de représentation de la personne ayant besoin d'accompagnement pour l'exercice de sa capacité juridique.

26 Le paragraphe 2 porte sur l'internement des mineurs, qui « a toujours lieu dans un établissement de santé mentale adapté à leur âge, sur rapport des services de protection de l'enfance ».

l'article 763 de la LEC – non sans souligner ses inadaptations et la nécessité d'une réforme –<sup>27</sup> ; mais quelques auteurs considèrent que dans cette hypothèse le séjour doit avoir pour origine un internement volontaire, de ce fait les voies de droit seraient autres<sup>28</sup>.

**21.** En ce qui concerne le Portugal, la préoccupation du rapporteur ne se concentre pas sur la validité du contrat dans son ensemble, mais plutôt sur son invalidité partielle.

Le point de départ, c'est que le rapport juridique entre un établissement d'accueil et un résident est soumis à des normes de trois sources différentes : celles dictées par les autorités publiques, le règlement interne que chaque établissement doit élaborer par impératif légal<sup>29</sup>, et le contrat conclu entre chaque établissement et chaque résident – éventuellement conclu avec ses proches. La loi impose la conclusion du contrat par écrit. Un contrat dont le contenu, bien qu'il doive indiquer les droits et les obligations des parties, joue un rôle principalement informatif. La prééminence de la composante informative rend difficile de porter atteinte aux droits fondamentaux des personnes hébergées, mais cette possibilité ne saurait être exclue. Le rapporteur portugais avertit la nullité de plein droit de toute clause qui exclut ou limite la responsabilité découlant d'une atteinte à la vie, à l'intégrité morale ou physique, ou à la santé du résident. En plus, on peut mettre en doute la validité des clauses par lesquelles le résident donne son consentement à subir quelques interventions physiques, telles que des tests ou vaccinations. Enfin, toute intervention affectant les droits de la personnalité et réalisée après le retrait du consentement, retrait qui peut avoir lieu à tout moment de manière libre, constitue une atteinte susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement.

Abordons maintenant, sur la base du contenu du contrat, des faits généraux de responsabilité civile des établissements.

## II. Le contenu du contrat et les faits générateurs de responsabilité des établissements envers les usagers

**22.** Comme on l'a vu *supra*, la relation établie entre les établissements d'accueil des personnes âgées et/ou dépendantes n'est pas toujours, ou pas complètement, contractuelle. Or, la relation a une « ambiance contractuelle » – pour reprendre les mots du rapport français –, qui permet de réfléchir sur

27 Voy. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, « Artículos 287-290 », in C. GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 795-800.

28 Voy. L. PÉREZ LOSA, « Internamientos psiquiátricos involuntarios, urgentes y no urgentes de enfermos mentales, personas mayores y personas con trastorno alimentario y de conducta », *op. cit.*, pp. 233-241.

29 Le rapport portugais dit : « un règlement interne indiquant les critères d'admission des personnes âgées et/ou dépendantes, les droits et les obligations des personnes accueillies, les droits et les devoirs de l'établissement et l'horaire des visites ».

la base de cette approche. Le contenu du contrat définit les droits et les obligations des parties, à savoir les centres et les usagers, dans le cadre d'une liberté contractuelle qui se voit plus réduite en raison des intérêts en jeu. En effet, à côté des stipulations qui organisent les prestations servies (le contenu organisationnel et fonctionnel) (A), il y en a d'autres qui affectent les droits et libertés fondamentaux de l'usager (B). Les considérations d'ordre public présentes spécialement dans ce dernier volet impliquent que la définition, l'interprétation et, en fin de compte, l'éventuelle responsabilité civile n'opèrent pas de la même manière.

### A) La réglementation du contenu organisationnel et fonctionnel

23. Le droit français définit de manière plus précise que les autres droits nationaux examinés les *obligations principales* découlant de l'acte juridique qui donne lieu à la relation entre le centre et la personne hébergée (soit un contrat de séjour, soit un document individuel de prise en charge). Il y a un socle commun de prestations défini réglementairement, parmi lesquelles, autre que l'accueil hôtelier, se trouvent la restauration, le blanchissage, la pédicure, ou les animations. Ce socle est susceptible d'être complété par les centres. En tout cas, il convient d'introduire une nuance – suivant le rapport français. Même si l'énumération des obligations définies contractuellement est standardisée, « le détail [est] personnalisé (la personne a le libre choix des prestations, le droit à un accompagnement individualisé de qualité et doit pouvoir participer à la conception et à la mise en œuvre de son projet d'accueil) ».

En revanche, la rapporteuse espagnole affirme expressément que le contrat entre la personne et l'établissement d'accueil demeure atypique, les prestations y encadrées pouvant varier beaucoup. Les prestations principales sont l'hébergement, l'alimentation et l'hygiène. À cela s'ajoutent d'autres dont l'origine se trouve dans les besoins particuliers de chaque résident. Certains sont de nature sanitaire, tels que des soins médicaux, le contrôle des médicaments prescrits, ou la physiothérapie ; tandis que d'autres sont d'une nature différente, comme le service de coiffure ou de pédicure<sup>30</sup>. En pratique, les contrats proposés par la plupart des maisons de repos incluent des services de type sanitaire sous plusieurs appellations, telles que « soins médicaux » ou « suivi sanitaire et pharmaceutique »<sup>31</sup>. Par ailleurs, les établissements peuvent proposer des animations et organiser d'autres activités de loisir. Le contrat définit les prestations souhaitées par le résident, lorsque ces services ne font pas partie de l'ensemble de services communs à tous les résidents. Un ensemble dont les animations – par exemple – font partie assez souvent, bien que toutes les personnes hébergées ne soient pas en mesure d'en profiter.

30 J.A. BADILLO ARIAS, « La responsabilidad empresarial ante la COVID-19 », *op. cit.*, p. 440.

31 P. BOTELLO HERMOSA, « El retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil para el Tribunal Supremo y el supuesto de las residencias privadas de mayores en las que hubo brotes de Covid », *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, n° 18, pp. 551-552, 565-566.

24. Les inexécutions typiques d'obligations principales se rattachent à la médiocrité des repas ou au fait qu'ils ne sont pas adaptés aux résidents ou aux besoins spécifiques de certains d'entre eux, tout comme au manque de soins d'hygiène ou de santé, à la méconnaissance des prescriptions médicales, au nettoyage médiocre du linge, et à l'absence d'animations. Les rapports français, espagnol et portugais coïncident pour la plupart sur ce point.

25. Les textes portugais et espagnol font référence à la responsabilité pour « faute de service » ou du fait de l'organisation. En ce qui concerne le Portugal, on nous avertit que le Code civil ne consacre pas explicitement une telle responsabilité, qui est néanmoins admise sur la base de l'article 800 : cet article établit la responsabilité du débiteur du fait des personnes dont il se sert pour exécution sa prestation. En Espagne, il n'y a pas de règle analogue à l'article 800 du Code civil portugais. Pourtant, il y a quelques dispositions concrètes qui traduisent une responsabilité du fait d'auxiliaires, autre que la responsabilité des commettants du fait de leur préposés. Par voie d'abstraction et d'analogie, en droit espagnol ladite responsabilité est reconnue comme principe général. Des doutes subsistent néanmoins quant à la question de savoir si une faute de l'auxiliaire est exigée<sup>32</sup>. Est à noter que l'article 1189 de la proposition pour la modernisation du droit des obligations et des contrats, élaborée par la Commission générale de Codification en 2009, incorporait la responsabilité du fait des auxiliaires : « Si le débiteur recourt à l'aide ou à la collaboration d'un tiers pour l'exécution, les actions et omissions de celui-ci sont imputées au débiteur comme s'il les avait réalisées lui-même »<sup>33</sup>. La règle est reprise par l'article 1172 de la proposition révisée, publiée en 2023, supprimant la référence à la collaboration.

26. Même si la manière de les présenter diffère, tous les rapports abordent les *obligations accessoires* présentes dans la relation entre l'établissement d'accueil et la personne âgée et/ou dépendante, notamment l'obligation de protection ou de sécurité, qui est qualifiée comme une obligation de moyens – bien que renforcée dans certains cas.

Le rapport français évoque de telles obligations mentionnant leur caractère imposé par la jurisprudence ou par la loi, faisant une liaison entre l'obligation de sécurité dans le scénario étudié et le domaine de la protection des majeurs : ici, nous dit le rapport, la jurisprudence a dégagée l'existence d'une « obligation de “veiller au bien-être et à la sécurité de l'incapable” à la charge d'un service mandataire judiciaire ». Le rapport portugais se penche sur l'article 798 du Code civil, où l'on peut trouver la distinction entre les obligations principales, d'une part, et les obligations accessoires, d'autre part. Ces dernières donnent

32 Voy. J.M. LETE DEL RÍO et J. LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones: Teoría general de la relación obligatoria. Teoría general del contrato. Derecho de daños, op. cit.*, pp. 289-290.

33 Une traduction en français de la proposition de 2009 est disponible dans J. LETE *et al.* (dir.), *La recodification du droit des obligations en France et en Espagne*, Poitiers, Presses universitaires juridiques – Université de Poitiers, 2016, pp. 9-88.

lieu à un rapport de protection ou de sécurité qui, dans le contexte des personnes âgées et/ou dépendantes, se traduit dans l'obligation de les maintenir à l'abri de tout danger en adoptant les mesures nécessaires. Le rapport espagnol rappelle l'article 1258 du Code civil, analogue à l'article 1194 du Code français : « les contrats [...] obligent non seulement à l'exécution de ce qui est expressément convenu mais aussi à toutes les conséquences qui, selon leur nature, sont conformes à la bonne foi, à l'usage et à la loi ». C'est dans cette règle qu'il faut trouver la source de l'obligation de sécurité des établissements d'accueil, dont l'existence ne se discute pas<sup>34</sup>. Le rapport québécois, lui aussi, mentionne l'obligation de sécurité au moment d'avancer la faute comme critère qui détermine éventuellement l'engagement de la responsabilité de l'établissement.

**27.** Examinons l'obligation de sécurité. Dans le cadre de la crise sanitaire de la Covid-19, la contamination n'était pas dangereuse pour toute la population : la probabilité de mort ou de séquelles graves était substantiellement supérieure pour la population âgée ou avec des pathologies préalables, surtout si celles-ci étaient de type respiratoire. En somme, ce n'était pas seulement que les établissements devaient faire face à un nouveau risque, mais aussi que leurs résidents constituaient une population particulièrement exposée à des conséquences négatives significatives.

**28.** L'introduction de ce rapport a mis en évidence la diversité des personnes âgées et/ou dépendantes, qui n'ont pas toutes les mêmes limitations ou les mêmes besoins. Dans un contexte hors-pandémie, l'obligation de vigilance des établissements hébergeurs est modulée en fonction de la situation personnelle de chaque résident : son état de santé, son autonomie, son degré de vulnérabilité en général. La crise sanitaire, comment affecte-t-elle cette obligation et les mesures préventives à adopter ?

**29.** En premier lieu, il faut dire que la sécurité totale n'existe pas et que la contamination au virus et les préjudices en découlant sont le résultat d'une panoplie de circonstances, parfois cumulatives, qui n'étaient pas toutes sous le contrôle des établissements : les décisions des autorités publiques sur l'acquisition et la distribution des produits de santé, le manque de ressources matérielles et professionnelles dans les hôpitaux, le triage parfois pratiqué, les normes et protocoles adoptés par les régions ou entités infranationales, etc.<sup>35</sup>. Cela établi, des mesures telles que le confinement et la restriction des visites, l'isolement des personnes avec des symptômes compatibles avec l'infection, ou encore les exigences de nettoyage, furent imposées par les autorités publiques.

34 J.A. BADILLO ARIAS, « La responsabilidad empresarial ante la COVID-19 », *op. cit.*, p. 446.

35 Voy. J.A. BADILLO ARIAS, « La responsabilidad empresarial ante la COVID-19 », *op. cit.*, pp. 421-423 ; I. GONZÁLEZ BARRIOS, « Responsabilidad derivada de la gestión de la pandemia COVID-19 en el ámbito de la Administración (apartados I al IV) », *op. cit.*, pp. 287-290, 295-298 ; M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, « Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación », *op. cit.*, pp. 28-29.

Le non-respect de ces consignes serait de nature à constituer une faute du centre d'accueil, ce qui n'implique pas que le seul fait de s'y conformer oblige à tenir pour satisfait le standard de diligence exigible<sup>36</sup>.

Cependant, la sévérité des mesures prises par les autorités a varié avec le temps. Les résidents plus ou moins autonomes bénéficiaient éventuellement de sorties à l'extérieur, où ils pouvaient contracter le virus, comme le souligne le rapport français. Le temps d'incubation empêchait de garantir un contrôle parfait de la santé du résident rentré au centre hébergeur, même si le dépistage massif fut fort encouragé. Dans ces cas, la faute de l'établissement ne se produirait que s'il ne respectait pas les mesures imposées, ou s'il n'adoptait pas de mesures appropriées – celles exigibles ou raisonnables, à déterminer au cas par cas – pour pallier le risque de contamination. Le rapport portugais évoque les « interventions physiques, non-pharmacologiques, nécessaires pour éviter la contamination des personnes hébergées » ou celles nécessaires pour en limiter les effets, ainsi que des défauts de surveillance des résidents ayant pour conséquences leur mise en danger. Le rapport espagnol suit cette même ligne.

Il en va de même pour le Québec : l'enjeu est l'application de règles classiques de responsabilité dans un contexte de crise sanitaire, et notamment la détermination si la gestion des établissements d'accueil fut réalisée conformément à la diligence exigée. Le rapport québécois constate qu'à l'occasion de la crise sanitaire, les autorités publiques promulguèrent certaines directives qui ne furent pas toujours respectées. Sont des cas de figure : le mandat de porter le masque, les restrictions d'accès aux centres, et l'obligation de s'isoler et de ne pas se rendre au travail en cas de test positif à la Covid-19 ou de contact étroit avec une personne qui avait été testée positive<sup>37</sup>. Pourtant, une remarque s'impose : dans quelques pays, l'obligation d'isolement des travailleurs en cas de contact étroit n'existait pas toujours. En Espagne, par exemple, l'article 4, deuxième paragraphe, de l'*Orden* (arrêté) du ministère de la Santé espagnol SND/265/2020 du 19 mars 2020 sur l'adoption de mesures concernant les résidences pour les personnes âgées et les centres socio-sanitaires, face à la crise sanitaire causée par la Covid-19<sup>38</sup>, établissait : « si le personnel sanitaire, soit médical, infirmier ou d'un autre type, a eu un contact étroit avec un cas possible ou confirmé de Covid-19 et ne présente pas de symptômes, il poursuit ses activités normales et continue à surveiller les symptômes »<sup>39</sup>.

36 I. GONZÁLEZ BARRIOS, « Responsabilidad derivada de la gestión de la pandemia COVID-19 en el ámbito de la Administración (apartados I al IV) », *op. cit.*, pp. 299-300.

37 Le rapport québécois ajoute que, au moins apparemment, aucune action individuelle en responsabilité civile n'a été intentée au Québec pour un dommage découlant de ce type de comportements. Des litiges individuels, il y en a eu dans le cadre des relations de travail, c'est-à-dire entre les travailleurs et les employeurs. En ce qui concerne les relations entre les centres d'hébergement et les usagers, il y a eu seulement des actions collectives.

38 *Bulletin Officiel de l'État*, du 21 mars 2020, n° 78, p. 26499.

39 M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, « Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexos causal y criterios de imputación », *op. cit.*, pp. 30-31.

Enfin, le rapport québécois souligne que l'obligation de sécurité est perçue comme une obligation de moyens, elle ne joue le rôle ni d'une présomption légale de responsabilité ni d'une obligation de garantie.

30. Les rapports portugais et espagnol citent deux cas dont les raisonnements peuvent fournir des pistes de réflexion pour les litiges en relation avec la pandémie.

D'une part, l'arrêt de la cour d'appel d'Évora du 14 avril 2020<sup>40</sup> affirma que les établissements d'accueil doivent adopter les mesures nécessaires pour protéger et garantir la sécurité des personnes âgées, d'autant plus s'il s'agit de personnes également dépendantes. Dans cette hypothèse, c'était une femme atteinte de la maladie d'Alzheimer qui est morte par asphyxie pendant la nuit. Il semblerait possible d'extrapoler cette jurisprudence au contexte de la Covid.

D'autre part, l'arrêt de la Cour suprême espagnole (chambre civile) du 11 mars 2020<sup>41</sup> est une bonne illustration de la tendance actuelle de la jurisprudence à renforcer la faute comme un critère pour engager la responsabilité civile, conformément à la règle de base en la matière<sup>42</sup>. On identifie une période, allant des années soixante du XX<sup>e</sup> siècle et jusqu'au début du XXI<sup>e</sup> siècle, où la jurisprudence faisait preuve d'une « objectivation » de la responsabilité pour faute<sup>43</sup>. Cette tendance opérait par le biais de plusieurs voies : une utilisation plus fréquente des présomptions de faute qui renverraient la charge de la preuve, l'élévation du standard de diligence requise, une position plus favorable à apprécier une faute sur la base de la preuve de la causalité, et le renforcement de l'argumentation de la décision judiciaire avec la théorie du risque-profit<sup>44</sup>.

40 N° 1107/16.8T9PTG.E1.

41 ECLI:ES:TS:2020:778.

42 Voy. E. ROCA TRÍAS et M. NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 7<sup>e</sup> éd., Valence, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 25, 28-29, 107-108.

43 La tendance vers l'objectivation de la responsabilité en droit espagnol fut étudiée en détail, notamment par S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Elcano, Aranzadi, 1987, pp. 21-123. Il était également possible d'identifier une tendance à favoriser l'engagement de la responsabilité dans certains domaines contractuels, tels que la prestation de services de santé. Comme l'indique par exemple M.T. ALONSO PÉREZ, « El paralelismo entre obligaciones de medios/resultado y contratos de servicios/obra en las propuestas oficiales de modernización del derecho español », *Revista de Derecho Civil*, 2019, vol. VI, n° 2, pp. 176-177, cette tendance se manifestait notamment par l'utilisation croissante de la doctrine de la faute virtuelle (*daño desproporcionado*, littéralement « dommage disproportionné »), et par la qualification de l'obligation du médecin dans certains cas comme une obligation de résultat. L'auteur constate que la tendance est en retrait dans le domaine contractuel aussi, citant comme illustration les arrêts de la Cour suprême (chambre civile) du 24 novembre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5161) et du 16 novembre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3823).

44 Voy. L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 5, *La responsabilidad civil extracontractual*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2011, pp. 123-131 ; E. ROCA TRÍAS et M. NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 7<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 26-28.

Mais cette approche vers « l'objectivation » n'est plus dominante, comme l'illustre l'arrêt cité. Arrivant même à évoquer un « retour » vers la faute, la Cour suprême déclare : que la responsabilité pour faute fait l'objet d'une exception seulement lorsque la loi le prévoit ; que le caractère anormalement dangereux d'une activité peut justifier le renversement de la charge de la preuve ; et que dans les activités qui ne représentent pas un tel danger, c'est la victime qui doit prouver la faute. En l'espèce, une femme était décédée d'un infarctus quand elle se trouvait seule dans le jardin d'une maison de repos à environ 16 heure ; le personnel de la résidence l'avait vue entre 14 et 15 heure. Il fut considéré qu'aucune preuve n'avait été rapportée que la résidente avait été sans surveillance pendant une longue période ; le temps écoulé entre le dernier contact et le décès ne comportait pas un manque d'attention. La Cour suprême indique que « la gestion d'une maison de repos ne constitue pas une activité anormalement dangereuse » et, même si l'établissement a des obligations de diligence et de soins dans le cadre de la prestation d'hébergement, « cela n'inclut pas l'obligation exorbitante de surveiller les résidents 24 heures sur 24, sans interruption, alors qu'ils ne se trouvent pas dans une situation de danger qui impose un contrôle, une surveillance, ou l'adoption de mesures de soins spéciales ».

La jurisprudence est claire : en principe, la responsabilité des gestionnaires d'un établissement d'accueil de personnes âgées et/ou dépendantes est subjective, charge à la victime de prouver celle-ci conformément aux règles générales, parce qu'une telle activité n'est pas anormalement dangereuse. Cela dit, il y a des auteurs espagnols qui attirent l'attention sur l'admission de la possibilité de renverser la charge de la preuve en raison du caractère anormalement dangereux de l'activité, pour ensuite poser la question de savoir si la crise sanitaire créait ce risque anormal dans la gestion d'une maison de repos. La discussion est sans doute légitime<sup>45</sup>.

**31.** Le rapport français est le seul à mentionner la possible absorption de la causalité par la faute : la violation de ce standard suffirait à établir la causalité entre l'action et le dommage, « à condition d'admettre que le respect [du protocole] permettait d'éviter la survenance du dommage et à condition de prouver ce dommage ». Or, la preuve du dommage trouvera parfois des difficultés, car il faudrait un test ou une autopsie qui permettrait de vérifier la contamination. Pour les personnes vivantes, la réalisation d'un tel test était

45 M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, « Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación », *op. cit.*, p. 31 ; A. MOYA JIMÉNEZ, « La COVID-19 y los consumidores », in J.A. BADILLO ARIAS (dir.), *Las responsabilidades derivadas de la Covid-19*, *op. cit.*, p. 728 ; P. BOTELLO HERMOSA, « El retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil para el Tribunal Supremo y el supuesto de las residencias privadas de mayores en las que hubo brotes de Covid », *op. cit.*, pp. 545-546. Ce dernier auteur répond à la question par la positive et, de manière franche, déclare : « Peut-on douter que la gestion d'une maison de retraite en temps de crise ne soit une activité anormalement dangereuse ? [...] à mon avis, le caractère anormalement dangereux de la gestion d'une maison de retraite à l'époque de la COVID ne fait aucun doute ».

plus ou moins probable – au moins après la première phase, où des tests de dépistage n'étaient pas disponibles – ; mais ce n'était pas le cas des personnes décédées parce que le dépistage *post-mortem* ne fut pas encouragé par les autorités. Quant aux autopsies, elles ne furent pas réalisées dans tous les cas. Dans ces circonstances, la preuve de la causalité serait peut-être à établir par un système de présomptions sur la base d'indices factuels : si la personne décédée subissait des pathologies préalables, ou le taux de mortalité dans le centre en question, parmi d'autres<sup>46</sup>.

Par ailleurs, on ne saurait oublier d'autres dommages subis par un nombre non négligeable de résidents, dont la preuve de la causalité constitue un défi : l'aggravation de pathologies sous-jacentes en raison de la contamination à la Covid-19<sup>47</sup> ; et l'impact psychologique du fait d'avoir, en quelque sorte, cohabité avec des personnes décédées, lorsque les capacités étaient dépassées et leur transfert vers un hôpital ou une morgue n'était pas possible<sup>48</sup>.

32. Enfin, il convient de mentionner que le rapport espagnol inclut quelques observations concernant le standard de diligence à satisfaire par l'établissement. Le critère établi à l'article 1104 du Code civil évoque une diligence en fonction de la nature de l'obligation et des circonstances personnelles, de temps et de lieu ; ce qui dans les milieux professionnels – les cas de figure sont ceux juridiques et sanitaires – mène à parler du standard de la *lex artis ad hoc*. La remarque est tout à fait pertinente parce que, dans un contexte de crise sanitaire, les incertitudes existantes et le manque de ressources – qui affectèrent les acteurs privés aussi bien que les autorités publiques – font que la diligence demandée doit être modulée<sup>49</sup>. La responsabilité civile de l'établissement d'accueil doit donc être déterminée en fonction du type de prestation concernée (une crise sanitaire n'a pas la même incidence sur tous les services à fournir et tous les types d'obligations à exécuter), et sur la base d'un professionnel moyen, bon ou raisonnable, dans les mêmes circonstances. Certains auteurs ne voient pas trop de difficultés à identifier une faute dans la plupart des cas, en raison que fréquemment les centres ne prirent pas « toutes les mesures de précaution et de prévention nécessaires pour empêcher le virus

46 J.A. BADILLO ARIAS, « La responsabilidad empresarial ante la COVID-19 », *op. cit.*, pp. 421, 449-450.

47 Voy. A. MOYA JIMÉNEZ, « La COVID-19 y los consumidores », *op. cit.*, pp. 725-726, 729.

48 J.A. BADILLO ARIAS, « La responsabilidad empresarial ante la COVID-19 », *op. cit.*, p. 422.

49 Pour une approximation à l'obligation (de moyens) des professionnels sanitaires, au standard de la *lex artis*, et à la responsabilité dans ce contexte, voy. F. ADÁN DOMÉNECH, « Conceptualización de la responsabilidad médica y doctrina judicial », in P. IZQUIERDO BLANCO et J. PICÓ I JUNOY (dir.), *La protección del consumidor por mala praxis médica, en centros de salud, psiquiátricos y geriátricos: Aspectos civiles, penales, administrativos y procesales*, *op. cit.*, pp. 92-94. Sur les difficultés pour définir les implications de la *lex artis*, pour les professionnels médicaux, dans un contexte de pénurie de ressources matérielles et humaines comme celui existant tout particulièrement au début de la pandémie, voy. A. MACÍA MORILLO, « Responsabilidad civil en el ámbito sanitario », *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, 2021, n° extraordinario (Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones), t. II (Reacciones y transformaciones en el Derecho Privado), pp. 120-124.

de pénétrer dans la résidence »<sup>50</sup>. Pourtant, l'identification de la crise sanitaire comme un cas de force majeure qui écarte la responsabilité ne serait pas à exclure d'emblée. Or, cette identification n'est pas évidente : la pandémie en tant que telle est imprévisible, mais ses conséquences ne sont pas forcément inévitables<sup>51</sup>.

**33.** Concernant le droit espagnol, il y a encore une remarque à ajouter. Il s'agit d'attirer l'attention sur le régime de responsabilité des prestataires de services prévu aux articles 147 et 148 du texte refondu de la loi générale de défense des consommateurs. La première de ces dispositions contient une responsabilité subjective où la faute est présumée, pour les dommages découlant d'un service défectueux. La responsabilité des prestataires est engagée « sauf s'ils prouvent qu'ils ont respecté les exigences et conditions règlementairement établies, et les autres soins et précautions exigés par la nature du service ». La soumission des maisons de repos à cette règle semble claire<sup>52</sup>. Le second article prévoit, lui, une responsabilité objective dans le cadre des services qui, soit par sa propre nature ou par imposition d'une disposition normative, doivent assurer un certain niveau objectif d'efficacité et de sécurité ; et qui sont soumis à des contrôles techniques, professionnels et systématiques de qualité. Les services sanitaires font partie de l'énumération contenue à l'article 148, mais il faut souligner que la règle est considérée comme applicable aux aspects fonctionnels (d'organisation) de l'attention sanitaire, et non pas aux actes médicaux individuels<sup>53</sup>. Ceux-ci sont soumis au régime général où la responsabilité est fondée sur la faute, le standard de diligence requis étant celui défini par la *lex artis ad hoc*<sup>54</sup>.

**34.** Parmi les voix qui soutiennent que dans la période de la Covid la gestion d'une maison de repos est une activité anormalement dangereuse justifiant le renversement de la charge de la preuve de la faute, quelques-unes vont au-delà et maintiennent que les établissements d'accueil des personnes âgées et/ou dépendantes doivent être soumis à la responsabilité objective de

50 P. BOTELLO HERMOSA, « El retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil para el Tribunal Supremo y el supuesto de las residencias privadas de mayores en las que hubo brotes de Covid », *op. cit.*, pp. 566-571. Voy. ég. J.A. BADILLO ÁRIAS, « La responsabilidad empresarial ante la COVID-19 », *op. cit.*, pp. 438, 446.

51 J.A. BADILLO ÁRIAS, « La responsabilidad empresarial ante la COVID-19 », *op. cit.*, pp. 446, 450-451 ; A. MOYA JIMÉNEZ, « La COVID-19 y los consumidores », *op. cit.*, p. 726.

52 Voy. A. MOYA JIMÉNEZ, « La COVID-19 y los consumidores », *op. cit.*, pp. 726-727.

53 Voy. M.-Á. PARRA LUCÁN, « Comentario al artículo 148 », in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2<sup>e</sup> éd., Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2015, pp. 2106-2108 ; E. ROCA TRÍAS et M. NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, *op. cit.*, pp. 134-135 ; M.T. ALONSO PÉREZ, « El paralelismo entre obligaciones de medios/resultados y contratos de servicios/obra en las propuestas oficiales de modernización del derecho español », *op. cit.*, p. 177 ; P. BOTELLO HERMOSA, « El retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil para el Tribunal Supremo y el supuesto de las residencias privadas de mayores en las que hubo brotes de Covid », *op. cit.*, pp. 548-551.

54 Voy. J. LETE et R. PAZOS, « Intelligence artificielle et médecine. Rapport espagnol », in O. GOUT (dir.), *Responsabilité civile et intelligence artificielle*, Bruxelles, Bruylant, 2022, n<sup>os</sup> 28-29.

l'article 148 du TRLGDCU, au moins pendant la période de la crise sanitaire. Le raisonnement est fondé sur deux piliers<sup>55</sup>. D'une part, l'arrêté du ministère de la Santé espagnol SND/265/2020 du 19 mars 2020 sur l'adoption de mesures concernant les résidences pour les personnes âgées et les centres socio-sanitaires évoquait tout au long de ses dispositions « les résidences pour les personnes âgées et d'autres centres socio-sanitaires » ; permettant de conclure que de telles résidences reçoivent cette qualification. D'autre part, comme nous l'avons dit *supra*, la plupart des contrats de séjour incluent des services de soins médicaux ou un suivi médical et pharmacologique. Cela impliquerait que les maisons de repos soient un *nosocomio*, c'est-à-dire, un lieu où des personnes malades sont traitées et où la transmission de microorganismes pathogènes constitue une hypothèse vraisemblable. Les infections nosocomiales dues à un défaut fonctionnel ou d'organisation sont justement l'un des domaines où la jurisprudence espagnole fait recours à l'article 148 du TRLGDCU<sup>56</sup>.

Pourtant, d'autres auteurs critiquent l'arrêté SND/265/2020 et affirment catégoriquement que la plupart des établissements d'accueil de personnes âgées ne sont pas de centres socio-sanitaires. Même si les conditions de certification des centres les obligent à pouvoir dispenser une assistance sociale et sanitaire appropriée, le service médical et pharmacologique fourni de manière interne est seulement de base. Leurs ressources matérielles et humaines demeurent très limitées<sup>57</sup>. Par conséquent, même si les protocoles dictés par les autorités publiques pourraient déterminer un standard de qualité, d'efficacité et de sécurité à assurer – reprenant les termes de l'article 148 du TRLGDCU –, de nombreux établissements manquaient de moyens pour s'y conformer ; et la réglementation avant la pandémie ne leur obligea pas à avoir de tels moyens. En somme, il est loin d'être atteint le consensus que les maisons de repos sont soumises à la responsabilité objective prévue à l'article 148 du TRLGDCU ; et, en tout état de cause, les décisions prises par les autorités publiques pourraient très bien constituer un *fait du prince* susceptible d'écarter la responsabilité<sup>58</sup>.

55 Ce qui suit est repris de P. BOTELLO HERMOSA, « El retorno a la culpa como fundamento de la responsabilidad civil para el Tribunal Supremo y el supuesto de las residencias privadas de mayores en las que hubo brotes de Covid », *op. cit.*, pp. 551-552, 559-565.

56 Sur l'application de l'article 148 du TRLGDCU aux infections nosocomiales, voy. J. LETE ET R. PAZOS, « Les infections nosocomiales », in *L'indemnisation des victimes d'accidents médicaux en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 244-248. Un autre auteur qui semble favorable à appliquer l'article 148 du TRLGDCU aux établissements d'accueil des personnes âgées, sans faire mention des infections nosocomiales, est A. MOYA JIMÉNEZ, « La COVID-19 y los consumidores », *op. cit.*, p. 727.

57 M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, « Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación », *op. cit.*, pp. 24-25. Voy. ég. J.A. BADILLO ARIAS, « La responsabilidad empresarial ante la COVID-19 », *op. cit.*, pp. 441-442.

58 M.C. GONZÁLEZ CARRASCO, « Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexo causal y criterios de imputación », *op. cit.*, pp. 31-32. Voy. aussi J.A. BADILLO ARIAS, « La responsabilidad empresarial ante la COVID-19 », *op. cit.*, pp. 451-452.

Passons à analyser la problématique autour du contenu du contrat qui se rattache aux droits et libertés fondamentaux de la personne hébergée, terrain où l'ordre public est appelé à jouer un rôle important.

## B) Les droits et libertés fondamentaux des résidents

35. Quand on réfléchit au traitement juridique des personnes âgées et/ou dépendantes, plusieurs principes viennent immédiatement à l'esprit. Nul doute qu'il y a une superposition d'objectifs, individuels et collectifs, car la cohésion sociale et la solidarité intergénérationnelle coexistent avec des idées plus focalisées sur l'individu, telles que la valeur de chaque personne : sa dignité, son intégrité ou sa privacité en sont des composantes à ne pas méconnaître.

36. Pour essayer de limiter les effets catastrophiques de la pandémie, les autorités publiques approuvèrent de nombreuses mesures, dont les confinements et les restrictions des visites aux proches et amis, y compris des restrictions d'accès aux établissements d'accueil de personnes âgées et/ou dépendantes et la limitation ou encore la suppression des sorties de personnes hébergées dans ces centres. Un risque évident était que les autorités publiques allaient trop loin au moment de restreindre les libertés individuelles. Or, ces excès étaient une possibilité non seulement dans le cadre de l'action publique, mais aussi dans les mesures adoptées par des acteurs privés, dont les maisons de repos. L'isolement et la privation de la liberté de mouvement, qui touchent les droits fondamentaux et pourraient constituer une sorte de maltraitance au sens large, ne sont pas sans incidence sur la santé des individus ; comme rappelle fort opportunément le rapport français.

37. À propos de cette question, c'est justement le rapport de droit français qui soulève le plus grand nombre de points. Il est le seul texte à faire des observations générales concernant l'interaction entre les droits fondamentaux et le contrat. Trois idées préliminaires sont à noter. *Primo*, comme il est évident, les droits fondamentaux sont à respecter dans tous les cas, qu'un contrat ait été conclu ou non. *Secundo*, il y a une partie de la doctrine qui considère que le volet « personnel » des droits fondamentaux fait que ceux-ci fuient du contrat, institution plus liée à une dimension patrimoniale. La conséquence d'une telle approche serait que toute violation d'un droit fondamental, même causée à l'occasion ou dans le cadre d'une relation contractuelle, serait à résoudre sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle. *Tertio*, le contenu du contrat peut inclure des stipulations qui affectent les droits fondamentaux de la personne concernée ou qui modulent leur exercice, et le principe de proportionnalité s'impose dans tous les cas. L'article 5.4 du Traité de l'Union européenne dit qu'« en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ». Dans notre domaine, on pourrait affirmer que le contrat ne saurait établir des limitations aux droits

fondamentaux du résident qui excèdent ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs légitimes poursuivis par le rapport d'obligation.

**38.** Toujours sur le plan de la relation entre le contrat et les droits fondamentaux, la rapporteuse française évoque deux voies de contractualisation de ces derniers dans le domaine couvert par cette contribution. D'une part, une annexe au contrat de séjour. Toute restriction doit être nécessaire et dans l'intérêt de la personne concernée, satisfaisant une analyse bénéfices-risques. D'autre part, le Conseil de la vie sociale : un organe institué « afin d'associer les personnes bénéficiaires des prestations au fonctionnement de l'établissement ou du service »<sup>59</sup>, dont la présence est imposée dans les établissements concernés dans cette synthèse, et visant à garantir la participation collective des usagers<sup>60</sup>. À la lecture du rapport français, les résultats de l'action des Conseils de la vie sociale lors de la crise sanitaire de la Covid-19 ne peuvent pas être qualifiés comme satisfaisants. Outre les « dysfonctionnements » que plusieurs acteurs ont soulignés, les Conseils donnèrent un avis favorable à des limitations qui dépassaient les contours admissibles. S'il y a des normes dictées par les autorités publiques qui ont fortement limité la liberté de mouvement et dont la justification ou l'ampleur étaient douteuses, dans quelques établissements d'accueil les résidents subirent des restrictions même s'il n'y avait pas de norme de base pour les fonder.

**39.** D'autres atteintes potentielles aux droits fondamentaux des résidents dans les maisons de repos se rattachent aux interventions corporelles, qu'elles soient pharmacologiques ou non. Cette hypothèse est commentée par les rapporteurs français, portugais et espagnol. En principe, le consentement du résident ou de ses représentants est nécessaire pour réaliser des tests afin de vérifier la contamination de la personne concernée, tout comme pour la vacciner. Y procéder sans l'assentiment pertinent entraîne un préjudice dont l'établissement est responsable. Cela dit, la responsabilité peut très bien découler également d'une omission, par exemple « ne pas proposer aux personnes hébergées une intervention pharmacologique recommandée » – pour reprendre les mots du rapport portugais –, bien qu'une analyse bénéfices-risques aboutirait parfois à la justification de l'omission et donc à l'exclusion de la responsabilité.

**40.** Le rapport espagnol met l'accent sur le changement d'approche de ce droit national des personnes vulnérables, à la suite de la réforme normative opérée par la loi 8/2021 du 2 juin 2021 réformant la législation civile et procédurale pour soutenir les personnes handicapées dans l'exercice de leur capacité juridique. Après la réforme, le principe qui préside le système est le respect

59 Art. L311-6 du Code de l'action sociale et des familles.

60 Aux termes de l'article D311-15 du Code de l'action sociale et des familles : « I.- Le conseil exerce les attributions suivantes : 1° Il donne son avis et peut faire des propositions sur toute question intéressant le fonctionnement de l'établissement ou du service notamment sur les droits et libertés des personnes accompagnées [...] ».

de la volonté, des désirs et des préférences de la personne protégée, que l'exercice de l'accompagnement doit toujours assurer (art. 249 et 250 du C. civ.). Avant la réforme, le principe qui présidait le système était plutôt l'intérêt supérieur de la personne concernée (ancien art. 215 du C. civ.), même si les tuteurs devaient exercer leur fonction en conformité avec la personnalité de la personne mise sous tutelle, respectant leur intégrité physique et psychologie (ancien art. 268 du Code).

**41.** C'est en raison de l'intérêt supérieur de la personne que des tribunaux espagnols statuèrent en faveur de la vaccination de résidents dont la capacité cognitive se trouvait atténuée, malgré l'opposition de leurs proches. Un litige a été porté jusqu'à la Cour constitutionnelle espagnole, qui, dans un arrêt du 20 avril 2023<sup>61</sup>, soutint les décisions de la Cour de première instance et de la cour d'appel favorables à la vaccination d'une femme âgée de 85 ans, résidente dans un centre socio-sanitaire, atteinte de la maladie d'Alzheimer, et qui n'avait exprimé aucune volonté à cet égard par le passé. Son fils – et tuteur – s'y opposait sur la base de plusieurs arguments : que la vaccination en Espagne est volontaire et de ce fait les autorités publiques ne sauraient l'imposer à une personne handicapée, qui jouit par ailleurs d'un droit fondamental à l'intégrité physique dont le contenu inclut le pouvoir d'accepter ou de refuser la vaccination ; qu'en réalité il ne s'agit pas d'un « vaccin » mais d'un médicament de thérapie génique, confusion terminologique créée délibérément pour se soustraire aux exigences de la législation sur les médicaments ; que la vaccin ou médicament est expérimental et ne garantit pas une immunité pour une durée précise, tandis qu'il a de nombreux effets indésirables auxquels il ne conviendrait pas d'exposer la femme ; et que celle-ci avait survécu à quatre vagues, à des moments de la crise sanitaire plus durs, sans avoir besoin d'un vaccin, ce qui rendait illogique la vaccination dans une scène plus favorable. Or, les tribunaux inférieurs ne furent pas du même avis que le requérant, et la Cour constitutionnelle confirma leur approche.

**42.** La Cour évoque le caractère général du refus de l'administration du vaccin initialement exprimé par le fils et tuteur de la personne concernée : un tel refus reflétait sa position personnelle, contraire à la vaccination en général et non seulement au vaccin contre la Covid-19. Le caractère ferme et intransigeant d'une telle position, en l'absence d'une argumentation appréciable – qui apparemment fut développée postérieurement au cours de la procédure judiciaire –, pourrait porter atteinte aux intérêts de la personne handicapée. La Cour continue en indiquant que le tribunal de première instance avait réalisé une balance des circonstances en jeu, prenant en considération les critères et les éléments pertinents. D'une part, la protection de la santé de la personne handicapée devait s'ériger en principe de base inspirant la décision du tribunal. Et, d'autre part, les implications du point de vue de la santé publique n'étaient

61 ECLI:ES:TC:2023:38.

pas évidentes, ce qui empêchait une analyse exhaustive de cette perspective ; en plus, la vaccination en Espagne a un caractère volontaire. La cour d'appel confirma que la perspective à adopter était celle individuelle de la personne concernée, afin de chercher la meilleure solution pour sa santé, écartant toute autre considération. Par conséquent, dans une première étape, le but poursuivi était légitime et les tribunaux inférieurs l'identifièrent correctement, l'intervention physique trouvant ainsi une couverture légale.

Puis, dans une deuxième étape, les critères de mise en balance utilisés par les tribunaux furent totalement adaptés à l'objectif de protection des intérêts de la personne vulnérable, étant clairement définis dans les décisions attaquées : la fiabilité du vaccin, associée à son approbation par les agences pertinentes ; le maintien de la marge de risque du vaccin dans les limites habituelles des autres vaccins recommandées par les autorités sanitaires ; le niveau élevé de risque pour la personne concernée en raison notamment de son âge et du fait d'habiter dans une maison de repos, centres où les taux d'infection et de mortalité étaient spécialement élevés ; l'absence de contre-indications spécifiques pour la personne handicapée ; la probabilité supérieure de se contaminer au virus plutôt que de subir les conséquences des effets indésirables potentiels ; et le fait que ne pas se vacciner comporterait une limitation de sa capacité à interagir avec des tiers dans la maison de repos, appauvrissant sa vie quotidienne.

43. Enfin, il faut noter que, par un arrêt du 6 novembre 2023, la Cour constitutionnelle espagnole réaffirma sa jurisprudence concernant la vaccination, cette fois par rapport à une mineure âgée de 11 ans et dont les parents divergeaient : le père était favorable à la vaccination de la fillette, tandis que la mère s'y opposait. Les tribunaux statuèrent en faveur de la position du père, et la mère introduit un recours devant la Cour constitutionnelle, qui le rejeta<sup>62</sup>.

---

62 Arrêt n° 148/2023 (ECLI:ES:TC:2023:148).



**Chapitre 2.**  
**La responsabilité civile des établissements  
d'accueil de personnes âgées  
et/ou dépendantes**  
**Rapport français**

---

**Laurence GATTI**

*Maitre de conférences à l'Université de Poitiers, Institut Jean Carbonnier*

En droit français, l'accueil des personnes âgées et/ou dépendantes est organisé par le Code de l'action sociale et des familles. La loi énumère les établissements et services médico sociaux qui mettent en œuvre l'action sociale et médico-sociale<sup>1</sup>.

Les établissements et services accueillant des personnes âgées peuvent être identifiés au regard des catégories fixées par cette liste, qui laisse place à la variété et à l'évolution toujours possible des dénominations. La notion de dépendance nécessite en revanche une précision liminaire. En effet, l'avancée en âge n'implique pas nécessairement la dépendance et il faut se garder de toute confusion entre ces situations, en un temps où l'âge fait l'objet d'une attention accrue – dans le contexte d'un pays vieillissant – : l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) signale que les catégories fondées sur l'âge « ignorent la grande diversité des aptitudes à un âge donné et peuvent conduire à des réponses simplistes fondées sur des stéréotypes liés à l'âge »<sup>2</sup>. La dépendance n'est ni la maladie, ni le handicap. Elle a été définie, par une loi de 1997, comme « l'état de la personne qui, nonobstant les soins qu'elle est susceptible de recevoir, a besoin d'être aidée pour l'accomplissement des actes essentiels de la vie ou requiert une surveillance régulière »<sup>3</sup>. Plus tard, la notion de perte d'autonomie lui a été substituée<sup>4</sup>. Le seuil d'âge opère, malgré de nombreuses critiques : si la situation nécessitant un accueil est apparue avant l'âge de 60 ans, alors la personne concernée relève de la politique du handicap ; si la situation est survenue après l'âge de 60 ans, alors la personne est dite dépendante et la dépendance s'apprécie en niveaux, selon une grille nationale<sup>5</sup>.

Le présent rapport traite des structures accueillant des personnes âgées, dépendantes ou non, parmi lesquelles : des résidences autonomie, des établissements d'hébergement pour personnes âgées, dépendantes (EHPAD) ou non (EHPA), des petites unités de vie, parmi lesquelles on peut trouver, par exemple, les maisons d'accueil rurales pour personnes âgées (MARPA) ou des résidences-services. Des solutions d'accueil temporaire ont par ailleurs été développées, sous la forme d'accueil de jour ou d'hébergement temporaire.

La qualification de la relation entre les établissements et leurs usagers suscite la discussion depuis une vingtaine d'années<sup>6</sup>. Si la relation n'est pas

1 CASF, art. L. 312-1.

2 OMS, Rapport du Secrétariat WHA69/2016/REC/1, Action multisectorielle pour une approche du vieillissement en bonne santé prenant en compte toutes les étapes de la vie : projet de stratégie et de plan d'action mondiaux sur le vieillissement et la santé, 2016.

3 Loi n° 97-60 du 24 janvier 1997 tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance.

4 Loi n° 2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie.

5 CASF, annexe 2-I : grille nationale AGGIR (Autonomie, Gérontologie, Groupes Iso-Ressources).

6 Depuis la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

toujours ou pas complètement de nature contractuelle, elle est d'ambiance contractuelle (I), ce qui interroge les différentes conceptions de la responsabilité (II).

## I. Vive le contrat entre les usagers et les établissements ?

La loi de rénovation de l'action sociale a des finalités individuelles et collectives. Au-delà de l'encadrement des projets élaborés pour chaque usager, elle affirme un objectif de cohésion sociale et soutient la citoyenneté. C'est une réforme juridique, mais aussi politique (et budgétaire), voire philosophique, au moins dans son objectif de définition et de promotion des droits fondamentaux. On place l'usager au cœur de l'action sociale et les instruments qui formalisent ce choix sont, au plan individuel, le contrat et, au plan collectif, le conseil de la vie sociale. La notion de contrat, utilisée à des fins psychologiques, se heurte au fait que les gestionnaires sont tantôt des personnes morales de droit public, tantôt des personnes de droit privé ainsi qu'aux difficultés concrètes de formation d'un acte juridique par un usager vulnérable ou fragile. L'idéal du contrat n'empêche par l'incertitude de son existence (A) et, malgré les affichages politiques, invite à questionner sa validité (B).

### A) L'existence incertaine du contrat

L'hébergement d'une personne âgée impose la conclusion d'un contrat de séjour ou d'un document individuel de prise en charge conforme aux exigences du Code de l'action sociale et des familles<sup>7</sup>, sous peine d'amende administrative<sup>8</sup>.

À première vue, la relation entre l'établissement et l'usager est de nature contractuelle et la première condition de la responsabilité civile contractuelle est remplie. Cependant, le contrat de séjour n'est pas toujours conclu ou n'a pas toujours pour effet de créer une relation contractuelle. Le contrat peut d'abord être remplacé par un document individuel de prise en charge, dont la qualification demeure incertaine, ce qui est finalement sans incidence quand le fait matériel de l'admission suffit à fonder le contrat. Ce dernier peut aussi être conclu par une personne publique, chassant sa qualification contractuelle malgré sa dénomination. Autant dire que la complexité règne sur la qualification de la relation entre usager et établissement.

Le contrat de séjour doit être établi lors de l'admission, remis dans le délai de quinze jours à l'usager et signé dans le mois suivant l'admission. Les objectifs et prestations peuvent être précisés dans le délai de six mois et doivent être

7 CASF, art. L. 311-4.

8 CASF, art. L. 314-14.

actualisés chaque année<sup>9</sup>. Son contenu est défini réglementairement. La qualification contractuelle de la relation entre les usagers et les établissements de droit privé ne fait pas difficulté.

Lorsque le résident refuse la signature du contrat, l'établissement doit établir un document individuel de prise en charge, dont le contenu est pour l'essentiel le même que celui du contrat. Ce document peut être signé par le résident<sup>10</sup>. Si l'établissement est public, l'acte est un acte administratif unilatéral relevant du juge administratif<sup>11</sup>. Si l'établissement est privé, le doute est possible. Le refus de signature n'est pas le seul cas d'établissement du document individuel de prise en charge. Ce document remplace également le contrat dans d'autres cas : lorsque la prise en charge ne nécessite pas de séjour ou des séjours inférieurs à deux mois par exemple. Pourtant, ce qui est en cause est le séjour, non le contrat, dont l'exclusion n'est pas pertinente, le recours au document pouvant alors être jugé injustifié et semblant faire un partage entre usagers placés dans une relation contractuelle et usagers placés dans une situation réglementaire. La contractualisation est ainsi jugée douteuse, malgré l'idéal d'une relation consentie et égalitaire avec l'usager<sup>12</sup>.

Pour autant, hors décision de l'autorité publique et même en l'absence de contrat, la Cour de cassation a admis que la responsabilité d'une association à l'égard de ses pensionnaires ne pouvait être que contractuelle<sup>13</sup> : le séjour fait le contrat<sup>14</sup>. Le résident est présent dans l'établissement, donc il est engagé dans une relation contractuelle (comme dans le domaine médical). L'établissement d'un document individuel de prise en charge n'écarter pas la nature contractuelle de la responsabilité, par application de l'article 1100-1 du Code civil selon lequel les actes juridiques, conventionnels ou unilatéraux, obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.

Lorsqu'un service public administratif est en cause, sa responsabilité ne saurait être contractuelle. C'est l'enseignement que l'on tire, peut-être hâtivement, d'une décision du Conseil d'État de 2017<sup>15</sup> portant sur une prestation d'aide à domicile délivrée par un Centre communal d'action sociale (établissement public administratif). La portée de cette décision aurait pu être nuancée en cas d'hébergement, mais la Cour administrative de Nancy, en 2011, à l'égard d'une personne hébergée dans un établissement médico-social dépendant d'un centre hospitalier, a jugé que l'existence d'un contrat de séjour ou

9 CASF, art. D. 311.

10 *Ibid.*

11 V° « Établissements et services sociaux », *Rép. resp. puiss. publ.* Dalloz, Paris, Dalloz, 2020, n° 29.

12 A. BEN ABDALLAH, « Le document individuel de prise en charge : du contractuel à l'unilatéral », *RD sanit. soc.*, 2012, p. 18.

13 Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 12 mai 2005, n° 03-17.994.

14 O. POINSOT, « Admission, contrat de séjour et obligation de sécurité », *JCP A*, 11 septembre 2006, n° 37, p. 1201.

15 C.E. (7<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> ch. réun.), 5 juillet 2017, n° 399977.

d'un document individuel de prise en charge était sans incidence. Qu'importe, selon le juge administratif : aucun des deux ne peut faire naître une situation contractuelle<sup>16</sup>. Le régime unitaire qui pourrait avoir été souhaité par le législateur de 2002<sup>17</sup> est mis à mal par le Conseil d'État. Cette position accrédite l'idée que l'usage de la notion de contrat dans le champ de l'action sociale est abusif ou seulement pédagogique<sup>18</sup>. Le rejet de la qualification contractuelle n'est pas unanimement partagé et, surtout, elle est critiquable car les contrats passés par les personnes publiques ne se distinguent pas de ceux passés par les personnes privées. Leur mission est d'intérêt général et d'utilité sociale<sup>19</sup>, non de service public, et les exigences de sécurité, de qualité ou de lutte contre la maltraitance sont semblables. On peut également s'interroger sur la soumission des établissements publics à la réglementation des clauses abusives<sup>20</sup>. La qualification de contrat de droit privé relevant du juge judiciaire a pour cela été proposée par la doctrine<sup>21</sup>.

## B) La validité contestable du contrat

Cette question pourrait être évacuée d'emblée si le seul fait de l'admission est un fait générateur de contrat. Elle conserve cependant son intérêt et le contrat, lorsqu'il est formalisé, reste sujet à critique. Le contenu, en ce qu'il détermine les obligations et le traitement de l'inexécution, sera examiné plus loin. Il n'est pas toujours licite et l'on observe des annulations de clauses maintenues par les gestionnaires malgré leur non-conformité avec les dispositions en vigueur<sup>22</sup>. Ce qui fait difficulté est le consentement du résident d'une part et le pouvoir du signataire d'autre part.

Le Code de l'action sociale et des familles encadre le consentement par des règles spéciales. Le contrat doit être élaboré avec la participation du résident en tenant compte d'une mesure de protection juridique des majeurs le cas échéant. Au cours d'un entretien, le directeur de l'établissement doit

16 C.A.A. Nancy, 30 mai 2011, *Centre hospitalier de Gérardmer*, n° 10NC01016.

17 La loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale devançait de quelques semaines la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui créait un régime spécial de responsabilité des établissements pour faute.

18 Voy. concl. PELLISSIER sur C.E., 5 juillet 2017 : les « intitulés administratifs » ne lient pas le juge et ce qui justifie le terme de « contrat de séjour », c'est la transparence : on veut informer précisément l'usager sur sa situation.

19 L'action sociale et médico-sociale « s'inscrit dans les missions d'intérêt général et d'utilité sociale » (CASE, art. L. 311-1).

20 J.-M. AUBY, « Les contrats d'hébergement des personnes âgées », *RD sanit. soc.*, 1994, p. 519, citant C. BETTINGER, « L'introduction des clauses abusives dans le droit des services publics : une révolution aux suites multiples », *Dr. adm.*, 1993, n° 10, p. 9. La Commission des clauses abusives entend bien pouvoir proposer des modifications réglementaires.

21 V° « Établissements et services sociaux », *Rép. resp. puiss. publ. Dalloz, op. cit.*, n° 30.

22 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 3 novembre 2016, n° 15-20.621 : à propos du délai de restitution du dépôt de garantie. La Cour évoque « l'intérêt général pris en compte par le code de l'aide sociale et par le règlement départemental ».

rechercher le consentement du résident, au besoin avec le médecin coordonnateur et, éventuellement, en présence de la personne de confiance, dont la désignation doit être facilitée préalablement<sup>23</sup>. Le directeur délivre une information sur les droits du résident et s'assure de leur compréhension<sup>24</sup>. On observe ici une procéduralisation forte mais toute théorique. Le Défenseur des droits constate en effet de fréquents manquements sur l'information délivrée – des documents réglementaires ne sont pas remis, des éléments de tarification ne sont pas communiqués, le dispositif d'aide sociale à l'hébergement n'est pas présenté –, sur l'évaluation de l'aptitude à consentir, la formalisation du consentement ou le défaut de pouvoir des signataires<sup>25</sup>. En 2023, les recommandations du Défenseur des droits (réaliser des audits externes, rendre accessibles les documents réglementaires et sensibiliser les professionnels, résidents et proches sur la personne de confiance) demeurent sans réponse<sup>26</sup>. De nombreux contrats signés par des résidents pourraient bien tomber faute de consentement.

Par ailleurs, la capacité du résident peut être restreinte par une décision de justice ordonnant une mesure de protection et donnant pouvoir d'assistance ou de représentation à un tiers. Un mandataire spécial dans le cadre d'une sauvegarde de justice ou une personne habilitée dans le cadre d'une habilitation familiale peut ainsi avoir reçu le pouvoir de signer un contrat de séjour, un curateur peut avoir été autorisé à conclure seul ce contrat ou bien, en tutelle, le tuteur représente le résident. Sans restriction de capacité du représenté, un mandataire de protection future peut aussi avoir reçu ce pouvoir. Ces règles ne doivent pas faire oublier le principe selon lequel « la personne protégée choisit le lieu de sa résidence »<sup>27</sup>. La personne chargée d'une mesure de protection qui ne tiendrait pas compte de la volonté de la personne protégée n'exécuterait pas correctement son mandat. Hors mandat, sans volonté de la personne protégée ou sans décision de justice donnant pouvoir, le contrat ne peut pas être signé par un tiers, fût-il animé des meilleures intentions<sup>28</sup>.

La nullité du contrat et l'application dans ce cas de la responsabilité extra-contractuelle n'est pas une vue de l'esprit<sup>29</sup>. En pratique, les actions sont engagées sur le terrain contractuel. La validité du contrat n'est pas contestée parce que le demandeur est souvent le signataire, ou parce qu'il aurait pu introduire une demande de protection mais ne l'a pas fait, fermant la voie à la contestation après le décès du résident qui aurait signé le contrat sans le vouloir

23 CASF, art. D. 311-0-4.

24 CASF, art. L. 311-4.

25 Rapp. Déf. droits, *Les droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD*, mai 2021.

26 Déf. droits, *Suivi des recommandations du rapport sur les droits fondamentaux des personnes âgées accueillies en EHPAD*, janvier 2023.

27 C. civ., art. 459-2.

28 Colmar, 13 mai 2022, n° 20/01556.

29 Paris, 15 décembre 2022, n° 19/03268.

ni même le comprendre<sup>30</sup>. L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou en dépassement de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le contractant a pu légitimement croire en la réalité des pouvoirs<sup>31</sup>. Il est difficile d'admettre qu'un établissement ne vérifie pas les pouvoirs, ce qui serait négligent et même fautif, de la part d'un professionnel. Mais l'établissement qui demanderait confirmation des pouvoirs au représenté, ainsi que le suggère le Code civil<sup>32</sup>, risquerait bien de ne pas recevoir de réponse en raison de l'état d'incapacité où il peut se trouver. De plus, la solution ne vaudrait que pour un mandat de protection future puisque le texte ne vise que la représentation conventionnelle. L'inopposabilité permettrait au résident d'écarter des clauses limitatives de responsabilité. Si on présume que l'établissement savait que le représentant ne disposait pas du pouvoir de signer le contrat, alors il ne peut invoquer la nullité et, finalement, le résident dispose d'une option : il peut se prévaloir du contrat.

Un établissement d'hébergement doit vérifier les pouvoirs. Les mesures de curatelle et de tutelle lui sont opposables dès que les formalités de publicité sont accomplies<sup>33</sup>. C'est moins simple pour l'habilitation familiale car seules les habilitations générales font l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance dans les mêmes conditions. Certaines mesures peuvent être clandestines<sup>34</sup> ou confidentielles, comme la sauvegarde de justice, mentionnée sur un registre tenu par le procureur, communicable exclusivement aux autorités judiciaires et à certaines personnes (proches ou professionnels du droit pour certains actes relevant de leurs fonctions)<sup>35</sup>. La connaissance d'une représentation judiciaire est importante car elle dessaisit le représenté<sup>36</sup> : le résident perd donc la capacité de signer lui-même son contrat de séjour. C'est critiquable mais c'est ainsi, faute de disposition spéciale qui donnerait effet à sa volonté compte tenu de la nature personnelle de la décision d'entrer en établissement. Le Code de l'action sociale pourrait sur ce point s'inspirer du Code de la santé publique dans sa rédaction modifiée en 2020<sup>37</sup>, qui tient compte de la situation de fait de la personne et de son aptitude à exprimer sa volonté, qui neutralise le pouvoir de représentation du protecteur judiciaire<sup>38</sup>.

30 C. civ., art. 414-2.

31 C. civ., art. 1156.

32 C. civ., art. 1158.

33 C. civ., art. 444.

34 Il n'existe toujours pas de registre assurant la publicité du mandat de protection future malgré la promesse de l'article 477-1 du Code civil, issu de la loi 2007-308 du 5 mars 2007. Les notaires ne désemparent pas (CSN, *Lever les freins au développement du mandat de protection future : les propositions du notariat*, octobre 2022) : ils proposent des solutions et l'interconnexion des registres de publicité des mesures, y compris conventionnelles.

35 C. proc. civ., art. 1251-1.

36 C. civ., art. 1159.

37 Ordonnance n° 2020-232 du 11 mars 2020 relative au régime des décisions prises en matière de santé, de prise en charge ou d'accompagnement social ou médico-social à l'égard des personnes majeures faisant l'objet d'une mesure de protection juridique.

38 C. santé pub., art. L. 1111-4.

L'éviction du contrat permet de dépasser les limitations de responsabilité. Et la nullité peut être admise de nombreuses années après l'admission. La cour d'appel de Paris a ainsi jugé qu'en raison de son « état de dépendance physique totale et continu », la résidente était dans l'impossibilité d'agir aux fins de voir constater la nullité de son contrat de séjour, « impossibilité non seulement physique et matérielle, mais également psychologique dès lors qu'elle pouvait craindre, même à tort, qu'une action quelconque de sa part pouvait entraîner une action en réponse de la part de la maison de retraite qui l'aurait placée dans une situation particulièrement difficile ». La prescription se trouve ainsi suspendue à son égard. Selon la cour, le Code de l'action sociale n'envisage pas la nullité du contrat mais ses dispositions ont pour finalité « la protection des personnes âgées vulnérables et de leurs droits fondamentaux et constituent un ordre public de protection [...] de sorte que le contrat qui les méconnaît encourt la nullité ». La nullité est prononcée et l'arrêt suggère qu'elle pourrait l'être dans bien d'autres situations en se référant à une enquête du Défenseur des droits dont il ressort que, dans la société mise en cause, « les contrats de séjour n'étaient pas systématiquement signés »<sup>39</sup>.

La qualification de la relation, première condition de la responsabilité contractuelle, peut être remplie. Encore faut-il que l'obligation violée corresponde à un manquement contractuel.

## II. Feu les artifices de la responsabilité contractuelle ?

Les contrats formalisent la relation et définissent les obligations des contractants, dans le respect de l'ordre public et des droits fondamentaux, dont l'effet horizontal limite la liberté contractuelle. Entre ordre public traditionnel et ordre public singulier des droits fondamentaux, le contenu du contrat se définit et s'interprète différemment selon que sont en cause les prestations servies (A) ou les droits et libertés de l'usager (B).

### A) La réglementation du contenu organisationnel et fonctionnel

Les obligations qui figurent dans l'acte juridique qui formalise la relation entre le résident et l'établissement sont énumérées par le Code de l'action sociale et familiale. Il organise la relation en prévoyant notamment les conditions de sa révision, de sa résiliation, ou de la cessation des mesures qu'il prévoit. Cet acte (contrat ou document individuel) définit les objectifs de la prise en charge<sup>40</sup>. Les contrats diffusés visent le maintien de l'autonomie, un accompagnement individualisé, des actions d'assistance et de soins, sans spécificité selon que l'établissement est public ou privé. Les prestations portent sur l'administration (frais de dossier, de correspondance...), l'accueil hôtelier,

<sup>39</sup> Paris, 15 décembre 2022, n° 19/03268.

<sup>40</sup> CASF, art. D. 311.

la restauration, le blanchissage, la coiffure, la pédicure, les animations... Ces prestations correspondent à un « socle »<sup>41</sup> défini réglementairement<sup>42</sup> et dont la liste a été complétée pour les EHPAD et les résidences autonomie après la publication du livre *Les Fossoyeurs*<sup>43</sup>, et les révélations des pratiques illégales et scandaleuses d'ORPEA<sup>44</sup>, qui ont donné lieu à un rapport conjoint de l'Inspection générale des finances (IGF) et de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) paru en mars 2022. Ce rapport souligne l'insuffisance de la « culture du signalement » des événements indésirables, ce qui laisse deviner un chiffre noir important des manquements contractuels ou des comportements fautifs. Pour ces prestations, le traitement de l'inexécution contractuelle s'applique sans difficulté aux établissements privés et l'on voit assez mal ce qui pourrait justifier une solution différente pour les établissements publics. Le contenu obligationnel est largement imposé par les textes. La mauvaise qualité des plats servis (repas inadaptés, hydratation incorrecte) ou du nettoyage du linge, l'absence d'animations par exemple, peuvent être reprochés aux établissements et le sont fréquemment, parfois contentieusement. Si le contrat est valable, la responsabilité est contractuelle.

Si le contrat n'est pas valable, les plaintes formulées peuvent être traitées sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle<sup>45</sup>. Les inspections des Agences régionales de santé, comme les interventions du Défenseur des droits, les rapports des inspections ministérielles et le contexte social dénonçant les mauvaises pratiques, exercent une influence sur l'appréciation des faits imputés à l'établissement, à titre de preuve. La responsabilité extracontractuelle peut être engagée lorsque la personne n'a pas encore conclu le contrat de séjour, parce qu'elle subit un dommage à l'occasion d'une visite préalable à l'admission. Il y a encore place pour cette responsabilité lorsque des tiers se plaignent d'un préjudice causé à l'occasion d'une visite au résident ou par un manquement au contrat auquel ils ne sont pas parties.

Outre les obligations définies contractuellement, dont l'énumération est standardisée mais le détail personnalisé (la personne a le libre choix des prestations, le droit à un accompagnement individualisé de qualité et doit pouvoir participer à la conception et à la mise en œuvre de son projet d'accueil<sup>46</sup>), le contrat fait naître entre les parties des obligations accessoires imposées par la jurisprudence ou par la loi. Dans le domaine de la protection juridique des majeurs, la Cour de cassation est allée jusqu'à imaginer une obligation de « veiller au bien-être et à la sécurité de l'incapable » à la charge d'un service

41 CASF, art. L. 314-2.

42 CASF, Annexes 2-3-1 et 2-3-2.

43 V. CASTANET, *Les fossoyeurs*, Paris, Fayard, 2022, 390 p.

44 ORPEA S.A. est une société française spécialisée dans l'accompagnement du grand âge. Son nom commercial est l'acronyme d'Ouverture, Respect, Présence, Écoute, Accueil.

45 Paris, 15 décembre 2022, n° 19/03268.

46 CASF, art. L. 311-3.

mandataire judiciaire<sup>47</sup>. En hébergement de personnes âgées, une obligation est souvent en cause : il s'agit de l'obligation de sécurité.

Sur ce point, la pandémie de maladie à coronavirus (Covid-19) déclarée en décembre 2019 qui a conduit à l'état d'urgence, a confronté les établissements à de nouveaux risques et à la question de savoir si la contamination d'un résident peut être reprochée à un établissement. Ce contexte a peut-être permis le dépassement du débat sur la qualification du contrat de séjour. La Cour de cassation avait déjà exclu la qualification de bail<sup>48</sup> (dans lequel le bailleur n'est pas tenu d'une obligation de sécurité) en ébauchant un régime unitaire de responsabilité sans cependant le définir positivement. Le contrat de séjour est complexe, *sui generis*<sup>49</sup>, mais, faute de disposition spéciale et en raison du refus de la Cour de cassation de faire une application distributive des prestations, se voit appliquer les règles du droit commun de la responsabilité contractuelle, conformément à l'article 1105 du Code civil. C'est la prise en charge associée à l'hébergement qui fait la spécificité du contrat de séjour, en exécution duquel l'établissement a une juste obligation de vigilance<sup>50</sup>, modulable selon la situation du résident.

La population des personnes âgées est en effet d'une grande diversité. La situation du résident module les obligations de l'établissement. C'est en cela que le projet personnalisé est utile<sup>51</sup>, parce que l'on veut le *co-construire* avec le résident, prendre en compte ses attentes, définir des prestations ou des activités individuelles et collectives adaptées, inclure toutes les dimensions de la prise en charge. La vulnérabilité personnelle du résident est un facteur d'intensification des obligations de l'établissement. La jurisprudence en témoigne : l'état de santé de l'usager est un élément d'appréciation du manquement à l'obligation de sécurité d'un centre d'accueil<sup>52</sup>.

47 Ces services sont des services médico-sociaux relevant de l'article L. 312-1 du CASF. Ils ne sont pas spécifiquement destinés à protéger des personnes âgées mais exercent des mesures de protection ordonnées pour des majeurs souffrant d'une altération de leurs facultés les empêchant de pourvoir seuls à leurs intérêts.

48 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 3 décembre 2020, n° 20-10.122 : « le contrat de séjour au sens de l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles est exclusif de la qualification de contrat de louage de chose ».

49 I. BOISMEYER, « Le point de vue de l'universitaire : l'opportunité d'une réforme », *Rev. contr.*, septembre 2022, n° 3, p. 105.

50 L. LEVENEUR, « Incendie depuis un logement dans une maison de retraite : la présomption de responsabilité pesant sur le locataire s'applique-t-elle au résident ? », *Contrats, conc., consom.*, 2021, n° 3, comm. 36.

51 Et pas toujours de projet individuel ou individualisé, comme exposé dans la Recommandation de l'ANESM, *Les attentes de la personne et le projet personnalisé*, décembre 2008 (accessible sur : <https://www.has-sante.fr/>).

52 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 16 avril 1996, n° 94-14.660 : « en raison de l'état de santé de Laurent X..., rendant son équilibre instable, il était dangereux de le faire monter sur un pont suspendu et de le laisser cheminer sans appui efficace ni possibilité pour le moniteur, qui le précédait, de surveiller sa progression ; qu'ayant ainsi exclu que la rupture de la corde puisse constituer un événement irrésistible, la cour d'appel, qui a caractérisé le manquement du centre à son obligation de sécurité envers l'adolescent qui lui était confié, ainsi que le lien de causalité entre cette faute et le dommage, a légalement justifié sa décision sur ce point ».

Lors de la crise sanitaire, les établissements ont été destinataires de nombreuses prescriptions sous des formes diverses. Dans le prolongement du droit souple, flou ou mou, ils ont pu faire l'expérience du « droit covidien »<sup>53</sup> : fiches, messages, instructions, protocoles, recommandations, guides, avis ou encore questions-réponses ministérielles, autant de normes dont la valeur juridique est douteuse. Les protocoles, en ce qu'ils se contentent de diffuser des mesures réglementaires nécessaires pour faire face à l'épidémie sans créer de mesures plus strictes, doivent être respectés<sup>54</sup>. Ces diverses normes sont à rapprocher des circulaires et ne devraient avoir qu'une fonction interprétative.

L'existence d'une obligation de sécurité n'est pas contestée. Elle est de moyens en raison de l'autonomie du résident<sup>55</sup> mais se trouve renforcée par un mauvais état de santé ou son aggravation<sup>56</sup>. Durant la crise, le confinement a été ordonné, ainsi que le respect de gestes barrière, la restriction ou l'arrêt des visites et des activités, le renforcement des mesures d'hygiène – nettoyage des surfaces par exemple. Un résident autonome, libre d'aller et de venir, a pu s'exposer au virus sans que l'on puisse reprocher sa contamination à l'établissement dès lors qu'il avait respecté les mesures prescrites. En revanche, le non-respect par l'établissement des mesures prises par les autorités dont il dépend serait fautif et de nature à engager sa responsabilité. Si l'établissement viole le protocole, la causalité peut se trouver absorbée par cette faute, à condition d'admettre que le respect des règles permettait d'éviter la survenance du dommage et à condition de prouver ce dommage. Pour le résident contaminé mais vivant, la réalisation d'un test permet de rapporter la preuve de la contamination, d'autant plus favorisée que le dépistage massif a été recommandé. Pour le résident décédé, la preuve se heurte à l'absence de recommandation du dépistage post-mortem d'une part et de recours à l'autopsie médicale d'autre part. La responsabilité de l'établissement pour contamination est concevable mais écartée s'il a fait ce qu'il devait faire au regard du contexte. L'obligation de sécurité est-elle contractuelle ? On sait les positions et oppositions de la doctrine. On peut répondre par la négative. On a voulu objectiver la responsabilité, faciliter la réparation ; *d'abord, ne pas nuire*<sup>57</sup>, ce qui est l'expression d'un devoir général<sup>58</sup>. Si la sécurité est consubstantielle au contrat d'hébergement en EHPAD, elle n'en est cependant pas l'obligation essentielle. Les juges, forçant le contrat, ont admis l'existence de l'obligation contractuelle de sécurité pour offrir un moyen d'agir à la victime. Dans le champ des établissements sociaux et médico-sociaux, il n'est plus besoin de recourir à cet

53 G. LOISEAU, « Le petit droit covidien » (éditorial), *BJT*, octobre 2020, n° 10, p. 1.

54 C.E. réf., 19 octobre 2020, n° 444809.

55 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 15 décembre 2011, n° 10-25.740.

56 Paris (Pôle 2, ch. 3), 7 mai 2018, n° 16/10689.

57 Pour reprendre le principe de non-malfaisance (*primum non nocere*) de la tradition hippocratique.

58 Ph. RÉMY, « La “responsabilité contractuelle” : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323.

artifice<sup>59</sup> : la sécurité est imposée par la loi, elle est une obligation générale<sup>60</sup>. Les établissements et services ont tous l'obligation de l'assurer à leurs usagers, dont elle est devenue un droit. Le contrat de séjour comprend donc nécessairement cette obligation : il y a un risque qui la justifie, en raison de la situation de vulnérabilité, que l'établissement soit privé ou public, ce qui commande une cohérence de traitement. On en arrive à un régime unifié, en application du Code de l'action sociale et des familles dont les dispositions sont visées par les différentes juridictions. Ce qui sera précisé par le contrat, qui est la source de la relation, c'est le contenu de l'obligation, du fait de la personnalisation des prestations. Pour autant, la situation ne s'en trouve pas figée (la dégradation de l'état de santé peut justifier la révision du contrat, voire sa résiliation – mais c'est en exécution d'une obligation d'évaluation à la charge des professionnels qui doivent assurer une prise en charge adaptée ; cette exécution étant matérialisée dans la rédaction d'un avenant annuel au contrat de séjour –). Le contrat de séjour est surtout un contrat pédagogique et relationnel<sup>61</sup>. On en arrive à la situation étonnante d'une contractualisation croissante des relations avec les usagers accompagnée d'une décontractualisation de certaines obligations des établissements.

L'établissement peut avoir causé un préjudice au résident (ou à ses proches) par excès de zèle : placé à l'isolement, privé de visite, le résident a pu souffrir de la situation, en subir une dégradation de sa santé : le virus n'a pas été seul à tuer<sup>62</sup>. Mais c'est déjà aborder les droits et libertés fondamentaux.

## B) L'impérialisme des droits et libertés fondamentaux

Les droits des usagers des établissements sont listés par le Code de l'action sociale et des familles<sup>63</sup>, en vertu duquel doivent être assurés le respect de sa dignité, de l'intégrité, de la vie privée, de l'intimité, le droit à aller et venir librement, la confidentialité et une information sur les droits fondamentaux, les protections juridiques et les voies de recours envisageables. Les documents remis au résident et le cas échéant à la personne chargée de sa protection ont pour but de « garantir l'exercice effectif des droits » et « notamment prévenir tout risque de maltraitance »<sup>64</sup>. La crise sanitaire a donné lieu à des

59 J. CARBONNIER, *Les obligations*, 20<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2000, n° 295 : « c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ».

60 Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Cujas, 1995, n° 813 : les auteurs évoquent « l'obligation de sécurité que la jurisprudence découvre "artificiellement" dans la plupart des contrats ».

61 L. GATTI, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne : thèse pour le doctorat en droit* [préface de R.-N. SCHÜTZ], Paris/Poitiers, L.G.D.J., Lextenso éditions/Presses universitaires juridiques Université de Poitiers, 2016, 426 p.

62 J. CAYOL et H. LOR, « Décès d'un résident en EHPAD dans le contexte de la covid-19 : quelles responsabilités ? », *JDSAM*, 2020, n° 26, p. 73.

63 CASF, art. L. 311-3.

64 CASF, art. L. 311-4.

restrictions importantes, sinon excessives, des droits et libertés. Certains organismes gestionnaires ont surinterprété les consignes gouvernementales. Ces restrictions ont-elles pu entrer dans le champ contractuel ? Le respect des droits fondamentaux s'impose dans tous les cas et ne dépend évidemment pas de la conclusion d'un contrat. Certains auteurs pensent que le respect des droits fondamentaux ne peut pas être contractualisé et que leur violation ne peut être sanctionnée que sur le terrain extracontractuel<sup>65</sup>. Pour nuancer, on retiendra que le contrat peut limiter les droits fondamentaux mais que les droits fondamentaux limitent le contrat, en soumettant son appréciation au principe de proportionnalité et en induisant un mode particulier de raisonnement<sup>66</sup>. Il existe au moins deux voies pour faire entrer les droits et libertés fondamentaux dans le champ contractuel.

La première voie est celle de l'annexe au contrat de séjour. Un contrat de séjour conclu avec un établissement ou un service accueillant des personnes âgées ou leur apportant à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale peut comporter une annexe définissant des mesures particulières « pour assurer l'intégrité physique et la sécurité de la personne et pour soutenir l'exercice de sa liberté d'aller et venir<sup>67</sup> ». Ces mesures doivent être prises dans l'intérêt de la personne et être strictement nécessaires. Elles ne doivent pas être disproportionnées par rapport aux risques encourus. Les mesures sont définies après examen du résident et au terme d'une procédure collégiale mise en œuvre à l'initiative du médecin coordonnateur de l'établissement ou du médecin traitant. Une évaluation pluridisciplinaire des bénéfices et des risques des mesures est réalisée. La loi renvoie au décret qui renvoie lui-même à une annexe du Code de l'action sociale et des familles<sup>68</sup>, dans laquelle on trouve un modèle-type d'annexe qui porte sur les « mesures individuelles permettant d'assurer l'intégrité physique et la sécurité du résident et de soutenir l'exercice de sa liberté d'aller et venir ». La notice jointe au modèle nous instruit sur la méthode : l'approche bénéfices-risques est privilégiée. Seules les mesures strictement nécessaires sont admises : elles doivent être proportionnées. Cette annexe déclare qu'elle « poursuit un objectif de promotion de la liberté d'aller et venir ». Elle permet aux professionnels de parvenir à concilier l'autonomie et la sécurité. Le médecin évalue l'opportunité de proposer une annexe au contrat de séjour. Si l'initiative lui revient, c'est sous la responsabilité et l'autorité du responsable de l'établissement<sup>69</sup> et le consentement du résident devra être recherché. Sont également comprises des « mesures particulières

65 N. RIAS, « Colloque “Covid-19 et droit de l'indemnisation” : la responsabilité des établissements accueillant des personnes âgées », *Cahiers Louis Josserand*, 28 juillet 2022, n° 1.

66 A. HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, thèse, t. 60, Bibliothèque de l'IRJS – *André Tunc*, Paris, IRJS, juillet 2015, 653 p.

67 CASF, art. L. 311-4-1.

68 CASF, Annexe 3-9-1, prévue par art. R. 311-0-6 du CASF.

69 CASF, art. D. 312-158.

envisagées pour mettre fin au danger que le résident fait courir à lui-même par son propre comportement du fait des conséquences des troubles qui l'affectent ». Selon le texte réglementaire, ces mesures peuvent être prises en cas de force majeure et dans l'attente de la signature de l'annexe ou en cas d'impossibilité manifeste pour le résident de signer l'annexe. Dans ce cas, le médecin coordonnateur et le directeur informent immédiatement la personne chargée de la protection ou la personne de confiance. Les mesures proposées par l'établissement d'hébergement sont présentées sous la forme d'un tableau qui prévoit ouvertement qu'il puisse ne pas y avoir d'accord. Ce qui frappe, c'est qu'il peut n'y avoir ni accord... ni contrôle. Nous ne sommes pas dans le cadre des soins sans consentement du Code de la santé publique ni dans le champ d'intervention du Contrôleur général des lieux de privation et de liberté. Si personne ne dit rien, de fait, il y a un enfermement qui ne se donne à voir qu'aux contrôles des autorités de tarification ou aux évaluateurs externes. Les récents scandales font hélas douter de leur efficacité. Aucune définition légale de la maltraitance<sup>70</sup> ni aucun rempart de papier<sup>71</sup> ne suffiront à garantir les libertés. Il faut une vigilance concrète, humaine, une force de préférence non externalisée et entraînée : un contrôle digne de ce nom<sup>72</sup>. Quoiqu'il en soit, cette annexe s'inscrit, avec le règlement de fonctionnement de l'établissement, dans un ensemble contractuel et permet des accompagnements spécifiques, des mesures de contention, chimique ou physique (des barrières de lit, des portes verrouillées) ou l'admission en unité protégée. Il est question actuellement de vidéosurveillance, sujet sur lequel se penche, avec les plus grandes réserves, la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) dans le cadre d'une consultation publique lancée en 2023<sup>73</sup>. Le contrat, ou plus largement le consentement, risquerait d'être encore instrumentalisé pour permettre des restrictions disproportionnées.

La seconde voie de contractualisation est la consultation des organes de l'établissement, prévus pour assurer la participation collective des usagers. Le Conseil de la vie sociale a été institué à cette fin<sup>74</sup>. Il a notamment pour attribution de « donner son avis et peut faire des propositions sur toute question intéressant le fonctionnement de l'établissement ou du service notamment sur les droits et libertés des personnes accompagnées »<sup>75</sup>. Lors de la crise sanitaire, des commentateurs, des usagers et des représentants associatifs ont déploré les dysfonctionnements de la démocratie sanitaire et sociale et la mise en sommeil des Conseils ou autres modes de participation prévus par les textes, selon

70 La loi n° 2022-140 du 7 février 2022 relative à la protection des enfants a inscrit une définition de la maltraitance dans le Code de l'action sociale et des familles (art. L. 119-1). La description favorise la sensibilisation et la prévention sans offrir un remède spécial.

71 Ce que sont les documents de la loi de 2002 : livret, charte, règlement, contrat...

72 H. BELRHALI et A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « Self-control », *AJDA*, 2022, p. 601.

73 [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/projet\\_de\\_recommandation\\_videosurveillance\\_ephad.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/projet_de_recommandation_videosurveillance_ephad.pdf).

74 CASF, art. L. 311-6.

75 CASF, art. D. 311-15.

les catégories d'établissements<sup>76</sup>. Ces Conseils auraient pu limiter les atteintes portées aux droits et libertés. Mais ils auraient tout aussi bien pu, et pourraient encore, à l'inverse, les cautionner. Leur présence étant imposée dans les établissements et leur rôle ayant été récemment accru, après les errements de la crise<sup>77</sup>, des restrictions prises avec son aval pourraient naturellement s'inscrire dans l'exécution du contrat.

Le contrat, le recueil du consentement ou de l'assentiment-avatar du consentement qui ne figure expressément ni dans le Code civil, ni dans le Code de l'action sociale et des familles, ni dans le Code de la santé publique mais très prisé des instances éthiques<sup>78</sup>, sert souvent d'alibi. En droit, soit on peut consentir, même faiblement, soit on ne peut pas. Où il n'y a pas consentement, il n'y a pas contrat. Hors les cas de représentation – légale, judiciaire ou conventionnelle –, un acte ne peut être passé sans le consentement de l'intéressé. L'assentiment, dans l'accompagnement social ou le domaine de la santé, est la prise en compte de la volonté, de l'aptitude à son expression, et le consentement peut n'être que recherché lorsque la loi prévoit des substituts (personne chargée d'une mesure de protection avec représentation relative à la personne<sup>79</sup>) ou des procédures permettant aux professionnels d'agir dans l'intérêt de l'usager (consultation de la personne de confiance du champ social<sup>80</sup> ou sanitaire<sup>81</sup>). La crise sanitaire a motivé des normes restrictives de libertés. Elles ont été difficilement lisibles et parfois illégales. Les compétences de certains organes ont été accrues, l'état d'urgence a fondé des règles autoritaires. Pour autant, l'ensemble du droit commun n'a pas été englouti dans ce phénomène. En EHPAD, des interdictions de sorties ou de visites ont été décidées sans toujours reposer sur une base légale. Des mesures générales, à destination de l'ensemble de la population, ont été prises pour endiguer la contamination par le virus. Il n'y a pas eu de texte visant spécifiquement les résidents des EHPAD. On relève une ordonnance de mars 2020<sup>82</sup> qui assouplit les règles d'autorisation, de fonctionnement et de financement des établissements pour leur permettre d'assurer la continuité de l'accompagnement et de répondre

76 On peut remarquer, d'un côté, le développement des instances consultatives nationales et, de l'autre, la neutralisation des instances participatives des établissements et services pendant la crise sanitaire : M. JAEGER, « Le Covid-19 et les aléas de la démocratie consultative », *Vie sociale*, 2022, n° 37, p. 17.

77 En application du décret n° 2022-688 du 25 avril 2022 portant modification du conseil de la vie sociale et autres formes de participation. Autant dire que ce décret fait suite à la crise sanitaire autant qu'au scandale ORPEA.

78 Le Comité consultatif national d'éthique suggère de rechercher l'assentiment à l'acte médical des personnes qui sont totalement ou partiellement incapables de consentir, précisant que « l'assentiment (*assent* en anglais) peut être considéré comme un accord fondé sur une compréhension seulement partielle des enjeux » (CCNE, avis n° 136, 15 avril 2021).

79 C. civ., art. 459, al. 2.

80 CASF, art. L. 311-5-1.

81 C. santé pub., art. L. 1111-6.

82 Ordonnance n° 2020-313 du 25 mars 2020 relative aux adaptations des règles d'organisation et de fonctionnement des établissements sociaux et médico-sociaux.

aux urgences. Cette ordonnance ne prévoit pas de limitation particulière des droits et libertés des résidents, qui continuaient donc de relever du droit commun : ils pouvaient aller et venir comme tout le monde, dès lors que le confinement et les restrictions de circulation étaient levées. Pendant cette crise, les établissements ont été soumis à un droit souple sur lequel certains ont fondé des mesures strictes. Le Défenseur des droits illustre ces dérives en rappelant qu'une « Foire aux questions » diffusée en ligne par le Ministère de la Santé a incité à suspendre les sorties des résidents, un protocole venant ensuite les admettre sur « autorisation exceptionnelle de la direction »<sup>83</sup>. Le Conseil d'État a suspendu la recommandation ministérielle relayée par les Agences régionales de santé, présentant « un caractère général et absolu [qui] ne peut manifestement pas être regardée comme une mesure nécessaire et adaptée et, ainsi, proportionnée à l'objectif de prévention de la diffusion du virus »<sup>84</sup>. Les recommandations suspendues, il revenait donc aux directeurs, sous leur responsabilité, d'autoriser les sorties en fonction de la situation et de l'appréciation des risques. Gérer les risques, c'est revenir à l'organisation et au fonctionnement, mais le pouvoir du directeur n'est ni discrétionnaire ni illimité. Les mesures restrictives prises sans fondement légal ou contractuel ni souci de la proportion appellent réparation dès lors qu'un préjudice a été causé.

Pour juguler le risque de contamination, on a parfois voulu imposer des tests virologiques PCR ou procéder à des vaccinations sans s'assurer de la validité du consentement ou de l'autorisation des personnes concernées. Le consentement aux actes médicaux étant un droit fondamental, la soumission forcée à des tests ou à la vaccination hors cadre légal cause un préjudice réparable<sup>85</sup>. Le droit au respect de la vie familiale a lui aussi été affecté, touchant des tiers au contrat susceptibles d'invoquer leur préjudice propre ; c'est même l'intimité de la relation avec leur proche qui a été atteinte en imposant la présence d'un professionnel pendant les visites rendues à l'usager<sup>86</sup>. En matière de droits de la personnalité (données à caractère personnel, respect de la vie privée, droits affectés par la crise sanitaire), la seule constatation de l'atteinte ouvre droit à réparation<sup>87</sup>. Le schéma classique de la responsabilité civile est écarté et l'on n'a plus à rechercher ensemble faute, préjudice et lien de causalité. Le principe est celui d'une responsabilité sans faute : le préjudice se fonde dans l'atteinte ou en est la suite et la réparation intégrale s'impose<sup>88</sup>.

83 Déf. droits, Rapport 2021.

84 C.E., 3 mars 2021, n° 449759.

85 G. RAOUL-CORMEIL et L. GATTI, « Covid-19 : le consentement à l'acte vaccinal des majeurs vulnérables ou l'éprouvante réception du régime des décisions de santé des majeurs protégés », *RGDM*, 2021, n° 78, p. 121.

86 M. REBOURG et S. RENARD, « Le droit aux relations personnelles des résidents d'EHPAD dans le contexte du covid-19 », *JCP*, 2020, p. 749.

87 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 5 novembre 1996, n° 94-14.798.

88 V° « Droits de la personnalité, Protection judiciaire des droits de la personnalité », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2022, nos 269 et s.

Dans les établissements accueillant des personnes âgées, on assiste à une forte attraction de la responsabilité extracontractuelle compte tenu de la nature des dommages qui peuvent être causés aux usagers, tandis que la logique contractuelle voudrait que la réparation corresponde seulement à l'obligation inexécutée. Un régime unitaire (légal ?) pour tous (gestionnaires publics et privés), à l'instar de l'évolution accomplie pour la responsabilité des établissements de santé (dont la nature demeure floue<sup>89</sup>), paraîtrait justifié.

---

89 V° « Responsabilité contractuelle, Qualification de l'obligation », *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, 2018, n°s 255 et s.



**Chapitre 3.**  
**La responsabilité civile des établissements  
d'accueil de personnes âgées  
et/ou dépendantes**  
**Rapport portugais**

---

**Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA**

*Docteur en droit (Institut Universitaire Européen, Florence)*

*Professeur à l'Université de Minho (Portugal)*

*Conseiller au Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)*

## Introduction : la notion d'établissement d'accueil de personnes âgées et de personnes dépendantes

La situation des personnes âgées et/ou dépendantes hébergées dans des établissements d'accueil est plutôt complexe.

Il y a environ 100.000 personnes âgées, donc 1 % de la population totale, hébergées dans des établissements d'accueil reconnus par l'Institut de la sécurité sociale (Instituto da Segurança Social). La capacité des établissements reconnus par l'Institut de la sécurité sociale étant insuffisant, il y a, d'une part, un nombre important de personnes âgées ou dépendantes abandonnées par leur famille aux hôpitaux<sup>1</sup> et, d'autre part, un nombre important d'établissements clandestins, qui n'ont pas été autorisés et qui ne sont pas reconnus par l'Institut de la sécurité sociale<sup>2</sup>.

La responsabilité des établissements clandestins au titre du dommage causé aux personnes hébergées n'étant qu'une application du droit commun de la responsabilité civile, seule la responsabilité civile des établissements autorisés et reconnus par l'Institut de la sécurité sociale sera envisagée.

a) La *notion de personne âgée* n'est qu'indirectement définie par l'article 5 du règlement administratif (*portaria*) n° 67/2012 du 21 mars 2012 édictant l'article 5 du décret-loi n° 64/2007 du 14 mars 2007<sup>3</sup>. La première condition pour qu'une personne soit qualifiée de personne âgée porte sur son âge. Les établissements d'accueil des personnes âgées sont destinés à l'hébergement de personnes ayant plus de 65 ans<sup>4</sup>. La deuxième condition pour qu'une personne soit qualifiée de personne âgée porte sur son état physique, psychique et social. Les établissements d'accueil des personnes âgées sont destinés à l'hébergement de personnes ayant plus de 65 ans, dont l'état de dépendance, d'isolement ou d'insécurité ne leur permet plus de rester à leur résidence habituelle<sup>5</sup>. La première condition peut être écartée, pourvu que la dérogation soit motivée<sup>6</sup>. Il est, par conséquent, possible qu'une personne ayant moins de 65 ans soit hébergée dans un établissement d'accueil de personnes âgées. La deuxième condition ne pouvant pas être écartée, il est probable qu'une personne ayant moins de 65 ans n'y est hébergée que dans les cas d'une gravité exceptionnelle de son état physique, psychique et social.

1 D'après les dernières informations publiées par la presse, il y aura environ 1.000 personnes âgées ou dépendantes hébergées dans des hôpitaux, sans que leur condition clinique justifie leur hospitalisation.

2 D'après les dernières informations publiées par la presse, il y aura environ 35.000 personnes âgées ou dépendantes hébergées dans ces établissements clandestins.

3 Modifié par le décret-loi n° 99/2011 du 28 septembre 2011.

4 Voy. art. 5, al. 1<sup>er</sup>, du règlement administratif (*portaria*) n° 67/2012 du 21 mars 2012.

5 L'article 5 du règlement administratif (*portaria*) n° 67/2012 mentionne la dépendance, l'isolement et l'insécurité, sans distinguer s'il s'agit d'une dépendance, d'un isolement ou d'une insécurité ayant des reflets physiques ou psychologiques sur la personnes âgée.

6 Voy. art. 5, al. 2, du règlement administratif (*portaria*) n° 67/2012 du 21 mars 2012.

b) La *notion de personne dépendante* est directement définie par l'article 3 du décret-loi n° 101/2006 du 6 juin 2006. La dépendance consiste dans l'état dans lequel se trouve la personne qui n'a jamais eu ou qui, l'ayant eu, a entre-temps perdu son autonomie physique, psychique ou intellectuelle du fait d'un handicap ou d'une maladie, n'étant plus capable de réaliser les activités propres de la vie quotidienne<sup>7</sup>. Elle est définie, d'une part, par la cause de cette absence, initiale ou subséquente, d'autonomie. Il doit s'agir d'une absence d'autonomie provoquée par le handicap ou par la maladie, y compris les maladies physiques, telles que la démence organique, et les maladies psychiques, telles que le stress post-traumatique. Elle est définie, d'autre part, par les conséquences de cette absence d'autonomie. Il doit s'agir d'une absence suffisamment grave pour rendre la personne incapable de réaliser les activités de la vie quotidienne, telles que se nourrir, se laver, s'habiller, prendre soin de son apparence.

c) Les *établissements d'accueil des personnes âgées et/ou dépendantes* peuvent être des établissements publics ou des établissements privés.

Le décret-loi n° 64/2007 du 14 mars 2007<sup>8</sup> distingue trois catégories d'*établissements d'aide sociale* privés :

- ceux qui appartiennent à des commerçants individuels ou à des sociétés commerciales ;
- ceux qui appartiennent à des institutions privées d'aide sociale/de solidarité sociale (*Instituições privadas de solidariedade social*) ou à des institutions équivalentes ;
- ceux qui appartiennent à d'autres institutions privées, exerçant des activités d'aide sociale.

L'article 1<sup>er</sup> du décret-loi n° 119/83 du 25 février 1983<sup>9</sup> définit les institutions privées d'aide sociale/de solidarité sociale comme des personnes morales constituées par la seule initiative des particuliers pour s'accorder de manière organisée aux devoirs moraux de justice et de solidarité, en contribuant à la satisfaction des droits sociaux des citoyens. Les cas les plus importants étant ceux des institutions privées d'aide sociale/de solidarité sociale et celui des sociétés commerciales, la distinction résulte surtout de la *finalité lucrative* des activités exercées. Étant *absente*, par définition légale, de l'activité des institutions privées d'aide sociale/de solidarité sociale<sup>10</sup>, la finalité lucrative est, par définition, *présente* aux activités des sociétés commerciales<sup>11 12</sup>.

7 Voy. art. 3, al. f), du décret-loi n° 101/2006 du 6 juin 2006.

8 Tel que modifié par le décret-loi n° 33/2014 du 4 mars 2014.

9 Tel que modifié par le décret-loi n° 172-A/2014 du 14 novembre 2014.

10 Voy. art. 1<sup>er</sup> du décret-loi n° 119/83 du 25 février 1983.

11 Voy. art. 980 C. civ.

12 Pour une définition de société commerciale, d'après l'article 980 du Code civil, voy. C. SERRA, « A aplicação do artigo 980.º do Código Civil às sociedades comerciais. Sobre a (remanescente) utilidade da definição de contrato de sociedade para a estabilização da categoria da sociedade comercial », *Revista de direito comercial*, 2020, pp. 401-570.

## I. Les rapports entre les établissements d'accueil et les personnes âgées et/ou dépendantes

Les rapports entre les établissements d'accueil et les personnes âgées et/ou dépendantes font l'objet de lois et de règlements externes édictés par l'État, des règlements internes de chaque établissement d'accueil et peuvent faire l'objet des contrats conclus entre chaque établissement et chaque personne qui y est accueillie.

Ils font l'objet, en premier lieu, de lois et de règlements externes édictés par l'État.

L'article 7 du décret-loi n° 101/2006 du 6 juillet 2006 sur les droits des personnes dépendantes et la loi n° 31/2018 du 18 juillet 2018 sur les droits des personnes en fin de vie mentionnent le droit à la dignité<sup>13</sup>, le droit à l'identité<sup>14</sup>, le droit à la vie privée<sup>15</sup>, le droit à l'information<sup>16</sup>, y compris l'information sur son état de santé<sup>17</sup>, le droit à la protection contre des pratiques discriminatoires<sup>18</sup> ou portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique des personnes âgées ou dépendantes<sup>19</sup> et le droit au consentement informé<sup>20</sup>.

En outre, l'assistance religieuse et spirituelle aux établissements intégrés au Service national de santé fait l'objet du décret-loi n° 253/2009 du 23 septembre 2009.

Les articles (normes) XVI et XVII du règlement administratif (*despacho normativo*) n° 67/89 du 26 juillet 1989 et l'article 8 du règlement administratif (*portaria*) n° 67/2012 du 21 mars 2012 portent sur l'alimentation, l'hygiène et les soins de santé des personnes accueillies.

Les établissements d'accueil des personnes âgées et/ou dépendantes sont tenus de procurer une alimentation appropriée aux besoins de chacune des personnes hébergées, en respectant les prescriptions médicales ; d'aider les personnes hébergées à réaliser les activités de leur vie quotidienne et de leur procurer des soins d'hygiène et de santé ; de stimuler les capacités physiques et psychiques des personnes hébergées en leur proposant de participer à des activités d'animation sociale et culturelle.

En deuxième lieu, les rapports entre les établissements d'accueil et les personnes âgées et/ou dépendantes font l'objet des règlements internes de chaque établissement.

13 Voy. art. 7, al. a), du décret-loi n° 101/2006 du 6 juillet 2006.

14 Voy. art. 7, al. b), du décret-loi n° 101/2006 du 6 juillet 2006.

15 Voy. art. 7, al. c), du décret-loi n° 101/2006 du 6 juillet 2006.

16 Voy. art. 7, al. d), du décret-loi n° 101/2006 du 6 juillet 2006.

17 Voy. art. 3 de la loi n° 31/2018 du 18 juillet 2018.

18 Voy. art. 7, al. e), du décret-loi n° 101/2006 du 6 juillet 2006.

19 Voy. art. 7, al. f), du décret-loi n° 101/2006 du 6 juillet 2006.

20 Voy. art. 7, al. h), du décret-loi n° 101/2006 du 6 juillet 2006, et art. 5 de la loi n° 31/2018 du 18 juillet 2018.

L'article 26 du décret-loi n° 64/2007 du 14 mars 2007<sup>21</sup>, l'article (norme) XIV du règlement administratif (*despacho normativo*) n° 67/89 du 26 juillet 1989 et l'article 14 du règlement administratif (*portaria*) n° 67/2012 du 21 mars 2012 exigent que chaque établissement applique un règlement interne indiquant les critères d'admission des personnes âgées et/ou dépendantes, les droits et les obligations des personnes accueillies, les droits et les devoirs de l'établissement et l'horaire des visites<sup>22</sup>.

En troisième lieu, les rapports entre les établissements d'accueil et les personnes âgées et/ou dépendantes font l'objet de contrats conclus entre chaque établissement et chaque personne qui y est accueillie et/ou avec ses proches.

L'article 25 du décret-loi n° 64/2007 autorise les Ministères à exiger la conclusion d'un contrat et l'article 10 du règlement administratif (*portaria*) du Ministère de la solidarité et de la sécurité sociale n° 67/2012 du 21 mars 2012 exige la conclusion d'un contrat *écrit* indiquant les droits et les obligations des parties.

La finalité de ce contrat-ci étant surtout *informative*, l'aménagement contractuel des droits fondamentaux des personnes hébergées sera plutôt difficile – donc, rare.

S'il n'est pas impossible de concevoir des clauses contractuelles exigeant, par exemple, que les personnes hébergées consentent à être testées et/ou vaccinées, il est pourtant possible de discuter la valeur de telles clauses.

Le consentement à la limitation des droits de la personnalité étant librement révoquant<sup>23</sup>, l'intervention diagnostique ou thérapeutique réalisée après la révocation du consentement risquerait d'être considérée comme une atteinte à l'intégrité morale de la personne hébergée.

Or, l'article 18, alinéa a), de la loi n° 446/85 du 25 octobre 1985 détermine que toute clause excluant ou limitant la responsabilité du fait d'une atteinte à la vie, à l'intégrité morale ou physique ou à la santé d'une personne est nulle de plein droit.

Le contrat écrit indiquant les droits et les obligations des parties n'aura qu'une fonction *constitutive* limitée – par exemple, pour permettre la divulgation d'images des personnes hébergées au cours des activités d'animation socioculturelle réalisées à l'établissement d'accueil sur les réseaux sociaux, tels que *twitter*, *facebook* ou *instagram*.

21 Tel que modifié par le décret-loi n° 44/2014 du 4 mars 2014, et par le décret-loi n° 126-A/2021 du 31 décembre 2021.

22 L'absence d'un tel règlement constitue une contravention très grave – voy. l'article 39-B décret-loi n° 64/2007 du 14 mars 2007, modifié par le décret-loi n° 44/2014 du 4 mars 2014 et par le décret-loi n° 126-A/2021 du 31 décembre 2021.

23 Voy. art. 81 C. civ. portugais.

## II. La responsabilité civile des établissements d'accueil

a) La *responsabilité civile des établissements d'accueil publics* résulte toujours du droit administratif. La loi n° 67/2007 du 31 décembre 2007 s'appliquant à la responsabilité extracontractuelle du fait de l'exercice de la fonction administrative par toute personne morale de droit public<sup>24</sup>, la compétence pour juger les litiges relatifs à l'application de la loi n° 67/2007 appartient aux tribunaux administratifs<sup>25</sup>. La *responsabilité civile des établissements d'accueil privés*, elle, peut résulter du droit administratif ou du droit civil.

L'article (base) 6 de la loi n° 95/2019 du 4 septembre 2019 établit le principe de la *primauté du secteur public* et celui de la *subsidiarité des secteurs privé et social* dans la prestation de soins de santé. En cas de nécessité, l'État peut conclure des contrats, *d'une durée limitée*, avec des institutions du secteur privé et du secteur social.

L'article 2 du décret-loi n° 52/2022 du 4 août 2022 admet l'intégration des établissements de santé du secteur privé et du secteur social dans le Service national de santé (SNS), à condition de la conclusion d'un contrat et de maintenir ses prestations dans les limites de l'activité contractée.

Les dispositions de la loi n° 95/2019 et du décret-loi n° 52/2022 s'appliquent, par exemple, aux établissements du secteur privé et du secteur social intégrés aux réseaux nationaux de soins continus ou de soins palliatifs<sup>26</sup>.

La *responsabilité des établissements médicaux et médico-sociaux intégrés au Service national de santé* résulte de l'application du droit administratif.

L'article (base) 25 de la loi n° 95/2019 du 4 septembre 2019 détermine l'application des dispositions régissant l'activité du Service national de santé aux soins de santé prestés par les établissements du secteur privé et du secteur social.

La responsabilité des établissements du secteur privé et du secteur social intégrés au Service national de santé résulte, par conséquent, d'une activité soumise aux dispositions du droit administratif, aux sens de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 5, de la loi n° 67/2007 du 31 décembre 2007 et de l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, sous-alinéa h), de la loi n° 13/2002 du 19 février 2002<sup>27</sup>.

La responsabilité du fait de l'activité des établissements intégrés au Service national de santé résultant du droit administratif, *la responsabilité du fait de l'activité des établissements médicaux et médico-sociaux non intégrés* résulte du droit civil.

24 Voy. art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> et 2, de la loi n° 67/2007 du 31 décembre 2007.

25 Voy. art. 4, al. 1<sup>er</sup>, ss-al. f), de la loi n° 13/2012 du 19 février.

26 Établis par le décret-loi n° 101/2006 du 6 juin 2006.

27 Voy., par exemple, l'arrêt du Supremo Tribunal de Justiça du 16 mars 2023 (n° 4297/13.8TBVFR. P1.S1).

b) Entre les deux régimes de responsabilité, le régime de responsabilité du droit administratif et le régime du droit civil, il existe des différences importantes.

La responsabilité résultant du droit administratif est toujours délictuelle et la responsabilité résultant du droit civil est presque toujours contractuelle<sup>28</sup>.

L'alinéa 3 de l'article 7 de la loi n° 67/2007 du 31 décembre 2007 consacre la responsabilité subjective de l'État et des personnes morales de droit public pour *faute d'organisation* ou *faute de service*. L'État et les personnes morales de droit public répondent du fonctionnement anormal d'un service, quoique le dommage n'ait pas été provoqué par le comportement concret d'un agent déterminé, ou quoique l'agent déterminé dont le comportement a provoqué le dommage n'ait pas été identifié. L'alinéa 4 de l'article 7 de la loi n° 67/2003 précise qu'il y a un *fonctionnement anormal du service* lorsqu'il est raisonnable d'exiger du service un comportement qui aurait évité le dommage. Le Code civil portugais ne consacre pas de responsabilité pour *faute de service*.

Étant absente des dispositions du Code civil, la responsabilité du fait d'une *faute de service* est pourtant reconnue par la doctrine<sup>29</sup>.

28 L'article 483 du Code civil portugais établissant la hiérarchie des intérêts protégés par la responsabilité délictuelle, la réparation des dommages économiques n'y est admise qu'à des cas exceptionnels, tels que ceux d'abus du droit ou de contravention d'une disposition légale spécifique, dont la finalité est celle de protéger les intérêts d'autrui. En ce qui concerne la charge de la preuve de la faute, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 487 s'oppose à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 799. Le cas étant de responsabilité délictuelle, la charge de la preuve de la faute de l'agent incombe à celui qui a subi le dommage (art. 487, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.). Le cas étant de responsabilité contractuelle, la charge de la preuve de l'absence d'imputabilité incombe à celui qui a provoqué le dommage, c'est-à-dire au débiteur (art. 799, al. 1<sup>er</sup>, C. civ.). En ce qui concerne la pluralité de responsables, l'article 497 s'oppose à l'article 513 : l'article 497, sur la responsabilité délictuelle, pose le principe d'une responsabilité solidaire ; chacun des co-responsables répond du tout ; l'article 513, sur la responsabilité contractuelle, pose le principe d'une responsabilité conjointe, partielle ; chacun des responsables répond de sa partie, et de rien d'autre que sa partie. En ce qui concerne le régime de la responsabilité du fait des auxiliaires, l'article 500 s'oppose à l'article 800 : l'article 500 du Code civil, sur la responsabilité délictuelle, limite la responsabilité du fait des auxiliaires ; la responsabilité du principal, dit *commettant*, n'est engagée que du fait des auxiliaires dépendants, dits *commissaires* ; l'article 800, sur la responsabilité contractuelle, ne limite par la responsabilité du fait des auxiliaires, la responsabilité du principal, c'est-à-dire du débiteur, est engagée du fait de ses auxiliaires, comme si le comportement de l'auxiliaire était celui du débiteur même. Le cas étant de responsabilité extracontractuelle, il y aura deux responsables. Le principal et l'auxiliaire, le commettant et le commissaire, seront solidairement responsables du dommage causé. Le cas étant de responsabilité contractuelle, il n'y aura qu'un responsable – le débiteur. En ce qui concerne la prescription, le Code civil portugais a abandonné la notion de prescription des actions au profit de la prescription des droits ou des obligations (des dettes). La responsabilité étant extracontractuelle, le délai de prescription est de 3 ans ; la responsabilité étant contractuelle, le délai de prescription est de 20 ans (art. 498 et 304 C. civ.).

29 Voy. p. ex. J. F. SINDE MONTEIRO, « Ofensa ao crédito ou ao bom nome, 'culpa de organização' e responsabilidade da empresa », *Revista de legislação e de jurisprudência*, 2009, vol. 139, pp. 117-136 ; A. PINTO MONTEIRO, « Exclusões de responsabilidade na actividade médica », in A. G. DIAS PEREIRA, F. ALBUQUERQUE MATOS, J. BARCELÓ DOMENECH et N. ROSENVALD (dir.), *Responsabilidade civil em saúde. Diálogo com o Doutor Jorge Sinde Monteiro*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021, pp. 45-46 ; M. CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil – O método do caso*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006, pp. 86-87 ; M. CARNEIRO DA FRADA, « Dever de legalidade dos administradores e responsabilidade

Il est possible de déduire de l'article 800 du Code civil portugais, sur la responsabilité du fait des personnes auxquelles le débiteur recourt pour l'exécution de son obligation, un principe général de responsabilité du débiteur du fait de son organisation, donc du fait de chacun des éléments de son organisation. L'esprit de l'article 800 du Code civil s'appliquerait, quoiqu'indirectement (par analogie), au fait des choses, des objets, dont le débiteur se sert. Il s'appliquerait, par conséquent, à l'ensemble des éléments de l'organisation, c'est-à-dire à l'ensemble des éléments de l'entreprise<sup>30</sup>.

Le principe général de responsabilité du débiteur du fait de son organisation étant discuté<sup>31</sup>, l'article 798 du Code civil établit la distinction entre les obligations principales et les obligations accessoires.

Les obligations principales constituent le rapport de prestation (*relação de prestação*). En vertu des obligations principales, mentionnées à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 798 du Code civil portugais, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. Les obligations accessoires constituent le rapport de protection ou de sécurité (*relação de protecção*). En vertu des obligations accessoires, mentionnées à l'alinéa 2 de l'article 798, chacune des parties est tenue de respecter les droits et les intérêts de l'autre<sup>32</sup>.

Il est, par conséquent, possible de dégager du rapport de protection ou de sécurité une obligation de protection ou de sécurité envers les personnes âgées et/ou dépendantes : les établissements d'accueil sont tenus d'une obligation *propre* de s'organiser en adoptant les mesures nécessaires pour éviter que les personnes âgées et/ou dépendantes soient mises en danger<sup>33 34</sup>.

civil societária », in *IV Congresso Direito das sociedades em revista*, 2016, pp. 17-27 ; M. MIRANDA BARBOSA, « Responsabilidade civil por acto de terceiro: Entre a culpa, o risco e a confiança », *Revista de direito da responsabilidade*, 2021, vol. 3, pp. 1038-1084 ; C. MADALENO, *A responsabilidade obrigacional objetiva por facto de outrem*, Lisbonne, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, pp. 595-596.

<sup>30</sup> Voy. p. ex. M. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, Almedina, 1994, pp. 203-217.

<sup>31</sup> Voy. p. ex. C. MADALENO, *A responsabilidade obrigacional objetiva por facto de outrem*, op. cit., pp. 595-596.

<sup>32</sup> Voy. p. ex. C. A. DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 375 ; M. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, op. cit. ; N. M. PINTO OLIVEIRA, « Deveres de protecção em relações obrigacionais », *Scientia Juridica*, 2003, pp. 495-523 ; N. M. PINTO OLIVEIRA, « Os deveres acessórios 50 anos depois », *Revista de direito civil*, 2017, n° 2, pp. 239-256.

<sup>33</sup> Voy. l'arrêt de la cour d'appel d'Évora du 14 avril 2020 (n° 1107/16.8T9PTG.E1).

<sup>34</sup> Le cas étant d'inexécution de l'obligation de sécurité, l'existence ou l'inexistence, la validité ou l'invalidité d'un contrat entre l'établissement d'accueil et les personnes âgées et/ou dépendantes qui y sont accueillies n'est pas déterminant du régime de la responsabilité. L'inexécution d'une obligation principale engageant la responsabilité contractuelle, l'inexécution d'une obligation accessoire, telle que l'obligation de sécurité, n'engage que l'application du régime d'une troisième piste du droit de la responsabilité civile (voy. p. ex. J. BAPTISTA MACHADO, « A cláusula do razoável », in *Obra dispersa*, vol. 1, Braga, Scientia Juridica, 1991, pp. 579-589 et 615-619 ; J. F. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, pp. 507 et s. ; M. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, op. cit., pp. 92 et s. et 259 et s. ;

c) La responsabilité des établissements d'accueil privés peut être engagée du fait de l'inexécution de leurs *obligations principales* ou du fait de l'inexécution de leurs *obligations accessoires*, y compris leurs *obligations de protection* et de *sécurité*.

Elle peut être engagée du fait de l'inexécution des *obligations principales* des établissements d'accueil – les établissements qui ne procurent pas d'alimentation appropriée aux besoins de chacune des personnes hébergées, ou qui n'en respectent pas les prescriptions médicales, ou qui ne procurent pas des soins d'hygiène et de santé aux personnes hébergées, y compris les personnes contaminées par la Covid-19<sup>35</sup>, peuvent être responsables de l'inexécution de leurs *obligations principales*. La responsabilité peut être engagée du fait de l'inexécution des *obligations accessoires* des établissements d'accueil, y compris leurs *obligations de protection* et de *sécurité* – les établissements qui n'adoptent pas ou qui ne permettent pas que soient adoptées les interventions physiques, non-pharmacologiques, nécessaires pour éviter la contamination des personnes hébergées ; les établissements qui n'adoptent pas ou qui ne permettent pas que soient adoptées les interventions pharmacologiques nécessaires pour limiter les effets de la contamination ; et les établissements qui ne surveillent pas les personnes âgées et/ou dépendantes, afin d'éviter que celles-ci se mettent en danger ou que celles-ci mettent en danger les autres personnes hébergées, peuvent être responsables de l'inexécution de leurs *obligations accessoires*.

En ce qui concerne les interventions physiques, non pharmacologiques, la responsabilité des établissements d'accueil sera probablement une hypothèse plus théorique que pratique.

Quelques-unes des interventions physiques qui ont été recommandées par les autorités de santé étant incompatibles avec la communication avec une personne âgée et/ou dépendante, l'omission de quelques-unes des interventions physiques qui ont été recommandées par les autorités de santé peut être justifiée par la balance entre ses avantages et ses risques<sup>36</sup>.

Que l'omission soit justifiée ou injustifiée, la preuve d'un lien de causalité entre l'omission de quelques-unes, presque toutes, les interventions physiques qui ont été recommandées et la contamination d'une personne âgée et/ou dépendante par la Covid-19 est plutôt difficile – en effet, les preuves

M. CARNEIRO DA FRADA, *Uma « terceira via » no direito da responsabilidade civil? – O problema da imputação a terceiros dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, pp. 27 et s. ; N. M. PINTO OLIVEIRA, « Os deveres acessórios 50 anos depois », *op. cit.*, pp. 255-256). Le régime de cette troisième piste résulte de l'application, par analogie, des dispositions de l'une ou de l'autre des deux responsabilités.

35 Voy. les articles (normes) XVI et XVII du règlement administratif (*despacho normativo*) n° 67/89 du 26 juillet 1989, et l'article 8 du règlement administratif (*portaria*) n° 67/2012 du 21 mars 2012.

36 Voy. A. SIMÕES, « Da vulnerabilidade à invisibilidade. Os idosos institucionalizados durante a pandemia covid 19 », *Revista Higeia. Edição especial covid-19*, 2020, pp. 45-56.

scientifiques de l'efficacité des interventions physiques visant à réduire la propagation des virus respiratoires sont plutôt limitées<sup>37</sup>.

En ce qui concerne les interventions pharmacologiques, la responsabilité des établissements de santé pourrait résulter d'une action ou d'une omission : elle pourrait résulter d'une action, telle qu'imposer une intervention pharmacologique aux personnes hébergées ; elle pourrait résulter d'une omission, telle que ne pas proposer aux personnes hébergées une intervention pharmacologique recommandée.

La question a été discutée de savoir si les établissements d'accueil ont le droit ou le devoir d'exiger la vaccination de leurs employés contre la Covid et, le cas échéant, si la responsabilité civile des établissements d'accueil peut être engagée du fait de la non-vaccination de leurs employés<sup>38</sup>.

La discussion a cependant été abandonnée, lorsqu'il est devenu évident que le vaccin contre la Covid-19 ne prévenait pas la transmission.

Finalement, en ce qui concerne l'obligation de surveillance (*culpa in vigilando*). L'arrêt de la cour d'appel d'Évora du 14 avril 2020 (n° 1107/16.8T9PTG.E1)<sup>39</sup> a condamné une institution privée d'aide sociale/de solidarité sociale du fait du décès par asphyxie pendant la nuit d'une femme atteinte de la maladie d'Alzheimer. La cour a décidé que les établissements d'accueil étaient tenus d'adopter les mesures nécessaires à la protection et à la sécurité des personnes âgées, surtout si celles-ci sont aussi des personnes dépendantes.

Or, cette jurisprudence pourrait s'appliquer au risque d'une contamination à la Covid-19. Les établissements d'accueil seraient tenus d'adopter les mesures nécessaires pour éviter que chacune des personnes hébergées se contamine à la Covid-19 et/ou pour éviter qu'elle contamine d'autres personnes hébergées. Compte tenu de l'absence d'un contentieux, il n'est pourtant pas possible de l'affirmer sans hésitation.

37 Voy. not. T. JEFFERSON, L. DOOLEY, E. FERRONI, L. A. AL-ANSARY, M. L. VAN DRIEL, G. A. BAWAZEER, M. A. JONES, T. C. HOFFMANN, J. CLARK, E. M. BELLER, P. P. GLASZIOU et J. M. CONLY, « Interventions physiques visant à enrayer ou à réduire la propagation des virus respiratoires », *Cochrane Library*, 2023, disponible à l'adresse : <https://www.cochranelibrary.com/cdsr/doi/10.1002/14651858.CD006207.pub6/full/fr>.

38 Il y a eu même des articles publiés dans la presse suggérant que les employés non vaccinés répondraient du meurtre (pas moins !) des personnes hébergées – voy. [https://www.jn.pt/nacional/lares-arriscam-processo-por-homicidio-se-funcionarios-infetarem-idosos-13873156.html?target=conteudo\\_fechado#error=login\\_required&state=30d4d81b-21e8-47e0-879d-ff59b93ee451](https://www.jn.pt/nacional/lares-arriscam-processo-por-homicidio-se-funcionarios-infetarem-idosos-13873156.html?target=conteudo_fechado#error=login_required&state=30d4d81b-21e8-47e0-879d-ff59b93ee451) ou <https://observador.pt/2021/06/25/funcionarios-de-lares-nao-vacinados-podem-ser-acusados-de-homicidio-por-negligencia-se-algum-idoso-morrer-de-covid-19/>.

39 <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/e2dc9cad3939649e80258566003a13ef?OpenDocument>.

**Titre 3.**  
**Les responsabilités civiles liées**  
**à la vaccination contre la Covid-19**

---



**Chapitre 1.**  
**Les responsabilités civiles liées**  
**à la vaccination contre la Covid-19**  
**Rapport de synthèse**

---

**Olivier GOUT**

*Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3*

*Doyen de la Faculté de droit*

L'une des solutions permettant de lutter efficacement contre les dommages causés par la Covid-19, outre les gestes barrières, est la vaccination. La protection immunitaire en résultant a été présentée par les autorités publiques comme un élément central dans la protection de la société contre les risques sanitaires, économiques et sociaux liés à la pandémie<sup>1</sup>. Nous avons ainsi eu la chance, d'une certaine manière, de nous voir proposer en un temps record des vaccins qui se sont révélés assez performants, bien que leurs effets soient limités dans le temps.

Cette rapidité, dont on ne peut que se féliciter, a cependant pu conduire à mettre en veille certaines précautions auxquelles il est d'usage de recourir lors de la mise sur le marché d'un nouveau produit, tant du point de vue des droits des patients que des contrôles et essais préalable à l'admission d'un nouveau vaccin. Les « vaccino-septiques » s'en sont en tout cas emparés afin d'alimenter une propagande conspirationniste parfois relayée par certaines élites politiques ou civiles.

À vrai dire, l'appréhension suscitée par les vaccins ne date pas d'hier. Les vaccins Pasteur contre la rage avaient eux-mêmes donné lieu aux élucubrations les plus fantaisistes et à une campagne de dénigrement promettant aux vaccinés les effets indésirables les plus variés, dont ceux notamment de se transformer en monstres en tout genre, desseins à l'appui. S'agissant du vaccin contre la Covid-19, faut-il rappeler qu'on a accusé Bill Gates de vouloir tuer 10 à 15 % de la population mondiale, notamment en Afrique. D'autres fois, on a soupçonné ce même Bill Gates de projeter l'implantation d'une micropuce à l'aide de ce vaccin pour mieux nous surveiller ou encore d'injecter la 5G dans nos organismes. Les réseaux sociaux et leurs lecteurs peu éclairés, préférant l'irrationnalité aux vérités scientifiques, s'en sont fait largement l'écho. Et quand on sait que dans des pays comme la France une personne sur trois indique ne s'informer que par les réseaux sociaux ou les sites vidéo en ligne, le conspirationnisme a encore de beaux jours devant lui...

Quoi qu'il en soit, et on en conviendra volontiers, les vaccins, comme n'importe quel produit de santé, ne sont pas neutres et peuvent engendrer des effets indésirables. Certains sont minimes et temporaires (douleur et gonflement au point d'injection, urticaire, acouphènes, vertiges, etc.) mais d'autres semblent plus inquiétants par leur gravité (syndrome de Guillain-Barré, syndrome de fuite capillaire, thromboses, myocardites et péricardites, perturbations du cycle menstruel, paralysies faciales périphériques, etc.). Personne n'a oublié l'épisode relatif au vaccin AstraZeneca suspecté d'être à l'origine de thromboses veineuses, tout particulièrement à l'égard de certaines parties de la population. De surcroît, l'apparition récente de ces vaccins conduit de fait à

1 Voy. J. KNETSCH, « Les responsabilités liées à la vaccination contre la Covid-19 », *Lexbase*, <https://www.lexbase.fr/article-juridique/86756081-actes-de-colloques-colloque-covid-19-et-droit-de-l-E2aoindeemnisation-les-responsabilit--A9s-li--A9es-r-la>.

constater que les données sur le long terme manquent, si bien qu'on ne saurait exclure d'autres effets non souhaités. Et dans la mesure où les données sur le long terme manquent, il n'est pas à exclure d'autres effets non souhaités.

Juridiquement, la survenance d'effets indésirables invite à se poser la question de la prise en charge des risques liés aux vaccins et à la vaccination et celle, dès lors, des responsabilités pouvant être utilement identifiées dans la chaîne de production, d'autorisation de mise sur le marché, de distribution, de prescription et d'administration effective. Ainsi, en Angleterre par exemple, une action de groupe a été entreprise par 75 personnes à l'encontre du producteur du vaccin d'AstraZeneca sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>2</sup>.

Assez rapidement, et pour faire le point sur la prise en charge des victimes, on réalise que l'intitulé de ce thème est peut-être trop réducteur. En effet, la plupart des modèles juridiques incarnés par les pays concernés par cette synthèse proposent des systèmes d'indemnisation spécifiques reposant le plus souvent sur le jeu de la solidarité nationale. Cela justifie qu'on les évoque puisqu'ils se révèlent importants dans ces différents ordres juridiques. Ainsi, pour faire le point sur la question de l'indemnisation des victimes des vaccins contre la Covid-19 nous étudierons les ressources de la responsabilité civile (I) avant d'évoquer le relai de la solidarité nationale (II).

## I. Les ressources de la responsabilité civile pour l'indemnisation des dommages vaccinaux

Intuitivement, les laboratoires pharmaceutiques, fabricants des vaccins, sont les premiers à la porte desquels il est tentant de frapper en cas de dommages consécutifs à la vaccination (A). Mais ils ne sont guère les seuls à avoir joué un rôle dans la campagne de vaccination, ce qui doit nous conduire à envisager d'autres responsables potentiels (B).

### A) La responsabilité des producteurs de vaccins anti-Covid-19

Dans le dessein de coordonner au mieux l'approvisionnement des vaccins au sein de l'union européenne, les États membres ont confié à la Commission européenne le soin de négocier les contrats d'achat anticipés avec les différents laboratoires pharmaceutiques. Des observateurs ont été choqués par l'existence de clauses de responsabilité aux termes desquelles les États membres s'engagent à garantir les fabricants contre toute action en responsabilité engagée sur le fondement d'un défaut de leur vaccin. Il n'empêche qu'il importe de préciser que, contrairement à ce qui a parfois pu être dit, ces clauses ne font

<sup>2</sup> <https://www.bbc.co.uk/news/uk-england-tyne-65187992>.

en aucun cas obstacle à une action en responsabilité à l'encontre des fabricants de vaccins. Outre le fait que ces clauses peuvent sembler contraires à l'ordre public, ainsi que l'indique le rapport portugais auquel nous renvoyons, le rapport français a, quant à lui, justement souligné qu'en tout état de cause ces clauses ne visent pas l'obligation à la dette mais la contribution à la dette. Il reste qu'on ignore les dispositifs nationaux de garanties envisagés par les États<sup>3</sup>.

Ceci étant précisé, c'est d'abord la responsabilité du fait des produits défectueux qui paraît être le véhicule adéquat pour rechercher la responsabilité des fabricants de vaccins (1). Mais d'autres voies sont ouvertes aux victimes (2).

### 1) Le recours à la responsabilité spécifique du fait des produits défectueux

Issu de la directive du 5 juillet 1985<sup>4</sup>, ce régime de responsabilité, pouvant être d'application quasi exclusive, est aujourd'hui bien connu des différents droits nationaux européens qui l'ont transposé dans leur législation interne. Revenons succinctement sur les conditions d'application de ce régime qui peuvent légèrement varier d'un pays à l'autre.

Il importe en premier lieu d'établir un *défait de sécurité* du produit. Il en est ainsi lorsque le produit n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Ce défaut ne doit pas se confondre, comme le rappelle le rapport français, avec la dangerosité inhérente au produit car dans le cas contraire, tous les médicaments seraient considérés comme défectueux.

L'appréciation du défaut requiert ainsi la conviction que le vaccin présentait un risque/danger anormal, eu égard au contexte existant au moment de sa mise en circulation et aux attentes légitimes que le public a pu nourrir à son égard à ce moment. Selon la Cour de justice<sup>5</sup>, la réalité du défaut peut être établie s'il apparaît que ces attentes ont été trompées par la réalisation de risques anormaux et graves<sup>6</sup>, en considérant les informations connues à ce moment. Toutes les circonstances de fait pertinentes exerceront ici une influence, comme le moment de la vaccination<sup>7</sup>, le « public » particulier dont relève la personne lésée, la rareté et ou gravité des troubles dont a souffert

3 Selon les termes du contrat, afin de pouvoir revendiquer un dédommagement, les laboratoires sont tenus de notifier à l'État membre toute demande d'indemnisation venant d'un tiers.

4 Directive 85/373/CEE du 25 juillet 1985.

5 C.J.U.E., 21 juin 2017, *Sanofi Pasteur*, aff. C-621/15.

6 En droit belge, voy. Civ. Arlon, 23 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006/27, p. 1205, selon qui l'apparition d'un risque « excessif » – en raison de sa gravité et de sa fréquence – avec les bénéfices escomptés permet de conclure à un défaut. Voy. aussi C.J.U.E., 21 juin 2017, aff. C-621/15, précité (premiers troubles d'une sclérose en plaques à la suite de la 3<sup>e</sup> dose d'un vaccin contre l'hépatite B) : la Cour de justice n'invalide pas, à notre sens, une telle lecture et, surtout, rend manifeste le lien très étroit qui peut exister en ce domaine, sur le plan probatoire, entre les trois conditions de la responsabilité. L'arrêt n'exclut pas que l'anormalité et la gravité du dommage *puissent* constituer des indices, parmi d'autres, permettant de présumer réfragablement le défaut.

7 Ainsi en est-il par exemple de la nature de l'autorisation de mise sur le marché, conditionnelle ou non, état des informations diffusées...

la victime. Le critère aujourd'hui retenu en France est celui du bilan bénéfico-risque, qui consiste à comparer les avantages thérapeutiques d'un médicament et les risques qu'il fait courir au patient<sup>8</sup>.

Il faut noter que l'existence d'une appréciation spécifique aux périodes de crise pourrait avoir une incidence sur l'existence du défaut du médicament élaboré en urgence pour stopper une pandémie, ainsi que le précise le rapport anglais<sup>9</sup>. Le contexte pandémique renforce, à n'en pas douter, l'idée que les effets bénéfiques du vaccin sont immenses et dépassent le seul cadre individuel si leur efficacité est démontrée, ce qui semble être le cas<sup>10</sup>. Dans la mesure où les effets secondaires restent assez rares, du moins aujourd'hui, cette première condition de mise en œuvre de la responsabilité ne sera donc pas aisée à établir pour les possibles victimes.

Il convient ensuite d'établir *le lien de causalité* entre le défaut du vaccin et le dommage. La question est complexe et est parfois dédoublée à l'occasion de certaines décisions de justice, notamment en France. Le rapporteur français soulève en effet que cela revient à considérer qu'il appartient au demandeur « de prouver [...] le lien de causalité entre le défaut et le dommage », formule que la Cour de cassation interprète en ce sens que « la simple imputabilité du dommage au produit incriminé ne suffit pas à établir son défaut ni le lien de causalité entre ce défaut et le dommage ». Il en résulte que la preuve doit porter sur ce double lien (imputabilité du dommage au produit et causalité entre défaut et dommage), ce qui constitue régulièrement un obstacle de taille<sup>11</sup>. Quoi qu'il en soit, et sans même entrer dans ces subtilités, la victime a la possibilité de prouver ce lien de causalité en recourant à des présomptions, la CJUE ayant accepté le recours aux présomptions du fait de l'homme<sup>12</sup>.

8 Voy. en particulier Cass. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 26 septembre 2018, n° 17-21.271, FS-P+B (« en se déterminant ainsi, sans rechercher [...] si nonobstant les mentions figurant dans la notice, la gravité du risque thromboembolique encouru et la fréquence de sa réalisation excédaient les bénéfices attendus du contraceptif en cause et si, par suite, les effets nocifs constatés n'étaient pas de nature à caractériser un défaut du produit au sens de l'article 1245-3 du code civil, la cour d'appel a privé sa décision de base légale »). Pour une analyse doctrinale, voy. par exemple J.-S. BORGHETTI, « Comment caractériser le défaut de sécurité d'un médicament ? », *JCP G*, 2018, 1337. Pour une étude comparative, voy. M. SANTOS SILVA *et al.*, « Relevance of Risk-benefit for Assessing Defectiveness of a Product: A Comparative Study of Thirteen European Legal Systems », *European Review of Private Law*, 2021, p. 91.

La question n'est pas complètement résolue de savoir si cette appréciation doit être objective ou subjective, même si la première tendance prend le dessus en France.

9 Cf. E. LEMAIRE, rapport anglais ; et voy. également, J. KNETSCH, « Les responsabilités liées à la vaccination contre la Covid-19 », *op. cit.*, I, A.

10 V. HALL *et al.*, « Protection against SARS-CoV-2 after Covid-19 Vaccination and Previous Infection », *The New England Journal of Medicine*, 31 mars 2022, 386 (13), 1207.

11 Cass. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 29 mai 2013, n° 12-20.903, FS-P+B+I, *Lexbase*, n° A3723KEM et 27 juin 2018, n° 17-17.469, FS-P+B, *Lexbase*, n° A5679XUU. Sur cette solution, voy. par exemple Ph. BRUN, « Une invention remarquable du droit prétorien : la condition "préalable" et "implicite" de la responsabilité, ou les affres de la causalité démembrée », *D.*, 2013, p. 1723 ainsi que la note de P. JOURDAIN, *RTD civ.*, 2018, p. 925.

12 C.J.U.E., 21 juin 2017, aff. C-621/15, précité.

La preuve du lien de causalité s'en trouve facilitée, la victime n'ayant qu'à rapporter un faisceau d'indices graves, précis et concordants de nature à faire présumer l'existence du lien de causalité. Il en résulte que la causalité à établir est une causalité juridique et non scientifique. Certains droits ont toutefois une vision plus stricte de l'exigence de ce lien de causalité. C'est le cas en Espagne où l'on retient que le lien de causalité pour être établi doit être dûment prouvé, ce qui semble conduire à exiger une preuve scientifique. Le droit anglais paraît également plus favorable à une causalité scientifique, car « une causalité possible n'est pas une causalité probable »<sup>13</sup>.

*Des limites temporelles* s'imposent par ailleurs en ce qui concerne l'action des victimes. En effet, la directive fait coexister un *délai de prescription* de trois ans à dater de la connaissance des éléments fondant la responsabilité et un *délai de déchéance* de dix ans à dater de la mise en circulation du produit<sup>14</sup>. Ces exigences pourront constituer de véritables obstacles à une réparation, si le vaccin anti-Covid administré devait présenter des effets latents.

Il reste que le fabricant du vaccin pourra se prévaloir de la cause d'exonération pour risque de développement permettant à un laboratoire d'échapper à sa responsabilité si « l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ». Mais il convient de noter que le risque reste faible puisque la jurisprudence européenne interprète de manière extensive la notion d'état des connaissances techniques et scientifiques<sup>15</sup>, le droit anglais s'inscrivant d'ailleurs dans la même mouvance. Le caractère inédit de la pandémie pourrait cependant conduire à admettre plus facilement cette cause d'exonération. Le rapport italien relève à ce titre que la Cour de cassation italienne a déjà considéré que le fait que la mise en circulation d'un produit ait été autorisée par les autorités sanitaires permettait de satisfaire à cette cause d'exonération<sup>16</sup>, ce qui ouvre plus largement dans ce pays au moins les portes de l'exonération.

Pour terminer sur ce régime de responsabilité, on soulignera que le Code civil québécois, qui est inspiré de la directive européenne de 1985, pourrait permettre une action en responsabilité identique à celle venant d'être exposée, à ceci près que l'hypothèse paraît peu probable, pour ne pas dire improbable, au rapporteur canadien. Le producteur du vaccin pourrait tout aussi bien

13 Voy. le rapport anglais.

14 La seule cause d'interruption admise concernant le 2<sup>e</sup> délai est l'introduction d'une action en justice (C.J.C.E., 2 décembre 2009, *Aventis Pasteur*, aff. C-358/08, spéc. pt 38), alors que le premier délai est susceptible d'interruption et de suspension conformément aux règles du droit commun.

15 C.J.C.E., 29 mai 1997, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-300/95, *Lexbase*, n° A2009AIA, § 26 (« sans aucune restriction, l'état des connaissances scientifiques et techniques, en ce compris son niveau le plus avancé, tel qu'il existait au moment de la mise en circulation »).

16 On notera toutefois que le rapport italien relève que le fabricant du vaccin qui peut être exonéré sur le terrain de ce régime de responsabilité pourra rester tenu sur le fondement du régime de responsabilité liée à l'exercice d'une activité dangereuse.

s'exonérer de sa responsabilité en se prévalant de la cause d'exonération pour risque de développement.

À côté de l'action en responsabilité du fait des produits défectueux, d'autres fondements possibles de responsabilité peuvent être envisagés.

## 2) Les autres fondements de responsabilité possibles

En France, dès lors que les conditions d'application de la directive sont réunies, il semble difficile d'envisager un autre fondement de responsabilité.

D'autres systèmes juridiques sont plus souples sur ce point.

Ainsi, en Italie, la responsabilité du producteur d'un vaccin pourrait être recherchée sur le fondement de l'article 2050 du Code civil qui régit la responsabilité en cas d'exercice d'une activité dangereuse<sup>17</sup> et qui se révèle plus accessible aux victimes des vaccins, ne serait-ce que parce que le responsable d'une activité dangereuse ne peut, pour s'exonérer, se contenter de prouver qu'il s'est conformé à la législation en vigueur, mais il doit établir qu'il a tout mis en œuvre pour éviter la survenance du dommage.

En Allemagne, et c'est bien connu, il existe un régime spécial de responsabilité applicable aux dommages pharmaceutiques dont la mise en œuvre a été réservée au moment de l'entrée en vigueur de la directive de 1985, régime spécial qui avait été adopté en 1976 à l'occasion d'une crise sanitaire. Selon ce régime, le fabricant engage sa responsabilité sans faute dès lors que le médicament a causé le décès ou une atteinte non négligeable à la santé du patient et s'il est avéré que le médicament a été utilisé conformément aux prescriptions et a eu des effets nocifs dépassant ce qui est acceptable. Si des plafonds de responsabilité existent<sup>18</sup>, ce régime est plus favorable que la responsabilité du fait des produits défectueux en raison de la présomption de causalité que le législateur a consacrée en 2002. Ce régime pourrait être adéquat pour la vaccination contre la Covid-19, sauf que le Ministère fédéral de la santé a restreint la responsabilité des laboratoires en adoptant une réglementation spéciale en réaction à la crise sanitaire. Un texte a en effet exclu la responsabilité des laboratoires pour les produits mis en circulation lors de la propagation de la Covid-19<sup>19</sup>. Il en résulte qu'à côté de la responsabilité du fait des produits défectueux, c'est seulement en cas de faute lourde ou intentionnelle que les laboratoires engagent leur responsabilité, et ce sur le fondement du droit commun, c'est-à-dire pour la responsabilité pour fait illicite.

17 Voy. le rapport italien.

18 600.000 euros en cas de décès ou d'atteinte à la santé d'un patient.

19 C'est donc un régime très favorable pour les victimes qui se voit neutralisé jusqu'au 31 décembre 2023 puisque consacrant une immunité civile aux laboratoires pharmaceutiques, conduisant ainsi les victimes à s'orienter vers les ressources du droit commun (185 actions contre les laboratoires).

La responsabilité pour faute peut aussi être mobilisée en Belgique<sup>20</sup> ou en Angleterre<sup>21</sup> si les différentes conditions sont réunies. Mais dans ce dernier pays, tout comme en Allemagne ainsi qu'on l'a dit, les laboratoires bénéficient d'une immunité de responsabilité en vertu d'un dispositif législatif spécifique lié au fait que les vaccins ont été distribués avant même l'autorisation de mise sur le marché<sup>22</sup>.

## B) La responsabilité des autres acteurs de la campagne de vaccination

La question se pose de savoir s'il n'est pas envisageable, à côté des fabricants de vaccins, de chercher celle des différents acteurs intervenus dans le processus de vaccination. Disons-le d'emblée, les différents rapports nationaux formulent le constat qu'il sera extrêmement difficile d'engager leur responsabilité, mais pas non plus impossible. Pour cette raison nous en dirons quelques mots, en étudiant successivement une possible action contre les autorités publiques (1), contre les professionnels de santé ayant vacciné (2) puis contre les établissements de santé (3).

### 1) Les autorités publiques

Sans vouloir anticiper sur la synthèse dédiée à la responsabilité liée à l'État, et plus généralement aux personnes publiques, la question se pose de savoir en amont s'il n'est pas envisageable d'incriminer les autorités étatiques et sanitaires qui ont donné l'autorisation de mise sur le marché d'un vaccin ne présentant peut-être pas toutes les garanties d'innocuité pour ses utilisateurs. Si les autorités européennes ont en effet été responsables de la procédure centralisée<sup>23</sup> d'autorisation de mise sur le marché (ci-après AMM) – qui est ici une autorisation conditionnelle<sup>24</sup> (ci-après AMC), les États membres ont

20 En droit belge, le droit commun est aussi une possibilité offerte aux victimes : le droit commun de la responsabilité aquilienne pour faute constitue une première voie d'action à laquelle il convient de songer. Assurant, en cas de succès, une réparation intégrale des dommages, ce fondement légal peut permettre d'engager la responsabilité de tout acteur ayant contribué à la mise à disposition des vaccins, depuis leur conception jusqu'à leur administration effective aux patients. Voy. le rapport belge.

21 En Angleterre, il existe la responsabilité pour faute (*tort of negligence*) qui peut tout à fait être mobilisée si les différentes conditions de ce régime de responsabilité sont réunies, c'est-à-dire la violation d'un devoir de diligence, l'existence d'un lien de causalité et un dommage réparable.

22 Voy. le rapport anglais.

23 Procédure régie par le règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments (*J.O.*, L 136, 30 avril 2004, pp. 1-33). Cette procédure est obligatoire en vue de l'octroi d'une AMM conditionnelle, comme ce fut le cas pour les vaccins contre la Covid-19.

24 Le règlement n° 726/2004 précité prévoit la possibilité de délivrer des AMM « conditionnelles », accordées pour une durée, renouvelable, d'un an. Ce type d'AMM est accessible pour la commercialisation de médicaments « destinés à être utilisés dans des situations d'urgence en réponse à des menaces pour la santé publique dûment reconnues soit par l'Organisation mondiale de la santé soit par la Communauté dans le cadre de la décision n° 2119/98/CE » (cons. 2 du règlement n° 507/2006, *J.O.*, L 92, 30 mars 1996, pp. 6-9).

conservé la responsabilité de l'acquisition effective des vaccins, du processus allant de leur livraison à leur administration ainsi que de la définition des stratégies de vaccination et de l'élaboration des recommandations destinées aux professionnels de soins. Face à l'apparition de risques graves relatifs à certains vaccins, les États membres doivent, en outre, assumer individuellement la décision de maintenir ou non leur disponibilité au sein des centres de vaccination.

Le rapport belge souligne ainsi qu'une action classique sur le fondement de la responsabilité pour faute pourrait être introduite à l'encontre des autorités publiques, la difficulté étant de prouver une faute. À cela s'ajouteront d'autres difficultés probatoires. En droit espagnol, il faudrait démontrer que le dommage découle de la défectuosité dans l'organisation de la campagne de vaccination. Le rapporteur portugais explique que l'action est possible si les autorités sanitaires ont commis des fautes ou des négligences dans leur gestion de la pandémie, y compris dans leur stratégie de vaccination<sup>25</sup>. Surtout, le fait d'autoriser un vaccin sans preuves scientifiques suffisantes ou sans respect des procédures réglementaires en vigueur pourrait constituer une faute ou une négligence engageant leur responsabilité.

En droit anglais, une action contre les acteurs publics impliqués dans la mise en place de la stratégie vaccinale ne peut être écartée d'emblée, mais elle paraît cependant relever de la fiction juridique puisqu'il n'existe pas un devoir de diligence des autorités publiques justifiant une action juridique<sup>26</sup>. Les droits canadien et québécois ne ferment pas la porte, étant entendu que la responsabilité de l'État serait recherchée devant les tribunaux de droit commun.

On notera enfin que le rapporteur français relève le rôle joué par une autorité spécifique pendant la crise, la haute autorité de santé (HAS). Mais bien qu'ayant été un acteur majeur de campagne de vaccination française, à travers ses nombreuses recommandations de bonne pratique, celles-ci ne constituent « que » des actes de « droit souple » d'une faible portée normative. Certes, ces recommandations de bonnes pratiques de la HAS sont attaquables par la voie du recours en excès de pouvoir<sup>27</sup>, mais il est douteux qu'elles puissent pareillement fonder une action en responsabilité contre la puissance publique, par la voie d'un recours de plein contentieux<sup>28</sup>. Les autorités sanitaires nationales semblent donc protégées de toute action en responsabilité pour les dommages résultant de la vaccination contre la Covid-19.

25 Voy. le rapport portugais qui vise les différents textes susceptibles de fonder cette action.

26 Voy. le rapport anglais.

27 C.E., 23 décembre 2020, n° 428284.

28 *Ibid.* : les recommandations de bonne pratique de la HAS « ne dispensent pas le professionnel de santé d'entretenir et perfectionner ses connaissances par d'autres moyens et de rechercher, pour chaque patient, la prise en charge qui lui paraît la plus appropriée, en fonction de ses propres constatations et des préférences du patient ». Ces recommandations apparaissent ainsi comme des aides à la prise de décision, en participant, notamment, « à la réunion et à la mise à disposition de ces professionnels des données acquises de la science ».

## 2) Les professionnels de santé ayant vacciné

Si le cercle des personnes habilitées à vacciner a été élargi dans la plupart des pays pour accélérer la campagne de vaccination (médecins, manipulateurs de radiologie médicale, les sapeurs-pompiers, les étudiants en santé, vétérinaires...), en recourant parfois à des vaccinodromes, le constat est formulé par l'ensemble des rapporteurs que leur responsabilité ne devrait pouvoir être engagée que dans des circonstances exceptionnelles. Il conviendra d'établir une faute à leur rencontre.

Cette faute peut d'abord être *technique*<sup>29</sup> et pourra être constituée d'un manquement à la norme générale de prudence, s'il est établi que la personne ne s'est pas comportée comme l'aurait fait un professionnel de soins de la même catégorie, normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu. Il pourrait ainsi s'agir de vaccination mal réalisée (seringue non stérile, surdosage, absence de toute recherche des contre-indications devant être prises en considération, manquement aux règles d'hygiène, faute de ne pas avoir observé ou traité les réactions vaccinales...). On peut encore imaginer des conditions d'entreposage et de chaîne du froid inadéquates ou le non-respect de l'obligation de formation. Mais rapportés au nombre de doses injectées, les quelques dysfonctionnements signalés dans les médias (injection de doses périmées, erreur de dosage, injection de sérum physiologique au lieu du vaccin) paraissent d'autant plus insignifiants qu'ils n'ont guère eu de conséquences sur la santé des vaccinés. De surcroît, tous les rapporteurs s'accordent à considérer que la faute médicale restera difficile à établir en raison de l'absence de standard médical valide ou consolidé au moment de la vaccination ou des recommandations fluctuantes des autorités sanitaires des différents pays.

Cette faute peut aussi être *éthique*, en raison d'une insuffisance d'information dispensée aux vaccinés. Si le juge pourra se montrer clément au regard de la politique de vaccination à la chaîne, on ne peut exclure des actions en responsabilité pour indemniser un préjudice d'impréparation ou de perte de chance de ne pas développer une pathologie post-vaccinale. Tel est le cas en droit allemand où l'on peut aussi estimer que la faute du médecin pourra consister dans le fait de ne pas avoir suffisamment informé le patient avant l'administration du vaccin, suffisamment éclairé sur le vaccin adapté à son état de santé et à ses antécédents médicaux. Compte tenu du contexte de la vaccination, on peut là encore penser que les juges se montreront cléments avec les professionnels de santé.

On ajoutera à ce tableau que, dans certains pays, les personnels de santé pourront aussi tomber sous le coup d'une immunité de responsabilité,

<sup>29</sup> En droit anglais, les conditions de la responsabilité sont encore plus exigeantes pour établir une faute, les différentes conditions d'une action sur la responsabilité pour faute (*tort of negligence*) devant être réunies.

notamment en Angleterre compte tenu des circonstances d'extrême urgence dans lesquelles le vaccin a été administré ou en Allemagne où un décret de 2020 a étendu aux professionnels de soins l'immunité accordé aux laboratoires pharmaceutiques<sup>30</sup>.

### 3) Les établissements de santé

Il reste à évoquer une possible action contre des établissements de santé qui pourraient être responsables de leur personnel, comme indiqué dans les rapports portugais et anglais, mais aussi pour des causes tenant à une mauvaise organisation de la campagne de vaccination : non-respect des consignes étatiques (administration des vaccins non adaptée), non-respect de la chaîne du froid, non-respect de manière plus générale des procédures et protocoles constituant une faute organisationnelle. Là encore il conviendra de l'établir, c'est-à-dire de prouver une faute. Il reste la responsabilité des établissements dans lesquels se trouvent les personnes âgées, mais qui relèvent d'un autre rapport.

Ceci étant précisé, la responsabilité civile, dont la porte paraît à peine entrouverte, n'est pas la seule arme à la disposition des victimes pour espérer une indemnisation consécutive à un dommage vaccinal. Il existe le jeu de la solidarité nationale.

## II. Le relai de la solidarité nationale pour l'indemnisation des dommages vaccinaux

Il est frappant de noter, à l'occasion de l'étude des différents droits nationaux, l'existence à une exception près, le Portugal<sup>31</sup>, de dispositifs d'indemnisation dédiés aux dommages vaccinaux plus ou moins déconnectés de l'idée de responsabilité ou plus précisément des régimes classiques de responsabilité. Nous pouvons ainsi relever une convergence quant à l'existence de dispositifs dédiés (A) avec cependant des divergences de régimes mis en place (B).

### A) Une convergence quant à l'existence de fonds dédiés

L'idée règne que les justiciables doivent pouvoir obtenir une juste compensation en cas de survenance d'effets indésirables. Plusieurs justifications sont avancées, qu'il est possible de résumer ainsi : d'abord, le fait que la vaccination relève parfois d'un sacrifice particulier consenti au profit de la collectivité ; ensuite, du fait de l'émotion suscitée par certaines affaires médiatisées de victimes de vaccins sans réponse indemnitaire ; et enfin, en raison de la volonté de promouvoir la confiance du public dans la sécurité des vaccins ont pu

30 Sur cette immunité, voy. *supra*.

31 Voy. le rapport portugais.

conduire à la création de fonds d'indemnisation ou de paiement. L'Allemagne est même allée jusqu'à intégrer dans le droit de la protection sociale la prise en charge des victimes de vaccins via un régime d'indemnisation sociale visé par le paragraphe 60 de l'*Infektionsschutzgesetz* (IfSG)<sup>32</sup>. On notera encore que la volonté d'encourager ou d'imposer à certaines parties de la population de s'engager dans une campagne de vaccination, comme les professionnels de santé, a parfois justifié un régime dédié et des procédures plus souples d'indemnisation. La République tchèque en est une illustration<sup>33</sup>.

Nombreux sont en fait les dispositifs d'indemnisation pour les victimes de vaccins qui existaient avant la crise de la Covid-19. Tel est le cas de l'Angleterre, qui dispose d'un fonds de paiement depuis 1979, tout comme du Canada qui depuis 1987 bénéficie d'un fonds financé par la solidarité nationale jouant que la vaccination soit obligatoire ou pas. Tel est le cas également en Italie depuis 1992, mais uniquement s'agissant des vaccinations obligatoires. En droit belge, et depuis 2010, le Fonds des accidents médicaux, qui est une branche de l'Institut national d'assurance maladie invalidité, peut intervenir pour indemniser certaines conséquences dommageables d'un accident médical « sans responsabilité »<sup>34</sup>, entendu comme étant celui qui est « lié à une prestation de soins, qui n'engage pas la responsabilité d'un prestataire de soins, qui ne résulte pas de l'état du patient et qui entraîne pour le patient un dommage anormal »<sup>35</sup>. Comme le précisent toutefois les rapporteurs belges, une hésitation existe sur la possibilité d'activer ce fonds qui rend utile une intervention législative. En France, un organe, l'office national des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ci-après l'ONIAM), intervient lui aussi au titre de la solidarité nationale, mais pour les accidents de vaccinations obligatoires<sup>36</sup>.

Mais la survenance de la Covid-19 a pu accroître le rôle joué par la solidarité nationale. C'est le cas en France en vertu de l'article L. 3131-4 du Code de la santé publique qui confère à l'ONIAM la compétence pour les vaccinations

32 « Toute personne qui a subi une atteinte à la santé du fait d'une vaccination [...] ayant été recommandée par une autorité régionale, prescrite ou imposée en application de cette loi ou réalisée en application des règles sanitaires internationales, peut obtenir sur demande une prise en charge [*Versorgung*] pour le dommage vaccinal [...] dans les termes de la loi sur la réparation des dommages de guerre ». Le texte étend cette prise en charge aux dommages causés par d'autres mesures spécifiques de prévention sanitaire (*andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe*). Est notamment visée l'administration d'immunoglobulines ou d'antibiotiques.

33 Voy. toutefois, pour les conditions et les restrictions, le rapport tchèque.

34 Le FAM est également compétent pour connaître des accidents « avec responsabilité » : un patient peut le saisir et le laisser diligenter la procédure en vue de la réparation, mais, par principe, une telle intervention suit les règles du droit commun et, sous réserve de rares exceptions, ce n'est pas le FAM qui indemnise lui-même le patient. Voy. le rapport belge.

35 Art. 2, 7°, de la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, *M.B.*, 2 avril 2010.

36 Les dommages imputables à des vaccinations qui ne sont pas obligatoires relèvent de la responsabilité des acteurs de santé, notamment du régime de responsabilité des producteurs de produits de santé.

opérées dans le cadre d'une mesure d'urgence sanitaire<sup>37</sup>. Tel avait déjà été le cas pour la grippe A (H1N1). Mais, dès que l'on sort du cadre de l'urgence sanitaire, la vaccination ne relève plus de ce régime d'indemnisation spécifique. Il reste que si aucune responsabilité ne peut être recherchée, le régime d'indemnisation auprès de l'ONIAM peut à nouveau être mobilisé. L'Italie, qu'on a déjà cité, a également vu son régime d'indemnisation limitée aux vaccinations obligatoires s'étendre à toutes les victimes et en particulier à toutes les victimes d'un dommage dû à la vaccination contre la Covid-19<sup>38</sup>.

Pour terminer sur cette typologie de fonds, deux observations peuvent être formulées.

D'abord le nombre de saisine pour la Covid-19 n'a pas été si important que cela, ce qui peut à ce stade, même si la prudence s'impose, rassurer. Ainsi, pour donner quelques données chiffrées, il y a eu 253 demandes de prise en charge pour l'Allemagne en février 2023, ce qui correspond à une proportion de 0,00039 % de la population ayant reçu au moins une dose de vaccin<sup>39</sup>. 440 demandes d'indemnisation adressées à l'ONIAM en France au 31 mars 2022. Au Québec, sur plus de 7,3 millions de vaccinations, 125 dossiers ont été déposés en 2021 et 2022 pour 8 jugés recevables, les rejets s'expliquant le plus souvent en raison des effets indésirables mineurs ayant résulté de la réception du vaccin. Et 5 demandes ont été rejetées pour absence de lien étroit entre le vaccin et les symptômes. En Angleterre, 3.876 demandes d'indemnisation ont été reçues par ce fonds de paiement. Mais près de 95 % ont été rejetées à la date du 8 février 2023.

Mais si le taux de rejet des demandes d'indemnisation est très important, cela peut aussi tenir aux conditions d'accès à ces fonds, conditions sur lesquelles nous allons rapidement revenir.

## B) Des divergences quant aux régimes d'indemnisation

Il est possible de mesurer ces divergences sur plusieurs terrains : celui de la gravité du dommage (1), de la procédure d'indemnisation (2) et du montant de l'indemnisation (3), avec des exigences pouvant être plus ou moins contraignantes.

### 1) Quant à la gravité du dommage

Tout dommage ne permet pas de frapper à la porte d'un fonds d'indemnisation. C'est le premier constat que l'on peut formuler.

37 Les victimes vaccinées contre la Covid-19 dans le cadre de la campagne de vaccination prévue par l'article 55-1 du décret 2021-1262 du 16 octobre 2020 et par l'article 53-1 du décret 2020-1310 du 29 octobre 2020.

38 Décret-loi du 27 janvier 2022, n° 4, art. 20.

39 Voy. par exemple C. KRETSCHMER, « Covid-19-Impfung: 253 anerkannte Impfschäden », *Gelbe Liste. Pharmindex*, 2 février 2023 (disponible à l'adresse : <https://www.gelbe-liste.de/nachrichten/covid-19-impfung-253-anerkannte-impfschaeden>).

C'est ainsi qu'en République tchèque, l'indemnisation du préjudice moral a été exclu<sup>40</sup>. C'est ainsi encore qu'en Italie, la victime, qui peut être la vaccinée ou l'enfant dont le parent a été vacciné pendant la grossesse, doit avoir subi une atteinte permanente à son intégrité physique. Au Canada, seuls les effets indésirables importants résultant de la réception d'un vaccin sont indemnisables : on parle de préjudice permanent grave, physique ou mental incluant le décès. En Allemagne, pour en bénéficier, il est nécessaire de prouver l'existence d'un « dommage vaccinal » (*Impfschaden*), c'est-à-dire d'une atteinte à la santé qui « dépasse le niveau habituel d'une réaction vaccinale » (*über das übliche Ausmaß einer Impfreaktion hinausgehend*)<sup>41</sup>.

Parfois un seuil de gravité est expressément prévu par les textes. C'est ainsi qu'en Angleterre, il faut présenter un taux d'incapacité minimal s'élevant à 60 %. En droit français comme en droit belge, le dommage n'est réparable que sous la double condition qu'il atteigne l'un des seuils de gravité fixés par la loi française<sup>42</sup> ou belge<sup>43</sup> et soit jugé « anormal » en ce sens qu'il « n'aurait pas dû se produire compte tenu de l'état actuel de la science, de l'état du patient et de son évolution objectivement prévisible »<sup>44</sup>. Ces exigences conduisent à considérer que les effets secondaires connus/prévisibles et mineurs liés à une vaccination contre la Covid-19 n'ouvriront pas à une indemnisation.

## 2) Quant à la procédure d'indemnisation

Cette procédure peut se révéler assez exigeante, étant entendu que les conditions varient là encore d'un pays à l'autre.

Il convient parfois, pour pouvoir accéder à la solidarité nationale, que la vaccination soit obligatoire ou vivement recommandée par les autorités publiques. Tel est le cas en Allemagne, en Italie ou en République tchèque. À vrai dire, cette condition est assez facile à établir pour la Covid-19 puisque tous les pays, pour endiguer l'épidémie, ont déployé de nombreux efforts pour vacciner leur population. Si l'ONIAM peut être activé en France, c'est parce qu'on relève d'une situation d'urgence sanitaire, ainsi qu'on l'a déjà dit.

40 Voy., pour plus de précisions, le rapport en question puisque des distinctions existent selon les victimes directes ou indirectes.

41 Cette définition résulte du paragraphe 2, 11°, IfSG. Pour un commentaire, voy. U. BECKER, « Öffentliches Entschädigungsrecht », in S. HUSTER et T. KINGREEN (dir.), *Handbuch Infektionsschutzrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2022, pp. 369-421, spéc. n<sup>os</sup> 80 et s.

42 En cas de vaccination hors état d'urgence, la procédure est celle classique de saisine de l'ONIAM avec la nécessité d'établir un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique d'au moins 24 %, ce qui est très élevé.

43 En Belgique, en vertu de l'article 5 de la loi, à titre alternatif, un décès, une invalidité permanente égale ou supérieure à 25 %, une incapacité temporaire de travail durant au moins 6 mois consécutifs ou non consécutifs mais sur une période de 12 mois ou lorsque « le dommage occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence du patient ». En France, la nécessité d'établir un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique d'au moins 24 %, ce qui est très élevé.

44 Selon les conditions du texte belge : art. 2, 7°, de la loi précitée.

Logiquement, il convient d'établir un lien de causalité entre le dommage et la vaccination. Cette exigence peut se révéler difficile à établir si l'on applique les règles du droit commun de la responsabilité, et peut parfois entraver la demande d'indemnisation, comme semble le laisser entendre le rapport anglais qui relève que sur 777 demandes 721 sont rejetées en raison de l'absence de causalité selon le standard de la balance des probabilités. En Italie, l'existence d'un lien de causalité entre la vaccination et l'atteinte permanente à l'intégrité psycho-physique est appréciée par une commission médicale. En France, l'ONIAM diligente une expertise et procède à toute investigation jugée utile, mais s'agissant de la vaccination obligatoire le Conseil d'État est assez compréhensif<sup>45</sup> puisqu'il appartient juste au juge administratif de s'assurer qu'il n'y a aucune probabilité qu'un lien existe entre l'administration du vaccin et les différents symptômes de la victime. La décision peut faire l'objet d'un recours devant le ministre de la santé ou devant le juge judiciaire. Il est à noter qu'en Allemagne on applique un standard plus favorable au demandeur, le paragraphe 61, alinéa 1<sup>er</sup>, IfSG n'exigeant qu'une démonstration de sa probabilité raisonnable (*hinreichende Wahrscheinlichkeit*)<sup>46</sup>. Et en République tchèque enfin, la loi établit une présomption de causalité, ce qui est par conséquent très favorable aux victimes<sup>47</sup>.

À côté de l'exigence de causalité, il faut aussi compter sur l'existence de limites temporelles. Les délais et points de départ des délais varient d'un pays à l'autre. Les demandes doivent ainsi être faites dans les 6 ans à compter de la vaccination en Angleterre. En Italie, un délai de 3 ans court à compter de la connaissance du fait que le dommage est réparable et pas de la connaissance du dommage. En Belgique, les demandes introduites auprès du FAM doivent lui être adressées dans un délai de 5 ans à partir du jour suivant celui où le patient a connaissance de son dommage ou de son aggravation et de « l'identité de la personne qui est à l'origine du dommage », sans excéder un délai de 20 ans à partir du jour suivant celui de l'acte de vaccination<sup>48</sup>.

### 3) Quant au montant de l'indemnisation

Plusieurs rapports livrent des ordres de grandeur quant à l'indemnisation à laquelle il est possible de prétendre en cas de dommage vaccinal. Tout dépend bien évidemment de l'importance des séquelles. Mais il est parfois dérogé au jeu de la réparation intégrale. Ainsi, en Angleterre, le montant de

45 Voy. le rapport français.

46 Pour faciliter le travail des médecins experts, la Commission permanente des vaccins (*Ständige Impfkommision*) auprès de l'Institut Robert-Koch, l'équivalent de l'Institut Pasteur, développe actuellement des critères pour distinguer les réactions vaccinales ordinaires et les dommages vaccinaux. Pour plus d'informations, voy. le site internet : [https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/stiko\\_node.html](https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/stiko_node.html).

47 Voy. le rapport tchèque qui détaille ce dispositif.

48 Art. 12, § 3, de la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé. Les règles de suspension et d'interruption du droit commun sont applicables (§ 4).

l'indemnisation est plafonné à 120.000 livres pour certaines vaccinations, dont celle contre la Covid-19. Il n'y a pas d'évaluation des préjudices subis par la victime mais seulement une aide financière fixe. L'étendue de l'indemnisation est également standardisée en Italie, une rente viagère étant déterminée sur la base d'un référentiel<sup>49</sup>. Si la vaccination a entraîné le décès de la victime, l'ayant droit peut opter pour la réversion de la rente pendant 15 ans ou pour une somme forfaitaire d'environ 75.000 euros. Quant à l'Allemagne, en l'état actuel du droit positif<sup>50</sup>, les prestations sont calquées sur celles qui sont versées en vertu de la loi fédérale sur l'assistance aux victimes de guerre (*Bundesversorgungsgesetz*). Il ne s'agit en aucun cas d'une réparation intégrale au sens où l'entend le droit de la responsabilité civile, mais de prestations qui relèveraient, en droit français, davantage du droit de l'aide sociale et dont les modalités de calcul ressemblent peu ou prou aux prestations du régime français des accidents du travail et des maladies professionnelles (AT-MP)<sup>51</sup>. La prise en charge couvrira intégralement les frais de soins et de rééducation et, sous condition de ressources, des aides pour l'hébergement et la garde des enfants. Si le taux des séquelles (*Grad der Schädigungsfolgen*) dépasse les 30 %, le demandeur a également droit à une pension dont le montant va de 151 euros par mois (pour un taux de 30 %) à 784 euros par mois (pour un taux de 100 %)<sup>52</sup>. Au Canada, la victime des effets indésirables est indemnisée sans égard à la responsabilité de quiconque en appliquant les normes d'indemnités prévues pour les accidents de la circulation<sup>53</sup>. En France enfin, si le principe de la réparation intégrale n'est pas écarté, l'ONIAM recourt à des référentiels d'indemnisation qui se révèlent moins avantageux que lorsque le juge judiciaire statue.

*Quid* pour terminer de l'articulation de ces régimes spéciaux ou fonds d'indemnisation avec le droit commun ?

Le recours aux fonds d'indemnisation ne rend pas impossible la possibilité de se prévaloir du jeu de la responsabilité civile. C'est le cas en France, en Angleterre<sup>54</sup>, au Canada ou en Italie où l'indemnisation du fonds de garantie n'est pas exclusive d'une réparation du préjudice.

49 Voy. le rapport italien pour le détail de l'indemnisation.

50 Sur les changements induits par la réforme du droit de l'indemnisation sociale qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2024, voy. *infra*.

51 La prise en charge couvrira intégralement les frais de soins et de rééducation et, sous condition de ressources, des aides pour l'hébergement et la garde des enfants. Si le taux des séquelles (*Grad der Schädigungsfolgen*) dépasse les 30 %, le demandeur a également droit à une pension.

52 Art. 1<sup>er</sup> du décret du 28 juin 2022 portant adaptation de la valeur de référence et des prestations financières au titre de la loi fédérale sur l'assistance aux victimes de guerre (27. KOV-Anpassungsverordnung 2022).

53 Le rapporteur canadien propose un chiffre assez précis pour le cas d'un décès et nous renvoyons à son rapport. 27.000 euros pour les enfants majeurs, entre 114.000 et 325.000 pour la veuve.

54 Il est à noter que les victimes peuvent, en plus de l'obtention du paiement par ce fonds, introduire une action en responsabilité civile à l'encontre des responsables du dommage. Elles pourraient ainsi obtenir un complément indemnitaire par la voie juridictionnelle.

## Conclusion

En définitive, ce qui ressort de l'analyse rapide de ces différents mécanismes de solidarité nationale tient à ce que s'ils paraissent généreux dans leur principe, puisque facilitant de prime abord l'accès à l'indemnisation pour les victimes de vaccins, ils se révèlent en définitive assez exigeants pour les victimes et sont donc loin d'ouvrir largement les portes de l'indemnisation. Le fait qu'ils n'excluent pas le plus souvent le jeu de la responsabilité civile classique invite à penser que les ressources de de la responsabilité civile devront parfois être mobilisées. Mais, comme on l'a dit, cette fenêtre de la responsabilité civile est elle aussi à peine entrouverte. De là à conclure que le droit de l'indemnisation n'est pas vraiment adapté pour répondre aux dommages post-vaccinaux dans le contexte de la Covid-19, il n'y a qu'un pas qu'il est tentant de franchir...



**Chapitre 2.**  
**Les responsabilités civiles liées**  
**à la vaccination contre la Covid-19**  
**Rapport allemand**

---

**Jonas KNETSCH**

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne*  
*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Depuis le début de la campagne de vaccination contre l'épidémie de Covid-19 en décembre 2020, 64,9 millions de personnes résidant en Allemagne ont reçu au moins une dose vaccinale, ce qui correspond à un taux de vaccination de 76,4 % de la population totale. Comme dans d'autres pays, les disparités régionales sont importantes : les territoires urbains ou aisés présentent des taux supérieurs à ceux des territoires ruraux<sup>1</sup>. S'y ajoute une disparité spécifique : en Allemagne de l'Est, le taux de vaccination est inférieur de 15 % en moyenne, ce qui s'explique par la sociologie de la population, moins favorisée, par un scepticisme plus important envers les vaccins ainsi que par un réseau moins dense d'infrastructures sanitaires<sup>2</sup>.

Si la campagne de vaccination a été lancée le 21 décembre 2020 à Berlin en présence du président fédéral Frank-Walter Steinmeier, il ne faut pas se méprendre sur les modalités de son organisation<sup>3</sup>. L'Allemagne étant un État fédéral, ce n'est pas la Fédération (*Bund*) qui a compétence en matière sanitaire, mais les 16 Länder pour leurs territoires respectifs. Dès lors, les infrastructures et les procédures mises en place ont varié considérablement d'une région à l'autre, certains Länder ayant privilégié les centres de vaccination, d'autres une vaccination en cabinet médical. De manière générale, sous la pression des médecins libéraux, les « vaccinodromes » furent progressivement fermés pour inciter la population à se vacciner auprès des médecins traitants<sup>4</sup>. Par ailleurs, contrairement à la France, le cercle des personnes habilitées à prescrire ou administrer les vaccins n'a été élargi que très tardivement au-delà du cercle des médecins<sup>5</sup>.

Quant aux vaccins utilisés dans la campagne de vaccination, il n'y a guère de particularités à signaler pour l'Allemagne. Ce sont les mêmes vaccins qu'en

1 Ces chiffres résultent des statistiques officielles, agrégées par le site internet du Ministère fédéral de la Santé, <https://impfdashboard.de/>.

2 Pour des statistiques détaillées, par Land, voy. le site internet de l'Office fédéral de la statistique, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1195108/umfrage/impfungen-gegen-das-coronavirus-je-einwohner-nach-bundeslaendern/>. Pour une analyse sociologique de ces disparités, voy. K.-H. REUBAND, « AfD-Affinitäten, Corona-bezogene Einstellungen und Proteste gegen die Corona-Maßnahmen. Eine empirische Analyse auf Bundesländerebene », *Zeitschrift für Parteienwissenschaften MIP*, 2022, pp. 67-94.

3 <https://www.zeit.de/news/2020-12/21/frank-walter-steinmeier-besucht-berliner-impfzentrum>.

4 Sur le débat « vaccinodromes vs. médecins de ville », voy. C. TUTT, « Impfzentrum oder Hausarzt? Das ist nicht nur eine Frage des Geldes », *WirtschaftsWoche*, 7 mai 2022 (<https://www.wiwo.de/politik/deutschland/impftempo-impfzentrum-oder-hausarzt-das-ist-nicht-nur-eine-frage-des-geldes/27167584.html>).

5 Ce n'est que par une loi du 10 décembre 2021, soit un an après le début de la campagne de vaccination, que le législateur fédéral a habilité les dentistes, vétérinaires et pharmaciens à réaliser des vaccinations, à condition toutefois d'avoir suivi une « formation médicale » (*ärztliche Schulung*). Pour un commentaire du paragraphe 20b de la loi de protection contre les infections (*Infektionsschutzgesetz* [IfSG]), abrogé depuis le 8 avril 2023, voy. A. GRAU et C. PÜSCHEL, « Impfen in der Apotheke. Bestehender Rechtsrahmen und Überlegungen für einen Paradigmenwechsel », *Arzneimittel & Recht*, 2021, pp. 283-288 ainsi que, pour un aperçu comparatif, D. KOZICA et F. WILD, *Wer ist impfberechtigt? Ein internationaler Blick*, Cologne, Wissenschaftliches Institut der PKV, 2022 ([https://www.wip-pkv.de/fileadmin/DATEN/Dokumente/WIP-Kurzanalysen/WIP-Kurzanalyse-Wer\\_ist\\_impfberechtigt\\_-\\_Ein\\_internationaler\\_Blick.pdf](https://www.wip-pkv.de/fileadmin/DATEN/Dokumente/WIP-Kurzanalysen/WIP-Kurzanalyse-Wer_ist_impfberechtigt_-_Ein_internationaler_Blick.pdf)).

France qui ont été administrés, sur le fondement des autorisations de mise sur le marché (AMM) européennes accordées aux laboratoires AstraZeneca, Moderna Biotech, Janssen-Cilag et BioNTech<sup>6</sup>. Contrairement à d'autres États-membres de l'Union européenne<sup>7</sup>, aucun vaccin supplémentaire n'a été autorisé en Allemagne dans le cadre d'une AMM nationale.

La question des effets secondaires liés à la vaccination contre la Covid-19 a reçu une attention médiatique considérable en Allemagne, pays dans lequel une minorité très active de « vaccino-sceptiques » (*Impfskeptiker*) milite depuis longtemps contre la vaccination systématique des enfants<sup>8</sup>. Cela explique pourquoi la mise en place de recommandations, voire d'une obligation vaccinale ne s'est pas faite sans difficultés, en particulier sur le plan juridique<sup>9</sup>. Il a fallu attendre le mois de mars 2022 pour que le Parlement fédéral adopte une loi introduisant une obligation vaccinale pour les personnels travaillant dans des établissements de soins, des cabinets médicaux et des résidences pour personnes vulnérables<sup>10</sup>. Cette obligation a suscité un contentieux très important devant les juridictions administratives et de travail, en raison de la suspension des personnels médicaux n'ayant pu (ou voulu) présenter un certificat vaccinal conforme à la réglementation<sup>11</sup>. La Cour constitutionnelle fédérale s'est également prononcée sur cette mesure, en rejetant un recours qui a été introduit pendant la procédure législative<sup>12</sup>.

Au regard du contexte politique de la campagne de vaccination contre la Covid-19, il n'est guère étonnant que les questions de responsabilité et d'indemnisation ont attiré l'attention des juristes ainsi que du grand public. Quels droits les victimes d'effets secondaires graves peuvent-elles faire valoir ? Sur quel(s) fondement(s) et contre qui ? Afin de donner un aperçu des solutions de droit allemand, seront étudiés la responsabilité civile des acteurs impliqués

6 Pour une liste à jour des vaccins autorisés en Allemagne, voy. le site internet du Paul-Ehrlich-Institut : <https://www.pei.de/DE/arzneimittel/impfstoffe/covid-19/covid-19-node.html>.

7 En Hongrie, les vaccins Sinopharm et Sputnik avaient également été autorisés par les autorités nationales.

8 Voy. par exemple C. DIEHL et C. HUNKLER, « Vaccination-related attitudes and behavior across birth cohorts: Evidence from Germany », *PLoS ONE*, 2022, vol. 17, n° 2 (<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0263871>).

9 Pour une présentation détaillée de la réglementation relative à la vaccination contre la Covid-19, voy. R. SCHLEGEL, M. MESSLING et F. BOCKHOLDT, *Corona-Gesetzgebung – Gesundheit und Soziales*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2022, § 14, III. Sur la question de l'obligation vaccinale et de sa constitutionnalité, voy. en particulier D. WOLFF et P. ZIMMERMANN, « Impfförder- und Impffolgenrecht in der COVID-19-Pandemie: Gesetzgeberische Handlungsoptionen und verfassungsrechtliche Vorgaben », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2021, pp. 182-186.

10 Paragraphe 20a de la loi de protection contre les infections, dans la version issue d'une loi du 18 mars 2022. Sur ce texte, voy. A. EUFINGER, « COVID-19-Impfpflicht für medizinisches Fachpersonal? », *Gesundheitsrecht*, 2021, pp. 69-76.

11 Sur les implications de l'obligation vaccinale en droit du travail, voy. Ph. HARLÄNDER et J. OTTE, « Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung. Was droht bei Verstößen gegen 3G, Masken- und Impfpflicht? », *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2022, pp. 160-166 ; D. WEIGERT, « Der Anwendungsbereich der neuen Impfpflicht im Gesundheitswesen nach § 20a IfSG? », *NZA*, 2022, pp. 166-170.

12 C. const. féd., 10 février 2022, réf. 1 BvR 2649/21.

dans la campagne vaccinale (I) et le régime spécial d'indemnisation applicable aux dommages vaccinaux (II).

## I. La responsabilité civile des différents acteurs de la campagne de vaccination

Dans cette première partie de notre étude, il s'agira de présenter les cas dans lesquels les personnes qui estiment avoir subi un dommage vaccinal pourraient invoquer le droit de la responsabilité pour obtenir une réparation intégrale des préjudices attribués au vaccin. Pour cela, nous distinguerons les différentes phases de développement et d'administration des vaccins, en abordant successivement la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques (A), celle des professionnels et établissements de soins (B) et celle de la puissance publique (C).

### A) La responsabilité civile des laboratoires pharmaceutiques

Dans le domaine de la responsabilité du fait des produits, l'une des particularités du droit allemand est l'existence d'un régime spécial de responsabilité du fait des médicaments dont la mise en œuvre a été réservée au moment de l'entrée en vigueur de la directive 85/374. L'article 13 de ce texte dispose en effet que « la présente directive ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir [...] au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive », ce qui a permis au législateur allemand de conserver le régime spécial qui avait été adopté en 1976 en réponse à la crise sanitaire de la thalidomide (*Contergan*)<sup>13</sup>. Parallèlement à la mise en place d'un fonds d'indemnisation<sup>14</sup>, les autorités publiques allemandes avaient souhaité instituer de nouvelles règles de responsabilité pour les laboratoires pharmaceutiques, plus favorables aux demandeurs<sup>15</sup>.

En vertu du paragraphe 84 de la loi fédérale sur les produits pharmaceutiques (*Bundesarzneimittelgesetz [AMG]*), le fabricant engage sa responsabilité sans faute dès lors que le médicament a causé le décès ou une atteinte non négligeable à la santé du patient et s'il est avéré que « le médicament, utilisé conformément aux prescriptions, a eu des effets nocifs qui dépassent ce qui est acceptable compte tenu des connaissances de la science médicale

13 Ce médicament, prescrit à des femmes enceintes comme calmant et somnifère durant les années 1950 et 1960, s'est révélé nocif pour le fœtus et l'embryon, provoquant des malformations congénitales sur un total de 5.000 enfants en Allemagne et ailleurs.

14 Sur ce fonds en langue française, voy. notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, Paris, LGDJ, 2013, n° 154.

15 Pour une présentation de ce régime en langue française, voy. J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, Paris, LGDJ, 2004, n°s 143 et s. ; O. BERG, « La responsabilité du fait des médicaments en droit allemand », *R.G.D.M.*, 2012, n° spécial, pp. 109-121.

et si le développement ou la production en sont la cause » ou « si le préjudice est le résultat d'un étiquetage défectueux, d'une mauvaise information fournie aux professionnels ou d'un mode d'emploi erroné ». Pour faciliter davantage l'indemnisation des victimes et remédier au déséquilibre informationnel entre demandeurs et défendeurs, le législateur a instauré en 2002 une présomption du lien causal, « si le médicament est, selon les circonstances de l'espèce, propre [*geeignet*] à causer le dommage subi »<sup>16</sup>, ainsi qu'un droit à information (*Auskunftsanspruch*)<sup>17</sup>.

Bien que limité par des plafonds de réparation<sup>18</sup>, ce régime de responsabilité est bien plus favorable aux demandeurs que la responsabilité du fait des produits défectueux, notamment en raison de la présomption de causalité que le législateur a consacrée en 2002<sup>19</sup>. En théorie, cette responsabilité spéciale de la loi fédérale sur les produits pharmaceutiques (AMG) pourrait donc être un fondement pertinent pour obtenir indemnisation du fabricant de l'un des vaccins contre la Covid-19 en présence d'effets secondaires qui « dépassent ce qui est acceptable » au regard des données de la science.

Or, le Ministère fédéral de la Santé a considérablement restreint la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques en adoptant une réglementation spéciale en réaction à la crise sanitaire. Comme le paragraphe 5 de la loi de protection contre les infections (*Infektionsschutzgesetz* [IfSG]) l'y autorise, le ministère a suspendu, par voie de décret, l'application de toute une série de dispositions de la loi fédérale sur les produits pharmaceutiques, dont celles sur la responsabilité civile. En effet, le décret du 25 mai 2020 a exclu la responsabilité des laboratoires pour les dommages causés par « des produits pharmaceutiques qui ont été mis en circulation en réaction à la propagation, présumée ou établie, du virus SARS-CoV-2 »<sup>20</sup>. C'est seulement en cas de faute lourde ou de faute intentionnelle que les laboratoires pharmaceutiques engagent leur responsabilité, et ce, sur le fondement du régime de droit commun, c'est-à-dire la responsabilité pour fait illicite<sup>21</sup>.

Étant donné que l'essentiel des doses de vaccination fut mis à disposition par le Ministère fédéral de Santé et que le texte restera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2023, l'immunité civile conférée aux laboratoires

16 § 84, al. 2, AMG.

17 § 84a AMG.

18 Selon le paragraphe 88 AMG, la responsabilité du fabricant est limitée à un montant total de 600.000 euros en cas de décès ou d'atteinte à la santé d'un patient et à un montant de 120 millions d'euros en cas de dommages sériels.

19 Sur l'articulation entre ce régime et le régime issu de la directive 85/374, voy. C.J.U.E., 20 novembre 2014, aff. C-310/13, *D.*, 2015, p. 549, note J.-S. BORGHETTI.

20 Paragraphe 3, alinéa 4, du décret sur la sécurisation de l'approvisionnement de la population en produits de santé en réponse à l'épidémie causée par le virus SARS-CoV-2 (*Medizinischer Bedarf Versorgungssicherstellungsverordnung* [MedBVSV]).

21 Les règles de la responsabilité civile pour faits illicites (*Verschuldenshaftung*) restent applicables aux côtés de celles du régime spécifique de 1976.

pharmaceutiques devrait ainsi très largement faire obstacle à une action en responsabilité civile à leur encontre<sup>22</sup>.

## B) La responsabilité des établissements et professionnels de soins

En droit allemand, la responsabilité des établissements et professionnels de soins se fonde généralement sur l'inexécution d'un contrat de soins médicaux (*medizinischer Behandlungsvertrag*), qui est le support de droits et obligations des deux parties<sup>23</sup>. Cette vision contractualiste de la relation de soins, qui tranche avec la conception française, était pendant longtemps dépourvue de fondement textuel. La loi sur l'amélioration des droits des malades (*Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*) du 20 février 2013 a été l'occasion de codifier les solutions jurisprudentielles, en insérant dans le Code civil allemand une nouvelle réglementation consacrée au contrat de soins, désormais régi par les dispositions des paragraphes 630a à 630h.

En dépit d'une certaine prééminence de la vision contractualiste de la relation de soins, la jurisprudence reconnaît deux fondements à une demande en indemnisation de la part d'un patient à l'encontre de son médecin ou de l'établissement de santé. Le principe de « non-cumul » n'étant pas consacré par le droit allemand<sup>24</sup>, le demandeur peut appuyer sa prétention sur le fondement d'une inexécution contractuelle (§ 280, al. 1<sup>er</sup>, BGB) ou sur celui d'un fait illicite (§ 823, al. 1<sup>er</sup>, BGB).

Dans le contexte d'une vaccination contre la Covid-19, la faute du médecin ou de l'établissement peut consister dans le fait de n'avoir pas correctement informé le patient avant l'administration du vaccin, dans celui de ne l'avoir pas suffisamment éclairé sur le vaccin adapté à son état de santé et à ses antécédents médicaux ou encore dans celui de ne pas avoir observé ou traité les réactions vaccinales<sup>25</sup>. Néanmoins, la responsabilité civile du professionnel ou

22 En ce sens également, voy. A. DUTTA, « Haftung für etwaige Impfschäden », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2022, pp. 649-655, spéc. pp. 650-651. Pourtant, le 11 avril 2023, plusieurs médias ont fait état de l'existence de 185 actions en responsabilité civile contre les laboratoires pharmaceutiques, pendantes devant les juridictions civiles (voy. par exemple « Zahlreiche Klagen wegen möglicher Impfschäden », *Tagesschau*, 11 avril 2023, disponible à l'adresse : <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/corona-impfschaeden-klagen-101.html>).

23 Voy. not. E. DEUTSCH et A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, 7<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer, 2014, pp. 77 et s. avec d'autres références. Pour un exposé détaillé en langue française de la responsabilité médicale en droit allemand, voy. notre étude « La responsabilité médicale en droit allemand », *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance-Maladie*, 2019, n° 23, pp. 11-23.

24 Sur ce point, voy. M. FROMONT et J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Lextenso, 2017, n° 358.

25 A. DUTTA, « Haftung für etwaige Impfschäden », *op. cit.*, pp. 649-655, spéc. pp. 651-652 ; C. RAHN, « Haftungsfragen bei Corona-Impfschäden », *Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht*, 2021, pp. 345-352. Sur le cas particulier d'une absence de consentement du patient vacciné (par exemple en cas de démente), voy. J. KRAEMER, « Die Corona-Schutzimpfung von hochbetagten Patienten: Was Ärzte, Betreuer und Bevollmächtigte hierbei beachten müssen », *NJW*, 2021, pp. 350-354.

de l'établissement de santé n'est pas susceptible d'être retenue dans de nombreux cas, et ce, pour au moins trois raisons.

Tout d'abord, il sera souvent difficile d'identifier une faute médicale en raison de l'absence de standard médical valide ou consolidé au moment de la vaccination. Pour apprécier le comportement d'un médecin, le juge doit procéder à une évaluation *ex ante*, en se plaçant au moment des faits (*zum Zeitpunkt der Behandlung*), pour éviter de faire peser sur le médecin un standard que celui-ci ne pouvait connaître<sup>26</sup>. Or, compte tenu des recommandations fluctuantes émises par les autorités sanitaires nationales et au regard de la situation pandémique, il est peu probable que les juges caractérisent une méconnaissance des standards médicaux lors de la prescription et de l'administration du vaccin. Les premières décisions des juges du fond confirment une telle vision restrictive de la faute médicale dans le contexte de la pandémie<sup>27</sup>.

Ensuite, le décret ministériel déjà mentionné du 25 mai 2020 étend aux professionnels de soins l'immunité civile conférée aux laboratoires, pour les dommages causés par l'administration de produits pharmaceutiques mis en circulation par le Ministère fédéral de la Santé<sup>28</sup>. Ainsi, leur responsabilité professionnelle ne saurait être engagée que dans les interstices laissés par ce texte, c'est-à-dire en présence de dommages causés par un vaccin qui a été distribué en dehors des circuits mis en place pendant la pandémie ou en cas de faute intentionnelle ou particulièrement grave du médecin.

Enfin, toujours à propos des professionnels de soins, les spécificités du droit de la responsabilité administrative constituent un troisième obstacle à l'engagement de leur responsabilité. Il est fort probable en effet que les professionnels qui ont participé à la campagne de vaccination puissent être qualifiés d'« agents publics » (*Amtsträger*) au sens du droit administratif, la responsabilité de la puissance publique n'étant pas subordonnée à l'existence d'un acte illicite d'un fonctionnaire (*Beamter*) au sens statutaire<sup>29</sup>. Or, comme en droit français, l'agent public jouit d'une immunité de principe, dès lors que les conditions d'une responsabilité de l'État dans les termes du paragraphe 839 *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) et de l'article 34 de la loi fondamentale sont réunies<sup>30</sup>.

26 Sur ce point, voy. notre étude « La responsabilité médicale en droit allemand », *op. cit.*, pp. 11-23, spéc. pp. 14-15.

27 Voy. Trib. rég. Heilbronn, 14 février 2023, réf. Wo 1 O 65/22 (« Si l'on avait demandé aux médecins de réaliser, avant chaque vaccination, un entretien personnel complet avec le patient, il n'aurait pas été possible de réaliser la campagne vaccinale sur le plan logistique dans les délais impartis »).

28 Sur ce texte, voy. aussi S. KLICKERT, « Rechtsfragen der Beschaffung und Verteilung knapper Gesundheitsgüter durch staatliche Stellen während einer Gesundheitsnotlage », *Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb)*, 2022, pp. 257-266.

29 En ce sens, A. DUTTA, « Haftung für etwaige Impfschäden », *op. cit.*, pp. 649-655, spéc. p. 652.

30 Sur l'immunité de l'agent public en droit allemand, qui ne cède que « lorsque la partie lésée ne peut obtenir réparation par un autre moyen » (§ 839, al. 1<sup>er</sup>, BGB), voy. en langue française A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2013, n<sup>os</sup> 457 et s. ainsi que du même auteur *Droit administratif allemand*, Paris, PUF, 2022, n<sup>o</sup> 776.

### C) La responsabilité de la puissance publique

La responsabilité administrative, au sens où on l'entend en droit français, est généralement peu abordée dans la littérature consacrée aux dommages vaccinaux. En vertu du paragraphe 839 BGB, il faut caractériser la violation d'une obligation de service (*Amtspflicht*) par un agent public vis-à-vis d'un tiers. On pourrait penser ici à un manquement aux obligations d'information et de conseil par les professionnels de soins que l'on peut qualifier – comme nous venons de le voir – d'agents publics. Dès lors qu'une telle faute est établie, l'article 34 de la loi fondamentale ordonne une substitution de la puissance publique à l'agent et, plus particulièrement, celle de l'État ou de la personne publique (*Körperschaft*) « dans le service de laquelle se trouvait l'agent ». En vertu de la répartition des compétences entre la Fédération et les Länder, ce seront ces derniers qui verront leur responsabilité engagée, la santé publique n'étant pas en principe une compétence fédérale<sup>31</sup>.

Aux côtés de la responsabilité de la puissance publique pour faute de l'agent public (*Amtshaftung*), il existe d'autres régimes de responsabilité administrative. Ceux-ci ne donnent pas lieu à une réparation intégrale, mais seulement à un dédommagement équitable. Dans le contexte des dommages vaccinaux, on peut notamment penser au droit à dédommagement pour « sacrifice particulier » (*Aufopferungsanspruch*) qui est fondé sur le paragraphe 75 du Code général des États prussiens<sup>32</sup>. Dans ce cas, l'État ou une autre personne publique est condamné à dédommager le justiciable qui a subi une atteinte à l'un de ses intérêts immatériels, y compris pour les conséquences extrapatrimoniales<sup>33</sup>.

L'une des raisons pour la place relativement discrète de la responsabilité administrative dans le débat sur l'indemnisation des dommages vaccinaux est l'existence d'un régime d'indemnisation sociale spécifique, considéré comme un cas d'application particulier du dédommagement pour « sacrifice particulier ».

31 La période pandémique a donné lieu à une vaste controverse sur la répartition des compétences dans le domaine de la santé. Voy. par exemple N. BEHNKE, « Föderalismus in der (Corona-)Krise? », *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 2020, n<sup>os</sup> 35-37, pp. 9-15 ; R. SCHLEGEL, « Der Sozialstaat in und nach der Covid-19-Pandemie », *NJW*, 2021, pp. 2782-2788.

32 Sur ce régime de dédommagement, voy. en particulier en langue française A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 502 et s. ainsi que du même auteur *Droit administratif allemand*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 788 et s.

33 La Cour fédérale de justice a abandonné, en 2017, son refus d'inclure dans le dédommagement les répercussions extrapatrimoniales de l'atteinte (BGH, 7 septembre 2017, *NJW*, 2017, p. 3384).

## II. Le régime d'indemnisation sociale applicable aux dommages vaccinaux

Le droit allemand connaît plusieurs régimes spéciaux dits d'« indemnisation sociale » (*soziale Entschädigung*). Il s'agit là de l'une des branches de la protection sociale<sup>34</sup>, l'indemnisation sociale faisant partie des mesures de soutien apportées par la collectivité, visées au paragraphe 5 de la Partie générale du Code social (*Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil [SGB I]*). Selon ce texte, « quiconque subit un dommage corporel pour les suites duquel la collectivité nationale se reconnaît une responsabilité au titre d'un sacrifice particulier ou pour d'autres motifs en vertu de principes figurant dans la législation sur l'assistance, a droit aux mesures nécessaires pour conserver, améliorer ou recouvrer sa santé et sa capacité de travail et à une assistance financière appropriée ».

Restée pendant longtemps à l'écart des grands débats doctrinaux, il a fallu attendre une loi du 12 décembre 2019 pour qu'une réforme du droit de l'indemnisation sociale, désormais objet d'un livre distinct du Code social (*Sozialgesetzbuch*), voie le jour<sup>35</sup>. Celle-ci est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2024 et a eu pour effet de réorienter l'indemnisation sociale, traditionnellement rattachée à la législation sur la réparation des dommages de guerre, vers la réglementation applicable aux victimes d'actes de violence qui en constituent désormais l'archétype<sup>36</sup>. L'objectif était également de mieux coordonner les différents dispositifs d'indemnisation sociale avec le régime d'indemnisation applicable aux victimes d'accidents du travail (*gesetzliche Unfallversicherung*)<sup>37</sup>.

Le paragraphe 60 de la loi fédérale sur la protection contre les infections (*Infektionsschutzgesetz [IfSG]*) confère aux personnes qui ont reçu une vaccination obligatoire un tel droit à dédommagement en cas de dommage lié à cette vaccination<sup>38</sup>. Ce texte a reçu application dans le contexte de la crise sanitaire.

34 Sur cette figure juridique qui n'est pas inconnue de la doctrine française, voy. F. KESSLER, *Droit de la protection sociale*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2022, n<sup>os</sup> 252 et s. et n<sup>os</sup> 1158 et s. ainsi que du même auteur « Complément ou substitution à la sécurité sociale ? – Essai sur l'indemnisation sociale comme technique de protection sociale », *Dr. soc.*, 2006, p. 191. Voy. également notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 338 et s.

35 Sur la réforme, voy. A. TABBARA, « Neues Sozialgesetzbuch XIV – Die Reform des Sozialen Entschädigungsrechts », *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS)*, 2020, pp. 210-217 ainsi que le commentaire article par article de B. SCHMIDT (dir.), *SGB IV. Sozialgesetzbuch, Soziale Entschädigung – Kommentar*, Munich, C. H. Beck, 2021.

36 Pour une analyse doctrinale plus approfondie, voy. S. POTEN et H. TER BALK, « Traumatisierte Menschen und das Soziale Entschädigungsrecht », *Anwalt/Anwältin im Sozialrecht (ASR)*, 2022, pp. 16-20 ; F. DROHSEL, « Die Reformbedürftigkeit des sozialen Entschädigungsrechts unter besonderer Berücksichtigung der Opfer sexualisierter Gewalt », *NZS*, 2019, pp. 613-618 et A. KRANIG, « Neuordnung des Sozialen Entschädigungsrechts – Zusammenführung mit der Gesetzlichen Unfallversicherung », *SGB*, 2019, pp. 65-76.

37 Cela concerne notamment la mise à disposition de prothèses et d'autres accessoires fonctionnels (*Hilfsmittel*).

38 Pour un commentaire détaillé de cette disposition, voy. par exemple A. SANGS et H. EIBENSTEIN, *Infektionsschutzgesetz IfSG*, Munich, C. H. Beck, 2022, pp. 732-744.

Aussi faudra-t-il présenter les grandes lignes de ce régime d'indemnisation sociale (A) avant d'étudier les modalités d'application aux dommages liés à une vaccination contre la Covid-19 (B).

### A) Aperçu général du régime de prise en charge des dommages vaccinaux

Selon le paragraphe 60 IfSG, « toute personne qui a subi une atteinte à la santé du fait d'une vaccination [...] ayant été recommandée par une autorité régionale, prescrite ou imposée en application de cette loi ou réalisée en application des règles sanitaires internationales, peut obtenir sur demande une prise en charge [*Versorgung*] pour le dommage vaccinal [...] dans les termes de la loi sur la réparation des dommages de guerre »<sup>39</sup>.

Les auteurs considèrent que ce dispositif est une application concrète de l'idée selon laquelle les justiciables doivent obtenir une juste compensation pour un « sacrifice particulier » consenti au profit de la collectivité<sup>40</sup>. Qualifié par certains de cas de responsabilité de la puissance publique, le régime de dédommagement applicable aux dommages vaccinaux est aujourd'hui majoritairement considéré comme relevant du droit de la protection sociale<sup>41</sup>. Contrairement au droit français, la frontière entre responsabilité administrative et protection sociale ne se caractérise pas par une étanchéité absolue, l'indemnisation sociale se situant à la charnière entre ces deux institutions juridiques.

La disposition du paragraphe 60 IfSG trouve ses origines dans une loi fédérale de 1961 qui a harmonisé les différents régimes de prise en charge qui avaient été créés au niveau régional dès avant la Deuxième Guerre mondiale. Il s'agissait de remplacer une réglementation devenue disparate et peu lisible et, surtout, de rendre plus concrète la figure du « droit à dédommagement pour sacrifice particulier » qui demeurerait applicable aux côtés des dispositifs spécifiques<sup>42</sup>. Il est à noter que la réforme du droit de l'indemnisation sociale a eu pour effet de supprimer le paragraphe 60 IfSG. Pour les demandes de prise en charge formulées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2024, qui devraient être marginales,

39 Le texte étend cette prise en charge aux dommages causés par d'autres mesures spécifiques de prévention sanitaire (*andere Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe*). Est notamment visée l'administration d'immunoglobulines ou d'antibiotiques.

40 Ce fondement peut être rapproché des régimes de responsabilité de droit français, fondés sur le risque. Pour une mise en parallèle, voy. A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 540 et s.

41 Sur la discussion, voy. par exemple U. BECKER, « Öffentliches Entschädigungsrecht », in S. HUSTER et T. KINGREEN (dir.), *Handbuch Infektionsschutzrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2022, pp. 369-421, spéc. n<sup>os</sup> 34 et s.

42 Pour une présentation du contexte historique, voy. par exemple U. BECKER, « Öffentliches Entschädigungsrecht », *op. cit.*, pp. 369-421, spéc. n<sup>os</sup> 44 et s.

c'est le paragraphe 24 du Livre XIV du Code social allemand qui remplacera l'actuelle disposition<sup>43</sup>.

Le paragraphe 60 IfSG prévoit trois séries de conditions pour pouvoir prétendre à une prise en charge au titre de l'indemnisation sociale. Tout d'abord, il faut établir qu'une vaccination a été administrée au demandeur en application d'une obligation vaccinale ou d'une recommandation publique de la part de l'administration régionale. Ensuite, il est nécessaire de prouver l'existence d'un « dommage vaccinal » (*Impfschaden*), c'est-à-dire d'une atteinte à la santé qui « dépasse le niveau habituel d'une réaction vaccinale » (*über das übliche Ausmaß einer Impfreaktion hinausgehend*)<sup>44</sup>. S'agissant enfin de la causalité entre la vaccination et le dommage corporel, sa preuve relève d'un standard plus favorable au demandeur, le paragraphe 61, alinéa 1<sup>er</sup>, IfSG n'exigeant qu'une démonstration de sa probabilité raisonnable (*hinreichende Wahrscheinlichkeit*)<sup>45</sup>.

En l'état actuel du droit positif, les prestations servies en application du paragraphe 60 IfSG sont calquées sur celles qui sont versées en vertu de la loi fédérale sur l'assistance aux victimes de guerre (*Bundesversorgungsgesetz*). Il ne s'agit en aucun cas d'une réparation intégrale au sens où l'entend le droit de la responsabilité civile, mais de prestations qui relèveraient, en droit français, davantage du droit de l'aide sociale et dont les modalités de calcul ressemblent peu ou prou aux prestations du régime français des accidents du travail et des maladies professionnelles (AT-MP). Pour en bénéficier, le demandeur doit s'adresser à l'administration du Land de son domicile<sup>46</sup> et y déposer une demande d'assistance (*Versorgungsantrag*). En cas de réponse positive, la prise en charge couvrira intégralement les frais de soins et de rééducation et, sous condition de ressources, des aides pour l'hébergement et la garde des enfants. Si le taux des séquelles (*Grad der Schädigungsfolgen*) dépasse les 30 %, le demandeur a également droit à une pension dont le montant va de 151 euros par mois (pour un taux de 30 %) à 784 euros par mois (pour un taux de 100 %) <sup>47</sup>.

43 A. SANGS et H. EIBENSTEIN, *Infektionsschutzgesetz IfSG*, *op. cit.*, pp. 732-744, spéc. n<sup>os</sup> 8 et s. Pour un commentaire détaillé de ce nouveau texte, voy. B. KARL, in B. SCHMIDT (dir.), *StGB IV Sozialgesetzbuch, Soziale Entschädigung – Kommentar*, *op. cit.*, sous § 24.

44 Cette définition résulte du paragraphe 2, 11<sup>er</sup>, IfSG. Pour un commentaire, voy. U. BECKER, « Öffentliches Entschädigungsrecht », *op. cit.*, pp. 369-421, spéc. n<sup>os</sup> 80 et s.

45 Pour faciliter le travail des médecins experts, la Commission permanente des vaccins (*Ständige Impfkommision*) auprès de l'Institut Robert-Koch, l'équivalent de l'Institut Pasteur, a développé des critères pour distinguer les réactions vaccinales ordinaires et les dommages vaccinaux. Pour plus d'informations, voy. le site internet : [https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/stiko\\_node.html](https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/stiko_node.html).

46 Par exemple, dans le Land de Hesse, il s'agit du Bureau des affaires sociales et de l'assistance (*Hessisches Amt für Soziales und Versorgung*).

47 Art. 1<sup>er</sup> du décret du 28 juin 2022 portant adaptation de la valeur de référence et des prestations financières au titre de la loi fédérale sur l'assistance aux victimes de guerre (27. KOV-Anpassungsverordnung 2022).

## B) Application du paragraphe 60 IfSG aux vaccinations contre la Covid-19

La rédaction initiale du paragraphe 60 IfSG était suffisamment large pour appliquer le dispositif de prise en charge aux personnes vaccinées contre la Covid-19 et s'estimant victimes d'un dommage vaccinal. En effet, les administrations régionales avaient très largement *recommandé* à la population de participer à la campagne de vaccination, ce qui correspond donc à l'un des cas d'ouverture du dispositif. Dès lors, il n'aurait pas été indispensable de clarifier le texte de cette disposition<sup>48</sup>.

En raison des recommandations fluctuantes qui ont été communiquées au gré des publications sur d'éventuels effets secondaires graves de certains vaccins<sup>49</sup>, le législateur fédéral a cependant estimé nécessaire d'ajouter une référence explicite à la campagne de vaccination contre la Covid-19<sup>50</sup>. Selon le paragraphe 60, alinéa 1<sup>er</sup>, numéro 1a, IfSG, les personnes ayant été vaccinées contre la Covid-19 sont éligibles à une prise en charge au titre de l'indemnisation sociale, si elles parviennent à démontrer un dommage vaccinal et un lien causal entre la vaccination et ce dommage, indépendamment d'une recommandation ou d'une obligation vaccinales<sup>51</sup>. Cet ajout a été rendu applicable avec effet rétroactif au 27 décembre 2020, date de la première vaccination réalisée sur le territoire allemand.

Il ne faut pas pour autant surestimer l'importance du régime d'indemnisation sociale pour la prise en charge des dommages liés à la vaccination contre la Covid-19. Selon des statistiques publiées en février 2023, les administrations des 16 Länder ont répondu favorablement à 253 demandes de prise en charge (sur un total d'un peu plus de 2.000 dossiers), ce qui correspond à une proportion de 0,00039 % de la population ayant reçu au moins une dose de vaccin<sup>52</sup>. Voilà de quoi être rassuré sur l'innocuité des vaccins développés, fabriqués, prescrits et administrés en un temps record pendant la crise sanitaire.

48 Voy. déjà H. PLAGEMANN et K. BAUMANN, « Soziale Entschädigung in Zeiten der Pandemie », *COVID und Recht*, 2021, pp. 514-522.

49 L'on peut songer notamment au vaccin AstraZeneca qui a été suspecté, pendant une période brève, d'être à l'origine de thromboses veineuses.

50 Art. 1<sup>er</sup> de la loi du 28 mai 2021 portant modification de la loi sur la protection contre les infections et d'autres actes législatifs.

51 Il s'agissait également d'encourager la population à se faire vacciner en mentionnant explicitement la possibilité d'être indemnisée en cas de dommage corporel causé par un vaccin contre la Covid-19. Pour un commentaire de ces nouvelles dispositions, voy. Th. PHILIPPI, in *Beck'scher Online-Kommentar Infektionsschutzrecht*, 15<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2023, sous § 60 IfSG, n<sup>os</sup> 22a et s. ; A. SANGS et H. EIBENSTEIN, *Infektionsschutzgesetz IfSG, op. cit.*, pp. 732-744, spéc. n<sup>o</sup> 21.

52 Voy. par exemple C. KRETSCHMER, « Covid-19-Impfung: 253 anerkannte Impfschäden », *Gelbe Liste. Pharmindex*, 2 février 2023 (disponible à l'adresse : <https://www.gelbe-liste.de/nachrichten/covid-19-impfung-253-anerkannte-impfschaeden>).

**Chapitre 3.**  
**Les responsabilités civiles liées**  
**à la vaccination contre la Covid-19**  
**Rapport anglais**

---

**Emmanuelle LEMAIRE**

*Lecturer in Law à l'Université d'Essex (Royaume-Uni)*

Dernière mise à jour : 16/10/2023

1. Les pandémies s'inscrivent durablement dans les mémoires collectives tant en raison de la rapidité de diffusion de l'agent pathogène au sein des populations que des conséquences dramatiques en termes de vies humaines qu'elles engendrent. Loin de faire figure d'exception, la récente pandémie de Covid-19 se présente même certainement comme un cas d'école. Les générations qui ont vécu durant cette période difficile se souviendront sans doute longtemps de ces longues semaines de confinement et d'incertitudes à attendre ce « remède miracle » appelé vaccin.

Au Royaume-Uni, la campagne de vaccination contre la Covid-19 a débuté le 8 décembre 2020 avec Margaret Keenan, alors âgée de 90 ans<sup>1</sup>, bénéficiaire du vaccin conçu par Pfizer/BioNTech. À partir de janvier et avril 2021 respectivement, les vaccins conçus par AstraZeneca/Oxford et par Moderna ont également commencé à être déployés sur le territoire britannique. Aujourd'hui, de nouveaux vaccins, tels que Novavax, sont disponibles pour procéder aux rappels vaccinaux. Les entreprises pharmaceutiques, qui ont conçu et développé ces nouveaux vaccins, ont ainsi fait preuve d'une très grande réactivité qui s'est révélée cruciale pour permettre aux États européens de mettre en place une stratégie vaccinale seulement un an après le début de la pandémie. Cependant, loin de faire l'unanimité, la rapidité avec laquelle les vaccins contre la Covid-19 ont été développés a suscité une certaine méfiance au sein de la population britannique<sup>2</sup>. Plus encore, le fait que certains d'entre eux reposent sur l'ARN messenger, une technique relativement nouvelle<sup>3</sup>, a renforcé ce sentiment de défiance s'agissant de la sécurité des vaccins contre la Covid-19. Bien sûr, aucun médicament n'est jamais sans risque, et comme n'importe quel médicament, les vaccins sont susceptibles d'entraîner des effets indésirables<sup>4</sup>. Dans la plupart des cas, les effets sont bénins et temporaires ; ils ont pu se traduire, par exemple, par une gêne et une douleur passagères au point d'injection<sup>5</sup>. Mais dans de rares cas, les effets indésirables peuvent être beaucoup plus graves. Dans le cas des vaccins contre la Covid-19, par exemple, certains patients et professionnels de santé ont pu signaler la survenance de thromboses veineuses, thrombocytopenies, myocardites, péricardites ou syndromes de Guillain-Barré, pour ne citer que ceux-là<sup>6</sup>.

1 NHS England, « Landmark moment as first NHS patient receives Covid-19 vaccination », *News*, 8 décembre 2020, disponible à l'adresse : <https://www.england.nhs.uk/2020/12/landmark-moment-as-first-nhs-patient-receives-covid-19-vaccination/> (dernière visite le 16 octobre 2023).

2 S. MOORE, « Following the herd », *New Law Journal*, 2021, vol. 171 (7915), p. 9.

3 E. DOLGIN, « The tangled history of mRNA Vaccines », *Nature*, 16 septembre 2021, vol. 597, p. 318.

4 U. HEININGER, « A risk-benefit analysis of vaccination », *Vaccine*, 2009, vol. 27, G9, spéc. G9-G10.

5 Voy. par ex. : C. L. RAMOS et J. M. KELSO, « 'COVID Arm': Very delayed large injection site reactions to mRNA COVID-19 vaccines », *Journal of Allergy Clinical Immunology: In Practice*, juin 2021, vol. 9, n° 6, p. 2480.

6 Pour les thromboses veineuses et thrombocytopenies, voy. UK Health Security Agency, « Guidance – Information for healthcare professionals on blood clotting following Covid-19 vaccination », *gov.uk*, 14 février 2022, disponible à l'adresse : <https://www.gov.uk/government/publications/covid-19-vaccination-blood-clotting-information-for-healthcare-professionals/>

Dans ces circonstances, quelles sont les voies de recours éventuellement ouvertes aux victimes de dommages causés par une vaccination contre la Covid-19 ? En droit anglais, les victimes de dommages vaccinaux pourraient d'abord songer à mobiliser le droit de la responsabilité civile pour obtenir l'indemnisation de leurs préjudices. Toutefois, pour le moment du moins, cette première voie ne semble pas être particulièrement privilégiée par les victimes de vaccinations contre la Covid-19 (I). En effet, à ce jour, l'on dénombre une seule action en responsabilité civile dans ce contexte : il s'agit d'une action de groupe menée par une douzaine de victimes et leurs familles à l'encontre de l'un des producteurs du vaccin, sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>7</sup>. Plutôt que d'avoir recours à cette première voie pour obtenir une indemnisation<sup>8</sup>, les victimes de dommages vaccinaux préfèrent volontiers faire usage d'un autre mécanisme : le fonds de paiement pour les dommages vaccinaux (II).

## I. Une mise en œuvre limitée de la responsabilité civile des acteurs impliqués dans la vaccination contre la Covid-19

2. Les acteurs impliqués dans la vaccination contre la Covid-19 sont nombreux. *A priori*, les victimes de dommages vaccinaux ont donc un large choix de responsables potentiels pour espérer obtenir une indemnisation de leurs préjudices. Ces victimes pourraient en effet agir à l'encontre des producteurs de vaccins (A), des professionnels de soins et établissements de santé pour le déploiement de la stratégie vaccinale (B). Enfin, la question pourrait se poser de savoir si elles pourraient agir à l'encontre des acteurs publics qui ont participé à la mise en place de la stratégie vaccinale (C).

### A) La responsabilité civile des producteurs de vaccins contre la Covid-19

3. Si, en théorie, les producteurs de vaccins contre la Covid-19 peuvent voir leur responsabilité civile engagée sur différents fondements (1), ils semblent cependant bénéficier, en pratique, de protections assez importantes qui sont susceptibles de limiter dans une large mesure les risques encourus (2).

information-for-healthcare-professionals-on-blood-clotting-following-covid-19-vaccination (dernière visite le 16 octobre 2023). Pour les myocardites, péricardites et syndromes de Guillain-Barré, voy. Medicines & Healthcare products Regulatory Agency, « Research and analysis: Coronavirus vaccine – summary of Yellow Card reporting », *gov.uk*, 3 février 2023, disponible à l'adresse : <https://www.gov.uk/government/publications/coronavirus-covid-19-vaccine-adverse-reactions/coronavirus-vaccine-summary-of-yellow-card-reporting> (dernière visite le 16 octobre 2023).

7 C. DYER, « Patients launch legal action against AstraZeneca over its covid-19 vaccine », *British Medical Journal*, 2023, vol. 380, p. 725, disponible à l'adresse : <https://www.bmj.com/content/380/bmj.p725> (dernière visite le 16 octobre 2023).

8 Nous reviendrons sur l'utilisation du terme « indemnisation » en lien avec le fonds de paiement pour les dommages vaccinaux dans la seconde partie de cette contribution.

## 1) Les fondements possibles de responsabilité civile

4. Les victimes de dommages causés par les vaccins contre la Covid-19 ont deux fondements possibles<sup>9</sup> à l'encontre des producteurs de ces vaccins : le premier est celui de la responsabilité du fait des produits défectueux, un régime de responsabilité sans faute d'origine européenne transposé dans le *Consumer Protection Act 1987* (ci-après CPA 1987). Le second est celui de la responsabilité pour faute (*tort of negligence*) qui puise ses sources dans la célèbre affaire *Donoghue v. Stevenson*<sup>10</sup>. Bien souvent, les demandeurs en justice invoqueront concomitamment ces deux fondements de responsabilité à l'appui de leur action. Toutefois, il est utile de préciser que la responsabilité pour faute des producteurs est généralement invoquée par précaution seulement et occupe donc un rôle subsidiaire en droit anglais dans ce domaine<sup>11</sup>.

### a) La responsabilité du fait des produits défectueux<sup>12</sup>

5. La responsabilité du fait des produits défectueux est imposée, à titre principal, aux producteurs, aux personnes se présentant comme producteurs en apposant leur nom ou leur marque sur le produit et aux importateurs des produits au sein du Royaume-Uni<sup>13</sup>. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que les victimes de produits défectueux peuvent rechercher la responsabilité des fournisseurs professionnels sur ce fondement<sup>14</sup>.

Déterminer sur qui repose la responsabilité du fait des produits défectueux dans le contexte des vaccins contre la Covid-19 n'est peut-être pas si simple qu'il y paraît à première vue. En effet, si les vaccins contre la Covid-19 ont, par exemple, été conçus et développés par certaines entreprises pharmaceutiques, leur fabrication a parfois été exclusivement confiée à des façonniers, autrement dit à des sous-traitants chargés de fabriquer la spécialité pharmaceutique pour leur compte. Dans ces circonstances, étant donné que la section 1(2) du CPA 1987 définit principalement le producteur comme « la personne qui a fabriqué le produit », seuls les façonniers devraient techniquement pouvoir être qualifiés comme tels au sens du CPA. En revanche, il

9 La responsabilité contractuelle présente peu de pertinence dans le contexte étudié car il n'existe aucune relation contractuelle entre les producteurs du vaccin et les personnes vaccinées.

10 [1932] AC 562.

11 D. FAIRGRIEVE et R. GOLDBERG, *Product Liability*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 527-528.

12 Cette section reprend, en partie, les éléments que nous avons déjà développés dans : E. LEMAIRE, « La responsabilité des producteurs de vaccins contre la Covid-19 : regards de droit anglais », Actes de colloque, colloque « Covid-19 et droit de l'indemnisation », *Les Cahiers Louis Josserand*, 28 juillet 2022, n° 1.

13 Sections 2(1) et (2), CPA 1987. L'on notera d'ailleurs que le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne a imposé une modification textuelle de la section 2(2)(c), la référence aux personnes ayant importé le produit au sein de « l'Union européenne » ayant été remplacée par une référence aux personnes ayant importé le produit au « Royaume-Uni ». Voy. *The Product Safety and Metrology etc. (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019* (SI 2019/696), reg. 1, sched. 3, § 3.

14 Section 2(3), CPA 1987.

est permis d'hésiter en ce qui concerne les développeurs de vaccins, qui ont conçu ces vaccins mais qui ne les fabriquent pas. S'ils ne peuvent peut-être pas être qualifiés de « producteur » *stricto sensu*, ils devraient tout de même entrer dans le champ d'application du CPA 1987 puisque, à tout le moins, ils « se présentent comme les producteurs » en apposant leur nom ou leur marque sur le produit. Bien que les juges anglais ne soient maintenant plus liés par les décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, ils pourraient tout de même être intéressés par la récente décision rendue dans l'affaire *Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia c. Koninklijke Philips NV*<sup>15</sup> qui, sur une question similaire, adopte la position présentée ci-dessus. Cette première difficulté semble ainsi pouvoir être écartée.

6. Toutefois, il n'en reste pas moins que l'application du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux aux producteurs des vaccins contre la Covid-19 risque de se heurter à de sérieux obstacles. Il n'est d'ailleurs pas inutile de préciser, à ce stade, que la plupart des actions fondées sur le CPA 1987 et liées à un produit de santé se sont soldées par un échec au Royaume-Uni<sup>16</sup>. Pour réussir, les demandeurs à l'action doivent réunir la preuve de trois conditions : celle d'un dommage réparable, d'un défaut du produit et d'un lien de causalité entre les deux. Si la première condition ne posera probablement pas de difficultés, on ne peut pas en dire de même des deux autres.

7. Le défaut de sécurité d'un produit, pour commencer, est apprécié objectivement par référence à la sécurité que « les personnes sont généralement en droit d'attendre ». Selon la section 3(2) du CPA 1987, plusieurs circonstances sont pertinentes pour déterminer le seuil de sécurité en dessous duquel le produit sera considéré défectueux. Certaines sont expressément mentionnées dans la loi, comme la manière dont le produit est promu, sa présentation, l'utilisation qui peut en être raisonnablement attendue, les instructions et mises en garde ainsi que sa date de mise en circulation<sup>17</sup>. D'autres, en revanche, ont été progressivement admises par la jurisprudence anglaise, comme la comparaison du produit avec d'autres produits similaires présents sur le marché, le prix du produit<sup>18</sup>, ou encore la comparaison des bénéfices (y compris l'utilité sociale) et des risques du produit, le caractère évitable ou non du risque, le coût des mesures préventives, et la conformité ou non aux standards industriels et au cadre réglementaire<sup>19</sup>. Il apparaît très clairement, au fil de l'évolution de la

15 C.J.U.E., 7 juillet 2022, *Keskinäinen Vakuutusyhtiö Fennia c. Koninklijke Philips NV*, aff. C-264/21, spéc. § 34.

16 Voy. notre contribution : E. LEMAIRE, « La responsabilité des producteurs de vaccins contre la Covid-19 : regards de droit anglais », *op. cit.*, spéc. note 32 pour les références des arrêts.

17 Section 3(2), CPA 1987.

18 *A v. National Blood Authority* [2001] 3 All ER 289, § 71 (Burton J.).

19 *Wilkes v. DePuy International Ltd* [2016] EWHC 3096 (QB), en particulier §§ 65-67, 83, 89, 97-99. La position du juge Hickinbottom quant aux circonstances pertinentes a, par la suite, été confirmée : *Colin Gee & others v. DePuy International Ltd* [2018] EWHC 1208 (QB) ; *Bailey & others v. GlaxoSmithKline* [2019] EWCA Civ. 1924.

jurisprudence anglaise, que les éléments pertinents qui sont pris en compte dans un contentieux précis dépendent fortement du contexte et que les juges sont favorables à l'adoption d'une « approche holistique »<sup>20</sup>. Dans le contexte des vaccins contre la Covid-19, il est donc très difficile de prévoir les circonstances qui seront prises en compte par les juges pour apprécier l'éventuel défaut du produit. Certains auteurs, par exemple, ont pu se demander si les juges tiendraient compte du contexte d'urgence sanitaire dans lequel les vaccins ont été développés pour évaluer l'éventuelle défectuosité de ces produits<sup>21</sup>.

Dans tous les cas, pour les éventuels défauts dits de conception, il est très probable que la comparaison des risques et bénéfices des différents vaccins sera centrale pour apprécier la défectuosité d'un produit particulier<sup>22</sup>. Dans un contexte pandémique, les bénéfices des vaccins sont immenses et dépassent le seul cadre individuel, à condition que leur efficacité soit démontrée comme cela semble être le cas pour les vaccins contre la Covid-19<sup>23</sup>. Quant aux risques présentés par les différents vaccins, les graves effets secondaires qui ont pu être rapportés semblent assez rares, si bien que l'Agence de régulation des médicaments et des produits de santé a confirmé, encore récemment, que les bénéfices de la vaccination continuaient de l'emporter sur les risques encourus<sup>24</sup>. Cela étant, pourrait-on concevoir de tenir compte de la catégorie d'âge à laquelle les victimes appartiennent dans l'appréciation de la défectuosité ? Par exemple, dans l'hypothèse où un vaccin particulier présenterait globalement un bilan bénéfices-risques positif, pourrait-on quand même considérer ce produit comme défectueux à l'égard d'une certaine catégorie d'âge (par exemple, les moins de quarante ans) si l'on parvient à démontrer que les risques l'emportent sur les bénéfices pour cette catégorie d'âge spécifique ? La récente action de groupe contre le producteur AstraZeneca fondée sur la responsabilité du fait des produits défectueux sera sans doute l'occasion d'offrir un éclaircissement sur cette question<sup>25</sup>. Quoi qu'il en soit, la caractérisation d'une défectuosité du produit paraît quand même généralement assez difficile, d'autant que les producteurs continuent de mettre régulièrement à jour les informations liées aux risques éventuels de leurs spécialités de vaccin.

20 *Colin Gee*, préc., §§ 146, 165 (Mrs Justice Andrews DBE).

21 D. FAIRGRIEVE *et al.*, « Products in a Pandemic: Liability for Medical Products and the Fight against COVID-19 », *European Journal of Risk Regulation*, 2020, vol. 11, n° 3, p. 565, spéc. pp. 583-584.

22 Ceci est également confirmé par : R. GOLDBERG, « Vaccine liability in the fight of Covid-19: a defence of risk-benefit », *Medical Law Review*, 2022, vol. 30, n° 2, p. 243, spéc. p. 249.

23 V. HALL *et al.*, « Protection against SARS-CoV-2 after Covid-19 Vaccination and Previous Infection », *The New England Journal of Medicine*, 31 mars 2022, vol. 386, n° 13, p. 1207.

24 UK Health Security Agency, « COVID-19: the green book », *gov.uk*, 4 septembre 2022, chap. 14a : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1102459/Greenbook-chapter-14a-4September22.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1102459/Greenbook-chapter-14a-4September22.pdf) (dernière visite le 16 octobre 2023).

25 M. NORRIS, « Dozens of families to sue AstraZeneca over rare reaction to Covid jab », *Oxford Mail*, 24 mars 2023, disponible à l'adresse : <https://www.oxfordmail.co.uk/news/23409588.dozens-families-sue-astrazeneca-rare-reaction-covid-jab/> (dernière visite le 16 octobre 2023).

*Quid* également des hypothèses dans lesquelles les personnes vaccinées auraient reçu des doses provenant de vaccins différents ? La preuve du défaut du produit risque d'être encore plus difficile.

En revanche, il est probable que la preuve du défaut du produit soit plus aisée en présence d'un défaut de fabrication, par exemple si l'on imagine qu'un lot spécifique de vaccins contient des contaminants<sup>26</sup>. Même dans ce cas, le succès de l'action n'est pas garanti puisque les demandeurs devront encore prouver l'existence d'un lien de causalité entre le défaut et le dommage.

8. Or, rapporter la preuve de ce lien de causalité, conformément à la section 2(1) du CPA 1987, constitue également un obstacle particulièrement important au succès des actions en responsabilité du fait des produits défectueux. Généralement, en droit anglais, le test de causalité applicable est celui du *but for*. À ce titre, il incombe au demandeur de démontrer que le dommage ne serait probablement pas survenu si le produit en question ne présentait pas le défaut. Dans l'hypothèse de causes concurrentes, le droit anglais se contente alors de la cause qui apparaît comme étant la plus probable<sup>27</sup>. Toutefois, dans l'hypothèse où le défaut est lié à l'existence d'un risque anormal de dommage en lien avec le produit, les cours anglaises n'ont pas totalement fermé la porte à l'utilisation d'autres tests de causalité, comme celui du *doubling the risk* ou celui de la contribution significative au risque de dommage<sup>28</sup>. Dans tous les cas, avant même que ne se pose la question de l'existence d'un lien de causalité entre le défaut du produit et le dommage, le contentieux risque de se tourner vers l'existence d'un lien de causalité scientifique, car l'on imagine que les producteurs de vaccins refuseront d'admettre que le vaccin puisse causer, dans l'absolu, une quelconque condition médicale *x*. En la matière, comme pour la preuve du lien de causalité entre le défaut du produit et le dommage d'ailleurs, le standard de preuve requis est celui de la balance des probabilités. Autrement dit, il faut établir que l'existence d'un lien entre le vaccin et la condition médicale en question est plus probable que non. Or, pour le moment, les autorités sanitaires semblent retenir que, dans la plupart des cas, le lien entre certaines spécialités de vaccins et les conditions médicales rapportées est seulement possible. Comme nous l'enseigne la décision *Loveday v. Renton*, une causalité possible n'est pas une causalité probable<sup>29</sup>. Dès lors, il apparaît clairement que la condition de causalité sera, elle aussi, difficile à rapporter<sup>30</sup>.

26 Voy. D. FAIRGRIEVE et R. GOLDBERG, *Product Liability*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 379-384.

27 D. FAIRGRIEVE *et al.*, « Products in a Pandemic: Liability for Medical Products and the Fight against COVID-19 », *op. cit.*, p. 590.

28 *Wilkes v. DePuy International Ltd*, préc., §§ 135-137 (Hickinbottom LJ) pour le test de contribution significative au risque de dommage ; *Colin Gee & others v. DePuy International Ltd*, préc., §§ 179-186, spéc. § 186 (Andrews LJ) pour le test du *doubling the risk*.

29 [1990] 1 Med LR 117, spéc. p. 185.

30 Sur la difficulté à rapporter la preuve de cette condition de manière générale : voy. D. FAIRGRIEVE et R. GOLDBERG, *Product Liability*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 745 (et la discussion qui précède).

9. Enfin, dans l'hypothèse où les demandeurs parviendraient à rapporter la preuve des conditions de la responsabilité des producteurs, ces derniers pourraient bien chercher à s'appuyer sur l'une des causes d'exonération prévues à la section 4 du CPA 1987, et en particulier sur l'exonération pour risque de développement, pour échapper à leur responsabilité. L'exonération pour risque de développement a pour objectif de protéger les producteurs lorsque l'état des connaissances scientifiques et techniques rend l'existence du défaut objectivement indiscouvrable au moment de la mise en circulation du produit. Elle est interprétée de manière particulièrement stricte puisqu'elle vise en réalité à protéger les producteurs des risques objectivement inconnaissables<sup>31</sup>. Ainsi, comme le confirme la décision *A v. National Blood Authority*<sup>32</sup>, un producteur ne saurait échapper à sa responsabilité dans l'hypothèse où le défaut est objectivement connaissable, tout en étant indiscouvrable dans un exemplaire particulier<sup>33</sup>. De même, il semblerait que les producteurs ne soient plus couverts par cette cause d'exonération dès lors qu'une étude scientifique isolée, mais accessible, révélerait l'existence du risque<sup>34</sup>. L'utilisation de la molécule d'ARN messager dans le développement de vaccins est tout à fait novatrice<sup>35</sup>, le déploiement des vaccins contre la Covid-19 sur le marché en étant même le premier exemple. L'exonération pour risque de développement pourrait-elle avoir vocation à jouer ? Rien n'est moins sûr, et deux éléments pourraient s'y opposer : d'abord, pour invoquer utilement l'exonération pour risque de développement, encore faudrait-il sans doute démontrer que le dommage est dû à l'utilisation de cette nouvelle technique. Ensuite, et dans tous les cas, les producteurs devront démontrer que le risque, s'il existe, était inconnaissable en l'état des connaissances scientifiques et techniques accessibles *le plus avancé au niveau mondial*. La preuve risque donc d'être difficile à rapporter.

b) *La responsabilité pour faute (tort of negligence)*

10. La possibilité pour le simple utilisateur d'un produit d'engager la responsabilité extracontractuelle d'un fabricant pour faute a été admise, pour la première fois, dans la célèbre décision *Donoghue v. Stevenson*<sup>36</sup>. C'est dans cette affaire en effet que les fabricants ont été reconnus débiteurs d'un devoir de diligence (*duty of care*) envers les utilisateurs de leurs produits. Depuis lors, la jurisprudence anglaise a eu l'occasion de reconnaître que ce devoir de diligence s'appliquait à de nombreuses autres catégories que celle des fabricants

31 *A v. National Blood Authority*, préc.

32 [2001] 3 All ER 289.

33 *Ibid.*, § 74 (Burton J).

34 *Ibid.*, §§ 49, 76 (Burton J). Voy. aussi E. LEMAIRE, *Risques sanitaires sériels et responsabilité civile : étude comparée des droits français et anglais* [M. GORÉ préf.], Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 120-122.

35 Pour comprendre les raisons qui ont empêché, jusque récemment, l'utilisation de cette nouvelle technique dans le développement des vaccins, voy. : N. PARDI, M. J. HOGAN, F. W. PORTER et D. WEISSMAN, « mRNA vaccines – a new era in vaccinology », *Nature Reviews Drug Discovery*, 2018, vol. 17, p. 261.

36 [1932] AC 562.

*stricto sensu*<sup>37</sup>, si bien que l'inclusion des façonniers comme des développeurs de vaccins dans le champ d'application de cette responsabilité ne devrait poser aucune difficulté<sup>38</sup>. La reconnaissance d'un devoir de diligence est certes la première condition d'engagement de la responsabilité pour faute des producteurs, mais le demandeur devra encore démontrer la violation de ce devoir de diligence (*breach of duty of care*), l'existence d'un lien de causalité (*causation*), et d'un dommage réparable (*actionable damage*) pour espérer le succès.

**11.** La violation d'un devoir de diligence est appréciée en référence à la conduite qu'aurait adoptée une personne raisonnable. Le producteur sera ainsi jugé fautif si la conduite qu'il adopte n'est pas conforme au seuil requis de diligence. Pour déterminer quel est ce seuil, les juges peuvent avoir égard à la facilité (ou non) avec laquelle un éventuel défaut serait découvrable, la probabilité qu'a le produit de causer un dommage, la gravité de l'éventuel dommage, ainsi que le coût et la faisabilité d'adopter des mesures qui anéantiraient le risque<sup>39</sup>. Il est également à noter qu'un défaut de mise en garde de risques connus pourrait caractériser l'existence d'une violation du devoir de diligence, de même que l'absence de mesures de surveillance du produit ou de mesures de contrôle de qualité des produits<sup>40</sup>. En réalité, l'examen des circonstances prises en compte pour définir le seuil de diligence requis des producteurs démontre qu'elles ne sont pas dissemblables à celles examinées pour caractériser la défectuosité du produit, même si leur examen n'aboutira pas nécessairement au même résultat puisque le juge ne s'intéresse pas à la conduite du défendeur dans le cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux. Dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19, cependant, il est à prévoir que la preuve d'une faute du producteur sera tout aussi difficile à établir que celle du défaut du produit, d'autant que, dans le cadre de la responsabilité pour faute, la conduite du défendeur est appréciée au regard des connaissances scientifiques et techniques qu'il possédait ou qu'il aurait raisonnablement dû posséder à l'époque de la conduite adoptée<sup>41</sup>.

**12.** La preuve du lien de causalité entre l'éventuelle violation d'un devoir de diligence et le dommage survenu constituera là encore un obstacle de taille puisque les tests de causalité matérielle (ou *cause-in-fact*) utilisés sont les mêmes que ceux employés dans le cadre de la responsabilité du fait des produits défectueux. L'objet de la preuve est certes différent puisque le lien qui doit être établi est celui entre la violation du devoir de diligence par le producteur et le dommage, et non pas celui entre le défaut du produit et le dommage.

37 D. FAIRGRIEVE et R. GOLDBERG, *Product Liability*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 531 (voy. les notes de bas de page sous n° 33).

38 *Ibid.*, pp. 610-611.

39 *Ibid.*, pp. 533 et s.

40 *Ibid.*, pp. 585 et s.

41 *Roe v. Minister of Health* [1954] 2 WLR 915, p. 924 (Lord Denning) ; p. 931 (Morris LJ). Voy. aussi A. MULLIS et K. OLIPHANT, « Breach of the Duty of Care », in *Torts*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 1997, p. 98.

Toutefois, avant d'arriver à cette étape, les demandeurs devront également se confronter à la preuve éventuelle de la causalité scientifique, obstacle de taille.

13. Il apparaît donc peu probable que les actions entreprises sur ce fondement aient une meilleure chance de succès que celles entreprises sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux.

## 2) Les protections accordées aux producteurs de vaccins contre la Covid-19

14. En droit anglais, la mise en œuvre de la responsabilité civile des producteurs de vaccins contre la Covid-19 semble assez difficile, peu importe que les victimes de dommages vaccinaux envisagent de se fonder sur la responsabilité du fait des produits défectueux ou sur la responsabilité pour faute. Au surplus, il faut admettre que ces producteurs bénéficient de protections importantes, tant sur le plan juridique (a) que financier (b).

### a) Une protection légale limitant les risques juridiques de responsabilité civile

15. Normalement, pour être déployés sur le marché, les vaccins (comme tout médicament) doivent bénéficier d'une autorisation de mise sur le marché. Toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles, qui incluent l'hypothèse de pandémie, un médicament peut être distribué de manière temporaire sans qu'il ne bénéficie encore d'une autorisation de mise sur le marché. L'avantage de cette autorisation temporaire d'utilisation, prévue au sein de la régulation 174 du *Human Medicines Regulations 2012*, est de permettre le déploiement rapide de certains médicaments sûrs et efficaces au regard des données déjà disponibles, mais qui n'ont pas encore rempli toutes les conditions permettant d'obtenir une autorisation de mise sur le marché. Les vaccins produits Pfizer/BioNTech et Oxford/AstraZeneca ont, par exemple, été déployés respectivement les 8 décembre 2020 et 4 janvier 2021 sous ce régime d'autorisation temporaire d'utilisation (reg. 174)<sup>42</sup>. Par le recours à cette stratégie, le Royaume-Uni a ainsi été le premier État européen à pouvoir lancer sa campagne de vaccination contre la Covid-19. Cela étant, il faut reconnaître qu'une importante conséquence s'attache aux vaccins qui ont été distribués sous la régulation 174 : conformément à la régulation 345(3), les fabricants de ces produits ainsi que les détenteurs de cette autorisation d'utilisation temporaire bénéficient en effet d'une immunité de responsabilité civile. *A priori*, les façonniers (fabricants) comme les développeurs de ces vaccins (détenteurs de l'autorisation temporaire d'utilisation) peuvent bénéficier de celle-ci.

Toutefois, cette immunité n'est que partielle : en effet, les actions fondées sur le *Consumer Protection Act 1987*, autrement dit sur la responsabilité du

42 Department of Health & Social Care, « Regulations 174 and 247A: one-year review », Policy Paper, *gov.uk*, 5 avril 2022 : <https://www.gov.uk/government/publications/changes-to-human-medicine-regulations-to-support-the-rollout-of-vaccines-one-year-review/regulations-174a-and-247a-one-year-review> (dernière visite le 16 octobre 2023).

fait des produits défectueux, sont exclues de son champ d'application. En pratique, cela signifie que les bénéficiaires de cette immunité seront surtout protégés des actions en responsabilité fondées sur la faute (*tort of negligence*). Or, comme les victimes de produits de santé n'invoquent la responsabilité des producteurs pour faute qu'à titre subsidiaire, il faut admettre que cette immunité de responsabilité civile présente un avantage limité.

Également, l'immunité partielle de responsabilité civile peut être perdue dans le cas où le vaccin ne respecterait pas les conditions de son autorisation temporaire d'utilisation et où la violation de ces conditions est « suffisamment sérieuse » pour entraîner un risque de décès ou de dommage corporel. Le caractère « suffisamment sérieux » de la violation est apprécié par référence à une personne raisonnable bénéficiant d'une expertise suffisante dans le domaine considéré<sup>43</sup>.

*b) Une protection contractuelle limitant les risques financiers de responsabilité civile*

**16.** Que les vaccins contre la Covid-19 aient été déployés sous le régime d'autorisation temporaire d'utilisation prévue par la réglementation 174 ou, comme c'est le cas maintenant, sous le régime de l'autorisation conditionnelle de mise sur le marché, les producteurs semblent dans tous les cas bénéficier d'une protection contractuelle, qui limitera probablement les risques financiers liés à une responsabilité civile. Les contrats d'achats anticipés des doses vaccinales conclus entre le Gouvernement britannique et les différents producteurs des vaccins<sup>44</sup> contiennent en effet des clauses contractuelles particulières, appelées clauses d'indemnisation (*indemnity*). Ces clauses, assez courantes dans les contrats commerciaux anglais, prévoient généralement que l'une des parties au contrat (ici le Gouvernement britannique) indemnise l'autre partie (ici le producteur), dans l'hypothèse où cette dernière engagerait sa responsabilité envers un tiers (ici la victime d'un dommage vaccinal)<sup>45</sup>. Ces clauses constituent ainsi des mécanismes de transfert du risque financier de l'une des parties vers le cocontractant.

43 Sur la discussion tenant au seuil de référence permettant de déterminer si la violation est jugée « suffisamment sérieuse » : Department of Health & Social Care, « Consultation document: changes to the Human Medicines Regulations to support the rollout of COVID-19 vaccines », Consultation outcome, *gov.uk*, 5 août 2021 : <https://www.gov.uk/government/consultations/distributing-vaccines-and-treatments-for-covid-19-and-flu/consultation-document-changes-to-human-medicine-regulations-to-support-the-rollout-of-covid-19-vaccines#introduction> (dernière visite le 16 octobre 2023).

44 Pour Pfizer/BioNTech, voy. TERMS AND CONDITIONS FOR THE SUPPLY OF CENTRALLY PROCURED VACCINES – Contracts Finder ; pour Oxford/AstraZeneca : <https://www.contractsfinder.service.gov.uk/notice/2ce928f2-0e8b-48cd-b0e7-bccff514d281?origin=SearchResult&p=1> ; pour Novavax : <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1000694/000100069421000004/exhibit1035.htm> ; pour Moderna : <https://www.contractsfinder.service.gov.uk/notice/a3df05e8-9916-4c12-90c3-0c28611cf48e?origin=SearchResults&p=1> (dernière visite le 16 octobre 2023).

45 J.-S. BORGHETTI *et al.*, « Procurement of Covid-19 vaccines: why were legal liabilities transferred to the public sector? », Covid-19 Vaccine Legal Research Group, *InDret*, 2021, n° 2, spéc. p. 364.

Malheureusement, si les contrats d'achats anticipés conclus sont bien disponibles au public, ils ont été expurgés de ces fameuses clauses d'indemnisation. Il nous semble quand même que ces clauses auront vocation à intervenir dans les hypothèses de responsabilités pour faute et du fait des produits défectueux, car là sont les deux principaux fondements *a priori* envisageables. Cependant, de nombreuses zones d'ombre persistent en raison de la confidentialité attachée à ces clauses : par exemple, prévoient-elles une obligation de substitution du Gouvernement auprès des victimes ou une obligation de remboursement des producteurs ? Prévoient-elles la couverture des seuls dommages-intérêts résultant d'une reconnaissance de responsabilité civile ou envisagent-elles également la prise en charge des montants accordés par voie transactionnelle, ou même encore des simples coûts et dépenses nécessaires à la défense des actions juridictionnelles ? Quelles sont les hypothèses excluant l'applicabilité de la clause (par exemple, faute intentionnelle du producteur) ? Autant de questions qui ont vocation à rester sans réponse en raison de la confidentialité attachée à ces clauses.

17. Les victimes de dommages vaccinaux qui recherchent la responsabilité des producteurs de vaccins contre la Covid-19, sur le fondement de la faute ou du fait des produits défectueux, devront faire face à des obstacles particulièrement importants pour obtenir une indemnisation. Dès lors, il convient de se demander si ces victimes pourraient avoir de meilleures chances de succès auprès des acteurs impliqués dans le déploiement de la campagne de vaccination.

## **B) La responsabilité civile des acteurs impliqués dans le déploiement de la campagne de vaccination**

18. Comme toute vaccination en Angleterre, celle contre la Covid-19 n'est pas obligatoire. Si le Gouvernement a cherché à introduire une exception pour les travailleurs sanitaires et sociaux, il a rapidement abandonné cette idée devant leur opposition ferme, craignant en effet que ces travailleurs ne privilégient la démission à la vaccination. Si les ordonnances prévoyant ces obligations vaccinales ont donc bien vu le jour, elles n'ont jamais été appliquées pour les travailleurs sanitaires<sup>46</sup>, et seulement durant quelques mois pour les travailleurs sociaux<sup>47</sup>. Globalement, pour assurer le succès de la campagne de

46 En particulier, l'obligation pour les personnes travaillant dans les établissements pour personnes âgées (*care homes*) s'est appliquée à partir du 11 novembre 2021 ; toutefois, dès le 31 janvier 2022, le Gouvernement annonçait un changement de direction. Voy. P. WALKER, « No 10 set for U-turn over mandatory Covid-jabs for NHS staff in England », *The Guardian*, 31 janvier 2022 : <https://www.theguardian.com/society/2022/jan/31/covid-mandatory-jabs-nhs-staff-england-omicron-u-turn> (dernière visite le 16 octobre 2023).

47 Voy. aussi Department of Health & Social Care, « Guidance: Coronavirus (COVID-19) vaccination of people working or deployed in care homes: operational guidance », *gov.uk*, 1<sup>er</sup> mars 2022 : <https://www.gov.uk/government/publications/vaccination-of-people-working-or-deployed-in-care-homes-operational-guidance/coronavirus-covid-19-vaccination-of-people-working-or-deployed-in-care-homes-operational-guidance> (dernière visite le 16 octobre 2023).

vaccination, le Gouvernement a surtout misé sur une stratégie de communication solide visant à encourager le recours à la vaccination et sur le déploiement de moyens exceptionnels pour permettre à la vaccination d'être assurée le plus rapidement possible. Dans ce contexte, de nombreux acteurs ont été impliqués dans le déploiement de la campagne de vaccination contre la Covid-19, au premier rang desquels les personnes ayant participé à l'administration des vaccins. Dans l'hypothèse d'un dommage vaccinal, les victimes pourraient ainsi songer à mobiliser la responsabilité civile de ces « vaccineurs » (1), ou, pourquoi pas, celle des établissements de santé (2).

#### 1) La responsabilité civile du personnel impliqué dans l'administration des vaccins contre la Covid-19

**19.** Les vaccins, comme tout médicament à prescription obligatoire, ne peuvent normalement être prescrits et administrés que par des praticiens « prescripteurs », tels que les médecins, les infirmiers prescripteurs indépendants ou les pharmaciens prescripteurs indépendants par exemple<sup>48</sup>. Toutefois, dans le cas de la pandémie de Covid-19, la mise en place de mécanismes spécifiques (par exemple le protocole national, *Patient Group Directions*, *Patient Specific Direction*)<sup>49</sup> a permis d'élargir le champ des « vaccineurs » à d'autres professionnels de santé ainsi qu'à des volontaires. Par ces mécanismes, des pédiatres, podologues, dentistes, infirmiers, ambulanciers, pharmaciens ou même des professionnels de santé en retraite ou encore en étude, parmi de nombreux autres, ont pu participer à l'administration de vaccins contre la Covid-19. En théorie, tous ces participants pourraient voir leur responsabilité extracontractuelle<sup>50</sup> pour faute engagée vis-à-vis des patients (*tort of negligence*) (a). Cependant, outre le fait qu'il est souvent difficile de rapporter la preuve des conditions de la responsabilité des professionnels de santé, les risques encourus par ces derniers semblent particulièrement limités dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19, en raison des protections tant juridique que financière dont ils bénéficient (b).

48 *The Human Medicines Regulations 2012*, s. 214(1) et 214(2).

49 NHS England, « National protocol for COVID-19 vaccine (adults) », *gov.uk*, 5 octobre 2023, pp. 5 et s. : <https://www.gov.uk/government/publications/national-protocol-for-covid-19-vaccine-adults> (dernière visite le 16 octobre 2023).

50 En effet, la campagne de vaccination a été mise en œuvre par le National Health Service (NHS), et les patients traités par le NHS ne sont pas contractuellement liés au médecin qui les traite ou à l'hôpital dans lequel ils reçoivent des soins. M. A. JONES, *Medical Negligence*, 5<sup>e</sup> éd., Mytholmroyd, Sweet & Maxwell, 2018, p. 74.

a) *La responsabilité civile pour faute du personnel chargé de la prescription et de l'administration des vaccins (tort of negligence)*<sup>51</sup>

**20.** Comme pour toute action fondée sur la responsabilité pour faute (*tort of negligence*), les patients doivent rapporter la preuve de quatre conditions pour mettre en œuvre la responsabilité des professionnels de santé : ils doivent prouver être débiteurs d'un devoir de diligence (*duty of care*), ils doivent encore démontrer que le professionnel de santé a violé ce devoir (*breach of duty of care*) et que cette violation leur a causé (*causation*) un dommage réparable (*actionable damage*).

**21.** La première condition, tenant à l'établissement d'un devoir de diligence (*duty of care*), pose rarement des difficultés dans le contexte médical puisque la jurisprudence a admis depuis longtemps que les professionnels de santé étaient tenus d'un tel devoir envers leurs patients<sup>52</sup>. *Quid* des volontaires ? Aucune raison ne justifierait de les traiter différemment des professionnels de santé et il est donc fort probable qu'ils soient tenus du même devoir de diligence envers les patients.

**22.** La deuxième condition, relative à la preuve de la violation du devoir de diligence par le professionnel de soins, est cependant plus problématique. Deux difficultés principales risquent d'émerger dans le cadre de la vaccination contre la Covid-19.

D'une part, il faut reconnaître que la preuve d'une faute commise par un professionnel de santé est souvent difficile à démontrer dans ce système juridique, et il est utile de se rappeler qu'en droit anglais, toute erreur médicale n'est pas nécessairement constitutive d'une faute médicale. Pour rapporter la preuve d'une telle faute médicale, le patient doit démontrer que le professionnel de santé n'a pas atteint « le niveau de diligence du médecin (ou autre professionnel de santé) avisé »<sup>53</sup>. Excepté dans l'hypothèse où serait en cause un devoir d'information<sup>54</sup>, ce niveau de diligence est apprécié en référence à la conformité par le professionnel de santé à « une pratique jugée raisonnable par un groupe compétent d'experts médicaux travaillant dans la même spécialité »<sup>55</sup> (test dit

51 Dans cette sous-partie, nous reprenons certains de nos développements dans : E. LEMAIRE, « La responsabilité médicale appliquée au traitement des malades de la Covid-19 : regards de droit anglais », Actes de colloque, colloque « Covid-19 et droit de l'indemnisation », *Les Cahiers Louis Jossierand*, *op. cit.*

52 A. FULTON PHILLIPS, *Medical Negligence Law: Seeking a balance*, Hanover, Dartmouth Publishing, 1997, p. 14.

53 S. TAYLOR, « La responsabilité médicale en droit anglais : entre conservatisme et renouveau », *Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie*, 2019, n° 23, p. 23, spéc. p. 25.

54 Concernant le défaut d'information des patients relatif aux risques de traitements médicaux, l'approche a été modifiée par la Cour suprême en 2015 par la décision *Montgomery v. Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11.

55 *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 1 WLR 582, spéc. p. 587 (McNair J) ; voy. aussi *Maynard v. West Midlands Regional Health Authority* [1984] 1 WLR 634, spéc. p. 639 (Lord Scarman) ; *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors* [1985] AC 871.

*Bolam*<sup>56</sup>). Ainsi, si le professionnel de santé parvient à démontrer que la pratique qu'il a suivie est raisonnable, il ne saurait être jugé fautif quand bien même une autre pratique aurait pu être suivie<sup>57</sup>. Cela étant, l'appréciation du caractère raisonnable de la pratique suivie n'est pas abandonnée à la seule appréciation de ce « groupe compétent d'experts exerçant dans la même spécialité ». Le juge doit en effet être convaincu que l'avis de ce groupe d'experts est lui-même raisonnable, tempérament apporté par *Bolitho*<sup>58</sup>. Il faut quand même l'admettre : il n'est pas courant qu'un juge parvienne à la conclusion qu'une pratique est elle-même totalement dépourvue de fondement<sup>59</sup>. Ce que l'on peut dire, c'est que les circonstances liées à la vaccination contre la Covid-19 sont pour le moins particulières. Le contexte d'incertitude scientifique a obligé les acteurs sanitaires à « naviguer à vue » en adaptant continuellement les recommandations, protocoles et guides de bonnes pratiques au fur et à mesure de l'évolution des connaissances scientifiques et techniques. Par exemple, les contre-indications relatives à certaines spécialités de vaccins pour certains types de patients, tout comme les effets secondaires possibles de certains vaccins, ont continué à être mises à jour pendant la campagne de vaccination. Dans ce contexte d'incertitude et d'urgence sanitaire, comment déterminer ce qui constitue « une pratique raisonnable » ? On peut raisonnablement penser que le respect par le professionnel de santé des guides de pratiques, recommandations et autres protocoles applicables à l'instant *t* pourrait, dans ces circonstances<sup>60</sup>, écarter la qualification de faute. *Quid* si le professionnel de santé ne s'est pas conformé à ces recommandations ? Là encore, ce dernier ne serait pas nécessairement considéré fautif si la pratique qu'il a privilégiée est jugée raisonnable<sup>61</sup> et l'on pourrait concevoir que le juge fasse preuve de clémence au regard des circonstances de l'espèce.

D'autre part, une seconde difficulté risque d'émerger dans le cadre spécifique de la vaccination contre la Covid-19. Dans les grands centres de vaccination, c'est un véritable travail à la chaîne, sorte de fordisme sanitaire, qui

56 *Ibid.*

57 *Bolam v. Friern Hospital Management Committee*, préc., p. 587 (McNair J) : « *Putting it the other way round, a man is not negligent, if he is acting in accordance with such a practice, merely because there is a body of opinion who would take a contrary view* ».

58 *Bolitho v. City and Hackney Health Authority* [1998] 2 AC 232, spéc. p. 243 (Lord Browne-Wilkinson).

59 Lord Browne-Wilkinson considérait même, dans l'arrêt *Bolitho* (*ibid.*, p. 243), que ces situations seraient rares. Toutefois, il faut reconnaître que ces situations sont moins rares qu'elles ne l'étaient auparavant. Voy. R. MULHERON, « *Trumping Bolam: a critical legal analysis of Bolitho's gloss* », *Cambridge Law Journal*, 2010, vol. 69, p. 609.

60 S. TAYLOR, « La responsabilité médicale en droit anglais : entre conservatisme et renouveau », *op. cit.*, p. 25, où l'auteur explique que les recommandations et bonnes pratiques serviront d'indication des pratiques attendues du médecin. S'il est vrai, comme le dit d'ailleurs l'auteur, que la conformité du médecin à une recommandation ne sert pas toujours d'indication définitive d'une absence de faute, nous pensons qu'il pourrait en être autrement dans le cas de la vaccination contre la Covid-19 car ces recommandations et bonnes pratiques ont été les seuls indicateurs de la conduite « à tenir ».

61 *Ibid.*, p. 25.

a été mis en place<sup>62</sup> : l'évaluation du patient, la divulgation des informations tenant aux risques éventuels de la vaccination, l'obtention du consentement du patient à la vaccination, la prescription du vaccin, tout comme le stockage ou l'administration du vaccin ainsi que la surveillance post-vaccination du patient ont été entrepris par des professionnels différents. Si ce modèle de travail à la chaîne a certainement permis d'accélérer le mouvement de vaccination, il faut aussi reconnaître qu'il est susceptible d'entraîner une dilution des responsabilités éventuelles. Il n'est cependant pas exclu que certaines victimes de dommages vaccinaux parviennent à rapporter la preuve d'une faute médicale, mais ces situations ont sans doute vocation à demeurer limitées.

**23.** Quant à la troisième condition, relative à l'établissement d'un lien de causalité entre la violation du devoir de diligence et le dommage subi par le patient, elle est tout aussi difficile à prouver que la précédente. Le test traditionnel de causalité du *but for* (cause *sine qua non*), applicable par principe, impose d'entreprendre une analyse contrefactuelle consistant à s'interroger sur ce qu'il se serait probablement passé en l'absence de la faute médicale pour déterminer si cette faute a véritablement participé à la survenance du dommage<sup>63</sup>.

Dans le contexte médical, l'analyse causale est particulièrement complexe puisqu'elle peut aboutir à devoir envisager la conduite hypothétique qu'aurait adopté, selon toutes probabilités, le professionnel de santé<sup>64</sup>. Par exemple, si ce dernier avait procédé à la surveillance post-vaccination du patient comme il était tenu de le faire, et qu'il avait réalisé à cette occasion que le patient présentait les symptômes *x* et *y*, quel comportement aurait-il dû raisonnablement adopter pour respecter le devoir de diligence qui lui était imposé ? Ce comportement hypothétique aurait-il pu, selon toutes probabilités, éviter le dommage subi par le patient ? L'on mesure la difficulté de rapporter la preuve de la causalité dans ces circonstances.

L'analyse causale peut également aboutir à devoir envisager, dans certains cas, la conduite hypothétique que le patient aurait probablement adoptée<sup>65</sup>. Par exemple, si l'on imagine qu'un patient n'ait pas été informé des risques liés à la vaccination contre la Covid-19, l'analyse causale imposerait de déterminer si ce patient aurait, selon toutes probabilités, consenti<sup>66</sup> à la vaccination en étant informé des risques (test subjectif). Pour répondre à cette question,

62 Voy. les différents protocoles nationaux attachés à chaque spécialité de vaccins (sous « Protocols and patient group directions (PGDs) », *gov.uk*) : [https://www.gov.uk/government/collections/covid-19-vaccination-programme#protocols-and-patient-group-directions-\(pgds\)](https://www.gov.uk/government/collections/covid-19-vaccination-programme#protocols-and-patient-group-directions-(pgds)) (dernière visite le 16 octobre 2023).

63 *Barnett v. Chelsea & Kensington Hospital* [1969] 1 QB 428.

64 *Bolitho v. City and Hackney Health Authority*, préc.

65 Les cours anglaises semblent appliquer un test subjectif, cherchant à déterminer si le patient en question aurait choisi de se soumettre au traitement médical s'il avait été au courant des risques éventuels encourus : M. A. JONES, *Medical Negligence*, 5<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 839. Voy. par ex. : *Hills v. Potter* [1983] 3 All ER 716 (Hirst J) ; *Chatterton v. Gerson* [1981] QB 435, spéc. p. 445 (Bristow J).

66 La vaccination contre la Covid-19 n'est pas obligatoire au Royaume-Uni.

les juges tiennent compte, notamment, de l'évaluation des bénéfiques et des risques pour le patient individuel<sup>67</sup>. Dès lors, la probabilité qu'avait le patient de développer une forme grave de la maladie de Covid-19 constituerait sans doute un élément pertinent de l'analyse.

Cet examen causal est également complexe en cas de causes concurrentes, surtout lorsqu'il est impossible d'établir quelle est la cause la plus probable<sup>68</sup>. Les cours anglaises ont parfois pu adopter une approche plus souple de la causalité<sup>69</sup>, mais il faut quand même bien reconnaître que cette condition continue d'être un obstacle important au succès des actions en responsabilité médicale.

24. La quatrième, et dernière, condition, relative à la preuve d'un dommage réparable, ne posera pas de difficultés spécifiques, puisque les dommages corporels entrent dans le champ d'application de cette responsabilité.

b) *Les mécanismes de protection mis en place au bénéfice des personnes chargées de l'administration des vaccins*

25. Des développements qui précèdent, il faut retenir que les victimes de dommages vaccinaux auront sans doute de grandes difficultés à mettre en œuvre la responsabilité médicale des professionnels de santé et des volontaires qui ont participé à l'administration du vaccin. À cela, il faut ajouter que ce personnel médical bénéficie de deux mécanismes de protection, l'un juridique et l'autre financier, qui limitent d'autant les risques de responsabilité.

26. On se rappellera que certains vaccins contre la Covid-19 – comme ceux développés par Pfizer/BioNTech et Oxford/AstraZeneca – ont d'abord été déployés en Angleterre sous un régime d'autorisation temporaire d'utilisation (reg. 174), qui ne constitue en aucun cas une autorisation de mise sur le marché<sup>70</sup>. Ce régime d'« autorisation » n'emporte pas que des conséquences pour les développeurs et fabricants des vaccins contre la Covid-19. En effet, en application de la régulation 345(3) du *Human Medicines Regulations 2012*, les professionnels de santé et les volontaires qui ont participé à l'administration des vaccins déployés sous une autorisation temporaire d'utilisation bénéficient également de l'immunité de responsabilité civile prévue. Ils sont ainsi généralement<sup>71</sup> protégés des actions en responsabilité civile entreprises

67 M. A. JONES, *Medical Negligence*, 5<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 839.

68 *Wilsber v. Essex Area Health Authority* [1988] AC 1074 (HL).

69 Par ex. : *Bailey v. Ministry of Defence* [2009] 1 WLR 1052 ; *Williams v. The Bermuda Hospital Boards* [2016] UKPC 4. Pour une explication plus détaillée : E. LEMAIRE, *Risques sanitaires sériels et responsabilité civile : étude comparée des droits français et anglais*, *op. cit.*, pp. 549-555.

70 Voy. nos développements précédents sous n° 15.

71 Nous insérons le terme « généralement » car il existe une hypothèse où les professionnels de santé et les volontaires pourraient perdre le bénéfice de cette immunité de responsabilité civile : il s'agit de l'hypothèse (résiduelle) où ils n'utiliseraient pas le vaccin conformément aux recommandations et conditions imposées par l'Agence de régulation des médicaments et des produits de santé : voy. *The Human Medicines Regulations 2012*, *op. cit.*, reg. 345(3) et reg. 174A(3).

sur le fondement de la faute (*tort of negligence*) pour tout dommage causé par l'utilisation de ce produit. En conséquence, les professionnels de santé et les volontaires ne pourront généralement engager leur responsabilité civile qu'en ce qui concerne les vaccins administrés sous une autorisation de mise sur le marché.

27. Dans ce dernier cas, les professionnels de santé et les volontaires bénéficient alors d'une protection, par des mécanismes d'assurance de responsabilité, qui limite les risques financiers attendant à une éventuelle reconnaissance de leur responsabilité civile. Si certains de ces mécanismes précèdent la crise de la Covid-19<sup>72</sup>, tel n'est pas le cas du *Clinical Negligence Scheme for Coronavirus* (CNSC) qui a été spécialement créé en application de la loi sur le coronavirus du 25 mars 2020<sup>73</sup> pour offrir une protection financière au personnel soignant, aux volontaires et à toute personne ne bénéficiant d'aucune assurance de responsabilité médicale, qui aurait participé au fonctionnement du système de santé durant la crise de la Covid-19. Ce mécanisme, entièrement financé par des fonds publics, est donc appelé à intervenir en dernier ressort. Les volontaires (non-professionnels de santé) qui ont, par exemple, participé à l'administration des vaccins contre la Covid-19 pourraient sans aucun doute entrer dans le champ d'application de ce mécanisme.

## 2) La responsabilité civile des établissements impliqués dans l'administration des vaccins contre la Covid-19

28. Généralement, les patients ne s'adressent pas qu'au professionnel de santé pour obtenir réparation des dommages médicaux subis, mais également à l'établissement dans lequel ils ont reçu les soins. Dans le cadre de la vaccination contre la Covid-19, exclusivement confiée au *National Health Service* (NHS), les victimes de dommages vaccinaux pourraient donc rechercher la responsabilité des établissements du NHS (*trusts*, fondations ou établissements publics de soins), à côté de la responsabilité du professionnel de santé ayant procédé à la vaccination. Ces établissements peuvent être responsables à deux titres : d'abord, ils peuvent être responsables pour les dommages qui ont été causés par la faute (*negligence*) ou tout autre délit civil (*tort*) commis par leurs employés. Il s'agit là d'une responsabilité du fait d'autrui (*vicarious liability*) (a). Ensuite, ces établissements peuvent également être *personnellement* responsables à raison des fautes qu'ils commettent (b). Ils peuvent encore l'être dans l'hypothèse de la violation d'un devoir non-déléguable (*non-delegable duty*) ; toutefois, cette dernière situation sera écartée de l'analyse

72 Par exemple, le *Clinical Negligence Scheme for Trusts* (CNST) a vocation à garantir les établissements rattachés au NHS en cas de reconnaissance de responsabilité (Trusts, fondations et établissements de soins). Également, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2019, un mécanisme similaire a été mis sur pied pour les cabinets de médecins généralistes : le *Clinical Negligence Scheme for General Practice* (CNSGP).

73 *Coronavirus Act 2020*, s. 11.

car elle a probablement vocation à s'appliquer de manière résiduelle dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19<sup>74</sup>.

a) *La responsabilité des établissements de santé en cas de faute commise par un professionnel de santé*

29. Si le droit anglais est très attaché à l'idée de responsabilité « personnelle », il reconnaît tout de même des situations justifiant l'imposition d'une responsabilité du fait d'autrui (*vicarious liability*). Tel est le cas des situations s'inscrivant dans une relation d'emploi. Selon l'approche traditionnelle, un employeur est responsable des délits civils (première condition) commis par ses employés (deuxième condition) dans le cadre de leur emploi (troisième condition). Dans le contexte médical, la responsabilité des établissements de santé du fait des professionnels de santé est maintenant bien assise en jurisprudence<sup>75</sup>, bien qu'elle ait pu être débattue par le passé<sup>76</sup>. Malgré tout, son application dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19 est susceptible de soulever quelques difficultés, particulièrement en ce qui concerne les deux premières conditions<sup>77</sup>.

30. D'abord, un établissement de santé ne peut être responsable que pour les actes commis par ses « employés ». Les professionnels de santé ayant participé à la campagne de vaccination qui sont directement employés par le NHS entrent sans difficulté dans cette catégorie. En revanche, il est permis d'hésiter en ce qui concerne les volontaires, par exemple. De manière générale, il faut d'ailleurs admettre qu'il est de plus en plus difficile de déterminer quelles sont les catégories de personnes pouvant être qualifiées d'employés, en dépit des critères qui ont été développés par la jurisprudence anglaise, tels que

74 La responsabilité en cas de violation d'un devoir non-délégable concernerait par exemple les hypothèses dans lesquelles un établissement de santé aurait confié à un prestataire de services (*independent contractor*) l'exécution d'une fonction ou d'un devoir qui lui appartient en propre. Or, il semblerait que cette responsabilité (qui n'est pas une responsabilité du fait d'autrui, mais bien une responsabilité personnelle) soit souvent invoquée pour « combler les brèches ». Voy. sur ce point : P. GILKER, « Non-delegable duties and institutional liability for the negligence of hospital staff: fair, just, and reasonable? », *Professional Negligence*, 2017, vol. 33, p. 109. Il n'est pas exclu que cette responsabilité puisse trouver à s'appliquer dans le cas de la vaccination contre la Covid-19, mais les situations seront sans doute résiduelles en raison de la possibilité de pouvoir appliquer, dans la majorité des cas, la responsabilité du fait d'autrui des établissements de santé.

75 *Gold v. Essex County Council* [1942] 2 KB 293 ; *Collins v. Hertfordshire County Council* [1947] KB 598 ; *Cassidy v. Minister of Health* [1951] 2 KB 343 ; *Roe v. Minister of Health* [1954] 2 QB 66.

76 Principalement en raison de l'autonomie dont jouissent les professionnels de santé dans l'exercice de leur profession : P. GILKER, *Vicarious Liability in Tort: A comparative perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 55-65 ; M. A. JONES, *Medical Negligence*, 5<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 946-947.

77 La troisième condition est rarement problématique dans le contexte médical : M. A. JONES, *Medical Negligence*, 5<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 952-953. En revanche, elle l'est dans d'autres contextes : *Mohamud v. WM Morrison Supermarkets* [2016] UKSC 11 ; *WM Morrison Supermarkets plc v. Various Claimants* [2020] UKSC 12 ; *Barclays Bank plc v. Various Claimants* [2020] UKSC 13 ; *Isma Ali v. Luton Borough Council* [2022] EWHC 132 (QB).

l'intention des parties<sup>78</sup>, le degré de contrôle exercé par l'« employeur »<sup>79</sup>, le degré d'intégration de la personne dans les activités de l'« employeur »<sup>80</sup> ou encore l'allocation des risques financiers entre les parties<sup>81</sup>. En effet, aucun de ces critères n'est véritablement déterminant<sup>82</sup> et les juges se prêtent souvent à un examen d'ensemble. L'on peut sans doute concevoir que les volontaires ont été formés au sein de ces établissements de santé et qu'ils se trouvent sous le contrôle d'un superviseur lorsqu'ils participent aux activités de vaccination. Cela pourrait-il suffire à les qualifier d'« employé » ? On ne saurait l'affirmer avec certitude. Dans tous les cas, la jurisprudence anglaise a fini par étendre la responsabilité du fait d'autrui à d'autres situations qui seraient comparables à celles d'employeur/employé<sup>83</sup>. En particulier, un défendeur peut engager sa responsabilité du fait d'autrui s'il a confié à un individu des missions qui forment partie intégrante de ses activités, si cela a vocation à lui profiter et si, en confiant ces missions à cet individu, il a créé le risque qu'un délit civil soit commis<sup>84</sup>. La relation qui s'est nouée entre les établissements de santé et les volontaires pourrait probablement entrer dans cette catégorie : les volontaires qui ont participé à l'administration des vaccins se sont bien vu confier des missions qui forment une partie intégrante des activités des établissements de santé ; ces établissements bénéficient des activités accomplies par les volontaires et le risque qu'une faute soit commise résulte bien des missions qui ont été confiées par l'établissement à ces personnes.

**31.** Ensuite, un établissement de santé ne peut être responsable du fait d'autrui que dans le cas où ses employés (ou les personnes assimilées à ses employés) ont commis « un délit civil » ( *tort* ). Une première interrogation se profile déjà. Les professionnels de santé et les volontaires ayant administré les vaccins déployés sous une autorisation temporaire d'utilisation bénéficient d'une immunité de responsabilité civile. Cette immunité de responsabilité civile peut-elle avoir pour effet d'empêcher les établissements de santé d'être tenus responsables du fait d'autrui ? Dans une décision de 1953<sup>85</sup>, la jurisprudence anglaise a déjà eu l'occasion de retenir que l'immunité de responsabilité d'un employé n'empêchait pas de retenir la responsabilité du fait d'autrui de son employeur. Ainsi, en théorie, les établissements de santé pourraient être tenus responsables du fait d'autrui pour les délits civils commis par les professionnels de santé, et éventuellement les volontaires, peu importe que ces derniers soient eux-mêmes protégés par une immunité de responsabilité civile. Dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19, les établissements

78 *Ferguson v. Dawson Partners (Contractors) Ltd* [1976] 1 WLR 1213 ; *Young & Woods Ltd v. West* [1980] IRLR 201 ; *Massey v. Crown Life Insurance Co.* [1978] 1 WLR 676.

79 *Collins v. Hertfordshire County Council* [1947] KB 598, spéc. p. 615 (Hilbery J).

80 *Stevenson Jordan & Harrison Ltd v. Macdonald & Evans* [1952] 1 TLR 101, spéc. p. 111.

81 Par ex. : *Lee Ting San v. Chung Chi-Keung* [1990] 2 AC 374, spéc. p. 382.

82 M. A. JONES, *Medical Negligence*, 5<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 942-943.

83 *Various Claimants v. Institute of the Brothers of the Christian Schools* [2012] UKSC 56.

84 *Cox v. Ministry of Justice* [2016] AC 660, § 24 (Lord Reid).

85 *Broom v. Morgan* [1953] 1 QB 597.

de santé pourront donc engager leur responsabilité dans l'hypothèse où les professionnels de santé et volontaires ont commis un *tort of negligence* (responsabilité pour faute)<sup>86</sup>. Toutefois, prouver la réunion des conditions de la responsabilité pour faute des professionnels de santé, et en particulier celles de la faute et de la causalité, risque de s'avérer particulièrement difficile<sup>87</sup>. Il est donc à prévoir que les victimes de dommages vaccinaux ne rencontrent pas plus de succès en invoquant la responsabilité des établissements de santé du fait d'autrui.

b) *La responsabilité personnelle des établissements de santé*

32. Les victimes de dommages vaccinaux pourraient donc chercher à invoquer la responsabilité personnelle des établissements de santé (*trusts*, fondations et établissements publics de soins), en invoquant une faute personnelle commise par ces derniers (*tort of negligence*). En particulier, la jurisprudence a reconnu, à de nombreuses reprises, qu'un défaut dans l'organisation des services de santé pouvait être constitutive d'une faute personnelle de l'établissement de santé. Par exemple, ces établissements sont tenus du devoir d'établir des procédures et protocoles adéquats<sup>88</sup>, de sélectionner avec diligence un personnel compétent et de former ce personnel<sup>89</sup>, de mettre en place des mesures permettant d'éviter les risques d'erreurs dans l'administration des médicaments<sup>90</sup>, de prévoir un système de supervision adéquat pour l'encadrement des professionnels de santé inexpérimentés<sup>91</sup>, etc. La liste n'est pas exhaustive. Dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19, les établissements impliqués dans la campagne de vaccination pourraient ainsi être considérés fautifs (*negligent*) s'ils n'ont pas adéquatement formé les volontaires et les professionnels de santé qui n'ont pas l'habitude d'administrer les vaccins pour leur permettre d'accomplir cet acte médical avec diligence, et s'ils n'instaurent pas une supervision adéquate. De même, ces établissements sont tenus de mettre en place des procédures, protocoles et lignes directrices pour le maintien de la chaîne du froid des vaccins<sup>92</sup> et l'on peut concevoir que l'absence de telles procédures pourrait être constitutive d'une faute « organisationnelle ». Dans tous les cas, la preuve d'une faute imputable à l'établissement de santé n'est pas suffisante et le patient devra également démontrer l'existence d'un lien de

86 Techniquement, tout délit civil (et pas seulement le *tort of negligence*) commis par un professionnel de santé pourrait engager la responsabilité des établissements de santé. Toutefois, la présente contribution ne s'intéresse pas aux hypothèses de dommages corporels causés par une vaccination contre la Covid-19, c'est le *tort of negligence* qui est le plus pertinent.

87 Voy. les développements sous nos 20-24, ci-dessus.

88 *Vancouver General Hospital v. McDaniel* (1934) 152 LT 56.

89 *Wilsber v. Essex Area Health Authority* [1987] QB 730, spéc. p. 775 (Glidewell LJ).

90 *Collins v. Hertfordshire County Council* [1947] 1 KB 598, spéc. p. 614 (Hilbery J).

91 *Jones v. Manchester Corporation* [1952] QB 852.

92 UK Health Security Agency, « Vaccine incident guidance: Responding to errors in vaccine storage, handling and administration », *gov.uk*, 6 juillet 2022, p. 9 : <https://www.gov.uk/government/publications/vaccine-incident-guidance-responding-to-vaccine-errors> (dernière visite le 16 octobre 2023).

causalité entre la faute (*breach of duty of care*) et le dommage subi pour que son action en responsabilité aboutisse. Les difficultés développées précédemment relatives à l'utilisation du test de causalité du *but for* et à l'analyse contrefactuelle seront sans doute présentes ici aussi.

33. En conclusion, les patients subissant un dommage vaccinal peuvent envisager de mettre en œuvre la responsabilité du personnel (*tort of negligence*) ou celle des établissements de santé (soit la responsabilité du fait d'autrui, soit la responsabilité pour faute) impliqués dans l'administration de la vaccination. Toutefois, les obstacles sont là encore assez nombreux. Une dernière option pourrait être de rechercher la responsabilité civile des acteurs publics qui ont été impliqués dans la mise en place de la stratégie vaccinale.

### C) La responsabilité civile des acteurs publics impliqués dans la mise en place de la stratégie vaccinale

34. La mise en place de la stratégie vaccinale contre la Covid-19 en Angleterre a nécessité le concours de plusieurs acteurs publics, à l'échelle nationale comme locale. Pour se limiter à l'échelle nationale, on peut par exemple mentionner l'Agence de régulation des médicaments et des produits de santé (*Medicines and Healthcare products Regulatory Agency*), qui est chargée d'exécuter certaines fonctions appartenant au ministre de la Santé et de la Protection Sociale<sup>93</sup>, parmi lesquelles l'approbation, la délivrance mais aussi l'éventuelle suspension ou le retrait des licences, certifications et autorisations de mise sur le marché des médicaments et produits de santé<sup>94</sup>. C'est donc cette agence qui a, par exemple, accordé une autorisation temporaire d'utilisation (reg. 174) pour les premiers vaccins contre la Covid-19 déployés sur le territoire britannique ; c'est encore cette même agence de régulation qui a, par la suite, accordé des autorisations conditionnelles de mise sur le marché pour ces vaccins. L'on pourrait ainsi se demander s'il serait possible, pour la victime d'un dommage vaccinal, de rechercher éventuellement la responsabilité de celle-ci. Peut-on, par exemple, reprocher à l'agence « de s'être précipitée » pour accorder des autorisations temporaires d'utilisation à certains producteurs pour lancer la campagne de vaccination ? Peut-on encore lui reprocher d'avoir tardé à adapter ses recommandations auprès du public concernant l'utilisation de certaines spécialités de vaccins ?

93 *The Human Medicines Regulations 2012, op. cit.*, reg. 6.

94 Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, cette agence est seule habilitée à pouvoir accorder une AMM. En revanche, pour une période de trois ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2021, cette agence de régulation peut se fonder sur une décision adoptée par la Commission européenne pour décider d'accorder ou non une AMM en Grande-Bretagne (Angleterre, Pays de Galles et Écosse). Cette procédure s'appelle « EC Decision Reliance Procedure ». Voy. *Medicines and Healthcare products Regulatory Agency*, « Guidance: European Commission (EC) Decision Reliance Procedure », *gov.uk*, 4 janvier 2021 : <https://www.gov.uk/guidance/european-commission-ec-decision-reliance-procedure> (dernière visite le 16 octobre 2023).

Au-delà de cette agence de régulation, peut-on envisager de mobiliser la responsabilité civile des organismes publics qui ont exercé un rôle de conseil auprès de l'agence, et du ministre auquel elle est rattachée ? Par exemple, avant d'accorder les autorisations, l'agence de régulation des médicaments et des produits de santé est bien sûr tenue d'évaluer les données scientifiques tenant à la qualité, la sécurité et l'efficacité de ces vaccins, mais elle doit également demander conseil à un organisme indépendant, la Commission des médicaments humains<sup>95</sup> (*Commission on Human Medicines*), chargée de réévaluer ces données. Les victimes de dommages vaccinaux pourraient-elles ici mettre en cause la responsabilité civile de cet organisme de conseil ?

L'agence s'est également appuyée sur les recommandations d'un groupe indépendant d'experts, le comité conjoint de la vaccination et de l'immunisation (*Joint Committee on Vaccination and Immunisation*), pour déterminer si certaines spécialités de vaccins devaient être utilisées pour certaines catégories d'âge<sup>96</sup>, quand le ministre de la Santé et de la Protection Sociale s'est appuyé sur les conseils de ce groupe pour définir les populations à prioriser pour l'administration du vaccin ainsi que le calendrier vaccinal<sup>97</sup>. La question pourrait, là encore, se poser de déterminer si cet organisme public pourrait encourir une responsabilité s'il a été négligent dans l'accomplissement de ses missions de conseil.

**35.** Ces hypothèses de responsabilité ne sont pas à écarter d'emblée puisqu'en droit anglais, les autorités publiques<sup>98</sup> sont *a priori* soumises aux mêmes règles de responsabilité civile extracontractuelle que celles applicables aux opérateurs privés<sup>99</sup>. Ainsi, les victimes de dommages vaccinaux pourraient parfaitement essayer de rechercher la responsabilité civile de ces organismes publics (et du ministre)<sup>100</sup> sur le fondement de la faute (*tort of negligence*) en

95 Les fonctions de cet organisme sont prévues dans les *Human Medicines Regulations 2012*, *op. cit.*, regs. 9-10.

96 Medicines and Healthcare products Regulatory Agency, « Government response: MHRA response to JCVI advice on COVID-19 Vaccine AstraZeneca for people aged under 40 », Statement from Dr. June Raine (MHRA Chief Executive), *gov.uk*, 7 mai 2021 : <https://www.gov.uk/government/news/mhra-response-to-jcvi-advice-on-covid-19-vaccine-astrazeneca-for-people-aged-under-40> (dernière visite le 16 octobre 2023).

97 UK Health Security Agency, « The roles of the MHRA and JCVI in COVID-19 vaccines », *gov.uk*, 2 décembre 2020 : <https://ukhsa.blog.gov.uk/2020/12/02/the-roles-of-the-mhra-and-jcvi-in-covid-19-vaccines/> (dernière visite le 16 octobre 2023).

98 Sur la responsabilité civile des autorités publiques et sur la notion d'« autorité publique » dans ce contexte, voy. R. MULHERON, *Principles of Tort Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 643.

99 K. OLIPHANT, « The liability of public authorities in England and Wales », in K. OLIPHANT (éd.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Bruxelles, Intersentia, 2016, p. 128 ; voy. aussi G. ANTHONY, « Public Authority Liability in the United Kingdom. A Common Law Perspective », in G. DELLA CANANEA et R. CARENTA (éd.), *Tort Liability of Public Authorities in European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 81-82.

100 En réalité, pour les organismes publics que nous avons mentionnés (l'Agence de régulation des médicaments et des produits de santé, la Commission des médicaments humains et le comité conjoint de la vaccination et de l'immunisation), ce sera le ministre de la Santé et de la Protection sociale qui sera responsable, car ces trois organismes (respectivement une Agence exécutive, un

particulier<sup>101</sup>. Comme pour les actions en responsabilité pour faute établies à l'encontre des producteurs, professionnels de soins et établissements de santé, les demandeurs devront démontrer l'existence d'un devoir de diligence, d'une violation de ce devoir, d'un dommage réparable et d'un lien de causalité entre la violation du devoir et le dommage.

**36.** Toutefois, contrairement à la situation des producteurs, des professionnels de soins ou établissements de santé, la situation des autorités publiques est un peu différente car la jurisprudence anglaise ne reconnaît pas que ces autorités soient tenues, de manière systématique, d'un devoir de diligence envers les membres du public qui auraient subi un dommage à raison d'une action de ces autorités. Ainsi, la difficulté majeure pour pouvoir mettre en œuvre, avec succès, la responsabilité pour faute des autorités publiques tiendra à la démonstration de l'existence même d'un devoir de diligence dont elles seraient tenues à l'égard des demandeurs. En effet, d'une part, le simple fait pour une autorité publique d'exercer, même sans diligence raisonnable, un pouvoir (*statutory power*) ou un devoir (*statutory duty*) conféré par la loi ne donne pas naissance à l'existence d'un devoir de diligence (*duty of care*) de la part de l'autorité publique<sup>102</sup> ; d'autre part, la jurisprudence anglaise a parfois recours à une distinction, assez difficile à manier en pratique, entre les décisions des autorités publiques appartenant à la « sphère politique » (ou discrétionnaire) et celles appartenant à la « sphère opérationnelle »<sup>103</sup>. Seules les secondes peuvent éventuellement donner lieu à un devoir de diligence de la part des autorités publiques, à l'exclusion des premières<sup>104</sup>.

C'est par exemple sur la base de cette distinction que le juge Morland a refusé de reconnaître l'existence d'un devoir de diligence incombant au ministre de la Santé et au Comité de sécurité des médicaments (aujourd'hui remplacé par la Commission sur les médicaments) pour avoir pris la décision

---

organisme non-ministériel ayant une fonction de conseil et un comité d'expert) n'ont pas de personnalité juridique indépendante de celle du Gouvernement : Cabinet Office, « Classification of Public Bodies: Guidance for Departments », Public Bodies Handbook Part 1, *gov.uk*, 27 avril 2016, spéc. pp. 12, 14 et 20 : <https://www.gov.uk/government/publications/classification-of-public-bodies-information-and-guidance> (dernière visite le 16 octobre 2023).

101 On aurait également pu envisager la responsabilité pour violation d'une obligation légale (*breach of statutory duty*) mais cette responsabilité n'existe que dans les hypothèses limitées où la loi prévoyant des obligations aurait elle-même prévu une voie d'action en responsabilité (R. MULHERON, *Principles of Tort Law, op. cit.*, p. 644), ce qui ne semble pas être le cas en l'espèce pour the *Medicines Act 1968* et les *Human Medicines Regulations 2012* : M. A. JONES, *Medical Negligence*, 5<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 1003-1004.

102 *East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent* [1941] AC 74 (HL) 102. Voy. aussi : R. MULHERON, *Principles of Tort Law, op. cit.*, pp. 646 et s.

103 La distinction a été posée dans la décision *Anns v. Merton LBC* [1978] AC 728 (HL), spéc. p. 754 (Lord Wilberforce qui pose le principe selon lequel les décisions « politiques » ne peuvent pas faire l'objet d'une action en responsabilité civile). La distinction aura surtout vocation à s'appliquer dans les situations (rares) où il est évident qu'une décision appartiendra à la sphère « politique ».

104 *Ibid.* Pour des exemples de décisions considérées appartenir à la sphère politique, voy : *Barrett v. Enfield LBC* [2001] 2 AC 550 (HL), p. 587. Pour des exemples de mise en œuvre de la distinction : *Connor v. Surrey CC* [2010] EWCA Civ. 286, spéc. §§ 48-49 (Laws LJ).

de retarder la publicisation de mises en garde relatives aux effets secondaires graves (et rares) de la prise d'aspirine chez les enfants<sup>105</sup>. Cette décision des autorités publiques, justifiée par diverses considérations, appartenait, selon le juge, à la sphère « politique ». Dans la même veine, à titre *obiter*, le juge donne d'autres exemples de décisions qui appartiendraient à la sphère « politique » : la détermination de l'âge limite des enfants à qui s'appliquerait la mise en garde, le canal de communication choisi pour publiciser la mise en garde, la décision tenant au retrait éventuel du médicament pour certaines catégories d'âge, ou encore les détails de l'étiquetage du médicament<sup>106</sup>.

Dans une autre décision, le juge Stuart-Smith a semblé considérer que la politique de promotion de la vaccination contre la coqueluche adoptée par le ministre de la Santé entrerait dans le champ de son pouvoir discrétionnaire, ne pouvant ainsi donner lieu à aucune action en responsabilité<sup>107</sup>. En revanche, le juge a semblé moins catégorique concernant l'éventualité de recommandations émanant du Ministère de la Santé à destination des autorités de santé qui seraient relatives à la procédure de vaccination, la manière dont le vaccin doit être conservé, le comportement à adopter en cas de survenance d'effets secondaires et les éléments contre-indiquant l'utilisation du vaccin<sup>108</sup>. Dans cette dernière hypothèse, le juge considère qu'il serait possible de considérer ces décisions comme relevant de la « sphère opérationnelle ».

37. Cela étant, l'ensemble de ces éléments nous amène à considérer qu'il sera sans doute très difficile pour la victime d'un dommage lié à une vaccination contre la Covid-19 de pouvoir établir l'existence d'un devoir de diligence incombant au ministre de la Santé et de la Protection Sociale ou aux différents organismes qui lui sont rattachés. Par exemple, la décision d'avoir recours à une autorisation temporaire d'utilisation (reg. 174) dès décembre 2020 se justifie sans aucun doute par des considérations politiques, tenant à la volonté de permettre une vaccination rapide pour protéger la population (et en particulier la population vulnérable) des effets de la Covid-19. La décision de promouvoir la vaccination contre la Covid-19 appartient probablement, elle aussi, à la sphère « politique ». Ce n'est pas à dire que, dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19, les juges ne pourraient pas retenir l'existence d'un devoir de diligence à l'égard des autorités publiques, mais cela semble somme toute assez difficile. Quand bien même les victimes de dommages vaccinaux y parviendraient, il leur faudrait encore démontrer la preuve de la violation par l'autorité publique de ce devoir de diligence ainsi que l'existence

105 *Smith v. Secretary of State for Health* [2002] EWHC 200 (QB), § 94 (Morland J).

106 *Ibid.*, § 92 (Morland J).

107 *Department of Health and Social Security v. Kinnear*, *The Times*, 7 juillet 1984.

108 *Ibid.* : « *In my view, they [the documents] clearly give advice on procedure of vaccination, dealing amongst other things with the time when it should take place, how the vaccine should be stored, what to do in the event of adverse reactions, and what matters contra indicate its use. To my mind, it is at least arguable, in giving such advice, that the D.H.S.S. had entered the operational area.* ».

d'un lien de causalité entre cette violation et le dommage. Or, la preuve de ces deux conditions risque d'être également difficile à rapporter.

38. En dépit de la pluralité de responsables potentiels, les victimes de dommages vaccinaux semblent avoir globalement peu d'appétence pour la voie juridictionnelle. Ceci s'explique par les immenses difficultés que ces victimes risquent de rencontrer pour rapporter la preuve qui leur incombe des conditions de responsabilité civile, peu importe le fondement de responsabilité choisi et peu importe le type de défendeurs qu'elles envisagent. Si les victimes de dommages vaccinaux semblent, pour la plupart, avoir délaissé les prétoires pour obtenir une indemnisation, elles n'hésitent pourtant pas à recourir à une autre voie, non-juridictionnelle celle-ci, pour obtenir satisfaction : le fonds de paiement pour les dommages vaccinaux.

## II. Un recours privilégié au fonds de paiement pour les dommages vaccinaux par les victimes des vaccinations contre la Covid-19<sup>109</sup>

39. Créé dans le but de restaurer la confiance du public dans la sécurité des vaccins<sup>110</sup> par une loi du 22 mars 1979<sup>111</sup>, le fonds de paiement pour les dommages vaccinaux est dit « sans faute »<sup>112</sup> (*no-fault scheme*). Il a vocation à verser une « aide financière » d'un montant de £120,000 aux personnes qui auraient été gravement handicapées à la suite d'une vaccination, administrée au Royaume-Uni ou à l'Île de Man<sup>113</sup>, contre l'une des maladies limitativement énumérées dans la loi et les ordonnances qui ont suivi. Précisément, la maladie contre la Covid-19 a été ajoutée à la liste par une ordonnance du 2 décembre 2020<sup>114</sup>, soit le jour même de l'allocution du Premier ministre annonçant l'approbation du premier vaccin (Pfizer/BioNTech) au Royaume-Uni<sup>115</sup>. Depuis lors, 6.399 demandes « d'indemnisation » relatives à la vaccination contre la Covid-19 ont été reçues par le fonds de paiement à la date du

109 Dans cette partie, nous reprenons certains de nos développements dans : E. LEMAIRE, « L'indemnisation spécifique des dommages liés à la vaccination contre la Covid-19 en droit anglais : le *Vaccine Damage Payments Scheme* », Actes de colloque, colloque « Covid-19 et droit de l'indemnisation », *Les Cahiers Louis Jossierand*, 3<sup>e</sup> éd., 27 juillet 2023.

110 G. MILLWARD, « A Disability Act? The Vaccine Damage Payments Act 1979 and the British Government's Response to the Pertussis Vaccine Scare », *Social History of Medicine*, 2016, vol. 30, n° 2, p. 429.

111 *Vaccine Damage Payments Act 1979*.

112 En d'autres termes, l'éligibilité au dispositif n'est pas conditionnée par la preuve d'une faute du producteur de vaccin, d'un médecin ou autre.

113 Les forces armées et leur famille bénéficient parfois de certaines exceptions : *Vaccine Damage Payments Act 1979*, s. 2(5).

114 *Vaccine Damage Payments (Specified Disease) Order 2020* (S.I. 2020/1411).

115 B. JOHNSON (MP), « Prime Minister's statement on coronavirus (COVID-19) », Prime Minister's Office, 10 Downing Street, *gov.uk*, 2 décembre 2020 : <https://www.gov.uk/government/speeches/prime-ministers-statement-on-coronavirus-covid-19-2-december-2020> (dernière visite le 16 octobre 2023).

11 juillet 2023<sup>116</sup>. Il est donc clair que les victimes de dommages vaccinaux préfèrent recourir au fonds plutôt qu'à la voie juridictionnelle.

L'existence de ce fonds de paiement n'explique pourtant pas, en tant que tel, pourquoi les victimes de dommages vaccinaux délaissent la voie juridictionnelle. En effet, ces victimes ne sont pas contraintes d'effectuer un choix entre ces deux voies puisque l'obtention du paiement de £120,000 par le fonds de paiement ne les empêche nullement d'introduire également une action en responsabilité civile à l'encontre des responsables éventuels du dommage<sup>117</sup>. Dans ce cas, les bénéficiaires du fonds de paiement ne peuvent cependant prétendre qu'au versement d'un complément d'indemnisation par la voie juridictionnelle, complément qui correspond à la différence entre le montant total des dommages-intérêts et le montant du paiement versé par le fonds.

40. Pour autant, il faut reconnaître que le fonds de paiement pour les dommages vaccinaux présente un bilan très peu satisfaisant puisque, de manière générale, 88 % des demandes présentées au fonds sont rejetées<sup>118</sup>. Le bilan semble d'ailleurs encore moins satisfaisant en ce qui concerne les victimes de la vaccination contre la Covid-19, étant donné qu'à la date du 11 juillet 2023, 95 % des décisions notifiées aux demandeurs correspondaient à une décision de rejet<sup>119</sup>. Cette situation s'explique car la possibilité d'obtenir un paiement par le fonds est encadrée par de strictes conditions d'éligibilité qui sont difficiles à réunir<sup>120</sup>.

Ainsi, pour que les victimes de dommages vaccinaux puissent bénéficier du dispositif prévu, les assesseurs médicaux doivent d'abord déterminer si le lien de causalité entre la vaccination et le dommage existe, conformément au standard de la balance des probabilités<sup>121</sup>. En d'autres termes, les assesseurs doivent déterminer si, à la lumière des éléments présentés, l'existence du lien entre la vaccination et le dommage existe plus probablement que non. Il s'agit donc du même standard de preuve que celui qui est exigé dans le cadre des actions juridictionnelles en responsabilité civile<sup>122</sup> et il s'agit d'un standard

116 FOI 01298, datée du 7 août 2023 : <https://opendata.nhsbsa.net/dataset/foi-01298> (dernière visite le 16 octobre 2023).

117 *Vaccine Damage Payments Act 1979*, s. 6(4).

118 FOI 01298, préc. : <https://opendata.nhsbsa.net/dataset/foi-01298> (dernière visite le 16 octobre 2023). 9.163 demandes ont été traitées depuis la création du fonds jusqu'à la date du 11 juillet 2023 (toutes vaccinations confondues) : 8.087 demandes ont été rejetées à cette date.

119 FOI 01298, préc. : 2.360 personnes ont été notifiées d'une réponse du fonds à la date du 11 juillet 2023. Sur ces 2.360 personnes, 128 ont reçu une réponse favorable (5 %) et 2.232 ont reçu une réponse négative (95 %).

120 En ce sens : R. GOLDBERG, « Vaccine damages schemes in the US and the UK reappraised: making them fit for purpose in the light of Covid-19 », *Legal Studies*, 2022, vol. 42, n° 4, p. 576 ; E. RAJNERI, J.-S. BORGHETTI, D. FAIRGRIEVE et P. ROTT, « Remedies for Damage Caused by Vaccines: A Comparative Study of Four European Legal Systems », *European Review of Private Law*, 2018, vol. 1, p. 57 ; R. TINDLEY, « A Critical Analysis of the Vaccine Damage Payments Scheme », *European Business Law Review*, 2008, vol. 19, n° 2, p. 321.

121 *Vaccine Damage Payments Act 1979*, s. 3(1).

122 *Loveday v. Renton* [1990] 1 Med LR 117, spéc. p. 123 (Stuart-Smith LJ).

difficile à satisfaire, comme le démontre la décision *Loveday v. Renton*<sup>123</sup>, par exemple. Dans ces circonstances, il n'est pas surprenant d'observer que l'immense majorité des demandes présentées au fonds de paiement pour les dommages vaccinaux sont rejetées sur ce fondement. Dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19 en particulier, ce sont 92 % des demandes rejetées qui l'ont été en raison de l'absence d'une causalité établie, à la date du 11 juillet 2023<sup>124</sup>.

Les difficultés ne s'arrêtent pourtant pas là. Quand bien même le lien de causalité entre la vaccination et le dommage serait établi, les victimes de dommages vaccinaux ne sont éligibles au dispositif prévu que dans l'hypothèse où elles présentent un taux d'incapacité minimal s'élevant à 60 %<sup>125</sup>. La jurisprudence a récemment assoupli cette condition en acceptant de tenir compte de l'évolution probable du dommage<sup>126</sup>. Dès lors, une victime ne présentant pas un taux d'incapacité de 60 % au moment de l'examen de la demande par le fonds mais qui atteindrait probablement ce seuil à l'avenir serait éligible à l'obtention d'un versement financier par le fonds. En dépit de cet assouplissement indéniable, la condition continue d'être difficile à remplir. On pourrait donc s'étonner du fait que, dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19, seules 8 % des demandes rejetées l'ont été en raison de cette condition<sup>127</sup>. Toutefois, il est utile de se rappeler que cette condition tenant au seuil de gravité du dommage n'est examinée que dans l'hypothèse où le lien de causalité entre la vaccination et le dommage est établi.

Au-delà de ces deux conditions, d'autres raisons expliquent le rejet des demandes telles que l'impossibilité de démontrer que la vaccination a bien pris place au Royaume-Uni ou à l'Île de Man<sup>128</sup>, en cas de duplication des demandes ou bien encore parce que certaines maladies sont exclues du champ d'application du dispositif<sup>129</sup>. Dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19, ces diverses raisons correspondent à 7 % des demandes rejetées<sup>130</sup>. Enfin, pour être examinées, les demandes doivent être présentées au fonds au plus tard soit à la date à laquelle la personne victime a atteint l'âge de 21 ans ou, si cette personne est décédée, à la date à laquelle elle aurait atteint l'âge

123 *Ibid.*, p. 185 (Stuart-Smith LJ).

124 Sur les 2.232 demandes rejetées en lien avec la vaccination contre la Covid-19 à la date du 11 juillet 2023, 2.055 l'ont été en raison de l'absence de causalité établie : FOI 01298, préc.

125 *Vaccine Damage Payments Act 1979*, s. 1(4).

126 *G (A Minor) v. Secretary of State for Work and Pensions* [2017] EWCA Civ. 61.

127 Sur les 2.232 demandes rejetées en lien avec la vaccination contre la Covid-19 à la date du 11 juillet 2023, 177 l'ont été parce que la victime ne présentait pas un taux d'incapacité égal ou supérieur à 60 % : FOI 01298, préc.

128 *Vaccine Damage Payments Act 1979*, s. 2(1)(a).

129 Par exemple, les douleurs à l'épaule liées à l'administration du vaccin lui-même sont exclues du dispositif.

130 Sur les 2.232 demandes rejetées en lien avec la vaccination contre la Covid-19 à la date du 11 juillet 2023, 146 l'ont été parce que la demande était invalide (ce qui regroupe diverses raisons) : FOI 01298, préc.

de 21 ans, soit dans un délai de six ans à compter de la vaccination<sup>131</sup>. Le délai retenu est celui qui, dans le cas d'espèce, est le plus long. Si ce délai de prescription s'avère assez redoutable de manière générale<sup>132</sup>, aucune demande présentée en lien avec la vaccination contre la Covid-19 n'a pour le moment été rejetée sur ce fondement. La campagne de vaccination contre la Covid-19 datant d'il y a à peine deux ans, cela n'est donc pas étonnant. Toutefois, il est probable que cette condition constitue un obstacle supplémentaire au succès des demandes à l'avenir. Dans tous les cas, les demandeurs insatisfaits par la décision rendue par le fonds de paiement ont toujours la possibilité de contester cette décision auprès d'un tribunal, mais il apparaît quand même que, là encore, ces actions rencontrent assez peu de succès<sup>133</sup>.

\*

\* \*

41. En conclusion, si les éventuelles victimes de la vaccination contre la Covid-19 ont *a priori* deux voies différentes pour obtenir une indemnisation en droit anglais, aucune de ces deux voies ne semble réellement satisfaisante.

Les victimes de dommages vaccinaux peuvent d'abord envisager d'agir en responsabilité civile. Dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19, de nombreuses difficultés sont à prévoir, peu importe que ces victimes recherchent la responsabilité civile des producteurs des vaccins, des « vaccinateurs », des établissements de santé ou même celle des autorités publiques de santé impliquées dans la mise en œuvre de la stratégie vaccinale. Certaines difficultés, comme celles tenant à la preuve d'un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le dommage, sont communes à toutes les actions en responsabilité civile, peu importe le fondement envisagé. D'autres sont plus spécifiques : par exemple, pour les actions fondées sur la responsabilité du fait des produits défectueux, la preuve du défaut du produit sera encore une autre condition difficile à établir ; pour celles fondées sur la responsabilité pour faute (*tort of negligence*), ce sera la preuve de la violation du devoir de diligence incombant au défendeur (producteur, vaccinateur, établissement de santé ou autorité publique de santé) qui sera difficile à rapporter. Dans le cas spécifique des autorités publiques de santé, la preuve de l'existence même d'un devoir de diligence incombant à ces autorités constituera un frein supplémentaire au succès des actions. De manière générale, la réunion des conditions de responsabilité civile semble assez malaisée, indépendamment du défendeur envisagé et du fondement considéré. Au surplus, certains défendeurs bénéficient de véritables protections juridiques et financières : par exemple, les producteurs

131 *Vaccine Damage Payments Act 1979*, s. 3(1)(c).

132 Toutes vaccinations confondues, à la date du 11 juillet 2023, sur les 8.087 demandes rejetées, 629 l'ont été en raison du délai de prescription. Cette condition est donc la deuxième plus grande cause de rejet des demandes de manière générale, derrière la condition de causalité : FOI 01298, préc.

133 R. GOLDBERG, « Vaccine damages schemes in the US and the UK reappraised: making them fit for purpose in the light of Covid-19 », *op. cit.*, p. 576, spéc. pp. 591-593.

de vaccins et les vaccinateurs sont préservés des actions en responsabilité pour faute pour les dommages qui auraient été causés par un vaccin déployé sous le régime de l'autorisation temporaire d'utilisation (reg. 174). Les producteurs des vaccins bénéficient également d'une véritable protection financière par le jeu des clauses d'indemnisation (*indemnities*) qui ont été insérées dans les contrats d'achats anticipés conclus avec le Gouvernement britannique. Tous ces éléments expliquent sans aucun doute pourquoi les victimes de dommages liés à une vaccination contre la Covid-19 délaissent, pour la plupart, cette première voie d'indemnisation au profit de la seconde qui leur a été ouverte en décembre 2020.

Les victimes de vaccinaux privilégient en effet le recours à un fonds spécial, le fonds de paiement pour les dommages vaccinaux, qui leur permet d'obtenir le versement d'une somme fixe de £120,000 en cas de succès. Pour autant, les conditions d'éligibilité de ce dispositif sont particulièrement strictes, si bien que les chances de succès sont, là encore, assez faibles. Pour espérer le succès, il est non seulement nécessaire que le demandeur présente un taux d'incapacité minimal de 60 %, mais encore que le lien de causalité entre la vaccination et le dommage subi soit établi selon le standard de la balance des probabilités, standard identique à celui exigé dans le cadre des actions juridictionnelles en responsabilité civile. Sans surprise, la condition de causalité est difficile à remplir et les demandes sont, en grande majorité, rejetées sur ce fondement. Dans le contexte de la vaccination contre la Covid-19, 95 % des demandes traitées par le fonds ont ainsi débouché sur une décision de rejet de la demande à la date du 11 juillet 2023.

**Chapitre 4.**  
**Les responsabilités civiles liées**  
**à la vaccination contre la Covid-19**  
**Rapport belge**

---

**Catherine DELFORGE**

*Professeure ordinaire à l'UCLouvain Saint-Louis – Bruxelles*

**François CUVELIER**

*Assistant à l'UCLouvain Saint-Louis – Bruxelles*

**1. Introduction.** Avant la pandémie mondiale liée à la Covid-19, aucun vaccin n'avait été développé dans un si court laps de temps même si, au moment de leur mise sur le marché, les connaissances scientifiques relatives aux vaccins destinés à lutter contre le coronavirus n'étaient pas inexistantes<sup>1</sup>. L'urgence sanitaire, mais aussi économique et sociale, a conduit à investir massivement dans la recherche et à considérablement raccourcir les délais habituels<sup>2</sup> en vue d'une mise sur le marché la plus rapide possible<sup>3</sup>. Cette urgence a, ce faisant, mis en veille toutes les dimensions pertinentes tenant tant à la *nature de l'acte de vaccination* – qui est un acte de soins de santé octroyant des droits aux patients<sup>4</sup> – qu'à la *spécificité du produit* – le vaccin étant un médicament, en principe soumis à prescription<sup>5</sup>, administré à des fins préventives, ce qui nécessite le respect de mesures de précaution rigoureuses ainsi que des contrôles et essais préalables à son administration.

La rapidité avec laquelle ces vaccins ont été développés et mis sur le marché a assurément contribué à alimenter certaines craintes quant aux risques liés à leur administration et à leurs effets secondaires potentiels. D'emblée, certains de ces effets ont semblé minimes, du moins lorsqu'ils sont temporaires (douleur et gonflement au point d'injection, urticaire, acouphènes, vertiges, etc.), alors que d'autres se sont révélés plus inquiétants par leur gravité (syndrome de Guillain-Barré, syndrome de fuite capillaire, thromboses, myocardites et péricardites, perturbations du cycle menstruel, paralysies faciales périphériques, etc.).

Juridiquement, la survenance de tels effets indésirables pose la question de la prise en charge financière des risques liés aux vaccins et à la vaccination et celle, dès lors, de l'identification d'éventuelles responsabilités dans la chaîne de production, d'autorisation de mise sur le marché, de distribution, de prescription et, enfin, d'administration des vaccins.

1 En ce sens, voy. J. VAN GYSEGHEM, « Les vaccins comme outil de bien commun », *J.T.*, 2022/33, p. 632 ; I. LUTTE, « Vaccination, risque et responsabilités », in C. DELFORGE (coord.), *Responsabilité, risques et progrès. Quelques enjeux récents du droit de la réparation des dommages*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 154.

2 Les processus de développement d'un vaccin durent habituellement jusqu'à 10 ans, jamais moins de 4 ans ; ils ont ici été réduits à 11 mois. Voy. OMS, « Global vaccine market report 2022: a shared understanding for equitable access to vaccines », *WHO*, 8 mai 2023, p. 2 (disponible à l'adresse : <https://www.who.int/publications/i/item/9789240062726>, consulté le 11 octobre 2023).

3 En Belgique, la campagne de vaccination a débuté le 5 janvier 2021. Si la vaccination était alors présentée comme une initiative volontaire – et elle l'est encore à ce jour –, elle fut fortement incitée dans le cadre d'une stratégie fédérale ciblant des groupes prioritaires (personnes dites « à risque » et personnels des soins). Elle fut finalement « ouverte » à l'ensemble des citoyens à partir du mois de juin 2021. Gratuits, mais sans possibilité de choix parmi les variants existants, sans information particulière sur les effets indésirables ni de véritable colloque singulier avec un médecin, les vaccins furent administrés dans des centres de vaccination déployés dans l'urgence aux quatre coins du Royaume. Ceux-ci ont progressivement fermé leurs portes à partir du mois de mars 2022, certains centres médicaux et pharmacies prenant alors le relais.

4 Voy. la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, *M.B.*, 29 septembre 2002.

5 Voy., à ce propos, I. LUTTE, « Vaccination, risque et responsabilités », *op. cit.*, pp. 152 et s. ainsi que pp. 187 et s.

**2. Plan des développements qui suivent.** Théoriquement, en droit belge, les voies d'action ouvertes aux patients victimes d'un dommage consécutif à l'administration d'un vaccin ne sont pas différentes de celles du droit commun. Outre un possible recours aux régimes génériques de la responsabilité extracontractuelle pour faute fondés sur l'ancien Code civil<sup>6</sup> ou le livre 6 du Code civil récemment adopté (I) et à la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (II), les spécificités du produit administré – qui est un produit pharmaceutique – et de l'acte d'administration – qui est un acte de soins de santé – invitent à envisager un accès au Fonds des Accidents Médicaux (III, A). Si la vaccination devait, par ailleurs, être rendue obligatoire par voie réglementaire, une action en indemnité devant le Conseil d'État pourrait également être envisagée (III, B).

## I. La responsabilité pour faute

**3. Introduction.** Le droit commun de la responsabilité extracontractuelle<sup>7</sup> pour faute<sup>8</sup> constitue une première voie d'action à laquelle il convient de songer. Assurant, en cas de succès, une réparation intégrale des dommages, ce fondement légal peut permettre d'engager la responsabilité de tout acteur ayant contribué à la mise à disposition des vaccins, depuis leur développement jusqu'à leur administration effective aux patients.

### A) La responsabilité des autorités publiques

**4. Introduction.** Aucun vaccin ne peut être mis sur le marché d'un État membre de l'Union européenne sans qu'une autorisation de mise sur le marché (ci-après, « AMM ») n'ait été préalablement délivrée par l'autorité compétente de cet État membre ou par l'Agence européenne des médicaments<sup>9</sup>. Dans ce processus de mise sur le marché, les autorités publiques nationales et/ou européennes jouent donc un rôle actif en procédant au contrôle des vaccins, dont la commercialisation suppose une vigilance accrue et constante, tant en amont qu'en aval, par un système de pharmacovigilance.

6 Une proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/1) a été adoptée le 1<sup>er</sup> février 2024 par la Chambre des représentants. Au moment de rédiger la présente contribution, cette loi n'a pas encore été publiée au *Moniteur belge*.

7 Le fondement contractuel aurait aussi pu être envisagé en présence d'un contrat entre la victime et la personne qui administre le vaccin ou l'établissement de vaccination. On exclura cependant d'emblée les régimes liés à la vente et au contrat d'entreprise, non pertinents en raison de la gratuité qui fut de mise lors de l'administration des vaccins contre la Covid-19.

8 Bien que nous n'y consacrons pas de développements spécifiques, un recours aux régimes particuliers de la responsabilité du fait des choses (art. 1384, al. 1<sup>er</sup>, anc. C. civ. et 6.16 C. civ.) et du fait d'autrui (art. 1384, al. 3, anc. C. civ. et 6.14 C. civ.) n'est pas davantage exclu sur le principe.

9 Voy. l'article 6.1 de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (*J.O.* du 28 novembre 2001) et l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments (*M.B.*, 17 avril 1964).

**5. Les principes.** Si les autorités européennes ont été responsables de la procédure centralisée<sup>10</sup> d'AMM – qui est une autorisation conditionnelle<sup>11</sup> (ci-après, « AMC ») –, ainsi que de la passation des marchés et de la conclusion des contrats d'achat anticipé des vaccins autorisés – ce qui peut justifier la mise en cause de leur propre responsabilité<sup>12</sup> –, les États membres<sup>13</sup> ont conservé la responsabilité de l'acquisition effective des vaccins, du processus allant de leur livraison à leur administration durant les campagnes nationales, ainsi que de la définition des stratégies de vaccination et de l'élaboration des recommandations destinées aux professionnels de soins<sup>14</sup>. Face à l'apparition de risques graves relatifs à certains vaccins, les États membres ont, en outre, individuellement assumé la décision de maintenir ou non leur disponibilité au sein des centres de vaccination<sup>15</sup>.

Depuis l'arrêt *La Flandria* rendu par la Cour de cassation de Belgique le 5 novembre 1920<sup>16</sup>, il est acquis que l'État, dans l'exercice de toutes ses prérogatives, ainsi que les entités publiques qu'il institue, ne jouissent d'aucune

10 Procédure régie par le règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments (*J.O.*, L 136 du 30 avril 2004, pp. 1-33). Cette procédure est obligatoire en vue de l'octroi d'une AMM conditionnelle, comme ce fut le cas pour les vaccins contre la Covid-19.

11 Le règlement n° 726/2004 précité prévoit la possibilité de délivrer une AMC qui est annuellement renouvelable. Ce type d'AMM est délivré pour la commercialisation de médicaments « destinés à être utilisés dans des situations d'urgence en réponse à des menaces pour la santé publique dûment reconnues soit par l'Organisation mondiale de la santé soit par la Communauté dans le cadre de la décision n° 2119/98/CE » (cons. 2 du règlement n° 507/2006, *J.O.*, L 92 du 30 mars 1996, pp. 6-9).

12 Une action en responsabilité pourrait ainsi être introduite devant la Cour de justice à l'encontre de l'Union européenne, pour le fait de la Commission européenne, sur la base de l'article 340, alinéa 2, du TFUE, voire directement à l'encontre de l'Agence européenne des médicaments, sur la base de l'article 60, paragraphe 2, du règlement n° 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une agence européenne pour l'évaluation des médicaments (*J.O.*, L 214 du 24 août 1993, pp. 1-21). C'est, en effet, la Commission européenne qui a délivré les AMC relatives aux vaccins administrés en Belgique après avoir recueilli l'avis favorable de l'Agence, spécifiquement de son *Committee for Medicinal Products for Human Use* (CHMP). À cet effet, il conviendra toutefois, dans ce cadre, et dès lors qu'une marge d'appréciation existait dans le chef de ces institutions, d'établir une violation « suffisamment caractérisée » d'une règle supérieure de droit protégeant les intérêts des particuliers (C.J.C.E., arrêt du 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schoppenstedt*, aff. 5/71, *Rec.*, 1971, p. 975 ; C.J.C.E., arrêt du 4 juillet 2000, *Bergaderm*, aff. C-352/98, *Rec.*, 2000, p. I-5291, spéc. pts 39-44 ; C.J.C.E., arrêt du 21 janvier 1999, *Upjohn c. The Licensing Authority*, aff. C-120/97, *Rec.*, 1999, p. I-223).

13 Pour la Belgique, l'État fédéral en collaboration avec les entités fédérées.

14 En Belgique, c'est le Conseil supérieur de la santé, organe d'avis du Service public fédéral de la Santé publique, qui s'est chargé de la formulation des recommandations. La stratégie vaccinale a, quant à elle, été arrêtée par la « Taskforce opérationnalisation de la Stratégie de vaccination » instituée au sein du Commissariat Corona du Gouvernement fédéral.

15 Comme ce fut le cas, par exemple, du vaccin AstraZeneca dont l'administration a été suspendue dans certains pays (Italie, Danemark) et non dans d'autres (Belgique, France).

16 Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193.

immunité civile et restent soumis au droit commun de la responsabilité, en ce compris le respect de la norme générale de prudence<sup>17 18</sup>.

L'arrêt *Houben*, rendu par cette même juridiction le 26 avril 1963<sup>19</sup> dans le cadre d'une vaccination antivariolique, à l'époque obligatoire<sup>20</sup>, manifeste combien il est toutefois délicat de rencontrer les exigences probatoires de la responsabilité civile dans de telles circonstances. Si, théoriquement, une faute peut être retenue lorsqu'il est établi que toutes les précautions qui s'imposaient dans le contexte particulier au moment de la vaccination n'ont pas été prises, la Cour observe, notamment, que « la circonstance que la mesure ordonnée peut, dans quelques cas qui ne sauraient, en l'état actuel de la science médicale, être décelés avant la vaccination, entraîner des conséquences gravement dommageables, n'oblige pas nécessairement l'Exécutif à s'abstenir d'imposer cette mesure, si l'intérêt général recommande qu'elle soit prescrite ». Elle ajoute également que la mise en évidence de risques liés à la vaccination ne suffit pas *en soi* à établir « que le pouvoir exécutif a commis une faute en prescrivant cette mesure après avis du Conseil supérieur d'hygiène publique »<sup>21</sup>.

**6. Les difficultés.** La preuve de la faute de l'autorité publique sera d'autant plus délicate à rapporter dans le contexte d'urgence mondiale et d'incertitude scientifique que nous avons connu, du moins lors des premières mises sur le marché des vaccins et du lancement des campagnes nationales de vaccination. Ce contexte jouera nécessairement par effet d'assouplissement sur l'appréciation d'une éventuelle faute des pouvoirs publics, d'autant que la démarche de l'État belge fut aussi celle de bien d'autres pays, ce qui influencera les contours du comportement qui pouvait être attendu d'une autorité publique normalement prudente et diligente. Pour autant, toute faute ne doit

17 En matière de vaccination : Cass., 26 avril 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 905 et *R.C.J.B.*, 1963, pp. 116 et s., note J. DABIN. La Cour confirme également que les cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire sont compétents pour connaître de la légalité des ordres de vaccination et, dès lors, pour apprécier leur conformité à l'article 1382 de l'ancien Code civil.

18 La faute de l'État pourrait naturellement aussi résulter d'un manquement à une norme formulée. On a notamment reproché à l'État belge d'avoir dérogé à l'obligation de prescription médicale qui eut dû précéder l'administration des vaccins (I. LUTTE, « Vaccination, risque et responsabilités », *op. cit.*, p. 184). Reste que l'État pourrait, en ce cas, avec des chances raisonnables de succès, invoquer l'état de nécessité lié à la situation de pandémie (*ibid.* ; *contra* : E. VAN DEN HAUTE, « Responsabilités et vaccination obligatoire », in A. JANSEN (COORD.), *La vaccination contre la COVID-19 obligatoire en Belgique ?*, Limal, Anthemis, 2022, p. 87).

19 Cass., 26 avril 1963, préc.

20 La Haute juridiction avait à connaître d'un pourvoi introduit contre un arrêt de la cour d'appel de Liège ayant retenu la responsabilité de l'État pour dommage subi par une jeune fille atteinte d'une paralysie et de troubles mentaux graves par suite d'une vaccination antivariolique.

21 On notera qu'était aussi contestée la « nécessité » de l'ordre de vaccination, vu l'éradication de la variole. La Cour de cassation estime que, pour légalement retenir l'existence d'une faute, il revenait à la cour d'appel d'apprécier « si l'une des causes de cette disparition n'était pas la mesure ordonnée [...], ni si cette disparition devait être tenue pour définitive ».

pas être d'emblée exclue ; l'appréciation devra avoir lieu en considérant l'acte reproché et le contexte existant au moment de son adoption, et l'on sait combien celui-ci a évolué depuis les premières mises sur le marché.

Des difficultés probatoires<sup>22</sup> émergeront également lorsqu'il s'agira d'établir un lien causal certain entre la faute reprochée à l'autorité et le dommage invoqué par la victime – condition qui, en l'état du droit belge, se détermine en appliquant la théorie de l'équivalence des conditions. Bien qu'il s'agisse ici d'une certitude judiciaire, et non scientifique, le caractère certain du lien entre l'acte de l'État et le dommage est toujours une question délicate.

S'y ajoutent, enfin, toutes les difficultés traditionnellement associées aux procédures judiciaires, lentes et onéreuses, ainsi que la contrainte, certaine en ce domaine, liée au respect des délais de prescription de l'action en réparation<sup>23</sup>.

## **B) La responsabilité des autres acteurs de la chaîne de la mise en circulation des vaccins**

**7. Introduction.** Le recours aux articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil peut également s'envisager à l'encontre d'autres acteurs, spécialement les nombreux intervenants dans la chaîne de conception, de fabrication, de transport et de distribution des vaccins, mais également à l'encontre des centres de vaccination ou des prescripteurs et « administrateurs » du vaccin, selon la « localisation » du fait dommageable.

**8. La responsabilité des firmes pharmaceutiques.** La responsabilité des firmes pharmaceutiques ayant développé les vaccins contre la Covid-19, et titulaires de l'AMM, est sans doute la première à laquelle on songe. Les conditions de leur responsabilité ne sont pas différentes de celles que nous avons exposées concernant l'autorité publique, et les difficultés probatoires déjà identifiées se présenteront avec la même acuité. La voie semble donc, ici également, incertaine pour les victimes. Conscientes du risque de responsabilité associé à l'administration de leurs vaccins, ces firmes pharmaceutiques ont par ailleurs cherché à en minimiser les conséquences financières en insérant des clauses de garantie dans les contrats d'achat anticipé conclus avec la Commission européenne. Par ce mécanisme, quoiqu'inopposable aux victimes, les firmes pharmaceutiques sont assurées que les éventuelles dettes de responsabilité seront *in fine* supportées par les États membres.

<sup>22</sup> La victime supporte la charge de la preuve conformément aux articles 870 du Code judiciaire et 8.4, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil. Le 5<sup>e</sup> alinéa de cette disposition tolère toutefois, sous des conditions strictes, que le juge opère un déplacement de la charge de la preuve lorsque l'application des principes « serait manifestement déraisonnable ».

<sup>23</sup> Art. 2262*bis* anc. C. civ.

**9. La responsabilité des établissements et du personnel de soins**<sup>24</sup>. La responsabilité des établissements et du personnel de soins répond également aux exigences du droit commun. La faute pourra ainsi être constituée par un manquement à la norme générale de prudence, s'il est établi que la personne ne s'est pas comportée comme l'aurait fait un professionnel de soins de la même catégorie normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu. La faute pourrait également résulter d'un manquement à une obligation légale, spécialement l'une de celles que renferme la loi relative aux droits du patient<sup>25</sup>. La preuve d'un lien causal entre le fait générateur et le dommage effectivement subi devra toutefois également être rapportée.

Au vu du contexte, la preuve des conditions de la responsabilité civile restera extrêmement délicate<sup>26</sup>, hormis certaines situations, que l'on peut espérer exceptionnelles, comme celles d'une faute technique liée à des conditions d'entreposage et de chaîne du froid inadéquates, à un étiquetage ou un dosage erroné, de l'absence de toute recherche des contre-indications devant être prises en considération, ou encore d'un manquement aux règles d'hygiène, d'un non-respect de l'obligation de formation pour les pharmaciens habilités à prescrire et administrer les vaccins, etc.<sup>27</sup> – sous réserve, dans ces situations, comme pour les autres, d'établir un lien de causalité entre l'acte dommageable et le préjudice invoqué par la victime.

## II. La responsabilité du fait des produits défectueux

**10. Les principes.** La loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>28</sup>, qui a assuré la transposition de la directive 85/374/CEE<sup>29</sup>, constitue une autre voie d'action pertinente. Cette loi permet, indépendamment de tout accord contraire<sup>30</sup>, la mise en cause, par toute « personne lésée »<sup>31</sup>, de la responsabilité (sans faute) du producteur – soit, en

24 Par crainte de manquer de personnel soignant, le cercle des professionnels des soins habilités à prescrire ou à administrer les vaccins contre la Covid-19 a été étendu. Le législateur a en effet autorisé, moyennant le respect de conditions strictes, des personnes non légalement qualifiées (sage-femmes, kinésithérapeutes, étudiants, pharmaciens, etc.) à administrer les vaccins.

25 Loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, préc.

26 À supposer qu'il soit possible d'identifier le personnel auteur de la vaccination.

27 I. LUTTE, « Vaccination, risque et responsabilités », *op. cit.*, pp. 191 et 196.

28 *M.B.*, 22 mars 1991. La proposition de loi portant insertion du livre 6 du Code civil intègre, sans modification de fond, le texte de la loi du 25 février 1991 aux articles 6.41 à 6.55, cette dernière loi étant abrogée.

29 Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *J.O.U.E.*, L 210 du 7 août 1985, p. 29. Voy. la proposition de nouvelle directive présentée par la Commission européenne le 28 septembre 2022 (COM(2022) 495).

30 Art. 10, § 1<sup>er</sup>, de la loi. En l'espèce, les clauses de garantie (voy. *supra*, n° 8), bien que valables entre ceux qui les ont souscrites, sous réserve des règles propres qui leur sont applicables, sont inopposables aux victimes. Voy. aussi D. VERHOEVEN, « Coronavaccin: beperking productaansprakelijkheid is geen fictie », *Juristenkrant*, 23 septembre 2020, p. 16.

31 Art. 7 de la loi.

l'espèce, le titulaire de l'AMM du vaccin et/ou les fabricants des composantes et matières premières. S'y ajoute, le cas échéant et à titre concurrent, la responsabilité de l'importateur professionnel s'agissant des produits importés sur le territoire de l'Union européenne. Le fournisseur – comme l'est, par exemple, un centre de vaccination – peut, quant à lui, être assigné dans l'éventualité où l'identité du producteur et/ou de l'importateur n'est pas connue<sup>32</sup>. En cas de pluralité de responsables, un régime de solidarité s'applique<sup>33</sup>.

De prime abord, cette voie apparaît comme la plus pertinente – en termes de cohérence avec la *ratio legis* des textes qui l'instituent – et la plus prometteuse dans ses effets – en ce qu'elle permet une réparation intégrale des dommages résultant d'une atteinte à l'intégrité physique et peut, de surcroît, être mobilisée dans le cadre d'une action en réparation collective<sup>34</sup>. Toutefois, les difficultés probatoires inhérentes à sa mise en œuvre et l'influence qu'exercera nécessairement, ici également, le contexte exceptionnel imposé par la pandémie de Covid-19 risquent de rendre sa mise en œuvre incertaine pour les victimes.

## A) Les conditions de mise en œuvre du régime

**11. Introduction.** Le recours au régime de la responsabilité du fait des produits défectueux est conditionné à la démonstration, par la personne lésée<sup>35</sup>, de trois conditions cumulatives : l'existence d'un défaut du vaccin<sup>36</sup>, d'un dommage et d'un lien de causalité entre le défaut du vaccin et le dommage. Comme nous le verrons ci-après, le régime n'exige toutefois ni la preuve technique d'un défaut intrinsèque, ni celle d'un lien de causalité scientifiquement établi. Les conditions liées à l'existence d'un défaut et d'un lien de causalité peuvent, en outre, être établies en recourant à des présomptions.

**12. Le défaut du vaccin.** Au sens de l'article 5 de la loi, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la *sécurité* à laquelle *on*<sup>37</sup> peut *légitimement*<sup>38</sup> s'attendre *compte tenu* de toutes les circonstances de l'espèce et, notamment, de

32 Art. 1<sup>er</sup>, 3 et 4, de la loi. Le fournisseur garde la possibilité d'échapper à sa responsabilité en déclarant, dans un délai raisonnable, l'identité de son propre fournisseur (C.J.U.E., 2 décembre 2009, *Aventis Pasteur*, aff. C-358/08). La mise en cause de sa responsabilité est peu probable dans le présent contexte puisque l'identité des firmes pharmaceutiques est connue.

33 Art. 9 de la loi. Le régime sera celui prescrit par les articles 5.160 à 5.165 du Code civil.

34 Voy. art. XVII.37 C.D.E.

35 Art. 4 de la directive ; art. 7 de la loi, joint aux art. 860 C. jud. et 8.4 C. civ.

36 La victime n'est, en revanche, tenue d'établir ni l'origine du défaut ni l'existence du défaut au moment de la mise en circulation du produit. Voy. exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1262/1, p. 12.

37 L'usage du pronom « on » manifeste la volonté de s'en référer aux attentes du public en général (sous réserve de ce que nous dirons *infra*) : D. VERHOEVEN, « Potentiële gebreken in serie-producten: hoe verreiken het gebrekkigheidsvereiste en het schadevereiste uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid? », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 51.

38 Voy. V. RONNEAU, « Le défaut d'un produit de santé : quand la notice fait polémique », *Rev. dr. santé*, 2020, p. 111, n° 15.

la présentation du produit<sup>39</sup>, de son usage normal ou prévisible, ou encore du moment auquel il a été mis en circulation<sup>40</sup>. L'appréciation du défaut requiert ainsi la conviction que le vaccin présentait un danger *anormal* eu égard au contexte existant au moment de sa mise en circulation et aux attentes légitimes que le public a pu nourrir à son égard *à ce moment*.

La définition du défaut est donc avant tout fonctionnelle, même s'il n'est pas exclu que celui-ci soit intrinsèque<sup>41</sup> : le défaut s'apprécie en ayant exclusivement égard aux attentes raisonnables – « particulièrement élevées »<sup>42</sup> en ce domaine – qu'ont pu avoir les patients appelés à la vaccination (et au moment de celle-ci). Selon la Cour de justice<sup>43</sup>, la réalité du défaut peut être établie s'il apparaît que ces attentes ont été trompées par la réalisation de risques anormaux et graves<sup>44</sup> en considérant les informations connues à ce moment. Toutes les circonstances de fait pertinentes exerceront ici une influence, comme le moment de la vaccination (nature de l'AMM délivrée, conditionnelle ou non, état des informations diffusées, etc.), le « public » particulier dont relève la personne lésée, la rareté et/ou gravité des troubles dont elle a souffert, etc. Dans ces circonstances, la constatation d'un défaut ne nous semble pas exclue. Le producteur gardera toutefois la possibilité d'invoquer l'exonération liée au

39 À propos de cet élément, voy. C. DELFORGE, « Médicaments dangereux : *qui* est responsable de *quels* défauts ? », *Cons. Man.*, 2014/2, n° 14 ; I. LUTTE, « Vaccination, risque et responsabilités », *op. cit.*, p. 169 ; D. VERHOEVEN, « Coronavaccin: beperking productaansprakelijkheid is geen fictie », *op. cit.*, p. 16 ; V. RONNEAU, « Le défaut d'un produit de santé : quand la notice fait polémique », *op. cit.*, pp. 112 et s. ; D. VERHOEVEN, « Informatie als een product in de zin van de Richtlijn Productaansprakelijkheid? », *D.C.C.R.*, 2022, n° 134, pp. 3-17.

40 Voy. exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1262/1, p. 13 (si « on avait, à l'époque [de la mise en circulation du produit], accepté la propriété nocive comme un risque général et inévitable, le produit n'était pas défectueux et la responsabilité du producteur n'est pas engagée »).

41 Cons. le raisonnement de la cour d'appel de Liège qui, dans une décision du 9 octobre 2014 (*R.G.A.R.*, 2015/2, n° 15153), estime qu'une victime ne rapporte pas la preuve du défaut – devant, selon la juridiction, être appréciée de façon distincte du lien de causalité – au motif que les études scientifiques disponibles ne renferment aucune évocation d'un risque de développement de l'affection neurologique dont elle se prévaut et que le diagnostic de la maladie et son étiologie n'ont pas pu être posés.

42 C.J.U.E., 5 mars 2015, aff. C-503/13 et C-504/13, *J.O.*, 4 avril 2015 (défibrillateurs et stimulateurs cardiaques), qui admet de réduire le cercle du public dont il convient d'apprécier les attentes (pt 38) et valide une interprétation qui rehausse ces attentes (pt 39). Voy. aussi C.J.U.E., 21 juin 2017, arrêt *Sanofi Pasteur*, aff. C-621/15 (selon lequel, s'agissant d'un vaccin contre l'hépatite B, on peut « légitimement s'attendre à un degré élevé de sécurité »). Cons. aussi Cass., 26 septembre 2003, *R.W.*, 2004-2005, p. 22, note B. WEYTS (arc dentaire).

43 C.J.U.E., 21 juin 2017, aff. C-621/15, préc.

44 En droit belge, voy. Civ. Arlon, 23 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006/27, p. 1205, selon qui l'apparition d'un risque « excessif » – en raison de sa gravité et de sa fréquence – avec les bénéfices escomptés permet de conclure à un défaut. Voy. aussi C.J.U.E., 21 juin 2017, aff. C-621/15, préc. (premiers troubles d'une sclérose en plaques à la suite de l'administration d'une 3<sup>e</sup> dose d'un vaccin contre l'hépatite B) : la Cour de justice n'invalide pas, à notre sens, une telle lecture et, surtout, rend manifeste le lien très étroit qui peut exister en ce domaine, sur le plan probatoire, entre les trois conditions de la responsabilité. L'arrêt n'exclut pas que l'anormalité et la gravité du dommage *puissent* constituer des indices, parmi d'autres, permettant de présumer réfragablement le défaut.

« risque de développement »<sup>45</sup>, qui lui permet, non pas de contester l'existence du défaut, mais bien la connaissance qu'il a pu en avoir.

On notera encore que, selon la Cour de justice<sup>46</sup>, la preuve du défaut d'un produit de santé peut être rapportée alors même qu'elle n'est pas établie en ce qui concerne le produit *particulier* auquel on l'impute si – et seulement si – il est *avéré* que d'autres produits relevant de la *même série* présentent un défaut, ce constat atteignant nécessairement les attentes qui peuvent être raisonnablement nourries en termes de sécurité.

**13. Le lien de causalité entre le défaut du vaccin et le dommage.** Dans le silence de la directive-cadre, la causalité se détermine, en droit belge, conformément à la théorie de l'équivalence des conditions. Le producteur ne sera donc responsable qu'à la condition qu'il soit établi avec un degré suffisant de certitude que si le vaccin n'avait pas été affecté d'un défaut, le dommage ne se serait pas réalisé, tel qu'il s'est réalisé *in concreto*.

Quant à la preuve du lien causal, dont la charge repose sur la personne lésée<sup>47</sup>, la Cour de justice a apporté de judicieux éclairages dans son arrêt *Sanofi Pasteur* du 21 juin 2017<sup>48</sup>. Elle confirme que sa réalité (judiciaire et non scientifique) peut être établie à partir de la conjonction d'indices graves, précis et concordants – tels que la proximité temporelle entre la vaccination et l'apparition des premiers troubles, l'absence d'antécédents personnels et familiaux, le constat d'un nombre significatif de cas comparables recensés, etc.<sup>49</sup> – dès lors qu'ils ont forgé la conviction du juge<sup>50</sup> au terme d'un débat contradictoire<sup>51</sup>. Selon la Cour, en effet, la victime peut, « nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie », prouver ce lien causal en recourant à des présomptions, sous réserve du respect de la notion de causalité, des exigences relatives à la charge de la preuve et du principe du contradictoire – lequel justifie que la présomption demeure réfragable<sup>52</sup>. La directive ne s'oppose ainsi pas à un régime probatoire qui

45 *Voy. infra*, n° 15.

46 C.J.U.E., 5 mars 2015, aff. C-503/13 et C-504/13, préc.

47 Art. 4 de la directive et art. 7 de la loi.

48 C.J.U.E., 21 juin 2017, aff. C-621/15, préc.

49 Cités au point 41 de l'arrêt. Cons., en Belgique, Liège (20<sup>e</sup> ch.), 9 octobre 2014, *R.G.A.R.*, 2015/2, n° 15153, censurant Civ. Arlon (3<sup>e</sup> ch.), 23 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006/27, p. 1205, qui refuse de retenir la responsabilité du producteur, dans une affaire concernant un travailleur qui, par suite d'une vaccination anti-hépatique imposée par son employeur, a développé une affection neurologique grave. Selon la cour, la concordance temporelle et l'absence d'antécédents neurologiques ne peuvent, à *eux seuls*, constituer des présomptions suffisantes établissant que la pathologie présentée était bien la conséquence d'un défaut. À suivre la cour, si la maladie résultait bien de la vaccination, elle ne provenait pas nécessairement d'un manque de sécurité du vaccin, mais pouvait s'expliquer par des facteurs personnels (réceptivité propre de la victime ou autres facteurs dont les experts n'avaient pu dresser une liste exhaustive).

50 C.J.U.E., 21 juin 2017, *N. W.*, aff. C-621/15 et concl. av. gén. BOBEK présentées le 7 mars 2017.

51 *Ibid.*, pt 37.

52 *Ibid.*, pt 52.

« n'exige pas de la victime qu'elle produise, en toutes circonstances, des preuves certaines et irréfutables de l'existence du défaut du produit et de celle du lien causal »<sup>53</sup>. Surtout, selon la Cour, il n'est pas contraire à la directive que de tels « indices amènent le juge à considérer, d'une part, que l'administration du vaccin constitue l'explication *la plus plausible* de la survenance de la maladie et, d'autre part, que ledit vaccin n'offre dès lors pas [...] la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances, en ce qu'il occasionne un dommage anormal et particulièrement grave au patient qui, s'agissant d'un produit de cette nature et eu égard à la fonction de celui-ci, peut, en effet, légitimement s'attendre à un degré élevé de sécurité »<sup>54</sup>. Le principe d'effectivité<sup>55</sup> des protections accordées par le droit européen dicte, en effet, selon la Haute juridiction, que les règles procédurales ne rendent pas excessivement difficile ou impossible l'exercice des droits conférés aux victimes, outre qu'il convient de respecter les visées d'une juste « répartition des risques »<sup>56</sup> et d'une protection de « la sécurité et la santé des consommateurs »<sup>57</sup>. On comprend donc que la causalité qu'il revient à la victime d'établir est une causalité juridique, et non scientifique, et que la responsabilité d'un producteur peut être engagée alors même qu'il n'est pas (scientifiquement) certain, mais (juridiquement) hautement vraisemblable – « l'explication la plus plausible »<sup>58</sup> –, que le vaccin présente un défaut ayant causé le dommage.

**14. Les limitations temporelles dans la mise en œuvre du régime.** Des limites temporelles s'imposent toutefois à l'action des victimes. En effet, comme l'article 10 de la directive, l'article 12 de la loi fait coexister un *délai de prescription* de trois ans à dater de la connaissance des éléments fondant la responsabilité avec un *délai de déchéance* de dix ans à dater de la mise en circulation du produit<sup>59</sup>. Ces exigences pourront constituer de véritables obstacles à une réparation effective si les vaccins anti-Covid administrés devaient présenter des effets latents.

## B) Les possibilités d'exonération du producteur

**15. Le « risque de développement »<sup>60</sup>.** En vertu de l'article 8, *e*, de la loi, qui résulte d'une volonté délibérée du législateur belge lors de la transposition

53 *Ibid.*, pt 29.

54 *Ibid.*, pt 41. Nous soulignons.

55 C.J.U.E., 10 juin 2003, C-276/01, *Rec.*, 2003, p. I-03735, pt 60.

56 *Ibid.*, pt 32, citant C.J.U.E., 5 mars 2015, *Boston Scientific Medizintechnik*, aff. C-503/13 et C-504/13, préc., pt 42.

57 *Ibid.*, pt 32, citant C.J.U.E., 5 mars 2015, préc., pt 47.

58 C.J.U.E., 21 juin 2017, aff. C-621/15, préc.

59 La seule cause d'interruption admise concernant le deuxième délai est l'introduction d'une action en justice (C.J.C.E., 2 décembre 2009, *Aventis Pasteur*, aff. C-358/08, spéc. pt 38), alors que le premier délai est susceptible d'interruption et de suspension conformément aux règles du droit commun.

60 Ce moyen de défense a été retenu essentiellement en ayant égard aux entreprises pharmaceutiques : voy. projet de loi relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1989-1990, n° 1262/1, p. 18.

de la directive-cadre<sup>61</sup>, un producteur peut échapper à sa responsabilité s'il établit que « l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du [vaccin] ne permettait pas de déceler l'existence du défaut ».

Comme l'a souligné la Cour de justice<sup>62</sup>, cette exonération ne pourra être utilement invoquée qu'en présence d'une impossibilité absolue<sup>63</sup>. Ce n'est donc pas l'état des connaissances du producteur mis en cause qui est déterminant, mais bien l'état *objectif*<sup>64</sup>, à leur « niveau le plus avancé », des connaissances scientifiques et techniques *accessibles*<sup>65</sup> au moment de la mise en circulation du vaccin<sup>66</sup> <sup>67</sup>. La portée de cette cause d'exonération semble, par ailleurs, se restreindre : selon certains<sup>68</sup>, auxquels nous nous joignons, dès lors que la littérature, même de façon isolée, a mis en évidence certains risques identifiés, il devient plus hasardeux pour le producteur de pouvoir invoquer utilement cette cause d'exonération. On gardera toutefois à l'esprit la particularité du cadre de la mise en circulation des vaccins contre la Covid-19, soumis à des AMC, ce qui implique que l'AMM a été délivrée « [d]ans des circonstances exceptionnelles », alors qu'il était établi que la firme pharmaceutique n'était « pas en mesure [...] de fournir des informations complètes sur l'efficacité et la sécurité du médicament dans des conditions normales d'utilisation »<sup>69</sup>. Eu égard à ce qui précède, il nous semble que les firmes pharmaceutiques devraient pouvoir mobiliser la cause d'exonération, à tout le moins s'agissant des vaccins administrés lors des premières campagnes de vaccination. L'état des connaissances scientifiques évoluant avec le temps, la pertinence d'un tel moyen de défense devra être appréciée en se plaçant au moment de la mise sur le marché du lot dont relève le vaccin prétendument défectueux.

61 L'article 15 de la directive laissait en effet aux États membres le choix de l'exclure.

62 C.J.C.E., 29 mai 1997, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-300/95, *Rec.*, 1997, p. I-2649. Suivant cet enseignement, voy. Cass., 6 avril 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 188.

63 Voy. aussi projet de loi relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1262/1, p. 18 et Civ. Namur, 21 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 106.

64 C.J.C.E., 29 mai 1997, préc., pt 27.

65 *Ibid.*, pt 28.

66 *Ibid.*, pt 26.

67 Voy. Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 10 février 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1193 (troubles de l'audition consécutifs à la prise du Zitromax® ; refus de l'exonération au motif que la notice à destination du corps médical mentionnait le risque).

68 Conclusions de l'avocat général Tesouro présentées le 23 janvier 1997, *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-300/95, *Rec.*, 1997, p. I-02649, pt 22. Cons. aussi E. LEMAIRE, « La responsabilité des producteurs de vaccins contre la COVID-19 : regards de droit anglais », *Les Cahiers Louis Josserand*, disponible à l'adresse : <https://repository.essex.ac.uk/32373/1/La%20responsabilite%20des%20producteurs%20de%20vaccins%20contre%20la%20Covid-19%20en%20droit%20anglais.pdf> (consulté le 23 mai 2024).

69 Art. 6, § 1<sup>er septies</sup>, de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments à usage humain (*M.B.*, 17 avril 1964). Voy. aussi, à ce sujet, I. LUTTE, « Vaccination, risque et responsabilités », *op. cit.*, pp. 181-182.

### III. Les régimes de solidarité

**16. Introduction.** Au-delà des régimes de responsabilité, peuvent encore intervenir certains dispositifs « généraux » de solidarité nationale (assurance maladie-invalidité<sup>70</sup>, législation sur les accidents du travail<sup>71</sup>, régime des maladies professionnelles s'agissant du personnel soignant<sup>72</sup>, etc.). Nous ne les aborderons pas dans le cadre de ce rapport, mais une place doit toutefois être laissée à deux voies particulières plus en lien avec notre propos : l'intervention du Fonds des accidents médicaux (ci-après, le « FAM ») (A) et le contentieux de l'indemnité ouvert devant le Conseil d'État (B).

#### A) L'intervention du Fonds des accidents médicaux en présence d'un accident « sans responsabilité »

**17. Introduction.** Sur la base d'une compétence générale prenant appui sur une loi du 31 mars 2010<sup>73</sup>, le FAM<sup>74</sup> peut intervenir pour indemniser certaines conséquences dommageables d'un accident médical « sans responsabilité »<sup>75</sup>, c'est-à-dire d'un accident qui est « lié à une prestation de soins, qui n'engage pas la responsabilité d'un prestataire de soins, qui ne résulte pas de l'état du patient et qui entraîne pour le patient un dommage anormal »<sup>76</sup>.

Tout patient est admis à saisir le FAM d'une demande d'indemnisation lorsque son dommage résulte d'une « prestation de soins de santé »<sup>77</sup> effectuée en Belgique par un prestataire de soins, quels que soient la nationalité et le lieu de résidence du patient. À cet égard, la causalité doit, comme en droit commun de la responsabilité, être certaine, sans pour autant qu'une certitude scientifique ne soit requise ; un haut degré de probabilité suffit<sup>78</sup>.

70 Loi du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnée le 14 juillet 1994, *M.B.*, 27 août 1994.

71 Loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, *M.B.*, 24 avril 1971 ; loi du 3 juillet 1967 sur la prévention ou la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public, *M.B.*, 10 août 1967.

72 Lois coordonnées du 3 juin 1970 relatives à la prévention des maladies professionnelles et à la réparation des dommages résultant de celles-ci, *M.B.*, 27 août 1970.

73 Loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, *M.B.*, 2 avril 2010, laquelle a abrogé deux lois mortes-nées du 15 mai 2007.

74 Le FAM est une branche de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI) dont les compétences sont comparables à celles dévolues à l'ONIAM en France.

75 Le FAM est également compétent pour connaître des accidents « avec responsabilité » : un patient peut le saisir et le laisser diligenter la procédure en vue de la réparation, mais, par principe, le régime applicable est celui du droit commun (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 3 et s.) et, sous réserve de rares exceptions, ce n'est pas le FAM qui indemniserait lui-même le patient victime.

76 Art. 2, 7<sup>o</sup>, de la loi.

77 L'article 2, 4<sup>o</sup>, de la loi les définit comme les « services dispensés par un prestataire de soins en vue de promouvoir, de déterminer, de conserver, de restaurer ou d'améliorer l'état de santé du patient ou de l'accompagner en fin de vie ».

78 Il suffit, à cet égard, que la prestation de soins de santé ait eu « un impact [...] sur la survenance, l'évolution ou l'ampleur du dommage » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n<sup>os</sup> 2240 et 2241, p. 23).

Le recours au FAM pour la réparation des dommages résultant d'une prescription non fautive de médicaments – dont les vaccins – ne va cependant pas de soi<sup>79</sup>. Lors des travaux préparatoires de la loi du 31 mars 2010, le ministre des Affaires sociales et de la Santé publique avait en effet affirmé qu'une intervention financière du Fonds devait être exclue lorsque le dommage était causé par un produit défectueux, le régime de la loi du 25 février 1991 étant en ce cas exclusivement applicable<sup>80</sup>. Cette hésitation rend utile une intervention législative afin de confirmer expressément la compétence du FAM dans le cadre des accidents sans responsabilité liés à une vaccination. Une telle intervention nous paraît nécessaire dès lors que l'acte vaccinal présente la spécificité, par rapport à la prescription d'un médicament ou à l'utilisation de matériel médical défectueux, de constituer *en lui-même* un acte « direct »<sup>81</sup> – unique et instantané – de soins de nature préventive<sup>82</sup>. Le dommage du patient « résulte » donc bien d'une prestation de soins de santé, et y « trouve sa cause », en ce compris quand il n'engage pas en lui-même la responsabilité d'un prestataire de soins (art. 2, 6° et 7° combinés).

**18. Un dommage grave et anormal.** Le dommage n'est réparable que sous la double condition qu'il atteigne l'un des seuils de gravité fixés par la loi<sup>83</sup> et soit jugé « anormal » en ce sens qu'il « n'aurait pas dû se produire compte tenu de l'état actuel de la science, de l'état du patient et de son évolution objectivement prévisible » (art. 2, 7°). Ces exigences conduisent à considérer que les effets secondaires connus/prévisibles et mineurs liés à une vaccination contre la Covid-19 n'ouvriront pas à une indemnisation par le FAM.

**19. Les limitations temporelles à la mise en œuvre du régime.** Les demandes introduites auprès du FAM doivent lui être adressées dans un délai de 5 ans à partir du jour suivant celui où le patient a connaissance de son dommage, ou de son aggravation, et de « l'identité de la personne qui est à

79 S. LANGENAKEN, « La loi belge du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé : encore un effort... », *R.G.A.R.*, 2011/8, p. 140, n° 15 (qui y voit une lacune que devrait combler le législateur) ; G. SCHAMPS, « Le Fonds des accidents médicaux et l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé », *Rev. dr. santé*, 2014, 15.035/12, n°s 39 et s. ; C. DELFORGE, « La responsabilité du fait des produits de santé – Rapport belge », in X, *L'indemnisation des victimes d'actes médicaux en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 309 ; I. LUTTE, « Vaccination, risque et responsabilités », *op. cit.*, p. 197 ; E. VAN DEN HAUTE, « Responsabilités et vaccination obligatoire », *op. cit.*, p. 76.

80 Rapport du 26 février 2010 fait au nom de la Commission de la santé publique à propos du projet de loi du 12 novembre 2009 relatif à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 2240/006, pp. 87-88. Le ministre ajoutait que le FAM reste toutefois compétent pour instruire la demande. Voy. avis du FAM du 19 décembre 2017, n° 23, cité par I. LUTTE, « Vaccination, risque et responsabilités », *op. cit.*, pp. 153-154.

81 Dans ce sens, I. LUTTE, « Vaccination, risque et responsabilités », *op. cit.*, pp. 152-153.

82 *Ibid.*, qui ajoute que la vaccination est une prestation qui tombe « indiscutablement » dans le champ de la loi.

83 Soit, en vertu de l'article 5 de la loi, à titre alternatif, un décès, une invalidité permanente égale ou supérieure à 25 %, une incapacité temporaire de travail durant au moins 6 mois consécutifs ou non consécutifs mais sur une période de 12 mois ou lorsque « le dommage occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence du patient ».

l'origine du dommage », sans pouvoir excéder un délai de 20 ans à partir du jour suivant celui de l'acte de vaccination<sup>84</sup>.

## B) Le contentieux objectif de l'indemnité devant le Conseil d'État en cas de vaccination obligatoire<sup>85</sup>

**20. Introduction.** L'article 11 des lois coordonnées sur le Conseil d'État (ci-après, « LCCE ») régit le contentieux dit « objectif » de l'indemnité, ouvert à tout citoyen victime d'un dommage *exceptionnel* causé par un fait *régulier* d'une autorité publique. Ce fondement peut revêtir un intérêt en présence d'une obligation vaccinale<sup>86</sup>.

**21. Le champ de la compétence du Conseil d'État.** Les LCCE portent que le Conseil d'État n'est compétent que si aucune autre juridiction ne l'est – ce qui l'invite à apprécier *in concreto* si les tribunaux de l'Ordre judiciaire auraient pu faire droit à la demande de réparation<sup>87</sup>. La Haute juridiction administrative est, en effet, sans pouvoir pour connaître du contentieux de la responsabilité civile ; seul le fait *régulier* de l'*autorité publique* peut intégrer le champ de sa compétence sur la base de l'article 11 LCCE<sup>88</sup>.

**22. Les conditions de recevabilité de la demande.** Le dommage dont se prévaut la victime doit, tout d'abord, être imputable à un acte ou une omission d'une « autorité administrative », ce que serait un ordre de vaccination pris par la voie d'un arrêté d'exécution d'une loi, comme la loi sanitaire du 1<sup>er</sup> septembre 1945<sup>89</sup>. La recevabilité de la demande est, en outre, conditionnée au dépôt préalable d'une demande de réparation auprès de l'autorité qui

84 Art. 12, § 3, de la loi. Les règles de suspension et d'interruption du droit commun sont applicables (§ 4).

85 Le texte qui suit synthétise C. DELFORGE et M.-H. DE CALLATAÏ, « Le contentieux objectif de l'indemnité devant le Conseil d'État et la vaccination obligatoire », in C. DELFORGE (coord.), *Responsabilité, risques et progrès. Quelques enjeux récents du droit de la réparation des dommages*, op. cit., pp. 159 et s.

86 Comme c'est le cas, depuis les années 1960, pour ce qui concerne le vaccin contre la poliomyélite. À ce jour, le Conseil d'État n'a eu à connaître que de trois affaires dans le domaine de la vaccination obligatoire.

87 Ch. HUBERLANT, « Essai de délimitation de la compétence du Conseil d'État d'avec celle des cours et tribunaux au contentieux de l'indemnité », in X, *Miscellanea W.-J. Ganshof van der Meersch*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 515 ; P. LEWALLE, avec la collaboration de L. DONNAY, *Contentieux administratif*, coll. de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, Bruxelles, De Boeck, 2008, p. 208.

88 Depuis une loi du 6 janvier 2014 relative à la sixième réforme de l'État, le Conseil d'État est par ailleurs habilité à connaître d'une demande de réparation liée à une demande de constat de l'*illégalité* dans le cadre d'une procédure en annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet (art. 11bis LCCE).

89 Dans ce sens, voy. aussi J. SOHIER, « La responsabilité de l'État du fait des vaccinations obligatoires : de la responsabilité pour faute dans l'exercice de la fonction réglementaire au contentieux de l'indemnité pour rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques », *J.T.*, 1993, p. 335 ; D. RENDERS et B. GORS, *Le Conseil d'État*, coll. Centre Montesquieu d'études de l'action publique, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 521, n° 585. Le Conseil d'État ne pourrait, par contre, intervenir si le dommage résulte de l'application d'un acte du pouvoir législatif.

est à l'origine de l'acte litigieux et au refus de celle-ci d'y faire droit, ou à son abstention d'y répondre dans un délai de soixante jours<sup>90</sup>.

**23. Les conditions de fond de la demande : un dommage exceptionnel.** Seul le dommage exceptionnel est réparable. Selon les travaux préparatoires, est ainsi visé « tout préjudice anormal, exceptionnel, dépassant par sa nature ou son importance les sacrifices courants qu'exigent la vie en société et le maintien paisible de cette société, et devant être considéré comme une violation de l'égalité des citoyens devant les charges publiques »<sup>91</sup>. Pour caractériser l'anormalité du dommage, les critères tenant à sa « spécialité »<sup>92</sup>, à l'imprévisibilité de sa survenance<sup>93</sup> ainsi qu'à sa gravité<sup>94</sup> sont pris en considération. L'appréciation a lieu *in concreto*<sup>95</sup>. Les dommages éligibles ne pourront donc être établis par le seul constat d'effets secondaires fréquents et de faible gravité.

**24. Les conditions de fond de la demande : le lien causal entre l'acte administratif et le dommage.** La causalité a longtemps été appréciée de manière restrictive, en exigeant qu'elle soit tout à la fois directe et exclusive<sup>96</sup>. Cette interprétation s'est assouplie<sup>97</sup> et on admet désormais que cette condition se détermine au cas par cas<sup>98</sup>, sans qu'il soit exclu que le fait de la victime ait contribué à la réalisation de son dommage. Sur le plan probatoire, par ailleurs, la causalité ne doit pas être certaine scientifiquement<sup>99</sup> : dès lors que le lien entre la vaccination et la survenance d'un dommage est vraisemblable<sup>100</sup>, le Conseil d'État s'autorise à accéder aux demandes d'indemnisation.

**25. La réparation, une indemnisation.** La réparation accordée prend la forme d'une somme d'argent, dont le montant est fixé « en équité en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêts privés et publics ». Si le texte ne

90 Art. 11, al. 2, LCCE.

91 Rapport sur le Projet de loi portant création du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 26 juin 1946, n° 58, p. 4, cité par D. RENDERS et B. GORS, *Le Conseil d'État, op. cit.*, p. 514, n° 573.

92 Les conséquences dommageables ne doivent donc pas atteindre l'ensemble des citoyens : D. RENDERS et B. GORS, *Le Conseil d'État, op. cit.*, p. 517, n° 578.

93 D. RENDERS et B. GORS, *Le Conseil d'État, op. cit.*, p. 515, n° 575.

94 C.E., 21 juillet 1996, *Silay et Yarali c. État belge*, n° 60.363.

95 R. ANDERSEN, B. LOMBAERT et S. DEPRÉ, « Les contentieux méconnus », in B. BLÉRO (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 281 ; D. RENDERS, Th. BOMBOIS, B. GORS, C. THIEBAUT, L. VANSNICK et M.-E. BOUCHONVILLE, *Droit administratif*, t. III, *Le contrôle de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 383-384, n° 820, et pp. 385-386, nos 824 et 825.

96 R. ANDERSEN, B. LOMBAERT et S. DEPRÉ, « Les contentieux méconnus », *op. cit.*, p. 282.

97 En ce sens, J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 382.

98 Voy. les références citées in C. DELFORGE et M.-H. DE CALLATAÏ, « Le contentieux objectif de l'indemnité devant le Conseil d'État et la vaccination obligatoire », *op. cit.*, pp. 181-182.

99 C.E., 28 octobre 2009, *Deblaere c. État belge*, n° 197.434.

100 Par exemple, en cas de proximité temporelle entre l'administration d'un vaccin et l'apparition d'effets indésirables. Dans l'affaire *Deblaere* précitée, le Conseil d'État a considéré que le très long laps de temps rendait plus problématique la certitude d'un lien causal entre la vaccination et les troubles invoqués. Il a toutefois estimé le lien « vraisemblable ».

prévoit pas une réparation intégrale, il ne l'exclut pas pour autant<sup>101</sup>. Le montant maximal auquel peut prétendre la victime est toutefois définitivement fixé dans la requête qu'elle a préalablement soumise à l'auteur de l'acte, sous la seule réserve d'éventuels intérêts complémentaires<sup>102</sup>.

## Conclusion

26. En droit belge, si les régimes du droit commun de la responsabilité restent théoriquement ouverts aux patients victimes d'un préjudice lié à une vaccination contre la Covid-19, leur mise en œuvre sera périlleuse. D'abord pour des motifs probatoires, à tous les niveaux et indépendamment de la voie d'action mobilisée, à défaut d'accès aux informations pertinentes et de compétences scientifiques ; ensuite, en raison de la prise en compte du contexte exceptionnel ayant présidé lors des premières campagnes nationales de vaccination. Ce contexte jouera nécessairement par effet d'assouplissement des exigences comportementales des potentiels responsables ou d'atténuation des attentes légitimes des candidats à la vaccination.

De leur côté, les mécanismes de solidarité nationale ne constituent pas, en l'état, des voies pleinement rassurantes. La compétence du FAM semble encore incertaine et l'institution est confrontée à des difficultés de fonctionnement qui pourraient s'aggraver si sa compétence devait être légalement confirmée. Quant au recours devant le Conseil d'État en présence d'un ordre réglementaire de vaccination, outre qu'il se confronte à une réalité procédurale particulière<sup>103</sup>, celui-ci n'offre, surtout, pas l'assurance d'une réparation intégrale des dommages<sup>104</sup>.

En définitive, il nous semble que ce sont les mécanismes de solidarité nationale qui devraient prendre le relais. Ceci se justifie tant par le contexte d'urgence mondiale imposé par la pandémie, par les appels à la vaccination et campagnes de communication fortement incitatives des pouvoirs publics, que par la mise en place de centres de vaccination de masse. C'est d'ailleurs bien, entre autres, à la *solidarité* entre les citoyens que le politique a fait appel afin de lutter contre l'hésitation vaccinale aux moments les plus critiques de la pandémie. En l'état, la voie du FAM semble la plus pertinente, eu égard à la *ratio legis* de la loi qui l'a institué et à la nature particulière de l'acte (de soins) et du produit (de santé) à l'origine du dommage potentiel. La proposition pourrait ainsi être faite de confirmer expressément la compétence du Fonds

101 D. RENDERS et B. GORS, *Le Conseil d'État, op. cit.*, p. 535, n° 612.

102 *Ibid.*, p. 528, n° 496.

103 Nous visons ici l'exigence qui, eu égard au caractère résiduaire de la compétence du Conseil d'État, lui impose de préalablement se comporter comme une juridiction judiciaire, en appréciant si la demande eut pu être recevable et fondée devant celle-ci.

104 En effet, comme vu *supra*, la réparation sera limitée au montant demandé à l'autorité publique avant l'introduction de la procédure devant le Conseil d'État et le principe n'est pas celui d'une réparation intégrale, mais en équité.

dans le cadre des accidents sans responsabilité liés à une vaccination<sup>105</sup>. Un spectre plus réduit devrait *à tout le moins* se justifier, qui se limiterait à la prise en charge des dommages consécutifs à l'administration des vaccins contre la Covid-19 mis sur le marché jusqu'à ce que les AMM ne soient plus conditionnelles<sup>106 107</sup>.

---

105 Visant alors les vaccinations obligatoires (comme celle contre la poliomyélite, en déléstant formellement alors, selon nous, le Conseil d'État de cette compétence), ou facultatives, parmi lesquelles celle contre la Covid-19.

106 Il resterait sans doute à accompagner cette confirmation de mécanismes offrant l'assurance que le FAM puisse être pleinement opérationnel, voire à adapter les seuils de gravité actuellement prévus par la loi.

107 La Cour européenne des droits de l'homme a déjà souligné l'importance de joindre à un régime de vaccination obligatoire une voie de réparation des dommages qui en résultent (arrêt *Vavříčka et autres c. République tchèque* du 8 avril 2021, req. n° 476221/13 et 5 autres, spéc. n° 302) et, même sans loi ni arrêté d'exécution portant un ordre de vaccination, force est d'admettre que l'autonomie décisionnelle des citoyens fut *de facto* réduite durant les premières campagnes de vaccination.

**Chapitre 5.**  
**Les responsabilités civiles liées**  
**à la vaccination contre la Covid-19**  
**Rapport espagnol**

---

**Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ**  
*Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Deusto*

## I. La stratégie communautaire de lutte contre la Covid-19 : des questions qui suscitent l'intérêt

1. Il ne fait aucun doute que la vaccination a été l'un des outils les plus efficaces pour protéger les citoyens contre la Covid-19. C'est pourquoi certains pays et organisations ont imposé la vaccination obligatoire et d'autres, comme le nôtre, l'ont favorisée ou encouragée par le biais d'une vaste campagne de vaccination. La disponibilité et l'application des vaccins ont sans aucun doute permis de réduire l'impact de la pandémie causée par le virus et, surtout, de redonner confiance à la population, durement touchée depuis 2020. Cependant, l'application des vaccins présente des risques auxquels la loi doit apporter une réponse satisfaisante, puisque, comme la réalité l'a montré, la vaccination peut produire des effets indésirables, qu'il y ait ou non un défaut de fabrication ou de contrôle de leur autorisation ou un comportement contraire à la *lex artis* de la part des établissements de santé.

2. L'existence des risques mentionnés ci-dessus est inhérente à tout vaccin ou produit pharmaceutique dans des conditions normales. Mais le développement de la recherche en pleine pandémie et la rapidité avec laquelle les vaccins ont été fabriqués (le délai étant beaucoup plus court que celui qui est normalement suivi), a pour contrepartie une augmentation des risques, même si les processus de fabrication et d'autorisation répondent aux normes minimales de sécurité et de qualité nécessaires. Comme expliqué ci-dessous, l'autorisation des vaccins s'effectue par le biais de la procédure dite centralisée, ce qui signifie que l'autorisation est effectuée par l'Union européenne une fois que le médicament est approuvé par l'Agence européenne des médicaments (ci-après, AEM). Plus précisément, la procédure utilisée était « l'autorisation de mise sur le marché conditionnelle », qui est une procédure d'autorisation en cas d'urgence de santé publique visant à faciliter l'accès rapide au vaccin et à répondre aux campagnes de vaccination de masse.

3. Pour tenter d'atténuer autant que possible les risques inhérents à ce processus, la Commission européenne a présenté une stratégie européenne visant à accélérer le développement, la fabrication et la distribution de vaccins efficaces et sûrs contre la Covid-19<sup>1</sup>. Dans le cadre de cette stratégie, en échange du droit d'acheter un certain nombre de doses, la Commission finançait une partie des coûts initiaux de production par le biais de ce que l'on appelait des « contrats d'achat anticipé » (CAA), en vertu desquels le financement était considéré comme un paiement au titre de l'achat ultérieur des vaccins par les États membres achetant ce vaccin<sup>2</sup>. En outre, la responsabilité

1 Voy. communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et à la Banque européenne d'investissement, Stratégie de l'UE pour les vaccins contre la COVID-19, 17 juin 2020, COM(2020) 245 final, disponible à l'adresse : <https://eur-lex.europa.eu>.

2 Voy. accord entre la Commission européenne et les États membres sur les vaccins contre la Covid-19, fait à Madrid le 20 juillet 2020, *Journal officiel de l'État*, 5 août 2020, n° 211, pp. 63764-63769. Cet accord ne traite que de la répartition des responsabilités entre la Commission européenne et les

des États membres participants pour l'utilisation et la distribution des vaccins a été reconnue et, en conséquence, il a été convenu d'une exemption des fabricants pour les risques inhérents aux vaccins vendus, dans les termes et conditions résultant des CAA signés avec eux.

4. Sans préjudice de la stratégie communautaire susmentionnée qui encourageait clairement la vaccination, la politique à adopter dans ce domaine relevait de la compétence exclusive des États membres participants<sup>3</sup>.

5. Dans le cas de l'Espagne, la conception du système de vaccination est formellement proclamée volontaire, bien qu'en réalité, son application soit clairement guidée ou facilitée. Pour cette raison, le système de vaccination peut être qualifié de « recommandé », en tenant compte – entre autres – de son caractère public et gratuit et, surtout, d'une stratégie de communication visant la population en général pour générer de la confiance dans le processus de vaccination<sup>4</sup>.

6. La question à résoudre est de savoir si les circonstances spécifiques décrites introduisent ou non une particularité dans le régime de responsabilité des différents agents impliqués dans ce processus, c'est-à-dire les différentes administrations publiques (l'autorité sanitaire responsable de la conception de la campagne au niveau de l'État et de la région et l'organisme de contrôle), les fabricants, les distributeurs ou d'autres sujets de la chaîne de commercialisation et les professionnels de la santé impliqués dans le processus de commercialisation. Qui est le responsable de la conservation et/ou de l'application du vaccin ?

7. Plus précisément, les principales questions soulevées sont les suivantes :

1° La situation pandémique généralisée, décrite ci-dessus, justifie-t-elle l'application d'un régime de responsabilité spécifique pour l'Administration (ou les Administrations) responsable(s) de la campagne de vaccination pour les effets indésirables produits par le vaccin ? À partir de là, d'autres questions se posent : quelles seraient les caractéristiques déterminantes de cette responsabilité ? Est-elle maintenue dans les cas où les effets indésirables sont dus à un défaut de fabrication ou à une application du vaccin contraire à *la lex artis*, par des professionnels de la santé ?

2° La personne qui subit les dommages maintient-elle son action contre les fabricants des vaccins si les conditions légales applicables sont remplies ? Ou, au contraire, à la suite des CAA signés par la Commission, au nom des États membres, la responsabilité des défauts du vaccin devrait-elle être assumée exclusivement par les États membres vis-à-vis de ces sujets ?

États membres, laissant de côté le champ d'application ou les conditions dans lesquelles le fabricant peut s'exonérer de sa responsabilité (art. 6).

<sup>3</sup> Voy. art. 2 de l'accord cité dans la note précédente.

<sup>4</sup> Voy. L. MEDINA ALCOZ, « Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del COVID-19 », *Revista de Derecho público: Teoría y método*, 2022, vol. 6, pp. 78-79.

8. Afin d'apporter une réponse fondée à ces questions, il convient de distinguer les différentes actions en responsabilité qui peuvent être intentées à l'encontre de chacun des sujets précités. En même temps, dans le cas d'actions dirigées contre l'Administration, il convient d'analyser séparément les cas dans lesquels la vaccination produit des effets indésirables, mais sans que soit en cause un défaut de fabrication (au sens juridique de l'expression) ou une violation de la *lex artis* par des professionnels ; et les autres cas dans lesquels l'un de ces défauts se produit.

## II. Responsabilité de l'approbation du vaccin et de l'autorisation de mise sur le marché

9. Comme mentionné ci-dessus, l'autorisation du vaccin contre la Covid-19 s'effectue par le biais de la procédure centralisée, ce qui signifie qu'une fois le médicament approuvé, il peut être commercialisé dans toute l'Europe. Pour que cette approbation ait lieu, l'AEM doit d'abord émettre une recommandation favorable, étant responsable de l'évaluation scientifique, de la supervision et du contrôle de la sécurité du vaccin<sup>5</sup>. À cette fin, l'AEM procède à un examen indépendant et approfondi de toutes les preuves présentées par le fabricant du vaccin et divers contrôles sont effectués par différents comités des vaccins, jusqu'à ce que le comité des médicaments à usage humain (composé de membres de tous les États membres) émette finalement la recommandation. Une fois qu'une recommandation ou une évaluation favorable a été émise, la Commission européenne est chargée d'autoriser la mise sur le marché du vaccin contre la Covid-19 dans l'UE et doit, pour ce faire, autoriser la recommandation.

10. En matière de responsabilité, tant l'AEM (agence décentralisée de l'Union européenne) que la Commission européenne sont juridiquement responsables dans leurs domaines d'action respectifs dans le cas où les effets indésirables causés par le vaccin auraient été causés par l'un de ces sujets dans l'exercice de leurs fonctions. Selon l'arrêt de la Cour nationale (section 4) du 12 juin 2019 relatif au vaccin contre le virus du papillome humain, également soumis à une procédure d'autorisation centralisée par la Commission européenne coordonnée par l'AEM, l'administration de l'État n'est pas responsable de l'autorisation de la mise sur le marché du vaccin ou du fait que la notice et la fiche technique ne comportent pas tous ses effets indésirables.

11. Sur cette base, la responsabilité vis-à-vis des sujets précités pourra être recherchée par le biais du recours en responsabilité extracontractuelle devant la C.J.U.E., qui est autonome. Ce recours constitue le moyen approprié

<sup>5</sup> L'Agence européenne des médicaments (AEM) est une agence décentralisée chargée de l'évaluation scientifique, de la supervision et du suivi de la sécurité des médicaments à usage humain et vétérinaire dans l'UE (voy. Agence européenne des médicaments, disponible à l'adresse : [https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-medicines-agency-ema\\_es](https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-medicines-agency-ema_es)).

pour réparer « les dommages causés par leurs institutions ou leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres » (voy. art. 268 et 340 TFUE). L'appréciation de la responsabilité exige que, outre le préjudice subi et les comportements contraires au droit communautaire dans l'exercice de ses fonctions, il existe un lien de causalité direct entre le préjudice subi et cette action.

### III. Responsabilité de l'administration publique responsable de la campagne de vaccination

12. D'emblée, il convient de souligner que la responsabilité analysée dans la présente section incombe à l'administration sanitaire espagnole pour avoir participé activement à la planification, à la conception ou à la programmation de la campagne de vaccination, et non à un défaut de contrôle ou d'autorisation du vaccin, ces domaines relevant de la compétence des institutions communautaires susmentionnées. En droit espagnol, étant donné que l'administration de l'État et les communautés autonomes ont collaboré activement à la campagne de vaccination, elles seront toutes deux solidairement responsables conformément à l'article 33.1 de la loi 40/2015 du 1<sup>er</sup> octobre 2015 sur le régime juridique du secteur public (ci-après, loi 40/2015)<sup>6</sup>.

#### A) Responsabilité pour le fonctionnement normal des services publics

13. En général, la responsabilité de l'administration de la santé est fondée sur la faute ou l'anomalie du fonctionnement des services publics, conformément aux dispositions de la loi 40/2015 susmentionnée (art. 32.1). Dans le cas de la vaccination, si celle-ci était absolument volontaire (c'est-à-dire fondée sur la pleine liberté du sujet auquel elle est administrée), la responsabilité pour les dommages causés devrait être recherchée selon les mêmes conditions que celles découlant de tout autre acte médical, sous réserve de la violation de la *lex artis* et de la loi 41/2022 du 14 novembre 2022 de réglementation de base de l'autonomie du patient et des droits et obligations en matière d'information et de documentation cliniques<sup>7</sup>.

14. Si la vaccination était volontaire (c'est-à-dire que l'administration publique autorise son application, mais ne l'impose pas et ne la promeut pas), le régime de responsabilité applicable serait à celui qui vaut pour tout autre médicament. Cette situation pourrait se produire avec certains vaccins non essentiels, qui viennent d'arriver sur le marché, normalement dans un état de transition jusqu'à leur consolidation dans le service public de santé<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> *Journal officiel de l'État* du 2 octobre 2015, n° 236.

<sup>7</sup> *Journal officiel de l'État* du 15 novembre 2002, n° 274.

<sup>8</sup> Voy. L. MEDINA ALCOZ, « Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del COVID-19 », *op. cit.*, p. 57.

15. Toutefois, ce n'est pas le régime applicable aux vaccins en général, ni au vaccin contre la Covid-19 en particulier, lesquels ne sont pas volontaires. Par conséquent, la responsabilité de l'administration en cas de dommages causés par les vaccins est fondée sur la violation de la *lex artis*, ou sur la notion de fonctionnement normal ou anormal des services publics qui produiraient un dommage – et dont la nature de la responsabilité est objective –. Cette question revêt une importance particulière en droit espagnol, car, contrairement à d'autres États, notre législation n'établit pas de programme ou de régime spécifique pour l'indemnisation des dommages résultant de la vaccination obligatoire, et rien n'a par ailleurs été prévu pour le cas particulier du vaccin contre la Covid-19<sup>9</sup>.

16. Il ne fait guère de doute que, si le vaccin était obligatoire, l'administration serait responsable non pas d'un « fonctionnement anormal » mais d'un « fonctionnement normal » conformément à la loi 40/2015 (art. 32.1) ; et absolument sans rapport avec l'exigence d'un consentement éclairé, puisque, dans ce cas, il n'y a pas de marge de décision pour le patient et, par conséquent, examiner si les informations nécessaires à la prise de décision ont été fournies ou non n'a aucun sens. Il s'agit de l'interprétation doctrinale consolidée, suivie de la jurisprudence contentieuse-administrative. Cela a été compris en particulier dans le contexte des calendriers de vaccination obligatoire des enfants, dans lesquels l'indemnisation est liée à la protection du droit fondamental à l'intégrité physique et à l'obligation d'indemniser ceux qui subissent des dommages corporels ou des lésions, même si le dommage résulte d'un « fonctionnement normal »<sup>10</sup>.

17. De plus grands doutes surgissent quant à la question de savoir si cela devrait être le cas lorsque la stratégie de vaccination n'est pas obligatoire mais recommandée (forme d'obligation atténuée) ce qui correspond, comme on l'a dit, à la stratégie vaccinale mise en place en Espagne contre la Covid-19. La doctrine, à la quasi-unanimité, considère que dans le cas d'une vaccination recommandée, les hypothèses de responsabilité patrimoniale pour le fonctionnement normal des services publics de l'article 32.1 de la loi 40/2015 sont également réunies<sup>11</sup>. Cependant, certains auteurs plaident en faveur d'une

9 Sur l'opportunité d'introduire en Espagne un système public d'indemnisation sans faute pour les dommages causés par les vaccins, voy. S. RAMOS GONZÁLEZ, « Daños vacunales: responsabilidad patrimonial y fondos de compensación », in P. DE BARRÓN ARNICHES (dir.), *La salud y los derechos de las personas*, Cizur Menor, Aranzadi (Thomson Reuters), 2022, pp. 225-228.

10 Voy. L. MEDINA ALCOZ, « Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del COVID-19 », *op. cit.*, pp. 69-70.

11 En particulier, pour le vaccin contre la Covid-19, voy. L. MEDINA ALCOZ, « Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del COVID-19 », *op. cit.*, pp. 81-83 ; M. REBOLLO PUIG, « Responsabilidad y ayudas públicas por daños de las vacunas contra la covid », *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 2021, n<sup>os</sup> 93-94, pp. 68-79 ; M. ORDÁS ALONSO, « Vacunación y responsabilidad patrimonial de la Administración. De la vergonzante doctrina jurisprudencial al principio de socialización de los riesgos », in J. ATAZ LÓPEZ et J.A. COBACHO GÓMEZ (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, t. III, Cizur Menor, Aranzadi (Thomson Reuters), 2021,

interprétation différente, au motif que l'indemnisation n'est justifiée que dans la mesure où le caractère obligatoire du vaccin prive les intéressés de la liberté de décider d'accepter ou non le risque inhérent à la vaccination<sup>12</sup>. Contre cet argument, il est soutenu que, dans la mesure où il y a eu une recommandation officielle, l'argument de la liberté de décision du citoyen ne bloque pas la responsabilité acquise par l'Administration<sup>13</sup>.

## **B) Critère jurisprudentiel : socialisation du risque et interprétation souple du consentement éclairé**

18. En faveur de l'interprétation majoritaire, il est vrai que l'arrêt bien connu de la Cour suprême (3<sup>e</sup> ch.) du 9 octobre 2012 (relatif au syndrome de Guillain-Barré subi à la suite du vaccin antigrippal) peut être invoqué. Selon cet arrêt, l'obligation de supporter le préjudice subi ne saurait être imputée à la partie lésée, comme le prévoit cette disposition, « lorsque la partie lésée n'a pas l'obligation légale de supporter le risque que l'entreprise doit objectivement assumer en vertu du principe de solidarité ». Il est entendu dans le cas d'espèce jugé par l'arrêt, où s'était matérialisé un risque « très peu fréquent » mais susceptible d'apparaître dans le domaine des campagnes de vaccination (et qui figurait dans la fiche technique et la notice du vaccin).

19. Selon cet arrêt de la Cour suprême, le fondement de la responsabilité en matière de vaccination obligatoire se trouve dans la socialisation du risque et non dans la violation d'une règle de conduite spécifiée dans la *lex artis*. En tout état de cause, l'exigence de socialisation du risque suppose que le vaccin poursuive des objectifs de « santé publique générale ». Autrement dit, l'objectif poursuivi doit être de lutter contre une maladie susceptible de se propager largement à une large population et, par conséquent, d'avoir des implications sociales et économiques. Selon l'arrêt lui-même, « pour la réduction de l'incidence ou l'éradication de maladies qui, comme la grippe, peuvent être une maladie très grave lorsqu'elles se propagent de manière générique à une large population, avec également des complications très graves et un taux d'absentéisme élevé au travail... ». Les facteurs décrits sont ceux qui justifient réellement que « les dommages du calendrier annuel de vaccination, prévisibles et connus par l'état de la science au moment de la mise en œuvre de cette politique de santé publique, sont supportés par l'ensemble de la société,

pp. 855-859 ; D. BLANQUER CRIADO, *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia (los poderes públicos y los daños por la crisis de la COVID-19)*, Valence, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 231-237 ; G. DOMÉNECH PASCUAL, « Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19 », *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, t. I, n<sup>o</sup> extraordinario (Derecho y política ante la pandemia: reacciones y transformaciones), pp. 291-306.

12 Cette position est défendue par S. RAMOS GONZÁLEZ, « Daños vacunales: responsabilidad patrimonial y fondos de compensación », *op. cit.*, p. 224.

13 Voy. C. CIERCO SEIRA, « Algunas reflexiones sobre la vacunación recomendada », in P. DE BARRÓN ARNICHES (dir.), *La salud y los derechos de las personas*, Cizur Menor, Aranzadi (Thomson Reuters), 2022, p. 205.

car cela est imposé par le principe de solidarité et de socialisation des risques, afin de parvenir à une meilleure répartition des avantages et des charge ». Il est important de souligner l'exigence que les dommages soient « prévisibles et connus par l'état de la science » au moment de la mise en œuvre de la politique de vaccination, afin que les cas de force majeure n'engagent pas la responsabilité de l'Administration.

**20.** Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, cet arrêt lie l'obligation de réparation du préjudice causé à l'administration de vaccins de prévention des maladies affectant la population générale à de graves implications économiques et sociales, de sorte que, selon ce raisonnement, la demande d'indemnisation ne serait pas justifiée dès lors que cette condition ferait défaut. Suivant cette ligne d'interprétation, certaines résolutions ultérieures soutiennent que, bien qu'il s'agisse de vaccins inclus dans le calendrier officiel de vaccination, la survenance éventuelle d'effets indésirables en général n'implique pas qu'il y ait un dommage illicite qui doit être indemnisé par l'Administration. Au contraire, il est entendu qu'il s'agirait de l'un des cas où la cause du dommage est déterminée par la nécessité d'éviter un mal plus grand, de sorte que c'est l'administrateur qui doit « supporter le risque des effets indésirables qui sont mentionnés dans la fiche technique et dans la notice ». À cet égard, on peut citer l'arrêt de la Cour nationale (section 4) du 12 juin 2019 relatif aux dommages subis à la suite du vaccin contre le virus du papillome humain. En d'autres termes, selon cet arrêt, même si la vaccination était conseillée et promue par l'administration de la santé, les avantages sociaux de ces vaccins ne seraient pas suffisants pour que les dommages subis se manifestent sous la forme d'une charge sociale supportant l'ensemble de la population, mais devraient être supportés individuellement par la personne administrée.

**21.** Pour en revenir au cas de la vaccination recommandée, qui remplit les conditions requises et, de ce fait, donne lieu à une obligation de compensation, les tribunaux interprètent généralement l'exigence du consentement éclairé de manière très souple. Ainsi, il a été entendu qu'il suffirait que le patient qui subit l'acte d'inoculation du vaccin soit averti verbalement des légères conséquences qui peuvent en découler et que lui soient indiqués les moyens d'en atténuer les effets, car « une information excessive serait un frein à l'adhésion à la campagne », dont le succès nécessite la couverture la plus large possible (voy. arrêt de la Cour suprême (3<sup>e</sup> ch.) du 9 octobre 2012 et, à la suite de cela, arrêt de la Cour nationale (4<sup>e</sup> ch.) du 12 juin 2019, préc.). Dans le même ordre d'idées, la doctrine soutient que l'application stricte de l'exigence du consentement éclairé serait contradictoire, puisque sa raison d'être est le respect des intérêts individuels et non la promotion des intérêts généraux dont la protection est visée par la vaccination<sup>14</sup>.

14 Voy. L. MEDINA ALCOZ, « Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del COVID-19 », *op. cit.*, p. 75.

22. Cette interprétation ne viole en rien les exigences du droit à l'information du patient. Dans des arrêts antérieurs, la Cour suprême avait déclaré que l'information « ne peut être illimitée ou excessive, sous peine de produire l'effet contraire, effrayant ou inhibant et qu'elle doit être proposée en termes compréhensibles, clairs et adaptés à l'utilisateur de l'assistance ». Par conséquent, dans le cas du vaccin antigrippal, l'exigence du consentement éclairé « n'inclut pas la possibilité d'un risque de survenance aussi extraordinaire que celui envisagé dans l'arrêt attaqué, qu'elle a qualifié de si lointain qu'il n'a pas permis de fournir des informations à son sujet, sur la base d'éléments de preuve certains et vérifiables » (voy. arrêt de la Cour suprême (3<sup>e</sup> ch.) du 9 octobre 2012, auquel nous nous référons).

En bref, dans le cas de la vaccination recommandée, il suffira d'informer oralement le patient, au moment de la vaccination, des effets fréquents et légers, en pouvant se dispenser des risques extraordinaires ou lointains, à condition que cela soit fondé sur des preuves certaines et vérifiables.

### **C) Exclusion d'une telle responsabilité pour les défauts de fabrication ou l'application du vaccin**

23. Après avoir exposé le régime de responsabilité de l'administration pour les effets indésirables des vaccins, il convient d'aborder la question suivante soulevée au début de ce travail, à savoir si la responsabilité pour le fonctionnement normal du service public est maintenue dans le cas où, selon les éléments de preuve produits, les effets indésirables ont été causés par un défaut dans la fabrication ou une application des vaccins contraire à la *lex artis* par des professionnels de la santé.

24. Relativement récemment, la 3<sup>e</sup> chambre de la Cour suprême s'est prononcée par la négative sur la question de savoir si l'autorité sanitaire devait être tenue pour responsable de l'utilisation d'un dispositif médical défectueux, dont la toxicité est signalée après son application par des professionnels de santé dans le cadre d'une intervention judiciaire (voy. arrêt du 20 décembre 2020, dont la doctrine est réitérée dans l'arrêt de la même chambre du 17 novembre 2021). Il convient de noter que la situation visée par ces arrêts n'est pas exactement la même que celle qui nous occupe, puisque, dans ces arrêts, la responsabilité de l'administration n'est pas fondée sur des causes objectives pour le fonctionnement normal du service public, mais sur une violation de la *lex artis*. Par conséquent, il convient de faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de déterminer si le raisonnement utilisé pourrait ou non être appliqué *mutatis mutandis* pour résoudre la question qui se pose maintenant.

25. Sans entrer dans une analyse détaillée de ces arrêts, l'idée qui s'en dégage est absolument claire : l'administration n'est pas responsable du fonctionnement anormal d'un service public si les professionnels de santé

n'agissent pas en violation de la *lex artis*, et ce, même si le dispositif médical peut être considéré comme défectueux. Selon la jurisprudence énoncée dans l'arrêt du 17 novembre 2021 précité, la nature objective de la responsabilité des administrations publiques ne signifie pas qu'elle repose sur la simple production du dommage, mais également qu'elle doit être illicite, de sorte que « seul le préjudice causé par une violation réelle de la *lex artis* peut être considéré comme illicite ».

**26.** Sous réserve des modifications ou adaptations nécessaires au cas d'espèce, ce raisonnement est susceptible d'être transposé, de sorte que l'administration n'aura à être responsable du fonctionnement normal que des effets indésirables connus de la science au moment de la mise en œuvre du vaccin, étant donné que seul ce type de dommage, selon la jurisprudence, justifie l'application du principe de solidarité et de socialisation pour sa couverture. Une telle délimitation nécessiterait d'exclure la responsabilité de l'Administration pour les défauts de qualité du vaccin, qui réduisent l'innocuité offerte par les autres échantillons de la même série conformément à l'article 137.2 TRLGDCU et/ou pour son application défectueuse par les professionnels de santé. Il ne serait pas « prévisible » qu'un vaccin ne réponde pas aux normes de qualité ordinaires requises pour sa fabrication ou que son application s'écarte des règles de la *lex artis*<sup>15</sup>.

**27.** En résumé, bien que la question soit douteuse et n'ait pas été tranchée par nos tribunaux, nous sommes enclins à considérer que l'Administration ne devrait pas être tenue responsable des effets indésirables du vaccin dans les circonstances indiquées ci-dessus, étant donné qu'en l'espèce, la socialisation des risques qu'implique l'attribution de la responsabilité du fonctionnement normal n'est pas justifiée.

#### IV. Responsabilité du fabricant du vaccin

**28.** Lors de l'analyse de la responsabilité pour les dommages causés par les vaccins, comme dans le cas d'autres spécialités pharmaceutiques, il est inévitable d'aborder la responsabilité du fabricant ou du producteur, ou, le cas échéant, de ses importateurs, au niveau de l'Union européenne. Comme mentionné ci-dessus, la question spécifique et la plus controversée soulevée par ce type de responsabilité est de savoir si elle peut être engagée directement par les parties lésées, compte tenu de la possibilité d'exonération des fabricants qui peut être établie dans les CAA.

<sup>15</sup> L. Medina Alcoz, l'un des rares auteurs à avoir abordé cette question, l'entend différemment. À son sens, il importe peu que le dommage puisse être causé par une erreur de fabrication, d'autorisation ou d'administration, de sorte que la responsabilité est purement objective (« Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del COVID-19 », *op. cit.*, pp. 72 et 88).

29. Comme on le sait, la législation espagnole ne prévoit pas de législation spécifique sur la responsabilité des produits pharmaceutiques, de sorte que les dispositions du Décret Royal-Législative 1/2007 du 16 novembre 2007, qui approuve le texte refondu de la Loi Générale pour la Protection des Consommateurs et des Utilisateurs et d'autres lois complémentaires (ci-après, TRLGDCU) s'appliquent<sup>16</sup>. C'est ce texte qui incorpore en droit espagnol la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (ci-après, la directive 85/374), qui établit, au niveau communautaire, un régime de responsabilité pour les producteurs ou les fabricants pour certains dommages causés par des défauts de leurs produits<sup>17</sup>.

30. La principale caractéristique de ce règlement est d'instituer un régime de responsabilité sans faute pour les produits défectueux, en considérant comme tels ceux qui n'offrent pas la sécurité à laquelle l'on pouvait légitimement s'attendre, compte tenu de l'ensemble des circonstances, notamment de leur présentation, de leur utilisation raisonnablement prévisible et du moment de leur mise en circulation (art. 137.1 du TRLGDCU). Conformément aux dispositions de la directive 85/374 (consid. 6), la défectuosité du produit doit être déterminée par le fait qu'il ne respecte pas les conditions de sécurité auxquelles le « grand public » a droit, et non par un consommateur individuel d'un produit déterminé. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'expression utilisée par la règle se référant à la sécurité à laquelle l'on pouvait « légitimement » s'attendre (article 136 du TRLGDCU en relation avec l'article 6 de la directive précitée). Sur cette base, elle permet de déterminer, d'une part, le régime applicable aux vaccins causant un préjudice indésirable résultant de cette réglementation et, d'autre part, si cette responsabilité est applicable ou non en cas d'exemption des fabricants dans les conditions résultant des CAA.

### A) Soumission du vaccin au schéma thérapeutique défectueux

31. La définition juridique du terme « produit », qui comprend tout bien de nature mobilière conformément à l'article 136 du TRLGDCU, inclut les vaccins. Certains arrêts de la C.J.U.E. font d'ailleurs référence à des cas dans lesquels le produit défectueux est précisément un vaccin. Il convient de se référer à cet égard aux arrêts du 9 février 2006<sup>18</sup> du 2 décembre 2009 (grande chambre)<sup>19</sup> et, enfin, de celui du 21 juin 2017<sup>20</sup>.

16 Voy. *Journal officiel de l'État* du 30 novembre 2007, n° 287.

17 Voy. directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *JO* du 7 août 1985, n° 210, pp. 29-33.

18 C.J.U.E. (1<sup>re</sup> ch.), 9 février 2006, *O'Byrne*, C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93.

19 C.J.U.E. (gde ch.), 2 décembre 2009, *Aventis Pasteur*, C-358/08, ECLI:EU:C:2009:744.

20 C.J.U.E. (2<sup>e</sup> ch.), 21 juin 2017, *W e.a. (Sanofi Pasteur)*, C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484.

### 1) Le vaccin en tant que produit défectueux

**32.** Selon la définition générale qui précède, un vaccin est défectueux si, eu égard aux circonstances de l'espèce, notamment aux informations fournies, il n'offre pas la sécurité à laquelle, objectivement, la personne qui lui est administrée est en droit de s'attendre. Dans ce cas, le paramètre de comparaison est le niveau de certitude que le sujet recevant le vaccin a été en mesure de se représenter objectivement, sur la base des informations fournies par le fabricant. Bien que la législation applicable n'envisage pas spécifiquement l'« information » comme paramètre à prendre en compte pour apprécier le caractère défectueux, elle est considérée comme incluse dans la notion de « présentation » (article 137, paragraphe 1, du TRLGDCU en relation avec l'article 6 de la directive 85/374). Selon ce paramètre, le vaccin ne peut pas être considéré comme défectueux si le fabricant a fourni des informations sur les effets indésirables qu'il peut causer, quelle que soit sa gravité, car ce sont ces informations qui déterminent le niveau de sécurité auquel l'administré peut légitimement s'attendre. En d'autres termes, par définition, les fabricants de vaccins ne sont responsables que des dommages ou des effets indésirables qui n'ont pas été signalés dans la notice (informations fournies au consommateur) ou dans la fiche technique du vaccin (informations fournies aux prestataires de soins de santé). Entre autres, l'arrêt de la 1<sup>re</sup> chambre de la Cour suprême du 10 juillet 2014, établit très clairement la responsabilité du laboratoire pour défaut d'information sur les effets secondaires d'un médicament (Agreal)<sup>21</sup>.

**33.** Si le fabricant n'a pas fourni d'information sur les effets indésirables, il est responsable de tous les effets indésirables, même si l'état de la science et de la technique au moment de sa diffusion ne permettait pas d'apprécier l'existence du défaut. La raison en est que, exceptionnellement, dans la loi espagnole, l'exemption pour les risques dits de développement n'est pas applicable aux médicaments (art. 140.1.e) et 3 du TRLGDCU) et donc aux vaccins. En résumé, le fabricant est responsable de tous les dommages qui, sur la base des informations fournies, ne peuvent être attendus, y compris ceux que le fabricant n'aurait pas pu prévoir.

**34.** Enfin, il convient de noter que, en tout état de cause, seront considérés comme défectueux les produits qui souffrent d'un défaut de fabrication, c'est-à-dire ceux qui n'offrent pas la sécurité offerte par les autres exemplaires de la même série, auxquels le législateur espagnol se réfère à l'article 137.2 du TRLGDCU ; il arriverait qu'un vaccin – ou un lot – présente un défaut de qualité qui diminue son niveau de sécurité attendu.

21 Sur cet arrêt et, plus généralement, sur la position de la jurisprudence en matière de médicaments défectueux, voy. M. A. ARRA LUCÁN, « Responsabilidad por los efectos indeseables de los medicamentos (Con ocasión de la STS de 10 de julio de 2014: Responsabilidad de laboratorio por falta de información de los efectos secundarios de Agreal) », *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 2014, n° 11, pp. 5-10.

## 2) Considération juridique du fabricant

**35.** Comme indiqué ci-dessus, en règle générale, le fabricant ou le producteur du vaccin sera responsable (art. 135 du TRLGDCU et art. 1 de la directive 85/374), de sorte que cette responsabilité ne peut être imposée au distributeur intermédiaire que dans le cas où le producteur ne peut être identifié (art. 138.2 du TRLGDCU et art. 3.3) de la directive 85/374<sup>22</sup>. Pour cette raison, bien que la fabrication ou la production du vaccin contre la Covid-19 ait nécessité l'établissement de fournisseurs dans différents États membres, ceux-ci ne seront pas responsables des effets indésirables dans la mesure où, selon les données disponibles, il est possible de connaître l'identité des fabricants<sup>23</sup>.

**36.** Cela étant, il convient de souligner que la responsabilité du fabricant ne sera engagée que si ce dernier est établi sur le territoire de l'Union européenne, faute de quoi la responsabilité incombe à la personne qui introduit le produit sur ce territoire à des fins économiques (art. 135 du TRLGDCU et 3.2 de la directive 85/374). Dans le cas des vaccins contre la Covid-19, on sait que de nombreux vaccins ont été fabriqués en dehors de l'UE. Toutefois, la responsabilité de l'importateur n'entrera pas en jeu, car ils ont été acquis de manière centralisée par la Commission européenne (pour le compte des États membres) directement auprès des fabricants, sans l'intermédiaire d'un importateur. De cette manière, la partie lésée sera obligée d'adresser sa réclamation à un fabricant situé en dehors de l'UE (la responsabilité de la Commission ne peut être engagée en vertu de ce règlement, car elle n'a pas acheté les vaccins à des fins économiques comme l'exige le règlement). Afin d'éviter ce type de situation, la proposition de directive sur les produits défectueux prévoit certaines mesures visant à garantir qu'il existe toujours une entreprise basée dans l'UE qui peut être tenue responsable des produits défectueux achetés directement auprès des fabricants de l'UE (art. 7)<sup>24</sup>.

**37.** En revanche, il existe des doutes dans les cas où le principe actif du vaccin n'est fabriqué qu'en dehors de l'Union, étant donné que le fabricant dispose d'un établissement au sein de l'UE où le processus de fabrication est achevé<sup>25</sup>. Dans ces cas, bien que cela puisse sembler paradoxal (puisque le principe actif du vaccin est fabriqué en dehors de l'UE), il faut comprendre

22 Sur l'impossibilité d'assigner le distributeur en responsabilité lorsque le fabricant peut être identifié, voy. arrêt de la Cour suprême (1<sup>re</sup> ch.), section plénière, 20 juillet 2020, et arrêt de la Cour suprême (1<sup>re</sup> ch.), 21 janvier 2020.

23 Voy. <https://www.aemps.gob.es/la-aemps/ultima-informacion-de-la-aemps-acerca-del-covid%E2%80%919119/vacunas-contrala-covid%E2%80%919119/informacion-de-vacunas-autorizadas/>.

24 Voy. proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, COM(2022) 495 final, 2022/0302(COD).

25 C'est le cas, par exemple, du vaccin Moderna, fabriqué par la société Moderna Biotech, basée à Cambridge (Massachusetts, États-Unis), qui dispose de plusieurs usines de « finition et de remplissage » dans différentes parties de l'Union européenne, dont Madrid (voy. [https://sevilla.abc.es/andalucia/sevi-pfizer-moderna-astrazeneca-janssen-donde-vacunas-protogen-coronavirus-202107272207\\_noticia.html](https://sevilla.abc.es/andalucia/sevi-pfizer-moderna-astrazeneca-janssen-donde-vacunas-protogen-coronavirus-202107272207_noticia.html)).

que le produit est considéré comme étant fabriqué dans l'UE, puisque le moment pertinent pour la fabrication ou la production du produit est celui où le produit quitte le processus de fabrication établi par le producteur<sup>26</sup>. En tout état de cause, le fabricant du principe actif sera également responsable en tant que fabricant d'une matière première pour la fabrication du vaccin (art. 138.1 du TRLGDCU et 3.1 de la directive 85/374), les deux sujets étant solidairement responsables (art. 132 du TRLGDCU et 5 de la directive 85/374).

**38.** Enfin, il faut rappeler que la législation spécifique sur les produits défectueux ne permet pas de tenir les professionnels de santé responsables de la simple application d'un vaccin défectueux, mais exige qu'il y ait eu violation de la *lex artis* (aspect déjà expliqué dans une section précédente).

### 3) Lien de causalité

**39.** L'un des aspects les plus problématiques de la responsabilité du fabricant, et tout particulièrement dans le cas des vaccins, concerne le lien de causalité, qui, en règle générale, est supporté par la partie lésée en vertu de l'article 139 du TRLGDCU. Toutefois, selon la C.J.U.E., l'article 4 de la directive 85/374, qui fixe les règles de preuve, ne s'oppose pas à un régime national de preuve permettant à la juridiction saisie de considérer que certains faits invoqués par le demandeur constituent des motifs solides pour conclure à la défectuosité du vaccin et conclure à l'existence d'un lien de causalité (voy. arrêt de la C.J.U.E. du 21 juin 2017, précité). En d'autres termes, la C.J.U.E. admet des preuves circonstancielles, sans que l'acceptation d'indices ne puisse conduire à un renversement de la charge de la preuve ou à une présomption injustifiée au détriment du producteur. Par conséquent, les indices ne sont admissibles que s'ils sont *suffisamment* « solides, concrets et cohérents » pour permettre de conclure que l'existence d'un défaut du produit semblerait être l'explication la plus plausible de la survenance du préjudice<sup>27</sup>. Avant cet arrêt, la jurisprudence espagnole avait interprété cette exigence de manière plus stricte, rejetant l'allégation relative aux effets indésirables causés par le vaccin contre le virus du papillome, au motif que le lien de causalité entre le dommage et le vaccin n'avait pas été dûment prouvé (voy. arrêt de la Cour nationale du 19 mai 2017).

<sup>26</sup> Voy., à cet égard, C.J.U.E., 9 février 2006, *O'Byrne*, préc. La question abordée par cet arrêt est, en substance, de savoir si le vaccin est considéré comme fabriqué lorsque le fabricant le vend à sa filiale (distributeur dans un autre pays) ou par le dessaisissement successif du produit par le distributeur. Sans entrer dans les détails, la C.J.U.E. a compris que le moment pertinent est celui où le produit quitte le processus de fabrication établi par le producteur et entre dans le processus de commercialisation, devenant disponible au public pour être utilisé ou consommé.

<sup>27</sup> Sur les règles de preuve et une analyse détaillée de cet arrêt, voy. M. NAVARRO MICHEL, « Vacunas, defectos y relación de causalidad. Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea 6-621/2015, de 21 de junio de 2017 », *Revista catalana de Dret Privat*, 2019, n° 20, pp. 165-183.

40. Quoi qu'il en soit, d'un point de vue *de lege ferenda*, la proposition de directive de la Commission sur les produits défectueux vise à alléger la charge de la preuve dans les cas complexes (tels que les vaccins et les produits pharmaceutiques, entre autres) et à assouplir les restrictions à l'introduction de réclamations par les parties lésées (art. 9 de la proposition)<sup>28</sup>.

## B) Effets de l'exemption accordée par le fabricant en vertu des CAA

41. Ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, l'accord entre la Commission européenne et les États membres sur les vaccins contre la Covid-19 prévoit la possibilité pour les CAA conclus par la Commission, au nom des États membres, avec les fabricants de vaccins, de prévoir l'exonération de responsabilité de ces personnes (art. 6). Si une telle exemption est établie, la question se pose de savoir si une telle clause d'exemption n'aurait d'effets qu'entre les parties signataires (entre le fabricant et l'administration) ou également à l'égard de la personne administrée.

42. À titre liminaire, il convient de rappeler que les États membres, au nom desquels la Commission agit en concluant ces accords, sont seuls responsables de l'établissement de l'exemption des fabricants de vaccins, raison pour laquelle il sera nécessaire d'examiner le contenu de ces accords afin de pouvoir déterminer si une telle exemption a été convenue.

43. Au moment de la rédaction du présent rapport, il n'était pas possible de connaître le contenu précis de l'accord signé par la Commission au nom de l'État espagnol<sup>29</sup>. Toutefois, dans le cas où l'exemption du fabricant a été convenue, il convient de noter que les APA sont des contrats d'achat anticipé du vaccin signés entre les entreprises pharmaceutiques et la Commission (en tant que mandat des États membres). Ainsi, conformément au principe de l'effet relatif des contrats, énoncé à l'article 1258 du Code civil, un tel accord n'aura d'effet qu'entre ceux qui l'ont signé (c'est-à-dire les entreprises pharmaceutiques et les États membres, pour le compte desquels la Commission agit), ce qui exclurait clairement de son champ d'application les personnes lésées par les vaccins. En conséquence, l'accord d'exonération d'un fabricant déterminé n'empêchera pas les sujets concernés par les vaccins de demander à ce sujet de réclamer les dommages causés, sans préjudice des effets qu'un tel accord produit dans les relations internes (c'est-à-dire entre les États et les entreprises pharmaceutiques).

28 Voy. proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, préc.

29 D'un point de vue pratique, ceux qui souhaitent accéder au document ne pourront pas s'adresser à l'administration espagnole, mais plutôt à l'entité qui a les informations en sa possession (c'est-à-dire la Commission européenne), puisque c'est cette dernière qui a signé le contrat d'achat anticipé correspondant avec les entreprises pharmaceutiques, avec l'approbation préalable des 27 États membres de l'Union européenne (voy. résolution 160/2021 du Conseil pour la transparence et la bonne gouvernance).

### **C) Articulation de cette responsabilité avec celle de l'Administration pour le fonctionnement normal du service**

44. Enfin, la dernière question qui reste à résoudre, à laquelle il est répondu dans cette section, est de savoir comment articuler la responsabilité du fabricant avec celle de l'Administration pour le fonctionnement normal expliquée ci-dessus.

45. D'une manière générale, dès lors que le caractère défectueux du vaccin contre la Covid-19 entraîne la production d'effets indésirables, on peut dire qu'il y aura des situations dans lesquelles les exigences de la responsabilité du fabricant et de la responsabilité pour le fonctionnement normal de l'administration responsable de la campagne de vaccination seront remplies. Dans ces cas, la partie lésée pourra choisir d'intenter une action indistinctement contre l'un ou l'autre de ces sujets, devant la juridiction civile ou administrative, respectivement.

46. Toutefois, nonobstant cette éventuelle conjonction d'actions, il sera nécessaire de distinguer clairement les deux. La raison en est que le fondement de chacune de ces actions est différent, de même que les exigences et les circonstances qui déterminent la responsabilité de chacun des sujets susmentionnés.

47. Pour le dire très brièvement, les différences résident principalement dans le fait que la responsabilité du fabricant est fondée sur la frustration des attentes légitimes de la partie lésée au regard des informations fournies dans la notice et la fiche technique du fabricant. Ainsi, en vertu de la loi espagnole, le fabricant (ou les parties qui le remplacent dans la responsabilité) du vaccin sera responsable des dommages préjudiciables qui n'ont pas été inclus dans ces documents, même s'ils sont impossibles à prévoir compte tenu de l'état de la science au moment de sa mise en circulation (dans la mesure où, exceptionnellement, le fabricant ne peut être exonéré pour ce motif). En revanche, l'Administration sera responsable des effets indésirables causés, même si elle est expressément avertie des risques découlant du vaccin, à condition qu'il s'agisse d'effets prévisibles conformément à l'état des connaissances scientifiques et techniques, qui ne constituent pas un cas de force majeure.

48. Par conséquent, il conviendra de déterminer, au cas par cas, si les conditions susmentionnées sont remplies pour engager la responsabilité de chacun de ces sujets.

**Chapitre 6.**  
**Les responsabilités civiles liées**  
**à la vaccination contre la Covid-19**  
**Rapport français**

---

**Samuel FRANÇOIS**  
*Professeur à l'Université de Rennes*

Les vaccins contre la Covid-19, à l'instar de tous les produits de santé, sont susceptibles de provoquer des effets indésirables, des plus insignifiants aux plus graves. Certains d'entre eux sont d'ores et déjà connus et documentés, d'autres seront vraisemblablement découverts plus tard. Rappelons en effet que les vaccins contre la Covid-19 ont été produits et mis sur le marché dans des délais si serrés qu'ils ont dû faire l'objet d'une autorisation de mise sur le marché conditionnelle. Cela signifie que si les différents vaccins répondaient bien à un besoin médical non satisfait, tout en présentant un bilan bénéfices/risques favorable, les données à long terme sur leur efficacité et leur sécurité n'avaient pu – et pour cause – être fournies par les fabricants<sup>1</sup>. Dans ce contexte d'incertitude relative, et alors que la population française se trouve aujourd'hui massivement vaccinée<sup>2</sup>, force est de constater que la question de la réparation des dommages liés à la vaccination n'a, jusqu'alors, été que très peu abordée.

Le thème des « responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19 » conduit donc de façon très opportune à s'interroger aujourd'hui sur les différentes voies de recours ouvertes aux patients victimes d'effets indésirables causés par le vaccin.

*A priori*, il semble qu'il faille exclure toute possibilité d'engager la responsabilité de l'État au titre de l'action conduite par les autorités sanitaires pendant l'épidémie de Covid-19. Certes, la Haute Autorité de Santé (HAS) a tenu un rôle majeur dans la mise en place et l'organisation de la campagne de vaccination, à travers ses nombreux avis et recommandations de bonne pratique. Pour autant, les avis et recommandations émis par cette autorité publique indépendante ne constituent « que » des actes de « droit souple » et, s'ils sont désormais attaquables par la voie du recours en excès de pouvoir<sup>3</sup>, il est douteux qu'ils puissent également donner lieu à une action en responsabilité contre la puissance publique par la voie d'un recours de plein contentieux indemnitaire<sup>4</sup>. Alors que la doctrine publiciste s'interroge sur les conditions

1 Règlement (CE) n° 507/2006 de la Commission du 29 mars 2006 relatif à l'autorisation de mise sur le marché conditionnelle de médicaments à usage humain relevant du règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

2 Selon le site *CovidTracker*, consulté le 25 novembre 2023, « 81.1 % des Français ont reçu au moins une dose de vaccin, 79.8 % ont reçu toutes les doses requises, 56.2 % ont reçu une dose de rappel supplémentaire ».

3 Le recours en excès de pouvoir contre les actes de droit souple a été ouvert par le Conseil d'État par deux arrêts rendus en 2016 : C.E., 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GmbH et a.* et C.E., 21 mars 2016, n° 390023, *Sté NC Numericable*. Voy. également, pour un recours en excès de pouvoir formé contre une recommandation de la HAS : C.E., 23 décembre 2020, n° 428284.

4 En ce sens, voy. J. KNETSCH, « Les responsabilités liées à la vaccination contre la Covid-19 – Droit français », *Cahiers Louis Josserand*, 28 juillet 2022. *Adde*, C.E., 23 décembre 2020, n° 428284 : les recommandations de bonne pratique de la HAS « ne dispensent pas le professionnel de santé d'entretenir et perfectionner ses connaissances par d'autres moyens et de rechercher, pour chaque patient, la prise en charge qui lui paraît la plus appropriée, en fonction de ses propres constatations et des préférences du patient ». Ces recommandations constituent ainsi des aides à la prise de décision en ce qu'elles participent, notamment, « à la réunion et à la mise à disposition de ces professionnels des données acquises de la science ».

de possibilité d'une telle action en responsabilité du fait des actes de droit souple<sup>5</sup>, aucune demande indemnitaires n'a, à ce jour, été admise par les juridictions administratives.

Les victimes recherchant une indemnisation de leurs dommages liés à la vaccination ont en revanche, d'ores et déjà, deux ressources à leur disposition : la responsabilité civile (I) et la solidarité nationale (II).

## I. Le rôle marginal de la responsabilité civile

Sur le terrain de la responsabilité civile, deux débiteurs de réparation peuvent être identifiés : les producteurs des vaccins (A), d'une part, et les professionnels de santé ayant administré ces vaccins (B), d'autre part.

### A) La responsabilité des producteurs

Les producteurs – en l'occurrence, les fabricants des vaccins – sont susceptibles d'engager leur responsabilité sur le fondement du régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux, issu de la loi du 19 mai 1998<sup>6</sup>, transposant, en droit français, la directive du 25 juillet 1985<sup>7</sup>.

*Prima facie*, ce régime objectif de responsabilité pesant sur les fabricants de vaccins pourrait paraître favorable à l'indemnisation des victimes mais, à y regarder de plus près, sa mise en œuvre risque de se voir entravée par de nombreux obstacles, même s'il faut ici faire le départ entre les obstacles avérés et ceux qui ne constituent que de purs fantasmes et qui ne seront ici que brièvement évoqués.

#### 1) Les obstacles avérés

Pour engager la responsabilité d'un producteur sur le fondement des articles 1245 et suivants du Code civil, il incombe à la victime d'apporter la preuve, non seulement que le produit présente un défaut, mais encore qu'un lien de causalité existe entre ce défaut et le dommage subi.

Le défaut s'entend d'un défaut de sécurité du produit : aux termes de l'article 1245-3 du Code civil, un produit est défectueux dès lors qu'il « n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ». Le défaut ne se confond donc pas avec la dangerosité inhérente au produit – si tel était le cas, tous les médicaments seraient considérés comme défectueux, puisqu'ils

5 Voy. not. les stimulantes réflexions de L. ALLEZARD, « La responsabilité du fait des actes de droit souple : impasse ou angle-mort du contentieux administratif ? », *RFDA*, 2022, p. 259.

6 Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

7 Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

sont, par nature, intrinsèquement dangereux. Ainsi, le défaut d'un produit ne se verra caractérisé qu'en présence d'une dangerosité anormale au regard de ses conséquences dommageables, et ce, quelle qu'en soit la cause : il peut indifféremment être reproché un vice de fabrication ou de conception (défaut dit « intrinsèque »), voire un défaut d'information (défaut dit « extrinsèque »).

En matière de produits de santé, deux critères sont habituellement mis en œuvre par la Cour de cassation pour caractériser l'existence d'une dangerosité anormale : le critère de la conception alternative ou le critère du bilan bénéfiques/risques.

Le critère de la conception alternative consiste à considérer le produit comme défectueux lorsque celui-ci aurait pu être conçu de façon moins dangereuse<sup>8</sup>. En sorte que, tel qu'il a été conçu, le produit évalué revêt un niveau de dangerosité plus élevé que celui qu'il aurait pu ou dû présenter. En l'occurrence, eu égard au contexte d'urgence dans lequel les vaccins contre la Covid-19 ont été fabriqués, et dès lors que ces vaccins constituent les premiers vaccins à ARN messagers à avoir été mis sur le marché, il apparaît d'emblée que recourir au critère de la conception alternative ne semble guère adéquat.

Quant au critère du bilan bénéfiques/risques, il consiste à comparer les avantages thérapeutiques d'un médicament avec les risques que son emploi fait courir. Régulièrement mis en œuvre par la Cour de cassation en matière de produits de santé<sup>9</sup>, ce critère semble néanmoins marquer un net recul en jurisprudence. Dans le cas d'une contamination par l'hépatite B, la Cour de cassation avait ainsi exclu qu'une « considération générale sur le rapport bénéfice/risques de la vaccination »<sup>10</sup> suffit à établir le défaut d'un vaccin, l'appréciation du défaut devant s'effectuer au cas par cas, sur la base d'indices graves, précis et concordants.

Par ailleurs, à supposer que la victime parvienne à établir le défaut du vaccin, son travail probatoire ne s'arrêtera pas là : il se poursuivra sur le terrain du lien de causalité. La Cour de cassation a rappelé cette exigence de preuve du lien de causalité dans un arrêt rendu le 27 juin 2018<sup>11</sup> en jugeant qu'une simple imputabilité du dommage au produit incriminé ne suffit à établir, ni le défaut, ni le lien de causalité entre le défaut et le dommage. La victime dispose toutefois de la possibilité de prouver ce lien de causalité au moyen d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, la Cour de justice de l'Union

8 Plusieurs arrêts s'y réfèrent plus ou moins directement. Voy. not., dans l'affaire du Kaléroid, Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 3 mars 1998, n° 96-12078 : la Cour de cassation, pour caractériser le défaut de sécurité, relevait que le préjudice était imputable aux « caractéristiques mêmes de l'enveloppe non digestible du médicament ».

9 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 5 avril 2005, n° 02-11.947, 02-12.065 (affaire *Zyloric*) ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 19 mars 2009, n° 08-10.143 (affaire *Halfan*) ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 25 juin 2009, n°s 08-12.632, 08-14.197, 08-20.706 (affaire *Dermalive*) ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 26 septembre 2018, n° 17-21.271.

10 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 26 septembre 2012, n° 11-17738 ; Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 10 juillet 2013, n° 12-21314.

11 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 27 juin 2018, n° 17-17.469.

européenne ayant accepté le recours aux présomptions du fait de l'homme<sup>12</sup>, tout comme la jurisprudence française l'avait déjà fait lorsque la défectuosité d'un vaccin était invoquée<sup>13</sup>.

Enfin, lorsque le « schéma vaccinal » (pour reprendre l'expression consacrée) de la victime fait intervenir des vaccins fabriqués par des laboratoires différents, la difficulté à déterminer lequel de ces vaccins a spécifiquement causé le dommage peut être surmontée par un recours à la théorie de la causalité alternative, déjà largement utilisée par la jurisprudence dans le domaine de la santé. Ainsi, pour exemple, dans un arrêt rendu le 24 septembre 2009<sup>14</sup>, la Cour de cassation avait retenu que, dès lors que la victime pouvait démontrer qu'elle avait été exposée *in utero* à la molécule du Distilbène, et alors qu'elle se trouvait dans l'impossibilité de déterminer lequel des deux laboratoires avait mis sur le marché le produit à l'origine de son dommage, la responsabilité des deux laboratoires était engagée *in solidum* – chacun des laboratoires conservant cependant la possibilité de prouver qu'il ne se trouvait pas à l'origine du dommage.

Cependant, alors même que les conditions de la responsabilité du fabricant se trouveraient toutes réunies, ce dernier pourrait encore invoquer une cause d'exonération. Parmi ces causes d'exonération figure, à l'article 1245-10, 4°, du Code civil, le risque de développement : « le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve [...] que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ».

Le risque de développement renvoie donc à un défaut indécélable au jour de la mise en circulation du produit : seul le développement ultérieur des connaissances aurait pu, par la suite, permettre de découvrir ce défaut. Gageons qu'il sera plaidé par les fabricants de vaccin si, un jour, leur responsabilité était recherchée par des victimes d'effets indésirables. En l'état actuel du droit positif<sup>15</sup>, tout laisse en effet présager que les fabricants des vaccins contre la Covid-19 seront en mesure d'opposer le risque de développement pour se décharger de leur responsabilité à l'égard des victimes. Mais la Cour de cassation les suivra-t-elle dans cette argumentation, sachant qu'elle a jusqu'ici systématiquement écarté cette cause d'exonération<sup>16</sup> ?

12 C.J.U.E., 21 juin 2017, n° C-621/15.

13 Voy. not. Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 22 mai 2008, n° 06-10.967.

14 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 24 septembre 2009, n° 08-16305.

15 Comp. art. 1298-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile publié par la Chancellerie le 13 mars 2017 : « Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1298 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci, ou par tout produit de santé à usage humain mentionné dans le premier chapitre du titre II du livre I<sup>er</sup> de la cinquième partie du code de la santé publique ».

16 Voy. par ex., à propos du Médiateur, Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 20 septembre 2017, n° 16-19.643 : « l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment de la mise en circulation des produits administrés à Mme Y... entre 2006 et 2009, permettait de déceler l'existence du défaut du Mediator ».

## 2) Les obstacles fantasmés

Afin de coordonner au niveau européen l'approvisionnement des vaccins entre les États membres de l'Union, c'est à la Commission européenne qu'a été confié le soin de négocier des contrats d'achat anticipés avec les différents laboratoires pharmaceutiques. Or, ces contrats devaient obéir à une clause de confidentialité, ce qui rendait impossible toute communication d'information relative à leur teneur. De ce fait, l'opacité de ces contrats s'est vue dénoncée. Sous la pression de l'opinion publique, la Commission européenne a fini par diffuser les versions – largement caviardées – de deux contrats (AstraZeneca et CureVac, en l'occurrence) tandis que la presse parvenait à en divulguer d'autres. L'examen de ces contrats fait apparaître qu'ils comportent tous le même type de clause de responsabilité aux termes de laquelle les États membres s'engagent à garantir les fabricants contre toute action en responsabilité engagée sur le fondement d'un défaut des vaccins fournis<sup>17</sup>.

En droit, si la validité de cette clause ne saurait être sérieusement discutée, elle ne constitue nullement un obstacle à l'indemnisation des victimes, contrairement à ce qui a pu être rapporté dans le débat public.

Rappelons que la responsabilité du fait des produits défectueux constitue, dans son ensemble, un régime impératif : aux termes de l'article 12 de la directive, aucune clause limitative ou évasive ne peut venir limiter ou écarter la responsabilité du producteur. De surcroît, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats, les États membres ne disposent pas du pouvoir de réduire ou d'exclure contractuellement la responsabilité des fabricants à l'égard des victimes, celles-ci ayant la qualité de tiers aux contrats d'achat anticipés.

En réalité, cette clause de responsabilité doit s'entendre comme une clause de garantie, en ce sens qu'elle ne vise pas l'obligation à la dette – les fabricants restent bien débiteurs de la réparation vis-à-vis des victimes – mais ne fait qu'organiser la répartition de la charge finale de la dette, et ce, en opérant un transfert intégral vers les États membres, lesquels endossent, si l'on ose dire, le rôle d'assureur des laboratoires<sup>18</sup>. La question peut se poser de savoir si, ce faisant, les États sont ici... dans leur rôle !

17 Ainsi, par exemple, il est prévu dans le contrat conclu avec le laboratoire AstraZeneca, à l'article 14.1 : « *Each Participating Member State shall indemnify and hold harmless AstraZeneca [...] from and against any and all damages and liabilities [...], resulting from or associated with claims for death, physical, mental, or emotional injury [...] relating to or arising from the use or administration of the Vaccine [...]* ».

18 Voy. not. : J.-S. BORGHETTI et F. FAIRGRIÈVE, « La clause d'indemnisation contenue dans le contrat conclu entre la Commission européenne et AstraZeneca », *D.*, 2021, p. 972 ; J. KNETCSH, « Les responsabilités liées à la vaccination contre la Covid-19 – Droit français », *op. cit.* ; E. BROSSET, « Santé publique – Vaccins et vaccination contre la COVID-19 : le droit de l'Union là où on ne l'attend pas », *Rev. Europe*, janvier 2022, étude 1, spéc. n° 9.

## B) La responsabilité des professionnels de santé

Le Code de la santé publique distingue trois catégories de professionnels de santé : les professions médicales, les professions de pharmacie et de la physique médicale et les professions d'auxiliaires médicaux. Nombreux sont les professionnels de santé qui ont été impliqués dans la vaste campagne de vaccination contre la Covid-19 et qui, par voie de conséquence, se trouvent potentiellement exposés à une action en responsabilité civile. Toutefois, à leur égard, une action en responsabilité n'est envisageable qu'en cas de faute, le droit français ayant posé la faute comme condition générale d'engagement de la responsabilité des professionnels de santé<sup>19</sup>.

Par ailleurs, afin que les professionnels de santé n'hésitent pas à s'engager pleinement dans la campagne de vaccination, le ministre de la Santé avait adressé un courrier à l'attention de l'Ordre des Médecins excluant que les professionnels de santé s'exposent à une action en responsabilité « au motif qu'ils auraient délivré une information insuffisante aux patients sur les effets indésirables méconnus à la date de vaccination »<sup>20</sup>. Au soutien de cette affirmation, le ministre de la Santé citait deux textes, à savoir les articles L. 3131-3 et L. 3131-4 du Code de la santé publique, lesquels, à l'examen, ne sont pourtant pas de nature à exclure la responsabilité des professionnels de santé dans le contexte de la campagne de vaccination contre la Covid-19<sup>21</sup>.

Certes, aux termes de l'article L. 3131-3 du Code de la santé publique, les médecins ne sont pas tenus responsables des dommages résultant de la prescription ou de l'administration d'un médicament lorsque celles-ci ont été rendues nécessaires du fait d'une menace sanitaire grave et qu'elles ont donc été, soit recommandées, soit exigées par le ministre chargé de la santé. Pour autant, cette exonération de responsabilité s'applique uniquement au cas où la prescription ou l'administration ont été effectuées « en dehors des indications thérapeutiques ou des conditions normales d'utilisation prévues par son autorisation de mise sur le marché ou son autorisation temporaire d'utilisation ». En l'espèce, ce n'est pas le cas.

Quant à l'article L. 3131-4 du Code de la santé publique, il pose un régime spécial d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales. En l'espèce, ce n'est pas le sujet.

Pas plus que les fabricants ne peuvent être exonérés de toute responsabilité par une clause figurant dans des contrats d'achat anticipés, les médecins ne peuvent se prévaloir d'une irresponsabilité civile sur la foi d'un simple courrier ministériel. Il faut donc partir du principe que la responsabilité pour faute des

19 Art. L. 1142-1 CSP.

20 Courrier du ministre de la Santé adressé à Patrick Bouet, président du Conseil National de l'Ordre des Médecins, daté du 23 décembre 2020.

21 En ce sens, voy. J. KNETSCH, « Les responsabilités liées à la vaccination contre la Covid-19 – Droit français », *op. cit.*

professionnels de santé est susceptible d'être engagée à l'égard des victimes de dommages liés à la vaccination contre la Covid-19.

En droit français, la faute médicale susceptible d'engager la responsabilité du professionnel de santé présente une double nature : il peut s'agir soit d'un manquement à l'obligation d'information, soit d'une faute technique.

En premier lieu, l'obligation d'information constitue, pour le médecin qui en est débiteur, une obligation de résultat dont il lui incombe de prouver la parfaite exécution<sup>22</sup>. Les professionnels de santé ont ainsi l'obligation de porter à la connaissance des patients les risques graves et fréquents<sup>23</sup> et même, dans certains cas, les risques exceptionnels encourus par le suivi des soins ou du traitement qu'ils leur proposent<sup>24</sup>. Il reste que le juge prendra très probablement en considération le nombre considérable de patients à vacciner dans des délais tellement courts que cela a conduit à devoir travailler « à la chaîne », parfois dans des « vaccinodromes » créés pour la circonstance. Dans de telles conditions, il semble bien difficile de prendre le temps de fournir au patient tous les éléments de nature à lui garantir une information médicale personnalisée.

N'oublions pas non plus que la stratégie vaccinale du gouvernement a essentiellement reposé sur une technique de forçage des consentements, avec la mise en place d'un « passe sanitaire »<sup>25</sup>, lequel a été rapidement transformé en « passe vaccinal »<sup>26</sup>. Ces instruments coercitifs exorbitants ont contribué à minorer drastiquement l'importance de l'information médicale préalable et donc sa qualité, l'attention des patients se trouvant requise par des considérations d'ordre éminemment pratique touchant à la possibilité même de mener une vie quotidienne « normale ». Ainsi, un grand nombre de personnes, notamment parmi les plus jeunes, se sont fait vacciner pour des motifs tout à fait étrangers à de quelconques considérations de santé<sup>27</sup>... Faut-il rappeler que les personnes non vaccinées se sont vu interdire jusqu'à l'accès aux trains à longue distance ?

Cela étant, ni l'urgence sanitaire, ni la pression subie du fait de ces différents « passes » (sanitaire puis vaccinal) n'ont eu pour effet de porter atteinte à l'obligation d'information, laquelle constitue un corollaire nécessaire du principe du consentement aux soins. Il n'est donc pas exclu, *a priori*, qu'un professionnel de santé voie sa responsabilité recherchée pour manquement

22 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 25 février 1997, n° 94-19.685.

23 Art. L. 1111-2, L. 1111-3 et R. 4127-35 CSP.

24 Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 12 octobre 2016, n° 15-16.894 ; C.E., 10 octobre 2016, n° 391538.

25 Décret n° 2021-955 du 19 juillet 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1<sup>er</sup> juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

26 Loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le Code de la santé publique.

27 Pour une analyse critique de cette politique vaccinale du point de vue des principes issus de la bioéthique, voy. la préface très éclairante de Muriel Fabre-Magnan dans la seconde édition de son ouvrage *L'institution de la liberté*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 2023.

à son obligation d'information. L'hypothèse reste toutefois très théorique, eu égard au manque de recul sur les effets indésirables – l'information ne pouvant porter que sur les risques connus, en l'état des connaissances scientifiques actuelles. Il y a tout lieu de penser que, s'il devait être saisi d'une action fondée sur un manquement à l'obligation d'information, le juge tiendra compte du contexte d'urgence et des incertitudes scientifiques. En tout état de cause, la victime ne pourrait prétendre sur ce fondement qu'à la (seule) réparation d'une perte de chance (d'avoir pu, en toute connaissance de cause, refuser la vaccination) ou bien, le cas échéant, à la réparation d'un « préjudice d'impréparation »<sup>28</sup>.

En second lieu, la faute technique consiste en une mauvaise réalisation de l'acte de soin *stricto sensu*. Il peut ainsi s'agir d'une vaccination mal réalisée (en raison d'une seringue non stérilisée, d'un surdosage, d'un geste mal exécuté...) tout comme d'une erreur de prescription, ce qui renvoie notamment au cas où le professionnel de santé aurait vacciné un patient malgré une contre-indication connue et déclarée. Car, avant la mise en place de tout traitement, les professionnels de santé doivent en principe procéder à une balance bénéfices/risques. Et, à cet égard, il est permis de s'interroger sur la valeur normative des contre-indications limitativement fixées par décret<sup>29</sup> : cette liste administrative pourrait-elle conduire, le cas échéant, à exclure toute faute du professionnel de santé qui aurait vacciné un patient alors que ce dernier présentait une contre-indication médicale qui n'y figurait pas ?

## II. Les ressources limitées de la solidarité nationale

L'indemnisation au titre de la solidarité nationale doit être envisagée dans deux hypothèses : celle d'une vaccination obligatoire (A) et celle d'une vaccination non obligatoire (B).

### A) En cas de vaccination obligatoire

Depuis une loi du 9 août 2004<sup>30</sup>, les dommages directement imputables à une vaccination obligatoire – c'est-à-dire imposée par la loi – sont indemnisés par l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM) au titre de la solidarité nationale, et ce, sans préjudice des actions qui pourraient par ailleurs être exercées conformément au droit commun<sup>31</sup>.

28 O. GOUT, « Le préjudice d'impréparation en matière médicale », *Rev. gén. dr.*, 2020, vol. 50, n° 2, p. 363.

29 La liste initiale des contre-indications a été posée par le décret n° 2021-699 du 1<sup>er</sup> juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

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

31 Art. L. 3111-9 CSP.

La loi du 5 août 2021 ayant rendu la vaccination contre la Covid-19 obligatoire pour certaines professions – essentiellement dans le domaine de la santé –, le régime d’indemnisation des dommages qui résulteraient de cette vaccination renvoie donc à celui déjà prévu pour les autres vaccins obligatoires.

Pour bénéficier de ce régime d’indemnisation, la victime doit prouver que sa vaccination a été effectuée après que la campagne a été lancée et que le dommage qu’elle a subi est « directement imputable » à cette vaccination. Pour autant, toute la charge probatoire ne repose pas sur la victime, puisqu’il est prévu que « l’office diligente une expertise et procède à toute investigation sans que puisse lui être opposé le secret professionnel »<sup>32</sup>.

En outre, la jurisprudence s’est employée à faciliter cette preuve de deux façons.

D’une part, le Conseil d’État a jugé que, dans le cas des vaccins comprenant plusieurs valences, « dès lors que ce vaccin comporte au moins une valence correspondant à une vaccination obligatoire et qu’il n’était pas démontré que les troubles seraient exclusivement imputables à l’une de ses valences facultatives »<sup>33</sup>, alors la responsabilité de la puissance publique ne peut être écartée. Elle ne le serait que si l’ONIAM est en mesure de démontrer que les troubles sont exclusivement imputables à une valence facultative.

D’autre part, le Conseil d’État retient qu’il appartient au juge administratif de s’assurer, au vu du dernier état des connaissances scientifiques dont il dispose, qu’il n’y a aucune probabilité qu’un lien existe entre l’administration du vaccin et les différents symptômes de l’affection dont souffre l’intéressé<sup>34</sup>.

Après instruction du dossier, l’ONIAM peut décider :

- soit de rejeter la demande, auquel cas la victime peut alors contester cette décision de rejet en saisissant le juge administratif ;
- soit d’adresser à la victime une offre d’indemnisation. Il ne s’agit que d’une proposition, la victime demeure libre de l’accepter ou non et peut, là encore, saisir le juge administratif pour contester son montant.

## B) En cas de vaccination non obligatoire

La vaccination non obligatoire ne relève pas, *a priori*, du régime d’indemnisation de l’ONIAM au titre de la solidarité nationale mais du seul droit commun de la responsabilité. Une exception est toutefois prévue, à l’article L. 3131-4 du Code de la santé publique, pour la vaccination réalisée dans le cadre d’une mesure d’urgence sanitaire. Dans ces circonstances, l’indemnisation des victimes d’effets indésirables peut être obtenue auprès de

32 Art. L. 3111-9, al. 2, CSP.

33 C.E., 24 avril 2012, n° 327915.

34 C.E., 29 septembre 2021, n° 435323.

l'ONIAM, sans préjudice des éventuelles responsabilités susceptibles d'être également recherchées sur le fondement du droit commun. Au 30 juin 2022, l'ONIAM s'était prononcé sur 241 dossiers relatifs à des troubles post-vaccination Covid. 30 % des décisions rendues ont donné lieu à des offres d'indemnisation, lesquelles ont été acceptées par 72 victimes<sup>35</sup>.

Dans ce cas de figure, le processus d'indemnisation des victimes est identique à celui qui est applicable à l'indemnisation des dommages liés à une vaccination obligatoire. Pour bénéficier de ce régime d'indemnisation, les victimes devront toutefois établir que leur dommage est lié à une vaccination pratiquée dans le cadre des mesures sanitaires d'urgence. En sorte qu'aucune vaccination spontanée pratiquée après la sortie de l'état d'urgence sanitaire ne devrait bénéficier de ce régime spécial d'indemnisation.

Et dès lors que la France est sortie du contexte d'urgence sanitaire depuis le 31 juillet 2022<sup>36</sup>, aucune vaccination non obligatoire contre la Covid-19 pratiquée après cette date ne relève de ce régime spécifique d'indemnisation. Notons que cette différence de régime pourrait d'ailleurs potentiellement poser des difficultés en cas de survenance d'effets indésirables à long terme, si la victime d'effets indésirables a effectué ses vaccinations avant et après la période d'état d'urgence sanitaire.

Quels sont alors les recours dont dispose une victime arguant d'effets indésirables faisant suite à une vaccination non obligatoire contre la Covid-19 réalisée hors période d'urgence sanitaire ?

En premier lieu, la victime peut rechercher directement la responsabilité du professionnel de santé ayant procédé à la vaccination (responsabilité pour faute) ou du fabricant du vaccin (responsabilité du fait des produits défectueux).

En second lieu, elle peut solliciter une indemnisation de l'ONIAM, par l'intermédiaire de sa Commission de Conciliation et d'Indemnisation (CCI), compétente en matière d'affections iatrogènes. Dans cette hypothèse, la victime aura la charge de prouver – sans pouvoir recourir aux présomptions – non seulement l'existence d'un lien de causalité entre le vaccin et le dommage mais encore le caractère « anormal » de son dommage<sup>37</sup>.

Il convient ici d'insister sur deux points importants. D'une part, dans le cas où la responsabilité d'un professionnel ou d'un fabricant est engagée, l'indemnisation proposée par l'ONIAM – qui se fonde sur son propre référentiel – sera généralement d'un montant moindre que celui qu'un juge aurait prononcé<sup>38</sup>.

35 Audition de M. François Toujas, candidat à la présidence de l'ONIAM, par la Commission des affaires sociales du Sénat le 11 juillet 2022.

36 Loi n° 2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la Covid-19.

37 Art. L. 1142-1 II CSP.

38 Voy., pour une étude approfondie des méthodes d'indemnisation pratiquées par l'ONIAM, T. LELEU, « L'Oniamisation : à propos de la position monopolistique de l'ONIAM dans

D'autre part, lorsqu'aucune responsabilité n'est engagée, la condition d'anormalité s'avère particulièrement rigoureuse puisqu'elle suppose d'établir un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique d'au moins 24 %<sup>39</sup>.

En tout état de cause, si la victime choisit de porter sa demande d'indemnisation devant l'ONIAM, elle devra certainement s'armer de patience avant de se voir proposer une offre d'indemnisation. La lenteur des procédures devant l'ONIAM n'en finit pas d'être dénoncée... À ce jour, certaines victimes de graves effets indésirables du vaccin contre le H1N1 n'ont toujours pas reçu d'offre d'indemnisation de la part de l'ONIAM. À ce propos, un grand journal d'investigation écrivait : « le bilan de cet organisme public chargé depuis vingt ans d'indemniser les victimes d'accidents médicaux pose question : au lieu de faciliter la vie des malades, il la complique bien trop souvent »<sup>40</sup>. Un comble... !

---

l'indemnisation des dommages corporels dans le champ sanitaire », *RD sanit. soc.*, 2022, p. 242.

39 Art. D. 1142-1 CSP.

40 *Mediapart*, « Les effets indésirables de l'office public d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux », 18 août 2022.

**Chapitre 7.**  
**Les responsabilités civiles liées**  
**à la vaccination contre la Covid-19**  
**Rapport italien**

---

**Valerio FORTI**

*Professeur à l'Université de Lorraine (Nancy)*

1. Chacun sait ce qu'est la Covid-19. La vaccination contre la Covid-19 n'est pas moins connue. L'essentiel du sujet concerne « les responsabilités civiles ». La formule appelle deux précisions.

2. La première est que la référence aux responsabilités civiles suppose, implicitement, l'existence de dommages qui résulteraient de la vaccination contre la Covid-19. À ce sujet, le Conseil d'État italien a eu l'occasion, dans une décision rendue en 2021, de mentionner quelques données statistiques recueillies par l'Agence italienne du médicament : il y a eu 101.110 signalements sur 84.010.605 doses de vaccin administrées, soit une proportion de 120 signalements toutes les 100.000 doses ; 14,4 % de ces signalements concernaient des événements graves (à l'exclusion donc de la douleur à l'endroit de l'injection, de la fièvre, de la fatigue ou des douleurs musculaires), soit une proportion de 17 signalements toutes les 100.000 doses ; 43 % de ces événements graves ont été considérés corrélés à la vaccination<sup>1</sup>.

3. Une seconde précision doit être faite s'agissant des « responsabilités civiles ». Elle a trait au pluriel qui y est employé, lequel peut être entendu d'au moins deux manières.

Ce pluriel peut suggérer que le régime de responsabilité civile varie selon les types de victimes. Certes, des débats ont eu lieu en droit italien sur la distinction entre les victimes soumises à une vaccination obligatoire et les autres<sup>2</sup>. Toujours est-il qu'à ce jour, le traitement des unes et des autres est pour l'essentiel aligné<sup>3</sup>.

Le pluriel peut aussi exprimer l'idée que plusieurs types de responsabilités civiles sont envisageables pour le dommage résultant de la vaccination contre la Covid-19 : la responsabilité des producteurs de vaccins pour la mise en circulation de ceux-ci, et celle de l'État, voire des professionnels de santé, en raison de la vaccination elle-même. Telle est la principale acception dans laquelle les responsabilités civiles seront ici entendues.

Encore faut-il ajouter que, en droit italien, la réparation des dommages résultant de la vaccination contre la Covid-19 ne dépend pas uniquement d'un régime de responsabilité à proprement parler. Il existe également un système public d'indemnisation. Raison pour laquelle il sera préférable de se référer parfois, pour embrasser large, simplement à la prise en charge du dommage.

4. Ces précisions étant formulées, il reste à envisager successivement les deux cas qui peuvent conduire à une prise en charge du dommage résultant du vaccin contre la Covid-19. En suivant un ordre chronologique, on commencera par la production du vaccin (I), et on terminera par la vaccination (II).

1 C.E. it., 3<sup>e</sup> sect., 20 octobre 2021, n° 7045, spéc. n°s 28.3 et s.

2 Voy. par ex. E. MINERVINI, « Vaccinazioni ed epidemia da Covid-19 », *Danno e resp.*, 2021, n° 5, p. 600.

3 Loi 25 février 1992, n° 210, art. 1<sup>er</sup> bis (créé par le décret-loi 27 janvier 2022, n° 4, art. 20), <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1992-02-25;210> (consulté en avril 2023).

## I. La production du vaccin

5. La référence aux producteurs de vaccins évoque immédiatement la responsabilité du fait du produit défectueux. Mais en droit italien, cela n'épuise pas la matière. L'on peut en effet songer également à la responsabilité du fait d'une activité dangereuse. C'est pourquoi il convient de présenter la distinction entre produit défectueux et produit dangereux (A), avant d'en envisager l'articulation (B).

### A) Distinction entre produit défectueux et produit dangereux

6. La Cour de cassation italienne retient deux fondements pour la responsabilité civile du producteur d'un médicament, y compris un vaccin, qui aurait causé un dommage<sup>4</sup>.

Au premier rang, on doit sans doute placer le régime prévu pour les produits défectueux, issu de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985, transposée aux articles 114 et suivants du Code de la consommation italien<sup>5</sup>.

Mais il ne faut pas négliger la responsabilité civile du producteur d'un vaccin sur le terrain de l'article 2050 du Code civil italien, qui régit la responsabilité civile en cas d'exercice d'une activité dangereuse.

En somme, l'existence de deux régimes parallèles résulte de la différence entre le caractère défectueux et le caractère dangereux du vaccin.

Reste alors à articuler ces deux fondements en matière de vaccination contre la Covid-19<sup>6</sup>.

### B) Articulation entre produit défectueux et produit dangereux

7. Au regard de la responsabilité civile organisée par le Code de la consommation italien, le producteur n'est pas responsable s'il prouve que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, ne permettait pas encore de considérer le produit comme étant défectueux<sup>7</sup>.

La Cour de cassation italienne a déjà considéré que cette preuve peut résulter notamment du fait que la mise en circulation du produit a été autorisée par les autorités sanitaires<sup>8</sup>. Transposé aux vaccins contre la Covid-19, autorisés

4 Cass., 3<sup>e</sup> civ. it., 7 novembre 2019, n° 28626.

5 <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2005-09-06;206> (consulté en avril 2023).

6 A. AMIDEI, « Le responsabilità del produttore di vaccini nella gestione dell'ignoto scientifico », in E. GABRIELLI et U. RUFFOLO, dossier *Vaccinazioni: diritti, doveri, responsabilità*, *Giur. it.*, octobre 2022, pp. 2290 et s.

7 C. conso. it., art. 118, e).

8 Cass., 3<sup>e</sup> civ. it., 29 juillet 2015, n° 15851.

par les autorités sanitaires italiennes, ce raisonnement pourrait conduire à écarter la responsabilité civile du producteur<sup>9</sup>.

**8.** On ne saurait pas en dire autant s'agissant de la responsabilité civile fondée sur le Code civil italien. Puisqu'en l'occurrence le responsable a exercé une activité dangereuse, pour s'exonérer il ne lui suffit pas de prouver qu'il s'est conformé à la législation en vigueur ; encore faut-il qu'il démontre avoir mis tout en œuvre pour éviter la survenance du dommage.

Plus précisément, le producteur d'un médicament doit prouver bien sûr qu'il a respecté les protocoles applicables, mais aussi qu'il a fourni une information adéquate quant aux effets indésirables et qu'il a réalisé un monitoring constant pour adopter toute mesure qui se révélerait nécessaire même après la mise en circulation<sup>10</sup>. Où l'on voit que cette preuve plus articulée pourrait être exigée du producteur d'un vaccin contre la Covid-19<sup>11</sup>.

**9.** Si l'on reprend le fil, l'éventuelle responsabilité du producteur du vaccin suppose deux vérifications, qui relèvent de deux moments différents<sup>12</sup>.

En amont, avant la mise en circulation du vaccin, la question est de savoir si le produit pouvait ou non être considéré défectueux à la lumière des connaissances scientifiques et techniques.

En aval, après la mise en circulation, la question devient celle de l'adoption ou non de toutes les mesures possibles pour accompagner cette activité dangereuse et éviter la survenance du dommage.

Mais à vrai dire, la plupart des questions ne portent pas sur la production du vaccin. Elles se concentrent sur la vaccination elle-même.

## II. La vaccination

**10.** Dans un premier temps, la prise en charge des dommages pouvant résulter de la vaccination contre la Covid-19 a suscité des hésitations. On s'en tiendra aux principales, en les organisant selon les types de victimes.

Pour les victimes, les plus nombreuses, pour lesquelles la vaccination était facultative, on pouvait songer soit à une loi de 1992, laquelle avait cependant pour objet les cas de vaccinations obligatoires<sup>13</sup>, soit au régime de responsabilité civile organisé en matière médicale<sup>14</sup>.

9 Rappr. I.L. NOCERA, « Responsabilità per danno da farmaco tra gestione del rischio e ruolo delle informazioni », *Danno e resp.*, 2022, n° 6, p. 680.

10 Cass., 3° civ. it., 7 mars 2019, n° 6587.

11 D. ZORZIT, « La responsabilità del Ministero della Salute da “vaccino pericoloso”: spunti di rilettura negli attuali scenari dell'epidemia da Covid-19 », *Danno e resp.*, 2021, n° 6, p. 740.

12 A. AMIDEI, « Le responsabilità del produttore di vaccini nella gestione dell'ignoto scientifico », *op. cit.*, p. 2292.

13 Loi 25 février 1992, n° 210, préc.

14 Loi n° 24 du 8 mars 2017, <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2017;24> (consulté en avril 2023).

On aurait pu croire que les choses étaient plus simples s'agissant des victimes pour lesquelles la vaccination était obligatoire, notamment les professionnels de santé mais aussi d'autres professionnels<sup>15</sup>. Pourtant, ici aussi l'application de la loi de 1992 qui vient d'être mentionnée était loin d'être acquise. Car la loi prévoyant une obligation vaccinale contre la Covid-19 pour certaines personnes contenait initialement une disposition, en vertu de laquelle aucune charge ne pouvait en résulter pour le trésor public<sup>16</sup>.

Le législateur a depuis sonné le glas à bien des égards de la distinction entre les deux types de victimes – on y reviendra. Mieux vaut alors présenter la prise en charge des dommages consécutifs à la vaccination contre la Covid-19 en distinguant, de manière classique, son fondement (A) et son régime (B).

## A) Fondement

**11.** Avant même la crise sanitaire, le Conseil constitutionnel italien a fourni deux éclairages susceptibles d'intéresser la matière qui nous occupe.

D'abord, il a affirmé qu'une vaccination peut être obligatoire à condition qu'elle ne vise pas uniquement à protéger la santé du vacciné mais aussi celle des autres. L'affirmation n'est pas neutre, parce qu'elle entraîne comme conséquence que l'éventuel dommage résultant de la vaccination doit faire l'objet d'une indemnisation mise à la charge de la collectivité<sup>17</sup>. En peu de mots : un régime d'indemnisation par l'État est nécessaire en cas de vaccination obligatoire.

Puis, le Conseil constitutionnel a franchi un pas supplémentaire : il a appliqué le même raisonnement au cas d'une vaccination non obligatoire, mais tout de même recommandée par l'État. Si la vaccination n'est pas simplement facultative mais recommandée, c'est parce qu'elle ne vise pas uniquement à protéger le vacciné mais plus globalement les autres, ce qui impose, là aussi, une collectivisation de l'indemnisation du dommage qui peut en résulter<sup>18</sup>. En clair, l'indemnisation par l'État est nécessaire également en cas de vaccination recommandée.

**12.** On comprendra alors que le législateur italien ait retouché à double titre le régime applicable aux dommages dus au vaccin contre la Covid-19.

La première nouveauté, d'apparence moins grande mais en réalité importante, a consisté à supprimer la disposition susmentionnée en vertu de laquelle l'obligation vaccinale ne devait pas entraîner de charge pour le trésor public<sup>19</sup>.

15 Décret-loi 1<sup>er</sup> avril 2021, n° 44, art. 4 et s., <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2021-04-01;44> (consulté en avril 2023). Voy. par ex. M. MISCIONE, « La giurisprudenza sulla legislazione Covid », *Il lav. nella giur.*, 2022, n° 1, p. 91.

16 Décret-loi 1<sup>er</sup> avril 2021, n° 44, préc., art. 4, al. 12.

17 C. constit. it., 14 juin 1990, n° 307/1990.

18 C. constit. it., 23 février 1998, n° 27/1998.

19 Décret-loi 26 novembre 2021, n° 172.

Il en résulte que les victimes d'un dommage causé par la vaccination obligatoire contre la Covid-19 peuvent désormais se fonder sur l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1992 pour demander une indemnisation<sup>20</sup>.

Mais ce n'est pas tout. Le changement le plus remarquable consiste en l'ajout d'un article 1<sup>er</sup>*bis* à cette même loi, aux termes duquel l'indemnisation est due également aux victimes d'un dommage dû à la vaccination contre la Covid-19 – qui est expressément visée – simplement recommandée par l'autorité sanitaire italienne<sup>21</sup>.

Voyons alors quel est le régime concrètement applicable.

## B) Régime

**13.** Premièrement, les modalités d'indemnisation peuvent être synthétisées comme suit.

La victime, qui peut être le vacciné mais aussi l'enfant dont le parent a été vacciné pendant la grossesse<sup>22</sup>, doit avoir subi une atteinte permanente à son intégrité psycho-physique<sup>23</sup>.

En pareil cas, elle formule une demande d'indemnisation en déposant un dossier au ministère de la Santé, par l'intermédiaire d'une agence locale de santé qui en vérifie le contenu<sup>24</sup>. Que doit contenir ce dossier ? Les documents établissant la date de la vaccination, les données relatives au vaccin, les conséquences de la vaccination ainsi que l'étendue de l'atteinte permanente à l'intégrité psycho-physique<sup>25</sup>. S'il y a aggravation du préjudice, une révision de l'indemnisation peut avoir lieu<sup>26</sup>.

En cas de vaccination, la demande d'indemnisation doit être formulée dans un délai de trois ans. La discussion a tourné essentiellement autour du point de départ de ce délai. Pour y mettre fin, le Conseil constitutionnel italien a récemment déclaré contraire à la Constitution italienne l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi de 1992 qui organise l'indemnisation qui nous occupe, au motif qu'il prévoit que le délai triennal court à compter de la connaissance du dommage, alors que ce délai ne peut courir que si la victime a également connaissance du fait que le dommage est réparable<sup>27</sup>. Appliquée à la vaccination contre la Covid-19, cette décision invite à penser que pour les dommages survenus avant l'entrée en vigueur des modifications législatives évoquées plus haut, le

20 Loi 25 février 1992, n° 210, préc.

21 *Ibid.*, art. 1<sup>er</sup>*bis* (créé par le décret-loi 27 janvier 2022, n° 4, art. 20).

22 *Ibid.*, art. 2, al. 6.

23 *Ibid.*, art. 1<sup>er</sup>.

24 *Ibid.*, art. 3, al. 1<sup>er</sup>.

25 *Ibid.*, art. 3, al. 3.

26 *Ibid.*, art. 6.

27 C. constit. it., 9 février 2023, n° 35/2023.

délai ne court pas à compter du jour de la survenance du dommage mais du jour de cette entrée en vigueur.

L'existence d'un lien de causalité entre la vaccination et l'atteinte permanente à l'intégrité psycho-physique est appréciée par une commission médicale<sup>28</sup>. La décision peut faire l'objet de recours devant le ministre de la Santé ou devant le juge judiciaire<sup>29</sup>.

**14.** Deuxièmement, l'étendue de l'indemnisation est standardisée<sup>30</sup>.

Concrètement, pour faire simple, une rente viagère est déterminée sur la base d'un référentiel.

À cela peut s'ajouter une somme pour chaque année allant de la survenance du dommage jusqu'à l'obtention de l'indemnisation, laquelle s'élève à 30 % du montant prévu par ce même référentiel.

Si la vaccination a entraîné le décès de la victime, l'ayant droit peut opter pour la réversion de la rente pendant quinze ans ou alors pour une somme forfaitaire d'un montant d'environ 75.000 euros.

**15.** Troisièmement, et enfin, on notera que cette indemnisation n'est pas exclusive d'une réparation du préjudice<sup>31</sup>. En effet, si le législateur italien a adopté des dispositions pour écarter la responsabilité pénale des personnes ayant administré les vaccins contre la Covid-19 – dès lors que les protocoles applicables ont été respectés –<sup>32</sup>, il n'en a pas fait autant en ce qui concerne leur responsabilité civile.

Le régime de responsabilité civile applicable en matière médicale<sup>33</sup> pourrait donc être invoqué<sup>34</sup> – de manière non cumulative mais alternative par rapport à l'indemnisation<sup>35</sup>, bien que les deux voies n'emportent pas exactement les mêmes conséquences –, en prouvant par exemple une mauvaise conservation du vaccin ou une erreur lors de l'injection de celui-ci.

28 Loi 25 février 1992, n° 210, préc., art. 4.

29 *Ibid.*, art. 5.

30 *Ibid.*, art. 2.

31 T. RUMI, « Consenso informato e danni da vaccinazioni “consigliate” », *Contr. e impr.*, 2022, n° 1, pp. 128 et s.

32 Décret-loi 1<sup>er</sup> avril 2021, n° 44, art. 3 et s., <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legge:2021;44~art3> (consulté en avril 2023).

33 Loi n° 24 du 8 mars 2017, préc., art. 7.

34 M. SAVINI NICCI et A. AMIDEI, « La responsabilità per la somministrazione del vaccino “anti Sars-Cov-2” », in E. GABRIELLI et U. RUFFOLO, dossier *Vaccinazioni: diritti, doveri, responsabilità*, *op. cit.*, p. 2282.

35 Cass., ass. plén. it., 22 mai 2018, n°s 12564, 12565, 12566 et 12567.



**Chapitre 8.**  
**Les responsabilités civiles liées**  
**à la vaccination contre la Covid-19**  
**Rapport portugais**

---

**Maria João VASCONCELOS**

*Professora Auxiliar à l'Universidade do Minho*

## I. Les producteurs de vaccins peuvent-ils voir leur responsabilité engagée ? Si oui, sur quel(s) fondement(s) ? À quelle(s) condition(s) ?

En droit portugais, les dommages imputables à un vaccin engagent la responsabilité du producteur, y compris dans le cadre de la vaccination contre la Covid-19.

Cette question est réglementée au niveau de l'Union européenne par la directive n° 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité objective – c'est-à-dire indépendante de la faute – du fait des produits défectueux, et transposée en droit national par le décret-loi n° 383/89 du 6 novembre, dans sa version actuelle<sup>1</sup>.

La responsabilité des producteurs de vaccins est subordonnée à la réunion de certaines conditions.

Tout d'abord, il convient de prouver le défaut de sécurité du vaccin. Il peut résulter d'un défaut de conception, de fabrication ou d'un défaut d'information.

Ensuite, il faut établir que victime a été vaccinée avec le produit défectueux et que le préjudice est imputable au vaccin. En d'autres termes, dans ce dernier cas, il s'agit de prouver le lien de causalité entre le défaut du produit et le préjudice.

Enfin, la preuve d'un préjudice réel et quantifiable doit être rapportée et le producteur du vaccin doit être identifié.

## II. Les producteurs de vaccins peuvent-ils échapper à leur responsabilité ? Comment ? *Quid* des contrats passés par les laboratoires avec les États relatifs à la mise sur le marché des vaccins ?

Les producteurs de vaccins peuvent échapper à leur responsabilité en invoquant certaines causes d'exonération, notamment celles prévues par des clauses contractuelles insérées dans les contrats conclus avec les États pour la mise sur le marché des vaccins.

Il est fréquent que les contrats de fourniture de vaccins contiennent des clauses limitant la responsabilité des fabricants en cas d'effets indésirables ou de défaut de sécurité du produit. Elles peuvent prendre différentes formes, telles que la limitation de la responsabilité financière, l'exclusion de certains types de préjudices ou la fixation d'un plafond d'indemnisation.

<sup>1</sup> Voy. J. CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1999 (reimpression).

Dans le contexte de la pandémie de Covid-19, les gouvernements ont négocié des contrats d'achat anticipé avec les fabricants de vaccins, afin d'assurer un approvisionnement rapide et en quantité suffisante de vaccins pour la population. Ces contrats prévoient des clauses limitant la responsabilité des fabricants en cas de préjudice lié à la vaccination.

En droit portugais, les clauses d'exclusion et de limitation de la responsabilité du fabricant pour les dommages personnels découlant des vaccins sont nulles car contraires à l'ordre public. Les dommages personnels désignent des atteintes à la vie, à la santé ou à l'intégrité physique. De telles clauses liées à ce type de dommages, même si elles sont contenues dans les limites de la faute légère, seraient attentatoires à l'ordre public et donc nulles (art. 809 C. civ.).

Le contrat de vente de vaccins contre la Covid-19, signé entre l'État et les entreprises pharmaceutiques, est un contrat dont les effets bénéficient à des tiers. Il s'agit d'un contrat dans lequel des obligations de protection sont étendues à certaines personnes, non participantes à sa conclusion ; en cas de violation, ces personnes ont un droit à réparation au même titre que le créancier.

Le débiteur ayant valablement exclu sa responsabilité envers le créancier, dans les relations avec les tiers la clause produirait les mêmes effets que dans les relations internes, avec la limite des dommages personnels (en plus des limites générales de la faute intentionnelle et de la faute lourde).

Ces clauses seront toutefois sans effet à l'égard des tiers lorsqu'ils n'en auront pas eu connaissance : s'ils n'ont pas donné leur consentement, la clause ne leur est opposable, et de ce fait le producteur ne sera pas exonéré de sa responsabilité.

L'utilisation du vaccin – notamment dans le cadre d'une autorisation d'utilisation exceptionnelle – avant la fin des essais de phase 3 est susceptible d'engager la responsabilité du fabricant. Ce dernier ne pourra pas se prévaloir de la clause d'exclusion de responsabilité prévue à l'article 5, (e), du décret-loi précité, dans la mesure où – compte tenu de l'incomplétude des essais – « l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où le produit a été mis en circulation, ne permettait pas de détecter l'existence du défaut ». La possibilité d'une utilisation précoce du vaccin, en vertu d'une autorisation temporaire ou conditionnelle de mise sur le marché, accroît le risque inhérent à l'activité des entreprises pharmaceutiques. Ces dernières ne sont généralement pas disposées à accepter un tel risque, notamment en raison de la difficulté à le transférer à un assureur à des coûts raisonnables.

Il est important de noter que, dans le contexte de la pandémie de Covid-19, la Fédération européenne des associations et industries pharmaceutiques (EFPIA) négociait avec l'Union européenne l'introduction d'une exclusion de responsabilité pour les dommages imputables aux vaccins contre la Covid-19.

En outre, l'État portugais assure, à travers l'INFARMED<sup>2</sup>, la surveillance de la sécurité des vaccins mis sur le marché et doit prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé publique, y compris l'exercice d'actions en justice contre les fabricants de vaccins à la suite des préjudices causés par leurs produits.

### **III. Est-il concevable, dans les différents États, de rechercher la responsabilité des autorités sanitaires publiques pour la stratégie mise en place s'agissant de la vaccination contre la Covid-19 (autorisation du vaccin, caractère obligatoire ou pas de la vaccination) ? Si oui, sur quel(s) fondement(s) ?**

Il est possible de rechercher la responsabilité des autorités sanitaires publiques au Portugal pour la stratégie de vaccination contre la Covid-19.

La responsabilité des autorités sanitaires publiques peut être engagée si elles ont commis des fautes ou des négligences dans la gestion de la pandémie, y compris dans leur stratégie de vaccination. Les fondements juridiques sur lesquels une telle responsabilité pourrait être recherchée varient selon les cas, mais ils peuvent inclure des dispositions constitutionnelles (art. 22 CRP) et des dispositions législatives. C'est la loi n° 44/86 du 30 septembre (modifiée par la loi organique n° 1/2012 du 11 mai) qui organise l'état de siège et l'état d'urgence sanitaire. Selon cette loi, « les citoyens dont les droits, libertés et garanties ont été violés par la déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence, ou par une mesure adoptée pendant sa durée, atteinte d'inconstitutionnalité ou d'illégalité, notamment par une privation illégale ou injustifiée de liberté, ont droit à une indemnisation correspondante dans les termes généraux ». La loi n° 67/2007 du 31 décembre, qui fixe le régime de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État et des autres entités publiques, est également applicable.

En ce qui concerne l'autorisation des vaccins, l'Agence européenne des Médicaments (EMA) est responsable de l'évaluation scientifique des demandes d'autorisation de mise sur le marché des vaccins dans l'Union européenne.

Si les autorités sanitaires publiques portugaises (INFARMED) ont autorisé un vaccin en dépit de preuves scientifiques suffisantes ou si elles n'ont pas respecté les procédures réglementaires en vigueur, une faute ou une négligence engageant leur responsabilité pourrait leur être opposée.

En ce qui concerne le caractère obligatoire ou non de la vaccination, les autorités sanitaires publiques portugaises ont pris la décision de ne pas rendre

<sup>2</sup> Institut national du médicament et des produits de santé.

la vaccination directement obligatoire, mais ont fortement encouragé la population à se faire vacciner.

En ce qui concerne la stratégie de vaccination, il convient de souligner que même l'obligation indirecte consistant à rendre le vaccin exigible pour l'accès à certaines prestations ou à certains services publics doit être approuvée par un décret adopté ou autorisé par le parlement, car il s'agit d'une question de droits, de libertés et de garanties protégées par la Constitution de la République Portugaise (art. 165, § 1, al. b). De plus, cette obligation doit également passer le test de proportionnalité énoncé à l'article 18, paragraphe 2, de la Constitution, qui s'applique aux restrictions des droits, libertés et garanties.

Enfin, si une personne a subi des dommages en raison d'une vaccination qu'elle a acceptée, elle pourrait tenter de rechercher la responsabilité des autorités sanitaires publiques pour ne pas l'avoir informée suffisamment des risques liés à la vaccination.

#### **IV. Les professionnels de santé (personnes morales (établissement de soins privés et publics), personnes physiques (médecins, pharmaciens, infirmiers...)) peuvent-ils voir leur responsabilité engagée ? Si oui, sur quel(s) fondement(s) ?**

Au Portugal, les professionnels de santé (personnes morales et physiques) engagent leur responsabilité en cas de faute ou de négligence liée à la vaccination contre la Covid-19 dans l'exercice de leur profession.

En présence d'actes médicaux réalisés dans des cliniques ou hôpitaux publics, le régime applicable est prévu dans la loi n° 67/2007 du 31 décembre. La responsabilité « principale » incombe à l'établissement public, qui dispose d'un droit de recours contre le professionnel de santé qui a pratiqué l'acte, mais seulement si celui-ci a agi à la suite d'un dol ou d'une négligence grossière. La responsabilité civile des établissements de santé privés obéit au régime prévu par le Code civil. La responsabilité incombe également au professionnel de santé, et l'établissement de santé est solidairement responsable (art. 800 C. civ.).

Les personnes physiques, quant à elles, engagent leur responsabilité pour faute ou négligence dans l'exercice de leur profession, conformément aux règles générales de la responsabilité civile. La faute peut résulter, par exemple, d'une erreur de diagnostic, d'un manquement aux obligations d'information et de consentement éclairé, ou encore d'un défaut de surveillance post-vaccinale.

Il convient de souligner que la responsabilité des professionnels de santé est subordonnée à la preuve d'une faute ou négligence dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que du lien de causalité entre cette faute et le préjudice subi par le patient.

**V. En cas de dommages causés par le vaccin, existe-t-il un système d'indemnisation spécifique ou la création d'un tel fonds a-t-elle été envisagée dans vos systèmes juridiques ?**

Au Portugal, il n'existe pas de système d'indemnisation ou de fonds d'indemnisation spécifiques des victimes de la vaccination contre la Covid-19.

**Chapitre 9.**  
**Les responsabilités civiles liées**  
**à la vaccination contre la Covid-19**  
**Rapport tchèque**

---

**Veronika VANIŠOVÁ**  
*Université d'Économie de Prague*

## Introduction

La situation de crise, déclenchée par la pandémie inattendue et sans précédent provoquée par le nouveau coronavirus Covid-19, a eu des effets dramatiques non seulement sur la santé, l'éducation, les entreprises et l'économie, mais aussi sur l'environnement juridique.

Rétrospectivement, on peut dire que les autorités compétentes de la République tchèque ont réagi assez rapidement à la situation. Dès mars 2020, le gouvernement et le ministère de la santé ont entamé leurs activités normatives en matière de pandémie. Dans les semaines et les mois qui ont suivi, ils ont progressivement publié plusieurs centaines de mesures administratives ou autres en réponse à l'évolution de la pandémie.

Le premier enregistrement dans les statistiques Covid de la République tchèque est celui du premier test PCR réalisé le 27 janvier 2020<sup>1</sup>. Le premier cas de Covid-19 a été confirmé en République tchèque le 1<sup>er</sup> mars 2020. Au 11 mars 2020, 95 personnes dont la contamination était confirmée étaient recensées dans le pays. Cette date marque le début de la mise en place par l'État de restrictions sans précédent : suppression de l'enseignement à temps plein dans les écoles et interdiction de la tenue d'événements de masse réunissant 100 personnes ou plus. Le lendemain, le 12 mars 2020, l'état d'urgence a été déclaré et les manifestations de masse ont été limitées à vingt personnes. Le vendredi 13 mars, une quarantaine obligatoire de 14 jours a été imposée au retour de l'étranger, les transports longue distance ont été annulés et les frontières de l'État ont été fermées à partir de minuit. La fermeture des commerces et des services a ensuite été annoncée à partir du samedi 16 mars. Le dixième jour après la déclaration de l'état d'urgence, le premier décès lié à la Covid-19 a été enregistré sur le territoire tchèque<sup>2</sup>.

Le dénominateur commun des actes administratifs anti-pandémiques émis par l'administration de l'État est leur finalité, qui est la protection de la santé publique. Certaines mesures, comme les réglementations imposant le port du masque ou le respect de l'espacement dans les commerces, peuvent être considérées comme moins strictes, tandis que d'autres, comme les restrictions voire les interdictions totales d'accès aux magasins, aux écoles, aux lieux de travail ou aux restaurants, sont considérées comme très strictes par le grand public et nombre d'entre elles font l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Dans le même temps, les mesures prises ont eu pour effet d'élargir l'éventail des infractions susceptibles d'être commises dans le cadre de plusieurs régimes juridiques différents, en fonction de la nature des lois sous l'autorité desquelles les mesures individuelles ont été prises.

1 J. SLABÁ, « Vládní boj proti pandemii: přehled opatření vydaných v souvislosti s pandemií onemocnění covid-19 v Česku v letech 2020 a 2021 », *Demografie*, 2022, vol. 64, n° 2, <https://doi.org/10.54694/dem.0303>.

2 *Ibid.*

Schématiquement, les mesures de lutte contre la pandémie ont été prises en République tchèque dans le cadre de trois régimes juridiques différents. Chacun d'entre eux était inscrit dans une réglementation juridique spécifique et chacun était également associé à un système de sanctions différent en cas de violation des mesures adoptées :

- 1<sup>re</sup> catégorie de mesures : les mesures dites de crise, prises par le gouvernement tchèque pendant la période de pandémie dans le cadre de l'état d'urgence. Le texte autorisant le gouvernement à prendre des mesures de crise est la loi n° 240/2000 Coll. sur la gestion des crises et sur les modifications apportées à certaines lois, telle que modifiée (loi sur la crise) ;
- 2<sup>e</sup> catégorie de mesures : les mesures d'urgence prises par le ministère de la santé en vertu de la loi n° 258/2000 Coll. sur la protection de la santé publique ;
- 3<sup>e</sup> catégorie de mesures : les mesures de lutte contre la pandémie prises en vertu de la loi n° 94/2021, dite la loi sur les pandémies. En vertu de la loi sur les pandémies, les mesures d'urgence ne sont ordonnées qu'après la déclaration d'une « alerte pandémique ». Selon la loi, ces mesures d'urgence expirent automatiquement à la fin de la période d'alerte pandémique.

Pour distinguer les mesures relevant des deuxième et troisième catégories ci-dessus, les termes de « mesures d'urgence » et de « mesures anti-pandémiques » ont été introduits. Une mesure d'urgence est une mesure de lutte contre la pandémie qui a été promulguée et introduite en vertu de la loi sur la protection de la santé publique, tandis qu'une mesure anti-pandémie est une mesure inscrite dans une loi spéciale de lutte contre la pandémie. L'abréviation législative et couramment utilisée « mesures de crise », a été utilisée pour désigner les instruments anti-pandémiques relevant de la première catégorie, c'est-à-dire les mesures émises sous l'autorité de la loi sur la crise.

## **I. Responsabilité et sanctions en cas de violation des mesures de crise prises en vertu de la loi sur la crise**

Face à l'aggravation de la situation pandémique, le gouvernement de la République tchèque a décidé de déclarer l'état d'urgence et d'adopter des mesures d'urgence dans ce cadre.

La déclaration de l'état d'urgence est permise par la loi n° 110/1998 Coll. sur la sécurité de la République tchèque. Dans le cadre de l'état d'urgence, il est possible d'adopter des mesures de crise sur la base de la loi sur la crise, ce qui est de nature à permettre de gérer la situation plus rapidement et plus efficacement. La déclaration de l'état d'urgence relève de la responsabilité du Premier ministre, dont la décision est ensuite approuvée ou annulée par le gouvernement dans les 24 heures. Selon la Constitution, l'état d'urgence peut être déclaré pour une durée maximale de 30 jours. Toute prolongation ultérieure de l'état d'urgence doit être approuvée par la chambre des députés.

La loi sur la crise est le principal instrument juridique qui régit l'élaboration des normes de crise, c'est-à-dire l'adoption de mesures de crise.

En particulier, la loi sur la crise établit la compétence et l'autorité des organes de l'État et des organes des unités territoriales autonomes, ainsi que les droits et obligations des personnes morales et physiques en ce qui concerne la préparation aux situations de crise qui ne sont pas liées à la défense de la République tchèque contre une attaque extérieure<sup>3</sup>, la gestion de ces situations, la protection des infrastructures critiques et la responsabilité en cas de manquement à ces obligations.

En 2020 et 2021, cinq états d'urgence au total ont été déclarés en République tchèque, formant deux longues périodes continues d'urgence. Le premier état d'urgence a été déclaré en lien avec les premiers cas d'infection en République tchèque et a duré de la mi-mars à la mi-mai 2020. La deuxième période d'urgence continue a duré d'octobre 2020 à la mi-avril 2021, avec trois états d'urgence différents, qui ont été progressivement étendus d'un point de vue législatif.

L'organe gouvernemental le plus important en matière d'activités normatives lors d'une urgence pandémique est sans aucun doute le gouvernement, et plus précisément le ministère de la santé. Sur la base des dispositions des articles 5 et 6 de la loi sur la crise, le gouvernement émet des mesures de crise dont il peut préciser la mise en œuvre par le biais de résolutions.

Une mesure de crise, au sens de la loi sur la crise, est une mesure organisationnelle ou technique destinée à faire face à une situation de crise et à en éliminer les conséquences, y compris les mesures qui portent atteinte aux droits et obligations des personnes. Conformément aux dispositions pertinentes de la loi sur la crise, le gouvernement prend des mesures de crise diverses :

- restrictions à la liberté de circulation et de résidence dans une zone ou un territoire déterminé ;
- restrictions au droit de se réunir pacifiquement dans une zone ou un territoire défini ;
- restrictions au droit d'exercer une activité commerciale ;
- interdiction de l'entrée, du séjour et de la circulation des personnes dans des lieux ou territoires déterminés ;
- imposition d'une obligation de travail ou d'une aide au travail.

Toutes les personnes physiques résidant sur le territoire de la République tchèque sont tenues de tolérer les restrictions résultant des mesures de crise établies pendant l'état d'urgence<sup>4</sup>. Le non-respect des obligations imposées par les mesures de crise affectant les domaines énumérés ci-dessus peut donner

3 Les situations de crise liées à la défense de la République tchèque relèvent du champ d'application de la loi n° 222/1999 sur la défense de la République tchèque.

4 Art. 31, § 3, pt e), de la loi sur la crise.

lieu à des sanctions. Cependant, un aspect spécifique et très critiqué de ce régime juridique en temps de pandémie est que seules les personnes physiques peuvent être sanctionnées en vertu de la loi sur la crise. La responsabilité des personnes morales en cas de violation des mesures de crise dans les domaines susmentionnés n'est pas couverte par cette législation<sup>5</sup>.

Conformément aux dispositions de l'article 34, paragraphe 1, point a), i), de la loi sur la crise, seule une personne physique peut commettre une infraction en ne respectant pas les obligations découlant d'une mesure de crise. Cette personne physique est passible d'une amende pouvant aller jusqu'à 820 euros<sup>6</sup>. En cas de violation d'une obligation découlant d'une mesure de crise qui régit la fourniture d'une obligation de travail ou d'une aide au travail, une amende pouvant aller jusqu'à 4.100 euros peut être imposée<sup>7</sup>. La loi sur la crise prévoit également des infractions pour lesquelles une amende pouvant aller jusqu'à 82.000 euros peut être prononcée, mais celles-ci ne concernent pas les domaines cités ci-dessus, c'est-à-dire les domaines dans lesquels le gouvernement de la République tchèque a déclaré des mesures de crise au cours de la pandémie.

Les violations les plus fréquentes des résolutions émises par le gouvernement de la République tchèque pendant la période de validité des mesures de crise sont les suivantes :

- violation de l'interdiction de la libre circulation des personnes ;
- violation de l'interdiction de la vente au détail et des services ;
- violation des restrictions au fonctionnement des écoles et des établissements d'enseignement ;
- violation des obligations de travail imposées aux étudiants et élèves des facultés de médecine et des écoles secondaires ;
- violation des restrictions relatives au fonctionnement des bureaux et aux contacts entre les personnels administratifs et le public ;
- violation des restrictions concernant les visites aux établissements de soins de santé et de services sociaux ;
- violation de l'interdiction des visites dans les centres de détention, les prisons et les établissements d'exécution de la détention provisoire<sup>8</sup>.

5 Il convient de souligner que la loi sur la crise connaît les infractions des personnes morales et des personnes physiques exerçant une activité commerciale, mais celles-ci touchent des domaines différents. Elles sont punies d'une amende pouvant aller jusqu'à 103.000 euros.

6 L'article 34(3) de la loi sur la crise prévoit une amende maximale de 20.000 CZK. Pour une meilleure compréhension, le montant de l'amende est converti en euros selon le taux de change en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2023. Ce taux de change est utilisé pour toutes les conversions mentionnées dans cet article.

7 À un moment donné de la pandémie, la République tchèque a imposé aux étudiants en dernière année de médecine de travailler.

8 T. POKORNÝ et Š. KREJČÍČKOVÁ, « Sankce za dob koronavirové pandemie – Odpovědnost za přestupky – 1. díl seriálu », *Epravo.cz*, 4 décembre 2020, disponible à l'adresse : <https://www.epravo.cz/top/clanky/sankce-za-dob-koronavirove-pandemie-odpovednost-za-prestupky-1-dil-seriálu-112238.html>.

La loi sur la crise ne détermine pas quelles sont les autorités chargées de traiter le non-respect éventuel des obligations découlant des mesures de crise. Toutefois, elle peut être interprétée comme signifiant que les autorités compétentes sont les autorités municipales à compétence étendue désignées en fonction du lieu où l'acte préjudiciable a été commis.

L'émergence de la responsabilité pour non-respect des mesures de crise peut être illustrée par le cas notoire de l'exploitation d'un établissement de restauration, malgré l'interdiction d'une telle activité pendant l'état d'urgence. Par sa résolution n° 1079 sur l'adoption de la mesure d'urgence, le gouvernement de la République tchèque a déjà interdit l'accès aux établissements de restauration entre 20 heures et 6 heures à compter du 12 mars. Le contrevenant est toute personne physique qui utilise les services d'un établissement de restauration, mais aussi toute personne qui autorise l'exploitation d'un tel établissement. Ces deux personnes sont passibles d'une amende pouvant aller jusqu'à 820 euros.

Dans ce cas, l'établissement de restauration en tant que personne morale n'est pas responsable de la violation de l'interdiction d'exploitation. En revanche, cette responsabilité incombe à toute personne physique concernée, qu'il s'agisse d'un employé ou d'un membre de l'organe statutaire qui autorise l'opération. À cet égard, il convient de souligner que la personne qui doit être précisément tenue pour responsable du non-respect de la mesure d'urgence n'est pas clairement identifiée : s'agit-il des employés qui ont permis à l'établissement de fonctionner pendant la période d'interdiction ? du gérant ? du propriétaire de l'établissement ? La loi sur la crise n'apporte pas de réponse à cette question et il appartient aux autorités compétentes d'évaluer la responsabilité spécifique encourue à la lumière des circonstances particulières de l'affaire.

Comme indiqué ci-dessus, dans le cadre de la loi sur la crise, ni les personnes morales ni les personnes physiques exerçant une activité commerciale ne sont tenues de respecter les interdictions résultant des mesures de crise dans les domaines susmentionnés ou bien la loi ne prévoit pas de sanctions à leur encontre. En tout état de cause, les autorités publiques ont le droit de restreindre leurs activités commerciales en adoptant une mesure de crise, par exemple en limitant les heures d'ouverture autorisées ou même en fermant complètement l'établissement commercial. La loi impose également plusieurs obligations importantes aux personnes morales : par exemple, participer au plan de crise, exécuter les tâches qui leur sont imposées par l'autorité compétente en matière de gestion de crise ou fournir, sur demande, les ressources matérielles nécessaires pour faire face à la situation de crise. Toutefois, la loi n'impose pas de sanctions aux entités juridiques en cas de manquement à ces obligations.

## II. Responsabilité et sanctions en cas de violation des mesures d'urgence prises en vertu de la loi sur la protection de la santé publique

La loi sur la protection de la santé publique, en vertu de laquelle des mesures d'urgence ont été prises par le ministère de la santé pendant la pandémie de Covid-19, régleme les domaines suivants :

- a) les droits et obligations des personnes physiques et morales dans le domaine de la protection et de la promotion de la santé publique ;
- b) le système des organismes de protection de la santé publique, leur champ d'action et leurs pouvoirs ;
- c) les tâches des autres autorités publiques dans les domaines de la protection et de la promotion de la santé publique<sup>9</sup>.

La santé publique est la santé de la population et de ses groupes. La protection de la santé publique est l'ensemble des activités et des mesures tendant à créer et à protéger des conditions de vie et de travail saines et à prévenir la propagation des maladies infectieuses et des maladies de masse<sup>10</sup>.

Conformément à la loi sur la protection de la santé publique, en cas d'épidémie ou de risque d'épidémie, l'autorité nationale compétente pour la protection de la santé publique peut ordonner des mesures d'urgence et, si nécessaire, demander l'assistance de la police de la République tchèque pour leur mise en œuvre. Dans le même temps, les personnes physiques et morales sont tenues de respecter les mesures d'urgence prévues par la loi sur la santé publique<sup>11</sup>.

Sont autorisés à prendre des mesures d'urgence, d'une part, le ministère de la santé et, d'autre part, les centres de santé locaux compétents (en fonction de la situation épidémique locale). Pendant la pandémie et l'état d'urgence qui s'en est suivi, la grande majorité des mesures d'urgence ont été prises par le ministère de la santé.

Conformément aux dispositions de la loi sur la protection de la santé publique, le ministère de la santé est habilité à prendre les mesures d'urgence suivantes :

- interdire ou restreindre la production, la transformation, le stockage, le transport, l'importation, l'exportation, la vente et toute autre manipulation de denrées alimentaires et d'autres produits susceptibles de propager des maladies infectieuses, ou ordonner leur destruction ;
- interdire ou restreindre les contacts entre des groupes de personnes suspectées d'être infectées et d'autres personnes : restriction des voyages en provenance de certaines zones ; restriction des transports entre certaines

9 Section 1 de la loi n° 258/2000 Coll. sur la protection de la santé publique.

10 Art. 2, §§ 1 et 2, de la loi sur la protection de la santé publique.

11 Art. 69 de la loi sur la protection de la santé publique.

- zones ; interdiction ou restriction des festivals, des représentations théâtrales et cinématographiques, des rassemblements sportifs et autres et des marchés ; fermeture ou restriction des établissements de soins de jour ou hospitaliers, des établissements de services sociaux, des écoles, des établissements d'enseignement, des centres de convalescence, ainsi que des établissements d'hébergement et des services de restauration ;
- ordonner la répartition des lits dans les établissements de santé ;
  - procéder à des vaccinations d'urgence et à l'administration préventive d'autres médicaments.

La loi sur la protection de la santé publique permet de prendre des mesures d'urgence – pertinentes pour une situation de pandémie – qui recourent en quelque sorte les mesures de crise émises dans le cadre du premier régime mentionné ci-dessus, c'est-à-dire le régime de la loi sur la crise.

Pour l'évaluation de la responsabilité potentielle en cas de non-respect des mesures prévues par ces régimes juridiques, il est essentiel que, bien qu'elles puissent être matériellement substituées, les résolutions gouvernementales sur les mesures d'urgence n'excluent pas la validité des mesures d'urgence émises par le ministère de la santé et *vice versa*. Toutefois, la responsabilité en cas de non-respect des mesures est traitée soit dans le cadre du régime de la loi de crise, soit dans le cadre du régime de la loi sur la protection de la santé publique.

Les mesures d'urgence prises en vertu de la loi sur la protection de la santé publique ont une portée temporelle plus large que les mesures de crise, puisqu'elles sont valables jusqu'à nouvel ordre, tandis que, dans le cas d'une mesure de crise, la résolution du gouvernement déclarant la mesure de crise prévoit généralement une période de validité fixe. Cette différence s'explique par le fait que les mesures de crise prises sur la base de la loi sur la crise sont, par nature, des outils plus stricts pour lutter contre les pandémies (par exemple, interdiction totale des activités commerciales, fermeture des frontières nationales, etc.).

Il apparaît que les manquements les plus fréquents aux obligations résultant des mesures d'urgence émises par le ministère de la santé ont trait :

- aux nouveaux équipements de protection respiratoire ;
- à l'entrée en République tchèque ;
- aux mesures relatives aux commerces de détail et aux services ;
- aux mesures sociales ;
- aux mesures relatives au fonctionnement des autorités administratives ;
- aux précautions à prendre lors des tests d'antigènes et lors de l'utilisation d'équipements de protection ;
- à l'administration pénitentiaire.

La question des infractions et de l'imposition d'amendes est réglementée de manière très détaillée par la loi sur la protection de la santé publique. En ce qui concerne la responsabilité pour non-respect des obligations découlant des mesures d'urgence, la loi prévoit qu'une personne physique, morale ou entrepreneuriale commet une infraction en ne respectant pas une obligation imposée par une mesure d'urgence visant à protéger la santé des personnes physiques lors d'une épidémie ou d'un risque de survenue d'une épidémie<sup>12</sup>.

Cette infraction est passible d'une amende pouvant atteindre 123.400 euros, que l'infraction soit commise par une personne physique, une personne morale ou une personne physique exerçant une activité commerciale. Les autorités compétentes pour traiter les infractions dans le domaine des mesures d'urgence en vertu de la loi sur la protection de la santé publique sont les stations sanitaires localement compétentes.

En ce qui concerne l'appréciation de l'infraction sous l'angle de la faute, il n'est pas sans intérêt de noter que si, dans le cas des personnes physiques, il est nécessaire de prouver la faute pour engager la responsabilité de l'auteur de l'infraction, dans le cas des personnes morales et des personnes physiques exerçant une activité professionnelle, la responsabilité est objective.

### **III. Responsabilité et sanctions en cas de violation des mesures de lutte contre la pandémie prises en vertu de la loi sur les pandémies<sup>13</sup>**

Le 27 février 2021, la loi sur les pandémies est entrée en vigueur. Le principal objectif de cette loi était de permettre la gestion de la maladie pandémique Covid-19 au-delà de la fin de l'état d'urgence, par le biais d'une alerte pandémique, qui permet au ministère de la santé de restreindre le fonctionnement des services et des écoles, d'ordonner l'utilisation d'équipements de protection et d'imposer des tests aux employés. En revanche, il n'est pas possible, en application de ce texte, de restreindre la libre circulation des personnes et d'imposer des obligations professionnelles par le biais de la loi sur les pandémies.

Comme indiqué ci-dessus, les mesures anti-pandémiques sont des actes administratifs visant à empêcher la propagation de la pandémie ou à prévenir les dommages causés par la propagation de la maladie Covid-19. Ces actes administratifs sont pris sous le régime de la loi sur les pandémies sans qu'il soit nécessaire de déclarer ou de proroger l'état d'urgence.

Selon la loi sur les pandémies, les mesures de lutte contre les pandémies peuvent être prises par deux organes de l'administration publique : d'une part,

12 Art. 92n(1)(b) de la loi sur la protection de la santé publique.

13 La loi sur les pandémies a fait l'objet de plusieurs contrôles judiciaires et des parties importantes ont été abrogées par un amendement du 18 février 2022.

le ministère de la santé et, d'autre part, le poste sanitaire régional (ou le poste sanitaire de la capitale Prague, qui a le statut administratif d'un poste sanitaire régional doté d'une compétence locale sur le territoire de la capitale de la République tchèque).

En ce qui concerne leur champ d'application dans l'espace, les mesures anti-pandémiques ordonnées par le ministère de la santé peuvent avoir une portée nationale ou une portée sur le territoire de plusieurs régions (c'est-à-dire des régions spécifiées ou sélectionnées), tandis que les mesures anti-pandémiques émises par la station sanitaire régionale ou la station hygiénique de la capitale de Prague ont une portée locale uniquement, limitée au territoire de leur zone administrative<sup>14</sup>.

En ce qui concerne leur champ d'application dans le temps, les mesures anti-pandémiques prises en vertu de la loi sur les pandémies sont directement liées à la durée de l'état d'alerte pandémique et ces mesures expirent à la fin de l'état d'alerte.

Conformément aux dispositions de la loi sur les pandémies, le ministère de la santé ou le poste d'hygiène régional peuvent prendre les mesures suivantes de lutte contre les pandémies :

- restreindre les transports publics ;
- restreindre l'exploitation d'un établissement commercial ou manufacturier ou l'exploitation d'un centre commercial ou fixer les conditions de leur exploitation ;
- des restrictions à l'exploitation de salons de coiffure, de coiffeurs, de pédicures, de manucures et d'autres services similaires ;
- restreindre l'exploitation d'une piscine naturelle ou artificielle ou d'un sauna ou fixer les conditions de leur exploitation ;
- interdire ou restreindre des manifestations publiques ou privées dans lesquelles des personnes sont concentrées en un même lieu ; mettre en place des conditions de déroulement de nature à réduire le risque de transmission de la Covid-19, notamment en fixant le nombre maximal de personnes physiques pouvant y assister. Il est à noter que ces interdictions ou restrictions ne concernent pas les réunions, sessions et manifestations des organes constitutionnels, des autorités publiques, des tribunaux et d'autres personnes publiques ou privées organisées sur la base de la loi, ni les assemblées organisées en vertu de la loi sur le droit de réunion ;
- restreindre l'enseignement ou d'autres activités des collèges ou fixer des conditions pour l'enseignement ou d'autres activités des collèges ;

14 K. STAŇKOVÁ, « Plošná pandemická opatření s celostátním dopadem », *Ekonom.cz*, 7 décembre 2021, disponible à l'adresse : <https://pravnickadce.ekonom.cz/c1-67007260-plosna-pandemicka-opatreni-s-celostatnim-dopadem>.

- ordonner aux prestataires de services de santé d'allouer des capacités physiques, techniques ou en personnel dans les établissements de santé ;
- interdire, restreindre ou imposer des conditions pour les visites dans les établissements de soins, les services sociaux ou les prisons ;
- ordonner l'utilisation d'équipements de protection, de lavage, de nettoyage ou de désinfection ou toute autre mesure anti-épidémie ;
- ordonner aux prestataires de services de santé et aux prestataires de services sociaux gérant un foyer d'hébergement hebdomadaire, un foyer pour handicapés, un foyer pour personnes âgées ou un foyer à régime spécial de fournir au ministère ou à la station sanitaire régionale des informations sur leurs activités afin de mettre en place des mesures anti-épidémiologiques ;
- limiter le fonctionnement des éléments d'infrastructure critiques concernés et établir des règles pour assurer leur fonctionnement,
- transférer les personnes détenues ou purgeant une peine de prison dans une autre prison ou exclure la libre circulation de ces personnes à l'extérieur de la prison ;
- tester les employés et autres travailleurs pour détecter la présence de Covid-19<sup>15</sup>.

En ce qui concerne la réglementation de la responsabilité encourue en cas de non-respect des obligations découlant des mesures de lutte contre la pandémie, on peut affirmer que, des trois régimes juridiques, c'est la loi sur les pandémies qui contient la réglementation la plus élaborée pour faire face à de telles situations.

En particulier, la loi sur les pandémies a établi la responsabilité des personnes physiques et morales ainsi que des personnes physiques exerçant une activité commerciale. Elle tient compte de l'intensité de l'infraction et prévoit également des dispositions spéciales en cas de manquements répétés aux obligations découlant des mesures ordonnées. La loi régleme également la responsabilité d'un employé agissant sur les instructions de son employeur.

Une personne physique ayant commis une infraction à la loi sur les pandémies pour non-respect des mesures prises en vertu de cette loi peut se voir infliger une amende comprise entre 1. 232 et 41.000 euros. En cas de récidive, une amende maximale de 82.000 euros peut lui être infligée, après que la décision relative à la même infraction soit devenue définitive.

Toutefois, une personne est exonérée de responsabilité si elle a commis l'infraction sur les instructions de son employeur.

Une amende comprise entre 2.000 et 123.500 euros peut être infligée aux personnes morales et physiques en cas de non-respect des obligations

<sup>15</sup> Art. 2, § 2, de la loi sur les pandémies.

découlant de la mesure antipandémique, tandis qu'une amende pouvant aller jusqu'à 164.000 euros peut être infligée en cas de récidive.

Si une infraction visée par la loi sur les pandémies est commise par un employé d'une entité juridique ou d'une personne physique agissant sur les instructions de cette entité juridique ou de cette personne physique, même si l'employé a d'abord refusé d'agir sur les instructions de cette entité juridique ou de cette personne physique, l'amende maximale peut être augmentée d'un quart<sup>16</sup>.

L'autorité compétente pour traiter les infractions à cette loi est le poste sanitaire régional et les amendes sont perçues par l'autorité qui les a imposées. Une infraction à cette loi peut également être traitée par la police de la République tchèque ou par un agent de la police municipale par le biais d'une ordonnance sur place.

## Conclusion

Les mesures prises par le gouvernement pour endiguer la propagation de la Covid-19 étaient une réponse directe au risque d'augmentation de la mortalité<sup>17</sup>.

Les rapports officiels et les statistiques des autorités chargées de traiter les infractions aux mesures prises pour atténuer la crise liée à la propagation de la Covid 19 ainsi que les rapports de la police de la République tchèque montrent qu'il existe un grand nombre de cas de non-respect des obligations découlant de ces mesures et que ce nombre est allé croissant depuis le début de la pandémie.

Il ressort également de ces rapports qu'au début de l'introduction des mesures de crise, les fonctionnaires de police ont surtout essayé de résoudre amiablement les situations et d'exercer ainsi une influence essentiellement préventive sur les citoyens.

Avec le temps, et surtout avec le nombre croissant de cas de non-respect des mesures applicables, les autorités nationales ont adopté une approche plus stricte en matière de sanctions.

Il existe un certain nombre de moyens que la police peut utiliser pour contraindre les citoyens à respecter les règles. En plus d'une convocation ou d'un ordre, les agents de police peuvent procéder à l'exécution directe d'obligations spécifiques en menaçant ou même en utilisant des moyens coercitifs. Les agents peuvent également exclure des personnes de certains lieux et, dans

<sup>16</sup> Art. 10, § 4, de la loi sur les pandémies.

<sup>17</sup> J. SLABÁ, « Vlášní boj proti pandemii: přehled opatření vydaných v souvislosti s pandemií onemocnění covid-19 v Česku v letech 2020 a 2021 », *op. cit.*

des cas extrêmes, ils ont le droit de saisir et de restreindre temporairement la liberté des personnes qui ne respectent pas les mesures.

Le non-respect d'une convocation d'un officier de police est qualifié en droit tchèque d'infraction à l'ordre public, pour laquelle une amende pouvant aller jusqu'à 411 euros peut être imposée à une personne physique, en plus de l'amende pour violation de l'obligation énoncée dans la mesure concernée.

La loi sur les pandémies, qui permettait l'adoption de mesures anti-pandémiques en dehors de l'état d'urgence, habilitait les composantes de base du système de sauvetage intégré à assurer la mise en œuvre de ces mesures, dans son article 6, alors en vigueur. Dans le cas où les forces et les ressources des composantes de base du système de sauvetage intégré s'avèreraient insuffisantes pour mener à bien les opérations de sauvetage, le gouvernement pourrait décider, sur la base d'une demande du ministre de la Défense, d'utiliser l'armée de la République tchèque pour réaliser les opérations de sauvetage, conformément à une réglementation légale spéciale.



**Titre 4.**  
**La responsabilité civile de l'employeur  
vis-à-vis et du fait des salariés**

---



**Chapitre 1.**  
**La responsabilité civile de l'employeur**  
**vis-à-vis et du fait des salariés**  
**Rapport de synthèse**

---

**Vincent RIVOLLIER**

*Maitre de conférences en droit privé*

*Université Savoie Mont Blanc. Centre de recherche en droit Antoine Favre*

*En délégation CNRS, Centre Max Weber UMR 5283*

**1. Risques professionnels sanitaires.** Que l'employeur, à travers son activité, expose ses salariés et les tiers à des risques pour leur santé est un phénomène saisi par le droit depuis très longtemps. Des obligations de prévention des risques, notamment sanitaires, reposant sur les employeurs, sont prévues dans de nombreux systèmes juridiques. Et, lorsque ces risques se réalisent, la plupart des systèmes ont abandonné le droit commun de la responsabilité civile au profit de régimes d'indemnisation spécifiques. Cependant, l'état de crise sanitaire appelle certainement un traitement particulier, notamment parce que les interventions des autorités publiques sanitaires viennent perturber les prérogatives de l'employeur. La généralisation des risques conduit à ce que leur maîtrise échappe à l'employeur : le risque n'est pas créé par l'activité économique de celui-ci et apparaît en grande partie indépendant des tâches confiées aux salariés. Dans le cadre de la crise de la Covid-19, si le risque de contracter le virus a été plus fort chez certaines catégories de travailleurs, en particulier dans le secteur médical, le risque a existé dans la plupart des secteurs professionnels du simple fait de la réunion en un même lieu de plusieurs personnes. Ainsi, le traitement des risques dans le cadre d'une crise sanitaire impose un examen renouvelé de la responsabilité de l'employeur, principalement à l'égard des salariés, mais aussi incidemment en raison de l'activité des salariés.

**2. Notion de crise sanitaire.** Afin d'élargir la perspective au-delà de la seule crise sanitaire des années 2020 et 2021 en lien avec la Covid-19, définir ce qu'est une crise sanitaire apparaît nécessaire. Le passage de l'état de risque sanitaire à celui de crise sanitaire n'est cependant pas simple à appréhender. La Covid-19 a certainement constitué une crise sanitaire à compter de mars 2020. Quand cette crise a-t-elle cessé ? Le développement de la vaccination et l'immunisation progressive de la population ont conduit à une réduction de la létalité de l'infection, de sorte que la plupart des restrictions imposées par l'État à l'ensemble de la population ont été progressivement levées. Plus récemment, le suivi épidémiologique de l'infection a lui-même été fortement réduit. La circulation du virus n'implique plus un état de crise sanitaire. Par ailleurs, ce qualificatif est susceptible d'être appliqué à d'autres pathologies, qui peuvent apparaître plus locales, ou faire l'objet de réponses moins fortes (amiante, pesticides ou produits chimiques tels que la chlordécone, etc.). Sans prétendre définir définitivement le passage de l'état de risques à celui de crises sanitaires, le caractère généralisé du risque et la nécessité d'une réponse publique spécifique nous paraissent des indices forts de ce passage.

**3. Notions d'employeur et de salariés.** Définir les notions d'employeur et de salarié peut apparaître plus simple dans la mesure où les systèmes juridiques étudiés dans le cadre de ce rapport connaissent des relations de travail subordonné, dans lesquelles, une personne est subordonnée à une autre pour l'exécution d'une prestation de travail en contrepartie d'un salaire. L'appréhension de ces relations est toutefois complexifiée dans certaines hypothèses, notamment lorsque la prestation de travail est effectuée pour une personne différente de

celle constituant, juridiquement, l'employeur (intérim, prêt de main-d'œuvre) ou lorsqu'il existe un travail est apparemment effectué de manière indépendante. Le droit anglais fait montre d'originalité en distinguant deux catégories de personnes : les salariés (*employee*), au sens strict, qui sont engagés dans le cadre d'un contrat de travail (*contract of employment*), et les travailleurs (*workers*) qui désignent une catégorie plus large englobant non seulement les salariés, mais également les personnes soumises à d'autres contrats par lesquels elles effectuent personnellement un travail ou un service pour une autre personne qui n'est pas en position de client<sup>1</sup>. Dans le présent rapport, nous viserons par les termes employeurs et salariés les parties à un contrat de travail subordonné, mais cela n'exclut pas que ces règles puissent être appliquées, dans certaines hypothèses, hors du strict cadre du contrat de travail.

**4. Vis-à-vis des salariés et du fait des salariés.** Analyser la responsabilité de l'employeur tant vis-à-vis que du fait de ses salariés pourrait apparaître cohérent : les risques que son activité crée à l'égard des salariés ou à l'égard des tiers peuvent présenter des similarités. L'émanation de fumées toxiques peut atteindre les riverains de l'usine presque aussi facilement que les salariés, la présence de patients atteints de la Covid-19 dans un service hospitalier expose tant les salariés que les autres patients à un risque de contamination. Pourtant, dans l'ensemble, les tendances dans l'usage de la responsabilité civile comme outil de réparation des dommages sont largement différentes en fonction du statut, de salarié ou de tiers, de la victime. À l'égard des salariés, l'application du droit commun de la responsabilité civile de l'employeur est généralement limitée voire exclue, et la réparation des dommages subis en raison de l'activité professionnelle résulte d'autres mécanismes. En revanche, à l'égard des tiers, la responsabilité civile est concentrée sur la tête de l'employeur, qui répondra des dommages causés par les salariés. Nous étudierons donc séparément les deux hypothèses.

**5. Causalité.** La question de la contamination par un virus soulève des interrogations très intéressantes au regard de la responsabilité civile, même si la pandémie a finalement donné lieu à peu de réponses de ce point de vue. Les difficultés tiennent avant tout à l'identification d'une chaîne (ou d'un maillon de cette chaîne) de contamination et, finalement, à une question de causalité entre un fait générateur éventuel (le manquement à une règle sanitaire impérative ou le manquement dans l'édiction d'une mesure préventive) et une contamination. En effet, si un fait générateur de responsabilité et un dommage peuvent être identifiés, rapporter la preuve du lien de causalité peut relever de la *probatio diabolica* : dans un contexte de pandémie, comment la victime peut-elle rapporter que c'est à l'occasion de l'activité en cause (son activité professionnelle par exemple) qu'elle a effectivement été contaminée, et non à l'occasion de sa vie personnelle, dans les transports, par un proche, etc. ?

<sup>1</sup> Art. 2030 de l'*Employment Rights Act* 1996.

La question de l'origine d'une pathologie, presque insoluble en droit de la responsabilité civile, connaît des réponses spécifiques dans les droits spéciaux relatifs à la réparation des risques professionnels.

**6. Réponses incomplètes.** Certaines questions demeurent cependant irrésolues. Comment appréhender les victimes secondaires d'exposition professionnelle, c'est-à-dire les proches contaminés par un salarié lui-même infecté sur son lieu de travail<sup>2</sup> ? Comment appréhender le caractère direct du dommage lorsque celui-ci résulte moins des conséquences médicales de la contamination que des restrictions à la liberté d'aller et venir imposées aux proches d'une personne infectée ? Toutes ces questions, dont les réponses nécessiteraient de faire appel aux concepts les plus élaborés du droit de la responsabilité civile, ont été finalement très peu posées dans le cadre de la pandémie. Les actions, fondées sur le droit de la responsabilité civile, nous semblent inexistantes. En revanche, les réponses apportées par les droits spéciaux de la réparation des risques professionnels sont plus nombreuses, notamment parce que ces régimes écartent, assez fréquemment, les conditions propres à la responsabilité civile. Ainsi, la responsabilité de l'employeur vis-à-vis des salariés, que les droits spéciaux de la réparation des risques professionnels aménagent, doit être distinguée de sa responsabilité du fait des salariés, vis-à-vis des tiers, qui répond essentiellement aux règles du droit commun de la responsabilité civile.

**7. Méthode.** Le présent rapport a été dressé en faisant la synthèse des sept rapports nationaux qui ont été rédigés en réponse à un questionnaire élaboré par nos soins<sup>3</sup>.

Cinq des systèmes juridiques pris en considération – les droits allemand, belge, espagnol, français et portugais – appartiennent à l'Union européenne. Par ailleurs, les droits anglais et québécois ont fait l'objet de rapports, le premier conservant notamment les traces de l'appartenance passée du Royaume-Uni à l'Union européenne. Les corps de règles intervenant pour répondre aux problématiques du présent rapport sont divers : outre les droits étatiques considérés, il est nécessaire de prendre en compte, à une échelle supra-étatique, le droit de l'Union européenne qui prévoit notamment un système de prévention des risques au profit des travailleurs, ou à une échelle infra-étatique, puisque certaines règles de droit social peuvent résulter du droit professionnel et des conventions collectives.

<sup>2</sup> Toute chose égale par ailleurs, la situation est la même que pour les proches des travailleurs de l'amiante, eux-mêmes exposés en raison des vêtements de travail de ces derniers, ou que l'enfant victime de malformations en raison de l'exposition de sa mère aux pesticides durant la grossesse. En droit français, des régimes spéciaux apportent des réponses spécifiques à ces cas. Sur les solutions envisageables sur le fondement du droit commun, cf. V. RIVOLLIER, « Le fonds d'indemnisation des victimes de pesticides, ou l'émergence d'un nouveau régime de maladies professionnelles. Des évolutions pour les travailleurs. Une révolution pour les enfants, victimes secondaires de l'exposition professionnelle de leurs parents », *Droit social*, 2022, pp. 449 et s., spéc. n° 19.

<sup>3</sup> Ce questionnaire est accessible sur simple demande auprès de l'auteur du présent rapport de synthèse.

Afin d'éviter la multiplication inutile des renvois et des notes, toute mention d'un système juridique dans le présent rapport doit être comprise comme un renvoi au rapport national le concernant et aux références citées par celui-ci<sup>4</sup>. Nous ne renverrons que de manière exceptionnelle à des références précises relatives aux droits étudiés, soit en raison de leur importance, soit parce qu'elles sont tirées d'autres éléments que des rapports nationaux<sup>5</sup>.

**8. Plan.** Si la responsabilité civile de l'employeur *vis-à-vis* des salariés fait l'objet d'une réglementation spécifique, et a connu, dans certains systèmes juridiques, des aménagements au regard de la crise de la Covid (I), celle *du fait* des salariés répond largement aux conditions du droit commun et n'a généralement pas fait l'objet d'aménagement, ni même de contentieux spécifique en lien avec la crise sanitaire (II).

## I. La responsabilité civile de l'employeur *vis-à-vis* des salariés

**9. Plan.** De manière surprenante au regard des mécanismes habituels de responsabilité civile, et alors que la prévention des risques sanitaires conduit à faire peser sur l'employeur diverses obligations, la réparation des préjudices en cas de réalisation des risques est largement indépendante du respect de ces obligations. Les mécanismes de réparation, généralement étrangers à toute idée de responsabilité, ne sont pas conditionnés par l'existence d'un manquement à ces obligations, et la présence d'un manquement ne conduit pas nécessairement à une obligation de réparation au titre de la responsabilité civile. Ainsi, prévention (A) et réparation (B) des risques sanitaires sont largement indépendantes.

### A) La prévention des risques sanitaires

**10. Plan.** La prévention des risques sanitaires passe essentiellement par diverses obligations mises à la charge de l'employeur. Il conviendra de les identifier (1), puis d'étudier leur mise en œuvre, spécifiquement dans le cadre des crises sanitaires (2).

#### 1) L'identification des obligations de l'employeur

**11. Droit de l'Union européenne.** Les cadres juridiques des États membres de l'Union européenne répondent largement à la directive européenne du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à

4 Cf., dans le présent ouvrage, les rapports nationaux de Nicolas Estienne (Belgique), Morane Keim-Bagot (France), Mariève Lacroix et Daniel Gardner (Québec), Miguel Martínez Muñoz (Espagne), Nuno M. Pinto Oliveira (Portugal), Simon Taylor (Angleterre) et Martin Zwickel (Allemagne). Nous adressons nos plus sincères remerciements aux auteurs de ces rapports, ainsi qu'aux organisateurs du colloque de Saint-Jacques-de-Compostelle.

5 De même, nous reprenons à notre compte les abréviations adoptées dans les rapports nationaux.

promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail<sup>6</sup>. Cette directive est elle-même inspirée de la convention n° 155 de l'OIT relative à la sécurité et à la santé des travailleurs<sup>7</sup>.

La directive de 1989 impose notamment à l'employeur de prendre « les mesures nécessaires pour la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs »<sup>8</sup> et de « veiller à l'adaptation de ces mesures pour tenir compte du changement des circonstances »<sup>9</sup>. Elle énonce divers principes généraux de prévention parmi lesquels « éviter les risques », « évaluer les risques qui ne peuvent être évités », « prendre des mesures de protection collective par priorité à des mesures de protection individuelle »<sup>10</sup>. L'évaluation des risques et la formation des salariés apparaissent au cœur de la directive. La directive institue également des « services de protection et de prévention », *a priori* internes aux entreprises, mais qui peuvent être externalisés notamment dans les petites entreprises<sup>11</sup>. Par ailleurs, elle prévoit la consultation et la participation des travailleurs ou de leurs représentants dans le cadre des questions relatives à la santé et la sécurité au travail<sup>12</sup> ; elle attribue notamment des prérogatives aux « représentants des travailleurs ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs »<sup>13</sup>. À côté des obligations de l'employeur, la directive établit des obligations pesant sur les travailleurs<sup>14</sup> ; mais elle précise que ces obligations « n'affectent pas le principe de la responsabilité de l'employeur »<sup>15</sup>.

Cependant, la directive ne prévoit que peu de sanctions en lien direct avec les manquements éventuels des employeurs à leurs obligations. En particulier, elle ne pose aucune obligation de réparation des dommages en cas de survenance d'un risque qui aurait dû faire l'objet d'une mesure de prévention<sup>16</sup>. Elle prévoit cependant quelques prérogatives individuelles ou collectives, notamment par l'institution d'un droit de retrait. En effet, elle prévoit qu'« un travailleur qui, en cas de danger grave, immédiat et qui ne peut être évité, s'éloigne de son poste de travail et/ou d'une zone dangereuse ne peut

6 Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, *JOCE*, L 183 du 29 juin 1989. Cette directive a fait l'objet de plusieurs modifications, les plus importantes résultant de la directive 2007/30/CE du 20 juin 2007 modifiant la directive 89/391/CEE du Conseil, ses directives particulières ainsi que les directives du Conseil 83/477/CEE, 91/383/CEE, 92/29/CEE et 94/33/CE en vue de la simplification et de la rationalisation des rapports relatifs à la mise en œuvre pratique, *JOUE*, L 165 du 27 juin 2007.

7 Convention n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs, 1981. Cf. égal. la Convention n° 187 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail, 2006.

8 Art. 6, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la directive 89/391/CEE, préc.

9 Art. 6, § 1<sup>er</sup>, al. 2, de la directive 89/391/CEE, préc.

10 Art. 6, § 2, de la directive 89/391/CEE, préc.

11 Art. 7 de la directive 89/391/CEE, préc.

12 Art. 11 de la directive 89/391/CEE, préc.

13 *Ibid.*

14 Art. 13 de la directive 89/391/CEE, préc.

15 Art. 5, § 3, de la directive 89/391/CEE, préc.

16 Sur la jurisprudence de la C.J.C.E. sur cette question, voy. *infra*, en particulier n° 19 et note 36.

en subir aucun préjudice et doit être protégé contre toutes conséquences dommageables et injustifiées, conformément aux législations et/ou pratiques nationales »<sup>17</sup>. Par ailleurs, les représentants des travailleurs « ont le droit de demander à l'employeur qu'il prenne des mesures appropriées et de lui soumettre des propositions en ce sens »<sup>18</sup> et « les travailleurs et/ou leurs représentants ont le droit de faire appel, conformément aux législations et/ou pratiques nationales, à l'autorité compétente en matière de sécurité et de santé au travail, s'ils estiment que les mesures prises et les moyens engagés par l'employeur ne sont pas suffisants »<sup>19</sup>.

La directive-cadre de 1989 pose avant tout une méthode, et très peu de règles de fond en matière de prévention des risques. Plusieurs directives spécifiques sont venues préciser la directive-cadre ou l'adapter à certains risques particuliers<sup>20</sup>.

**12. Droits nationaux.** Les droits nationaux européens s'inspirent nécessairement de cette directive dans l'identification des obligations pesant sur les employeurs, mais ils disposent d'une certaine latitude dans sa transposition.

Ainsi, le droit belge résulte d'une loi du 4 août 1996 qui repose principalement sur la notion de « bien-être au travail ». Les mesures réglementaires sont d'ailleurs rassemblées depuis 2017 dans le « Code du bien-être au travail ». Ce dernier a été adapté dans le cadre de la crise sanitaire de la Covid-19 à travers un chapitre consacré aux « mesures de prévention spécifiques dans le cas d'une épidémie ou d'une pandémie ».

En France, la quatrième partie du Code du travail, intitulée « Santé et sécurité au travail », met en œuvre la directive de 1989 et prévoit notamment l'élaboration d'un document unique d'évaluation des risques, qui doit être mis à jour au moins une fois par an dans les entreprises de onze salariés et plus. Par ailleurs, des mesures spécifiques sont prévues par le Code du travail s'agissant de la prévention des risques biologiques ; à cet égard, il convient de noter que la Cour de cassation considère la Covid comme un « agent biologique pathogène » devant conduire à l'application de mesures spécifiques<sup>21</sup>.

17 Art. 8, § 4, de la directive 89/391/CEE, préc. Voy. *infra* sa déclinaison dans les droits nationaux.

18 Art. 11, § 3, de la directive 89/391/CEE, préc.

19 Art. 11, § 6, de la directive 89/391/CEE, préc.

20 En application de l'article 16, § 1<sup>er</sup>, de la directive 89/391/CEE, préc., diverses directives particulières ont été adoptées. Parmi les directives récentes, cf. not. directive 2009/104/CE du 16 septembre 2009 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour l'utilisation par les travailleurs au travail d'équipements de travail, *JOUE*, L 260 du 3 octobre 2009 ; directive 2009/148/CE du 30 novembre 2009 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à l'amiante pendant le travail, *JOUE*, L 330 du 16 décembre 2009 ; directive 2013/35/UE du 26 juillet concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives à l'exposition des travailleurs aux risques dus aux agents physiques (champs électromagnétiques), *JOUE*, L 179 du 29 juin 2013. Cf. égal. le règlement (UE) 2016/425 du 9 mars 2016 relatif aux équipements de protection individuelle, *JOUE*, L 81 du 31 mars 2016 ; règlement (UE) 2019/126 du 16 janvier 2019 instituant l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (EU-OSHA), *JOUE*, L 30 du 31 janvier 2019.

21 Cass. fr. (soc.), 7 décembre 2022, nos 21-12.696 et 21-19.454.

Des dispositions similaires se retrouvent également dans les droits allemand, espagnol et portugais<sup>22</sup>, qui ont également adopté des réglementations spécifiques pour répondre à la crise sanitaire provoquée par la Covid-19<sup>23</sup>.

Le droit anglais comprend une loi spécifique à la santé et à la sécurité au travail à travers le *Health and Safety at Work Act* de 1974, modifié à de nombreuses reprises depuis. La directive de 1989 ayant été applicable jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2020, et la loi n'ayant pas été substantiellement modifiée depuis, elle apparaît proche de celles des différents États membres de l'Union européenne. Ainsi, l'employeur doit notamment évaluer et prévenir les risques et assurer la santé et la sécurité de ses travailleurs, mettre en place un registre des absences, etc.

Afin de prévenir les accidents et maladies professionnelles, le Québec dispose depuis 1979 d'une *Loi sur la santé et la sécurité au travail* (LSST), et d'une série de règlements la mettant en œuvre. Cette loi prévoit notamment que l'employeur « doit prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et assurer la sécurité et l'intégrité physique et psychique du travailleur. Il doit notamment : 1° s'assurer que les établissements sur lesquels il a autorité sont équipés et aménagés de façon à assurer la protection du travailleur ; [...] 3° s'assurer que l'organisation du travail et les méthodes et techniques utilisées pour l'accomplir sont sécuritaires et ne portent pas atteinte à la santé du travailleur ; [...] 5° utiliser les méthodes et techniques visant à identifier, contrôler et éliminer les risques pouvant affecter la santé et la sécurité du travailleur ; [etc.] »<sup>24</sup>.

**13. Obligations des travailleurs.** Conformément à la directive de 1989, chaque travailleur a l'obligation de « prendre soin, selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou de ses omissions au travail, conformément à sa formation et aux instructions de son employeur »<sup>25</sup>. Mais les obligations de l'employeur et des salariés sont difficilement comparables, car l'obligation pesant sur les salariés est avant tout celle de se conformer aux instructions de l'employeur<sup>26</sup>. C'est donc avant tout sur l'employeur que pèsent les obligations d'évaluation et de prévention des risques.

**14. Évaluation et prévention des risques inhérents à la pandémie.** Les risques envisagés par les législations nationales sont essentiellement ceux résultant du travail au sein de l'entreprise, et non les risques sanitaires généralisés au sein de la société. Si les documents de références en la matière ont

22 § 618, al. 1<sup>er</sup>, BGB en Allemagne ; loi 31/1995 du 8 novembre 1995 relative à la prévention des risques professionnels en Espagne ; art. 281 et s. du Code du travail et loi n° 102/2019 du 10 septembre 2019 au Portugal.

23 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung en Allemagne ; loi 2/2021 du 29 mars 2021 en Espagne.

24 Art. 51 LSST.

25 Art. 13 de la directive 89/391/CEE, préc.

26 Cf., en particulier, M. KEIM-BAGOT, « Rapport français », dans le présent ouvrage.

dû être adaptés à la pandémie de Covid-19, de nombreuses obligations de prévention de la transmission du virus provenaient directement des autorités nationales elles-mêmes, imposant par exemple le port du masque, la distanciation sociale, l'isolement dans certaines hypothèses, voire la vaccination dans certains contextes professionnels. Les obligations d'évaluation et de prévention des risques par l'employeur ont certes reçu application dans le cadre de la crise sanitaire de la Covid-19<sup>27</sup>, mais elles ont été largement dépassées par des mesures administratives ou légales dont le champ était beaucoup plus large. Même s'il lui incombait de mettre à jour les documents d'évaluation des risques, l'employeur était essentiellement tenu de mettre en œuvre les mesures de prévention décidées par les autorités publiques, notamment à travers la mise à disposition des équipements de protection individuelle nécessaires (masques par exemple). À proprement parler, que l'employeur exige de ses salariés le port du masque lorsque celui-ci est imposé par une mesure administrative ou légale générale ne résulte pas de l'exécution de ses obligations de sécurité au sens de la législation sur les risques professionnels, mais de l'État de droit.

## 2) La mise en œuvre des obligations des employeurs

**15. Rôle secondaire de la responsabilité civile.** La responsabilité civile ne joue qu'un rôle secondaire, voire ne joue aucun rôle, dans la mise en œuvre des obligations de l'employeur en matière de santé et sécurité au travail. Ainsi, le manquement de l'employeur qui causerait à un salarié un dommage ne donne, dans plusieurs systèmes juridiques, droit à aucune action en dommages et intérêts en raison des différentes formes d'immunité civile de l'employeur prévues par les législations sur les accidents et maladies professionnelles. Des exceptions et des limites existent cependant (*cf. infra*). À titre principal, la mise en œuvre des obligations de l'employeur passe par des droits collectifs, dont sont investis les représentants des travailleurs ; les administrations et organismes publics jouent alors un rôle important. Cette mise en œuvre passe également par des droits individuels conférés aux travailleurs et par des dispositions pénales.

**16. Droits collectifs et recours à l'administration.** L'employeur est supposé mettre en œuvre spontanément ses obligations en matière de santé et sécurité au travail, notamment en s'appuyant sur les services de protection et de prévention qu'il doit organiser au sein de son entreprise. Mais les salariés, leurs représentants et les autorités administratives peuvent jouer un rôle incitatif dans cette mise en œuvre, et avoir une fonction de contrôle en cas de défaillance. Ainsi, l'article 11 de la directive prévoit la consultation et la participation des travailleurs sur les questions touchant à la sécurité et à la

<sup>27</sup> *Cf.*, en particulier, les exemples donnés par M. Keim-Bagot dans le rapport français.

santé au travail. Au-delà de la consultation des organes dédiés à ces questions à l'initiative de l'employeur, la directive prévoit que :

« les représentants des travailleurs, ayant une fonction spécifique en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, ont le droit de demander à l'employeur qu'il prenne des mesures appropriées et de lui soumettre des propositions en ce sens, de façon à pallier tout risque pour les travailleurs et/ou à éliminer les sources de danger »<sup>28</sup>.

De plus, elle dispose que :

« Les travailleurs et/ou leurs représentants ont le droit de faire appel, conformément aux législations et/ou pratiques nationales, à l'autorité compétente en matière de sécurité et de santé au travail, s'ils estiment que les mesures prises et les moyens engagés par l'employeur ne sont pas suffisants pour garantir la sécurité et la santé au travail.

Les représentants des travailleurs doivent pouvoir présenter leurs observations lors de visites et vérifications effectuées par l'autorité compétente »<sup>29</sup>.

Ainsi, les différents droits nationaux européens organisent l'action des représentants du personnel auprès de l'employeur, de l'administration, et éventuellement des juridictions. En France, outre la possibilité de demander à l'employeur puis à l'inspection du travail d'agir, les représentants des salariés peuvent saisir, en référé au besoin, les juridictions pour enjoindre aux employeurs de procéder à l'évaluation et à la prévention des risques. Dans ce cadre, plusieurs juridictions ont fait droit aux demandes des représentants de salariés au printemps 2020, dans des entreprises n'ayant pas pris les mesures rendues nécessaires par la propagation du virus. Par exemple, Amazon a été condamné à une astreinte d'un million d'euros par jours de retard afin de procéder à l'évaluation et à la prévention des risques au sein de ses entrepôts<sup>30</sup>.

En Angleterre, les représentants des salariés, s'ils peuvent saisir l'administration, ne peuvent que difficilement la contraindre à agir. En revanche, le manquement aux obligations de sécurité fait partie de cas dans lesquels les organisations syndicales peuvent déclencher une grève.

Les administrations chargées des conditions de travail interviennent également dans l'évaluation et la prévention des risques. Elles peuvent être saisies par les salariés ou leurs représentants, et disposent de moyens pour contrôler la mise en œuvre des prescriptions légales et réglementaires dans les entreprises. Leur efficacité dépend évidemment des moyens matériels, et juridiques, à leur disposition.

28 Art. 11, § 3, de la directive 89/391/CEE, préc.

29 Art. 11, § 6, de la directive 89/391/CEE, préc.

30 Trib. jud. Nanterre, 14 avril 2020, n° 20/00503 et Versailles, 24 avril 2020, n° 20/01993.

**17. Droits individuels.** La directive de 1989 prévoit qu'« un travailleur qui, en cas de danger grave, immédiat et qui ne peut être évité, s'éloigne de son poste de travail et/ou d'une zone dangereuse ne peut en subir aucun préjudice »<sup>31</sup>. Les différents droits européens déclinent ce « droit de retrait » de différentes manières ; on le trouve également en droit québécois. La gravité du danger n'est généralement pas appréciée objectivement, mais subjectivement : le salarié doit justifier d'un motif raisonnable de penser que la situation représente un tel danger<sup>32</sup> ; le danger doit cependant ne pas être purement abstrait<sup>33</sup>. Le droit de retrait peut notamment être envisagé si l'employeur ne respecte pas les règles sanitaires impératives en période de pandémie<sup>34</sup> : non-respect de la distanciation sociale ou absence de fourniture des équipements individuels de protection. Dans au moins une affaire, française, le droit de retrait de salariés a été reconnu dans le cadre de l'épidémie de Covid ; il s'agissait de salariés d'une plateforme industrielle de La Poste, pour la période comprise entre le 18 mars et le 10 avril 2020, c'est-à-dire au début de la pandémie, alors que l'employeur avait mis plusieurs semaines à prendre les mesures nécessaires afin de limiter les contacts<sup>35</sup>.

Bien que cela ne soit pas prévu par la directive, la plupart des droits nationaux offrent au salarié la possibilité de rompre le contrat de travail aux torts de l'employeur lorsque celui-ci manque gravement à ses obligations, et notamment ses obligations de sécurité. Ainsi, en droit belge, le motif grave permettant au salarié de mettre fin au contrat de travail est défini comme « toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur ». En droit espagnol, il est prévu que tout manquement grave aux obligations de l'employeur constituera un motif valable pour demander la résiliation du contrat, ce qui inclut les manquements aux obligations de sécurité. En droit portugais, les manquements fautifs et graves aux règles relatives aux conditions de sécurité au travail permettent au salarié de résoudre son contrat de travail. En France, le salarié peut soit mettre fin unilatéralement au contrat de travail aux torts de l'employeur (« prise d'acte »), motifs qui seront contrôlés *a posteriori* par le juge, soit demander en justice la résiliation de ce contrat. Le manquement de l'employeur doit être suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail, le critère de gravité étant rempli chaque fois que la santé ou la sécurité du salarié est potentiellement en jeu, et ce, alors même que le risque ne s'est pas nécessairement produit.

**18. Droit pénal.** Le manquement à ses obligations de sécurité est susceptible de constituer des infractions pénales du chef de l'employeur.

31 Art. 8, § 4, de la directive 89/391/CEE, préc.

32 Droits français (not. Cass. (soc.), 9 mai 2000, n° 97-44.234) et québécois.

33 Droits allemand et québécois.

34 Droit allemand.

35 Trib. adm. Versailles (8<sup>e</sup> ch.), 17 février 2022, n° 2007637.

Ces infractions résultent soit de manquements aux règles de préventions par eux-mêmes, soit de la réalisation des risques en présence de tels manquements (blessures ou homicides involontaires).

## B) La réparation des risques sanitaires

**19. Plan.** La réparation des risques professionnels, et sanitaires en particulier, est largement indépendante du manquement par l'employeur à ses obligations en matière de santé et sécurité au travail. Dans une affaire mettant en cause le Royaume-Uni, la Cour de justice des communautés européennes a d'ailleurs considéré que la directive de 1989 n'imposait pas la mise en place d'un régime de responsabilité sans faute, et que la limitation des obligations de l'employeur à ce qui est « raisonnablement praticable » ne constituait pas une violation de la directive<sup>36</sup>. Ainsi, les régimes de réparation des risques professionnels ne reposent pas sur la violation desdites obligations (1). Cependant, certains systèmes juridiques réintroduisent l'idée de responsabilité de l'employeur en cas de manquement de manière parallèle à ces régimes (2).

### 1) Les régimes de réparation des risques professionnels

**20. Plan.** Après avoir étudié la reconnaissance du caractère professionnel des pathologies résultant d'une infection à la Covid-19 (a), nous présenterons rapidement les conséquences indemnitaires d'une telle reconnaissance (b).

#### a) La reconnaissance du caractère professionnel

**21. Maladies professionnelles et accidents du travail.** De nombreux systèmes juridiques ont mis en place des mécanismes de réparation des risques professionnels indépendants de la responsabilité civile de l'employeur. Dans ce cadre, l'appréciation est purement objective : rapporter une faute de l'employeur n'est pas nécessaire, seul le caractère professionnel de l'atteinte est exigé. Ces régimes de réparation reposent généralement sur une assurance obligatoire, soit auprès d'organismes publics monopolistiques (la Sécurité sociale)<sup>37</sup>, soit auprès de compagnies privées<sup>38</sup>. Parmi les systèmes étudiés, seul le droit espagnol ne rend pas obligatoire une telle assurance, même si cette obligation résulte très souvent des conventions collectives. Tous les systèmes étudiés distinguent d'une manière ou d'une autre les accidents du travail, souvent caractérisés par leur caractère soudain et la survenance immédiate des conséquences pour la santé des travailleurs, des maladies professionnelles qui résultent d'affections dont la manifestation n'est pas immédiate. La distinction

36 C.J.C.E., 14 juin 2007, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-127/05.

37 En droits allemand, anglais, français et québécois, et en droit portugais pour les maladies professionnelles.

38 En droit belge, et en droit portugais pour les accidents du travail.

emporte des mécanismes de reconnaissance différents, et exceptionnellement des organismes ou des régimes de réparation différents<sup>39</sup>.

L'établissement du caractère professionnel de la lésion soulève des difficultés, qui peuvent se rapprocher des questions de causalité en droit de la responsabilité civile. Ces difficultés s'accroissent avec le temps séparant l'événement (la contamination par exemple) de la manifestation des lésions ou de l'apparition des symptômes, et avec le caractère répandu de l'affection. L'origine de la contamination par un agent pathogène est difficile à établir : le salarié peut l'avoir contracté en dehors de sa vie professionnelle, spécialement dans le cas de la Covid-19, qui a largement circulé dans la société. La distinction entre les accidents et les maladies est importante au regard des présomptions permettant de considérer leur caractère professionnel établi. Intuitivement, les infections par des agents pathogènes, tels que la Covid-19, devraient relever des maladies professionnelles et non des accidents. Cependant, la contamination par certains agents pathogènes, notamment lorsque ses conséquences sur la santé du travailleur sont immédiates, relève quelquefois des accidents du travail et non des maladies professionnelles. Ainsi, la qualification d'accidents du travail ne peut donc être totalement exclue dans l'ensemble des systèmes juridiques.

**22. Maladies professionnelles : listes et tableaux.** L'établissement du caractère professionnel de l'affection peut résulter de présomptions établies pathologie par pathologie, sous forme de tableaux ou de listes, reliant certaines pathologies à certains contextes professionnels. Certains systèmes juridiques acceptent également l'établissement d'un lien entre la pathologie et la profession exercée hors système de présomption, la preuve du caractère professionnel reposant alors sur la victime.

Dans certains États, l'une des réponses institutionnelles à la crise sanitaire a été l'adoption de tableaux dédiés à la Covid, mais la large diffusion du virus a imposé de poser des conditions strictes à la reconnaissance automatique du caractère professionnel de la maladie. Ces conditions tiennent généralement au milieu professionnel d'exercice de la profession. Le contact avec le virus ne doit pas seulement résulter du fait de rencontrer d'autres personnes, collègues ou public, dans le cadre professionnel : rien ne distingue ce risque de celui qu'encourent les salariés dans le cadre de leur vie personnelle. La profession de la personne doit exposer spécialement au virus. Ainsi, dans de nombreux systèmes juridiques, les tableaux ou listes de maladies professionnelles liés à la Covid-19 sont réservés aux professions de santé ou assimilées.

Ainsi, en Allemagne, la liste des maladies professionnelles inclut le SARS-CoV-2 pour les salariés du secteur de la santé, des soins de bien-être (garde d'enfants, aide aux personnes âgées, aux handicapés, etc.), des laboratoires,

<sup>39</sup> Dans le système portugais.

pour les groupes de personnes qui, dans le cadre de leur activité, ont été particulièrement exposés au risque d'infection dans une mesure similaire.

La France se distingue, car le tableau de maladie professionnelle dédié apparaît limitatif. Non seulement la victime doit avoir travaillé dans le secteur de la santé, mais la pathologie doit aussi lui avoir causé une affection respiratoire aiguë ayant nécessité une oxygénothérapie ou toute autre forme d'assistance ventilatoire ou ayant entraîné le décès. Ainsi, le tableau exclut les victimes qui auraient subi une affection respiratoire modérée, ou qui auraient développé d'autres conséquences, non respiratoires, de la pathologie. Cependant, lorsque l'une des conditions du tableau n'est pas remplie, par exemple quant au secteur professionnel, un comité de reconnaissance des maladies professionnelles, composé de médecins, peut être saisi ; il reconnaîtra le caractère professionnel de la pathologie « lorsqu'il est établi qu'elle est directement causée par le travail habituel de la victime »<sup>40</sup>.

Au contraire, la Belgique, après avoir établi une liste au profit des professionnels du secteur des soins de santé, puis une liste au profit de ceux exerçant des activités spécifiques au contact de personnes potentiellement infectées (transport sanitaire, personnel en charge des prélèvements et de leurs analyses, etc.), a mis en place une liste, temporaire, sans égard au secteur ou aux activités professionnels. Cette liste, valable entre le 18 mai 2020 et le 31 décembre 2021, permet de reconnaître le caractère professionnel de la pathologie lorsque la contamination s'inscrit dans le cadre d'une « flambée épidémique », c'est-à-dire lorsqu'au moins 5 personnes partageant le même espace de travail ont été contaminées dans une période de 14 jours ; la liste exige également que les conditions de travail aient favorisé la transmission du virus (difficulté à respecter les consignes sanitaires en raison de l'activité professionnelle) et qu'il existe un lien épidémiologique entre les contaminations. À notre connaissance, la Belgique est le seul système dans lequel une reconnaissance du caractère professionnel via un tableau ou une liste est ouverte au-delà des professions de santé *lato sensu*.

Certains systèmes juridiques ne disposent pas de liste ou tableau spécifique à la Covid. C'est notamment le cas de l'Angleterre, où l'*Industrial Injuries Advisory Council* (instance consultative) a suggéré en novembre 2022 la création de telles présomptions en faveur des personnels de santé et des travailleurs sociaux, pour des pathologies graves, mais non limitées aux pneumopathies.

Par ailleurs, une liste européenne des maladies professionnelles existe depuis 1990<sup>41</sup> ; elle n'a aucune valeur contraignante, puisqu'il s'agit d'une

40 Art. L. 461-1, al. 6, du Code de la sécurité sociale.

41 En premier lieu, cf. recommandation 90/326/CEE de la Commission du 22 mai 1990. En dernier lieu, avant 2022, cf. recommandation de la Commission du 19 septembre 2003 concernant la liste européenne des maladies professionnelles (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) [notifiée sous le n° C(2003) 3297], annexe I et II, *J.O.*, L 238 du 25 septembre 2003, pp. 28-34.

annexe à une recommandation de la Commission. À la suite d'un avis du Comité consultatif de l'UE pour la sécurité et la santé sur le lieu de travail rendu en mai 2022, la Commission a mis à jour la liste des maladies professionnelles européennes en novembre 2022 ; désormais, cette liste comprend la :

« COVID-19 causée par le travail dans le domaine de la prévention des maladies, les soins de santé et des soins sociaux et de l'assistance à domicile, ou, dans un contexte de pandémie, dans les secteurs dans lesquels une flambée épidémique se déclare dans des activités dans lesquelles un risque d'infection a été établi »<sup>42</sup>.

**23. Maladies professionnelles hors présomptions.** Certains États, bien qu'utilisant le système des listes ou tableaux de maladies professionnelles, n'ont pas reconnu la Covid-19 parmi les pathologies bénéficiant d'une telle pathologie (Angleterre, Espagne, Portugal, Québec), et, dans les États ayant adopté de telles listes, leurs conditions restrictives laissent de côté certaines affections potentiellement d'origine professionnelle. Certaines législations prévoient toutefois que la reconnaissance du caractère professionnel des maladies professionnelles, et de la Covid en particulier, puisse intervenir – en théorie au moins – hors du système de présomption. C'est alors au travailleur de rapporter le caractère professionnel de la pathologie et de rapporter l'existence d'un lien de causalité entre la pathologie et l'activité professionnelle.

Les conditions de la reconnaissance du caractère professionnel de la pathologie varient d'un système à un autre :

- En Belgique, il faut rapporter que la maladie « trouve sa cause déterminante et directe dans l'exercice de la profession »<sup>43</sup>.
- En France, outre le fait que la maladie doit avoir été « essentiellement et directement causée par le travail habituel de la victime »<sup>44</sup>, elle doit avoir causé une incapacité permanente au moins égale à 25 % – ce qui est improbable en matière de Covid-19 – ou le décès de la victime directe. S'il avait été question de supprimer le seuil d'incapacité de 25 %, cette option n'a finalement pas été retenue. Cependant, contrairement aux autres pathologies pour lesquels les comités de reconnaissance des maladies professionnelles (CRMP) sont régionaux, une centralisation de la reconnaissance a été opérée à travers la mise en place d'un CRMP unique à l'échelle nationale.
- Le droit portugais connaît une forme d'ambiguïté : la Covid-19 ne fait pas partie des maladies typiques, objet d'une liste, et les travailleurs sont donc censés devoir rapporter que la maladie est la « conséquence directe et

42 Annexe I de la recommandation (UE) 2022/2337 de la Commission du 28 novembre 2022 concernant la liste européenne des maladies professionnelles.

43 Art. 30*bis* des lois relatives à la prévention des maladies professionnelles et à la réparation des dommages résultant de celles-ci, coordonnées le 3 juin 1970.

44 Art. L. 461-1, al. 7, du Code de la sécurité sociale.

nécessaire de l'activité exercée » et n'est pas la conséquence de l'évolution normale de l'organisme. Cependant, les travailleurs du secteur de la santé bénéficient d'une dérogation s'agissant du lien de causalité et ne sont donc pas tenus de rapporter la preuve que la contamination est la conséquence nécessaire et directe de leur activité professionnelle.

- Au Québec, le travailleur doit rapporter que la maladie a été contractée « par le fait ou à l'occasion du travail » et qu'elle « est caractéristique d'un travail qu'il a exercé ou qu'elle est reliée directement aux risques particuliers de ce travail »<sup>45</sup>.

**24. Accidents du travail.** Que la Covid-19 soit une maladie, au sens médical, ne fait pas nécessairement obstacle à ce qu'elle soit, au sens juridique, qualifiée d'accident du travail. Le rapport français souligne notamment que, historiquement, la prise en charge des accidents du travail est antérieure aux mécanismes spécifiques de reconnaissance des maladies professionnelles, et que lesdits accidents, tels qu'initialement conçus, comprenaient des maladies, notamment lorsque la survenue des symptômes était immédiate ou très rapprochée de l'exposition à l'agent pathogène.

En Allemagne, les assurances des accidents du travail, après avoir exclu une telle qualification, reconnaissent qu'une infection à la Covid peut être qualifiée d'accident du travail, hors les hypothèses où elle constitue une maladie professionnelle, si elle peut être clairement attribuée au travail, notamment s'il n'est pas possible que l'infection résulte de la vie personnelle du travailleur. Le travailleur doit prouver que l'infection s'est produite sur le lieu de travail, la jurisprudence ayant refusé de renverser la charge de preuve, même si elle se contente quelquefois de preuves *prima facie*.

En Belgique, une maladie peut être considérée comme une lésion caractéristique d'un accident du travail au sens de la réglementation. La difficulté pourrait être de prouver la survenance d'un événement soudain pour le caractériser ; la jurisprudence ayant une appréhension souple du caractère soudain, elle pourrait considérer qu'un contact démontré et limité dans le temps et dans l'espace ou même la présence de la victime dans un environnement de travail contaminé suffise à une telle caractérisation. Mais aucune décision de justice n'a été rendue en la matière.

En France, la qualification d'accident du travail aurait pu être avancée. En effet, l'accident du travail est défini comme « l'événement ou la série d'événements survenus à des dates certaines par le fait ou à l'occasion du travail, dont il est résulté une lésion corporelle »<sup>46</sup>. Peuvent ainsi constituer des accidents du travail : certaines pathologies survenues à la suite d'une vaccination, le paludisme dû à une piqûre de moustique ou encore l'infection au VIH par

<sup>45</sup> Art. 30 de la LATMP.

<sup>46</sup> Cass. fr. (soc.), 2 avril 2003, n° 00-21.768.

contact avec une aiguille souillée. La soudaineté demeure donc une caractéristique de l'accident : la soudaineté peut être soit celle de l'événement à l'origine de la lésion, soit celle de la manifestation de la lésion. En matière de Covid-19, dans certaines circonstances, on peut imaginer que l'exposition résulte d'un fait accidentel : défaillance du matériel de protection individuelle, « arrachage » du masque par un tiers, etc. Mais, les circulaires ministérielles sur la reconnaissance de la Covid-19 au titre des risques professionnels ont totalement exclu une telle qualification et, à notre connaissance, aucune juridiction n'a été appelée à statuer sur la question.

En Espagne, il est prévu qu'une maladie professionnelle qui n'est pas incluse dans la liste doit être considérée comme un accident du travail. Les infections à la Covid-19 n'ont pas été inscrites dans les listes de maladies professionnelles et, dès lors, elles doivent être traitées comme un accident du travail. À l'égard de la Covid-19, la réglementation prévoit spécifiquement que l'infection peut être considérée comme un accident de travail. En effet, l'infection est présumée avoir été contractée au cours du travail si le travailleur a été exposé au risque à ce moment-là.

#### b) Les conséquences indemnitaires

**25. Systèmes européens continentaux.** Dans tous les systèmes juridiques étudiés, la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles s'opère de manière forfaitaire, c'est-à-dire sans appréciation *in concreto* des préjudices subis par la victime. En général, les préjudices extrapatrimoniaux ne font l'objet d'aucune réparation, et les pertes de gains professionnels sont réparées sur la base du salaire antérieur de la victime<sup>47</sup>. La réparation est généralement servie par un organisme d'assurance, même si, exceptionnellement, elle peut être servie directement par l'employeur, qui sera éventuellement remboursé par un organisme d'assurance<sup>48</sup>. Dans les systèmes d'Europe continentale étudiés, la perte de revenus durant la première période d'interruption du travail en raison de l'accident du travail (incapacité temporaire) est réparée par une fraction (entre 80 % et 100 %) du salaire de référence du

47 En France, l'identification des préjudices couverts par la rente d'accident du travail a donné lieu à des évolutions jurisprudentielles. Au contraire du Conseil d'État, la Cour de cassation considérait traditionnellement que la rente AT couvrirait tant des préjudices patrimoniaux (pertes de gains professionnels futurs et incidence professionnelle) qu'extrapatrimoniaux (déficit fonctionnel permanent). Par deux arrêts d'assemblée plénière, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence pour considérer que la rente ne couvre que des préjudices patrimoniaux (Cass. (ass. plén.), 20 janvier 2023, n<sup>os</sup> 21-23.947 et 20-23.673, B + R ; *D.*, 2023, p. 321, note V. RIVOLLIER ; *RDSS*, 2023, p. 345, note F. KESSLER ; *RTD civ.*, 2023, p. 382, obs. P. JOURDAIN). Par ailleurs, le projet de financement de loi de financement de la sécurité sociale pour 2024 prévoyait initialement de diviser la rente en deux parties, l'une ayant vocation à compenser la perte de gains professionnels, l'autre l'atteinte fonctionnelle et donc un préjudice extrapatrimonial (art. 39 PLFSS) ; le gouvernement a cependant annoncé l'abandon de cette disposition au cours de l'examen. Le sujet des composantes de la rente reviendra probablement dans les discussions dans les mois à venir.

48 Cette hypothèse se rencontre essentiellement en Espagne.

salarié. Après la consolidation, ou l'écoulement d'un certain délai, le niveau de réparation est proportionné au degré d'incapacité de la victime et au salaire antérieur de la victime.

**26. Système québécois.** Par comparaison avec les systèmes européens continentaux, le système québécois est doublement original s'agissant de la réparation en espèces. D'une part, le montant indemnitaire du revenu de remplacement ne dépend pas, même après consolidation, d'un taux d'incapacité<sup>49</sup>. La capacité n'est pas envisagée de manière continue (sous forme de taux ou de pourcentage), mais de manière binaire : soit le travailleur est incapable d'exercer son emploi en raison de la lésion professionnelle, et il a droit à une indemnité de remplacement du revenu, soit il peut exercer son emploi et il n'y a pas droit. L'indemnité de remplacement du revenu équivaut à 90 % du salaire net annuel, dans la limite d'un salaire annuel assurable de 91.000 \$ CAD (environ 62.500 €)<sup>50</sup>. D'autre part, à ce revenu de remplacement peut s'ajouter une indemnité pour préjudice corporel en cas d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique. Cette indemnité forfaitaire correspond à la réparation de préjudices extrapatrimoniaux ; cette indemnité est versée sous forme de capital et correspond au produit du taux d'atteinte et d'un montant de référence dépendant de l'âge du travailleur<sup>51</sup>.

## 2) La place de la responsabilité civile de l'employeur en cas de manquement à ses obligations

**27. Immunité civile éventuelle.** Le caractère limité de la réparation fondée sur les régimes de réparation des risques professionnels peut faire naître la volonté de recourir à la responsabilité civile de l'employeur afin de compléter l'indemnisation et tendre vers une réparation conforme à celle du droit commun. Cependant, l'existence même de régimes de réparation des risques professionnels a conduit de nombreux systèmes juridiques à exclure, sinon à strictement conditionner, la mise en œuvre de la responsabilité de l'employeur, en particulier fondée sur des manquements à des obligations en matière de santé et sécurité au travail.

Ainsi, les rapports allemand, belge, français et québécois évoquent l'existence d'une forme d'immunité civile de l'employeur. Rechercher une indemnisation complémentaire auprès de l'employeur sur le fondement de la responsabilité civile n'est en principe pas possible. Cette règle apparaît comme la contrepartie de l'obligation d'assurance de l'employeur et est vue comme un

49 Rapport québécois, art. 44 et s. LAMTP.

50 Le plafond annuel assurable est révisé chaque année. Il était de 88.000 \$ CAN en 2022 et il est de 91.000 \$ CAN en 2023.

51 En 2023, ce montant est de 124.497 \$ CAN pour les travailleurs de 18 ans et moins ; il est de 62.252 \$ CAN pour les travailleurs de 65 ans et plus. Ce montant varie avec l'âge, mais non avec le genre du travailleur. Il est revalorisé chaque année.

moyen de maintien de la paix sociale<sup>52</sup> ; elle appartient au compromis social qui a conduit à la création des régimes spéciaux. Quelques systèmes juridiques ne connaissent pas d'une telle immunité, notamment les systèmes anglais, espagnol et portugais, laissant à la responsabilité civile de l'employeur toute sa place. Nous présenterons les différents systèmes juridiques en fonction du degré de l'immunité civile mise en place.

**28. Québec, Allemagne et Belgique.** Dans un premier groupe, l'usage de la responsabilité civile pour l'indemnisation du travailleur subissant une atteinte corporelle est impossible ou si strictement conditionné qu'il demeure essentiellement théorique. C'est notamment le cas du système québécois, où l'application de la LATMP exclut toute action fondée sur la responsabilité civile, qui ne trouve à s'appliquer que hors du champ d'application de la loi (afin de rechercher la responsabilité d'un employeur autre que celui du salarié atteint, ou pour les victimes indirectes ne constituant pas des ayants droit au regard de la LATMP). Le système allemand apparaît très proche puisque seule l'intentionnalité du comportement de l'employeur permet de rechercher éventuellement sa responsabilité civile ; mais une double intention doit être rapportée : celle de l'acte de violation (la faute), et celle du résultat de la violation (dommage). En matière de contamination par la Covid-19, il peut être possible de rapporter l'intention de ne pas respecter les mesures préventives, mais ces manquements étant généralement motivés par une minimisation des risques, l'intention de provoquer une contamination ne pourra pas être rapportée. Sans que la victime dispose d'action contre son employeur, l'assureur qui a indemnisé celle-ci dispose d'un recours contre l'employeur pour être remboursé de la réparation versée à la victime si cet employeur a commis une négligence grave, définie comme la « violation objectivement très grave et subjectivement inexcusable des exigences de la diligence normale » ; ce recours semble cependant largement théorique et peu ou pas appliqué. En Belgique, en plus de la possibilité d'invoquer une faute intentionnelle de l'employeur ou de l'un de ses préposés, la responsabilité civile de l'employeur peut être engagée en raison d'une « méconnaissance grave des règles relatives au bien-être des travailleurs » ; mais cette méconnaissance ne peut être invoquée que si l'administration en charge du bien-être au travail avait signalé le danger, communiqué le constat des infractions à l'employeur et prescrit des mesures pour y remédier. Les règles de la responsabilité civile peuvent également être appliquées lorsque le salarié se trouve hors du lien hiérarchique avec son employeur (sur le chemin du travail) ou en raison de l'application concurrente d'un autre régime de réparation (les accidents de la circulation).

---

52 Cf. les rapports allemand et belge.

**29. France.** La France se situe dans un groupe intermédiaire<sup>53</sup>. Le texte du Code de la sécurité sociale autorise le recours à la responsabilité civile en cas de faute intentionnelle de l'employeur ou d'un salarié de l'employeur, et en cas de faute inexcusable de celui-ci. Initialement, la faute inexcusable était définie de manière très restrictive. Depuis 2002, la jurisprudence en retient une conception moins stricte. Cette faute est désormais constituée 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<sup>54</sup>. En matière de maladies professionnelles, le fait que la pathologie fasse l'objet d'un tableau réglementaire devrait nécessairement permettre de considérer que la conscience du danger était acquise (ou aurait dû l'être). La jurisprudence a précisé que les mesures prises par l'employeur devaient être efficaces au regard des risques encourus<sup>55</sup>. De même, dans le cadre d'une pandémie, on voit difficilement comment un employeur pourrait soutenir qu'il n'avait pas conscience et ne pouvait pas avoir conscience du danger. Le rapport français souligne également que l'employeur « n'ayant pu écarter le risque sauf à procéder à la fermeture de l'entreprise, il serait probable que sa faute inexcusable soit reconnue ». Pourtant, à notre connaissance, aucune action en reconnaissance d'une faute inexcusable n'a été engagée en raison d'une contamination dans un cadre professionnel.

**30. Angleterre, Espagne et Portugal.** Enfin, plusieurs systèmes juridiques ne restreignent pas particulièrement l'usage de la responsabilité civile pour compléter l'indemnisation, même si les conditions propres à celles-ci doivent être remplies. Ces conditions sont variables d'un système juridique à l'autre, notamment en présence d'une faute consistant en une abstention (l'absence d'évaluation ou de prévention efficace des risques).

Le droit anglais a par exemple connu des évolutions sur les conditions propres à la responsabilité civile de l'employeur en raison d'un manquement aux règles de santé et sécurité au travail. Avant 2013, la violation des obligations prévues par le *Health and Safety at Work Act* ouvrait droit à indemnisation lorsqu'elle avait causé un dommage (*tort de breach of statutory duty*)<sup>56</sup>. Sauf exception expressément prévue, ce n'est plus le cas depuis cette date<sup>57</sup>. Les violations du texte peuvent toutefois donner lieu à une action fondée sur le *tort of negligence*, mais c'est à la condition que les conditions propres à ce *tort* soient remplies, ce qui n'est pas nécessairement le cas. Au regard du *duty*

53 Sur la question de la faute inexcusable en France, cf. en particulier D. SERRE et M. KEIM-BAGOT (dir.), *Les accidents du travail et les maladies professionnelles sur la scène judiciaire. Pratique de jugements et inégalités*, Rapport n° 17.31, IERDJ, mars 2022, spéc. chap. 6.

54 Cass. fr. (soc.), 28 février 2002, n° 00-11.793.

55 Cass. fr. (2° civ.), 8 octobre 2020, n° 18-26.677.

56 Art. 47, sect. 2, *Health and Safety at Work Act 1974*.

57 Art. 47, sect. 2, *Health and Safety at Work Act 1974*, tel que résultant de l'article 69 du *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*.

*of care*, dont la violation permettra d'établir le *tort of negligence*, l'employeur doit prendre « toutes les mesures qui peuvent être raisonnablement attendues afin d'assurer un système de travail qui évite d'exposer le salarié à des risques qu'il aurait été possible d'éviter »<sup>58</sup>. Dans le cadre d'une crise sanitaire, l'employeur doit ainsi assurer la mise à disposition des équipements de protection, mais des difficultés éventuelles d'approvisionnement pourraient excuser une absence de fourniture.

En Espagne et au Portugal, aucune immunité civile de l'employeur n'est mise en avant. Ainsi, en Espagne, la responsabilité de l'employeur peut être engagée si les conditions tenant à l'illicéité de l'acte (résultant de l'omission à une règle de sécurité avec intention de nuire ou négligence grave), au dommage et au lien de causalité sont remplies. Une réparation conforme au droit commun (barème issu du droit des accidents de la circulation) pourra être obtenue, en plus d'indemnités forfaitaires sous forme de capital ou de rente en présence d'une incapacité permanente. Au Portugal, la responsabilité de l'employeur peut être retenue, même en l'absence de faute de sa part, dès qu'un manquement aux règles relatives à la santé et à la sécurité au travail est rapporté.

**31. Responsabilité civile de l'employeur à l'égard des victimes indirectes.** Lorsqu'une immunité civile existe, celle-ci s'applique également à l'égard des ayants droit du salarié. Ainsi, lorsque le régime spécial prévoit une réparation pour les conjoints des salariés décédés du fait de la réalisation des risques professionnels, leur action est soumise aux mêmes limitations que celle de victime directe : immunité absolue au Québec, immunité soumise à exceptions en Allemagne, en Belgique ou en France. Cependant, la question peut également être posée à l'égard des victimes indirectes n'ayant pas la qualité d'ayants droit au regard du régime spécial. Cette hypothèse se présente notamment lorsque la qualité d'ayant droit est conditionnée par le décès du salarié ; ainsi, les proches (conjoint, enfants, etc.) du salarié non décédé ne sont pas ayants droit au regard du droit français et québécois. Elle se présente également à l'égard des proches dont le lien de parenté n'a pas été jugé suffisant pour mériter une protection au regard des régimes spéciaux (frères, sœurs du salarié, concubin ou concubine dans certains systèmes, autres membres de la famille ou de l'entourage). Les droits français et québécois prévoient que le droit de la responsabilité civile peut fonder une action de ces victimes, sans que les limitations inhérentes au régime spécial des accidents et maladies professionnelles puissent faire obstacle. En effet, les limitations épousent les mêmes limites que le régime spécial : celui-ci n'étant pas applicable, elles ne le sont pas davantage.

<sup>58</sup> Rapport anglais.

## II. La responsabilité civile de l'employeur du fait de ses salariés

**32. Application théorique du droit commun.** Au contraire de la responsabilité civile de l'employeur *vis-à-vis* de ses salariés, la responsabilité de l'employeur *du fait* de ses salariés relève de l'application du droit commun de la responsabilité dans l'ensemble des droits étudiés<sup>59</sup>. Rappporter la preuve de la causalité entre le manquement supposé du salarié et le dommage résultant de l'infection par un virus sera extrêmement difficile, notamment parce que, en cas de pandémie, la contamination peut prendre de multiples voies. Le cas apparaît quoi qu'il en soit hypothétique : aucun des rapports nationaux ne mentionne de contentieux généré par la crise sanitaire dans ce contexte<sup>60</sup>.

**33. Concentration des actions et des dettes de responsabilité.** Dans tous les systèmes étudiés, on constate une concentration des actions en responsabilité sur la tête de l'employeur, et il n'est pas certain que la frontière entre sa responsabilité personnelle et celle du fait de ses salariés soit bien délimitée. Lorsque l'employeur est une personne morale, c'est-à-dire la plupart du temps, son existence même est une fiction juridique, tout comme le fait de lui imputer une faute (ou un cas de responsabilité objective). Pourtant, derrière toute faute imputée à une personne morale se cache nécessairement une ou plusieurs personnes physiques, dirigeants, associés ou salariés, dont on questionne rarement la responsabilité. Imaginons une action d'un patient en raison des carences sanitaires constatées dans un établissement médical, ou sur un fondement de responsabilité objectif lié aux infections nosocomiales : l'action sera directement dirigée contre l'établissement, sans rechercher les fautes imputables à telle ou telle personne physique, et donc sans passer formellement par une responsabilité du fait d'autrui.

Lorsque la responsabilité de l'employeur constitue formellement une responsabilité du fait d'autrui, la responsabilité ou la faute de celui-ci est généralement présumée : il n'est pas exigé du demandeur qu'il prouve la faute (de recrutement, de surveillance ou de contrôle) de l'employeur, et lorsque

<sup>59</sup> Dans plusieurs systèmes, le régime de responsabilité du fait d'autrui couvre d'autres hypothèses que les relations employeurs/salariés. Les trois systèmes étudiés dont l'une des langues officielles est le français (la Belgique, la France et le Québec) disposent d'un régime de responsabilité des commettants du fait de leurs préposés : si le lien de préposition embrasse d'autres hypothèses que celles des relations de travail subordonné, toutes les hypothèses de travail salarié sont couvertes par un tel régime.

<sup>60</sup> Un seul rapport national indique qu'une règle légale spécifique à la crise de la Covid-19 a été adoptée. En effet, le droit anglais a prévu que le NHS (système public de santé) assume la responsabilité du fait des personnes spécialement autorisées à prêter main forte à ce système durant la crise sanitaire.

la possibilité de renverser la présomption de faute est admise, elle semble avant tout théorique<sup>61</sup>.

La majorité des systèmes étudiés concentre la dette de responsabilité sur la tête de l'employeur, soit en imposant que l'action soit dirigée contre l'employeur à travers une forme d'immunité civile pour le salarié, soit en limitant l'exercice de l'action récursoire de l'employeur contre son salarié<sup>62</sup>.

---

61 En Allemagne, l'employeur peut rapporter l'absence de faute dans le recrutement et la surveillance de ses salariés pour s'exonérer lorsqu'il s'agit d'une responsabilité délictuelle (cette possibilité n'est pas ouverte en cas de responsabilité contractuelle). En Espagne également, l'employeur peut théoriquement rapporter son absence de faute de recrutement ou de surveillance pour s'exonérer. La Belgique, la France et le Québec excluent la possibilité, même théorique, pour l'employeur de s'exonérer en rapportant ne pas avoir commis de faute.

62 En Belgique, la responsabilité du salarié ne pourra être recherchée que s'il a commis un dol, une faute lourde, ou une faute légère présentant un caractère habituel. En Espagne, la victime doit nécessairement agir contre l'employeur, qui dispose d'une action contre le salarié. En France, le salarié agissant dans les limites de sa mission est exonéré de toute responsabilité vis-à-vis du tiers, et son employeur ne peut agir contre lui qu'en cas de faute lourde, c'est-à-dire commise dans l'intention de nuire à son employeur. Au Québec, si l'action récursoire de l'employeur existe, elle est difficile voire impossible à mettre en œuvre (dans certains secteurs professionnels, les conventions collectives la rendent inopérante). Seul le Portugal prévoit un partage de la dette en fonction des fautes respectives de l'employeur et du salarié.



**Chapitre 2.**  
**La responsabilité civile de l'employeur**  
**vis-à-vis et du fait des salariés**  
**Rapport allemand**

---

**Martin ZWICKEL**

*Enseignant-chercheur, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*

Dans les relations de travail, la question se pose souvent, dans le contexte de la crise sanitaire, de savoir quelles sont les mesures de protection appropriées et si les salariés peuvent exiger le respect de certains standards de protection. Si un employeur ne prend pas les mesures nécessaires, il sera sanctionné pour les violations commises soit sur la base du droit du travail, soit par le biais du droit de la responsabilité civile. Les règles de santé et de sécurité au travail ont donc un impact sur le droit de la responsabilité civile dans le contexte de la crise sanitaire (I). Il est logique que, dans un cas de violation des normes de santé et de sécurité au travail, les salariés tentent d'être indemnisés auprès de leurs employeurs ou de l'assurance accidents obligatoire (II à IV). Les tiers qui entrent en contact avec les salariés, par exemple dans le cadre de l'exécution d'une mission, peuvent également avoir des droits contre l'employeur (V).

## I. Point de départ : obligation de l'employeur de prendre des mesures de sécurité au travail et risques de responsabilité

Les employeurs sont tenus de protéger leurs salariés contre une infection par le coronavirus. Dans certaines conditions, le respect des mesures de prévention peut être imposé tant par l'employé que par l'employeur au moyen du droit du travail (A). En cas de non-respect des règles de sécurité au travail, l'employeur peut être tenu responsable des dommages causés (B).

### A) Mesures préventives lors de la pandémie

#### 1) Standard spécifique de protection au travail pour la Covid-19

L'employeur est en principe tenu d'aménager le poste de travail de telle sorte que le salarié soit protégé autant que possible contre les risques pour sa vie et sa santé (§ 618, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. allemand – BGB). Ce devoir fondamental d'assistance et de protection a été concrétisé et considérablement étendu dans le contexte de la Covid-19 par une nouvelle norme pour la protection du travailleur (*SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandard*)<sup>1</sup>. L'employeur est responsable du respect de ces normes en mettant en place une cellule de crise, en établissant un concept de pandémie, et en ordonnant des mesures individuelles organisationnelles, techniques et personnelles (règles de distance, obligation de porter un masque avec mise à disposition de masques et d'ustensiles de protection, etc.). Le salarié a le droit de demander à l'employeur de remplir son obligation de protection. Il peut donc exiger le respect de toutes les mesures de sécurité au travail nécessaires dans son cas particulier<sup>2</sup>.

1 C. SANDER, S. J. HILBERG et S. L. BINGS, « Arbeitsschutzrechtliche Fürsorge- und Schutzpflichten sowie Haftungsrisiken für Arbeitgeber in Zusammenhang mit COVID-19 », *COVuR*, 2020, p. 347.

2 S. SEIWERTH et S. WITSCHEN, « Die Dreifachwirkung des Arbeitsschutzrechts gegen Risiken der Corona-Pandemie », *NZA*, 2020, p. 827.

## 2) Sanctions des salariés ne respectant pas les mesures de protection

Les salariés qui ne respectent pas les mesures de protection mises en place par l'employeur peuvent être sanctionnés par ce dernier par le biais du droit du travail. En règle générale, un licenciement extraordinaire est la sanction appropriée<sup>3</sup>. Un tel licenciement n'est toutefois envisageable que si le salarié a été préalablement averti. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que l'employeur pourra procéder à un licenciement immédiat, si la violation des mesures de lutte contre la pandémie est particulièrement grave ou si le salarié nie même l'existence de la Covid-19<sup>4</sup>.

## 3) Sanctions de l'employeur ne respectant pas les normes de sécurité au travail

Si l'employeur ne respecte pas les normes en matière de santé et de sécurité au travail, une amende pouvant aller jusqu'à 25.000 euros peut être infligée sur la base du droit des infractions (§ 25 de la loi sur la santé et la sécurité au travail, ArbSchG). Des sanctions pénales (délit ou crime) à l'encontre de la personne responsable de la santé et de la sécurité au travail peuvent également être envisagées en raison de l'absence de protection des travailleurs.

Un risque purement abstrait de contagion ne suffit pas pour que le salarié ait le droit de refuser de fournir sa prestation de travail<sup>5</sup>. Le salarié peut toutefois s'absenter du travail si l'employeur ne le protège pas suffisamment contre une maladie, c'est-à-dire si l'employeur ne respecte pas les normes en matière de protection du travailleur<sup>6</sup>. Dans un tel cas, la question de savoir si l'employé reçoit son salaire est controversée. L'opinion prépondérante<sup>7</sup> part du principe que l'employeur doit tout de même payer le salaire en vertu du paragraphe 615 du BGB dans un tel cas de droit de retrait du salarié.

## B) Responsabilité en cas de dommage

La sanction la plus sévère de l'employeur en cas de non-respect des mesures de protection est la menace de voir sa responsabilité engagée en cas

3 W. KLEINEBRINK, « Arbeitsrechtliche Sanktionen bei einem Verstoß eines Arbeitnehmers gegen Corona-Schutzvorschriften », *NZA*, 2020, p. 1367.

4 *Ibid.*, p. 1368.

5 P. S. FISCHINGER et S. HENGSTBERGER, « Arbeitsrechtliche Fragen in der Corona-Krise », *JA*, 2020, p. 567.

6 C. SANDER, S. J. HILBERG et S. L. BINGS, « Arbeitsschutzrechtliche Fürsorge- und Schutzpflichten sowie Haftungsrisiken für Arbeitgeber in Zusammenhang mit COVID-19 », *op. cit.*, p. 355 ; P. S. FISCHINGER et S. HENGSTBERGER, « Arbeitsrechtliche Fragen in der Corona-Krise », *op. cit.*, p. 567.

7 C. SANDER, S. J. HILBERG et S. L. BINGS, « Arbeitsschutzrechtliche Fürsorge- und Schutzpflichten sowie Haftungsrisiken für Arbeitgeber in Zusammenhang mit COVID-19 », *op. cit.*, p. 355 ; P. S. FISCHINGER et S. HENGSTBERGER, « Arbeitsrechtliche Fragen in der Corona-Krise », *op. cit.*, p. 568.

de dommage. Les risques de dommages sont divers. Les catégories de responsabilité suivantes sont envisageables :

*Responsabilité de l'employeur envers les salariés en cas de mesures de protection insuffisantes*

- Infection par le coronavirus ou maladie Covid-19 chez des salariés à la suite de mesures de protection insuffisantes dans l'entreprise.

*Responsabilité de l'employeur envers les salariés en cas d'infection/de maladie sans faute de l'employeur*

- Dommages causés aux salariés par les vaccins proposés par les employeurs ;
- Infection dans l'entreprise par le coronavirus ou maladie Covid-19 des salariés.

*Responsabilité de l'employeur du fait de ses salariés*

- Infection par le coronavirus ou maladie Covid-19 de tiers par des salariés dans l'exercice de leur profession en raison de mesures de protection insuffisantes.

Dans tous ces cas, la responsabilité de l'employeur peut être engagée selon les règles de la responsabilité pour risques professionnels (II). En règle générale, l'employeur ne doit pas supporter lui-même le risque, car celui-ci est atténué par une couverture d'assurance, et cela est particulièrement vrai lorsque l'employeur n'a pas respecté les mesures de protection (III). Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels que l'employeur est menacé d'une responsabilité personnelle ou d'un recours de l'organisme de sécurité sociale (IV). De même, la responsabilité de l'employeur du fait de ses salariés ne devrait être engagée que dans de rares cas (V).

## II. Principes de la responsabilité de l'employeur et interaction des différents régimes

En principe, l'employeur est responsable envers le salarié de la violation fautive des obligations découlant du contrat de travail. Cette responsabilité se fonde sur la disposition générale du paragraphe 280, alinéa 1<sup>er</sup>, du BGB en liaison avec une disposition du droit des contrats de travail (§ 618 du BGB). Selon le paragraphe 618, alinéa 1<sup>er</sup>, du BGB, il y a violation de ces obligations lorsque l'employeur n'a pas aménagé ou entretenu des locaux, des dispositifs ou des appareils de manière à protéger les salariés contre les risques pour leur vie et leur santé. Il est reconnu que les dispositions du droit public en matière de sécurité au travail définissent les critères de diligence à respecter dans le cadre du paragraphe 618, alinéa 1<sup>er</sup>, du BGB<sup>8</sup>. Toutefois, la responsabilité

8 S. SEIWERTH et S. WITSCHEN, « Die Dreifachwirkung des Arbeitsschutzrechts gegen Risiken der Corona-Pandemie », *op. cit.*, p. 825 ; M. WINKELMÜLLER et D. NEUHÖFER, « Haftung für

fondée sur ces règles n'intervient que rarement à cause du principe de la substitution de la responsabilité par la couverture d'assurance. Ce principe est prévu dans le paragraphe 104, alinéa 1<sup>er</sup>, phrase 1, du livre VII du Code de la sécurité sociale (*Sozialgesetzbuch – SGB VII*), c'est-à-dire une réglementation issue du droit de la sécurité sociale. Selon cette disposition, les employeurs ne sont tenus de réparer les dommages corporels causés par un sinistre aux assurés qui travaillent pour leur entreprise ou qui sont en relation avec leur entreprise, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants que s'ils ont provoqué le sinistre intentionnellement ou sur le chemin du travail. Cette assurance accident obligatoire se substitue donc en principe à la responsabilité de l'employeur. Mais si les conditions du paragraphe 104, alinéa 1<sup>er</sup>, phrase 1, SGB VII ne sont pas remplies, les règles générales de la responsabilité civile restent applicables.

### **III. Remplacement de la responsabilité civile de l'employeur envers ses salariés par une couverture d'assurance contre les risques professionnels dans la pandémie**

Le principe de substitution de la responsabilité civile par la couverture d'assurance s'applique également aux cas liés à la crise sanitaire.

Trois raisons<sup>9</sup> sont déterminantes pour ce remplacement de la responsabilité personnelle de l'employeur par un système d'assurance :

- l'employeur paie seul les cotisations à l'assurance accident. Il ne doit pas être chargé à la fois des cotisations et des dommages et intérêts ;
- la limitation de la responsabilité de l'employeur garantit la paix au sein de l'entreprise. Tous les employés d'une entreprise forment une communauté de risque. Il arrive souvent que l'une des personnes ne soit victime que par hasard et l'autre auteur de l'infraction ;
- en tant que débiteur, l'organisme de sécurité sociale est plus solvable que l'employeur.

La situation spécifique de la crise sanitaire conduit à des modifications de ce principe de substitution de responsabilité. Celle-ci intervient en effet plus souvent que d'habitude dans les cas de la Covid-19, en raison de l'impact des mesures de prévention obligatoires pour l'employeur.

Corona-Schäden bei Arbeitsschutzverstößen », *ARP*, 2020, p. 249 ; T. MÜLLER-BONANNI et A.-K. BERTKE, « Einhaltung von Arbeitsschutzstandards durch Arbeitgeber », *NJW*, 2020, p. 1617.

<sup>9</sup> C. REIFELSBERGER, « Arbeitsschutz und COVID-19 – Haftung des Arbeitgebers », *COVuR*, 2020, p. 361.

## A) Le principe de substitution de la responsabilité par la couverture d'assurance : l'infection avec le coronavirus comme maladie professionnelle ou accident du travail

La substitution de responsabilité par une assurance est en principe indépendante du fait que l'employeur ait ou non commis un manquement à ses obligations (1). Il faut toutefois que l'infection par le coronavirus constitue une maladie professionnelle ou un accident du travail et que cela puisse être prouvé (2). Les conséquences juridiques ne s'étendent qu'aux dommages corporels de l'assuré ou de ses proches (3).

### 1) Les conditions de la substitution de la responsabilité par le système d'assurance

La substitution de responsabilité n'intervient que si l'accident est couvert par l'assurance obligatoire. Il doit donc s'agir soit d'une maladie professionnelle<sup>10</sup>, soit d'un accident du travail<sup>11</sup>. Ce sont les tribunaux des affaires de la sécurité sociale qui déterminent si un tel cas d'assurance existe. Les tribunaux du travail compétents pour les actions en responsabilité dans le cadre de la relation de travail sont alors liés par la constatation des tribunaux sociaux (§ 108 SGB VII).

**Maladie professionnelle.** Pour qu'il y ait une maladie professionnelle, il faut que celle-ci soit reconnue comme telle dans un décret (§ 9, al. 1<sup>er</sup>, SGB VII). C'est le cas pour les maladies dues à la Covid-19. Le législateur a reconnu que les maladies dues à la Covid-19 peuvent constituer des maladies professionnelles en les inscrivant sur la liste des maladies professionnelles. Le numéro 3101 du tableau des maladies professionnelles couvre les personnes qui sont infectées par le coronavirus SARS-CoV-2 et qui tombent donc malades de Covid-19 en raison de leur activité dans le secteur de la santé, des soins de bien-être (garde d'enfants, aide aux personnes âgées, aux handicapés, etc.) ou dans un laboratoire. Il en va de même pour les groupes de personnes qui, dans le cadre de leur activité assurée, ont été particulièrement exposés au risque d'infection dans une mesure similaire. Dans tous les cas, il est déterminant pour la reconnaissance d'une maladie professionnelle qu'un contact particulièrement étroit avec des personnes potentiellement infectieuses ait été possible. Une maladie professionnelle présuppose en outre la présence de symptômes de la maladie. La simple infection ne suffit pas<sup>12</sup>.

**Accident du travail.** Il est toutefois possible, indépendamment de la liste des maladies professionnelles, de considérer qu'il s'agit d'un accident du travail

10 R. SCHLEGEL, « 5. COVID-19-Infektion als Arbeitsunfall oder Berufskrankheit », in J. RÖLLER (dir.), *Küttner Personalbuch*, Munich, C.H. Beck, 2022, n<sup>os</sup> 80-90.

11 M. RUPPELT, « 2. Definition Unfall », in J. RÖLLER (dir.), *Küttner Personalbuch*, op. cit., n<sup>o</sup> 33.

12 Voy. [https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona\\_arbeitsunfall/index.jsp](https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona_arbeitsunfall/index.jsp) (consulté le 9 novembre 2023).

selon le paragraphe 8 du SGB VII. Les accidents du travail déclenchent également une prise en charge dans le cadre de l'assurance accidents.

L'association centrale de l'assurance accidents obligatoire et certains porteurs d'assurance accidents avaient tout d'abord exclu la reconnaissance des maladies dues à la Covid-19 comme accidents du travail<sup>13</sup>. La raison invoquée était que, dans une région donnée, toutes les personnes étaient touchées de la même manière par le risque d'infection ou de maladie durant la crise sanitaire. Il s'agissait, selon ce point de vue, d'un risque général. Mais l'assurance accident allemande reconnaît aujourd'hui qu'un accident du travail est envisageable, même dans les secteurs pour lesquels une maladie professionnelle n'est pas envisageable. L'infection doit toutefois pouvoir être clairement attribuée à l'activité assurée<sup>14</sup>. Si, au moment déterminant, une infection dans des domaines non assurés (famille, loisirs ou vacances) est possible, un accident du travail sera souvent exclu, faute de pouvoir être attribué à l'entreprise<sup>15</sup>.

Ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'une vaccination offerte par l'employeur peut être reconnue comme un accident du travail. Les décisions rendues jusqu'à présent dans le cadre de la vaccination contre la grippe porcine<sup>16</sup> permettent de tirer les conclusions suivantes : le lien de causalité avec l'activité professionnelle du salarié n'est établi en cas de vaccination que si l'employeur agit en faveur de la vaccination et qu'il existe une recommandation de vaccination publiée pour le domaine dans lequel le salarié est actif<sup>17</sup>.

## 2) L'importance hétérogène de la preuve du lien de causalité

En cas de maladie professionnelle, la victime n'a pas à prouver que l'infection s'est produite sur le lieu de travail. Au contraire, il suffit qu'elle prouve son activité professionnelle couverte par la liste des maladies professionnelles, le contact possible avec des personnes infectieuses et la survenue de symptômes de la maladie<sup>18</sup>. Si des causes extérieures à l'activité professionnelle ne peuvent pas être établies, il est présumé, conformément au paragraphe 9, alinéa 3, du SGB VII, que la maladie est la conséquence de l'activité assurée.

Il en va autrement en cas d'accident du travail. La personne malade doit, dans un tel cas, prouver que l'infection s'est produite sur le lieu de travail<sup>19</sup>.

13 N. KIBLER et W. WITTEK, « Haftungsrisiken für Arbeitgeber bei Infektionen von Mitarbeitern mit dem Virus SARS-CoV-2 », *DB*, 2020, p. 2297.

14 Voy. [https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona\\_arbeitsunfall/index.jsp](https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona_arbeitsunfall/index.jsp) (consulté le 9 novembre 2023).

15 Voy. [https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona\\_arbeitsunfall/index.jsp](https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona_arbeitsunfall/index.jsp) (consulté le 9 novembre 2023) ; SG Speyer du 9 mai 2023 – S 12 U 88/21.

16 SG Mainz du 21 mars 2013 – S 10 U 48/11, NZS 2013, p. 590 ; SG Koblenz du 5 avril 2018 – 4 VJ 4/15, FD-SozVR 2018, n° 405162.

17 J. MELER, « Die Impfung als Arbeitsunfall », *SPA*, 2022, p. 11.

18 N. KIBLER et W. WITTEK, « Haftungsrisiken für Arbeitgeber bei Infektionen von Mitarbeitern mit dem Virus SARS-CoV-2 », *op. cit.*, p. 2297.

19 SG Konstanz du 16 septembre 2022 – S 1 U 452/22, *BeckRS*, 2022, n° 23878 ; C. REIFELBERGER, « Arbeitsschutz und COVID-19 – Haftung des Arbeitgebers », *op. cit.*, p. 362.

Jusqu'à présent, la jurisprudence a refusé le renversement de la charge de la preuve<sup>20</sup>. Certains estiment qu'il est possible de recourir aux principes de la preuve *prima facie*<sup>21</sup>.

### 3) Les conséquences juridiques : effets de la reconnaissance en tant que maladie professionnelle ou accident du travail

**Étendue de l'exonération de responsabilité.** En présence d'un cas d'assurance, l'employeur est libéré de sa responsabilité, qu'il ait commis une faute ou non<sup>22</sup>. En cas de reconnaissance d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail, une indemnisation est versée par l'assurance accidents. Cette substitution de responsabilité par la couverture d'assurance intervient également au détriment des proches et des survivants du salarié, qui peuvent éventuellement faire valoir des droits contre l'employeur.

**Exception à l'exonération de responsabilité.** Ce n'est que si l'intention de l'employeur peut être prouvée qu'il n'y a pas de substitution de responsabilité selon le paragraphe 104, alinéa 1<sup>er</sup>, phrase 1, SGB VII. Or, il est extrêmement rare que l'employeur ait agi intentionnellement. Dans sa jurisprudence constante, la Cour fédérale du travail (*Bundesarbeitsgericht – BAG*) exige en effet<sup>23</sup> que ce que l'on appelle une double intention est nécessaire. Cela signifie que l'intention de l'employeur ne doit pas seulement porter sur l'acte de violation (faute), mais aussi sur le résultat de la violation (dommage)<sup>24</sup>. Cela signifie que dans le cas de la Covid-19, l'intention de l'employeur doit porter sur l'omission des mesures préventives et sur la maladie du travailleur. Une intention aussi large sera exclue dans la plupart des cas, car l'employeur espère le plus souvent qu'il n'y aura pas de maladie<sup>25</sup>.

**Étendue de l'indemnisation par l'assurance-accidents.** S'il y a substitution de responsabilité par une couverture d'assurance accident, l'indemnisation des salariés, des proches et des survivants se fait exclusivement sous la forme de prestations d'assurance. La compensation du dommage ne se fait pas, comme dans le droit commun de la responsabilité civile, sur la base du dommage concrètement survenu, mais, en cas d'incapacité de travail, de manière abstraite, sous la forme d'une rente. Les assurés ont droit, en cas de survenance d'un cas d'assurance, à un traitement curatif, à des prestations de rééducation médicale, à des prestations de participation à la vie professionnelle et à la vie sociale, à des prestations complémentaires, à des prestations en cas de besoin des soins ainsi qu'à des prestations pécuniaires.

20 SG Speyer du 7 février 2023 – S 12 U 188/21, *BeckRS*, 2023, n° 3358.

21 SG Konstanz du 16 septembre 2022 – S 1 U 452/22, *BeckRS*, 2022, n° 23878.

22 C. REIFELSBERGER, « Arbeitsschutz und COVID-19 – Haftung des Arbeitgebers », *op. cit.*, p. 362.

23 BAG du 28 novembre 2019 – 8 AZR 35/19, *NZA*, 2020, 745.

24 C. REIFELSBERGER, « Arbeitsschutz und COVID-19 – Haftung des Arbeitgebers », *op. cit.*, p. 362.

25 *Ibid.*

Les droits de la victime à l'encontre de l'organisme porteur d'assurance accident sont donc nettement inférieurs à ceux prévus par le droit commun de la responsabilité civile. Deux exemples permettent d'illustrer ce point :

- dans le cadre de l'assurance accident obligatoire, il n'existe pas de droits à l'indemnisation d'un préjudice moral, c'est-à-dire à une compensation d'un dommage immatériel<sup>26</sup> ;
- la rente d'incapacité de travail est limitée à deux tiers du salaire annuel et est donc le plus souvent inférieure au préjudice indemnisable en vertu du droit commun de la responsabilité civile.

Le système spécifique d'indemnisation de la sécurité sociale se substitue donc, dans la plupart des cas, entièrement au droit de la responsabilité civile.

## B) L'effet du non-respect des mesures de protection

L'employeur n'est pas responsable de la maladie du salarié due à la Covid-19 ou des dommages causés par la vaccination, même s'il a commis une faute, dans la mesure où le privilège de responsabilité prévu au paragraphe 104, alinéa 1<sup>er</sup>, phrase 1, du SGB VII s'applique.

Nous avons déjà expliqué plus haut que les normes de sécurité au travail (p. ex. obligation de porter un masque, règles de distance, etc.) concrétisent les obligations de diligence que l'employeur doit respecter dans la relation de travail (double effet du droit de la sécurité et de la santé au travail). En doctrine<sup>27</sup>, on soutient que le droit de la sécurité et de la santé au travail a en outre pour effet, dans le cadre d'un triple effet, de définir des critères pour l'étendue de la couverture d'assurance. Si l'employeur ne respecte pas les mesures de prévention, il doit toujours s'agir de risques assurés, pour autant qu'il soit possible de prouver que l'infection s'est produite dans l'entreprise de l'employeur. Il n'y a pas de risque non assuré s'il est établi que l'infection s'est produite dans l'entreprise<sup>28</sup>. Le non-respect des mesures de prévention entraîne donc une extension de la couverture de l'assurance-accidents.

## C) Résultat intermédiaire

Si un salarié subit un dommage corporel à la suite d'une infection par le coronavirus ou d'une vaccination proposée par l'employeur, ce dernier n'est généralement pas responsable. Au contraire, c'est souvent l'assurance accidents obligatoire qui intervient et qui supplante entièrement la responsabilité personnelle de l'employeur pour de tels dommages.

26 La Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) a déclaré que cela était conforme à la Constitution, BVerfG du 7 novembre 1972 – 1 BvL 4, 17/71, 10/72, 1 BvR 355/71.

27 S. SEIWERTH et S. WITSCHEN, « Die Dreifachwirkung des Arbeitsschutzrechts gegen Risiken der Corona-Pandemie », *op. cit.*, p. 825.

28 *Ibid.*, p. 831.

## IV. Responsabilité personnelle de l'employeur sur la base des règles générales du droit de la responsabilité civile

### A) Condition : faute de l'employeur

Selon le principe de la responsabilité pour faute, la responsabilité personnelle de l'employeur pour les conséquences d'une maladie due à la Covid-19 n'est engagée que si une faute peut être imputée à l'employeur. Le droit allemand ne prévoit pas de responsabilité sans faute de l'employeur pour les dommages corporels du salarié<sup>29</sup>.

La responsabilité peut résulter du droit des contrats et du droit de la responsabilité civile. Le fondement de la demande détermine l'étendue de la réparation.

### B) Responsabilité personnelle de l'employeur envers le salarié

La responsabilité personnelle de l'employeur qui n'a pas pris de mesures suffisantes de protection est exclue dans la plupart des cas. Plusieurs raisons y sont déterminantes :

#### 1) Limitation aux cas où la sécurité sociale n'intervient pas

La responsabilité de l'employeur ne peut être engagée que si la maladie Covid-19 ne constitue ni un accident du travail ni une maladie professionnelle ou si le privilège de responsabilité ne s'applique pas. Cela est envisageable dans les cas suivants :

- il n'y a pas de maladie du travailleur, mais seulement une infection qui entraîne une mesure de quarantaine<sup>30</sup> ;
- l'employeur a agi intentionnellement en ce qui concerne l'infection et en ce qui concerne la maladie ;
- l'infection s'est produite sur le chemin du travail<sup>31</sup>. Dans un tel cas, le privilège de responsabilité prévu par le paragraphe 104, alinéa 1<sup>er</sup>, phrase 1, SGB VII ne s'applique pas.

#### 2) Triple effet de la législation sur la santé et la sécurité au travail

Si l'on suit le point de vue qui admet ce que l'on appelle le triple effet du droit de la protection du travailleur<sup>32</sup>, le principe de la substitution de

29 C. REIFELSBERGER, « Arbeitsschutz und COVID-19 – Haftung des Arbeitgebers », *op. cit.*, p. 363.

30 LAG München du 14 février 2022 – 4 Sa 457/21, *BeckRS*, 2022, n° 5944.

31 § 104, al. 1<sup>er</sup>, phr. 1, SGB VII.

32 S. SEIWERTH et S. WITSCHEN, « Die Dreifachwirkung des Arbeitsschutzrechts gegen Risiken der Corona-Pandemie », *op. cit.*, p. 825.

la responsabilité par la couverture d'assurance accident s'applique chaque fois qu'une maladie due à une infection dans l'entreprise de l'employeur est prouvée. L'employeur n'est alors presque jamais personnellement responsable.

### 3) Problème de causalité

Même si l'on part du principe qu'il y a eu une violation intentionnelle des règles de protection du travailleur par l'employeur et que la responsabilité personnelle de l'employeur pourrait être engagée, il ne sera souvent pas possible de prouver le lien de causalité entre une violation des obligations de l'employeur et le dommage (maladie). Selon la jurisprudence constante de la Cour fédérale du travail (BAG)<sup>33</sup> et de la Cour fédérale de justice (BGH)<sup>34</sup>, il doit suffire que le salarié prouve l'état objectivement contraire à la loi. L'employeur doit alors apporter la preuve contraire, à savoir que la situation irrégulière n'est pas à l'origine du dommage<sup>35</sup>.

Si l'employeur a pris les mesures de protection nécessaires, il n'y a donc en aucun cas de manquement aux obligations imputable à l'employeur<sup>36</sup>.

La preuve du lien de causalité est beaucoup plus délicate dans le cas d'un manquement de l'employeur à ses obligations de protection du salarié.

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se pencher à plusieurs reprises sur ces questions de causalité<sup>37</sup>. Deux exemples montrent clairement que tantôt la preuve de la causalité est facilitée en se référant à la jurisprudence constante, tantôt une ligne plus stricte est suivie :

- dans une affaire jugée<sup>38</sup>, une infirmière qui travaillait dans une maison de soins de la défenderesse en mars 2020 sans avoir reçu un masque de protection de la part de la défenderesse a fait valoir son droit à des dommages et intérêts et à une indemnisation pour sa douleur. La plaignante est tombée gravement malade à cause de la Covid-19. Le tribunal a estimé qu'il

33 BAG du 10 novembre 1961 – GS 1/60, *NJW*, 1962, p. 411 ; BAG du 8 mai 1996 – 5 AZR 315/95, *NZA*, 1997, p. 86.

34 BGH du 14 avril 1958 – II ZR 45/57, *NJW*, 1958, p. 1437 ; BGH du 6 avril 1995 – VII ZR 36/94, *NJW*, 1995, p. 2629.

35 W. KLEINEBRINK, « Arbeitsrechtliche Sanktionen bei einem Verstoß eines Arbeitnehmers gegen Corona-Schutzvorschriften », *op. cit.*, p. 1363 ; T. MÜLLER-BONANNI et A.-K. BERTKE, « Einhaltung von Arbeitsschutzstandards durch Arbeitgeber », *op. cit.*, p. 1618 ; C. SANDER, S. J. HILBERG et S. L. BINGS, « Arbeitsschutzrechtliche Fürsorge- und Schutzpflichten sowie Haftungsrisiken für Arbeitgeber in Zusammenhang mit COVID-19 », *op. cit.*, p. 354.

36 O. BRAND et O. BECKER, « Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2 », *NJW*, 2020, p. 2666.

37 ArbG Siegburg du 30 mars 2022 – 3 Ca 1848/21, *BeckRS*, 2022, n° 10314 ; A. EUFINGER, « Zum Schadensersatzanspruch einer Krankenschwester aufgrund einer Corona-Erkrankung », *ARP*, 2022, p. 381.

38 ArbG Siegburg du 30 mars 2022 – 3 Ca 1848/21, *BeckRS*, 2022, n° 10314 ; A. EUFINGER, « Zum Schadensersatzanspruch einer Krankenschwester aufgrund einer Corona-Erkrankung », *op. cit.*, p. 381.

n'était pas possible d'établir avec la certitude nécessaire<sup>39</sup> que la plaignante avait été infectée sur son lieu de travail ;

- en revanche, la preuve du lien de causalité a pu être apportée dans un cas<sup>40</sup> dans lequel le directeur général de la défenderesse, qui revenait d'Italie avec des symptômes de rhume, avait conduit une voiture dans laquelle était la demanderesse pendant une longue période et sans masque. Le tribunal a accordé à la demanderesse, au détriment de laquelle une quarantaine a été ordonnée, le remboursement des frais de sa fête de mariage annulée.

Dans tous les cas de hautes incidences durant la crise sanitaire, la preuve du lien de causalité, pesant sur le travailleur, sera difficile à apporter<sup>41</sup>.

S'il n'est pas établi que l'infection s'est produite sur le lieu de travail, le paragraphe 104, alinéa 1<sup>er</sup>, phrase 1, SGB VII ne s'applique pas et la responsabilité de l'employeur pourrait théoriquement être engagée. Mais dans ce cas, une responsabilité de l'employeur qui n'aurait pas pris de mesures d'hygiène suffisantes est également exclue pour manque de causalité<sup>42</sup>.

### C) Responsabilité de l'employeur vis-à-vis du porteur de l'assurance accident

Nous avons déjà montré plus haut que, dans la plupart des cas, la responsabilité personnelle de l'employeur vis-à-vis de l'employé se heurte soit à la causalité, soit au privilège de responsabilité de l'employeur en vertu du droit de la sécurité sociale. Dans des conditions facilitées, un recours de l'organisme de sécurité sociale contre l'employeur privilégié est toutefois possible en vertu du paragraphe 110, alinéa 1<sup>er</sup>, phrase 1, du SGB VII. Cette action récursoire a des conditions allégées par rapport à la responsabilité personnelle de l'employeur. Elle n'est pas seulement possible en cas de faute intentionnelle de l'employeur, mais aussi en cas de négligence grave de l'employeur. La négligence grave est une violation objectivement très importante et subjectivement inexcusable des exigences de la diligence normale<sup>43</sup>. Dans le cas de règles visant à éviter les accidents, la violation des exigences élémentaires de sécurité suggère une négligence grave<sup>44</sup>. C'est à l'assureur de prouver l'existence

39 Ce qui est requis n'est pas une certitude mathématique, mais un degré de certitude qui impose le silence aux doutes d'une personne réfléchie, consciencieuse et expérimentée, BGH du 8 juillet 2008 – VI ZR 259/06, *BeckRS*, 2008, n° 15815.

40 LAG München du 14 février 2022 – 4 Sa 457/21, *BeckRS*, 2022, n° 5944 ; B. PIPER et P. L. ENDERLE, « Kein Hochzeitsglück im Corona-Arbeitsleben », *JA*, 2023, pp. 281-288.

41 A. EUFINGER, « Zum Schadensersatzanspruch einer Krankenschwester aufgrund einer Corona-Erkrankung », *op. cit.*, p. 381.

42 S. SEIWERTH et S. WITSCHEN, « Die Dreifachwirkung des Arbeitsschutzrechts gegen Risiken der Corona-Pandemie », *op. cit.*, p. 831.

43 R. GREGER et M. ZWICKEL, *Haftung im Straßenverkehr*, 6<sup>e</sup> éd., Cologne, Otto Schmidt, 2021, n° 35.120.

44 *Ibid.*, n° 35.122.

d'une telle négligence grave<sup>45</sup>. Si l'employeur omet sciemment de prendre des mesures de prévention pour éviter une infection de ces salariés, car il est persuadé que l'infection ne se produira pas, il fait généralement preuve de négligence grave<sup>46</sup>. Il est toutefois souligné à juste titre que le recours de l'organisme d'assurance est un problème plutôt théorique. Si le travailleur ne déclare pas la maladie à l'assurance accident, mais qu'il se fait porter malade et fait appel à son assurance maladie, l'organisme de sécurité sociale n'est même pas informé de l'existence éventuelle d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Pour des raisons pratiques, une action récursoire du porteur de l'assurance accident envers l'employeur est alors fréquemment exclue<sup>47</sup>. Ces cas de recours devraient être plus pertinents lorsqu'un travailleur décède à la suite de l'infection à la Covid-19 et que ses proches reçoivent une pension de l'organisme d'assurance accidents obligatoire<sup>48</sup>.

#### **D) Effet du non-respect des mesures de prévention**

La responsabilité personnelle de l'employeur ne peut être engagée que s'il a commis au moins une faute grave. Le non-respect des mesures de prévention par l'employeur est donc la condition centrale de sa responsabilité personnelle en cas de maladie d'un salarié.

#### **E) Résultat intermédiaire**

L'employeur n'est personnellement responsable envers son salarié des dommages causés par la pandémie que dans des cas tout à fait exceptionnels. Même si le salarié parvient exceptionnellement à prouver que l'employeur a agi intentionnellement, le lien de causalité entre l'omission des mesures de protection et la maladie sera, dans une pandémie d'ampleur mondiale, régulièrement douteux.

La responsabilité de l'employeur vis-à-vis du porteur de l'assurance accidents est encore plus probable que la responsabilité personnelle de l'employeur. Mais, là encore, il faut prouver que l'employeur a commis une faute grave (négligence grave). De plus, l'assurance doit être informée de la maladie de l'employé, ce qui n'est pas très souvent le cas.

45 *Ibid.*, n° 35.145.

46 C. REIFELSBERGER, « Arbeitsschutz und COVID-19 – Haftung des Arbeitgebers », *op. cit.*, p. 362.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*, p. 363.

## V. Responsabilité de l'employeur du fait de ses salariés

La responsabilité de l'employeur du fait de ses salariés est relativement simple lorsque ces derniers ne respectent pas les mesures de prévention (par exemple l'obligation de porter un masque) et que cela entraîne une infection chez des tiers. La responsabilité de l'employeur peut essentiellement être engagée sur la base de deux fondements juridiques différents.

### A) Responsabilité sur la base du droit des contrats

Si le tiers et le l'employeur sont liés par un contrat, l'employeur est responsable s'il est possible de prouver qu'il a manqué à ses obligations. Il suffit pour cela que ses employés aient violé une obligation, telle que l'obligation de respecter les droits du cocontractant (§ 241, al. 2, BGB). En effet, la violation de telles obligations par les salariés est imputable à l'employeur en vertu du paragraphe 278 BGB. Ce manquement à l'obligation doit être devenu causal pour un dommage subi par le tiers. Dans le cadre de cette preuve du lien de causalité, les mêmes problèmes que dans le cas de la responsabilité personnelle de l'employeur se posent. Il sera particulièrement difficile pour les tiers de prouver que la maladie ne serait pas survenue sans le comportement de l'auteur du dommage. C'est particulièrement vrai en cas d'incidence élevée lors d'une pandémie globale, car la contamination peut alors s'être produite par une autre voie.

Selon le paragraphe 280, alinéa 1<sup>er</sup>, phrase 2, du BGB, la faute est présumée. Cela signifie que l'employeur doit prouver que ses salariés n'ont pas manqué à leurs obligations, que ce soit par négligence ou intentionnellement. Si, par exemple, un salarié ne porte pas de masque lors d'un contact avec la clientèle, alors que cela était exigé à l'époque, il s'agira d'un manquement à la diligence requise (négligence). L'employeur ne pourra pas apporter la preuve du contraire.

Dans de nombreux cas, la responsabilité de l'employeur du fait de ses salariés sur une base contractuelle en raison de la maladie d'un tiers échouera en raison du lien de causalité que la victime doit prouver.

### B) Responsabilité selon le paragraphe 831 du BGB

La responsabilité de l'employeur peut également être engagée sur la base de la responsabilité délictuelle (§ 831 BGB)<sup>49</sup>. Le paragraphe 831 du BGB prévoit la responsabilité du maître de l'entreprise (employeur) pour ses auxiliaires dépendants et liés par ces instructions (salariés). Cette disposition n'exige certes pas de faute de la part de l'employeur. Elle est donc applicable dans

49 C. SANDER, S. J. HILBERG et S. L. BINGS, « Arbeitsschutzrechtliche Fürsorge- und Schutzpflichten sowie Haftungsrisiken für Arbeitgeber in Zusammenhang mit COVID-19 », *op. cit.*, p. 354.

tous les cas où les travailleurs négligent les mesures de prévention et où cela provoque la maladie de Covid-19 chez un tiers<sup>50</sup>. Toutefois, dans la plupart des cas, l'employeur peut se disculper. En effet, il n'est pas responsable s'il peut prouver qu'il a soigneusement sélectionné et surveillé ses salariés. Dans la mesure où l'employeur a généralement mis en œuvre des mesures préventives et les a déléguées à des salariés fiables, cette preuve d'exonération sera presque toujours apportée.

### C) Résultat intermédiaire

En droit allemand, la responsabilité de l'employeur du fait de ses salariés dans le cas de la crise sanitaire est régie par les règles générales de la responsabilité contractuelle ou délictuelle. Ces règles peuvent être applicables de manière cumulative et ne s'excluent pas mutuellement. Dans les deux cas, la preuve d'un lien de causalité entre le comportement à l'origine de la responsabilité et la maladie est difficile à apporter.

## Conclusion

La responsabilité de l'employeur dans les cas liés à la crise sanitaire aboutit généralement à l'un des résultats suivants :

- il s'agit d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle : la responsabilité de l'employeur est alors remplacée par une intervention de l'assurance accident obligatoire. L'employeur n'est pas responsable. En revanche, la sécurité sociale prend en charge les dommages subis. Ce remplacement de la responsabilité de l'employeur par une couverture d'assurance semble très judicieux dans le cas d'une pandémie. En effet, compte tenu du problème de la causalité, il y aurait sinon de grandes différences dans le traitement des dommages causés par une maladie Covid-19 ;
- il n'est pas possible de constater une infection sur le lieu de travail : dans ce cas, le manquement de l'employeur à ses obligations (violation des mesures d'hygiène prescrites) n'est pas à l'origine du dommage survenu. L'employeur n'est pas non plus responsable – même en vertu des règles générales.

Par conséquent, l'employeur n'est que très rarement responsable de dommages et intérêts envers les salariés. De même, un recours de l'assurance accident n'est que rarement possible dans les cas de la crise sanitaire. La plupart du temps, l'assurance-accidents se substitue donc à la responsabilité de l'employeur. Lorsque ce n'est pas le cas, il est fréquemment impossible de prouver le lien de causalité.

---

<sup>50</sup> *Ibid.*

L'employeur n'est responsable du non-respect des mesures de protection du fait de ses salariés que dans le cas où le tiers peut apporter la preuve du lien de causalité entre le manquement des salariés à leurs obligations et la maladie.

Le droit allemand ne prévoit donc pas de régime d'indemnisation cohérent pour les dommages liés à la crise sanitaire sur le lieu de travail.

**Chapitre 3.**  
**La responsabilité civile de l'employeur**  
**vis-à-vis et du fait des salariés**  
**Rapport anglais**

---

**Simon TAYLOR**

*Université Paris Nanterre, IRJS Panthéon-Sorbonne*

En droit anglais, l'employeur est soumis à plusieurs obligations légales visant à assurer la sécurité de ses salariés, et ces obligations auront toutes leur pertinence en cas de crise sanitaire. En cas de réalisation d'un risque, un régime de réparation des accidents du travail prévoit une indemnisation partielle du salarié dans certaines conditions. La victime peut également chercher à engager la responsabilité civile de son employeur en cas de faute. La responsabilité de l'employeur pourra également être engagée pour le fait du salarié. Nous examinerons les obligations légales de sécurité de l'employeur qui existent indépendamment de la réalisation du risque dans un contexte de crise sanitaire, avant d'étudier le régime de réparation spécifique aux salariés et, ensuite, la responsabilité civile de l'employeur en cas de réalisation du risque. Enfin, nous analyserons la responsabilité de l'employeur du fait du salarié dans ce même contexte.

## I. La responsabilité de l'employeur vis-à-vis du salarié

### A) Indépendamment de la réalisation du risque

La loi sur la santé et la sécurité au travail de 1974<sup>1</sup> impose un certain nombre d'obligations légales sur l'employeur relatives à la sécurité du salarié et ces dispositions seront applicables en cas de crise sanitaire. Ces dispositions sont complétées par des règlements transposant des directives européennes<sup>2</sup>.

La loi de 1974 dispose que l'employeur est soumis à une obligation d'assurer la sécurité et la santé de ses salariés au travail<sup>3</sup>. Cette obligation comprend la mise à disposition d'un équipement et d'un système de travail sûrs. Elle inclut également un devoir d'information et de formation envers les salariés sur la santé et sur la sécurité au travail. Ces obligations sont de moyens, mais la charge de la preuve pèse sur l'employeur qui doit démontrer qu'il a fait ce qui était « raisonnablement praticable » pour s'acquitter de ces obligations<sup>4</sup>. L'employeur doit également effectuer une évaluation des risques auxquels sont exposés les salariés<sup>5</sup>. Des obligations similaires sont imposées vis-à-vis du travailleur non salarié.<sup>6</sup> L'employeur doit en outre assurer la surveillance de la santé de ses salariés<sup>7</sup>. Dans le cas d'une pandémie, cela impliquera, par exemple, la mise en place d'un registre des absences. Une évaluation spécifique

1 *Health and Safety at Work Act 1974*.

2 Notamment le décret de 1999 sur la gestion de la santé et la sécurité au travail (*Management of health and safety at work regulations*), transposant la directive 89/391.

3 Art. 2.

4 Il s'agit d'une obligation pour l'employeur de prendre toute mesure qui peut être raisonnablement attendue afin d'assurer la sécurité du salarié.

5 Règl. 3 du *Management of Health and Safety at Work Regulations 1999*.

6 Art. 3 du *Health and Safety at Work Act*. Une personne qui n'est pas un salarié est un « travailleur » lorsqu'elle fournit, sous contrat, un travail ou un service pour une autre personne qui n'est pas en position de client. Art. 230 du *Employment Rights Act 1996*.

7 Art. 6 du *Management of Health and Safety at Work Regulations 1999*.

des risques pourra être exigée pour un salarié souffrant de problèmes chroniques de santé, et pour les femmes enceintes. Les obligations sont assorties de sanctions administratives et pénales<sup>8</sup>.

La loi de 1974 ne prévoit pas, toutefois, de moyens directs pour le salarié de contraindre un employeur à respecter ses obligations légales. En outre, depuis une réforme législative de 2013, une infraction à la loi de 1974 n'engage pas de ce seul fait la responsabilité civile de l'employeur<sup>9</sup>. En revanche, le salarié et le travailleur disposent de certains moyens d'action indirects en cas d'infraction. Ainsi, puisque les organismes publics chargés de l'application de la loi de 1974<sup>10</sup> ont plusieurs moyens pour exiger le respect par les employeurs de leurs obligations légales, un justiciable pourrait poursuivre l'organisme de contrôle pour excès de pouvoir en cas de refus d'agir de la part de ce dernier. Une telle demande aurait cependant peu de chance de réussir, compte tenu de la marge d'appréciation dont disposent les organismes publics dans ce domaine<sup>11</sup>. La loi de 1974 prévoit en outre la possibilité pour un syndicat de nommer un représentant des salariés. Ce dernier doit alors être consulté par l'employeur au sujet des mesures prises ou à prendre pour assurer la sécurité des salariés<sup>12</sup>. Ni le syndicat ni le représentant ne peuvent cependant obliger l'employeur à prendre des mesures de prévention.

Un salarié dispose toutefois d'un certain nombre de moyens d'action directe contre son employeur en dehors du cadre de la loi de 1974 en cas de non-respect de ses obligations relatives à la sécurité et la santé. La non-conformité par l'employeur aux mesures légales de sécurité constituera normalement une violation du contrat de travail. Le salarié pourra alors démissionner et demander une indemnisation de la part de l'employeur. En outre, tout salarié et travailleur a le droit de retrait en cas de risque grave et imminent à sa santé<sup>13</sup>. Enfin, un syndicat pourra appeler à la grève en cas de conditions de travail dangereuses<sup>14</sup>.

De son côté, l'employeur peut sanctionner un salarié qui ne respecterait pas les mesures de prévention mises en place, à condition d'agir de manière proportionnée. Ces sanctions peuvent, selon la gravité de la faute, aller jusqu'à la résiliation du contrat de travail.

8 Art. 21-22 et 33 du *Health and Safety at Work Act 1974*.

9 Art. 69 du *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*. Une infraction peut, bien entendu, toujours être indicative d'une faute pour fonder une demande dans le *tort* de *negligence* (voy. *infra*). Les infractions avant 2013 fondaient une action dans le *tort* de *breach of statutory duty*, à moins que la loi écarte spécifiquement cette action. À partir de 2013, une infraction ne constitue pas de *breach of statutory duty*, à moins que la loi dispose spécifiquement que c'est le cas.

10 Voy. art. 18 du *Health and Safety at Work Act 1974*.

11 Pour la marge de manœuvre laissée aux organismes publics, voy. par exemple *S v Health and Safety Executive* [2010] EWHC 560 (Admin).

12 Art. 2.4, 2.6 et 2.7 du *Health and Safety at Work Act 1974*.

13 Art. 44.1A du *Employment Rights Act 1996*.

14 Art. 1.a du *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992*.

## B) En cas de réalisation du risque

### 1) La législation sur la réparation des risques professionnels

La loi de 1897 sur l'indemnisation des travailleurs a été la première législation au Royaume-Uni à attribuer au salarié (ou aux ayants droit du salarié) un droit à l'indemnisation pour tout accident « qui survient du fait de et au cours d'un emploi ». La loi ne prévoyait pas d'indemnisation intégrale, le fardeau du préjudice devant être partagé entre le salarié et son employeur<sup>15</sup>. Aujourd'hui, le régime issu de cette loi est incorporé dans la législation sur la sécurité sociale<sup>16</sup>. Il indemnise le salarié uniquement pour l'incapacité physique subie en conséquence de l'accident. Les pertes de revenus seront, quant à elles, indemnisées par les allocations du régime général de la sécurité sociale, non-spécifiques aux travailleurs<sup>17</sup>.

Le régime relatif aux accidents du travail s'applique uniquement aux salariés et ne s'étend pas aux indépendants. Un salarié sera indemnisé pour son incapacité lorsqu'elle est la conséquence d'un accident qui a lieu au cours du travail<sup>18</sup>. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une maladie contractée au travail plutôt que d'un dommage corporel causé par un accident, seules les maladies répertoriées par la sécurité sociale donneront lieu à une indemnisation<sup>19</sup>. Pour être répertoriée, il doit exister des preuves que la maladie a été contractée au cours du travail. Ainsi, une question importante dans le contexte de la crise sanitaire de la Covid est de savoir si la maladie de la Covid-19 entre dans cette catégorie. À l'heure où nous écrivons, la maladie de la Covid-19 n'est pas répertoriée. Cependant, selon l'*Industrial Injuries Advisory Council*, qui conseille le gouvernement sur le fonctionnement du régime, il existe une quantité significative d'éléments pour indiquer que, pour les professionnels de santé et les travailleurs sociaux, le risque d'infection par la Covid-19, ou de maladie et de décès à la suite de cette infection est beaucoup plus élevé que dans d'autres secteurs. En conséquence, le Conseil recommande, dans son rapport de novembre 2022<sup>20</sup>, de répertorier la Covid pour ces professions. Il a également recommandé de répertorier cinq maladies spécifiques lorsqu'elles sont les conséquences de la Covid contractée au cours du travail<sup>21</sup>.

15 P. CANE et J. GOUDCAMP, *Atiyah's accidents, compensation and the law*, 9<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 327.

16 Voy. aujourd'hui, Partie V, *Social Security Contributions and Benefits Act 1992*.

17 Dans la grande majorité des cas, ces allocations représenteront un montant bien plus modeste qu'un salaire.

18 Art. 94.1 du *Social Security Conditions and Benefits Act 1992*.

19 Art. 108, *ibid.*

20 Industrial Injuries Advisory Council, *Covid-19 and occupational Impacts*, 16 novembre 2022.

21 Une pneumopathie persistante ou une fibrose des poumons à la suite d'une pneumopathie Covid sévère ; une hypertension pulmonaire persistante à cause d'une embolie pulmonaire entre trois jours avant et quatre-vingt-dix jours après un test positif Covid ; un accident vasculaire cérébral ischémique ; un infarctus du myocarde et les symptômes du syndrome post-soins intensifs.

Les troubles mentaux tels que le stress et l'anxiété ne sont pas non plus répertoriés. Pour être indemnisé, le salarié devra démontrer que son trouble est la conséquence d'un accident, c'est-à-dire d'un incident unique. Un médecin ou un infirmier traumatisé par un incident ponctuel particulièrement dramatique pourra donc prétendre à une indemnisation lorsque les trois conditions suivantes sont réunies : (1) l'incident est bien au-delà d'une expérience humaine normale, (2) il a pu être perçu comme très dangereux pour le demandeur et (3) il causerait une détresse sévère à la majorité des personnes<sup>22</sup>. En revanche, les troubles mentaux qui sont le résultat d'une expérience prolongée d'exposition aux conséquences d'une crise sanitaire ne seront pas la suite d'un « accident » et ainsi ne seront pas indemnisés.

L'indemnisation sous le régime légal n'est pas soumise à une contribution minimum du salarié : une personne qui subit un accident au premier jour de son emploi pourra déposer une demande d'indemnisation. L'indemnisation n'est pas soumise non plus à des conditions de ressources. Le montant de l'indemnisation sera calculé en fonction du taux d'incapacité et aucune indemnisation sera versée en cas d'incapacité de moins de quatorze pour cent. L'indemnisation sera versée en forme de pension pour la durée attendue de l'incapacité<sup>23</sup>.

## 2) La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis des salariés

En cas de crise sanitaire, la question de la responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis du salarié se pose de manière particulièrement prenante dans le secteur de la santé, compte tenu de la forte exposition des salariés de ce secteur aux maladies infectieuses. Dans ce rapport, nous allons nous concentrer sur ce secteur, mais les règles de responsabilité auxquelles nous faisons référence s'appliqueront à toute relation employeur-salarié.

En juillet 2022 on dénombrait 1,2 millions de salariés du service national de santé (« NHS ») en Angleterre<sup>24</sup>. Ce chiffre comprenait 642.000 personnels cliniques<sup>25</sup>. Ajouté à cela, en septembre 2019, 55.000 personnes étaient employées dans le secteur de santé privé<sup>26</sup>. Le NHS a recours fréquemment en outre à des personnes employées par des agences privées.

22 Industrial Injuries Advisory Council, *Position paper 13*, § 44.

23 Pour donner une indication du taux d'indemnisation, en 2016 (malheureusement, la dernière date de publication de ces chiffres), le montant pour une incapacité de 100 pour cent était de £168 (195 euros) par semaine, avec un paiement supplémentaire maximal de £134 (154 euros) par semaine lorsque le demandeur a besoin d'une assistance permanente. Department for Work and Pensions, *Benefit and pension rates*, avril 2016, p. 12, <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7f6f3eed915d74e33f668c/benefit-and-pension-rates-from-6-april-2016.pdf> (consulté le 19 octobre 2023).

24 Les chiffres ne comprennent donc pas les salariés du service national de santé en Écosse, au Pays de Galles ou en Irlande du Nord.

25 *NHS Workforce Statistics*, juillet 2022, p. 3.

26 NHS Digital, *Independent healthcare provider workforce statistics: England*, septembre 2019. Les statistiques sur les salariés du secteur privé ne sont cependant pas complètes, car certains organismes n'ont pas répondu à l'enquête lancée par la NHS.

Les conditions très difficiles de travail du personnel de santé pendant la crise sanitaire de la Covid ont été exacerbées par un manque de matériel de protection sanitaire, surtout au début de la crise. En plus des contaminations au virus et les maladies subies par les membres des équipes médicales, nous pouvons imaginer que de nombreux salariés ont souffert d'anxiété et d'autres maladies psychologiques à la suite de leur expérience<sup>27</sup>.

Jusqu'en 2013, la loi de 1974 sur la santé et la sécurité au travail<sup>28</sup> disposait que la violation par l'employeur d'une obligation imposée par la réglementation sur la santé et la sécurité au travail engageait de ce seul fait la responsabilité civile de l'employeur pour manquement à ses obligations légales (*breach of statutory duty*). Cependant, nous avons déjà observé qu'une loi de 2013<sup>29</sup> a changé radicalement la nature de l'obligation de sécurité des employeurs vis-à-vis des salariés en modifiant la loi de 1974 sur ce point. Elle dispose désormais que la violation d'une telle obligation par l'employeur ne donne pas lieu en elle-même à une action en responsabilité civile pour manquement à ses obligations légales de santé et de sécurité<sup>30</sup>. Par cette modification, le gouvernement entendait réduire « le fardeau des obligations de santé et de sécurité » qui pesaient sur les entreprises<sup>31</sup>.

Il s'ensuit que la responsabilité d'un employeur vis-à-vis de ses employés relève plutôt du *tort* de *negligence*. Le non-respect par l'employeur de ses obligations légales constitue souvent une forte preuve d'une faute pour ce *tort*. En outre, même si la demande de la victime sera généralement fondée sur le *tort* de *negligence* au lieu du contrat d'emploi<sup>32</sup>, il existe également une condition implicite dans tout contrat d'emploi stipulant que l'employeur prendra toutes les mesures qui peuvent lui être raisonnablement attendues afin d'assurer un système de travail qui évite d'exposer le salarié aux risques évitables<sup>33</sup>. L'obligation est de moyens.

27 Un rapport du Health and safety executive, *Work related stress, anxiety or depression. Statistics in Great Britain*, 2022, indique que dans le secteur de la santé il y avait 3.230 cas déclarés de maladies au travail liées au stress/anxiété en 2019-21 (p. 10). Sur l'ensemble des 914.000 salariés et travailleurs souffrant de stress/dépression/anxiété en 2021/22 en Grande-Bretagne, 452.000 ont estimé que leur état psychique a été causé ou empiré par la pandémie de la Covid (p. 16).

28 Art. 47.2 du *Health and Safety at Work Act 1974*.

29 Art. 69 du *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*.

30 Sauf pour les exceptions prévues dans les décrets d'application de la loi.

31 Notes explicatives à l'article 69 du *Enterprise and Regulatory Reform Act 2013*.

32 Voy., par exemple, les arrêts *Dryden v Johnson Matthey plc* [2018] UKSC 18 et *Rothwell v Chemical and Insulating Company Ltd* [2008] AC 281 relatifs aux maladies industrielles. Le recours à la responsabilité extracontractuelle est avantageux en matière de prescription. L'action en responsabilité extracontractuelle se prescrit trois ans après le dommage ou la connaissance du dommage, alors que l'action contractuelle se prescrit trois ans après l'inexécution. En cas de mort du salarié, l'action des dépendants sera fondée sur la responsabilité extracontractuelle.

33 Il n'existe pas en droit anglais de règle de non-cumul des obligations contractuelles et délictuelles.

a) *Les conditions de la responsabilité extracontractuelle*

i) *Le fait générateur*

Le devoir principal de l'employeur vis-à-vis du salarié sera de protéger la santé et la sécurité de ce dernier, de fournir un équipement adapté et de mettre en place un système de travail sûr. La responsabilité de l'employeur repose sur sa faute. L'employeur sera fautif lorsqu'il ne s'est pas comporté en employeur raisonnable. Ainsi, « un employeur doit à ses salariés un devoir de se comporter en employeur raisonnable lorsqu'il fournit les équipements de sécurité et met en place un système de travail. Il doit évaluer les tâches à assurer, former ses employés pour leur permettre d'assurer ce travail de manière aussi sûr que possible et superviser l'exécution de ces tâches »<sup>34</sup>.

Dans le contexte d'une crise sanitaire, la mise à disposition des équipements de protection (masques, gants...) constitue un élément central du devoir de l'employeur. La responsabilité de l'employeur pourra ainsi être engagée si l'équipement n'est pas systématiquement disponible<sup>35</sup> et, en conséquence, l'employé est obligé d'exercer son travail sans protection<sup>36</sup>. Dans certaines circonstances, le devoir de l'employeur peut aller jusqu'à prendre des mesures raisonnables pour assurer le respect de ses consignes<sup>37</sup>. Cependant, puisque la responsabilité de l'employeur est conditionnée par l'existence d'une faute, les difficultés d'approvisionnement d'équipement de protection et de sa disponibilité seront prises en compte dans l'évaluation du comportement de l'employeur.

Le non-respect par l'employeur des obligations légales relatives à la mise en place de systèmes d'évaluation du risque pourrait également constituer une faute de l'employeur. Le non-suivi de l'évolution des consignes gouvernementales et expertales relatives aux risques sanitaires serait également susceptible de constituer une faute civile. Lorsque les effectifs diminuent du fait d'absences des salariés pour maladie, l'employeur devra réévaluer son système de travail. Toutefois, la responsabilité sera toujours fondée sur la faute et le comportement de l'employeur sera toujours évalué par rapport à ce qu'aurait pu faire l'employeur raisonnable. Particulièrement pertinent pour les services médicaux dans le contexte d'une crise sanitaire, le risque encouru doit également être mis en balance avec les objectifs de l'action menée<sup>38</sup>. La nécessité de proposer des soins médicaux à la population justifie sans doute une exposition au risque plus élevée que celle qui serait tolérée dans d'autres circonstances.

34 Hale LJ, *King v Sussex Ambulance NHS Trust* [2002] EWCA Civ. 374, § 21.

35 Obligation légale imposée par la *Personal Protective Equipment at Work Regulations 1992*.

36 M. JONES (dir.), *Clerk & Lindsell on torts*, 23<sup>e</sup> éd., Mytholmroyd, Sweet & Maxwell, 2020, §§ 12-20.

37 *Bux v Slough Metals Ltd* [1973] 1 WLR 1358 ; M. JONES (dir.), *Clerk & Lindsell on torts*, *op. cit.*

38 *Watt v Hertfordshire County Council* [1954] 1 WLR 835, 838.

L'employeur ne peut pas déléguer son devoir envers le salarié à un tiers<sup>39</sup>. Ainsi, lorsque l'employeur attribue à un de ses salariés la responsabilité pour la mise en place d'un système de travail et que ce système s'avère défectueux à cause de la faute de ce salarié, la responsabilité de l'employeur sera engagée vis-à-vis d'un employé qui aurait subi un dommage du fait du système mis en place<sup>40</sup>. La responsabilité de l'employeur dans ce cas repose alors sur une obligation de s'assurer que la personne nommée effectue son travail de manière non-fautive. La responsabilité de l'employeur pourra être engagée même en l'absence de faute personnelle<sup>41</sup>. Le salarié accepte les risques inhérents à son travail, mais il n'accepte pas les risques qui pourraient être évités par un comportement raisonnable de la part de l'employeur.

## ii) Le dommage et le lien causal

Outre le fait générateur, le salarié devra démontrer le dommage et le lien causal entre ce dommage et la faute de l'employeur. Une infection sans conséquence significative pour la santé sera en toute logique considérée comme un dommage *de minimis* et ne pourra pas fonder une demande en responsabilité civile<sup>42</sup>. En revanche, lorsque l'infection mène à des conséquences plus graves, la victime devra démontrer le lien causal entre la faute de l'employeur et ce dommage. En droit anglais, il suffira d'établir la probabilité du lien causal (qu'il est plus probable que non que le fait générateur ait causé le dommage). Le droit anglais ne reconnaît pas cependant la perte de chance d'éviter une maladie ou de guérison pour combler le doute causal<sup>43</sup>.

Bien entendu, dans le contexte d'une crise sanitaire, la pluralité des sources éventuelles de l'infection de la victime rend difficile la preuve du lien causal. Toutefois, il suffira pour la victime d'établir que la faute de l'employeur ait probablement contribué de manière non-minimale à son dommage. Dans ce cas, le montant de l'indemnisation sera proportionné à cette contribution<sup>44</sup>. Dans ce contexte, les travaux de l'*Industrial Injuries Advisory Council*, qui a démontré le risque très élevé d'infection et de dommage pour les employés du secteur de santé<sup>45</sup> seront d'une grande utilité dans la preuve du lien causal. En revanche, une responsabilité fondée sur la création d'un risque d'infection (sans besoin de prouver un lien causal probable) semblerait difficilement applicable, compte tenu de l'application très restreinte de cette notion en droit anglais<sup>46</sup>.

39 *Wilson and Clyde Coal Co. Ltd v English* [1938] AC 57.

40 Pour la responsabilité de l'employeur du fait du salarié, voy. *infra*.

41 *Ibid.*

42 *Rothwell Engineering v Chemical and Insulating Company* [2008] 1 AC 281.

43 *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2 ; *Hotson v East Berkshire Health Authority* [1987] AC 750.

44 *Holtby v Brigham & Cowan (Hull) Ltd.* [2000] 3 All ER 421 ; *Allen v British Rail Engineering Ltd.* [2001] EWCA Civ. 242.

45 Industrial injuries advisory council, *Covid-19 and occupational impacts*, novembre 2022, surtout § 64.

46 *Fairchild v Glenhaven Funeral Services* [2002] UKHL 22.

b) *La responsabilité de l'employeur pour le stress ou l'anxiété du salarié*

Pour être réparable en tant que dommage dans le *tort* de *negligence*, le stress/anxiété du salarié doit pouvoir être qualifié de maladie psychiatrique médicalement reconnue<sup>47</sup>. Dans ce cas, la responsabilité contractuelle ou délictuelle de l'employeur sera retenue si le stress de l'employé est la conséquence de circonstances causées par la faute de l'employeur. Lorsque le salarié subit une maladie psychiatrique sans avoir subi de dommage physique, le dommage psychique doit être une conséquence raisonnablement prévisible de la faute de l'employeur<sup>48</sup>.

Le salarié n'a pas à prouver que la faute de l'employeur constitue la cause exclusive de son dommage. Il suffit, encore une fois, pour le salarié d'établir que la faute de l'employeur a contribué de manière non-minime à son dommage<sup>49</sup>. Pour établir la faute de l'employeur, la victime devra cependant probablement établir que les signes précurseurs de la maladie psychologique étaient apparents et auraient dû être repérés par un employeur raisonnable. La faute de l'employeur sera retenue seulement si, face à de tels signes, il n'a pas pris les mesures préventives qu'aurait pris l'employeur raisonnable.

## II. La responsabilité de l'employeur du fait du salarié

En droit anglais, l'exemple type de la responsabilité civile du fait d'autrui (*vicarious liability*) est la responsabilité de l'employeur pour les *torts* commis par un salarié au cours de son emploi. Cependant, la notion est plus large, et englobe d'autres relations en fonction du degré d'imbrication des activités de l'auteur du fait générateur dans celles de l'entreprise et de l'intégration de cette personne dans l'organisation structurelle de cette dernière<sup>50</sup>. Lorsque la responsabilité de l'employeur est engagée, la victime peut alors choisir d'assigner en justice le salarié dont la faute a causé son dommage, et/ou son employeur, responsable du fait de son collaborateur. Bien entendu, dans la grande majorité des cas le demandeur choisira de poursuivre l'employeur seul, mais une action contre l'auteur du dommage lui-même peut être motivée par une volonté de le punir. Au cas où la responsabilité d'un salarié du *NHS* est engagée pour une faute commise au cours de son emploi, l'État indemnise son agent.

La responsabilité de l'employeur sera engagée pour des actes du salarié survenus au cours de l'emploi. Cette notion de « au cours de l'emploi » englobe les faits qui ont suffisamment de lien avec le travail de l'employé, même si l'acte lui-même n'est pas autorisé<sup>51</sup>. Dans le contexte spécifique d'une crise sanitaire, la responsabilité civile de l'employeur sera logiquement engagée lorsque des

47 *Rothwell Engineering v Chemical and Insulating Company* [2008] 1 AC 281.

48 *Yapp v Foreign and Commonwealth Office* [2014] EWCA Civ. 1512.

49 *Bonnington Castings v Wardlaw* [1956] AC 613.

50 *Various Claimants v Catholic Child Welfare Society* [2012] UKSC 56.

51 *WM Morrisons Supermarkets plc v Various Claimants* [2020] UKSC 12.

personnes sont infectées en conséquence de la décision d'un salarié de continuer à travailler malgré les consignes de s'isoler de la part du gouvernement et de l'employeur, ou lorsqu'un accident est la conséquence soit de la fatigue du salarié, soit de l'exécution fautive de tâches pour lesquels le salarié ou autre exécutant n'a pas été formé.

Si la question de l'étendue de la responsabilité de l'employeur pour le fait du salarié se pose dans tous les secteurs, elle se soulève de manière particulièrement prégnante pour le *NHS*. Comme en France, dans le contexte de la crise de la Covid, le *NHS* a dû chercher de l'aide parmi les médecins retraités, les étudiants en médecine et les professionnels de santé du secteur privé pour faire face à l'augmentation du nombre de patients et aux absences de médecins titulaires. Dans le cas où une de ces personnes causerait un dommage, la responsabilité civile du *NHS* serait retenue dans la mesure où ces personnes effectuent les prestations du service national de santé. Cette imbrication est d'ailleurs clairement reconnue par le fait que l'État indemnise les personnes autorisées à prêter main forte au *NHS* pendant la pandémie de la Covid lorsque la responsabilité civile de ces personnes est engagée pour un accident médical causé dans le cadre de leur service<sup>52</sup>.

En revanche, lorsque le *NHS* sous-traite des soins à une clinique privée lors d'une crise sanitaire, le service national de santé sera-t-il tenu responsable du fait de cette clinique ? L'arrêt de la Cour suprême *Woodland c. Essex*<sup>53</sup> démontre que, dans certaines circonstances, la responsabilité directe (plutôt que du fait d'autrui) du *NHS* pourra bien être engagée<sup>54</sup>. Dans l'arrêt en question, une municipalité, chargée de l'éducation des enfants, a sous-traité l'encadrement d'un cours de piscine à une entreprise privée. Les juges ont retenu la responsabilité directe de la municipalité vis-à-vis de l'élève lorsque celui-ci a été blessé pendant un cours du fait de la faute du prestataire. La responsabilité de la municipalité a été engagée puisqu'elle a assumé la responsabilité pour la fonction exécutée par le sous-traitant. Ainsi, lorsque le patient est pris en charge initialement par le *NHS*, et ce dernier, ensuite, délègue le traitement à un prestataire tiers, la responsabilité directe du *NHS* pourra bien être engagée. Par contraste, lorsqu'un patient engage un chirurgien privé, mais que le *NHS* fournit le lit et les services de soins auxiliaires, le patient n'a recours que contre le chirurgien lorsque le dommage a été causé par la faute de ce dernier.

52 Art. 11 du *Coronavirus Act 2020*.

53 [2013] UKSC 66.

54 Dans ce sens, M. BRAZIER et E. CAVE, *Medicine, patients and the law*, 6<sup>e</sup> éd., Manchester, Manchester University Press, 2016, § 8.6.

## Conclusion

La loi de 1974 impose une série d'obligations à l'employeur pour assurer la sécurité du salarié, et ces obligations auront toutes leur pertinence en cas de crise sanitaire. La loi ne prévoit pas, toutefois, de moyens directs pour le salarié de contraindre un employeur à respecter ces obligations, et nous avons remarqué que depuis une réforme législative de 2013, une infraction à la loi de 1974 ne constitue pas en soi le fondement de la responsabilité civile de l'employeur. En cas de la réalisation du risque, le régime légal d'indemnisation des accidents du travail a une portée réduite, et, compte tenu des sommes relativement modestes proposées par ce régime, le salarié aura tout intérêt, en cas de préjudice grave subi par celui-ci dans un contexte de crise sanitaire, à chercher la responsabilité civile de l'employeur, à condition de pouvoir démontrer la faute de ce dernier. Lorsque le dommage de la victime est la conséquence de la faute d'un salarié, l'employeur sera responsable de plein droit du fait de celui-ci.



**Chapitre 4.**  
**La responsabilité civile de l'employeur**  
**vis-à-vis et du fait des salariés**  
**Rapport belge**

---

**Nicolas ESTIENNE**

*Avocat au barreau de Bruxelles*

*Collaborateur scientifique à l'UCLouvain (Louvain-la-Neuve)*

## I. La responsabilité de l'employeur *vis-à-vis* des salariés

### A) L'obligation de prévention des risques professionnels

1. En vertu de l'article 20, 2°, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, l'employeur a l'obligation « de veiller en bon père de famille à ce que le travail s'accomplisse dans des conditions convenables au point de vue de la sécurité et de la santé du travailleur et que les premiers secours soient assurés à celui-ci en cas d'accident ».

Les obligations des employeurs – qu'ils soient privés ou publics – en matière de prévention des risques professionnels sont contenues, de manière générale, dans la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

Cette loi, issue de la directive européenne 89/391/CEE du 12 juin 1989, a substitué aux concepts de sécurité, de santé et de salubrité qui figuraient dans une loi antérieure du 10 juin 1952 la notion, plus large, de « bien-être au travail »<sup>1</sup>. Celle-ci est définie comme étant « l'ensemble des facteurs concernant les conditions dans lesquelles le travail est effectué » (art. 3, § 1<sup>er</sup>, 1°, loi du 4 août 1996).

Le bien-être des travailleurs doit être recherché par des mesures qui concernent « la sécurité au travail ; la protection de la santé du travailleur au travail ; les aspects psychosociaux du travail ; l'ergonomie ; l'hygiène au travail ; l'embellissement des lieux de travail ; les mesures prises par l'entreprise en matière d'environnement, pour ce qui concerne leur influence sur les points précédents » (art. 4, § 1<sup>er</sup>, loi du 4 août 1996).

Dans le chef des employeurs, la loi du 4 août 1996 pose comme principe général :

« L'employeur prend les mesures nécessaires afin de promouvoir le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

À cette fin, il applique les principes généraux de prévention suivants :

- a) éviter les risques ;
- b) évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités ;
- c) combattre les risques à la source ;
- d) remplacer ce qui est dangereux par ce qui n'est pas dangereux ou par ce qui est moins dangereux ;

1 Pour un historique de la réglementation, voy. spéc. : L. VOGEL, « La législation sur le bien-être au travail : une réforme à mi-chemin de la systématisation de la prévention des risques », in D. DUMONT et P.-P. VAN GEHUCHTEN (coord.), *Actualités en matière de bien-être au travail*, coll. UB<sup>3</sup>, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 19 et s. ; J. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit de la santé et du bien-être au travail*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 51 et s.

- e) prendre des mesures de protection collective par priorité à des mesures de protection individuelle ;
- f) adapter le travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception des postes de travail, ainsi que le choix des équipements de travail et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de rendre plus supportable le travail monotone et le travail cadencé et d'en atténuer les effets sur la santé ;
- g) limiter, autant que possible, les risques compte tenu de l'état de l'évolution de la technique ;
- h) limiter les risques de lésion grave en prenant des mesures matérielles par priorité à toute autre mesure ;
- i) planifier la prévention et exécuter la politique concernant le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail en visant une approche de système qui intègre entre autres, les éléments suivants : la technique, l'organisation du travail, les conditions de vie au travail, les relations sociales et les facteurs ambiants au travail ;
- j) donner des informations au travailleur sur la nature de ses activités, les risques résiduels qui y sont liés et les mesures visant à prévenir ou limiter ces dangers :
  - 1° au moment de l'entrée en service ;
  - 2° chaque fois que cela s'avère nécessaire à la protection du bien-être ;
- k) donner des instructions appropriées aux travailleurs et établir des mesures d'accompagnement afin de garantir d'une façon raisonnable l'observation de ces instructions.
- l) prévoir ou s'assurer de l'existence d'une signalisation de sécurité et de santé au travail adaptée, lorsque les risques ne peuvent être évités ou suffisamment limités par les moyens techniques de protection collective ou par des mesures, méthodes ou procédés d'organisation du travail. » (art. 5, § 1<sup>er</sup>, loi du 4 août 1996).

2. Du côté des travailleurs, l'article 6 de la loi du 4 août 1996 précise : « Il incombe à chaque travailleur de prendre soin, selon ses possibilités, de sa sécurité et de sa santé ainsi que de celles des autres personnes concernées du fait de ses actes ou des omissions au travail, conformément à sa formation et aux instructions de son employeur ».

3. La loi du 4 août 1996 a fait l'objet de nombreux arrêtés d'exécution qui sont actuellement coordonnés dans le Code du bien-être au travail<sup>2</sup>. Le Code comporte plusieurs centaines d'articles, répartis sur 10 livres, eux-mêmes divisés en titres, chapitres et sections, voire sous-sections.

Le titre 2 du livre 1<sup>er</sup> énonce les « principes généraux relatifs à la politique du bien-être ». On y trouve notamment un chapitre VI qui concerne les « mesures de prévention spécifiques dans le cas d'une épidémie ou d'une pandémie » :

<sup>2</sup> Le Code du bien-être au travail a été publié au *Moniteur belge* du 2 juin 2017. Il est entré en vigueur le 12 juin 2017.

4. Chaque employeur a l'obligation de créer un *Service interne de Prévention et de Protection au travail*, composé d'un ou plusieurs conseillers en prévention. (art. 33 de la loi du 4 août 1996). Ce service – qui peut dans certains cas être externalisé auprès d'un service agréé – a pour mission d'assister l'employeur et les travailleurs en vue de l'application des mesures relatives au bien-être au travail.

L'article 6 de la loi du 4 août 1996 énonce à cet égard que chaque travailleur est tenu de « signaler immédiatement à l'employeur et au service interne de prévention et de protection au travail, toute situation de travail dont ils ont un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et immédiat pour la sécurité et la santé ainsi que toute défectuosité constatée dans les systèmes de protection ».

5. Sur le plan civil, les employeurs, les travailleurs et leurs organisations professionnelles représentatives peuvent introduire auprès des juridictions du travail une action tendant à trancher tout différend en matière de bien-être au travail (art. 79 de la loi du 4 août 1996).

Une telle action peut notamment avoir pour objet d'obtenir la condamnation d'un employeur à respecter ses obligations en matière de bien-être, le cas échéant en lui imposant d'adopter certaines mesures de prévention ou de protection.

6. La surveillance de la réglementation sur le bien-être des travailleurs est effectuée par la *Direction générale du contrôle du bien-être au travail* (CBE) du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale. Ce service peut être saisi sur plainte du conseiller en prévention, des travailleurs ou de leurs représentants. Il peut également être requis par le ministère public en cas d'ouverture d'une enquête pénale (art. 28ter, § 3, Code pénal social).

Les inspecteurs du bien-être peuvent notamment prescrire des mesures destinées à éliminer des risques ou des nuisances qui, selon eux, présentent une menace pour la santé et la sécurité des travailleurs ; interdire temporairement ou définitivement qu'un local, un lieu de travail ou des machines ou installations dangereuses soient utilisés et que certains procédés de fabrication soient appliqués ; en cas de danger immédiat, ils peuvent faire évacuer sur le champ tout lieu travail.

Leurs procès-verbaux font foi jusqu'à preuve du contraire. La charge de la preuve contraire incombe donc au contrevenant. Elle peut l'être par tous moyens de droit, mais de simples dénégations ou des arguments indigents ne peuvent suffire<sup>3</sup>.

7. Les manquements à la loi du 4 août 1996 et au Code du bien-être au travail sont constitutifs d'infractions pénales et peuvent dès lors être sanctionnés conformément au Code pénal social, voire (en cas de réalisation du

3 C.-E. CLESSE, *Droit pénal social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 237.

risque) sur la base des articles 418 à 420 du Code pénal (homicide et lésions corporelles involontaires par défaut de prévoyance et de précaution).

Les poursuites pénales peuvent être dirigées selon les circonstances contre l'entreprise elle-même (personne morale), contre ses dirigeants ou membres de la « ligne hiérarchique » (personnes physiques), ou simultanément contre la personne morale et contre une ou plusieurs personnes physiques<sup>4</sup>.

L'article 101 du Code pénal social définit plusieurs niveaux de sanctions en fonction de la gravité des infractions commises : amendes administratives, amendes pénales, peine d'emprisonnement de six mois à trois ans.

En matière de bien-être au travail, le juge pénal peut en outre infliger des sanctions spécifiques telles qu'une interdiction d'exploiter tout ou partie de l'entreprise, une fermeture de l'entreprise pour une durée d'un mois à trois ans, ou encore une interdiction professionnelle (art. 106 et 107 du Code pénal social)<sup>5</sup>.

8. Conformément à l'article 35 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, un salarié peut résilier son contrat de travail « sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un motif grave laissé à l'appréciation du juge et sans préjudice de tous dommages-intérêts s'il y a lieu ».

Le motif grave est défini comme étant « toute faute grave qui rend immédiatement et définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre l'employeur et le travailleur ».

Un manquement de l'employeur à ses obligations en matière de bien-être au travail est constitutif d'une faute contractuelle qui, si elle est jugée suffisamment grave, peut justifier la résolution du contrat aux torts de l'employeur, avec octroi de dommages-intérêts destinés à réparer intégralement le dommage matériel et moral subi par le travailleur du fait de la rupture.

9. L'article 35 précité permet également à l'employeur de licencier un travailleur, sans préavis ni indemnité de rupture, en cas de motif grave imputable au travailleur, ce qui peut être le cas si celui-ci ne respecte pas, de manière flagrante ou répétée, des mesures de prévention ou de protection mises en place dans l'entreprise.

Le salarié n'est pas, comme tel, passible d'une sanction prévue par le Code pénal social en cas d'infraction en matière de bien-être au travail<sup>6</sup> sauf s'il peut être considéré comme un « préposé » au sens du droit pénal social, c'est-à-dire

4 L'article 5 du Code pénal énonce que « [t]oute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte. [...] La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé ».

5 Sur ces sanctions spécifiques et leur caractère dissuasif, voy. C.-E. CLESSE, *Droit pénal social*, *op. cit.*, pp. 547-548.

6 Une exception est prévue pour l'infraction de violence ou de harcèlement au travail.

comme une personne « investie de l'autorité ou des pouvoirs nécessaires pour veiller effectivement au respect de la loi »<sup>7</sup>.

Le travailleur peut en revanche faire l'objet de sanctions disciplinaires de la part de l'employeur.

## B) L'obligation de réparation des risques professionnels

### 1) Les accidents du travail et les maladies professionnelles

**10.** En Belgique, il existe deux régimes de réparation des risques professionnels : celui de l'assurance contre les accidents du travail et celui de l'assurance contre les maladies professionnelles.

Ces deux régimes ne sont pas fondés sur le concept de faute issu du droit de la responsabilité civile, mais bien sur celui de risque. Le travailleur est couvert en raison des risques d'accident ou de maladie auxquels l'expose son activité professionnelle. Il a le droit d'être indemnisé pour le dommage subi sans avoir à démontrer une quelconque responsabilité dans le chef de son employeur ou de l'un de ses collègues de travail. Le principe directeur est que « celui qui fait courir un risque à la personne qui travaille à son service doit en supporter les conséquences »<sup>8</sup>.

Pour les *travailleurs du secteur privé* (employés et ouvriers sous contrat de travail), la réparation des accidents du travail et des accidents survenus sur le chemin du travail est actuellement régie par la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail. Quant à la réparation des maladies professionnelles, elle est régie par les lois coordonnées du 3 juin 1970 relatives à la prévention des maladies professionnelles et à la réparation des dommages résultant de celles-ci.

Pour les *travailleurs du secteur public* (agents des administrations publiques, des organismes publics et de certaines entreprises publiques), la réglementation est contenue dans un seul texte légal, à savoir la loi du 3 juillet 1967 sur la prévention ou la réparation des dommages résultants des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public<sup>9</sup>.

Sauf quelques exceptions, les différences entre le secteur privé et le secteur public sont relativement mineures<sup>10</sup>.

7 Cass., 15 septembre 1981, *Rev. dr. pén.*, 1982, p. 777 ; *R. W.*, 1981-1982, p. 1123 et note H. D. BOSLY, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de lasthebber of de aangestelde in het sociaal recht ».

8 J.-F. FUNCK, *Droit de la sécurité sociale*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 359.

9 Notons que les militaires et le personnel de la SNCB sont soumis à un régime spécifique pour la réparation des risques professionnels.

10 J. CLESSE et A. MORTIER, « L'attraction réciproque des lois de 1967 et 1971 », in S. GILSON (coord.), *Les accidents du travail dans le secteur public*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 9 et s.

Le principe de l'indemnisation par l'employeur des conséquences d'un accident du travail a été introduit dans la législation belge par une loi du 24 décembre 1903, ancêtre de la loi du 10 avril 1971. Jusqu'alors, en cas d'accident, les travailleurs étaient tenus d'invoquer le droit commun de la responsabilité civile (art. 1382 et 1383 anc. C. civ.). Dans bien des cas, il leur était impossible de rapporter la preuve de la responsabilité de l'employeur<sup>11</sup>. L'assurance contre les maladies professionnelles est, quant à elle, apparue en 1927.

**11.** Pour qu'il y ait matière à réparation d'un accident du travail, il convient d'être en présence d'un *événement soudain* qui produit une lésion entraînant une incapacité de travail ou le décès du travailleur. L'accident doit être survenu dans le cours et par le fait de l'exercice des fonctions (art. 2 de la loi du 3 juillet 1967 et art. 7 de la loi du 10 avril 1971).

L'événement soudain est l'élément déclencheur de l'accident. Il doit être identifié. Il s'agit d'un fait, déterminé dans le temps et dans l'espace<sup>12</sup>. Il n'est pas exigé que la cause de l'événement soudain soit extérieure à l'organisme de la victime<sup>13</sup>. De même, l'événement ne doit pas nécessairement être anormal : l'exercice normal d'une tâche habituelle peut être un événement soudain à la condition que, dans cet exercice, puisse être décelé un élément qui a pu produire la lésion<sup>14</sup>. Quant à la notion de soudaineté, elle ne peut être assimilée à celle d'instantanéité. L'événement soudain peut donc s'étaler sur une certaine durée, qui doit néanmoins être relativement courte, sachant que tout ce qui dure moins d'une journée de travail est accepté comme un événement « à court terme »<sup>15</sup>.

Pour prouver l'existence d'un accident du travail, la victime doit uniquement démontrer la survenance d'un événement soudain et d'une lésion. Dès que cette double preuve est rapportée, le lien de causalité entre l'événement et la lésion est présumé (art. 2, al. 4, loi du 3 juillet 1967 ; art. 9 de la loi du 10 avril 1971). Cette présomption de causalité peut être renversée par le débiteur de l'indemnisation. La preuve contraire implique qu'il soit exclu,

11 Pour un historique de la réglementation sur les accidents du travail : L. VAN GOSSUM, N. SIMAR et M. STRONGYLOS, *Les accidents du travail*, 8<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 11 et s. ; J. CLESSE, « Droit de la responsabilité et réparation des accidents du travail de 1903 à nos jours », in A. CHARLIER et S. GILSON (coord.), *La réparation de l'accident du travail. À l'intersection du droit social et du droit commun de la responsabilité*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 7 et s.

12 C. trav. Bruxelles, 16 janvier 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 167. L'accident du travail peut donc résulter d'un simple mouvement du corps ou d'une position corporelle déterminée, sans événement extérieur tel qu'un choc ou une chute (P. PALSTERMAN, note sous Cass., 28 avril 2008, *Chron. D.S.*, 2009, p. 316).

13 Cass., 22 avril 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 361.

14 Cass., 5 avril 2004, *J.T.T.*, 2004, p. 469.

15 L. VAN GOSSUM, N. SIMAR et M. STRONGYLOS, *Les accidents du travail*, 8<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 61 et réf. citées. La cour du travail de Gand a ainsi considéré qu'un travailleur qui avait parcouru, pendant une journée de travail, onze kilomètres à pied et qui avait, en raison du port de nouvelles chaussures, attrapé une ampoule qui s'est ultérieurement infectée, démontre bien la survenance d'un événement soudain (C. trav. Gand, 19 décembre 2014, *Bull. ass.*, 2015, p. 42, note G. HULLEBROECK).

avec le plus haut degré de vraisemblance, que les lésions soient, concrètement, une conséquence en tout ou en partie de l'événement soudain<sup>16</sup>. Il appartient donc au débiteur de l'indemnisation d'établir que les lésions n'ont pas été causées ou favorisées, même partiellement, par l'événement soudain, mais qu'elles trouvent leur cause exclusive dans un autre événement ou dans une prédisposition pathologique de la victime, non modifiée même partiellement par l'accident, et qu'elles se seraient produites de la même manière et avec la même ampleur sans l'événement soudain<sup>17</sup>.

**12.** L'événement soudain constitue le critère déterminant pour différencier l'accident du travail de la maladie professionnelle. Cette dernière résulte d'une exposition à un risque professionnel pendant une période d'activité professionnelle qui s'étend dans le temps.

Ce sont ces critères de soudaineté, d'une part, et de durée, d'autre part, qui permettent de différencier les deux systèmes<sup>18</sup>. Il a ainsi été jugé qu'une travailleuse ayant développé un important syndrome de fatigue chronique à la suite d'une vaccination contre la grippe saisonnière effectuée sur son lieu de travail dans le cadre d'une campagne de vaccination proposée (de manière non contraignante) par l'employeur aux membres de son personnel, est fondée à se prévaloir des dispositions applicables en matière de réparation des accidents du travail, l'inoculation du vaccin constituant un événement soudain, survenu pendant et par le fait de la fonction<sup>19</sup>.

**13.** Pour donner lieu à réparation, la maladie professionnelle suppose que, pendant sa période d'occupation, le travailleur ait subi sur les lieux de travail une « influence nocive » qui soit « inhérente à l'exercice de la profession » et « nettement plus grande que celle subie par la population en général ». En outre, il faut que l'exposition au risque professionnel « constitue, dans les groupes de personnes exposées, selon les connaissances médicales généralement admises, la cause prépondérante de la maladie » (art. 32 de la loi du 3 juin 1970). Ces conditions cumulatives permettent de distinguer les risques professionnels des risques qui sont liés à la vie normale en société. Il en résulte « qu'une maladie contractée fortuitement sur les lieux de travail sans que ce travail entraîne un risque accru de la maladie n'est pas une maladie professionnelle »<sup>20</sup>.

Il existe deux catégories de maladies professionnelles.

- *Les maladies dites « de la liste »* : Il s'agit des maladies qui sont reprises dans une liste fixée par un arrêté royal<sup>21</sup> et pour lesquelles le lien de causalité

16 Cass., 3 février 2003, *J.T.T.*, 2003, p. 286.

17 C. trav. Bruxelles, 21 novembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15383.

18 H. FUNCK, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 413.

19 C. trav. Bruxelles, 21 novembre 2016, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15383.

20 H. FUNCK, *Droit de la sécurité sociale, op. cit.*, p. 416.

21 A.R. du 6 février 2007 fixant la liste des industries, professions ou catégories d'entreprises dans lesquelles la victime d'une maladie professionnelle est présumée avoir été exposée au risque de cette

entre la maladie et l'exposition au risque professionnel est présumé. Cette présomption de causalité est irréfragable, en ce sens que la preuve contraire n'est pas admise<sup>22</sup>. À noter qu'il existe aussi une liste européenne des maladies professionnelles. Celle-ci est en grande partie comparable à la liste belge mais elle ne crée pas de droits auxquels les travailleurs pourraient directement prétendre devant les tribunaux<sup>23</sup>.

- *Le système « ouvert »* : L'article 30bis des lois coordonnées du 3 juin 1970 prévoit que donne également lieu à réparation « la maladie qui, tout en ne figurant pas sur la liste [...], trouve sa cause déterminante et directe dans l'exercice de la profession. La preuve du lien de causalité entre la maladie et l'exposition au risque professionnel de cette maladie est à charge de la victime ou de ses ayants droit ». Dans ce système « ouvert », le travailleur ne bénéficie donc pas d'une présomption de causalité. Selon la Cour de cassation : « Il ne ressort pas des travaux parlementaires que, par les termes “déterminante et directe”, l'article 30bis ait disposé que le risque professionnel doit être la cause exclusive ou principale de la maladie. Ce lien de causalité ne requiert pas que l'exercice de la profession soit la cause exclusive de la maladie ; cet article n'exclut pas une prédisposition, ni n'impose que l'ayant droit doive établir l'importance de l'influence exercée par la prédisposition... »<sup>24</sup>.

14. S'agissant de la crise sanitaire de la Covid-19, la Belgique a organisé progressivement un système de reconnaissance du coronavirus en tant que maladie professionnelle pour certaines catégories de travailleurs.

Dès le 25 mars 2020 (soit peu après le début du premier confinement), la Covid-19 a été ajoutée à la liste des maladies professionnelles (code 1.404.05) pour les *personnes travaillant dans le secteur des soins de santé* et qui courent un risque accru d'être contaminées par le virus : le personnel hospitalier qui travaille dans les services des urgences et de soins intensifs, dans les services des maladies pulmonaires et infectieuses, dans d'autres services où sont admis des patients atteints de la Covid-19 ; le personnel hospitalier qui a effectué des actes diagnostiques ou thérapeutiques sur des patients infectés ou potentiellement infectés par le SARS-CoV-2 ; le personnel travaillant dans d'autres services hospitaliers et dans des institutions de soins où un foyer de Covid-19 s'est déclaré ; les maisons de repos et de soins et les établissements d'hébergement collectif pour personnes malades et handicapées ont été assimilés à des institutions de soins.

maladie. Ce texte a été mis à jour à plusieurs reprises. La liste actuellement en vigueur peut être consultée via le lien suivant : LIJST VAN DE BEROEPSZIEKTEN (fedris.be). On y retrouve certaines affections issues de crises sanitaires, telles que la peste, la lèpre, la fièvre jaune ou la tuberculose.

22 C. trav. Mons, 16 janvier 2002, *J.T.T.*, 2002, p. 233.

23 C.J.U.E., 13 décembre 1989, *Grimaldi c. Fonds des Maladies Professionnelles*, aff. 88/322, *J.T.T.*, 1990, p. 137.

24 Cass., 2 février 1998, *Pas.*, 1998, n° 58 ; D. DE BRUCQ, « Maladie professionnelle hors liste, condition de causalité, arrêt de la Cour de cassation du 2 février 1998 », *R.B.S.S.*, 1999, p. 573.

L'inclusion de la Covid-19 dans la liste des maladies professionnelles a aussi été étendue au *personnel exerçant certaines activités spécifiques* : personnel chargé du transport de patients infectés ou potentiellement infectés par le virus, personnel des centres de triage spécifiquement mis en place pour examiner les patients susceptibles d'être infectés ; personnel qui, à des fins de diagnostic, réalise des examens ou prélève des échantillons cliniques sur des patients potentiellement infectés par le SARS-CoV-2 ; laborantins effectuant des manipulations en phase ouverte avec des échantillons cliniques de cas suspects ou confirmés pour la détection du virus.

Une troisième extension dans la liste a été adoptée en décembre 2021, mais avec effet rétroactif au 18 mai 2020 (fin du premier confinement) et extinction au 31 décembre 2021, en faveur des travailleurs du secteur privé et du secteur public ayant contracté le virus à la suite d'une « flambée » d'infections sur le lieu de travail. La notion de flambée implique qu'au moins cinq personnes doivent avoir été contaminées par la Covid-19 sur le même lieu de travail au cours d'une période de 14 jours et que ces personnes aient partagé le même espace de travail. Elle suppose également que les conditions de travail aient facilité la transmission du virus (difficulté de respecter la distanciation sociale par exemple) et qu'il existe un lien épidémiologique entre les différentes contaminations.

Les travailleurs qui ne rentrent pas dans les catégories visées ci-dessus peuvent en principe prétendre à une indemnisation pour maladie professionnelle par le biais du « système ouvert », à charge pour eux de prouver que la maladie trouve sa cause directe et déterminante dans l'exercice de l'activité professionnelle, ce qui implique de démontrer avec certitude que la contamination est bien intervenue sur les lieux de travail.

Quant à la reconnaissance d'une contamination par le coronavirus en tant qu'accident du travail, elle est en principe possible, la maladie pouvant être considérée comme une lésion au sens de la réglementation<sup>25</sup>, mais pour autant que la preuve d'un événement soudain soit rapportée par la victime (on songe par exemple à un crachat d'un collègue de travail). À notre connaissance, il n'y a pas encore de jurisprudence en la matière. Dès lors que celle-ci se montre très large dans l'acceptation de faits concrets en tant qu'événement soudain, on peut néanmoins penser que certains juges reconnaîtront comme événement

25 C. PERSYN, « Covid-19 : accident du travail ou maladie professionnelle ? », *Jura*, actualités du 12 mai 2020. L'auteur rappelle que « dès 1903, à l'époque de la première loi sur les accidents du travail, la limpidité était de mise : le dommage causé par un accident du travail peut tout aussi bien être une maladie qu'un traumatisme. À l'époque, une intoxication due à l'échappement de gaz ou une maladie pulmonaire contractée à la suite d'un éboulement soudain avaient été cités à titre d'exemple. [...] Les infections contractées pendant le travail ont été acceptées à de multiples reprises comme résultant d'un accident du travail : tuberculose, variole, gale, érysipèle et syphilis, cette dernière ayant été contractée après qu'un souffleur de verre ait utilisé le chalumeau d'un collègue infecté ».

soudain un contact démontré et limité dans le temps et dans l'espace avec une personne infectée, voire même la présence dans un environnement de travail contaminé<sup>26</sup>.

## 2) Le débiteur de l'indemnisation

**15.** Pour les accidents du travail dans le secteur privé (loi du 10 avril 1971), chaque employeur est obligatoirement tenu de souscrire une assurance contre le risque d'accident du travail auprès d'une compagnie d'assurance privée<sup>27</sup>. La victime blessée dans un accident et ses ayants droit en cas de décès ont la qualité d'assuré ou de bénéficiaire du contrat d'assurance, de sorte que le débiteur de l'indemnisation est l'assureur<sup>28</sup> et non l'employeur. En cas de litige, c'est donc l'assureur qui doit être assigné devant le tribunal du travail, lequel dispose d'une compétence matérielle exclusive en la matière.

Si l'employeur n'a pas fait assurer son personnel ou que le contrat d'assurance a été suspendu pour défaut de paiement des primes, l'indemnisation prévue par la loi du 10 avril 1971 sera prise en charge par FEDRIS (Agence fédérale des risques professionnels<sup>29</sup>), institution publique qui a pour mission première de contrôler que la loi est bien respectée par les assureurs privés.

Pour les accidents du travail dans le secteur public (loi du 3 juillet 1967), le débiteur de la réparation est exclusivement l'employeur public. En pratique, bon nombre d'employeurs publics souscrivent également une assurance (facultative) contre le risque d'accident du travail auprès d'un assureur privé. Mais, en cas de litige, c'est bien l'employeur public qui doit être cité devant le tribunal du travail<sup>30</sup> et non son éventuel assureur (lequel intervient en quelque sorte comme un réassureur).

Pour les maladies professionnelles, tant dans le secteur privé que dans le secteur public, le débiteur de l'indemnisation est FEDRIS.

## 3) L'étendue de la réparation en cas d'incapacité de travail

**16.** L'indemnisation des conséquences dommageables d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle n'est pas fondée sur le principe de la réparation intégrale qui prévaut dans le droit commun de la responsabilité

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> La réparation des accidents du travail dans le secteur privé est la seule branche de la sécurité sociale belge qui a été déléguée par l'État à des assureurs privés. Sur cette particularité et les critiques qu'elle peut susciter : S. GILSON et Z. TRUSGNACH, *Accident du travail. Vos droits en tant que victime*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 21 et s.

<sup>28</sup> En Belgique, l'assureur accident du travail est souvent appelé « assureur loi ».

<sup>29</sup> FEDRIS est né en 2016 de la fusion du Fonds des accidents du travail (F.A.T.) et du Fonds des maladies professionnelles (F.M.P.).

<sup>30</sup> En Belgique, le contentieux des accidents du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public relève de la compétence exclusive de juridictions de l'ordre judiciaire, à savoir le tribunal du travail (premier degré de juridiction) et la cour du travail (appel), sous le contrôle de la Cour de cassation.

civile et dans d'autres régimes spéciaux d'indemnisation des dommages corporels. Dans la réglementation sur les risques professionnels, la réparation est dite « forfaitaire », en ce sens qu'elle est partielle : tous les postes de préjudices ne sont pas réparés ; lorsqu'ils le sont, ils ne le sont pas nécessairement intégralement<sup>31</sup>.

Les préjudices indemnisables sont exclusivement d'ordre patrimonial : préjudices économiques temporaires et permanents, dépenses de santé, frais de prothèse et besoin d'assistance de tierce personne permanent, avec des limitations légales quant aux montants alloués. Les autres préjudices, notamment de nature extrapatrimoniale, (incapacité personnelle, souffrances endurées, préjudices esthétique, d'agrément, d'établissement, sexuel...) ne sont, quant à eux, pas couverts.

Les indemnisations prévues lorsque le travailleur accidenté ou malade est en vie sont globalement identiques selon qu'il a été victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

**17.** Pendant la période d'incapacité de travail temporaire, le travailleur du secteur privé a droit à une indemnité journalière égale à 90 % de sa rémunération quotidienne moyenne (art. 22 de la loi du 10 avril 1971). Dans le secteur public, l'agent qui subit une incapacité temporaire de travail est considéré comme étant en activité et bénéficie, de ce fait, d'un maintien à 100 % de sa rémunération<sup>32</sup>.

**18.** Si des séquelles de l'accident ou de la maladie persistent au-delà de la consolidation, l'incapacité de la victime devient permanente<sup>33</sup>. Le taux de cette incapacité de travail permanente est fixé dans un premier temps par le médecin-conseil de l'assureur, par le MEDEX (centre d'expertise médicale pour le secteur public) ou par le médecin-conseil de FEDRIS. La victime a ensuite la possibilité de contester ce taux en introduisant la procédure judiciaire devant le tribunal du travail et en sollicitant, *in limine litis*, la désignation d'un expert judiciaire.

31 S. GILSON, F. LAMBINET et Z. TRUSGNASH, « Quelques caractéristiques fondamentales de la réparation en accident du travail : une réparation automatique, partielle et forfaitaire », in A. CHARLIER et S. GILSON (coord.), *La réparation de l'accident du travail. À l'intersection du droit social et du droit commun de la responsabilité*, op. cit., pp. 27 et s.

32 L. MARKEY, « La réparation des accidents du travail dans le secteur public », in S. GILSON (coord.), *Les accidents du travail dans le secteur public*, Limal, Anthemis, 2015, p. 94.

33 L'incapacité permanente de travail est définie en loi par la Cour de cassation comme il suit : « L'incapacité permanente résultant d'un accident du travail consiste dans la diminution de la valeur économique de la victime sur le marché général du travail. L'étendue de cette incapacité s'apprécie non seulement en fonction de l'incapacité physiologique mais aussi en fonction de l'âge de la qualification professionnelle, de la faculté de réadaptation, de la possibilité de rééducation professionnelle et de la capacité de concurrence de la victime sur le marché général de l'emploi, elle-même déterminée par les possibilités dont la victime dispose encore, comparativement à d'autres travailleurs, d'exercer une activité salariée » (voy. notamment : Cass., 15 décembre 2014, S.12.0097.F, *Juportal*).

L'indemnité destinée à réparer l'incapacité permanente est calculée en multipliant le taux de l'incapacité par le *salaire de base* qui correspond à la rémunération que la victime a perçue au cours de l'année qui a précédé l'accident ou le début de la maladie. Ce salaire de base fait l'objet d'un plafond légal<sup>34</sup>, avec la conséquence que le travailleur dont la rémunération dépasse le plafond ne sera indemnisé qu'à concurrence de ce plafond.

L'indemnité pour l'incapacité permanente est en principe versée sous la forme d'une allocation annuelle. Lorsque l'incapacité permanente de travail est d'au moins 10 %, l'allocation est versée chaque mois. Dans le secteur privé, l'allocation est indexée si le taux de l'incapacité permanente est supérieur à 15 %. Par ailleurs, pour les petites incapacités, le montant de l'allocation est réduit de moitié si le taux est inférieur à 5 %, et de 25 % s'il se situe entre 5 % et moins de 10 % (art. 24, al. 3, loi du 10 avril 1971).

**19.** Outre l'indemnisation de son incapacité de travail temporaire et permanente, le travailleur a droit aussi au remboursement, dans certaines limites légales, des frais médicaux, paramédicaux, pharmaceutiques et hospitaliers nécessités par l'accident ou la maladie, ainsi qu'à la prise en charge des prothèses<sup>35</sup> et de leurs éventuels renouvellements.

Dans les cas les plus lourds, la victime dont l'état « exige absolument et normalement l'assistance d'une tierce personne » (art. 24, al. 4, loi du 10 avril 1971) peut prétendre à une allocation complémentaire fixée « en fonction du degré de nécessité de cette assistance »<sup>36</sup>. Cette indemnité complémentaire n'est due qu'à compter de la consolidation. Le besoin d'assistance de tierce personne antérieur à la consolidation n'est donc pas indemnisé, contrairement à la réparation due en droit commun. L'allocation pour tierce personne est par ailleurs calculée sur la base d'un pourcentage du revenu minimum mensuel moyen garanti (R.M.M.M.G.)<sup>37</sup> et non sur la base du salaire d'une aide professionnelle rémunérée comme c'est le cas en droit commun.

34 Pour l'année 2023, le salaire de base est plafonné à 53.087,42 € bruts. L'historique du plafond légal peut être consulté sur le site internet de FEDRIS : <https://fedris.be/fr/professionnel/secteur-prive/remunerations-de-base-maximale-et-minimale>.

35 Selon la Cour de cassation, la notion de prothèse vise « tout moyen artificiel remplaçant une partie du corps ou sa fonction, qu'il soit placé à l'intérieur ou à l'extérieur du corps et, au sens large, les moyens techniques d'assistance ou de remplacement de la fonction perdue » (Cass., 22 juin 2009, *Juportal*).

36 Sur cette allocation complémentaire : P. PALSTERMAN, « L'indemnisation de l'aide de tiers dans la législation des accidents du travail », in J.-P. BEAUTHIER (dir.), *Justice et dommage corporel. Panorama du handicap au travers des divers systèmes d'aide et de réparation*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 79 et s.

37 Dans le secteur public, le revenu de référence pour l'indemnité complémentaire de tierce personne est « la rétribution mensuelle garantie » ou « le revenu minimum mensuel moyen garanti », « selon le régime pécuniaire applicable à la victime dans le service où elle est recrutée ou engagée » (art. 4, § 2, loi du 3 juillet 1967).

#### 4) L'étendue de la réparation en cas de décès

**20.** En cas de décès du travailleur, les ayants droit ont droit à une rente égale à 30 % de la rémunération de base du défunt (conjoint survivant ou cohabitant légal), à 15 % (pour chaque enfant orphelin de père ou de mère, sans que l'ensemble puisse dépasser 45 %), à 20 % (pour chaque enfant orphelin de père et de mère, sans que l'ensemble puisse dépasser 60 %), à 20 % (pour le ou les ascendants, pour autant que le défunt était leur principale source de revenus), à 15 % ou 20 % (petits-enfants orphelins de père ou/et de mère, s'ils cohabitaient avec le défunt et profitaient de ses revenus), à 15 % (frères et sœurs s'ils cohabitaient avec le défunt et profitaient de ses revenus).

Les ayants droit ont également droit à une indemnité forfaitaire pour frais funéraires qui est égale à 30 fois la rémunération quotidienne moyenne de la victime. Celle-ci est payée quels que soient les frais réellement engagés et même si les frais réellement exposés sont inférieurs à ce montant.

Les frais de transfert de la dépouille mortelle vers le lieu où la famille souhaite faire inhumer le défunt sont, quant à eux, remboursés sur la base du montant effectivement exposé.

#### 5) La place de la responsabilité civile de l'employeur en cas de manquements à ses obligations

**21.** La réglementation sur les accidents du travail et sur les maladies professionnelles institue un droit à réparation « automatique » et forfaitaire dans le chef du travailleur concerné ou de ses ayants droit en cas de décès. Le bénéfice de l'indemnisation prévue par cette réglementation n'est donc pas subordonné à la preuve d'un quelconque manquement dans le chef de l'employeur, notamment à ses obligations en matière de bien-être au travail.

La faute éventuelle de la victime dans la survenance du risque professionnel est également sans aucune incidence sur son droit à obtenir une indemnisation, dès l'instant où les conditions légales de reconnaissance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle sont réunies. La seule exception est l'hypothèse où l'accident ou la maladie a été intentionnellement provoqué par la victime<sup>38</sup>.

**22.** En cas de faute de l'employeur en lien causal avec le dommage résultant de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle, le travailleur (ou ses ayants droit en cas de décès) ne peut en principe pas mettre en cause la responsabilité civile de son employeur dans le but d'obtenir la réparation intégrale de ses préjudices. Il doit donc se contenter de l'indemnisation forfaitaire et partielle prévue par les régimes de réparation des risques professionnels.

<sup>38</sup> Art. 15 de la loi du 3 juillet 1967 ; art. 48 de la loi du 10 avril 1971.

L'employeur (de même que ses mandataires et préposés) jouit par conséquent d'une immunité légale de responsabilité<sup>39</sup> dont la justification est double :

- *Contrepartie de l'obligation d'assurance* : L'employeur privé étant obligé de s'assurer contre les risques professionnels et, ainsi, de contribuer au financement des réparations, le législateur a estimé qu'il convenait de ne pas alourdir sa charge économique par une éventuelle obligation d'indemnisation issue du droit de la responsabilité civile.
- *Maintien de la paix sociale dans l'entreprise* : La possibilité d'une action en responsabilité d'un travailleur contre son patron serait susceptible d'entraîner une détérioration du climat social au sein de l'entreprise.

Cette immunité de responsabilité fait l'objet de certaines critiques doctrinales. Il reste qu'elle a été validée par la Cour constitutionnelle, qui a estimé qu'elle n'est ni discriminatoire ni contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi<sup>40</sup>.

23. L'immunité n'est toutefois pas absolue. Il existe donc des cas où le travailleur pourra mettre en cause la responsabilité civile de l'employeur, notamment :

- *Lorsque l'employeur (ou son mandataire ou préposé) a causé intentionnellement l'accident ou provoqué intentionnellement la maladie*. La faute intentionnelle consiste dans le fait de vouloir causer un dommage, mais sans nécessairement avoir eu l'intention d'attenter à l'intégrité physique ou psychique du travailleur<sup>41</sup>.
- *Lorsque l'accident survient sur le chemin du travail*. Sur le chemin du travail, le travailleur n'est plus sous l'autorité de l'employeur et il n'y a donc aucune raison de ne « pas mettre en jeu la responsabilité de ce dernier »<sup>42</sup>.
- *Lorsque l'accident est un accident de la circulation routière*, impliquant un ou plusieurs véhicules, automoteurs ou non, et lié à la circulation sur la voie publique.
- *Lorsque l'accident résulte d'une méconnaissance grave des règles relatives au bien-être des travailleurs*. Les conditions pour faire échec à l'immunité de responsabilité de l'employeur sont cependant très restrictives : il faut que les fonctionnaires désignés pour surveiller l'application desdites règles (contrôle du bien-être au travail) lui ont au préalable et par écrit : a) signalé le danger auquel il expose ses travailleurs ; b) communiqué les infractions

39 Art. 46 de la loi du 10 avril 1971 (accident du travail dans le secteur privé) ; art. 14 de la loi du 3 juillet 1967 (accidents du travail et maladies professionnelles dans le secteur public) ; art. 51 de la loi coord. du 3 juin 1970 (maladies professionnelles secteur privé).

40 C. const., 13 mars 2002, n° 115/2002.

41 A. CHARLIER, « Le régime général, quelques régimes particuliers et un soupçon d'immunités », in A. CHARLIER et S. GILSON (coord.), *La réparation de l'accident du travail. À l'intersection du droit social et du droit commun de la responsabilité*, op. cit., p. 66 et réf. citées.

42 *Ibid.*, p. 67.

qui ont été constatées ; c) prescrit des mesures adéquates pour y remédier. Comme le soulignent des auteurs, « les conditions légales sont à ce point restrictives – entre autres l'obligation d'une mise en demeure écrite de la part d'un inspecteur du travail compétent – que les possibilités d'application [...] sont excessivement restreintes »<sup>43</sup>.

**24.** Relevons que « l'action en responsabilité civile ne peut pas être intentée contre l'employeur qui prouve que l'accident est également dû au non-respect, par le travailleur victime de l'accident, des instructions de sécurité que l'employeur lui a préalablement notifiées par écrit, alors que les moyens de sécurité nécessaires ont été mis à sa disposition » (art. 46, § 1<sup>er</sup>, al. 2, loi du 10 avril 1971).

Relevons également que l'immunité de responsabilité instituée au profit de l'employeur par l'article 46 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail ne peut être opposée par l'utilisateur d'un travailleur intérimaire. « Si le travailleur intérimaire subit un accident du travail dont la responsabilité incombe à l'utilisateur, celui-ci ne bénéficiera donc pas de l'immunité et la victime et l'assureur-loi de l'entreprise intérimaire, subrogé dans les droits de la victime, pourront exercer le recours en responsabilité contre l'utilisateur »<sup>44</sup>. La Cour constitutionnelle a décidé que cette situation n'est pas constitutive d'une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution<sup>45</sup>.

## II. La responsabilité de l'employeur *du fait* de ses salariés

**25.** En application de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil belge, les employeurs, en leur qualité de commettants, sont présumés responsables à l'égard des tiers en cas de fautes commises par leurs préposés dans le cadre des « fonctions auxquelles ils les ont employés ».

Cette présomption de responsabilité est irréfragable. Il importe donc peu que le commettant démontre qu'il ne pouvait prévoir ni empêcher la faute du préposé ou encore que lui-même n'a commis aucune faute<sup>46</sup>.

La condition principale d'application de la présomption est l'existence d'un lien de subordination entre le commettant et le préposé<sup>47</sup>. Cette existence est

43 C.-E. CLESSE et M. VERWILGHEN, *La responsabilité de l'employeur et du travailleur*, Liège, Kluwer, 2021, pp. 153-154.

44 L. VAN GOSSUM, N. SIMAR et M. STRONGYLOS, *Les accidents du travail*, 8<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 200.

45 C. const., 11 mai 2005, *R.G.A.R.*, 2005, n° 14063 et l'étude de P. MOREAU, « L'immunité en accidents du travail à la suite de l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 11 mai 2005 », *R.G.A.R.*, 2005, n° 14053.

46 B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Dossier du J.T., vol. 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 135.

47 Sur le lien de subordination, voy. spéc. : C. DALCQ et A. KAPITA, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Titre IV, Livre 40, Liège, Wolters Kluwer, 2022, pp. 7 et s.

appréciée en fait par le juge, mais elle est, en règle, établie en présence d'un salarié occupé dans le cadre d'un contrat de travail dans le secteur privé ou d'un statut dans la fonction publique.

26. L'article 18 de la loi du 3 juillet relative aux contrats de travail institue une immunité civile de responsabilité au profit du travailleur occupé sous contrat de travail : « En cas de dommages causés par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol et de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel ». Une immunité analogue bénéficie aux agents statutaires des pouvoirs publics<sup>48</sup>, ainsi qu'aux volontaires (bénévoles)<sup>49</sup>.

Selon la Cour de cassation, le dol au sens de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 « requiert l'existence dans le chef de l'auteur du dommage non seulement de la volonté de causer le fait dommageable mais aussi de la volonté de causer les effets dommageables de ce fait »<sup>50</sup>.

La faute lourde consiste en « une faute tellement grossière, tellement excessive qu'elle ne se comprend pas d'une personne raisonnable, étant précisé que cette faute ne doit toutefois pas être intentionnelle, mais elle peut être volontaire, et que l'appréciation de sa gravité tient compte de la fonction et des responsabilités du travailleur »<sup>51</sup>. Le fait que la faute soit constitutive d'une infraction pénale, comme par exemple une violation des règles relatives au bien-être au travail, ne peut conduire à la qualifier automatiquement de faute lourde<sup>52</sup>.

Quant à la faute légère habituelle, elle implique que le comportement du travailleur révèle une série d'actes fautifs qui peuvent être différents l'un de l'autre, mais qui démontrent un manque de conscience professionnelle<sup>53</sup>.

Sous réserve de l'application de l'immunité civile dont jouit le travailleur, la responsabilité du commettant sur la base de l'article 1384, alinéa 3, de l'ancien Code civil, ne fait pas disparaître la responsabilité civile personnelle du préposé. Ces deux responsabilités coexistent, la victime pouvant choisir d'assigner soit l'employeur, soit le travailleur, soit les deux simultanément pour obtenir leur condamnation *in solidum*.

48 Art. 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques.

49 Art. 5 de la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires.

50 Cass., 11 mars 2014, P.12.0904.N, *Juportal*.

51 C. DALCQ et A. KAPITA, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 31.

52 L'immunité civile prévue par l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail n'affecte pas l'éventuelle responsabilité pénale du travailleur, qui peut donc être poursuivi et condamné pénalement en cas d'infraction. Sur le plan civil, ce travailleur pourra toutefois se prévaloir de l'immunité civile pour contester la demande de réparation qui serait dirigée contre lui par une partie civile.

53 C. DALCQ et A. KAPITA, « La responsabilité du fait des personnes agissant pour autrui », *op. cit.*, p. 31.

27. L'article 18, alinéa 4, de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail énonce que : « L'employeur peut, dans les conditions prévues par l'article 23 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, imputer sur la rémunération les indemnités et dommages-intérêts qui lui sont dus en vertu du présent article et qui ont été, après les faits, convenus avec le travailleur ou fixés par le juge ». Par conséquent, l'employeur qui a indemnisé le tiers, victime du dommage causé par la faute de son travailleur, dispose d'une action récursoire contre son préposé pour obtenir le remboursement des indemnités payées à ce tiers. Toutefois, le travailleur pourra faire échec à cette action si sa faute n'est pas constitutive d'un dol, d'une faute lourde ou d'une faute légère habituelle<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 32.

**Chapitre 5.**  
**La responsabilité civile de l'employeur**  
**vis-à-vis et du fait des salariés**  
**Rapport espagnol**

---

**Miguel MARTÍNEZ MUÑOZ**

*Professeur Propio Adjunto à l'Universidad Pontificia Comillas,  
Madrid (ICADE)*

## Introduction

1. La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés est réglementée en Espagne de manière fragmentaire, dans la mesure où il n'existe pas de loi spécifique en la matière. Pour cette raison, les règles générales de la responsabilité civile s'appliquent, principalement les articles 1902 à 1904 du Code civil, tout comme le décret royal législatif 2/2015 du 23 octobre 2015 qui approuve le texte modifié de la loi sur le statut des salariés<sup>1</sup>, et le décret royal législatif 8/2015 du 30 octobre 2015 qui approuve le texte modifié de la loi générale de la sécurité sociale<sup>2</sup>. En outre, dans le domaine de la prévention des risques professionnels, la législation est abondante. Et cette législation se vit augmentée par plusieurs règles spéciales dictées à l'occasion de la crise sanitaire de la Covid-19.

2. L'article 40.2 de la Constitution espagnole confie aux pouvoirs publics, comme l'un des principes directeurs de la politique sociale et économique, le fait de veiller à la santé et la sécurité sur le lieu de travail. Ce mandat constitutionnel implique la nécessité de développer une politique de protection de la santé des salariés en prévenant les risques découlant de leur travail. En plus, les employeurs doivent adopter une panoplie de mesures visant à garantir la sécurité dans le cadre du travail, sous peine d'être tenus responsables des dommages causés à leurs employés.

3. Dans ce rapport, nous analyserons dans un premier temps le cadre de la prévention des risques et de la sécurité au travail (I), puis la responsabilité de l'employeur dans le cas où les risques professionnels produisent des dommages subis par les salariés (II). Enfin, le rapport abordera la responsabilité des employeurs pour les dommages causés par leurs salariés dans l'exercice de leurs fonctions (III).

### I. La sécurité au travail et la prévention des risques professionnels

4. Dans le domaine de la prévention des risques professionnels, il convient d'accorder une attention particulière à la loi 31/1995 du 8 novembre 1995 relative à la prévention des risques professionnels<sup>3</sup>. Son objectif est de promouvoir la santé et la sécurité des salariés<sup>4</sup>, en appliquant plusieurs mesures

1 *European Legislation Identifier (ELI)* : <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>.

2 ELI : <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>.

3 ELI : <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/11/08/31>.

4 Conformément à l'article 3.1 de la loi, celle-ci (et les normes réglementaires) est applicable « dans le domaine des relations de travail régies par le texte modifié de la loi sur le statut des salariés, tout comme dans le domaine des relations administratives ou statutaires du personnel au service des administrations publiques, avec les particularités qui, dans ce dernier cas, sont prévues par la présente loi ou par ses normes d'application ».

et en menant les activités nécessaires pour prévenir les risques professionnels. Le cadre réglementaire fut adapté à plusieurs reprises à l'occasion de la crise sanitaire.

5. À cette fin, la loi établit les principes généraux relatifs à la prévention des risques professionnels pour la protection de la sécurité et de la santé, l'élimination ou la réduction des risques découlant du travail, l'information, la consultation, la participation équilibrée et la formation des salariés en matière de prévention. En outre, il est très important de souligner que la loi a un caractère de standard minimal (« droit nécessaire minimal indisponible », dit littéralement le texte). Par conséquent, ses dispositions peuvent être complétées et améliorées dans les conventions collectives (art. 2.2 de la loi 31/1995).

6. L'article 14 de la loi 31/1995 consacre le droit du travailleur à une protection efficace en matière de santé et de sécurité au travail, ce qui implique le devoir corrélatif de l'employeur de protéger ses salariés contre les risques professionnels<sup>5</sup>. Conformément à l'obligation de protection, l'employeur doit garantir la sécurité et la santé des salariés dans tous les aspects liés au travail. À cette fin, dans le cadre de ses responsabilités, l'employeur effectue la prévention des risques professionnels en intégrant l'activité préventive dans l'entreprise, et en adoptant toutes les mesures nécessaires à la protection de la sécurité et de la santé des salariés. Les principes généraux suivants sont toujours à respecter :

- éviter les risques ;
- évaluer les risques qui ne peuvent être évités ;
- combattre les risques à la source ;
- adapter le travail à l'homme, notamment en ce qui concerne la conception des postes de travail et le choix des équipements et des méthodes de travail et de production, en vue notamment de réduire le travail monotone et répétitif et ses effets sur la santé ;
- prendre en considération le progrès technique ;
- remplacer ce qui est dangereux par ce qui est peu ou non dangereux ;
- planifier la prévention en recherchant un ensemble cohérent intégrant la technologie, l'organisation du travail, les conditions de travail, les relations sociales, et l'influence des facteurs environnementaux du travail ;
- adopter des mesures qui donnent la priorité à la protection collective sur la protection individuelle ;
- fournir aux salariés les instructions nécessaires.

<sup>5</sup> La loi 31/1995 dispose expressément (art. 14.1) que les droits à l'information, consultation et participation, à la formation en matière de prévention, à l'arrêt de l'activité en cas de risque grave et imminent, et à la surveillance de leur état de santé, font partie du droit des salariés à une protection efficace de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail.

7. Toutes les mesures de prévention des risques à adopter par l'employeur seront intégrées dans le système général de gestion de l'entreprise par le biais du plan de prévention des risques professionnels, un instrument qui reposera fondamentalement sur l'évaluation de ces risques et sur la planification de l'activité préventive. Dans ce domaine, les salariés ont le droit d'être informés des risques pour leur santé et leur sécurité, ainsi que des mesures à adopter, et ils ont également le droit d'être consultés et de participer à l'élaboration de tout type de mesure, directement ou par l'intermédiaire de leurs représentants. Les salariés peuvent également faire des propositions à l'employeur.

8. Outre le respect des règles de prévention des risques professionnels susmentionnées, l'article 7 de la loi 2/2021 du 29 mars 2021 relative aux mesures urgentes de prévention, de limitation et de coordination pour faire face à la crise sanitaire provoquée par la Covid-19<sup>6</sup>, établit d'autres normes concernant les lieux de travail. L'employeur doit :

- adopter des mesures de ventilation, de nettoyage et de désinfection adaptées aux caractéristiques et à l'intensité d'utilisation des lieux de travail ;
- mettre à la disposition des salariés de l'eau et du savon, ou des gels hydro-alcooliques ou des désinfectants à effet virucide, autorisés et enregistrés par le ministère de la Santé, pour le nettoyage des mains ;
- adapter les conditions de travail, y compris la disposition des postes de travail et l'organisation des équipes, ainsi que l'utilisation des espaces communs, de manière à garantir le maintien d'une distance minimale de sécurité interpersonnelle de 1,5 mètre entre les salariés. Lorsque cela n'est pas possible, les salariés doivent disposer d'un équipement de protection adapté au niveau de risque ;
- adopter des mesures pour éviter une forte concentration de personnes, tant des salariés que de clients ou d'utilisateurs, sur les lieux de travail pendant les plages horaires où l'afflux prévisible de personnes est le plus important ;
- adopter des mesures pour le retour progressif au travail en présentiel, et la promotion du télétravail lorsque cela est possible en raison de la nature de l'activité professionnelle.

9. Les personnes, soit présentant des symptômes compatibles avec la Covid, soit qui sont en isolement à domicile en raison d'un diagnostic, soit qui sont en période de quarantaine à domicile en raison d'un contact étroit avec une personne atteinte du virus, ne doivent pas se rendre sur leur lieu de travail. Si un salarié commence à présenter des symptômes compatibles avec la maladie, le numéro de téléphone prévu à cet effet par la communauté autonome ou le centre de santé correspondant et, le cas échéant, les services de prévention des risques professionnels correspondants, sont à contacter immédiatement.

6 ELI : <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/03/29/2/con>.

Le salarié porte immédiatement un masque et suit les recommandations indiquées jusqu'à ce que sa situation médicale soit évaluée par un professionnel de la santé.

**10.** Le système de prévention des risques professionnels a un impact majeur. La loi 31/1995 détaille le contenu du plan et la participation des salariés, et l'employeur est légalement tenu de respecter ses exigences et celles établies dans d'autres normes.

En cas de non-respect de ces obligations, les salariés et leurs représentants ont le droit de porter plainte auprès de l'inspection du travail et de la sécurité sociale, l'organe chargé de surveiller et de contrôler les réglementations relatives à la prévention des risques professionnels. L'infraction peut donner lieu à des sanctions administratives et à la réparation des dommages causés<sup>7</sup>. En outre, le salarié peut mettre fin volontairement à sa relation de travail dans la mesure où le décret royal législatif 2/2015 du 23 octobre 2015 qui approuve le texte modifié de la loi sur le statut des salariés, prévoit comme motif de résiliation du contrat la volonté du salarié fondée sur une violation du contrat par l'employeur. L'article 50, 1., c), de la loi sur le statut des salariés établit expressément que tout manquement grave aux obligations de l'employeur constituera un motif valable pour demander la résiliation du contrat, hypothèse dans laquelle il n'y a pas d'inconvénient pour inclure les manquements à la réglementation sur la prévention des risques professionnels<sup>8</sup>. Dans ces cas, et à condition que cela soit prévu par une décision des tribunaux de l'ordre social, la relation de travail est résiliée et le salarié doit être indemnisé comme s'il s'agissait d'un licenciement irrégulier (art. 50.2 de la loi sur le statut des salariés).

**11.** Si ce sont les salariés qui ne respectent pas leurs obligations en matière de prévention des risques, s'appliquent les dispositions de l'article 58 de la loi sur le statut des salariés. Il s'agit d'une infraction en matière de travail qui peut être sanctionnée par la direction de l'entreprise. Le salarié qui ne respecte pas ses obligations peut provoquer un accident causant des dommages, soit à lui-même, soit au reste du personnel, et peut donc être sanctionné conformément aux dispositions de la législation pertinente et, le cas échéant, de la convention collective applicable.

7 Voy. les articles 11 à 13 du décret royal législatif 5/2000 du 4 août 2000 (ELI : <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2000/08/04/5/con>), approuvant le texte modifié de la loi sur les infractions et les sanctions dans le cadre du travail. En outre, conformément à l'article 40, la sanction peut consister en une amende allant jusqu'à 984.000 euros pour l'employeur, en fonction de la gravité de l'infraction.

8 Voy., parmi d'autres, l'arrêt de la Cour supérieure de justice de Madrid (chambre sociale) du 10 novembre 2004 (*European Case Law Identifier* : ES:TSJM:2004:17673), et l'arrêt de la Cour supérieure de justice de Castille-et-León (chambre sociale) du 8 mai 2006 (référence du répertoire de jurisprudence Aranzadi : AS, 2006, p. 1842).

## II. La réparation des dommages en cas de matérialisation des risques professionnels

**12.** L'article 42 de la loi 31/1995 établit que le non-respect par les employeurs de leurs obligations en matière de prévention des risques professionnels donne lieu à des responsabilités administratives<sup>9</sup>, ainsi que, le cas échéant, à des responsabilités pénales et civiles pour les éventuels dommages qui en découlent. Il est expressément prévu que les responsabilités administratives sont compatibles avec l'indemnisation des dommages causés, tout comme la majoration des prestations économiques de la sécurité sociale qui peut être accordée par l'organisme compétent.

**13.** Ainsi, lorsqu'un salarié est victime d'un « accident de travail », concept défini à l'article 156 du texte modifié de la loi générale sur la sécurité sociale, une série de mécanismes sont activés afin que, indépendamment de la responsabilité de l'employeur, le salarié ne voie pas ses cotisations de sécurité sociale réduites et, par conséquent, sa future allocation retraite affectée<sup>10</sup>.

**14.** La réglementation repose sur la présomption simple que les lésions subies par le salarié pendant le temps et sur le lieu de travail constituent un accident de travail. Ainsi, le salarié n'a en aucun cas à prouver que l'accident est dû à une violation par l'employeur des règles de prévention, mais l'employeur peut prouver bien sûr son absence de responsabilité afin d'éviter les sanctions administratives et civiles applicables ; le tout sans préjudice de l'activation du système de sécurité sociale que l'on évoquera *infra*. En outre, il est précisé qu'un accident de travail n'est pas considéré comme tel s'il est dû à une force majeure extérieure au travail, celle-ci étant comprise comme la circonstance dont la nature ne se rattache pas au travail qui était effectué au moment où l'accident s'est produit. Ne sont pas non plus considérés comme tels les accidents dus à la malveillance ou à l'imprudence du salarié lésé<sup>11</sup>. Dans ces cas, il s'agira d'un accident ordinaire régi par d'autres régimes d'indemnisation et dont les conséquences pour l'employeur sont très différentes et plus légères.

**15.** Dans tous les cas, et sur la base de ces hypothèses, la qualification d'un accident comme accident de travail est faite par la sécurité sociale ou la mutuelle correspondante. L'entreprise doit payer le salaire du salarié pendant les mois d'arrêt de travail dus à un accident du travail, mais elle n'est tenue de le faire que pendant les 365 premiers jours, qui peuvent être prolongés de

<sup>9</sup> Voy. décret royal législatif 5/2000 du 4 août 2000.

<sup>10</sup> La loi qualifie comme un accident de travail toute lésion corporelle subie par le salarié à l'occasion ou en conséquence du travail qu'il effectue en tant que salarié. Elle établit également un catalogue de cas spécifiques à cet égard.

<sup>11</sup> On considère qu'il y a une imprudence téméraire lorsque la personne lésée agit d'une manière contraire aux règles, instructions ou ordres donnés par l'employeur en matière de santé et de sécurité, de manière répétée et notoire. S'il existe un risque manifeste, non nécessaire et grave, la jurisprudence considère qu'il y a une imprudence téméraire ; sinon il s'agit d'une simple imprudence professionnelle.

180 jours supplémentaires sur décision d'un tribunal médical. Cette prolongation n'est effectuée que si le travailleur peut être licencié après cette période. Il s'agit en tout état de cause d'un paiement délégué, ensuite restitué à l'employeur par la mutuelle ou la sécurité sociale. Si l'arrêt de travail pour cause d'accident de travail dépasse 18 mois, le cas doit être évalué par la sécurité sociale ou la mutuelle pertinente, en plus des examens périodiques réalisés au cours de ces 18 mois. Une fois faite l'évaluation à la fin de la période, le niveau d'incapacité du travailleur est déterminé. Lorsque l'incapacité est déclarée, la responsabilité de l'employeur cesse et c'est la sécurité sociale qui verse les prestations au salarié.

**16.** En Espagne, l'employeur doit souscrire ou non une assurance accident, en fonction des dispositions de la convention collective. Or, il est habituel que toutes les entreprises employant des salariés disposent d'une assurance collective contre les accidents, couvrant les indemnités que l'employeur doit verser. En l'absence d'une telle assurance, il devrait payer les indemnités sur ses propres biens. Lorsque l'accident est qualifié de professionnel, le salarié a droit à son salaire intégral jusqu'aux 18 mois suivants (avec la cotisation correspondante), date à laquelle la sécurité sociale décide si le travailleur est susceptible de se voir reconnaître une incapacité. Pour les cas spécifiques d'infection par la Covid-19, l'événement est considéré comme un accident de travail : la présomption d'avoir été contracté au cours du travail est prévue par la réglementation si le travailleur a été exposé au risque à ce moment-là, ce qui explique l'application des mesures que l'on a mentionnées ci-dessus<sup>12</sup>.

**17.** Il est également possible que l'employeur doive indemniser le salarié si les préjudices causés par l'accident du travail sont dus à une omission en matière de mesures de sécurité et de prévention des risques. Dans cette hypothèse, si le salarié prouve que l'accident est dû à un tel manquement, une indemnisation peut être demandée à l'employeur et à son assurance de responsabilité civile<sup>13</sup>. Normalement, cette indemnisation est obtenue par l'intermédiaire de la juridiction sociale et s'ajoute au salaire et à la cotisation, qui continuent à être versés pendant que le salarié est en congé de maladie (la période de 18 mois après l'accident).

Pourtant, dans ce cas les éléments de la responsabilité doivent être démontrés par le salarié, à savoir :

- a) un acte illicite de l'employeur consistant en une omission de sécurité, avec l'intention de nuire ou par négligence grave ;
- b) un dommage causé au travailleur qui mérite d'être qualifié d'accident de travail ; et

<sup>12</sup> Voy. L. CID LUNA, « Seguros de responsabilidad civil sanitaria y reclamaciones por COVID », in A. VEIGA (dir.), *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 629 et s.

<sup>13</sup> Voy. J.M. MARTÍN OSANTE, « El seguro de responsabilidad civil de empresas: cuestiones formales », in A. VEIGA (dir.), *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil, op. cit.*, pp. 427 et s.

- c) un lien de causalité entre l'acte illicite de l'employeur et le dommage causé au salarié, en ce sens que le défaut de sécurité et de salubrité dans les conditions de travail du salarié a causé le dommage dont l'accident est à l'origine.

Le montant dépend des lésions subies par le salarié et des séquelles éventuelles, qu'elles soient physiques ou psychologiques, ainsi que de la perte de revenus. Pour leur évaluation, on applique dans tous les cas les règles d'un barème qui, né pour évaluer les dommages dérivés des accidents de la circulation et impératif seulement dans ce domaine, s'applique par analogie aux accidents de travail. Dans l'évaluation des dommages, il est nécessaire de respecter ce qui est convenu lors d'une possible négociation et ce qui est établi par les experts de l'assurance responsabilité de l'employeur.

**18.** Si l'accident du travail cause au salarié des lésions d'une importance telle qu'elles justifient une incapacité permanente partielle (une réduction d'au moins 33 % de sa performance normale pour sa profession habituelle), il a le droit à une indemnité forfaitaire d'incapacité qui s'ajoute à l'indemnisation dans le cadre de la responsabilité civile. Son montant est égal à 24 mensualités de la base réglementaire utilisée pour calculer l'indemnité d'incapacité temporaire d'où découle l'incapacité permanente. En revanche, si les lésions causées sont si graves qu'elles empêchent le travailleur d'exercer sa profession habituelle, la sécurité sociale peut accorder une incapacité permanente totale et le travailleur n'aura pas droit à une autre indemnité, mais à une pension équivalente à 55 % de la base réglementaire, qui peut être augmentée de 20 % supplémentaires dans certains cas. Il convient de noter que de nombreux salariés souffrent de Covid persistante à la suite de la première infection qu'ils ont subie, et si cette infection s'est produite sur le lieu de travail, elle est considérée comme un accident de travail. Par conséquent, les séquelles ultérieures donnent droit à cette indemnisation, et même à l'incapacité permanente susmentionnée.

**19.** En tout état de cause, on doit souligner que toutes ces indemnités sont compatibles entre elles, de ce fait le salarié peut les percevoir toutes. En d'autres termes, outre le salaire et les cotisations qu'il recevrait de toute façon pendant les 18 premiers mois d'absence pour cause d'accident de travail (ce qui est présumé dans certains cas), le salarié, après avoir prouvé la responsabilité de l'employeur pour l'omission de mesures de sécurité et de prévention des risques, peut prétendre à une indemnisation au titre de la responsabilité civile et, le cas échéant, à une indemnisation au titre de l'assurance qui doit être obligatoirement souscrite en vertu de la convention collective. À ces indemnités pourrait s'ajouter encore une autre, en raison d'une incapacité permanente partielle.

**20.** Enfin, en cas de décès d'un salarié à la suite d'un accident de travail, l'article 216 du texte modifié de la loi générale de la sécurité sociale s'applique.

Cette disposition prévoit qu'une série de prestations sont reconnues par la sécurité sociale, telles que :

- a) une allocation de décès ;
- b) une pension de veuve ;
- c) une allocation temporaire de veuve ;
- d) une pension d'orphelin ; et
- e) une pension viagère ou, le cas échéant, une prestation temporaire en faveur des membres de la famille.

En outre, les membres de la famille de la personne décédée ont droit à une indemnité forfaitaire. En fonction des assurances exigées par la convention collective, d'autres indemnités s'ajoutent à celles prévues par la loi.

### III. La responsabilité des employeurs du fait de leurs salariés

21. En Espagne, il existe bien évidemment un principe général de responsabilité de l'employeur pour les dommages causés par ses dépendants dans l'exercice de leurs fonctions. Ce principe découle de l'article 1903, alinéa 5, du Code civil (responsabilité des commettants du fait de leurs préposés)<sup>14</sup>.

Le fondement de la responsabilité de l'employeur est la faute, soit *in vigilando*, soit *in controlando*, soit *in eligendo*, par laquelle l'assistant ou le préposé, qui représente de toute façon l'employeur lorsque celui-ci agit dans l'exercice de ses fonctions, cause un dommage à un tiers par sa propre négligence. Il s'agit d'une responsabilité du fait d'autrui, l'employeur étant tenu de garantir les actes de ses employés<sup>15</sup>.

22. Dans ce cas, et à la différence de la responsabilité civile de l'employeur pour les actes criminels de ses salariés (art. 120, al. 4, C. pén.)<sup>16</sup>, la responsabilité de l'employeur est directe et non subsidiaire. La victime peut diriger sa demande contre l'employeur exclusivement, sans préjudice qu'il puisse également poursuivre le salarié sur la base de l'article 1902 du Code civil (responsabilité par faute d'un fait propre), ou tous les deux simultanément<sup>17</sup>. L'employeur peut ensuite répéter contre le salarié les indemnités qu'il a dû payer (art. 1904, al. 1<sup>er</sup>, C. civ. espagnol).

14 Sur ce type de responsabilité, voy. not. J. BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.

15 Voy. par exemple arrêt de la Cour suprême espagnole (chambre civile) du 6 juin 2002, ECLI:ES:TS:2002:4097.

16 Sur les raisons historiques qui expliquent cette dualité, voy. M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Madrid, Dykinson, pp. 73-76.

17 M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, op. cit.*, pp. 315-316, 354-355, 398 ; J.M. LETE DEL RÍO et J. LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones: Teoría general de la relación obligatoria. Teoría general del contrato. Derecho de daños*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, p. 850.

La responsabilité directe de l'employeur repose sur une faute présumée (à nouveau, contrairement au système prévu dans le Code pénal, qui n'exige pas de comportement négligent). C'est une présomption simple qui, théoriquement, permet l'exonération de responsabilité si l'employeur prouve qu'il a agi avec toute la diligence d'une personne raisonnable pour prévenir le dommage. Or, en pratique, cette preuve s'avère très compliquée. Cet aspect, tout comme la faculté de répétition octroyée à l'employeur, constituent quelques-uns des arguments avancés par la doctrine pour considérer que la faute de l'employeur constitue un fondement de responsabilité plus apparent que réel<sup>18</sup>.

**23.** En somme, pour que la responsabilité du fait d'autrui soit engagée, la jurisprudence exige une relation de dépendance entre l'agent et la personne à laquelle la responsabilité est attribuée, que l'événement se produise dans le cadre ou à l'occasion de la relation, la culpabilité de l'agent, et l'absence de preuve de la part de l'employeur qu'il agit respectant toute la diligence nécessaire pour éviter le dommage<sup>19</sup>.

**24.** En effet, la jurisprudence exige une faute du salarié<sup>20</sup>, ce qui semble incohérent avec la faute (*in vigilando, in controlando*) comme prétendu fondement de la responsabilité de l'employeur<sup>21</sup>.

**25.** Au-delà de la qualité ou du statut des personnes, ce qui est déterminant, c'est l'existence d'un lien de subordination entre l'auteur du dommage et le principal sous le contrôle ou la surveillance duquel l'auteur a agi. Deux choses importent donc.

D'une part, qu'en raison du lien de subordination ou de dépendance, le salarié, quelle que soit la qualification juridique ou contractuelle qui le lie à l'employeur, agisse à tout moment en représentation de ce dernier. Et, d'autre part, qu'en agissant dans le cadre de sa relation et des obligations qui en découlent, il cause un dommage directement imputable au *dominus*. Ceci donne lieu à une sorte de fiction selon laquelle c'est l'employeur lui-même, par l'action ou l'omission de son subordonné, qui a causé un dommage au tiers, d'où vient la responsabilité directe.

**26.** L'élément de dépendance est essentiel dans ce type de responsabilité. Il convient de souligner que, même si, dans cette contribution, on évoque le « salarié », le préposé ne doit pas forcément être lié au commettant par une relation de travail. La dépendance n'a pas trait non plus au critère du contrôle

18 Voy. M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, op. cit.*, pp. 315, 354-358, 398-399 ; J.M. LETE DEL RÍO et J. LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones: Teoría general de la relación obligatoria. Teoría general del contrato. Derecho de daños, op. cit.*, pp. 850-851, 853.

19 Voy. arrêt de la Cour suprême espagnole (chambre civile) du 10 octobre 2007, ECLI:ES:TS:2007:6171.

20 Voy. arrêt de la Cour suprême espagnole (chambre civile) du 23 juin 2010, ECLI:ES:TS:2010:3908.

21 Voy. M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias, op. cit.*, pp. 359-360.

ou direction « technique » du préposé, approche excessivement restrictive. La jurisprudence assimile la dépendance à l'appartenance à une organisation économique dont le contrôle est détenu par le responsable du fait d'autrui<sup>22</sup>.

27. En ce qui concerne la condition que le dommage soit causé dans l'exercice des fonctions du salarié, les auteurs espagnols se servent parfois de la notion de *lien d'occasionnalité*, empruntée à la doctrine italienne. Des difficultés pratiques existent, notamment quant à l'identification d'un dépassement des fonctions, dont l'assimilation à un agissement « hors mission » n'est pas toujours claire non plus : on exige plutôt que l'action nuisible ait lieu dans les limites naturelles de la relation pour que le commettant soit responsable. Quoi qu'il en soit, l'approche théorique suivie est celle qui explique cette responsabilité dans le fait qu'il a attribué au préposé quelques compétences dont découle justement le dommage<sup>23</sup>. En somme, la jurisprudence espagnole prend parti pour une interprétation large et flexible du « cadre » des fonctions du préposé. Le temps et l'espace ne sont pas sans incidence, et les moyens dont le préposé se sert au moment de causer le dommage sont pris en considération aussi, tout comme le fait que l'action nuisible est réalisée dans l'intérêt du commettant<sup>24</sup>.

22 M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, op. cit., pp. 360-361. Voy. aussi J.M. LETE DEL RÍO et J. LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones: Teoría general de la relación obligatoria. Teoría general del contrato. Derecho de daños*, op. cit., pp. 851-852.

23 Voy. M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, op. cit., pp. 366-373.

24 J.M. LETE DEL RÍO et J. LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones: Teoría general de la relación obligatoria. Teoría general del contrato. Derecho de daños*, op. cit., p. 852.



**Chapitre 6.**  
**La responsabilité civile de l'employeur**  
**vis-à-vis et du fait des salariés**  
**Rapport français**

---

**Morane KEIM-BAGOT**

*Professeur de droit privé, Université de Strasbourg*

Contrairement à ce qui a pu être observé dans d'autres pans du droit, la crise sanitaire n'a pas contribué à réinterroger les mécanismes classiques qui s'appliquent aux questions de santé au travail, qu'il s'agisse de la responsabilité des employeurs vis-à-vis de leurs salariés exposés aux risques ou contaminés ou qu'il s'agisse de celle des salariés qui contribueraient à alimenter la crise, ou à exposer leurs collègues ou des tiers au risque.

Tous ces domaines ont donné lieu à une application stricte des mécanismes traditionnels de droit civil, de droit du travail et de droit de la sécurité sociale qui ont, à cette occasion, pu révéler leur archaïsme sans qu'il se soit agi pour autant d'en proposer la réforme.

Ce rapport français nous permettra de revenir sur les instruments de droit du travail qui permettent aux salariés d'être acteurs de leur santé dans le cadre de la subordination, avant de nous intéresser à la responsabilité des employeurs à leur égard, qui est essentiellement régie par le droit de la sécurité sociale.

Au préalable, nous exposerons pourquoi la responsabilité des employeurs du fait des salariés dans le cadre de la crise sanitaire doit demeurer une hypothèse d'école dans le droit français.

## I. Une hypothèse d'école : la responsabilité des employeurs du fait des salariés dans le cadre de la crise sanitaire

Si la responsabilité des employeurs du fait des salariés a pu être interrogée théoriquement dans le cadre de ces travaux, il y a lieu de considérer qu'elle ne saurait être engagée dans la pratique. En effet, depuis l'adoption du Code civil, en 1804, la responsabilité commettant-préposé prévue à l'article 1242, alinéa 5, du Code civil implique pour sa mise en œuvre que soit retenue la faute du préposé<sup>1</sup>, même si le texte ne le mentionne pas<sup>2</sup>. De plus, cette faute doit être en rapport avec les fonctions du préposé. Depuis les arrêts du 19 mai 1988, il est admis que « le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé agit hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, et à des fins étrangères à ses attributions »<sup>3</sup>. L'on pourrait ainsi considérer que les fautes ordinaires commises par le salarié dans le cadre de ses fonctions doivent être supportées par l'entreprise. Les hypothèses dans lesquelles la responsabilité de l'employeur pourrait être engagée à raison du fait du préposé semblent réduites à ne constituer qu'une hypothèse d'école. En effet, si l'entreprise expose les tiers à des risques liés à une crise sanitaire, on pourra aller rechercher, le plus souvent, directement la responsabilité de l'employeur, sans avoir à démontrer la faute du préposé.

1 Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 8 avril 2004, n° 03-11.653, *Bull. civ. II*, n° 194 ; *RTD civ.*, 2004, 217, obs. P. JOURDAIN ; *D.*, 2004, 2061, note Y.-M. SERINET.

2 Voy. déjà, Cass. (req.), 19 février 1866, *S.*, 1866, 1, 214.

3 Cass. (ass. plén.), 19 mai 1988, n° 87-82.654, *D.*, 1988, 513, note C. LARROUMET ; *RTD civ.*, 1989, 89, obs. P. JOURDAIN.

Sans développer la question qui relève de la science-fiction du travailleur d'un laboratoire qui laisserait échapper un virus mortel, il faudrait imaginer des hypothèses dans lesquelles c'est la faute du salarié qui a généré la contamination du tiers. Il faudrait que la faute consiste dans le manquement du salarié à son obligation de sécurité, par la violation des instructions données par l'employeur (et non les seules instructions données par la communication gouvernementale sur le respect notamment de gestes barrières). Mais encore faudrait-il alors pouvoir retracer la contamination en empruntant la même démarche probatoire que celle qui a pu être suivie pour la contamination par transfusion sanguine.

Au-delà de la preuve de la seule méconnaissance des règles de sécurité, il faudrait alors pouvoir se fonder sur l'existence d'un *cluster* ou sur le témoignage d'autres clients contaminés. Mais encore faudrait-il que la victime soit en mesure de démontrer qu'elle a été testée négative à l'agent pathogène avant le contact avec le salarié, puis positive après le contact avec le salarié, et ce, dans un délai d'incubation rendant vraisemblable la contamination dans ce cadre.

Par ailleurs, à imaginer que la victime puisse apporter tous ces éléments de preuve, il faudrait s'interroger dans un deuxième temps sur sa propre faute. En effet, il pourrait facilement lui être opposé que sans sa participation, par son manquement aux règles de sécurité, elle n'aurait pu être contaminée face à un salarié qui ne les respectait pas.

La responsabilité contractuelle du salarié ne peut être recherchée par l'employeur que s'il a commis une faute lourde<sup>4</sup> : c'est-à-dire, en droit du travail, une faute commise dans l'intention de nuire à l'employeur ou à l'entreprise<sup>5</sup>. La démonstration du caractère intentionnel demeure fondamentale<sup>6</sup>. Et l'on éprouve les plus grandes difficultés à concevoir l'articulation entre cette faute et le manquement du salarié à son obligation de sécurité. Aussi, il faudrait verser dans la caricature pour que l'employeur puisse caractériser une telle faute dans le cadre d'une crise sanitaire (le salarié qui contaminerait volontairement des tiers, dans le cadre de son travail, en faisant état publiquement de ce que cette contamination aurait pour objet et finalité de nuire à son employeur ou à l'entreprise).

Il faudrait alors se déplacer sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle. Le manquement du salarié à son obligation de sécurité ne peut donner lieu à la mise en jeu de sa responsabilité personnelle. Il est, en effet, immunisé par le jeu de la responsabilité des commettants vis à vis des préposés, sauf à

4 Cass. (ch. soc.), 25 octobre 2005, n° 03-46.624P ; Cass. (ch. soc.), 26 septembre 2012, n° 10-21.289 ; Cass. (ch. soc.), 13 février 2013, n° 11-23.920P et voy. C. RADÉ, *Droit du travail et responsabilité civile*, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 1997.

5 Cass. (ch. soc.), 22 octobre 2015, n° 14-11.291P ; Cass. (ch. soc.), 8 février 2017, n° 15-21.064.

6 Cass. (ch. soc.), 8 février 2017, n° 15-21.064.

l'employeur à démontrer que le salarié a excédé les limites de sa mission ou qu'il a commis un abus de fonction<sup>7</sup>.

Il faudrait alors distinguer les cas où le salarié, tout excédant les limites de sa mission, ne commet pas d'abus de fonctions de ceux où il commet un abus de fonction. Dans le premier, il y aurait partage de responsabilités, dans le second, il y aurait responsabilité personnelle exclusive du salarié.

À nouveau, l'on éprouve les plus grandes difficultés à imaginer quelles seraient les hypothèses à la fois de l'excès des limites de la fonction ou de l'abus de fonctions dans le cadre d'une crise sanitaire.

## II. Responsabilité des employeurs vis-à-vis des salariés du fait de la crise sanitaire

Avant d'aborder la question de la responsabilité de l'employeur, il est intéressant de s'attarder sur les instruments à disposition des salariés pour se prémunir contre les risques, qu'il s'agisse de pallier la carence de l'employeur ou de concourir aux mesures de prévention.

### A) Prévention du risque et responsabilité du salarié

Historiquement, le droit du travail français n'a pas conçu de faire supporter la prévention des risques aux travailleurs, de telle sorte que ces derniers disposent d'une palette limitée d'instruments leur permettant d'être véritablement acteurs de leur santé au travail. C'est pourquoi, réciproquement, la mise en jeu de leur responsabilité lorsqu'ils se mettent en danger ou mettent en danger leurs collègues ou des tiers est réduite à la portion congrue.

#### 1) Les instruments à la disposition du salarié-acteur de la prévention

L'on traitera, à gros traits des instruments ainsi mis à disposition des salariés. Face au danger, ils peuvent, soit, à titre individuel, actionner leur droit de retrait ou, de manière plus radicale, demander la rupture de leur contrat de travail ; soit, à titre collectif, saisir le juge pour qu'il fasse cesser le danger.

##### a) Les instruments mobilisables à titre individuel

Le droit de retrait, souvent présenté comme un « filet de protection individuel »<sup>8</sup>, permet de transformer le salarié en acteur de la prévention des

7 Cass. (ass. plén.), 25 février 2000, n<sup>os</sup> 97-17.378 et 97-20.152, *Bull. ass. plén.*, 2000, n<sup>o</sup> 2 : « Vu les articles 1382 et 1384, alinéa 5, du Code civil ; Attendu que n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ».

8 E. DERMINE, S. REMOUCHAMPS et L. VOGEL, « Le droit de retrait face à un danger grave et immédiat pour la santé : Esquisse d'un régime juridique », *JTT*, 2020, n<sup>o</sup> 1365, 201V.

risques<sup>9</sup>. Ainsi, le Code du travail prévoit qu'il puisse se « retirer de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé »<sup>10</sup>. L'exercice légitime du droit de retrait ne peut entraîner aucune sanction disciplinaire ou perte de salaire. Le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice du droit de retrait du salarié est entaché de nullité<sup>11</sup>. Inversement, si le droit de retrait n'était pas justifié, le salarié pourra se voir sanctionner. Or, c'est bien sur le salarié que repose la charge de la preuve. Toutefois, il ne lui incombe pas d'objectiver le danger, mais seulement de démontrer qu'il avait un motif raisonnable de penser que la situation présenter un tel danger<sup>12</sup>. Ce qui compte c'est « la perception d'un danger grave et imminent et non par l'existence objective d'une tel danger »<sup>13</sup>. Cette appréciation subjective du danger par le salarié est nécessairement dépendante de sa formation, de son expérience et de son état de santé.

Le droit de retrait n'est pas conçu comme un moyen de contraindre l'employeur à mettre en œuvre les mesures nécessaires à la protection de la santé et de la sécurité. Cependant, même s'il ne s'agit pas d'un instrument collectif, il peut être déclenché par de nombreux salariés au même moment, ce qui peut avoir pour effet de paralyser l'activité de l'entreprise, qui n'a d'autre choix alors que de revoir son organisation en matière de prévention des risques au travail.

Néanmoins, le droit de retrait demeure un instrument dangereux pour le salarié, ce qui rend son usage délicat. Certes, la loi interdit à l'employeur de sanctionner le salarié qui l'exerce et d'opérer, en conséquence, des retenues sur salaire pour le temps du retrait. Pour autant, l'employeur peut estimer que l'exercice du droit de retrait n'était pas légitime et recourir tout de même à ces mesures sans avoir à préalablement saisir un juge. C'est le salarié qui devra saisir le juge pour contester la retenue. Est ainsi implicitement reconnu le pouvoir d'appréciation de l'employeur quant à l'exercice légitime du droit de retrait<sup>14</sup>. Or, pendant toute la période de retenue sur salaire, le salarié se retrouve dans un état de précarité certain. La privation des traitements peut avoir un effet considérablement dissuasif pour les salariés, sans compter les éventuelles craintes relatives à la sanction, si l'employeur devait estimer l'exercice du droit illégitime.

9 P. ADAM, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, t. 39, coll. Bibliothèque de droit social, Paris, LGDJ, 2005.

10 C. trav., art. L. 4131-1 ; M. MINÉ, *RDТ*, 2009, p. 167 ; P.-Y. VERKINDT et M. BABIN, « Controverse : Quels usages du droit de retrait ? », *RDТ*, 2020, p. 721.

11 Cass. (ch. soc.), 28 janvier 2009, n° 07-44.556, *Bull. civ. V*, n° 24.

12 Cass. (ch. soc.), 9 mai 2000, n° 97-44234, *Bull. civ. V*, n° 175.

13 P.-H. ANTONMATTÉI, *Droit du travail*, Paris, LGDJ, 2022, p. 561 et Cass. (ch. soc.), 20 novembre 2014, n° 13-22.421.

14 O. LEVANNIER-GOUËL, « La retenue immédiate sur salaire est-elle compatible avec les droits de retrait ? », *SSL*, 2013, n° 1571, p. 11.

Qu'en est-il lorsque l'on fait face à une crise sanitaire<sup>15</sup> ? La possibilité d'invoquer le droit de retrait en cas de risque de contamination à la Covid-19 dépend logiquement du respect par l'employeur des mesures sanitaires, un tel droit ne trouvant pas à s'exercer si l'entreprise respecte les mesures prescrites par les protocoles sanitaires<sup>16</sup>.

Pendant la pandémie de SARS-CoV-2, il a pu en être fait usage, notamment par les travailleurs de La Poste, travaillant sur la plateforme industrielle du courrier Paris-Sud-Wissous à compter du 17 mars 2020<sup>17</sup>. Dans l'affaire de *La Poste*, en juillet 2020, les agents avaient ainsi reçu une décision leur indiquant que leur employeur estimait avoir pris toutes les mesures nécessaires pour garantir leur santé et leur sécurité et qu'en conséquence, l'exercice du droit de retrait n'était pas justifié, ce pourquoi il devait être procédé à des retenues sur leurs traitements pour les journées non travaillées. Le tribunal administratif décide que les décisions de retenues sur traitement sont entachées d'une erreur d'appréciation.

Pour terminer sur ce point, il est à noter que les indications proposées par le site du ministère du Travail pouvaient également dissuader les travailleurs de faire usage de leur droit de retrait<sup>18</sup>, ce dernier précisant que le droit de retrait vise une situation particulière de travail et non une situation particulière de pandémie<sup>19</sup>.

En ce qui concerne la fin du contrat de travail, la prise d'acte et la résiliation judiciaire sont deux mécanismes qui permettent au salarié de prendre l'initiative de la rupture du contrat de travail tout en l'imputant à l'employeur. Dans le cas de la résiliation judiciaire, le salarié se tourne vers le juge pour que celui-ci prononce la résiliation du contrat de travail aux torts de l'employeur. Dans celui de la prise d'acte, le salarié rompt le contrat de travail en invoquant les torts de l'employeur<sup>20</sup> et c'est au juge saisi ultérieurement de lui faire produire ses effets. Cette imputation repose sur le manquement de l'employeur à l'une de ses obligations pour autant que ce manquement soit de nature suffisamment grave pour empêcher la poursuite du contrat de travail<sup>21</sup>. La chambre sociale de la Cour de cassation a pu considérer que le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité présente ce caractère de gravité

15 L. JUBERT-TOMASSO, « La légitimité de l'exercice du droit de retrait face à l'épidémie de Covid-19 », *Droit ouvrier*, mars 2021, p. 149.

16 P. LOKIEC, *Droit du travail*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Thémis, Paris, PUF, 2022, p. 509.

17 E. MARC, « La légalité du droit de retrait des agents de La Poste en début de pandémie », *AJFP*, 2022, p. 300.

18 <https://travail-emploi.gouv.fr/le-ministere-en-action/coronavirus-covid-19/questions-reponses-par-theme/article/responsabilite-de-l-employeur-droit-de-retrait#:~:text=4131%2D1%20et%20suivants%20du,un%20droit%20individuel%20et%20subjectif>.

19 L. Jubert-Tomasso relève que cette position avait déjà été affirmée à l'occasion de la pandémie de A/H1N1.

20 Une démission peut pareillement être requalifiée de prise d'acte lorsque le salarié invoque des reproches à l'égard de son employeur en la réalisant.

21 Cass. (ch. soc.), 26 mars 2014, n° 12-23.634 ; Cass. (ch. soc.), 12 juin 2014, n° 12-29.063.

chaque fois que la santé ou la sécurité du salarié est potentiellement en jeu, et ce, alors même que le risque ne s'est pas nécessairement produit. Encore faut-il, toutefois, que la poursuite du contrat de travail soit réellement menacée, ce qui implique une réaction du salarié dans un délai raisonnable<sup>22</sup>. Le mécanisme présente toutefois un risque certain dans la mesure où la prise d'acte injustifiée produira les effets de la démission<sup>23</sup>.

La résiliation judiciaire présente moins de risques pour le salarié qui, dans l'attente de la décision du juge, continue à exécuter sa prestation de travail, sauf s'il se trouve dans un cas de suspension du contrat de travail<sup>24</sup>. Si le juge ne retient pas le manquement grave de l'employeur à son obligation de sécurité<sup>25</sup>, alors le contrat de travail se poursuit. Si le juge retient un tel manquement, il prononce la résiliation judiciaire dont la date d'effet est fixée à la date de la décision.

En termes de réparation, la prise d'acte justifiée ou la résiliation judiciaire prononcée par le juge produisent les effets du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Elles impliquent donc l'application des barèmes prévus à l'article L. 1235-3 du Code du travail, qui imposent au juge un plancher et un plafond d'indemnisation, en fonction de la taille de l'entreprise et de l'ancienneté du salarié.

Le manquement de l'employeur à son obligation de sécurité pourra également donner lieu à réparation si aucun risque ne s'est réalisé<sup>26</sup> ou pour la période où le dommage n'était pas encore survenu<sup>27</sup>.

#### *b) Les instruments mobilisables à titre collectif*

De manière collective, les salariés disposent, par ailleurs, de la possibilité, pour leurs représentants de saisir le juge en référé afin qu'il soit procédé à une évaluation suffisante des risques professionnels, en y associant les représentants du personnel ; également afin qu'il soit enjoint à l'employeur de respecter les règles générales de prévention et d'organisation du travail, de formation et d'information des salariés.

Il a pu en être ainsi lorsque l'organisation du travail dans les entrepôts ne respectait pas l'interdiction des réunions de plus de 100 personnes en lieu clos, l'insuffisance de l'évaluation des risques et des mesures pour faire face

22 Cass. (ch. soc.), 19 juin 2019, n° 17-31.182 ; Cass. (ch. soc.), 15 mai 2019, n° 18-15.175.

23 Le salarié doit alors à l'employeur « le montant de l'indemnité compensatrice résultant de l'application de l'article L. 1237-1 du Code du travail », Cass. (ch. soc.), 8 juin 2011, n° 09-43208.

24 Parmi lesquels l'arrêt maladie ou l'arrêt pour accident du travail ou maladie professionnelle.

25 Le critère est celui de l'inexécution suffisamment grave.

26 Dans le cas où le salarié a été victime d'un dommage, le droit de la sécurité sociale trouvera à s'appliquer, voy. *infra*.

27 Cass. (ch. soc.), 4 septembre 2019, nos 18-17.329 et 18-17.638 ; Cass. (ch. soc.), 28 mai 2014, n° 12-12.949-951 ; Cass. (ch. soc.), 8 juillet 2020, n° 19-14167, non publié.

aux situations à risques et le manquement à l'obligation de sécurité et de prévention des salariés<sup>28</sup>.

Les représentants du personnel doivent être associés à l'évaluation des risques et à la mise en place des mesures de prévention. L'évaluation des risques doit être suffisante et de qualité. Pendant la Covid, Amazon a ainsi été condamnée sous astreinte d'un million d'euros par jours.

Enfin, l'Administration du Travail peut également intervenir pour contraindre l'employeur à la prévention. Dans ce cadre, la pandémie de SARS-CoV-2 a pu donner lieu à d'intéressantes précisions par la chambre sociale de la Cour de cassation qui pourraient être à nouveau mobilisées en cas de nouvelle crise sanitaire. En effet, l'article R. 4424-3 du Code du travail impose que « lorsque l'exposition des travailleurs à un agent biologique dangereux ne peut être évitée, elle est réduite par l'adoption de mesures de protection collective ou lorsque l'exposition ne peut être évitée par d'autres moyens, de mesures de protection individuelle ». Or, des doutes avaient pu être émis sur la qualification du virus comme agent biologique donnant lieu à l'application de cet article et aux dispositifs qui en découlent. Le 7 décembre 2022, la chambre sociale a mis fin à ces doutes, en considérant que la Covid est bien un agent biologique pathogène<sup>29</sup>.

## 2) Sanctionner l'inertie du salarié ?

L'inscription de l'obligation de sécurité du salarié dans le Code du travail résulte, comme celle de l'employeur de la transposition de la directive cadre du 12 juin 1989. En vertu de l'article L. 4122-1, il incombe au salarié conformément aux instructions qui lui sont données par l'employeur, éventuellement prévues au règlement intérieur, de prendre soin en fonction de sa formation et selon ses possibilités de sa santé et de sa sécurité ainsi que de celles des autres personnes concernées par ses actes ou ses omissions au travail. Par ailleurs, dans le cadre de son droit d'alerte et de retrait, le travailleur « alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection »<sup>30</sup>. À travers son obligation de sécurité, horizontale, il appartient au salarié de prendre soin de sa santé et de sa sécurité, mais également de celles de ses collègues, voire des clients de l'entreprise<sup>31</sup>.

28 Trib. jud. Nanterre, 14 avril 2020, *Amazon*, réf. n° 20/00503 ; Versailles (14<sup>e</sup> ch.), 24 avril 2020, *JSL*, 8 juin 2020, n° 499, note H. NASOM-TISSANDIER ; voy. égal. Trib. jud. Lille, ord., 3 avril 2020, *Adar*, n° 20/00380 et 14 avril 2020, *Carrefour Market*, n° 20/00396 et Trib. jud. Paris, 9 avril 2020, *La Poste*, n° 20/5223.

29 Cass. (ch. soc.), 7 décembre 2022, n°s 21-12.696 et 21-19.454, *D. actualité*, 3 janvier 2023, note E. MAUREL.

30 C. trav., art. L. 4131-1.

31 Cass. (ch. soc.), 5 décembre 2006, n° 04-41.199, non publié ; Cass. (ch. soc.), 4 octobre 2011, n° 10-18.862, *JCP S*, 2011, 155, note L. DAUXERRE.

Le salarié devient ainsi un acteur de la prévention en entreprise. « Il ne saurait y avoir dans une entreprise une responsabilité absolue et des sujets passifs. Il y a des êtres humains qui sauf à nier leur humanité et les devoirs qu'elle implique doivent mutuellement coopérer pour la santé et la sécurité de tous »<sup>32</sup>. Pour autant, l'obligation de sécurité du salarié et celle de l'employeur sont totalement dissymétriques. Obligation de prévention de moyens, sa violation ne peut être poursuivie que sur le terrain de la faute disciplinaire. Ainsi l'employeur peut-il sanctionner, voire licencier, le salarié qui refuse de respecter les consignes de sécurité<sup>33</sup>. Toutefois, l'obligation de sécurité du travailleur n'est qu'une résultante de celle de l'employeur et elle ne se conçoit qu'à travers les instructions qui lui sont données et ne saurait être mobilisée au-delà<sup>34</sup>. De plus, dans ces espèces, il ne serait, en général, nul besoin de faire référence à l'obligation de sécurité des salariés. En effet, les mesures de protection font généralement l'objet de clauses du règlement intérieur de l'entreprise et le manquement à une obligation réglementaire intérieure de l'entreprise.

D'aucuns ont pu s'interroger sur un dépassement de l'acception classique de l'obligation de sécurité du salarié en cas de pandémie ou de crise sanitaire<sup>35</sup>, sur le fondement de la condition de salarié-citoyen qui ferait naître des obligations supplémentaires en dehors de toute instruction patronale ? En cas de pandémie, le salarié serait-il redevable d'obligations liées à sa qualité de membre de la société dont les devoirs de citoyens ne seraient pas limités, une fois les portes de l'entreprise franchies ? Cela paraît peu probable et les rares décisions, de première instance, ne semblent pas aller dans ce sens.

Pour exemple, au cours de l'été 2020, un salarié de l'office HLM local de Mulhouse a ainsi été licencié, après s'être présenté au travail, alors qu'il venait de réaliser un test PCR qui devait, par la suite s'avérer positif. Son employeur l'avait ainsi licencié pour faute grave pour avoir manqué à son obligation de sécurité, consistant dans la mise en danger de ses collègues. Le 19 décembre 2022, le conseil de prud'hommes de Mulhouse a considéré que le licenciement était dépourvu de cause réelle et sérieuse, le salarié n'ayant manqué à aucune obligation de sécurité.

## **B) Réalisation du risque et responsabilité de l'employeur vis-à-vis du salarié**

Le droit français a ceci de particulier que la réalisation d'un dommage corporel dans le cadre du travail exclut la responsabilité de l'employeur qui bénéficie d'une immunité civile et déclenche l'application du droit des risques

32 P. SARGOS, « L'évolution du concept de sécurité au travail et ses conséquences en matière de responsabilité », note sous Cass. (ch. soc.), 28 février 2002, *JCP*, 2002, I, 104.

33 Par ex., Cass. (ch. soc.), 23 mars 2005, n° 03-42.404, *D.*, 2005, 1758, note H. KOBINA GABA.

34 Avec pour exception notable la responsabilité personnelle du salarié harceleur.

35 M. KEIM-BAGOT et N. MOIZARD, « Santé au travail et pandémie : les droits du salarié en recul ? », *RDT*, 2021, 25.

professionnels qui relève du droit de la sécurité sociale. Le droit des risques professionnels est caractérisé par son assise sur un compromis social fondé sur des concessions réciproques entre le patronat et les ouvriers en 1898. Le patronat a concédé la reconnaissance facilitée de l'origine professionnelle de l'accident. En échange, les travailleurs ne reçoivent qu'une réparation forfaitaire de leurs séquelles et se voient opposer l'immunité civile de l'employeur<sup>36</sup>.

Il a été intégré par une ordonnance du 30 octobre 1946 à la Sécurité sociale et relève d'une branche autonome : la branche AT/MP, financée par les seules cotisations patronales<sup>37</sup>. Dorénavant les caisses primaires d'assurance maladie font « écran » entre le salarié et l'employeur, une relation triangulaire entre ces trois protagonistes ayant été ainsi instituée. Ce n'est qu'en cas de faute inexcusable de l'employeur que le salarié dispose d'une action directe contre l'employeur.

À la faveur de cette législation, l'on a pu se demander si la contamination pouvait être constitutive d'une maladie professionnelle. Dans cette hypothèse restreinte, quelle serait l'étendue de la responsabilité résiduelle de l'employeur et de l'indemnisation ouverte au salarié ?

### 1) La contamination : une maladie professionnelle ?

Concernant la maladie professionnelle, il existe à ce jour deux voies pour leur reconnaissance. La première repose sur un système de tableaux, négociés paritairement au sein d'une commission des pathologies professionnelles, la CS4, placée auprès du Conseil d'orientation des conditions de travail<sup>38</sup>... Pour les infections microbiennes, l'article L. 461-2 du Code de la sécurité sociale dresse une liste de travaux limitative<sup>39</sup>. Lorsque les conditions du tableau sont réunies, la victime bénéficie de la présomption d'origine professionnelle de sa maladie<sup>40</sup>.

La deuxième voie, instaurée en 1993 concerne les maladies dites « hors tableau » qui fonctionne en deux temps<sup>41</sup>. Dans un premier temps, il faut que la victime soit affligée d'une incapacité de 25 %<sup>42</sup> ou qu'elle soit décédée.

36 C. séc. soc., art. L. 451-1.

37 Pour les travailleurs agricoles, le régime des risques professionnels repose sur la MSA, pour les fonctionnaires des trois fonctions publiques, on se reporte aux règles de responsabilité administrative.

38 Arrêté ministériel du 26 décembre 2008 relatif à la création des commissions spécialisées du Conseil d'orientation sur les conditions de travail, *JORF*, 15 janvier 2009, p. 819, art. 1 et 5 ; M. KEIM-BAGOT, « Faut-il élargir le champ des maladies professionnelles ? », *Dr. soc.*, 2017, p. 929.

39 Voy., par ex., tableau n° 45 « Infections d'origine professionnelle par les virus des hépatites A, B, C, D et E » ; Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 13 février 2020, n° 18-26689, *BJT*, mai 2020, n° 113n3, p. 49, obs. M. KEIM-BAGOT.

40 C. séc. soc., art. L. 461-1.

41 Y. SAINT-JOURS, « La reconnaissance des maladies professionnelles depuis la loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 (une réforme en trompe-l'œil) », *D.*, 1994, chron. n° 58.

42 C. séc. soc., art. L. 461-1, al. 4, et R. 461-8.

C'est seulement en ce cas que la demande de reconnaissance est adressée à un comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles (CRRMP) qui doit déterminer s'il existe un lien direct et essentiel entre la pathologie et l'activité professionnelle.

Pour ces raisons notamment, mais également pour des considérations de justice sociale, de nombreuses voix s'étaient élevées pendant le confinement pour que la pandémie donne lieu à la création d'un fonds d'indemnisation, qu'il s'agisse d'avocats de victimes, d'associations ou de syndicats<sup>43</sup>. Une proposition de loi avait d'ailleurs été déposée devant le Sénat en ce sens<sup>44</sup>.

Le système mis en place pour la Covid-19 distingue, ainsi que cela avait été initialement conçu, deux régimes juridiques, l'un applicable aux soignants, l'autre aux non soignants, fondé sur la création d'un tableau de maladie professionnelle, dans l'urgence et sans aucune concertation avec les commissions spécialisées. La première colonne de désignation de la maladie ne vise que les affections respiratoires ayant nécessité une oxygénothérapie ou toute forme d'assistance respiratoire et des complications consécutives à une contamination confirmée par des tests ; soit les cas les plus graves. La troisième colonne du tableau ne mentionne que les professionnels soignants, à l'exception notable des médecins de ville<sup>45</sup>. Ainsi qu'on avait pu le craindre lorsque le projet de tableau avait fuité, en lieu et place de l'automatisme et de la simplification brandies en étendard, les victimes, mêmes soignantes, devront se confronter à ce qu'il coutume de désigner comme un « parcours du combattant ».

Le décret du 14 septembre 2020, créant le tableau 100, n'a pas procédé à la suppression de ce taux d'entrée dans le système. Concernant le transfert des compétences des CRRMP à un centre unique, national, composé de deux médecins seulement, il sera certainement salué par certains. D'autres pourront objecter que si une canalisation des demandes est ainsi recherchée, elle aurait pu se faire sous la forme d'un fonds.

Si l'on considère que le risque « pesticides » peut-être être considéré comme une crise sanitaire dans les territoires ultra-marins, il convient de noter qu'a été adopté un tableau de maladies professionnelles idoïne, concernant la question de l'exposition au chlordécone après un rapport de l'ANSES<sup>46</sup>.

43 Voy. not. J.-P. TEISSONNIERE et S. TOPALOFF, « Le Covid-19 est en train de produire un gigantesque accident du travail », Tribune, *Le Monde*, 1<sup>er</sup> avril 2020 ; « Coronavictimes, Lettre au premier ministre », 29 avril 2020 ; ANDEVA, communiqué du 7 avril 2020 ; FNATH, communiqué du 9 avril 2020 ; CFDT, communiqué de presse, 8 avril 2020.

44 Proposition de loi visant à reconnaître le Covid-19 comme maladie professionnelle pour les professionnels de santé, les agents des services publics régaliens et les personnels des professions exposées au public, déposée au Sénat le 7 avril 2020, [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/alt/covid-19\\_maladie\\_professionnelle](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/alt/covid-19_maladie_professionnelle).

45 R. BESSE DESMOULIÈRES et B. BISSUEL, « Vives inquiétudes autour de la reconnaissance du Covid-19 comme maladie professionnelle », *Le Monde*, 7 juillet 2020.

46 <https://www.anses.fr/fr/content/avis-et-rapport-de-lanses-relatif-%C3%A0-lexpertise-sur-les-pesticides-et-notamment-la>.

On le retrouve au n° 102 du régime général et au n° 62 du régime agricole. Si le tableau est limité à la seule reconnaissance du cancer de la prostate, il est toutefois notable qu'il vise indifféremment tous les pesticides.

## 2) La réparation limitée du risque professionnel

Aussi, pour la réparation des préjudices, la victime qui conserve des séquelles peut toucher, en fonction d'un taux d'incapacité permanente partielle fixé par le service administratif de la caisse primaire d'assurance maladie<sup>47</sup> : soit un capital si son taux est inférieur à 10 %<sup>48</sup>, soit une rente viagère si son taux est supérieur ou égal à 10 %<sup>49</sup>.

Dans le cadre de la seule reconnaissance de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle, en dehors de l'hypothèse d'un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, c'est la caisse primaire d'assurance maladie qui est débitrice de l'indemnisation forfaitaire.

Le dépassement de la seule réparation forfaitaire est possible lorsque l'employeur s'est rendu coupable d'une faute inexcusable dans la réalisation du dommage.

La faute inexcusable de l'employeur est caractérisée lorsque le salarié démontre qu'il avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel il exposait les travailleurs et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour les en préserver<sup>50</sup>.

La conscience du danger semble s'apprécier différemment selon que le salarié a été victime d'un accident ou d'une maladie professionnelle<sup>51</sup>. Le fait que la pathologie fasse l'objet d'un tableau de maladie professionnelle devrait, en effet, emporter la conscience du danger. Un employeur diligent ne peut arguer de sa méconnaissance des tableaux de maladies professionnelles.

La deuxième chambre civile a également pu préciser que les mesures qui doivent être prises par l'employeur doivent être efficaces et de nature à obvier les risques<sup>52</sup>.

Dans le cadre des crises sanitaires, plus encore si elles se présentent comme des pandémies, il sera extrêmement difficile pour l'employeur d'arguer de sa méconnaissance du danger. Et, n'ayant pu écarter le risque sauf à procéder

47 Le taux se compose d'un taux médical fixé par le médecin conseil de la caisse au regard d'un barème indicatif, auquel s'ajoute éventuellement un taux professionnel fixé par le service de la caisse au regard des répercussions économiques réelles des séquelles.

48 Pour les montants, voy. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F14840>.

49 Dans ce cas, le montant de la rente est calculé en multipliant un taux utile d'incapacité permanente partielle avec le montant plafonné du salaire.

50 D. SERRE et M. KEIM-BAGOT (dir.), *Les accidents du travail et les maladies professionnelles sur la scène judiciaire. Pratique de jugements et inégalités*, rapport n° 17.31, Paris, IERDJ, mars 2022, spéc. chap. 6.

51 *Ibid.*

52 Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 8 octobre 2020, n° 18-26.677, *JCP S*, 2020, 3070, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX.

à la fermeture de l'entreprise, il serait probable que sa faute inexcusable soit reconnue. Toutefois, après la crise Covid, il n'a été, pour le moment, fait état d'aucune action en faute inexcusable dirigée contre des employeurs après que la maladie professionnelle du travailleur a été reconnue dans le cadre des tableaux ou du CRRMP unique.

En cas de faute inexcusable de l'employeur<sup>53</sup>, le salarié victime a droit à une majoration de sa rente AT-MP<sup>54</sup> ainsi que de celle de préjudices complémentaires<sup>55</sup> pour autant qu'ils ne soient pas déjà pris en charge par le livre IV du Code de la sécurité sociale<sup>56</sup> :

Il est à noter que, dans le cadre de la législation sur les risques professionnels, la faute de la victime est indifférente dès lors qu'elle n'est pas constitutive d'une faute inexcusable ou d'une faute intentionnelle. La faute inexcusable du salarié<sup>57</sup>, faute d'une exceptionnelle gravité, n'a pour conséquence que de réduire l'indemnisation due au salarié au titre de la faute inexcusable de l'employeur. Si de tels concours de fautes inexcusables sont envisageables<sup>58</sup>, ils ne semblent jamais retenus par les juges, de telle sorte qu'elle semble avoir disparu du contentieux. Par ailleurs, la notion de faute inexcusable du salarié apparaît plus adaptée à la notion d'accident du travail qu'à celle de maladie professionnelle.

La faute intentionnelle du salarié<sup>59</sup>, privative de toute prestation, nécessite, quant à elle, la démonstration de ce que le dommage a été intentionnellement recherché par le salarié en vue de bénéficier indûment des prestations sociales. Il s'agit de démontrer l'intention frauduleuse<sup>60</sup>. En l'occurrence, il faudrait démontrer, non seulement que le salarié s'est volontairement exposé à l'agent pathogène, dans le cadre du travail, mais encore qu'il l'a fait pour percevoir les prestations AT-MP. Cela semblerait relever d'une hypothèse particulièrement marginale dont la preuve serait quasiment impossible à rapporter.

53 X. AUMERAN, « L'indemnisation des conséquences de la faute inexcusable », in D. SERRE et M. KEIM-BAGOT (dir.), *Les accidents du travail et les maladies professionnelles sur la scène judiciaire. Pratiques de jugements et inégalités*, op. cit., rapp. n° 17.31, pp. 269 et s.

54 C. séc. soc., art. L. 452-2.

55 C. séc. soc., art. L. 452-2.

56 Cons. const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, *JCP S*, 2010, 1361, note G. VACHET ; *Resp. civ. et assur.*, 2010, ét. 8, note H. GROUDEL ; *JCP G*, 2010, 1015, obs. C. BLOCH ; *JCP E*, 2010, 2090, n° 15, obs. A. BUGADA ; *D.*, 2011, p. 459, S. PORCHY-SIMON ; *RDT*, 2011, p. 186, note G. PIGNARRE. À ce titre ont été exclus : l'assistance pour tierce personne après consolidation, Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 20 juin 2013, n° 12-21.548 ; les pertes de revenus professionnels, Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 13 octobre 2011, n° 10-15.649.

57 C. séc. soc., art. L. 453-1, al. 2 ; elle est définie par la jurisprudence comme : « la faute volontaire de la victime d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience » ; Cass. (civ.), 17 octobre 1944, *D.H.*, 1945, I, 105 ; Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 27 janvier 2004, n° 02-30.693, *Bull. civ. II*, n° 25.

58 Cass. (ass. plén.), 24 juin 2005, n° 03-30.038, *Bull. ass. plén.*, n° 7.

59 C. séc. soc., art. L. 453-1, al 1<sup>er</sup>.

60 Y. SAINT-JOURS, *La faute dans le droit général de la sécurité sociale*, préf. G. LYON-CAEN, Paris, LGDJ, 1972.

La branche accidents du travail-maladies professionnelles est financée par les cotisations des seuls employeurs. Le montant des cotisations qui leur incombent est déterminé à l'échelle de l'établissement, au moyen de la technique de la tarification dont la compétence revient aux Caisses d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT), à l'exception notable de l'Île-de-France où la compétence de la CRAMIF (caisse régionale d'assurance maladie Île-de-France) demeure. Les entreprises qui emploient moins de 20 salariés sont soumises à une tarification collective, fondée sur des barèmes nationaux<sup>61</sup>. Ces taux collectifs s'appliquent également aux entreprises qui appartiennent à ces secteurs d'activité collectivisés<sup>62</sup>. Les entreprises employant entre 20 et 149 salariés sont soumises à une tarification mixte (le plancher est relevé à 50 salariés en Alsace-Moselle<sup>63</sup> ; celles qui emploient plus de 150 salariés à une tarification individuelle. La tarification mixte combine tarification individuelle et tarification collective. Plus le seuil d'effectif s'approche des 149 salariés, plus la tarification s'apparente à une tarification individuelle<sup>64</sup>. Ces deux derniers modes de calcul recourent à la notion de « valeur du risque » afin de déterminer le taux de cotisation imputable à l'établissement. Si le mode de tarification dépend des effectifs de l'entreprise, la sinistralité est évaluée au niveau de l'établissement<sup>65</sup>. Ne pas voir le taux augmenter peut constituer alors un enjeu financier crucial qui conduit les entreprises à contester systématiquement la reconnaissance d'un risque professionnel par les CPAM ou, à tout le moins, son opposabilité.

Cette valeur du risque est calculée, pour les trois dernières années, en additionnant deux variables<sup>66</sup>. La première concerne le nombre d'accidents du travail et de maladies professionnelles ayant entraîné des soins ou un arrêt de travail. Il est à noter qu'une maladie professionnelle contractée auprès d'employeurs successifs ne sera, en principe pas portée au compte de l'un d'entre eux et n'entrera pas en considération pour le calcul de la valeur du risque. En effet, à cette fin, les articles D. 242-6-5 et D. 242-6-7 prévoient tous deux que les dépenses liées aux maladies professionnelles « constatées ou contractées dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre chargé du budget ne sont pas imputées au compte de l'employeur mais sont inscrites à un compte spécial ». Il faut en comprendre que ces dispositions concernent les maladies constatées ou contractées lorsque la victime a été exposée au risque successivement dans plusieurs établissements d'entreprises différentes, sans qu'il soit possible de déterminer celle dans laquelle l'exposition au risque a provoqué la maladie. Dans un arrêt récent, la deuxième chambre civile a rappelé que la maladie professionnelle

61 Voy. Arrêté ministériel du 16 décembre 2020, *JO*, 24 décembre 2020, texte n° 69.

62 C. séc. soc., art. D. 242-6-140.

63 Voy. C. séc. soc., art. D. 242-6-30.

64 C. séc. soc., art. D. 242-6-13.

65 C. séc. soc., art. D. 242-6-1.

66 C. séc. soc., art. D. 242-6-4.

est présumée avoir été contractée chez le dernier employeur sauf à celui-ci à rapporter la preuve contraire. Sans cette preuve, la maladie professionnelle sera imputée à son compte et non au compte spécial<sup>67</sup>.

Le nombre des accidents du travail et des maladies professionnelles est multiplié par le coût moyen de la catégorie à laquelle la lésion professionnelle se rattache. Il existe, à cet effet, six catégories d'incapacité temporaire, selon la durée de l'arrêt de travail<sup>68</sup>. Plus l'arrêt de travail est long, plus le coût moyen est élevé. Une fois ce calcul effectué, le résultat est additionné au produit d'une seconde variable. Celle-ci consiste à multiplier le nombre d'accidents et de maladies professionnelles ayant occasionné le décès de la victime ou une incapacité permanente partielle par le coût moyen de la catégorie à laquelle est rattachée la lésion professionnelle. Il est prévu, à cet effet, quatre catégories d'incapacité permanente<sup>69</sup>. Ce calcul permet de déterminer le taux brut de cotisation de l'établissement. Pour parvenir au taux net notifié à l'établissement, le taux brut se voit encore affecter quatre majorations communes à tous les employeurs<sup>70</sup>. Le système de la tarification est critiqué, trop complexe, mettant à la charge des employeurs des cotisations trop élevées, peu incitatif à la prévention, « canada-dry d'assurance responsabilité »<sup>71</sup>, qui laisse perdurer, à côté des taux individualisés, des taux collectifs allant du simple au décuple selon la branche d'activité concernée<sup>72</sup>.

Par ailleurs, lorsque la survenance de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle est due à une faute inexcusable, son auteur en est responsable sur son patrimoine personnel<sup>73</sup>. Depuis 1987, l'interdiction de s'assurer contre les conséquences de la faute inexcusable a été levée<sup>74</sup>.

En l'absence de faute inexcusable, la réparation étant forfaitaire, les proches de la victime n'ont droit à rien, si ce n'est, en cas de décès, à des rentes d'ayants droit<sup>75</sup>.

La victime par ricochet n'a pas subi le dommage corporel mais elle souffre de préjudices qui en découlent. En droit des risques professionnels, les exceptions opposées à la victime directe sont également opposables à la victime par ricochet. Ainsi l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale interdit à la victime du risque professionnel et à ses ayants droit d'agir en réparation de ses préjudices sur le fondement du droit commun. Toutefois, pour la Cour de

67 Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 6 janvier 2022, n° 20-13690.

68 C. séc. soc., art. D. 242-6-6.

69 C. séc. soc., art. D. 242-6-6.

70 C. séc. soc., art. D. 242-6-9.

71 J.-J. DUPEYROUX, « Le deal en béton », *Dr. soc.*, 1998, 631.

72 P. LANGLOIS, « Pour une tarification des accidents du travail et des maladies professionnelles fondée sur la prévention », *Dr. soc.*, 2017, 256 ; voy. égal. A. PECHEUL, « Vers une modification de la tarification des accidents du travail ? », *JCP S*, 2019, 1054.

73 C. séc. soc., art. L. 452-3-1 et L. 452-4, al. 2.

74 C. séc. soc., art. L. 452-4, al. 4.

75 C. séc. soc., art. L. 434-8 et R. 434-10.

cassation, les notions d'ayant droit et de victime par ricochet ne se confondent pas. Suivant le Code de la sécurité sociale, elle rappelle, en effet, que la notion d'ayant droit ne vaut que lorsque le salarié est décédé. Dans son célèbre arrêt *Carlat* du 2 février 1990<sup>76</sup>, elle a ainsi pu affirmer que le conjoint d'une victime ayant survécu, n'ayant pas la qualité d'ayant droit, ne pouvait se voir opposer l'article L. 451-1. Cette solution a été étendue à la concubine de la victime décédée, à la mère de la victime, aux frères et sœurs de la victime<sup>77</sup>. En conséquence, ces victimes indirectes peuvent accéder à la réparation intégrale dans les conditions du droit commun.

Pour ceux que la loi désigne comme des ayants droit, elles peuvent demander l'indemnisation de leurs préjudices économiques et non économiques<sup>78</sup>. Les arrêts *Amiante* ont reconnu un droit propre des ayants droit à obtenir la réparation du préjudice moral subi par la victime au titre de l'action successorale dès lors qu'étant né dans son patrimoine, le droit à réparation de la victime avant son décès se transmet à ses héritiers<sup>79</sup>.

Lorsque le droit des risques professionnels ne trouve pas à s'appliquer, alors le salarié peut invoquer la responsabilité contractuelle de l'employeur devant le conseil de prud'hommes essentiellement sur le fondement de son manquement à son obligation de sécurité<sup>80</sup>. Dans ce cadre, en effet, l'immunité civile de l'employeur est levée. La réparation répond alors au principe de réparation intégrale. Encore faut-il pour cela exercer un recours en vue de la reconnaissance du caractère professionnel du dommage<sup>81</sup>. En matière de crise sanitaire, la qualification applicable serait essentiellement celle de maladie, de telle sorte qu'il faudrait que le salarié ait demandé la reconnaissance de celle-ci au titre de la maladie professionnelle, qu'elle ait été rejetée parce qu'hors tableau, qu'il ait engagé les procédures de contestation du taux prévisible de 25 % et de saisine du CRRMP ainsi qu'un contentieux devant le pôle social du tribunal judiciaire, ce qui constitue une hypothèse très marginale.

Des Fonds d'indemnisation peuvent éventuellement être créés pour canaliser les demandes des victimes<sup>82</sup>. Si l'hypothèse d'un fonds pour les victimes de la Covid a été rapidement écartée<sup>83</sup>, outre le fonds d'indemnisation des

76 Cass. (ass. plén.), 2 février 1990, n° 89-10.682, *Bull. ass. plén.*, n° 2 ; L. JOINET, « Accidents du travail : l'indemnisation du préjudice par ricochet ou la fin d'une anomalie », *Dr. soc.*, 1990, 449.

77 Cass. (ch. soc.), 25 octobre 1990, n° 88-17.173, *Bull. civ. V*, n° 512 ; Cass. (ch. soc.), 10 octobre 1991, n° 88-16.579, *Bull. civ. V*, n° 406 ; Cass. (ch. crim.), 6 janvier 2009, n° 08-81.901, non publié.

78 Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 14 décembre 2017, droit pour l'enfant conçu mais pas encore né à la date du décès du père d'obtenir la réparation du préjudice moral.

79 Cass. (ass. plén.), 9 mai 2008, n° 05-87.379.

80 Cass. (ch. soc.), 7 décembre 2011, n° 10-22.875, n° 287 ; Cass. (ch. soc.), 30 novembre 2016, nos 15-15.162 et 15-15.185 (inédit).

81 Cass. (ch. soc.), 5 mai 2021, n° 19-21.135, non publié.

82 Sur les fonds d'indemnisation, voy. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, t. 548, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2013.

83 Voy. *supra*.

victimes de l'amiante (FIVA), l'on a pu voir se développer le fonds d'indemnisation des victimes de pesticides (FIVP)<sup>84</sup>.

Dans le cas du FIVA, en principe, la caisse continue à apprécier le caractère professionnel de la maladie et servira la réparation forfaitaire, et la victime ou ses ayants droit peuvent saisir le Fonds d'une demande de réparation intégrale. Dans le cadre du FIVP, le fonds procède à une « centralisation de l'appréciation du lien entre la pathologie et l'activité professionnelle »<sup>85</sup>.

Si, dans le cadre du FIVA, les victimes peuvent revendiquer une réparation intégrale, ce n'est pas le cas pour les victimes d'une exposition aux pesticides.

L'hypothèse de la création d'un fonds d'indemnisation en cas de crise sanitaire majeure ne semble pas pour autant à écarter définitivement, mais il s'agirait d'une question de volonté politique qui ne peut pas être anticipée.

Quant au régime bénéficiant aux victimes des infractions pénales, il pourrait être déclenché par le salarié à la seule condition que l'infraction ait été commise par un tiers à l'entreprise<sup>86</sup> ou si elle est reprochée à l'employeur ou au co-préposé, qu'elle soit constitutive d'une faute intentionnelle, c'est-à-dire, celle commise avec l'intention d'occasionner le dommage corporel<sup>87</sup>.

Lorsqu'est mise en œuvre une technique concurrente au droit des risques professionnels et lorsque celle-ci relève de la réparation intégrale, se pose nécessairement la question de la double indemnisation et des recours subrogatoire des tiers payeurs qui impose de penser ensemble le droit de la sécurité sociale et le droit de la responsabilité civile, ce qui cause des difficultés actuellement inextricables<sup>88</sup>.

84 Voy. V. RIVOLLIÉ, « Le droit commun de la réparation comme complément au régime AT-MP en cas de faute inexcusable : des difficultés persistantes dans l'articulation entre les deux régimes », *RCA*, avril 2023.

85 *Ibid.*

86 Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 29 avril 2004, n° 02-13.050, *Bull. civ. II*, n° 197.

87 Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 7 mai 2009, n° 08-15.738, *Bull. civ. II*, n° 116.

88 V. RIVOLLIÉ, « Le droit commun de la réparation comme complément au régime AT-MP en cas de faute inexcusable : des difficultés persistantes dans l'articulation entre les deux régimes », *op. cit.*, p. 45.



**Chapitre 7.**  
**La responsabilité civile de l'employeur**  
**vis-à-vis et du fait des salariés**  
**Rapport portugais**

---

**Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA**

*Docteur en droit (Institut Universitaire Européen, Florence)*

*Professeur à l'Université de Minho (Portugal)*

*Conseiller au Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)*

## I. La responsabilité de l'employeur *vis-à-vis* des salariés

### A) Indépendamment de la réalisation des risques

1. L'article 281 du Code du travail, adopté par la loi n° 7/2009 du 12 février 2009<sup>1</sup>, consacre le principe général : l'employeur doit mettre en œuvre les moyens nécessaires pour réduire l'exposition aux risques susceptibles de porter atteinte à la santé ou à la sécurité de ses travailleurs.

L'article 282 du Code du travail développe le principe général de l'article 281, en indiquant les modalités procédurales de l'obligation de sécurité.

Conformément à l'article 282, l'employeur est tenu à une obligation d'information et à une obligation de consultation.

*D'une obligation d'information*, d'une part, puisqu'il doit informer ses salariés de tous les aspects importants pour la protection de leur santé et de la santé des tiers, qui contactent leurs salariés<sup>2</sup>.

*D'une obligation de consultation*, d'autre part, puisque l'employeur doit consulter ses salariés sur les mesures de sécurité adoptées ou, tout simplement, projetées<sup>3</sup>.

Les principes des articles 281 et 282 du Code du travail sont repris, par exemple, par les articles 5, 15 et 17 de la loi n° 102/2009 du 10 septembre.

L'article 15 porte sur les obligations générales de l'employeur et l'article 17 sur les obligations générales du salarié, y compris celle de mettre en œuvre les mesures de sécurité imposées par la loi, par les conventions collectives de travail ou par l'employeur<sup>4</sup>.

Les articles 21 à 40 portent sur l'élection des représentants des salariés pour la sécurité du travail. En particulier, l'article 25 accorde aux représentantes des salariés le droit d'exiger une réunion avec les organes de gestion de l'entreprise, au moins une fois par mois.

La gestion des risques du travail est l'objet du service pour la santé [des salariés] et pour la sécurité du travail<sup>5</sup>. La loi 102/2009 du 10 septembre 2009 distingue les hypothèses suivantes :

a) Les établissements *ayant au moins 400 salariés* ou *exerçant des activités à haut risque*<sup>6</sup>, auquel sont exposés au moins 30 salariés, sont tenus d'avoir un *service interne de sécurité du travail*<sup>7</sup> : celui-ci doit avoir un cadre technique,

1 Modifié en dernier lieu par la loi n° 13/2023 du 3 avril 2023.

2 Voy. art. 282, al. 1<sup>er</sup>, C. trav.

3 Voy. art. 282, al. 2, C. trav.

4 Voy. art. 17, al. 1<sup>er</sup>, a), de la loi n° 102/2009.

5 Voy. art. 73 et s. de la loi n° 102/2009.

6 Pour la définition d'activités à haut risque, voy. art. 79 de la loi n° 102/2009.

7 Voy. art. 78, al. 3, de la loi n° 102/2009.

incluant des techniciens de sécurité du travail, des médecins du travail<sup>8</sup> et, le cas échéant, des infirmiers du travail<sup>9</sup>.

Il y a cependant des cas où l'établissement peut être dispensé de cette obligation, moyennant autorisation des organismes compétents du ministère responsable<sup>10</sup>.

b) Les établissements *ayant moins de 400 salariés et n'exerçant pas d'activité à haut risque*, peuvent demander l'autorisation de contracter un *service externe*<sup>11</sup>, remplissant les conditions de l'article 85 de la loi n° 102/2009, ou d'établir un *service commun*<sup>12</sup>.

c) Les établissements *ayant moins de 10 salariés et n'exerçant pas d'activité à haut risque* ne sont pas tenus d'avoir un service de sécurité, les activités de sécurité dans le travail pouvant être exercées par l'employeur même ou par un ou par plusieurs de ses salariés.

Lorsque l'employeur a une formation appropriée et est habituellement dans son établissement, les activités de sécurité dans le travail peuvent être exercées par l'employeur même<sup>13</sup>.

Lorsque l'employeur n'a pas de formation appropriée ou n'est pas habituellement dans son établissement, les activités de sécurité dans le travail peuvent être exercées par un ou par plusieurs salariés, choisis par l'employeur, pourvu que ceux-ci aient une formation appropriée<sup>14</sup>.

Les salariés ont le devoir de communiquer à leurs représentants ou à leurs supérieurs les cas de danger<sup>15</sup>. En plus, ils ont le droit de présenter à leur employeur des propositions pour minimiser les risques professionnels<sup>16</sup>. Les représentants des salariés peuvent exiger que l'adoption des mesures nécessaires soit discutée au cours des réunions prévues à l'article 25 de la loi n° 102/2009.

Les services de santé et de sécurité du travail sont tenus d'évaluer et de planifier la prévention des risques, en indiquant les mesures nécessaires<sup>17</sup>, et les employeurs sont tenus d'adopter les mesures appropriées pour la prévention des risques<sup>18</sup>, y compris les mesures indiquées comme nécessaires par les services de santé et de sécurité.

8 Sur les qualifications requises pour l'exercice des fonctions de médecin du travail, voy. art. 103 de la loi n° 102/2009.

9 Sur les qualifications requises pour l'exercice des fonctions d'infirmier du travail, voy. art. 104 de la loi n° 102/2009.

10 Voy. art. 80 de la loi n° 102/2009.

11 Voy. art. 83, al. 1<sup>er</sup>, de la loi n° 102/2009.

12 Voy. art. 82, al. 1<sup>er</sup>, de la loi n° 102/2009.

13 Voy. art. 81, al. 1<sup>er</sup>, de la loi n° 102/2009.

14 Voy. art. 81, al. 2, de la loi n° 102/2009.

15 Voy. art. 17, al. 1<sup>er</sup>, e), de la loi n° 102/2009.

16 Voy. art. 18, al. 7, de la loi n° 102/2009.

17 Voy. art. 73-b, al. 1<sup>er</sup>, de la loi n° 102/2009.

18 Voy. art. 15, al. 2, de la loi n° 102/2009.

En cas d'échec, les représentants des salariés peuvent demander à l'Autorité des conditions de travail (ACT) une inspection lorsqu'ils constatent que les mesures adoptées par l'employeur ou que les moyens procurés par l'employeur sont insuffisants<sup>19</sup>.

2. L'article 17, alinéa 2, de la loi n° 102/2009 détermine qu'aucun salarié ne peut être sanctionné du fait d'abandonner son poste de travail en cas de danger grave et imminent pour sa sécurité ou pour la sécurité d'autrui.

Il peut, par conséquent, suspendre sa prestation de travail, sans qu'il y ait proprement une suspension de son contrat, au sens des articles 294 et suivants du Code du travail.

L'article 394, alinéa 2, sous-alinéa d), du Code du travail détermine que le salarié peut résoudre son contrat de travail du fait de l'absence des conditions de sécurité dans le travail.

Il est cependant nécessaire que cette absence soit *fautive*, c'est-à-dire, imputable à l'employeur<sup>20</sup> et que l'absence des conditions de sécurité soit suffisamment grave pour justifier la cessation du contrat de travail<sup>21</sup>.

Si les conditions de l'article 394, alinéa 2, sont remplies, le salarié peut obtenir une réparation d'entre 15 et 45 jours de rémunération pour chaque année complète de son contrat avec l'employeur, la valeur exacte de la réparation dépendant de la gravité de la faute de l'employeur et de la valeur de la rémunération du salarié<sup>22</sup>.

3. Le respect des mesures de prévention mises en place par l'employeur est une obligation du salarié<sup>23</sup> dont l'inexécution entraîne sa responsabilité civile et disciplinaire<sup>24</sup>.

Les conséquences disciplinaires du comportement fautif du salarié résultent de l'énumération de l'article 328 du Code du travail – blâme (*repreensão*), amende (*sanção pecuniária*), perte de jours de vacances, suspension de la prestation de travail, avec perte de la rémunération et, à la limite, le licenciement du salarié<sup>25</sup>.

Le critère pour le choix de la conséquence disciplinaire la plus appropriée aux circonstances de l'espèce est consacré à l'article 330 du Code du travail : les sanctions disciplinaires doivent toujours être proportionnées à la gravité de la faute du salarié<sup>26</sup>.

19 Voy. art. 14 de la loi n° 102/2009.

20 Voy. art. 394, al. 2, d), C. trav.

21 Voy. art. 351, al. 3, auquel renvoie l'art. 394, n° 3, C. trav.

22 Voy. art. 396 C. trav.

23 Voy. art. 128, al. 1<sup>er</sup>, e) et j), et art. 281, al. 7, C. trav.

24 Voy. art. 17, al. 5, de la loi n° 102/2009.

25 Voy. art. 351, al. 2, h), C. trav.

26 Voy. art. 330, al. 1<sup>er</sup>, C. trav.

En ce qui concerne le licenciement, par exemple, l'article 351 établit que l'employeur ne peut licencier le salarié qu'au cas d'un comportement fautif du salarié d'une gravité telle qu'il rend immédiatement impossible la poursuite de la relation de travail<sup>27</sup>.

## B) En cas de réalisation des risques

### 1) Dans le champ de la législation sur la réparation des risques professionnels

4. La loi n° 98/2009 du 4 septembre 2009 édicte les dispositions des articles 283 et 284 du Code du travail sur la réparation des accidents de travail et des maladies professionnelles.

L'article 283 du Code du travail et l'article 94 de la loi n° 98/2009 distinguent les maladies professionnelles typiques et les maladies professionnelles atypiques.

Les maladies professionnelles typiques font l'objet d'une liste publiée sur le journal officiel<sup>28</sup> ; les maladies professionnelles atypiques font l'objet d'une définition.

L'article 283, alinéa 3, du Code du travail et l'article 94, alinéa 2, de la loi n° 98/2009 déterminent que le dommage corporel, le trouble fonctionnel et, en tout cas, la maladie qui n'est pas incluse dans la liste de maladies professionnelles peuvent faire l'objet d'une réparation, pourvu que ce dommage, ce trouble ou cette maladie soient la conséquence nécessaire et directe de l'activité exercée par le salarié.

Le salarié est, par conséquent, tenu de faire la preuve d'un lien de causalité entre l'activité professionnelle qu'il a exercée et le dommage ou le trouble qu'il a subi.

L'article 283, alinéa 3, du Code du travail et l'article 94, alinéa 2, de la loi n° 98/2009 distinguent deux aspects, deux dimensions ou deux éléments de ce lien de causalité-ci :

- d'une part, le salarié doit démontrer que le dommage, le trouble, ou la maladie, est la conséquence directe et nécessaire de l'activité exercée ;
- d'autre part, il doit démontrer que ce dommage, que ce trouble, ou que cette maladie, n'est pas la conséquence de l'évolution normale de l'organisme.

Il s'agit là d'une condition plutôt stricte, compte tenu du fait que l'article 563 du Code civil portugais, à propos du lien de causalité, n'exige pas de causalité directe.

27 Voy. art. 351, al. 1<sup>er</sup>, C. trav.

28 Voy. art. 283, al. 2, C. trav. et art. 94, al. 1<sup>er</sup>, de loi n° 98/2009.

La preuve du lien de causalité exigée par l'article 283, alinéa 3, du Code du travail et/ou par l'article 94, alinéa 2, de la loi n° 98/2009 étant difficile, la loi n° 75-B/2020 du 31 décembre 2020, qui a approuvé le budget de l'État pour l'année 2021, a établi un *régime spécifique*, dérogatoire du régime général de la loi n° 98/2009, pour la charge de la preuve du lien de causalité entre l'activité des professionnels de santé et la contamination à la Covid-19.

Les travailleurs du secteur de la santé ont le droit à la réparation des maladies liées à la contamination à la Covid-19, sans qu'ils soient tenus de faire la preuve que la contamination a été une conséquence nécessaire et directe de leur activité professionnelle.

5. Le risque professionnel peut se réaliser soit sous la forme d'un accident, soit sous la forme d'une maladie. L'accident de travail se définit par une exposition immédiate, soudaine et limitée dans le temps, et la maladie professionnelle se définit par une exposition lente, continue, progressive à la source du risque<sup>29</sup>. En ce qui concerne les accidents de travail, le principe général est celui de la responsabilité de l'employeur<sup>30</sup>. La responsabilité de l'employeur du fait d'un accident de travail étant objective, l'assurance est obligatoire<sup>31</sup>. En ce qui concerne les maladies, le principe général est celui de la réparation par la Sécurité sociale<sup>32</sup>.

6. La responsabilité civile de l'employeur du fait d'un accident de travail étant une responsabilité objective, indépendante de la preuve d'une *faute* de l'employeur, le bénéfice procuré par la législation sur les accidents et les maladies professionnelles n'est pas conditionné par la preuve d'un manquement de l'employeur aux règles sur la santé et la sécurité du travail.

7. En tout état de cause, la preuve d'un manquement de l'employeur aux règles sur la santé et la sécurité au travail confère des droits supplémentaires à la victime.

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 18 de la loi n° 98/2009 dispose que l'employeur est tenu de réparer tous les préjudices, patrimoniaux ou non patrimoniaux, subis par le salarié.

Si l'accident de travail provoque la perte de la capacité de travail ou la mort du salarié, l'employeur est tenu de payer une rente proportionnelle à la perte du salarié – s'il s'agit, par exemple, d'une perte totale et permanente de la capacité de travail, il est tenu de lui payer une pension annuelle, dont le montant correspond à celui de la rémunération du salarié<sup>33</sup>.

29 Voy. par exemple, l'arrêt du Supremo Tribunal de Justiça du 21 novembre 2001 (n° 01S1591).

30 Voy. art. 7 de la loi n° 98/2009.

31 Voy. art. 283, al. 5, C. trav. et art. 79, al. 1<sup>er</sup>, de la loi n° 98/2009.

32 Voy. art. 283, al. 7, C. trav. et art. 93, al. 1<sup>er</sup>, de la loi n° 98/2009.

33 Voy. art. 18, al. 4, a), de la loi n° 98/2009.

S'il s'agit d'une perte partielle et temporaire de la capacité de travail, l'employeur est tenu de payer une rente proportionnelle à la diminution et à la durée de l'incapacité du salarié<sup>34</sup>.

8. L'application de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 18 de la loi n° 98/2009 n'exige que la preuve d'un manquement de l'employeur aux règles sur la santé et la sécurité du travail et la preuve d'un lien de causalité entre le manquement de l'employeur et l'accident du salarié<sup>35</sup>.

En cas de manquement aux règles sur la santé et sur la sécurité au travail, la culpabilité de l'employeur n'est pas nécessaire pour que sa responsabilité soit engagée<sup>36</sup>.

9. Le manquement de l'employeur peut être constitué même si les mesures préventives qu'il avait mises en place n'ont pas été respectées par les salariés.

En ce qui concerne le non-respect des mesures de prévention par le salarié, l'article 14, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi n° 98/2009 exclut la responsabilité de l'employeur dans trois cas : en cas de dol, en cas de négligence, pourvu que celle-ci soit grossière, et en cas de manquement, sans justification, aux mesures de sécurité établies par l'employeur ou par la loi<sup>37</sup>.

La responsabilité de l'employeur peut donc être engagée du fait d'un accident provoqué par le manquement justifié aux mesures de sécurité mises en place par l'employeur<sup>38</sup>.

En ce qui concerne le non-respect des mesures de prévention par d'autres salariés du même employeur, ou par des personnes extérieures à l'employeur, l'article 17 pose deux principes : celui du cumul de la responsabilité de l'employeur avec les responsabilités de l'autre salarié ou d'un tiers<sup>39</sup>, celui du non-cumul de deux réparations du même préjudice<sup>40</sup>.

La responsabilité de l'employeur ne peut donc être exclue que du fait du versement par l'autre responsable d'une somme supérieure à celle que l'employeur était tenu de payer<sup>41</sup> et ne peut être limitée que dans la mesure du versement fait par l'autre responsable, soit-il un salarié ou un tiers<sup>42</sup>.

34 Voy. art. 18, al. 4, c), de la loi n° 98/2009.

35 Voy., par exemple, les arrêts du Supremo Tribunal de Justiça du 13 octobre 2016 (n° 443/13.0TTVNF.G1.S1), du 25 septembre 2019 (n° 283/15.1T8VIS.C1.S1) ou du 6 mai 2021 (n° 756/20.4T8GMR.G1.S1).

36 Voy., par exemple, les arrêts du Supremo Tribunal de Justiça du 13 octobre 2016 (n° 443/13.0TTVNF.G1.S1) ou du 6 mai 2021 (n° 756/20.4T8GMR.G1.S1).

37 Voy. art. 14, al. 1<sup>er</sup>, a), de la loi n° 98/2009.

38 Le manquement est censé justifier s'il s'agit de mesures dont la connaissance ou la compréhension serait difficile pour le salarié, compte tenu de sa formation ou de son accès à l'information. Voy. art. 14, al. 3, de la loi n° 98/2009.

39 Voy. art. 17, al. 1<sup>er</sup> et 3, de la loi n° 98/2009.

40 Voy. art. 17, al. 2 et 3, de la loi n° 98/2009.

41 Voy. art. 17, al. 2, de la loi n° 98/2009.

42 Voy. art. 17, al. 3, de la loi n° 98/2009.

Seule la force majeure exclut sans réserve la responsabilité de l'employeur<sup>43</sup>.

**10.** La reconnaissance du caractère professionnel de la pathologie du salarié aura fréquemment, presque sans exception, des conséquences financières pour l'employeur.

L'employeur dont le manquement a provoqué l'accident de travail est tenu de réparer tous les préjudices subis par le salarié<sup>44</sup> et, quoique l'accident de travail ne soit pas la conséquence de son manquement aux obligations légales, il peut être tenu de payer une prime plus haute pour son assurance d'accidents de travail<sup>45</sup>. En effet, le règlement administratif (*portaria*) n° 256/2011 du 5 juillet 2011 approuve les conditions générales de l'assurance des accidents de travail, permettant aux assureurs d'établir un système de *bonus/malus*, augmentant ou diminuant les primes en fonction de l'incidence et de la gravité des accidents de travail de l'employeur.

En outre, les établissements ayant au moins 400 employés dont les taxes d'incidence et de gravité des accidents de travail sont supérieures à la moyenne de leur secteur ne seront jamais dispensés de l'obligation d'avoir d'un service interne de sécurité du travail<sup>46</sup>.

**11.** En ce qui concerne les prestations auxquelles le salarié atteint a droit, l'article 23 de la loi n° 98/2009 du 4 septembre 2009 distingue les prestations non pécuniaires, en espèce, et les prestations pécuniaires, en argent.

Les prestations non pécuniaires consistent, par exemple, en des traitements médicaux nécessaires à la récupération de la santé et à la réintégration du salarié sur le marché de travail<sup>47</sup>.

Les prestations pécuniaires comprennent l'indemnisation pour l'incapacité temporaire, les pensions pour incapacité provisoire, les indemnisations sous forme de capital et les indemnisations sous forme de rente pour l'incapacité permanente, la subvention pour incapacité permanente grave, la subvention pour mort (*subsídio por morte*, un versement unique), la subvention pour les funérailles, la pension pour mort (*pensão por morte*, versements périodiques), la prestation supplémentaire pour l'assistance d'une troisième personne, la subvention pour l'adaptation de son logement [au le handicap du salarié] et la subvention pour la fréquence des actions, telles que des cours de formation professionnels nécessaires pour la réintégration de la victime dans le marché de travail<sup>48</sup>.

43 Voy. art. 15 de la loi n° 98/2009.

44 Voy. art. 18 de la loi n° 98/2009.

45 Voy. le règlement administratif (*portaria*) n° 256/2011 du 5 juillet 2011.

46 Voy. art. 80, al. 1<sup>er</sup>, b), et al. 4, de la loi n° 102/2009.

47 Voy. art. 23, al. a), et art. 25-46 de la loi n° 98/2009.

48 Voy. art. 23, al. b), et art. 47-69 de la loi n° 98/2009.

L'indemnisation la plus importante étant l'indemnisation pour incapacité, l'article 48, alinéa 3, de la loi n° 98/2009 établit, par exemple :

- (i) qu'en cas d'incapacité permanente totale, la victime a le droit à une rente annuelle, pour la durée de sa vie, d'un montant correspondant à 80 % de sa rémunération, augmentée de 10 % pour chaque personne à charge, jusqu'à la limite de la rémunération ;
- (ii) qu'en cas d'incapacité permanente totale pour sa profession habituelle, la victime a le droit à une rente annuelle, pour la durée de sa vie, d'un montant compris entre 50 % et 70 % de sa rémunération, proportionnel à la capacité de la victime pour l'exercice d'une autre profession ; et
- (iii) qu'en cas d'incapacité permanente partielle, la victime a le droit à une rente annuelle, pour la durée de sa vie, correspondant à 70 % de la diminution de leur capacité de gain.

Si l'accident est la conséquence d'un manquement de l'employeur, celui-ci ou son assureur est tenu de réparer tout préjudice de la victime, aucune différence n'existant entre le régime relevant du droit commun et le régime relevant du droit spécial de la responsabilité civile du fait d'un accident de travail.

Si l'accident n'est pas la conséquence d'un manquement de l'employeur, celui-ci ou son assureur n'est tenu que de réaliser les prestations spécifiées aux articles 48 à 69 de la loi n° 98/2009.

En général, le régime relevant du droit commun est plus favorable à la victime que le régime relevant du droit spécial de la responsabilité du fait des accidents de travail.

En premier lieu, tandis que le droit spécial de la responsabilité du fait des accidents de travail ne permet que la réparation des préjudices patrimoniaux, le droit commun de la responsabilité civile permet la réparation de tout préjudice subi par la victime<sup>49</sup>.

En deuxième lieu, tandis que la réparation procurée par le droit spécial de la responsabilité du fait des accidents de travail revêt presque toujours la forme d'une rente<sup>50</sup>, la réparation procurée par le droit commun de la responsabilité civile revêt presque toujours la forme d'un capital alloué à la victime.

En troisième lieu, tandis que la réparation procurée par le droit spécial de la responsabilité du fait des accidents de travail résulte presque toujours de l'application de formules mathématiques, la réparation procurée par le droit commun de la responsabilité civile ne résulte jamais (et ne doit jamais résulter) de l'application de telles formules.

49 Voy. art. 496 C. civ. portugais.

50 L'article 75 de la loi n° 98/2009 n'admet la conversion d'une indemnisation sous forme de pension en indemnisation sous forme de rente qu'à des cas limités.

Le point de repère pour la réparation des préjudices patrimoniaux futurs est toujours la formule du règlement administratif (*portaria*) n° 377/2008 du 26 mai 2008 telle que modifiée par le règlement administratif (*portaria*) n° 679/2009 du 25 juin 2009 :

$$DPF = ((1+i)^n - 1) / ((1+i)^n \times i) \times p, \text{ où } i = ((1+r)/(1+k)) - 1$$

dont *DPF* sera le dommage ou le préjudice patrimonial futur de la victime, *p* sera la prestation, c'est-à-dire, le montant des revenus annuels de la victime ; *r* sera le taux d'intérêt nominal liquide des placements financiers ; *n* sera le nombre d'années pendant lesquels la prestation sera due ; et *k* sera la taxe annuelle d'augmentation de la prestation.

Compte tenu de l'incertitude à l'égard du *futur*, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour appliquer dans ce cas l'article 566, alinéa 3, du Code civil portugais, pour corriger les résultats des formules mathématiques du règlement administratif (*portaria*) n° 679/2009 :

Le juge peut, par conséquent, faire appel à l'équité pour fixer l'indemnisation à accorder à la victime de l'accident de travail – ce qui signifie *toujours* qu'il lui accordera un montant supérieur à celui qui résulterait d'une application automatique, simpliste, de ces formules.

**12.** En ce qui concerne les prestations auxquelles les proches du salarié atteint ont droit, les critères précédemment énoncés s'appliquent ici, *mutatis mutandis*.

Si l'accident est la conséquence d'un manquement de l'employeur, celui-ci ou son assureur est tenu de réparer tous les préjudices des proches de la victime indiqués aux articles 495 et 496 du Code civil portugais.

Il n'y aura ici aucune différence entre le régime relevant du droit commun et le régime relevant du droit spécial de la responsabilité civile du fait d'un accident de travail.

Si l'accident n'est pas une conséquence d'un manquement de l'employeur, celui-ci ou son assureur n'est tenu de réaliser que les prestations spécifiées aux articles 57, 66 ou 100 de la loi n° 98/2009.

Les proches du salarié atteint n'auront le droit qu'à la subvention pour mort (art. 65), à la subvention pour les funérailles (art. 66) et à la pension pour mort (art. 100 de la loi n° 98/2009).

Il y aura, par conséquent, une différence entre le régime relevant du droit commun et le régime relevant du droit spécial.

## 2) En dehors du champ de la législation sur la réparation des risques professionnels

**13.** L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 18 de la loi n° 98/2009 détermine que la responsabilité de l'employeur du fait d'un manquement à ses obligations de

prévention des risques est toujours sous l'emprise des principes et des règles du droit commun de la responsabilité civile.

Les régimes spéciaux de réparation étant très rares au Portugal, ils portent sur des hypothèses très spécifiques, telles que celle des *incendies*, dont la concurrence avec le régime spécial de réparation des risques professionnels n'est pas facile à envisager.

## II. La responsabilité de l'employeur *du fait* de ses salariés

14. La responsabilité contractuelle de l'employeur du fait de ses salariés ne dépend que d'une condition – de l'inexécution d'une obligation, serait-elle principale ou accessoire<sup>51</sup>.

L'article 798 du Code civil distingue les obligations principales et les obligations accessoires. Les obligations principales constituent le rapport de prestation (*relação de prestação*) et les obligations accessoires, le rapport de protection ou de sécurité (*relação de protecção*).

En vertu des obligations accessoires, mentionnées à l'alinéa 2 de l'article 798 du Code civil, chacune des parties est tenue de respecter les droits et les intérêts de l'autre<sup>52</sup>.

Le non-respect des mesures de sécurité envers le créancier, ou envers les proches du créancier, implique l'inexécution des obligations accessoires de protection ou de sécurité.

Or, l'article 800 du Code civil portugais consacre la responsabilité du fait des personnes dont le débiteur se sert pour l'exécution de son obligation – par conséquent, l'employeur, en tant que débiteur, répond du dommage provoqué à son créancier, ou aux proches de son créancier, du fait de l'inexécution de ses obligations accessoires par ses salariés.

La responsabilité délictuelle de l'employeur du fait de ses salariés dépend de deux des conditions de l'article 500 du Code civil – en premier lieu, il est nécessaire qu'il y ait un lien entre la faute et les fonctions de l'employé<sup>53</sup> et, en deuxième lieu, il est nécessaire que le salarié, lui-même, soit responsable du préjudice provoqué à un tiers<sup>54</sup>.

51 Voy. art. 800 C. civ. portugais.

52 Voy. p. ex. C. A. DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982, p. 375 ; M. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, Livraria Almedina, 1994 ; N. M. PINTO OLIVEIRA, « Deveres de protecção em relações obrigacionais », *Scientia Juridica*, 2003, pp. 495-523 ; N. M. PINTO OLIVEIRA, « Os deveres acessórios 50 anos depois », *Revista de direito civil*, 2017, n° 2, pp. 239-256.

53 Voy. art. 500, al. 1<sup>er</sup> et 2, C. civ. portugais.

54 Voy. art. 500, al. 1<sup>er</sup>, *in fine*, C. civ. portugais.

Le non-respect des ordres de l'employeur ne vaut pas en tant que cause d'exonération<sup>55</sup>.

**15.** Les deux conditions de l'article 500 du Code civil étant remplies, la responsabilité délictuelle de l'employeur et de ses salariés est une responsabilité solidaire<sup>56</sup>.

La victime peut, par conséquent, s'adresser à celui des responsables qu'elle veut<sup>57</sup>.

L'article 497, alinéa 2, auquel renvoie l'article 500, alinéa 3, du Code civil portugais porte sur l'action récursoire.

Les responsables, en tant que débiteurs solidaires, peuvent se retourner les uns contre les autres, dans la proportion de leur faute et des conséquences de leur faute.

S'il n'y aucune faute du salarié, celui-ci pourra tout exiger de son employeur ; s'il n'y aucune faute de l'employeur, celui-ci pourra tout exiger de son salarié.

S'il y des fautes concurrentes de l'un et de l'autre, l'article 497, alinéa 2, *in fine*, du Code civil fait présumer que la gravité des fautes de chacun des responsables est équivalente.

---

55 Voy. art. 500, al. 2, C. civ. portugais.

56 Voy. art. 497 et 500 C. civ. portugais.

57 Voy. art. 512 et 519 C. civ. portugais.

## **Titre 5.**

# **Assurance et pandémie**

---



Chapitre 1.  
Assurance et pandémie  
Rapport de synthèse

---

**Philippe BRUN**

*Agrégé des facultés de droit*

*Avocat général à la Cour de cassation*

Calamité entre toutes les calamités, la pandémie de Covid ne devait pas manquer d'interroger, partout où elle a sévi, les différents mécanismes de prise en charge des sinistres. On s'est, en France en tout cas, plutôt tourné d'abord vers la puissance publique, avec le fameux « quoi qu'il en coûte » (on parle de 265 millions d'euros environ), mais ce n'est pas à dire évidemment que l'assurance n'ait pas été sollicitée, notamment avec la problématique des pertes d'exploitation liées au confinement.

Sans vouloir nécessairement « tirer la couverture à soi », il me semble que la pandémie a bien davantage posé des questions d'assurance qu'elle n'a posé des questions de responsabilité (mais je me trompe peut-être).

Toujours est-il que lorsqu'il s'est agi de soumettre aux rapporteurs nationaux un questionnaire, on n'a eu que l'embarras du choix pour les questions à poser. Le morceau de choix étant constitué par la question de l'assurance des pertes d'exploitation des entreprises, et plus précisément celle de savoir si les assurances couvrent les pertes immatérielles pures telle que celles provoquées par des fermetures administratives d'établissements pour raisons sanitaires, et accessoirement celle de savoir si cette question a suscité un contentieux, et le cas échéant sur quel point exact, de même que celle de savoir si, en marge du droit, les assureurs ont consenti à des « gestes commerciaux ».

Ces questions sont évidemment essentielles, mais ne suffisent pas à épuiser le sujet. D'autres méritaient d'être posées : ainsi, celle du rôle que l'assurance de responsabilité civile peut jouer ici. Les assurances de responsabilité des professionnels et établissements de santé ont-elles permis la prise en charge du risque de contamination des patients par la Covid ? À défaut, un mécanisme de prise en charge publique a-t-il été mis en place ou envisagé ?

La question se pose aussi pour les assurances de santé couvrant les risques de maladie-invalidité : ont-elles été mobilisées pour le risque Covid et existe-t-il d'autres mécanismes assurantiels susceptibles de prendre en charge un tel risque ?

Voilà, en substance, les principales interrogations qui nous ont paru mériter d'être relevées. Avec toutefois un hors-série en quelque sorte, à ajouter.

Dans l'immense majorité des cas, la Covid est envisagée comme une source de risque ou de majoration du risque assurantiel. L'idée a néanmoins été défendue, dans un cas spécifique, celui du risque automobile, que la pandémie, dans la mesure où elle avait impacté le volume du trafic routier, justifiait que soit reconsidéré le montant des primes du fait de la réduction de la sinistralité.

L'ensemble de ces problématiques peut être ramené à trois points, si l'on raisonne en termes de typologie des assurances. La place de l'assurance de responsabilité civile d'abord (I), l'assurance des pertes d'exploitation ensuite (II) et les autres assurances enfin (III).

## I. La place de l'assurance de responsabilité

Sur ce point, on est tenté, à la lecture des rapports, de conclure que, comme on le conjecturait, la pandémie est décidément peu une question de responsabilité civile, car sur l'assurance de responsabilité, si l'on excepte le rapport français, la question donne lieu à des développements peu substantiels. Du rapport portugais, on peut retenir que seuls les établissements de santé et professionnels de santé exerçant leur activité dans le secteur privé font l'objet d'une obligation d'assurance en responsabilité civile, et que, les risques de contamination étant inhérents à l'activité des établissements de santé, la plupart des cas de contamination seraient couverts par les assurances obligatoires.

Le rapport allemand insiste quant à lui sur le fait que la pandémie de Covid-19 n'a guère eu d'incidence sur le fonctionnement des garanties d'assurance de responsabilité civile. La couverture assurantielle de dommages causés dans un contexte contractuel (les inexécutions contractuelles qui seraient imputables à la crise sanitaire) paraît exclue quand les dommages extracontractuels en cas de transmission de maladie semblent pouvoir entrer dans le champ de la garantie assurantielle, mais avec la réserve des transmissions dues à une faute intentionnelle ou une négligence grave de l'assuré...

Le rapport belge évoque quant à lui les extensions gratuites de garantie offertes par les compagnies assurant les professionnels de santé pour les actes effectués en téléconsultation (quel cadeau !).

Le rapport français souligne de son côté que les polices RC professionnelles des établissements de soins et personnels de santé permettent la prise en charge des sinistres dans la mesure de la responsabilité de l'assuré, et donc en l'occurrence dans les conditions de la responsabilité encourue en cas d'infections nosocomiales (art. L. 1142-1, I, al. 2, C. santé pub.), avec, dans ce cas, la difficulté d'évaluer la probabilité que la contamination ait eu lieu à l'hôpital, avec l'échelle des probabilités proposée par la CNAMED en fonction de la date d'apparition des symptômes.

## II. L'assurance des pertes d'exploitation

S'agissant des pertes d'exploitation, le rapport français rappelle qu'elles ne sont en principe susceptibles d'être prises en charge que dans la mesure où elles sont consécutives à une atteinte généralement matérielle, les pertes « sans dommage » n'étant couvertes qu'exceptionnellement, et que les polices du marché français ne couvrent jamais une épidémie en tant que telle, cette notion ne pouvant apparaître dans la police que comme cause d'un autre événement, lui, pris en charge, tel qu'une fermeture administrative.

C'est manifestement la même situation que l'on retrouve dans les systèmes ayant fait l'objet d'un rapport : ainsi, au Portugal ou en Belgique, avec la même exigence d'un dommage matériel. Comme le relève le rapport belge, « [l]a pandémie et la fermeture administrative qui en a résulté ne sont pas des périls assurés, en manière telle que leur survenance ne constitue pas un dommage, et encore moins un dommage matériel ».

En Allemagne, il semble qu'en dépit d'une souscription plutôt faible en pratique, les assureurs aient, dans certains *landers* du moins (la Bavière puis dans d'autres régions), transigé dans le secteur des métiers de bouche, pour accorder à leurs assurés des indemnités de nature à couvrir une partie des pertes d'exploitations liées aux fermetures d'établissements en raison de la Covid, et ce, alors même que, selon Jonas Knetsch, ils auraient eu des arguments pour décliner leur garantie.

Et encore la pérennité de ces transactions paraît-elle incertaine depuis que la Cour fédérale de justice a, par un arrêt du 26 janvier 2022, clairement affirmé l'impossibilité de faire valoir les garanties des pertes d'exploitation consécutives à la fermeture d'un établissement en raison d'une maladie infectieuse non visée dans le contrat (lequel renvoie très généralement, si l'on comprend bien, à la liste des maladies dressée par la loi sur la protection contre les maladies infectieuses).

Cet état du droit semble devoir être rapproché de celui de la France. La Cour de cassation ayant en effet, par quatre arrêts remarquables du 1<sup>er</sup> décembre 2022, validé la clause pratiquée par l'assureur Axa qui, dans une police couvrant les pertes d'exploitation consécutives à la fermeture d'un établissement elle-même imputable notamment à une maladie contagieuse, excluait la garantie lorsqu'à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement faisait l'objet sur le même territoire départemental d'une mesure de fermeture administrative pour le même motif.

La Cour de cassation a considéré, non sans susciter quelques discussions, qu'une telle exclusion de garantie était formelle et limitée au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances :

- limitée car elle ne vidait pas la garantie de sa substance (celle-ci subsiste hors épidémie) ;
- formelle, c'est-à-dire claire et précise. Ce qui, comme le relève le rapport français, vaut pour la clause d'exclusion, mais sans doute pas pour celle définissant l'extension de la garantie à la fermeture administrative.

Côté espagnol, il semble que certaines juridictions (dont la cour d'appel de Gérone) aient refusé de conférer toute portée à une clause d'exclusion en la matière, mais en raison de ce qu'il n'était pas avéré que le contenu n'en ait été ni connu ni accepté de l'assuré.

Un bilan pour le moins maigre si l'on espérait que les victimes de pertes d'exploitation du fait des fermetures d'établissement liées à la Covid puissent

se tourner vers l'assurance pour faire face aux difficultés économiques liées à de telles pertes...

D'où la question de savoir si les assureurs ont fait en la matière des « gestes commerciaux ». Il ne semble pas que, dans la plupart des pays étudiés, ils y aient été acculés par un contentieux important, si l'on met tout de même de côté le cas de l'Allemagne, où un contentieux significatif semble s'être développé...

Le rapport belge ne fait pas état en tout cas de tels assauts de générosité (c'est, semble-t-il, la définition très restrictive des maladies couvertes qui, en Belgique, explique l'absence de contentieux sur les pertes d'exploitation), au contraire des rapports allemand et français.

Le premier, on l'a vu, souligne que les assureurs ont pris l'initiative de couvrir une partie de ce risque, dans le cadre de transactions conclues alors que le droit n'était pas « dit » sur ce point, mais que des arguments auraient pu être avancés pour écarter la garantie, et depuis, la Cour fédérale a rendu un arrêt consacrant une conception très restrictive de l'étendue de la garantie prévue dans la plupart des contrats d'assurance, de quoi peut-être donner des regrets aux assureurs d'avoir ainsi fait des gestes commerciaux...

Le second souligne qu'en France, les assureurs ont pratiqué des gestes commerciaux à titre individuel, mais aussi, et peut-être surtout, ont contribué, à hauteur de 400 millions d'euros, au fonds de solidarité mis en place par les pouvoirs publics à destination des entreprises. On peut hésiter, dans ce deuxième cas, à parler véritablement de geste commercial, dans la mesure où l'on peut imaginer qu'une telle contribution a été avant tout sollicitée par les pouvoirs publics...

### III. Autres assurances

Le rapport belge fait état à cet égard des répercussions de la crise de la Covid sur des catégories diverses d'assurance, avec notamment, pour les assurances soins de santé, une nécessité de réaffectation de moyens pour la prise en charge de dépenses induites par la pandémie, en matière d'assurance annulation (mais ici avec le refus des assureurs de couvrir lorsque le contrat ne prévoyait pas l'hypothèse d'une pandémie) ou en matière de prestations en cas de décès où les assureurs ont accepté de maintenir les garanties en matière de pension pour les bénéficiaires mis au chômage temporaire du fait de la pandémie (alors qu'une telle situation de chômage a en principe pour effet de suspendre la garantie).

Dans le cadre d'un protocole d'accord de 2020, ont également été prévus des reports de prime pour certaines assurances.

Autrement dit, une incidence et des ajustements à la marge, au cas par cas pratiquement, en fonction du type d'assurance concerné. Il ne semble pas

que la situation soit très différente dans les autres pays. Et l'on ne voit pas émerger des différents rapports des mécanismes assurantiels originaux qui auraient permis la prise en charge du risque Covid.

Pour l'essentiel, sous cette rubrique des « autres assurances », c'est la question d'éventuelles ristournes pratiquées en matière d'assurance automobile qui a retenu l'attention des rapporteurs.

Au Portugal, la réduction de prime pour diminution du risque étant subordonnée à la condition que la diminution du risque soit durable et qu'elle soit de nature à avoir des conséquences sur l'économie du contrat, l'article 92 du décret-loi de 2008 prévoyant cette possibilité ne paraissait pas de nature à permettre une issue favorable pour les assurés.

Mais un décret-loi de 2020 est venu permettre une adaptation du contrat d'assurance du fait de la suspension des activités économiques de l'assuré. Il semble cependant que l'on ne soit pas, même avec ce nouveau texte, dans la situation où l'assuré pourrait exiger la diminution de primes, mais seulement la solliciter, et les assureurs semblent en avoir accepté le principe dans de nombreux cas.

En Belgique, de telles prétentions ont, semble-t-il, trouvé un écho beaucoup moins favorable, l'ombudsman des assurances ayant relevé (mais est-ce la question ?) qu'une suspension du contrat du fait de l'absence d'utilisation du véhicule n'est pas indiquée, car le risque subsiste même pour un véhicule non utilisé, et que, sur le plan du risque, la raréfaction des accidents aurait été contrebalancée par la gravité de ceux-ci. Tout cela ressemble un peu à de l'approximation : où sont les statistiques et les éléments chiffrés ?

En Allemagne, c'est sur le fondement de l'obligation faite à l'assuré, au titre des conditions générales pour l'assurance automobile, de déclarer un changement de circonstances déterminant le risque garanti que de telles prétentions ont pu être entendues pour admettre une baisse de prime induite par la différence entre le kilométrage prévisionnel et la distance effectivement parcourue.

En France, sous l'impulsion d'associations de défense des consommateurs, certains ont tenté d'invoquer l'article L. 113-4 du Code des assurances et la diminution de la prime en conséquence de la diminution du risque, mais les conditions d'application de ce texte n'étaient pas remplies, ou plutôt la sanction prévue par ce texte est la résiliation et non le remboursement de primes.

Deux ou trois remarques en guise de conclusion, ou plutôt d'esquisse de conclusion :

Au regard des coûts pharaoniques qu'a mis en jeu la pandémie de Covid, on a l'impression que l'assurance n'a joué au fond qu'un rôle assez secondaire dans la prise en charge des multiples dommages occasionnés. Le champ des garanties dans les polices est souvent délimité de manière drastique, et

l'évènement qui a conduit ici à ces dommages sériels n'est pas de ceux qui entrent aisément dans les « cases » des polices d'assurance.

Peut-être la contribution la plus substantielle de l'assurance aura-t-elle eu lieu sous forme de transactions, de gestes commerciaux plus ou moins spontanés, en réalité sollicités le plus souvent par les pouvoirs publics.

On peut y voir le signe que le contrat d'assurance reste un outil de garantie individuelle...



Chapitre 2.  
Assurance et pandémie  
Rapport allemand

---

**Jonas KNETSCH**

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

À l'instar de ce que l'on a pu observer dans de nombreux autres domaines d'activité économique, la pandémie de Covid-19 a produit des effets considérables sur le secteur de l'assurance. La distribution des produits d'assurance, la gestion des sinistres, la gestion d'actifs ainsi que l'activité au quotidien des dizaines de milliers de salariés des entreprises d'assurance ont connu un bouleversement qui, dans l'histoire contemporaine, n'a d'égal que celui résultant des périodes de guerre que l'on a connues en Europe durant la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle.

Se fondant sur les résultats d'une enquête réalisée en coopération avec une trentaine de compagnies d'assurance et de mutuelles<sup>1</sup>, l'Institut des assurances de l'Université de Leipzig met en avant trois séries d'incidences de la pandémie.

En premier lieu, les assureurs ont pu constater une évolution significative du nombre de sinistres dans plusieurs branches d'activité. Une hausse importante a été identifiée pour l'assurance santé privée (*private Krankenversicherung*) qui, en Allemagne, ne fournit pas uniquement une couverture complémentaire, mais constitue l'assurance maladie « de base » pour une partie de la population, en particulier pour les indépendants et les fonctionnaires dont le revenu dépasse un certain seuil<sup>2</sup>. Pour des raisons évidentes, les produits d'assurance couvrant le risque d'annulation de voyages (*Reiserücktrittsversicherung*) ou d'événements sportifs ou culturels (*Veranstaltungsausfallversicherung*)<sup>3</sup> et bien sûr les contrats d'assurance couvrant le risque des pertes d'exploitation ont été confrontés à une augmentation spectaculaire. À l'inverse, les restrictions de circulation imposées par les autorités publiques ont conduit à une baisse importante des sinistres automobiles, ce qui a incité plusieurs assureurs à consentir d'office à leurs clients des « ristournes Covid », en application des clauses contractuelles ou à titre de geste commercial.

En deuxième lieu, la fermeture des agences d'assurance a conduit à une baisse significative des souscriptions, en particulier dans le domaine des assurances de personnes où la conclusion du contrat est généralement précédée d'échanges personnalisés entre le client et le commercial. Les entreprises

1 Voy. K. VOLLMER (dir.), *Corona Studie: Einflüsse und Auswirkungen von COVID 19 auf die Versicherungswirtschaft*, Leipzig, V.E.R.S. Leipzig GmbH, 2020, 53 p. (disponible à l'adresse : <https://vers-leipzig.de/studien/corona-studie/>). Pour un aperçu des implications dans d'autres pays, voy. M. MUÑOZ PAREDES et A. TARASIUK (dir.), *Covid-19 and Insurance*, Cham, Springer, 2023.

2 Sur le système allemand de la protection sociale, voy. en langue française M. ZWICKEL, « Le dualisme du système d'assurance-maladie allemand », in J. KNETSCH (dir.), *Quelle prise en charge du dommage corporel au XXI<sup>e</sup> siècle ?*, Saint-Étienne, EN3S/UJM, 2019, pp. 49-57.

3 Pour une analyse des effets de la crise sanitaire sur ces deux autres branches d'assurance, voy. J. LÜTTRINGHAUS et J. EGGEN, « Versicherungsschutz und Corona-Pandemie: Deckungs- und Haftungsfragen im Kontext der Betriebsunterbrechungs- und Veranstaltungsausfallversicherung », *Recht und Schaden (r+s)*, 2020, pp. 250-258, spéc. p. 254 ; V. SCHREIER, « Versicherungsschutz für Seuchen am Beispiel der COVID-19-Pandemie », *Zeitschrift für Versicherungsrecht (VersR)*, 2020, pp. 513-520, spéc. pp. 516-519.

d'assurance ont dû s'adapter à l'impossibilité de recevoir leur clientèle en agence en renforçant ou en développant des canaux de commercialisation alternatifs. De manière générale, la distribution des produits d'assurance par voie numérique a connu un essor considérable depuis la période pandémique, accélérant ainsi la transformation numérique du secteur de l'assurance<sup>4</sup>.

Enfin, en troisième lieu, la pandémie de Covid-19 a également mis le secteur de l'assurance devant un défi de communication. La médiatisation des garanties contre les pertes d'exploitation<sup>5</sup> a sensibilisé les assureurs aux risques réputationnels de la branche entière. Le refus initial d'indemniser les restaurateurs et les hôteliers au motif que les conditions contractuelles ne permettaient pas une telle garantie, a rapidement laissé place à des accords transactionnels destinés à manifester la « bonne volonté » des assureurs à participer à une prise en charge des dommages économiques liés à la crise sanitaire.

Quant aux appels à l'État pour pallier l'absence de garanties assurantielles dans le domaine économique, ils ont été bien moins nombreux en Allemagne qu'en France, même si les aides allouées par les autorités publiques ont permis au secteur de la gastronomie et de l'hôtellerie de limiter les effets désastreux de presque huit mois de fermeture administrative<sup>6</sup>. Les quelques initiatives que l'on peut recenser dans la littérature ne furent pas suivies d'effet<sup>7</sup> et, contrairement à ce que l'on peut noter en France, il n'y a pas eu de propositions de loi suggérant la création de fonds d'indemnisation spécifiques<sup>8</sup>.

Pour étudier l'incidence de la pandémie sur le secteur de l'assurance en Allemagne et afin de nous concentrer sur les questions les plus intéressantes sur le plan juridique<sup>9</sup>, notre rapport présentera successivement l'assurance des pertes d'exploitation des entreprises (*Betriebsschließungsversicherung*) (I) et les incidences de l'épidémie de Covid-19 sur les autres branches d'assurance (II).

4 Voy. par exemple S. STARK, « Versicherungsvertrieb in Zeiten der Pandemie – Eisberg oder Rückenwind? », *PwC-Studie*, 2021-2022, disponible à l'adresse : <https://www.pwc.de/de/finanzdienstleistungen/versicherungen/versicherungsvertrieb-in-zeiten-der-pandemie-eisberg-oder-rueckenwind.html>.

5 Voy. par exemple M. ERHARDT, « Gastronomie oder Versicherung – wer am Ende wirklich zahlt », *Deutschlandfunk*, 13 août 2020, disponible à l'adresse : <https://www.deutschlandfunk.de/schadensfaelle-durch-corona-gastronomie-oder-versicherung-100.html>.

6 Pour un aperçu des périodes de restrictions de circulation en Allemagne, voy. [https://de.wikipedia.org/wiki/COVID-19-Pandemie\\_in\\_Deutschland](https://de.wikipedia.org/wiki/COVID-19-Pandemie_in_Deutschland).

7 Voy. par exemple H. GREFRATH, « Sonderopfer in der Pandemie », *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2022, pp. 215-220.

8 Pour une analyse comparative des propositions de loi formulées en France, voy. J. KNETSCH et K. WATTS, « What is the potential of compensation funds for addressing COVID-related personal injury? », *The Geneva Papers on Risk and Insurance. Issues and Practice*, 2023, vol. 48, pp. 608-629.

9 Pour un premier aperçu, voy. déjà D.-C. GÜNTHER et S. PIONTEK, « Die Auswirkungen der "Corona-Krise" auf das Versicherungsrecht: eine erste Bestandsaufnahme », *r+s*, 2020, pp. 242-249. Voy. égal. les contributions à l'ouvrage collectif de M. MUÑOZ PAREDES et A. TARASIUK (dir.), *Covid-19 and Insurance*, *op. cit.*

## I. L'assurance des pertes d'exploitation des entreprises à l'épreuve de la pandémie

La présentation des implications de la pandémie sur l'assurance des pertes d'exploitation suivra un ordre chronologique : alors qu'elle occupait une place marginale avant la pandémie (A), cette branche d'assurance a gagné une attention médiatique considérable lorsque, confrontés aux fermetures administratives, les restaurateurs et hôteliers ayant souscrit à un contrat de ce type ont réclamé aux assureurs une indemnité compensatrice de leurs pertes d'exploitation. Les accords transactionnels conclus entre les assureurs et les entrepreneurs concernés apparaissent rétrospectivement comme un geste commercial imposé par les circonstances (B), la Cour fédérale de justice ayant adopté une solution favorable aux assureurs dans un arrêt de principe rendu en janvier 2022 (C).

### A) La place marginale de l'assurance des pertes d'exploitation avant la pandémie

Avant la pandémie, l'assurance des pertes d'exploitation, que l'on dénomme en droit allemand *Betriebsschließungsversicherung* (littéralement « assurance contre le risque de fermeture d'entreprise »), n'était guère connue, y compris des spécialistes de droit des assurances<sup>10</sup>. Il s'agissait de l'une des plus petites branches de l'assurance de dommages, peu rentable au regard du montant des primes recueillies et des sinistres réglés. L'assurance des pertes d'exploitation ne suscitait pas de jurisprudence, ni d'écrits doctrinaux, de sorte que l'on a pu parler d'une « existence fantomatique » (*Schattendasein*) de cette branche<sup>11</sup>.

Ces garanties avaient été souscrites en particulier par des entreprises dont l'activité était susceptible d'être interrompue en raison d'une décision de fermeture administrative pour des raisons sanitaires. Cela visait tout particulièrement le secteur de la gastronomie et de l'hôtellerie et, malgré l'absence de statistiques précises, le nombre de contrats souscrits était suffisamment important pour inquiéter le secteur de l'assurance après le début de la crise sanitaire.

En effet, dès les premières semaines de la crise sanitaire, les entrepreneurs affectés par les mesures de fermeture administrative prises en réponse à la situation pandémique ont fait valoir leur contrat d'assurance couvrant les pertes d'exploitation. Alors qu'elles se trouvaient dans un angle mort du droit des assurances, ces garanties ont soudainement attiré l'attention des juristes

10 Cette assurance a suscité de premiers commentaires, très succincts, lors de la crise de la « vache folle ». Voy. S. KOUBA, « Die Betriebsschließungsversicherung in Zeiten von BSE », *Versicherungswirtschaft*, 2001, pp. 188-190.

11 D.-C. GÜNTHER, « Betriebsschließungsversicherung wegen Covid-19 », *NJW*, 2022, pp. 818-821.

et donné lieu, en quelques mois, à plus d'une centaine de décisions de justice rendues par les juridictions de première instance et d'appel<sup>12</sup>.

Comme dans d'autres pays, la question centrale qui se trouvait au cœur de ces contentieux était la possibilité de faire valoir la garantie des pertes d'exploitation pour une situation pandémique, alors que la garantie avait été pensée pour des fermetures administratives dans des cas isolés. Comme souvent en matière d'assurance, le refus des assureurs était de nature à susciter l'incompréhension des assurés qui pensaient avoir souscrit une garantie d'assurance, parfois moyennant une surprime, précisément pour le cas d'une impossibilité d'exercer leur activité pour des raisons sanitaires<sup>13</sup>.

## **B) Le « compromis bavarois » (*bayerischer Kompromiss*) et les accords transactionnels entre assureurs et hôteliers/restaurateurs**

Alors même que les assureurs avaient de bonnes raisons pour refuser une garantie à la grande majorité de leurs assurés, des accords transactionnels furent conclus à la suite d'une négociation menée, au printemps 2020, entre la Fédération bavaroise des hôteliers-restaurateurs, du ministère bavarois de l'Économie et des compagnies d'assurance présentes dans cette région<sup>14</sup>.

Ce compromis bavarois (*bayerischer Kompromiss*) prévoyait le versement d'indemnités journalières à hauteur de 10 ou 15 % des pertes d'exploitation par jour de fermeture. Ce taux était le résultat d'une analyse économique des incidences financières de la pandémie et, en particulier, d'une mise en balance des pertes financières directes, des aides étatiques et des économies réalisées par la fermeture (chauffage, gaz, électricité, usure du matériel). Au terme de cette analyse, il a été décidé que les pertes d'exploitation nettes correspondaient à environ 30 % de la baisse des bénéfices commerciaux, dont les assureurs s'engagèrent alors à couvrir la moitié.

Cet accord a été étendu par la suite à d'autres régions allemandes et l'on considère aujourd'hui qu'environ 60 % des dossiers intéressant l'assurance des pertes d'exploitation ont été réglés en application d'un accord transactionnel<sup>15</sup>.

12 Pour une présentation de la jurisprudence des juges du fond, voy. en particulier D.-C. GÜNTHER, « Obergerichtliche Rechtsprechung zur Betriebsschließungsversicherung », *VersR*, 2021, pp. 1141-1147 ainsi que D.-C. GÜNTHER, B. SEITZ et S.-M. THIEL, *Betriebsschließungs- und Ausfallversicherung in der COVID-19-Pandemie*, Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 2021.

13 La question des « trous de garantie » dans l'assurance contre les pertes d'exploitation, dans le contexte de la pandémie de Covid-19, a fait l'objet d'une étude approfondie de l'Organisation de coopération et de développement économiques. Voy. OECD (dir.), *Responding to the COVID-19 and pandemic protection gap in insurance*, Paris, 2021, 38 p., disponible à l'adresse : [https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=133\\_133327-3tdsqdiu7y&title=Responding-to-the-COVID-19-and-pandemic-protection-gap-in-insurance](https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=133_133327-3tdsqdiu7y&title=Responding-to-the-COVID-19-and-pandemic-protection-gap-in-insurance).

14 Le texte de l'accord n'a pas été rendu public. Voy. cependant le communiqué de presse du ministère bavarois de l'Économie : <https://www.bayern.de/betriebsschliessungsversicherungen-bayerische-loesung-fuer-hotels-und-gaststaetten/>.

15 D.-C. GÜNTHER, « Betriebsschließungsversicherung wegen Covid-19 », *op. cit.*, pp. 818-821, spéc. p. 818.

Tout en précisant qu'il s'agissait de simples gestes commerciaux (*Kulanzzahlungen*), les assureurs ont obtenu de leurs clients une renonciation à des prétentions ultérieures concernant les pertes d'exploitation causées par la pandémie.

Tant que la question de la couverture assurantielle des pertes d'exploitation liées à la crise sanitaire n'était pas définitivement réglée par les juridictions, l'on pouvait douter de la validité de ces accords transactionnels, en particulier au regard de la renonciation à la garantie de pertes futures. Certains auteurs ont alors envisagé la possibilité de contester ces accords au motif d'une nullité pour dol (*arglistige Täuschung*), régie par le droit commun des actes juridiques, ou du paragraphe 779 du Code civil allemand selon lequel une transaction est nulle lorsque que l'une des parties s'est fait une image fautive ou imprécise de la situation factuelle ou juridique (*Sachverhalt*) à l'origine du litige<sup>16</sup>.

Depuis que la Cour fédérale de justice est intervenue en la matière, la question de la normativité de ces accords transactionnels peut cependant rester en suspens<sup>17</sup>, les juges ayant adopté une conception très restrictive quant à l'étendue de la garantie prévue dans la majorité des contrats d'assurance concernés.

### C) L'arrêt de principe de la Cour fédérale de justice du 26 janvier 2022

Une fois les accords transactionnels réglés, les assureurs refusaient toute couverture des pertes d'exploitation en vertu des contrats d'assurance souscrits par les hôteliers-restaurateurs. Pour appuyer leur position, ils invoquaient principalement deux arguments : tout d'abord, ils considéraient que la garantie ne visait que des cas de fermeture administrative liée à une « cause inhérente à l'entreprise » (*intrinsische Betriebsgefahr*), ce qui n'est précisément pas une situation pandémique<sup>18</sup> ; ils faisaient valoir, par ailleurs, que la Covid-19 ne figurait pas parmi les maladies citées dans les conditions générales des contrats d'assurance concernés. Selon ces stipulations, la décision de fermeture administrative devait être liée à la déclaration de l'une des affections mentionnées aux paragraphes 6 et 7 de la loi sur la protection contre les maladies infectieuses (*Infektionsschutzgesetz*)<sup>19</sup>. Or, ces deux dispositions ne mentionnaient pas, au moment de la survenance de l'épidémie, le virus SARS-CoV-2<sup>20</sup>.

16 M. FORTMANN, « Betriebsschließungsversicherung – ein Update », *r+s*, 2020, p. 665, spéc. pp. 672 et s.

17 Plusieurs juges de fond ont cependant décidé que ces accords transactionnels ne pouvaient être remis en cause. Voy., par exemple, Trib. rég. sup. Nuremberg, 24 janvier 2022, réf. 8 U 3108/21.

18 Sur ce critère, voy. N. KORFF, « Die Betriebsschließungsversicherung in Zeiten der Coronakrise », *COVID-19 und Recht (COVUR)*, 2020, pp. 246-248, spéc. p. 247.

19 Un auteur évoque un chiffre de 80 % des contrats qui contiennent une référence explicite aux seules maladies mentionnées dans la loi sur la protection contre les maladies infectieuses.

20 Ces deux textes listent les maladies qui doivent être signalées aux autorités sanitaires afin de limiter la propagation de certains agents pathogènes. Le virus SARS-CoV-2 n'a été ajouté à la liste qu'en mai 2020.

Avant l'intervention de la Cour fédérale de justice, les juges du fond se sont prononcés majoritairement dans le sens des compagnies d'assurance. À l'exception notable du tribunal régional supérieur de Karlsruhe<sup>21</sup>, toutes les juridictions d'appel avaient en effet rejeté une prise en charge des pertes d'exploitation au motif que les conditions générales de la garantie excluaient du champ contractuel les pertes liées à une décision de fermeture administrative par acte réglementaire, qui plus est provoquée par une maladie non mentionnée dans les stipulations du contrat.

Par son arrêt du 26 janvier 2022, la Cour fédérale de justice a confirmé cette interprétation en décidant que les conditions générales ne permettaient pas de retenir une garantie d'assurance pour les pertes d'exploitation consécutives à la fermeture d'un établissement en raison d'une maladie infectieuse non visée dans le contrat, la liste des maladies concernées ayant une nature limitative<sup>22</sup>. La Cour a également retenu que cette limitation ne saurait être considérée comme opaque (*intransparent*), ni comme créant au détriment de l'assuré un « désavantage déraisonnable » (*unangemessene Benachteiligung*) au sens de la réglementation sur les clauses abusives.

C'est sur ce dernier point que la décision de la Cour fédérale de justice était particulièrement attendue. En effet, contrairement au droit français dont la réglementation des clauses abusives fut longtemps cantonnée aux rapports entre professionnels et consommateurs (ou assimilés), le législateur allemand a instauré aux paragraphes 305 et suivants du Code civil un régime de contrôle plus large des « conditions générales d'affaires » (*allgemeine Geschäftsbedingungen*) qui trouve application en présence de toute clause non négociée, peu importe la qualité ou la profession des contractants<sup>23</sup>.

Aux termes du paragraphe 307, alinéa 1<sup>er</sup>, BGB, « les dispositions des conditions générales d'affaires sont inefficaces, lorsque, contrairement aux exigences de la bonne foi, elles désavantagent de manière déraisonnable le cocontractant de l'utilisateur ». Pour apprécier si la clause litigieuse crée effectivement un désavantage raisonnable, le juge doit déterminer les intérêts des deux parties au contrat et soupeser l'intérêt de l'une à voir la clause maintenue et celui de l'autre à sa suppression<sup>24</sup>. Par ailleurs, le devoir de transparence,

21 Trib. rég. sup. Karlsruhe, 30 juin 2021, réf. 12 U 4/21 et 12 U 11/21. Selon ces deux décisions, la clause limitant la couverture de la garantie aux seules maladies mentionnées par la loi ou figurant dans un tableau devait être invalidée au motif qu'elle n'est pas conforme à l'obligation de transparence (*Transparenzgebot*). Pour une appréciation critique de ce raisonnement, voy. D.-C. GÜNTHER, « Obergerichtliche Rechtsprechung zur Betriebsschließungsversicherung », *op. cit.*, p. 1141.

22 La formulation concrète de cette liste varie selon les contrats. Il s'agit tantôt d'un renvoi général à la liste des maladies infectieuses telle que prévue par la loi, tantôt d'un copier-coller de la liste légale. Pour une présentation des différentes variantes, voy. N. KORFF, « Die Betriebsschließungsversicherung in Zeiten der Coronakrise », *op. cit.*, pp. 246-248, spéc. pp. 247-248.

23 Pour une présentation synthétique du droit allemand des conditions générales d'affaires, voy. par exemple M. FROMONT et J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Lextenso, 2017, n<sup>os</sup> 190 et s.

24 Pour plus de détails, voy. M. FROMONT et J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n<sup>os</sup> 203 et s. ainsi que M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2004, n<sup>o</sup> 114.

considéré comme un cas d'application de cette règle générale, est codifié au paragraphe 307, alinéa 1<sup>er</sup>, BGB *in fine* selon lequel un « désavantage déraisonnable peut également résulter de ce que la disposition manque de clarté et d'intelligibilité ».

Dans sa décision du 26 janvier 2022, la Cour fédérale de justice a clarifié la position du droit allemand, confirmant l'impossibilité de faire valoir les garanties contre les pertes d'exploitation dans le contexte de la crise sanitaire de Covid-19, du moins en présence d'un contrat qui renvoie expressément à la liste des maladies des paragraphes 6 et 7 de la loi sur la protection contre les maladies infectieuses<sup>25</sup>.

Reste à savoir comment il faut interpréter les contrats d'assurance qui ne se réfèrent pas « exclusivement » à ces maladies, mais précisent qu'une fermeture doit avoir été décidée « notamment » en raison de l'une de ces maladies<sup>26</sup>. Surtout, la Cour fédérale de justice n'a pas statué sur les demandes de prise en charge des pertes d'exploitation liées aux fermetures administratives de la « deuxième vague », décidées après que le législateur eut introduit le virus SARS-CoV-2 dans la liste des maladies infectieuses du paragraphe 6 de la loi sur la protection contre les maladies infectieuses<sup>27</sup>.

## II. L'incidence de l'épidémie de Covid-19 sur les autres branches d'assurance

Dans la littérature consacrée aux effets de l'épidémie de Covid-19 sur le droit de la responsabilité et le droit des assurances, la couverture des pertes d'exploitation occupe une place primordiale, reléguant au second plan d'autres aspects non moins intéressants en la matière.

S'agissant de l'assurance de responsabilité civile professionnelle, notamment dans le secteur des soins, il ne semble pas y avoir de particularité notable. De manière générale, la responsabilité des établissements de santé et des professionnels de santé n'est que peu abordée par les auteurs qui se sont intéressés aux conséquences de la crise sanitaire. Il est généralement admis que d'éventuels procès en responsabilité intentés sur le fondement d'une faute médicale (*Behandlungsfehler*) seraient voués à l'échec en l'absence de standard médical pour le traitement des patients atteints de la Covid-19, au moment des faits,

25 Sur cette question, voy. M. GRIESE, « Betriebsschließungsversicherung in Zeiten von Corona: die Auslegung von Versicherungsbedingungen unter besonderem Fokus auf die Bedeutung "namentlich genannter Krankheiten" », *VersR*, 2021, pp. 147-152.

26 D.-C. GÜNTHER, B. SEITZ et S.-M. THIEL, *Betriebsschließungs- und Ausfallversicherung in der COVID-19-Pandemie*, *op. cit.*, pp. 57-63 (avec des exemples de clauses pratiquées).

27 La question est plus complexe en raison d'une clause, fréquemment stipulée dans les contrats, selon laquelle la garantie serait exclue dès lors qu'une nouvelle fermeture administrative a été décidée pour les mêmes raisons. Sur ce point, voy. D.-C. GÜNTHER, « Betriebsschließungsversicherung und "zweite Welle" », *COVuR*, 2020, pp. 682-684.

et de l'inexistence de critères précis pour le tri des patients<sup>28</sup>. C'est sous l'angle des dommages causés par la vaccination contre la Covid-19 que l'indemnisation des victimes a été abordée de manière plus circonstanciée, comme nous l'avons exposé ailleurs dans cet ouvrage<sup>29</sup>.

Pour compléter ce rapport, nous nous contenterons dès lors d'aborder deux autres aspects qui ont attiré l'attention des spécialistes de droit des assurances : l'incidence de la clause dite d'infection dans les conditions générales régissant l'assurance de responsabilité civile (A) et les ristournes « Covid-19 » dans l'assurance automobile (B).

## A) La clause dite « d'infection » dans l'assurance de responsabilité civile

L'une des particularités du droit allemand des assurances est l'absence de textes contraignants régissant dans le détail les différents types de contrats d'assurance. Si une certaine réglementation des garanties d'assurances spécifiques a fait son apparition, c'est avant tout grâce aux initiatives des acteurs mêmes du secteur de l'assurance. Ainsi, en matière d'assurance de responsabilité civile, la Fédération allemande des sociétés d'assurance (*Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft*) a développé des conditions générales, régulièrement mises à jour. Largement utilisées dans la pratique, ces *Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB)* font l'objet d'une interprétation juridictionnelle et sont commentées par la doctrine juridique, comme s'il s'agissait de textes de nature législative ou réglementaire<sup>30</sup>.

De manière générale, la pandémie de Covid-19 n'a guère eu d'incidence sur le fonctionnement des garanties d'assurance de responsabilité civile. Ainsi, en cas de dommage causé par l'assuré par une inexécution contractuelle imputable à la crise sanitaire, un assureur n'est jamais tenu de couvrir le sinistre en raison d'une exclusion prévue à l'article 1<sup>er</sup> AHB. Selon ce texte, « la garantie ne couvre pas les droits dont dispose le cocontractant de l'assuré en vue de l'exécution du contrat, fussent-ils d'origine légale »<sup>31</sup>. Ces « droits dont dispose le contractant » ne visent pas seulement le droit à demander l'exécution

28 Sur la décision de la Cour constitutionnelle fédérale appelant le législateur allemand à se saisir de la question, voy. en langue française J. KNETSCH et M. LASSALLE, « La responsabilité des professionnels de santé face au tri des patients : dilemme éthique ou question juridique ? », *D.*, 2022, pp. 286-287.

29 Voy. le rapport allemand du titre 3.

30 Voy. par exemple les ouvrages sous forme de commentaire « article par article » : E. BRUCK et H. MÖLLER (dir.), *VVG Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, t. V, *AHB, Produkthaftpflicht, Umwelt, Cyberversicherung*, 10<sup>e</sup> éd., Berlin, de Gruyter, 2023 ; E. PRÖLSS, J. PRÖLSS et A. MARTIN (dir.), *Versicherungsvertragsgesetz VVG*, 31<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2021, pp. 1680 et s.

31 Art. 1.2 AHB : « *Kein Versicherungsschutz besteht für Ansprüche, auch wenn es sich um gesetzliche Ansprüche handelt, auf Erfüllung von Verträgen, Nacherfüllung, aus Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, auf Schadensersatz statt der Leistung [...]* ».

forcée en nature du contrat<sup>32</sup>, mais encore tous les autres droits qui tendent à se substituer à l'exécution (*Erfüllungssurrogate*). L'article 1<sup>er</sup> AHB précise, en effet, que la garantie d'assurance ne saurait être mise en œuvre pour satisfaire les obligations qui sont liées à la résolution du contrat (*Rücktritt*), à la réduction du prix (*Minderung*) ou pour prendre en charge les dommages-intérêts que le créancier peut réclamer au lieu et place de l'exécution du contrat (*Schadensersatz statt der Leistung*).

S'agissant des dommages causés dans un contexte extracontractuel, on peut s'interroger sur la couverture des dommages causés par la transmission du virus à un tiers. Dans ce cas, la garantie de l'assureur de responsabilité civile pourra être engagée, mais dans les limites fixées à l'article 7.18 AHB. Selon ce texte, sont exclus de la garantie « les droits à réparation résultant d'une responsabilité de l'assuré pour des dommages corporels consécutifs à la transmission d'une maladie »<sup>33</sup>, à moins que l'assuré prouve que cette transmission n'est pas due à une faute intentionnelle ou à une négligence grave (*grobe Fahrlässigkeit*) de sa part<sup>34</sup>. Si cette clause d'exclusion est applicable à la transmission du virus SARS-CoV-2<sup>35</sup>, les conditions de mise en œuvre de ce texte demeurent incertaines selon la doctrine. En particulier, il n'est pas clairement établi si une simple transmission du virus est suffisante pour caractériser l'exclusion ou s'il faut en outre que l'assuré ait eu, lui aussi, les symptômes de la maladie au moment de la transmission<sup>36</sup>.

En tout état de cause, la portée pratique de l'article 7.18 AHB est relativement limitée en raison des difficultés probatoires qui affectent la causalité entre le fait de l'assuré et la maladie de la victime<sup>37</sup>. De fait, en droit allemand, le contentieux indemnitaire à raison d'une transmission fautive du virus SARS-CoV-2 ne s'est développé que de manière extrêmement limitée<sup>38</sup>.

32 Ces droits ne peuvent à l'évidence être satisfaits par l'assureur personnellement.

33 « *Haftpflichtansprüche wegen Personenschäden, die aus der Übertragung einer Krankheit des Versicherungsnehmers resultieren* ». Pour un commentaire de ce texte, voy. W. LÜCKE, in E. PRÖLSS, J. PRÖLSS et A. MARTIN (dir.), *Versicherungsvertragsgesetz VVG*, 31<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, sous AHB Abs. 7 Ziff. 7, nos 149 et s. Voy. égal. déjà W. VOIT, « Zum Ausschluß der Haftpflichtdeckung bei Krankheitsübertragung und Tierkrankheiten », *VersR*, 1989, pp. 8-13.

34 La formulation doublement négative de ce texte a pour objet d'imposer à l'assuré la preuve de l'absence de faute intentionnelle et de négligence grave, conditionnant la couverture du sinistre.

35 Certains auteurs attestent même à cette clause d'exclusion une importance considérable (« *erhebliche Bedeutung* ») dans le contexte de la pandémie (W. LÜCKE, in E. PRÖLSS, J. PRÖLSS et A. MARTIN (dir.), *Versicherungsvertragsgesetz VVG*, 31<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n° 151).

36 F. GANZ, « Haftung, Regress und Versicherungsschutz bei Virusübertragungen? – Eine Übersicht zum Fall Covid-19 », *VersR*, 2020, pp. 1481-1499, spéc. p. 1494.

37 Sur cet obstacle, voy. C. WOITKEWITSCH, « Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf zivilrechtliche Rechtsverhältnisse », *NJW*, 2022, pp. 1134-1139, spéc. p. 1139. Voy. égal. F. GANZ, « Haftung, Regress und Versicherungsschutz bei Virusübertragungen? – Eine Übersicht zum Fall Covid-19 », *op. cit.*, pp. 1481-1499, spéc. pp. 1481-1493.

38 Pour l'un des rares exemples, voy. Trib. cant. Braunschweig, 29 octobre 2020, réf. 112 C 1262/20 (condamnation au paiement d'une indemnité pour préjudice moral d'une personne qui a toussé intentionnellement sur une autre en pleine période de Covid). Pour une présentation de cette

## B) Les ristournes « Covid-19 » dans l'assurance automobile

Dans le domaine de l'assurance automobile, l'on peut encore signaler les ristournes qui ont été accordées aux assurés dans le contexte de la crise sanitaire. Souvent présentés dans les médias comme des gestes commerciaux, ces remboursements résultent en réalité de la déclaration par l'assuré d'un changement de circonstances en cours de contrat.

Ici encore, le fondement juridique n'est pas une disposition de la loi sur les contrats d'assurance, mais un texte issu des conditions générales pour l'assurance automobile (*Allgemeine Bedingungen für die Kfz-Versicherung [AKB]*)<sup>39</sup>. En vertu de l'article K.4.1 de ces conditions générales, l'assuré est tenu de déclarer « immédiatement » un changement des circonstances qui déterminent le risque garanti, dont fait partie la distance parcourue déclarée lors de la souscription du contrat. Dès lors qu'il existe un écart entre le kilométrage prévisionnel et la distance réellement parcourue sur l'année, comme cela a régulièrement été le cas pendant la période de crise sanitaire, et que cet écart a été porté à la connaissance de l'assureur, celui-ci sera alors tenu de procéder à un remboursement partiel de la prime au *pro rata* de la réduction du risque garanti, en application de l'article K2.1 AKB<sup>40</sup>.

Alors que la loi sur les contrats d'assurance ne prévoit pas de texte général sur l'adaptation proportionnelle de la prime en cas de changement de circonstances en cours de contrat<sup>41</sup>, les conditions générales permettent ici à l'assuré de bénéficier d'une baisse de prime qui a pu atteindre 20 % selon les cas<sup>42</sup>. Dans un contexte de compétition accrue entre les compagnies d'assurance, il n'était pas rare d'ailleurs que l'assureur prenne l'initiative de demander à ses assurés le kilométrage réel afin de procéder d'office à une réduction de prime<sup>43</sup>.

affaire en langue anglaise, voy. W. WURMNEST, J. KLEINSCHMIDT et S. GASCHE, « Germany », in E. KARNER et B. STEININGER (dir.), *European Yearbook of Tort Law 2021*, Berlin, de Gruyter, 2022, pp. 194-233, spéc. n<sup>os</sup> 78-79.

<sup>39</sup> Pour consulter la dernière version de ces conditions générales, datant de 2015, voy. le site internet de la Fédération des sociétés d'assurance, disponible à l'adresse : <https://www.gdv.de/resource/blob/6178/f9007a429b57b1ca33dae1c8d84ca9f9/01-allgemeine-bedingungen-fuer-die-kfz-versicherung-akb-2015--data.pdf>. Pour un commentaire approfondi de ce texte, voy. par exemple E. STIEFEL et K. MAIER (dir.), *Kraftfahrtversicherung: AKB*, 19<sup>e</sup> éd., Munich, C. H. Beck, 2017, pp. 15-862.

<sup>40</sup> Pour plus de détails, voy. M. STADLER, in E. STIEFEL et K. MAIER (dir.), *Kraftfahrtversicherung: AKB*, 19<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 846.

<sup>41</sup> En vertu du paragraphe 41 de la loi sur les contrats d'assurance, une réduction de prime n'est envisageable qu'en cas de disparition d'un élément spécifique ayant aggravé le risque au moment de la souscription du contrat. Pour une analyse comparative des conséquences de la réduction du risque en cours de contrat, voy. J. BASEDOW *et al.* (dir.), *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, 2<sup>e</sup> éd., Cologne, Otto Schmidt Verlag, 2016, pp. 204 et s. (avec d'autres références).

<sup>42</sup> Voy. par exemple <https://www.stern.de/auto/kfz-versicherungen-zahlen-kunden-kunden-beitrag-e-als-corona-bonus-zurueck-30483970.html>.

<sup>43</sup> Sur cet aspect, voy. U. SCHMIDT-KASPREK, « Das Ende der Flaute », *Versicherungsmagazin*, 2020, n<sup>o</sup> 10, pp. 14-20.



# Chapitre 3. Assurance et pandémie Rapport belge<sup>1</sup>

---

**Marine BOREQUE**

*Assistante et doctorante au Centre de droit privé de l'UCLouvain*

---

<sup>1</sup> Nous remercions Bruno Didier, Directeur Assurances Non-vie et Réassurance chez Assuralia, pour les renseignements transmis sur la gestion de la crise de la Covid-19.

## Introduction

Ces quatre dernières années ont indubitablement été marquées par la pandémie de coronavirus, les confinements et la crise économique et sociale qui l'ont suivie. Si l'on imagine aisément que cette situation sanitaire a eu des conséquences sur la vie privée et professionnelle des citoyens, on ne songe peut-être pas aux impacts de celle-ci sur le monde des assurances. Or, à en croire Assuralia, « tout au long de cette crise sanitaire, le secteur des assurances n'a cessé de prendre des engagements forts et a endossé son rôle sociétal de soutien à l'économie »<sup>2</sup>.

Le 17 décembre 2020, l'association professionnelle des assureurs publiait un communiqué de presse affirmant la solidarité dont le secteur faisait preuve à l'égard de l'ensemble du pays. Pas moins de sept mesures y furent annoncées en vue de « soutenir les personnes et les entreprises fragilisées », voire même de « soutenir [...] de manière proactive le redressement de l'économie belge dans les années à venir »<sup>3</sup>. L'ampleur de cette réaction s'explique en réalité par la diversité des répercussions de la crise sur le secteur : presque toutes les catégories d'assurance ont, d'une manière ou d'une autre, été affectées par la pandémie.

Néanmoins, elles n'ont pas toutes été touchées de la même façon : ainsi, si le risque a augmenté en matière d'assurance contre les pertes d'exploitation (II), il a en revanche diminué en assurances R.C. automobile ou accident du travail (III), en raison des confinements successifs<sup>4</sup>.

Par ailleurs, si les assurances ont pu jouer un rôle important lors de cette crise, il convient de s'interroger sur la possibilité de mettre sur pied ou d'exploiter d'autres mécanismes d'indemnisation aptes à prendre en charge un tel risque à l'avenir (IV). Ce questionnement se justifie d'autant plus que les conséquences de la pandémie se révèlent dans certains cas peu assurables, ce qui explique les difficultés auxquelles ont été confrontés les assureurs lors de la crise (I).

2 M. DE BEER DE LAER, « L'assurabilité du risque d'interruption d'activité dans le cadre des pandémies : quelles mesures prendre ? », in *Covid-19 et assurances : résilience et développements*, coll. Dossier du bulletin des assurances, Liège, Wolters Kluwer, 2022, p. 133.

3 Communiqué de presse d'Assuralia du 17 décembre 2020 : « Le secteur de l'assurance solidaire avec tout le pays », disponible à l'adresse : <https://allianz.be/content/dam/onemarketing/benelu/allianz-be/fr/documents/autre/assuralia-communique-de-presse.pdf>.

4 J. VAN DYCK, « Covid-19 en het prudentieel toezicht – Bedrijfszonderbrekingen », in *Covid-19 et assurances : résilience et développements*, *op. cit.*, pp. 70-71.

## I. Assurabilité du risque de pandémie et de ses conséquences

La pandémie en tant que telle n'est pas nécessairement un risque inassurable<sup>5</sup>, mais n'est en tout état de cause pas un risque assuré : personne ne souscrit en effet un contrat d'assurance contre le risque de pandémie en lui-même.

Tel n'est en revanche pas nécessairement le cas des mesures prises par les gouvernements du pays pour endiguer celle-ci, et qui ont, quant à elles, des répercussions plus directes sur le secteur, et différentes selon les contrats concernés.

En réalité, « lorsqu'on parle des conséquences de la pandémie de la Covid-19, il est important de faire une distinction entre les conséquences de la pandémie en elle-même (décès, maladies, etc.) et les conséquences des mesures prises par les différents gouvernements en réponse à cette pandémie (interruptions temporaires de travail, fermeture de certains établissements, blocage des chaînes de production etc.) ». Comprendre cette différence permet d'appréhender « les difficultés rencontrées par le secteur des assurances dans la conception de solutions assurantielles pour couvrir ce genre d'événements »<sup>6</sup>.

S'il est peu probable de voir dans un contrat d'assurance maladie une exclusion spécifique de la contamination à la Covid-19, ou dans un contrat d'assurance vie une exclusion du décès survenu en raison d'une telle contamination, on envisage bien plus facilement des refus de couverture opposés à des entreprises pour les pertes subies en raison des mesures prises pour endiguer la crise sanitaire.

En plus du caractère aléatoire<sup>7</sup>, le secteur de l'assurance repose en effet sur le principe de mutualisation des risques. L'idée est que « tous les sinistres ne se produisent pas en même temps, ni dans une même région géographique »<sup>8</sup>.

5 C. VERDURE, « La pandémie de Covid-19 et le secteur des assurances : premières réflexions », *For. ass.*, 2020, p. 2. L'auteur souligne ainsi, quoique cela ne soit pas contesté, que la pandémie demeure un événement incertain dont ni l'assuré, ni le bénéficiaire du contrat n'a intérêt à le voir se réaliser (art. 5, 14°, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014, p. 35487). Partant, le contrat d'assurance demeure aléatoire et la pandémie répond à la définition de risque pouvant être couvert dans un contrat d'assurance.

6 M. DE BEER DE LAER, « L'assurabilité du risque d'interruption d'activité dans le cadre des pandémies : quelles mesures prendre ? », *op. cit.*, p. 133.

7 Cela signifie qu'« à la conclusion du contrat, l'une et l'autre partie sont disposées à courir une chance d'y gagner ou un risque d'y perdre, eu égard à leurs engagements contractuels respectifs (paiement de la prime – versement de la prestation assurée), en fonction de la survenance ou de la non-survenance de l'événement assuré, ou encore de la date exacte de cette survenance ». Voy. J.-M. BRINON et B. DUBUISSON, « L'aléa dans les produits d'assurance vie. Le point de vue belge », in Ch. JAUMAIN et B. DUBUISSON (dir.), *Les nouveaux produits d'assurance vie – Droit civil et droit fiscal*, Louvain-la-Neuve/Bruxelles, Academia/Bruylant, 2000, p. 39.

8 M. DE BEER DE LAER, « L'assurabilité du risque d'interruption d'activité dans le cadre des pandémies : quelles mesures prendre ? », *op. cit.*, p. 134.

Les primes récoltées par les assureurs dans le cadre de certains contrats leur permettent donc d'intervenir pour les sinistres survenant dans d'autres. Or, la difficulté, en période de pandémie, réside précisément dans le fait que, pour certaines catégories d'assurances, tous les risques se réalisent en même temps et dans la même zone géographique, provoquant un ensemble conséquent de sinistres et impliquant une importante intervention de l'assureur<sup>9</sup>.

À titre d'exemple, la particularité des interruptions d'activité est qu'elles ne furent pas provoquées par la crise sanitaire en tant que telle, mais par les mesures de confinement prises par les autorités pour lutter contre cette dernière. Or, de telles mesures présentent un caractère sériel, c'est-à-dire qu'elles « affectent tous les agents économiques simultanément »<sup>10</sup>. En conséquence, cela entraîne une difficulté d'assurabilité, car la compensation des risques ne peut trouver à s'appliquer.

En outre, si des moyens sont évidemment pris pour l'éviter, il n'en demeure pas moins que de pareilles dépenses pourraient mettre en péril la solvabilité des compagnies d'assurance, lesquelles n'ont probablement pas pu les anticiper et pourraient être amenées à puiser dans leurs fonds propres pour indemniser les assurés<sup>11</sup>.

## II. L'assurance « pertes d'exploitation »

L'assurance « pertes d'exploitation » est certainement parmi les assurances les plus affectées par la crise sanitaire. Compte tenu des confinements successifs et des chômages temporaires imposés à certains secteurs, les entreprises, quelle que soit leur taille, ont en effet été confrontées à la situation délicate dans laquelle elles ne percevaient plus aucune rentrée d'argent, mais restaient soumises à des frais fixes ou semi-variables tels que les salaires, primes d'assurance, factures d'électricité, impôts, etc.<sup>12</sup>. Elles ont ainsi été soumises à des « pertes d'exploitation », qui ne sont pas des conséquences de la Covid-19 en tant que telle, mais des mesures prises par les autorités pour lutter contre la pandémie.

Le contrat d'assurance perte d'exploitation est « celui par lequel l'assureur s'engage à payer à l'assuré une indemnité destinée à maintenir le résultat d'exploitation de l'entreprise pendant la période d'indemnisation convenue,

9 G. HULLEBROECK et J. FERNANDEZ, « L'«assurabilité» des effets du «Covid-19» et l'assurance-Loi ? », *Assur. présent*, 2021, liv. 1, p. 2.

10 M. DE BEER DE LAER, « L'assurabilité du risque d'interruption d'activité dans le cadre des pandémies : quelles mesures prendre ? », *op. cit.*, p. 134.

11 G. VAN DAELE, « Comment assurer les conséquences du coronavirus ? », *Assur. présent*, 2020, liv. 4, p. 4. Nous tenons à remercier l'auteur pour l'aide qu'il nous a apportée dans la rédaction de ce rapport.

12 G. VAN DAELE, « L'assurance pertes d'exploitation comme solution financière à une pandémie ? », *Assur. présent*, 2021, liv. 8, p. 2.

lorsque les activités concourant à la réalisation de son chiffre d'affaires ont été totalement ou partiellement interrompues ou réduites par suite d'un sinistre "dégâts matériels" survenu pendant la durée du contrat et affectant les biens assurés par le contrat "dégâts matériels" ». En d'autres termes, l'assurance des pertes d'exploitation interviendra pour couvrir les dommages immatériels subis à la suite d'un péril assuré ayant, le cas échéant, entraîné un dommage matériel<sup>13</sup> et qui doit nécessairement être prévu au contrat<sup>14</sup>.

Ces périls assurés regroupent en général l'incendie et les périls connexes à celui-ci, à savoir la foudre, l'explosion, l'implosion, la chute ou le heurt d'appareils de navigation aérienne et les heurts de tout autre véhicule ou d'animaux<sup>15</sup> ainsi que les extensions de garantie que l'on retrouve aux articles 116 et 123 à 132 de la loi du 4 avril 2014 et, pour les risques simples, aux articles 3, paragraphes 1<sup>er</sup> et 4, de l'arrêté royal dit « incendie risques simples »<sup>16</sup>. Certains contrats contiennent par ailleurs une garantie des pertes d'exploitation à la suite d'un vol, d'un « détournement de fichiers, programmes ou autre documentation informatique » ou d'un « acte de malveillance ayant ceux-ci pour cible »<sup>17</sup>.

Là réside une grande difficulté pour la couverture des pertes d'exploitation subies par les entreprises durant la crise sanitaire : la pandémie et la fermeture administrative de certains établissements qui en a résulté<sup>18</sup> ne sont pas des périls assurés, en manière telle que leur survenance ne constitue pas un dommage, *a fortiori* pas un dommage matériel<sup>19</sup>, prévu au contrat. Partant, les dommages immatériels qui en résultent ne sont pas couverts par l'éventuel contrat d'assurance souscrit par l'entreprise concernée<sup>20</sup>.

Ceci rappelle qu'il convient d'attirer l'attention des assurés sur un autre problème relatif à la formulation des contrats d'assurance : la différence entre les polices « tous risques » et les polices « multi-risques ». Si les premières couvrent, comme leur nom l'indique, tous les risques, à l'exception de ceux qui sont expressément exclus dans le contrat, la logique inverse s'applique pour les secondes : ne sont donc couverts que les risques qui sont expressément

13 D. DE MAESENEIRE, « Les assurances du patrimoine et l'entreprise », in M. COIPEL et P. WÉRY (dir.), *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, t. XIII, liv. 125.1, 2<sup>e</sup> éd., Liège, Wolters Kluwer, 2011, p. 66.

14 S. LODEWIJCKX, « De nasleep van de uitbraak van Covid-19 – Lessen die moeten worden getrokken uit de gevolgen voor het verzekeringwezen », in *Covid-19 et assurances : résilience et développements*, *op. cit.*, p. 147.

15 Art. 115 de la loi du 4 avril 2014, préc.

16 Arrêté royal du 24 juin 1992 réglementant l'assurance contre l'incendie et d'autres périls, en ce qui concerne les risques simples, *M.B.*, 31 décembre 1992, p. 27650.

17 D. DE MAESENEIRE, « Les assurances du patrimoine et l'entreprise », *op. cit.*, p. 66.

18 L'on pense ici notamment au secteur de l'HORECA.

19 S. LODEWIJCKX, « De nasleep van de uitbraak van Covid-19 – Lessen die moeten worden getrokken uit de gevolgen voor het verzekeringwezen », *op. cit.*, p. 147.

20 G. VAN DAELE, « L'assurance pertes d'exploitation comme solution financière à une pandémie ? », *op. cit.*, pp. 4-5.

mentionnés au contrat. L'assurance des pertes d'exploitation répond à la qualification de police « multi-risques » : c'est pour cette raison que, la pandémie ne figurant pas au rang des périls couverts, elle n'a pas donné lieu à intervention des assureurs<sup>21</sup>.

Cette subtilité conditionnant l'intervention de l'assureur ne semble pas avoir posé d'importants problèmes juridiques en Belgique : si l'on imagine que bon nombre d'assurés ont dû apprendre à cette occasion qu'ils n'étaient pas couverts ou qu'ils étaient mal couverts contre les pertes d'exploitation, nous n'avons pas connaissance de décision de jurisprudence du fond ou de cassation indiquant que de tels constats ont donné lieu à des procédures judiciaires. Il en fut tout autrement en France, où les conditions contractuelles ne sont pas nécessairement rédigées avec la même clarté qu'en Belgique. L'on peut ainsi épinglez divers arrêts de la Cour de cassation française par lesquels celle-ci clarifie les hypothèses d'intervention de l'assureur : en l'occurrence, elle conclut que, compte tenu de la manière dont sont libellés les contrats, l'assureur n'est pas tenu d'indemniser les pertes d'exploitation résultant de la fermeture des commerces pendant la crise sanitaire de la Covid-19<sup>22</sup>.

### III. Autres contrats d'assurances affectés par la crise de la Covid-19

En plus des conséquences en matière d'assurance contre les pertes d'exploitation, la pandémie de la Covid-19 a également entraîné des répercussions sur d'autres contrats d'assurance.

En premier lieu, l'on peut mentionner les assurances soins de santé. Ainsi, l'INAMI<sup>23</sup> relève pour l'année 2020 qu'en dépit d'une diminution importante des dépenses par les compagnies en raison du report des soins, il a fallu procéder à l'affectation de certains moyens prévus au budget des soins de santé pour 2020 afin de créer la possibilité de consultations à distance, d'augmenter l'honoraire des médecins généralistes et d'allouer une aide aux hôpitaux généraux et psychiatrique. En outre, un montant supplémentaire a été approuvé afin de soutenir d'autres mesures de lutte contre la pandémie,

21 G. VAN DAELE, « Comment assurer les conséquences du coronavirus ? », *op. cit.*, pp. 2-3.

22 Voy. Cass. fr. (2<sup>e</sup> civ.), 1<sup>er</sup> décembre 2022, pourvois n<sup>os</sup> 21-15.392, 21-19.341, 21-19.342 et 21-19.343 et Cass. fr. (2<sup>e</sup> civ.), 19 janvier 2023, pourvoi n<sup>o</sup> 21-21.516, publiés au *Bulletin*, ainsi que la Lettre de la Direction des affaires juridiques du ministère français de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique du 22 décembre 2022, « Assurance de pertes d'exploitation et Covid-19 : la Cour de cassation tranche en faveur des assureurs », disponible à l'adresse : <https://www.economie.gouv.fr/daj/lettre-de-la-daj-assurance-de-pertes-dexploitation-et-covid-19-la-cour-de-cassation-tranche-en-faveur-des-assureurs> ; `text=La%20Cour%20de%20cassation%20a,sanitaire%20de%20la%20Covid%2D19`.

23 L'Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI) est une institution publique fédérale de sécurité sociale ayant pour rôle de contrôler le secteur des assurances soins de santé et des indemnités qui sont dues.

comme des centres de triage ou des mesures de protection<sup>24</sup>. En 2021 également, l'INAMI note des mesures financières prises afin de permettre la continuité des soins, les prestations à distance et les autres mesures destinées à lutter contre la Covid-19 (à nouveau, les centres de triage, les mesures de protection ou encore le remboursement des tests)<sup>25</sup>.

En cette matière toujours, l'Ombudsman des assurances souligne la flexibilité dont ont fait preuve la plupart des assureurs dans la prise en charge des soins pré- et post-opératoires – qui ne sont normalement couverts que durant des périodes limitées – compte tenu des perturbations des délais habituels dues aux confinements successifs : des dérogations aux clauses contractuelles ont ainsi permis la couverture de soins exposés en dehors desdites périodes<sup>26</sup>. Dans son rapport de 2021, l'Ombudsman note que la majorité des demandes portées devant lui en matière d'assurance maladie ont trouvé une solution amiable<sup>27</sup>.

Par ailleurs, s'agissant des assurances de responsabilité civile professionnelle, les compagnies ont notamment proposé deux types d'extensions de couverture gratuites. Ainsi, les compagnies acceptaient tout d'abord de couvrir les actes posés « en-dehors de la compétence normale, en-dehors de la spécialisation, [et] dans le cadre de téléconsultations » dans les contrats souscrits par les personnes exerçant des professions médicales ou paramédicales. En outre, elles ont consenti à la prise en charge des « accidents survenus lors du télétravail ou lors d'une livraison » en matière d'accident du travail<sup>28</sup>.

La crise sanitaire a également eu d'importantes conséquences en matière d'assurance annulation, les compagnies refusant le plus souvent leur intervention au motif que le contrat ne prévoyait pas l'hypothèse d'une pandémie, motif difficilement accepté par les assurés qui ne pouvaient voyager dès lors que le gouvernement interdisait tout déplacement non-essentiel<sup>29</sup>. Néanmoins, toute intervention de l'assureur n'était pas nécessairement exclue, pour autant que le motif d'annulation n'était pas lié à la décision des autorités, laquelle n'était pas couverte. Ainsi, « l'Ombudsman souligne qu'il faut se placer au moment

24 Rapport « Impact de la Covid-19 sur le remboursement des soins de santé en 2020 », disponible à l'adresse : [https://www.inami.fgov.be/SiteCollectionDocuments/monitoring\\_COVID19\\_update\\_juin\\_2021.pdf](https://www.inami.fgov.be/SiteCollectionDocuments/monitoring_COVID19_update_juin_2021.pdf).

25 Rapport « Impact de la Covid-19 sur le remboursement des soins de santé en 2021 », disponible à l'adresse : [https://www.inami.fgov.be/SiteCollectionDocuments/monitoring\\_COVID19\\_update\\_fevrier\\_2022.pdf](https://www.inami.fgov.be/SiteCollectionDocuments/monitoring_COVID19_update_fevrier_2022.pdf).

26 Rapport annuel 2020 de l'Ombudsman des assurances, disponible à l'adresse : <http://www.ombudsman-insurance-annualreport.be/2020-ombudsman-assurances-rapportannuel/>.

27 Rapport annuel 2021 de l'Ombudsman des assurances, disponible à l'adresse : <https://www.ombudsman-insurance-annualreport.be/2021-ombudsman-assurances-rapportannuel/>.

28 J. DANDOY, « Fiche pratique. Résumé des mesures prises par le secteur assurances dans le cadre de la crise covid-19 », *For. ass.*, 2020, p. 10.

29 Voy. les rapports annuels de 2020 et 2021 de l'Ombudsman des assurances ainsi que l'article du *Soir*, « Le coronavirus a fait exploser les demandes d'intervention des assureurs en annulation », disponible à l'adresse : <https://www.lesoir.be/379751/article/2021-06-22/le-coronavirus-fait-exploser-les-demandes-dintervention-des-assurances-en>.

où le premier motif d'annulation survient afin d'examiner s'il y a couverture ou non. Une annulation pour cause de maladie peut être couverte si elle est antérieure à la décision d'interdiction de voyager visant la période concernée par le voyage assuré. Un motif d'annulation invoqué après l'interdiction de voyager ne sera en revanche pas pris en compte, l'objet de l'assurance, c'est-à-dire le voyage, ayant disparu à ce moment-là »<sup>30</sup> : ce raisonnement a en réalité permis de trouver une solution dans la moitié des dossiers<sup>31</sup>.

Dans son communiqué de presse du 17 décembre 2020, Assuralia indiquait la volonté du secteur de l'assurance de soutenir les « clients en détresse ». Dans cette logique, les assureurs ont tout d'abord accepté de maintenir les garanties en matière de pension, de prestation en cas de décès, d'invalidité et d'hospitalisation dont les travailleurs bénéficiaient en vertu d'un contrat d'assurance groupe souscrit par leur employeur<sup>32</sup>, et ce, même lorsqu'ils étaient placés au chômage temporaire (ce qui aurait normalement pour effet de suspendre ces garanties<sup>33</sup>). Cette extension de garantie était accordée jusqu'au 30 juin 2021, sauf si l'employeur s'y opposait explicitement (auquel cas la couverture décès restait néanmoins maintenue)<sup>34</sup>.

Par ailleurs, un protocole fut pris le 16 décembre 2020 afin de permettre des facilités de paiement au bénéfice des entreprises et indépendants souffrant de pertes financières importantes en raison des mesures adoptées par le gouvernement pour endiguer la pandémie<sup>35</sup>. Le report des primes d'assurance pouvait être demandé<sup>36</sup> pour toutes les assurances non-vie souscrites par une entreprise, un indépendant ou une organisation sans but lucratif dans le cadre de ses activités et pouvait porter sur les primes dues jusqu'au 30 juin 2021. Cette faculté était particulièrement utile pour les assurés lorsqu'il était question d'une assurance dans laquelle les primes sont calculées anticipativement et sur la base de la masse salariale ou du chiffre d'affaire<sup>37</sup> (comme tel est bien souvent le cas de l'assurance R.C. exploitation) : sans cette mesure, les

30 Rapport annuel 2020 de l'Ombudsman des assurances.

31 Rapport annuel 2021 de l'Ombudsman des assurances.

32 S. ЛОДЕВИЦКХ, « De nasleep van de uitbraak van Covid-19 – Lessen die moeten worden getrokken uit de gevolgen voor het verzekeringwezen », *op. cit.*, p. 143.

33 J. DANDOY, « Fiche pratique. Résumé des mesures prises par le secteur assurances dans le cadre de la crise covid-19 », *op. cit.*, p. 10.

34 Voy. le communiqué de presse d'Assuralia du 17 décembre 2020, « Le secteur de l'assurance solidaire avec tout le pays », ainsi que le rapport annuel 2020 d'Assuralia, « Constat et Perspectives 2020 – 2021 », p. 14, disponible à l'adresse : <https://www.assuralia.be/fr/a-propos-d-assuralia/administration/administration/1011-constat-et-perspectives-2020-2021>.

35 Protocole d'Assuralia du 16 décembre 2020 pour le report de paiement de prime d'assurances pour les entreprises et les indépendants, disponible à l'adresse : <https://allianz.be/content/dam/one-marketing/benelu/allianz-be/fr/documents/autre/protocole.pdf>.

36 Il n'était en effet pas automatique et devait faire l'objet d'une demande expresse. Voy. le protocole d'Assuralia du 16 décembre 2020 pour le report de paiement de prime d'assurances pour les entreprises et les indépendants ainsi que S. ЛОДЕВИЦКХ, « De nasleep van de uitbraak van Covid-19 – Lessen die moeten worden getrokken uit de gevolgen voor het verzekeringwezen », *op. cit.*, p. 144.

37 J. DANDOY, « Fiche pratique. Résumé des mesures prises par le secteur assurances dans le cadre de la crise covid-19 », *op. cit.*, p. 10.

entreprises auraient en effet été dans la situation délicate où leur personnel était placé au chômage technique et leur chiffre d'affaire était nul, mais où elles devaient payer des primes comme si l'économie tournait à plein régime<sup>38</sup>.

Ce report de prime ne valait toutefois pas pour l'assurance-crédit, qui, sans être expressément exclue du communiqué de presse d'Assuralia, faisait en réalité l'objet d'un mécanisme spécifique élaboré en collaboration avec le gouvernement. Le 21 avril 2020, un protocole d'accord a en effet été signé, notamment par l'État belge et Assuralia, prévoyant un programme de réassurance des crédits commerciaux à court terme par l'État lui-même, en échange de quoi les assureurs se sont engagés à maintenir autant que faire se peut les limites de crédit en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2020<sup>39</sup>.

Le communiqué de presse étend en revanche cette possibilité de report aux particuliers, ménages et entreprises pour le paiement des crédits hypothécaires, ainsi que des primes d'assurances solde restant dû et incendie qui y sont liées, pour les montants dus jusqu'au 31 mars 2021<sup>40</sup>.

Toutefois, d'après les informations provenant du secteur, cette demande a ensuite été élargie par les assurés à des assurances qui le justifiaient moins, comme l'assurance R.C. automobile, en se fondant sur l'argument des prétendues économies réalisées par les compagnies d'assurance durant les confinements, en raison de la diminution du nombre de sinistres<sup>41</sup> : un certain nombre de réclamations ont dès lors été faites à l'Ombudsman des assurances, visant à obtenir remboursement de la prime payée en raison de l'absence d'utilisation des véhicules pendant plusieurs mois.

L'organisme de médiation relève néanmoins à ce sujet qu'une telle suspension du contrat n'est, même en période de pandémie, pas nécessairement conseillée, car « un véhicule même à l'arrêt constitue un risque, sans parler de la tentation de l'utiliser en cas d'urgence »<sup>42</sup>. Il semblerait en outre que si le nombre de sinistres a diminué, la gravité des accidents a, quant à elle, augmenté en raison de la vitesse excessive à laquelle roulaient certains

38 Voy. le communiqué de presse d'Assuralia, « Le secteur belge de l'assurance fait preuve de résilience », disponible à l'adresse : <https://press.assuralia.be/le-secteur-belge-de-l-assurance-fait-preuve-de-resilience-kgc356>.

39 Voy. le communiqué de presse de la Banque Nationale de Belgique du 22 avril 2020, « Mesure de soutien dans le cadre du Covid-19 : l'État réassure temporairement les crédits commerciaux à court terme », disponible à l'adresse : <https://www.nbb.be/fr/articles/mesure-de-soutien-dans-le-cadre-du-covid-19-letat-reassure-temporairement-les-credits>.

40 Communiqué de presse d'Assuralia du 17 décembre 2020, « Le secteur de l'assurance solidaire avec tout le pays ».

41 Ceci s'expliquant par les confinements et le télétravail, et est confirmé par Assuralia, sans encore disposer des chiffres, dans son Rapport annuel 2020, « Constat et Perspectives 2020 – 2021 », p. 15. Voy. égal. le communiqué de presse d'Assuralia, « L'évolution de la prime d'assurance auto demande un certain recul », disponible à l'adresse : <https://press.assuralia.be/levolution-de-la-prime-d-assurance-auto-demande-un-certain-recul>.

42 Rapport annuel 2020 de l'Ombudsman des assurances.

automobilistes : or, plus un accident est grave, plus le dommage de la victime sera important et plus les assureurs seront appelés à intervenir<sup>43</sup>.

De telles demandes ont également été faites en assurance incendie<sup>44</sup>. Si l'on comprend que les entreprises et indépendants ayant souscrit une assurance incendie pour un bâtiment professionnel estiment qu'il y a une considérable diminution du risque suite au confinement les empêchant d'exploiter le bâtiment – l'on pense notamment à l'Horeca, secteur qui a fait l'objet de nombreuses fermetures administratives afin de lutter contre la Covid-19 –, il reste que l'absence d'individus dans les lieux induisait également une absence de contrôle de ce qu'il se passait dans lesdits bâtiments : le risque n'en était dès lors pas nécessairement amoindri.

L'hypothèse de la diminution du risque est, en réalité, régie par l'article 80 de la loi du 4 avril 2014, lequel y attache comme conséquence une adaptation du montant de la prime. Aux termes de cet article, en cas de diminution sensible et durable du risque de survenance de l'événement assuré<sup>45</sup>, « l'assureur est tenu d'accorder une diminution de la prime à due concurrence à partir du jour où il a eu connaissance de la diminution du risque ». L'exemple le plus fréquemment donné en doctrine est celui d'une personne changeant de profession<sup>46</sup>.

Le caractère sensible de la diminution s'apprécie sur la base du texte de l'article 80 lui-même. Ainsi, l'obligation pour l'assureur de proposer une diminution de prime existe dès lors qu'il est démontré que « si la diminution avait existé au moment de la souscription, l'assureur aurait consenti l'assurance à d'autres conditions ». Un assureur R.C. auto ne réclame, par exemple, évidemment pas le même montant de prime à une personne qui se sert très peu de sa voiture et à une personne qui l'utilise tous les jours pour de longs trajets. Selon cette logique, la réduction du risque était dès lors sensible dans le contexte de la crise sanitaire.

Par ailleurs, la diminution doit également être durable. Faute de précisions dans l'article 80, cette exigence s'apprécie de la même façon qu'en matière d'aggravation du risque (art. 81) : l'on exclut dès lors les réductions seulement ponctuelles du risque. Si cette question semble simple, la doctrine a relevé qu'elle ne l'était pas toujours, notamment en raison d'une discordance entre les textes français et néerlandais (qui emploie le terme « *blijvend* » se traduisant davantage par « permanent ») de l'article 80 de la loi du 4 avril 2014. Or, durabilité et permanence ne recouvrent pas la même signification : contrairement

43 Rapport annuel 2020 d'Assuralia, « Constat et Perspectives 2020 – 2021 », p. 15.

44 Rapport annuel 2020 de l'Ombudsman des assurances.

45 Exception faite des contrats d'assurance sur la vie ou d'assurance maladie, qui sont expressément exclus de ce régime par l'article 80, alinéa 1<sup>er</sup>, lui-même.

46 C. PARIS, *Manuel de droit des assurances*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 211 ; M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5<sup>e</sup> éd., coll. Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 231.

à la seconde, la première n'exclut pas que le risque revienne à son intensité initiale dans le futur<sup>47</sup>.

En tout état de cause, à supposer que l'on retienne le terme « durable » et qu'un retour en arrière soit dès lors admis, quelle est la durée requise pour que l'on estime qu'il y a bien réduction du risque justifiant que l'assureur propose une diminution de prime ? Sur cette question, et sur son application à la crise sanitaire, Catherine Paris soulève que « cette situation n'a pas acquis le degré de permanence exigé par la loi », mais que les actions proposées par les assureurs et évoquées ci-avant « se sont néanmoins inspirées de l'idée qui sous-tend ce texte [l'article 80] (rétablir un certain équilibre contractuel dès lors que l'assuré a eu, par la force des choses, moins besoin de certaines couvertures d'assurance pendant une période donnée) »<sup>48</sup>.

Cette position s'explique probablement par l'alternance continue de confinements et déconfinements, dans des proportions variables, durant deux ans. Toutefois, en gardant à l'esprit que les contrats d'assurance sont en principe conclus pour une période d'un an<sup>49</sup>, et en considérant que c'est cette annalité qui doit servir de référentiel, une interruption d'activités pendant une période de trois ou quatre mois peut, à notre sens, être comprise comme proportionnellement « durable ». Au fond, si on n'accorde pas la réduction du risque dans un contexte comme celui-ci, quand le fait-on ?

Certains auteurs considéraient néanmoins que l'article 80 n'offrait en réalité pas une solution idéale au problème rencontré par les assurés. Loin de créer une obligation dans le chef de l'assureur de diminuer la prime réclamée, il ne fait que lui imposer de *proposer une nouvelle prime*<sup>50</sup>. À défaut pour les parties de s'accorder alors sur la prime dans un délai d'un mois à compter de la demande de diminution du preneur, une faculté de résiliation du contrat est offerte à ce dernier<sup>51</sup>. Une telle résiliation entraînera certes un remboursement du *pro rata* de la prime qui a déjà été payée par le preneur pour l'année en cours, mais certainement pas une diminution des primes futures, le contrat ayant pris fin. Or, si le preneur souhaite une diminution de sa prime compte tenu de la réduction du risque, il ne souhaite pas nécessairement mettre un terme à son contrat – et dans certains cas, il a même l'obligation d'en souscrire un, l'assurance en question étant obligatoire<sup>52</sup>.

47 M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 232 et 227-228, note de bas de page n° 718.

48 C. PARIS, *Manuel de droit des assurances*, *op. cit.*, p. 211.

49 Voy. art. 85 de la loi du 4 avril 2014, préc.

50 D. GOUZÉE, « Pandémie et diminution du risque », *Assur. présent*, 2021, liv. 5, p. 2.

51 Voy. art. 80, al. 2, de la loi du 4 avril 2014, préc. Voy. égal. B. TOUSSAINT, « Les dispositions de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances portant sur l'interprétation du contrat d'assurance, la publicité, la tarification et la segmentation », *R.D.C.*, 2015, p. 954.

52 Comme c'est le cas, notamment, de l'assurance R.C. automobile, ou de l'assurance contre les accidents du travail.

#### IV. Mécanismes d'indemnisation alternatifs

Compte tenu du caractère inassurable des conséquences de la pandémie et des difficultés soulevées ci-avant pour certaines catégories d'assurance, ne serait-il, en réalité, pas plus opportun de songer à d'autres mécanismes de prise en charge d'une future crise sanitaire comme celle que nous avons connue avec la Covid-19 ? Différentes solutions se présentent ici.

Il convient de rappeler que l'on est ici en présence de ce que l'on pourrait qualifier de « risque collectif », par opposition aux « risques individuels » que sont la plupart de ceux couverts par les contrats d'assurance classiques. Ces derniers sont qualifiés comme tels parce qu'ils touchent un assuré personnellement et se limitent à cette personne ; à l'inverse, les risques collectifs se caractérisent par leur propension à concerner l'ensemble de la société. Comme nous l'avons déjà relevé, si l'on peut concevoir des contrats d'assurance pour les risques individuels en justifiant cela par le mécanisme de la mutualisation des risques<sup>53</sup>, un tel mécanisme ne peut trouver à s'appliquer en matière de pandémie ou de tout autre risque collectif (les catastrophes naturelles ou la guerre par exemple).

À l'instar de ce qui est prévu pour ces autres risques, nous pourrions imaginer la mise en place de mécanisme de solidarité subsidiante, c'est-à-dire une solidarité créée par la loi pour compenser les effets naturels du marché qui tend à segmenter les risques. Dans cette logique, et suivant ce qui a été fait en matière de catastrophes naturelles dans l'assurance incendie risque simple<sup>54</sup>, Gerrit Van Daele suggère de rendre la couverture du risque de pandémie obligatoire dans l'assurance des pertes d'exploitation<sup>55</sup>. Le mécanisme est un peu particulier : il consiste ainsi à créer, au sein d'une assurance qui demeure facultative<sup>56</sup> une garantie qui, elle, est obligatoire.

De cette façon, toute personne qui souscrirait un contrat d'assurance pertes d'exploitation paierait une prime dont une part servirait à compenser la survenance du risque de pandémie : un ensemble de primes seraient alors payées par de nombreux assurés pendant, espérons-le, plusieurs années, sans que le risque ne se réalise, permettant alors à l'assureur d'intervenir si et lorsque tel sera le cas. Une importante difficulté dans la prise en charge des sinistres dus à la pandémie fut en effet qu'aucune prime n'avait été payée pour ce risque : or, il n'est ni « raisonnable ni légitime d'exiger une prestation – l'indemnisation – d'un assureur, alors que l'autre partie au contrat d'assurance n'est elle-même redevable d'aucune prestation – la prime »<sup>57</sup>. À défaut de prime, aucune réserve n'a jamais été constituée par l'assureur, afin de parer à la situation de survenance du sinistre.

53 Tout le monde n'étant pas affecté par la réalisation du risque, les primes payées par les uns permettent de financer les indemnités dues en cas de sinistre chez les autres : voy. ci-avant.

54 Art. 123 à 132 de la loi du 4 avril 2014, préc.

55 G. VAN DAELE, « Comment assurer les conséquences du coronavirus ? », *op. cit.*, p. 6.

56 Avec toutes les conséquences que la loi attache à cette catégorie d'assurances, notamment en matière d'opposabilité des exceptions.

57 G. VAN DAELE, « Comment assurer les conséquences du coronavirus ? », *op. cit.*, p. 4.

Par ailleurs, rendre cette garantie obligatoire permettrait d'éviter le risque d'antisélection. Depuis la survenance de l'épidémie de la Covid-19, les entreprises ayant subi des pertes d'exploitation (et n'ayant pas pu être indemnisées soit parce qu'elles n'avaient pas souscrit de contrat d'assurance contre les pertes d'exploitation, soit compte tenu du régime actuel de cette assurance<sup>58</sup>) seraient plus que probablement disposées à souscrire ou maintenir leur contrat si leur assureur proposait d'inclure la pandémie dans les périls couverts. Néanmoins, à se limiter à cela, seules les entreprises susceptibles d'encourir de telles pertes en cas de nouvelle pandémie souscriraient cette couverture<sup>59</sup>, à l'exclusion des secteurs qui n'ont pas nécessairement vu leur chiffre d'affaires diminuer, voire qui l'ont vu augmenter avec la crise sanitaire. L'assureur se retrouverait alors avec une concentration de « mauvais risques » dans son portefeuille. Imposer cette garantie dans tout contrat d'assurance contre les pertes d'exploitation permet de financer les sinistres des secteurs exposés à de telles pertes avec les primes de ceux qui ne le sont pas ou moins<sup>60</sup>.

Une telle solution n'est toutefois viable qu'à la condition que le contrat d'assurance contre les pertes d'exploitation soit lui-même largement souscrit sur le marché : à défaut, l'effet observé avec la couverture des catastrophes naturelles ne se manifesterait pas s'agissant du risque de pandémie, car la mutualisation ne sera pas suffisante pour éviter l'antisélection, et pour permettre de proposer le produit « risque de pandémie compris » à une prime abordable.

En outre, et afin d'éviter des difficultés dans le chef des assureurs, il semblerait que l'on pourrait à nouveau apprendre du régime réservé aux catastrophes naturelles, ou plus précisément, de la manière dont ont été prises en charge les inondations survenues en Belgique en juillet 2021. Afin de maximiser les indemnisations et face à l'ampleur des dégâts, un partenariat public/privé a en effet été mis sur pied entre la Région wallonne et Assuralia. Un système équivalent se concevrait parfaitement ici et permettrait de soulager les assureurs et réassureurs, lesquels sont exposés en cette matière à des sinistres excessivement onéreux. Cette solution-ci n'est, elle aussi, viable que si l'ensemble des partenaires joue le jeu et demeure fiable en cas de crise<sup>61</sup>.

58 L'on entend par là qu'il faut nécessairement que les pertes d'exploitation soient liées à un dommage matériel prévu au contrat, ce qui n'est pas le cas du risque de pandémie.

59 Tel serait le cas de l'Horeca ou du secteur des loisirs.

60 G. VAN DAELE, « L'assurance pertes d'exploitation comme solution financière à une pandémie ? », *op. cit.*, pp. 7, 10 et 14-15. Il faudrait alors veiller à la formulation d'une telle garantie obligatoire et des éventuelles exclusions qui seraient autorisées, afin de s'assurer de l'efficacité du processus.

61 On ne peut ici que songer aux inondations de juillet 2021 pour lesquelles, lorsqu'une intervention des pouvoirs publics fut requise, ceux-ci sollicitèrent des assureurs qu'ils augmentent leurs plafonds d'intervention. Voy. le protocole d'accord du 12 août 2021 annexé au décret de la Région wallonne du 23 septembre 2021 instituant un régime particulier d'indemnisation de certains dommages causés par les inondations et pluies abondantes survenues du 14 au 16 juillet 2021 ainsi que le 24 juillet 2021 et reconnues en tant que calamité naturelle publique, *M.B.*, 1<sup>er</sup> octobre 2021, p. 104495.

L'on pourrait encore imaginer un système similaire à celui mis sur pied par la loi du 1<sup>er</sup> avril 2007 relative à l'assurance contre les dommages liés au terrorisme<sup>62</sup>, qui permet l'assurabilité du risque de terrorisme tout en évitant que le marché de l'assurance soit déstabilisé<sup>63</sup>. Les assureurs, les réassureurs et l'État fédéral s'engagent ainsi à couvrir les conséquences d'actes de terrorisme à concurrence d'un milliard d'euros (indexés) par année, et ce, par tranches successives<sup>64</sup>. Ceci permet d'apaiser l'ensemble des intéressés en cas de survenance du risque de terrorisme : les victimes sont davantage certaines d'obtenir indemnisation de leur préjudice, les assureurs et réassureurs voient leur engagement limité et l'État ne doit intervenir, lui aussi de façon limitée, que dans des hypothèses où les premiers 700.000.000 euros indexés ne suffiraient pas à couvrir les dommages subis.

La presse belge se fait également le relai de la volonté de certains courtiers de créer un partenariat institutionnalisé public-privé non pas en réaction à la prochaine catastrophe que constituerait une pandémie ultérieure, mais en anticipation de celle-ci, par le biais d'une « assurance obligatoire et financièrement accessible avec des primes identiques chez chaque assureur. Les indemnisations s'effectueraient sur la base de paramètres (ex : coûts salariaux). Toutes les pandémies et épidémies seraient couvertes » et le sinistre ne serait qualifié comme tel que moyennant accord des assureurs et autorités<sup>65</sup>. On s'approche en réalité ici d'un mécanisme de sécurité sociale.

À défaut de tels mécanismes assurantiels, il faudrait sans doute retomber sur des initiatives étatiques dont le but serait l'indemnisation des victimes. Ainsi, la pandémie fut l'occasion pour un certain nombre de citoyens de se porter volontaires, notamment dans le secteur des maisons de repos et des maisons de repos et de soins pour personnes âgées. Afin de protéger ces « volontaires corona », et surtout de permettre à ces établissements d'y faire appel<sup>66</sup>, l'arrêté royal dit « n° 24 » a étendu l'application de la loi du 5 juillet 2003 relative aux droit des volontaires<sup>67</sup> aux personnes susmentionnées<sup>68</sup>.

62 *M.B.*, 15 mai 2007, p. 26350.

63 Voy. art. 3 et 4 de la loi du 1<sup>er</sup> avril 2007, préc. ainsi que C. DEVOET, « L'assurance des dommages causés par le terrorisme », *For. ass.*, 2008, pp. 101-106 et B. DUBUISSON, « L'indemnisation des dommages causés par des actes de terrorisme en Belgique : la loi du 1<sup>er</sup> avril 2007 », *Bull. ass.*, 2008, pp. 348-363.

64 La première tranche de 300.000.000 d'euros est prise en charge par les assureurs ; la deuxième tranche de 400.000.000 d'euros par les réassureurs ; et enfin, le solde de 300.000.000 d'euros est couvert par l'État fédéral.

65 Voy. l'article de D. LIESSE, « Et si les entreprises pouvaient s'armer contre une pandémie ? », *L'Echo*, 17 septembre 2020, disponible à l'adresse : <https://www.lecho.be/entreprises/services-financiers-assurances/et-si-les-entreprises-pouvaient-s-armer-contre-une-pandemie/10252001.html>.

66 Ce qu'ils ne pouvaient pas avec la réglementation traditionnellement applicable aux volontaires.

67 *M.B.*, 29 août 2005, p. 37309.

68 Arrêté royal n° 24 du 20 mai 2020 étendant temporairement le champ d'application de la loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires aux organisations agréées par l'autorité compétente pour l'aide et les soins aux personnes âgées ainsi que pour l'accueil et l'hébergement des personnes âgées du secteur privé commercial, *M.B.*, 29 mai 2020, p. 38163.

Par ailleurs, le gouvernement fédéral a ensuite mis sur pied un fonds d'indemnisation pour les volontaires victimes de la Covid-19<sup>69</sup>, appelé à intervenir pour indemniser les ayants droit d'un volontaire (notion définie à l'article 6 dudit arrêté royal) décédé de la Covid-19 avant le 1<sup>er</sup> janvier 2022<sup>70</sup>.

Une dernière piste pourrait être l'émission d'obligations catastrophes (aussi appelées *cat bonds*), qui sont des produits financiers permettant aujourd'hui une couverture en cas de survenance d'une catastrophe naturelle. Ces produits financiers consistent « pour les assureurs, à proposer à des investisseurs institutionnels, tels les fonds de pension, des obligations dont le remboursement dépend d'un risque contenu dans l'obligation ». L'investisseur « supporte donc, en plus d'un risque financier, également un risque non financier » – qui est à ce jour un tremblement de terre ou une inondation, et que l'on pourrait étendre à la pandémie ou à « tout autre risque dont l'impact au niveau mondial est trop important pour être supporté par les seuls réassureurs »<sup>71</sup>. Un tel procédé permet à l'assureur d'être « au moment de la catastrophe [...] déjà en possession des fonds », sans devoir par conséquent entamer alors des démarches pour les trouver et évite de faire porter le poids de l'indemnisation sur le gouvernement, c'est-à-dire en bout de course sur les contribuables<sup>72</sup>.

## Conclusion

Les conséquences d'une pandémie, et en particulier de celle de la Covid-19, ne sont pas nécessairement assurables. Les assureurs sont en effet confrontés à la situation fort délicate dans laquelle un nombre significatif d'assurés fait appel à leurs services pour un nombre tout aussi conséquent de sinistres dans une même zone géographique. Face à de telles demandes d'indemnisation, non compensées par des primes payées en amont de l'écllosion de la crise, les compagnies se retrouvent en difficulté.

Pourtant, l'expérience de la crise sanitaire liée à l'épidémie de la Covid-19 nous montre combien le secteur de l'assurance a pris sur lui afin de minimiser, autant que possible, les conséquences financières de cette situation sur la population. Certes, les pertes d'exploitation n'ont pu, dans la majorité des cas, être couvertes, compte tenu du libellé des contrats. Néanmoins, des mesures ont été prises dans les assurances maladie privées afin de maximiser les interventions des assureurs dans un domaine plus qu'essentiel en période de pandémie ; des reports de prime ont été consentis au profit de nombreuses

69 Arrêté royal n° 22 du 4 juin 2020 portant création d'un Fonds d'indemnisation pour les volontaires victimes du Covid-19, *M.B.*, 11 juin 2020, p. 42549.

70 C. PRIEM et E. VERHAEGEN, « Prolongation des mesures spécifiques pour les “volontaires corona” », *Indic. soc.*, 2021, pp. 17-19.

71 G. VAN DAELE, « Comment assurer les conséquences du coronavirus ? », *op. cit.*, p. 5.

72 H. HOUSEN, « Compte rendu de conférence de l'AIDA – Kristiaan Bernauw : “Il faut donner la préférence à la titrisation privée de la couverture pandémique plutôt qu'aux options qui impliquent l'intervention du gouvernement” », *Monde de l'assurance*, 2023, p. 24.

entreprises, d'indépendants et par la suite même de particuliers pour toute une série de contrats, et un accord a été conclu avec l'État en matière d'assurance-crédit afin de maintenir les limites de crédit prévues début 2020, avant que la crise n'éclate en Belgique.

Au fond, ce partenariat, au sujet duquel aucune critique n'a été notée, peut être une piste dans la couverture des éventuelles futures pandémies. S'il va sans dire que nous ne souhaitons pas voir cette situation sanitaire se reproduire, il nous semble tout de même plus sage d'anticiper cette hypothèse. Dans cette logique, l'instauration d'un partenariat entre l'État fédéral et les compagnies d'assurance à plus grande échelle, c'est-à-dire non contenu à la seule assurance-crédit, nous semble être une voie crédible pour assurer, le cas échéant, un maintien des couvertures. Ce partenariat pourrait être établi en réaction à l'évolution de la situation sanitaire, comme il l'a été ici pour les assurances crédit ou en 2021 au sujet des inondations, ou davantage institutionnalisé (en anticipation), par exemple via la création d'une ASBL, selon un régime similaire à celui de la couverture du risque de terrorisme.

À défaut pour le gouvernement de s'impliquer directement dans la prise en charge des éventuels sinistres dus à une pandémie, certains auteurs ou acteurs du terrain proposent d'avoir recours à la technique de l'obligation d'assurance ou, de façon moins radicale, de l'obligation de proposer une garantie spécifique dans un contrat d'assurance demeurant facultatif. Si cette technique de prise en charge du risque mérite d'être notée, elle nous semble moins efficace que le partenariat public/privé dont il est fait état ci-avant. À titre d'illustration, on pense logiquement aux inondations survenues en Belgique en juillet 2021 qui constituaient des catastrophes naturelles, visées par conséquent par une garantie obligatoire dans un contrat d'assurance demeurant facultatif (l'assurance incendie) – lequel fait l'objet d'une large souscription en Belgique –, mais qui ont requis une intervention de la Région wallonne, les plafonds prévus dans les contrats d'assurance ne suffisant pas à indemniser l'ensemble des sinistrés. Or, on conçoit aisément que le secteur de l'assurance (qu'il s'agisse des compagnies belges ou des réassureurs) serait opposé à l'idée de devoir proposer une telle garantie « pandémie » sans aucun plafond d'intervention.

De surcroît, la mise en place de fonds d'indemnisation similaires à celui créé pour les « volontaires corona », si elle a le mérite de permettre une indemnisation, fait toutefois reposer l'ensemble de la charge financière sur l'État fédéral. De même qu'il semble difficile pour les assureurs de supporter les conséquences économiques de la crise, on voit mal comment l'État pourrait assumer seul l'ensemble des répercussions d'une nouvelle pandémie. Là réside un avantage des *cat bonds* qui permettent de ne pas faire reporter le poids de l'indemnisation sur l'État lui-même.

Chapitre 4.  
Assurance et pandémie  
Rapport espagnol

---

**Abel VEIGA**

*Professeur à l'Universidad Pontificia Comillas, Madrid (ICADE)*

La pandémie de la Covid-19 a sans nul doute mis à rude épreuve le secteur des assurances, en particulier s'agissant de la manière de prévoir ou de faire face à un défi majeur et imprévisible qui, dans des domaines tels que la santé ou l'interruption des activités à la suite d'ordonnances gouvernementales de confinement, a entraîné une paralysie de l'activité économique et, par conséquent, de toute espérance de profit ou de gain. Les assureurs ont ainsi été exposés à des pertes plus ou moins importantes en fonction de la rédaction de leurs conditions de garantie, et ce, à une époque où la quasi-totalité du marché de l'assurance excluait ou ignorait la couverture des virus, des épidémies, etc.

D'un assureur à l'autre, les réactions étaient parfois disparates. Prenons l'exemple des voitures qui ne circulaient pas sur la voie publique en raison des mesures de confinement : le taux d'accidents était alors réduit à pratiquement zéro. Si, pendant des mois, cette situation a signifié une diminution radicale du risque, la question est de savoir quelle a été la réponse des compagnies d'assurance : y a-t-il eu un remboursement des primes, une réduction future lors de la reconduction de la police, ou les choses sont-elles restées inchangées, entraînant, dans un certain sens, un enrichissement fallacieux de la part des assureurs face à l'inactivité et à l'absence totale de risque et, par conséquent, d'accidents ?

Nous concentrerons notre rapport sur une seule des questions générées par cette crise sanitaire : celle des interruptions d'activités dues à la Covid-19. S'agissant des assurances santé et responsabilité civile automobile, les primes n'ont en effet pas été réduites ou remboursées par la grande majorité des compagnies.

En ce qui concerne la santé, l'UNESPA, l'association patronale des assureurs, a fait une déclaration publique dans les jours qui ont suivi le prononcé de l'état d'alerte et de confinement, dans laquelle elle acceptait de couvrir tous les risques sanitaires résultant de la Covid-19. Il s'agit donc d'une couverture complète du risque lui-même, ainsi que des conséquences de la contamination de l'hôpital.

Une autre question qui n'a pas été abordée est celle de savoir s'il existe une responsabilité civile spécifique à la suite d'une contamination à l'hôpital. Cette question était impossible à évaluer à l'époque.

Il ne fait aucun doute que l'irruption du virus de la Covid-19 et les dommages économiques qu'il a produits et continue de générer ont bouleversé ce type de polices et de couvertures, en particulier s'agissant de la question de savoir si la fermeture forcée par une autorité gouvernementale et déclenchant par conséquent la paralysie ou l'interruption de l'activité devait, ou non, être couverte, ou s'il fallait uniquement intervenir lorsque l'activité était interrompue par le virus lui-même<sup>1</sup>. Quelques mois après le début de la crise sanitaire, en mai 2020, les tribunaux, notamment le tribunal de commerce de Paris dans

1 Ainsi, sur les exclusions, voy. A. ASTEGIANO-LA RIZZA, « La clause d'exclusion "des pertes et dommages indirects" n'est pas valable », *BJDA*, 2021, n° 73, disponible à l'adresse : <https://bjda.fr/la-revue/revue-n73/la-clause-dexclusion-des-pertes-et-dommages-indirects-nest-pas-valable/>, à propos de l'arrêt de cassation civile du 26 novembre 2020, n° 19-16435.

une célèbre décision, ont obligé l'assureur à indemniser les dommages causés par la fermeture de l'établissement en raison d'un ordre gouvernemental ou ministériel<sup>2</sup>. En Espagne, en revanche, le premier jugement est daté du 3 février 2021 et émane de la cour d'appel de Gérone, qui déclare aux paragraphes 12 et 13 de son troisième motif :

« La question se pose de savoir si le confinement résultant de la pandémie de la COVID-19 est couvert ou non, dans la mesure où [...] il entraîne une perte de bénéfices pendant la période de couverture, sans entrer dans des discussions dogmatiques sur la question de savoir s'il convient de distinguer si l'activité est interrompue à cause du virus ou à cause d'une mesure gouvernementale de confinement (auquel cas un doute pourrait surgir quant à la possibilité pour l'assureur de se retourner ou non contre l'État), puisque dans tous les cas l'activité de l'assuré est interrompue et ses revenus diminués. Précisément pour cette raison, lorsque, dans les conditions générales, l'hypothèse "interruption de l'activité due à une résolution gouvernementale en cas de pandémie" n'est pas expressément envisagée, et que cela est opposé par l'assureur à l'assuré, nous nous trouvons devant une limitation claire des droits de l'assuré dans un contrat d'adhésion. Par conséquent, sa validité et son applicabilité sont conditionnées au respect des exigences spécifiques de l'article 3 LCS, à savoir être mise en évidence d'une manière spéciale dans la police et avoir été spécifiquement acceptée par écrit.

L'argument selon lequel nous sommes en présence d'une clause limitative de garantie est renforcé par le fait que les conditions générales contiennent, au paragraphe 111, relatif à la "couverture des dommages", une référence expresse aux conditions particulières dans lesquelles l'indemnité pour cessation d'activité est assortie d'une limitation temporaire de la couverture ou "claim made" (art. 73. 2.º LCS), qui a récemment été qualifiée, par les arrêts de la Cour suprême du 26 avril 2018, 20 mars 2019, 26 mars 2019 et n.º 421/2020, de clause limitative. En tout cas, le fait que la police examinée n'envisage pas expressément la couverture du risque de paralysie de l'entreprise due à la pandémie, n'empêche pas que son exclusion dans les conditions générales de l'assureur doit être faite en respectant les exigences de l'art. 3 LCS (mise en évidence et acceptation par écrit par l'assuré). Ce raisonnement s'explique par l'application des principes susmentionnés, mis en relation avec le contenu naturel du contrat d'assurance et les attentes légitimes de l'assuré pouvait avoir, lorsqu'il a souscrit la police, de voir couverte de manière expresse la "Perte de bénéfices/Paralysie de l'activité". Arriver à une conclusion différente reviendrait à restreindre la couverture attendue par l'assuré, laissant dénaturée la paralysie de l'activité couverte, en principe, par la police d'assurance contractée.

13.- Enfin, l'assurance et la couverture des pertes d'exploitation sont normalement subordonnées à l'existence d'un dommage matériel préalable et dans le cas présent, ce fait n'est même pas remis en question par l'assureur ».

2 Voy. V. CARON, « Chronique de droit québécois. L'importance de la rédaction de la police d'assurance des pertes d'exploitation », *BJDA*, 2021, n.º 77, pp. 1 et s.

De même, un an plus tard, le même tribunal de Gérone, 2<sup>e</sup> section, condamne, dans l'arrêt du 7 février 2022, l'assureur à couvrir le manque à gagner consécutif à la fermeture de l'établissement en raison de la pandémie et de l'état d'alerte, mais en se fondant surtout sur le fait que les conditions générales de la police n'ont été ni remises à l'assuré ni signées par lui. Le fondement est donc essentiel : il n'a pas été prouvé que le contenu des conditions générales avait été expliqué au preneur d'assurance et connu de lui, et sa signature faisait défaut. Au-delà d'une possible violation des exigences de forme, sans lesquelles les clauses concernées ne feraient pas partie du contrat, ce qui est certain, c'est que l'assureur est condamné à couvrir les pertes d'exploitation dues à la fermeture pendant la pandémie puisque les causes d'exclusion ne trouvent pas à s'appliquer faute de signature. Mais combien de polices d'assurance ou de polices conditionnelles sont ainsi signées ? Cette lacune est-elle uniquement imputable à l'assureur ? Que se passe-t-il lorsque les conditions ne sont pas lues, ou comprises, par l'assuré ?

Il ne fait aucun doute que, dans le cadre du contentieux relatif à l'impact de la pandémie sur l'assurance, l'une des principales questions discutées concerne directement la terminologie. C'est la clé de la délimitation du risque dans ces assurances : selon ce qui provoque la fermeture ou l'interruption des activités de l'entreprise (une décision des autorités ou le virus lui-même), le dommage sera considéré comme direct ou indirect et, partant, comme ne rentrant pas dans le périmètre de la garantie ou comme pouvant être couvert. L'on pense, à ce sujet, au jugement clair du tribunal de commerce de Paris du 22 mai 2020 (*SAS Maison Rostang c. SA Axa Iard France*), si souvent cité par la doctrine et la pratique<sup>3</sup>.

Il ne fait aucun doute que la non-tenue de certains événements, tels qu'une foire, un salon, un congrès, une exposition ou quelque chose de plus récréatif comme un événement sportif ou musical, à la suite d'un incident qui entraîne son annulation ou l'interrompt, relève, bien que l'événement en question n'ait pas de caractère commercial en soi, de la garantie accordée dans le cadre de ces assurances. Bien que l'événement en question n'ait pas de caractère commercial en soi, et ne permette dès lors pas d'obtenir un bénéfice ou un revenu, nous serions également dans le périmètre de l'assurance perte d'exploitation, car son annulation confirme l'inutilité et, par conséquent, la perte des dépenses engagées pour l'organiser<sup>4</sup>.

3 De manière magistrale, analysant le contenu de la police et donnant des « conseils de rédaction » sur les polices, notamment au regard du concept et de la signification de la « clôture administrative », M.-H. MALEVILLE, « La terminologie contractuelle : une arme stratégique dans la délimitation des garanties et la rédaction des polices », *BJDA*, 2020, n° 69, disponible à l'adresse : <https://bjda.fr/la-revue/revue-n69/la-terminologie-contractuelle-une-arme-strategique-dans-la-delimitation-des-garanties-et-la-redaction-des-polices/>.

4 A. DONATI, *Trattato diritto dell'assicurazione*, vol. III, Milan, Giuffrè, 1956, p. 277, évoquait la possibilité d'assurer l'interruption d'une activité non commerciale contre le retrait temporaire du permis de conduire d'une voiture, qui couvrait les dommages découlant de la perte de la possibilité d'utiliser le véhicule lui-même ou les frais de location d'un véhicule avec chauffeur. Aujourd'hui, pensons au

Imaginons qu'une épidémie touche les organisateurs d'un congrès et que, face à l'avalanche d'entreprises qui choisissent volontairement de ne pas assister à l'événement par crainte du virus, ceux-ci décident d'annuler, d'interrompre ou de reporter cette activité *sine die*, ou encore qu'une telle interruption soit décidée pendant la célébration d'un événement (comme une foire)<sup>5</sup>. Dans ce cas, le titulaire de l'intérêt d'assurance peut aussi bien être l'organisateur de l'événement que chacun des exposants, compte tenu des dépenses encourues par eux pour l'organisation dudit événement. Il n'en va pas de même pour le grand public ou même pour les professionnels du secteur qui viennent simplement y assister.

C'est donc la perte de revenus et l'augmentation des dépenses auxquelles l'assuré doit faire face qui sont au centre de ces assurances. Il s'agit donc de bénéfices escomptés, futurs et non actuels, et de dépenses auxquelles il a dû faire face en raison de la situation. Or, si le contrat d'assurance porte exclusivement sur la perte de bénéfices, les parties ne peuvent pas prédéterminer le montant de l'indemnité. Mais alors, selon quels paramètres objectifs cette indemnité est-elle calculée ?

Ainsi, l'arrêt de l'activité de l'entreprise implique la cessation du développement de son objet social. La paralysie est synonyme d'interruption et non de destruction. Toutefois, la destruction partielle de certains éléments matériels de l'entreprise peut, dans une mesure limitée, interrompre l'ensemble de l'activité ou l'activité partielle de l'entreprise, en fonction des différents types d'actifs concernés, interruption qui peut être totale ou partielle en fonction des hypothèses prévues dans la police, qui sont normalement évaluées, et limitatives.

Il est de notoriété publique que la perte de revenus, de bénéfices, d'un profit estimé et calculé prospectivement pour l'entrepreneur, du fait d'être contraint à l'arrêt quasi absolu de son activité professionnelle, fait l'objet d'une assurance spécifique. L'interruption implique en effet l'impossibilité de réaliser des bénéfices. N'oublions pas, en outre, que le manque à gagner n'est pas défini dans le Code civil, et qu'il n'est pas réglementé (ni même de manière incidente). En fait, certains le mentionnent simplement avec le *damnum emergens* et l'identifient aux dommages indirects au sein de la catégorie globale des dommages. Le dommage génère des effets et des conséquences multiples, et lorsque l'assuré, en tant que créancier *in genere*, est privé de l'avantage économique qu'il aurait probablement obtenu et qu'il ne peut obtenir en raison d'un événement déclencheur, ce manque à gagner est indemnifiable ou compensable par le biais de la police d'assurance<sup>6</sup>.

---

retrait du permis de conduire d'un transporteur ou d'une entreprise qui a besoin du véhicule pour exercer son activité.

5 Voy. R. BIGOT, A. CAYOL et A. CHARPENTIER, « Risque de pandémie, pertes d'exploitation et incertitudes des garanties assurantielles », *Responsabilité civile et assurances*, 2022, n° 6, pp. 13 et s.

6 Voy. A.-M. MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Madrid, Aranzadi, 2010, p. 66, qui rappelle que le Code civil utilise un modèle économique qui considère la terre, les bâtiments et les animaux comme des objets fructueux par excellence.

Jusqu'à présent, les causes du sinistre étaient stables et traditionnellement ancrées dans une notion claire de dommage matériel. Aujourd'hui, il est possible de considérer que le dommage peut être d'une autre nature et ne pas nécessairement impliquer une atteinte physique ou matérielle à l'entreprise, ce qui soulève des défis du point de vue de la causalité : l'on pense ainsi à l'atteinte à la réputation, ou au dommage cybernétique. De tels dommages finissent par provoquer une interruption ou une paralysie de l'activité de l'entreprise.

Compte tenu de la rupture de l'activité de l'entreprise, de la disparition de toute chance de profit économique, et face à des coûts inexorables et non transférables, ainsi qu'à l'éventuelle perte, par l'entreprise, de sa position sur le marché, l'assurance contre les pertes d'exploitations prend un rôle majeur. En outre, certains employeurs, victimes de cette situation, sont par ailleurs en procédure de faillite ou tenus par un accord qu'ils ne peuvent, au moins temporairement, plus respecter en raison de la situation économique. Dans un tel contexte de difficultés, ils sont appelés à décider le renouvellement de ces assurances, ou d'une assurance multirisque industriel s'il s'agit d'un travailleur indépendant. C'est une autre question, de savoir si une telle assurance sera généralisée ou non dans les contrats et dans la stratégie des employeurs après cette pandémie. Le problème sera de tracer la ligne de la couverture minimale, de la clarté et de la précision dans un langage juridique et d'assurance qui n'est pas exactement un paradigme de clarté ou de concision.

Comment briser le vieil anathème, sans doute erroné, selon lequel ce qui n'est pas expressément exclu est censé être couvert ? Nous avons répété à de nombreuses reprises et dans d'autres ouvrages, qu'il n'y a qu'une seule limite au risque garanti et assuré : sa non-dénaturalisation. À partir de là, tout ce dont les parties conviennent est *a priori* licite. Mais ne nous faisons pas d'illusion : peu de polices, voire aucune, ont jusqu'à présent spécifié directement la couverture du terme « pandémie », et si elles l'ont fait, c'était pour l'exclure. À l'heure actuelle, l'assurance pertes d'exploitation est sans doute l'une des branches les plus directement concernées par la question de la définition limitative du risque assuré et, par conséquent, par l'interprétation du contenu même des clauses qui sont reprises dans le contrat : néanmoins, on assiste, en même temps, à la reconstruction ou au renouvellement des polices existantes autour de la délimitation du risque, à la suite de l'impact réel de la pandémie de la Covid-19<sup>7</sup>.

L'objet de la discussion et de l'attention est l'étendue réelle de la couverture des risques qui, jusqu'à présent, ont été regroupés sous l'appellation « pertes directes », « dommages matériels » et, dans certains cas extrêmes, « dommages contingents ». De même, la définition des « pertes directes », de l'impossibilité d'une « utilisation correcte » des locaux, ou encore de la « contamination »

7 Au centre de l'attention de la doctrine comparée, voy. not. L. BLOCH, « Le poison de l'assurance pertes d'exploitation et le Covid-19 », *Responsabilité civile et assurances*, 2020, n° 6, pp. 3 et s.

dans les polices d'assurance contre les pertes d'exploitation suscite un débat nécessaire, enrichissant et pluriel qui, sur le plan juridique, mais aussi jurisprudentiel, menace non seulement de faire éclater certaines coutures sémantiques, mais surtout d'éroder un *statu quo* jusqu'à présent paisible, et non moins confortable pour les polices d'assurance en vigueur. Plusieurs pays, tous de la *common law*, se sont lancés dans des propositions législatives visant à modifier l'étendue des garanties couvertes par ces assurances en préconisant leur extension rétroactive dans le cadre d'un mandat légal. Certains projets de loi vont jusqu'à faire appel à la nécessité de critères de « présomptions simples »<sup>8</sup>.

Mais la pandémie, la force majeure et la malveillance sont-elles assurables ? S'agissant de la dernière, de quelle malveillance s'agit-il ? De telles questions ne cessent de se poser et sont aujourd'hui, au milieu d'une crise économique et sociale extraordinaire, débattues dans un contexte économique et juridique plus large : qui supportera les coûts, qui paiera la facture ? Les employeurs assurés doivent-ils supporter les conséquences de la malchance d'une pandémie ? Les polices souscrites jusqu'en mars 2020 doivent-elles être hermétiques et n'admettre aucune couverture pour une pandémie, même si ce terme n'est pas spécifié dans la police ? À l'inverse, faut-il considérer qu'à défaut de mention de la pandémie dans la police, la non-exclusion explicite et directe doit être comprise *a sensu contrario* comme une inclusion de couverture ou une garantie ?

La controverse sur la question de savoir si le risque de pandémie et plus particulièrement le risque de la Covid-19 entre dans le périmètre de la garantie, lorsque les clauses de la police éludent cet aspect et font allusion de manière ambiguë et générique à toute contamination en tant qu'événement exclusif, fait actuellement l'objet d'une interprétation dogmatique et d'un raffinement conceptuel herméneutique<sup>9</sup>. La question de savoir si ce fait, la

8 Le projet de loi de l'État de Californie, House Bill 1552, se concentre donc sur les polices d'assurance tous risques portant sur des choses. L'un de ses points forts repose sur la création d'une « présomption simple » selon laquelle l'épidémie de la Covid-19 faisait rage et a causé des dommages physiques aux biens, ce qui a été la cause directe de l'interruption d'activité. Une présomption simple similaire s'appliquerait lorsque les autorités civiles imposent aux entreprises d'assurance de couvrir les sinistres, et dans le cas de ce que l'on appelle la *Ingress/Egress coverage* (couverture qui protège contre les pertes d'exploitation résultant des interruptions d'activité qui empêchent les employés d'accéder ou de sortir des locaux de l'entreprise). Le projet de loi interdit en outre que la Covid-19 soit considérée comme un contaminant ou un polluant de façon à entrer dans des hypothèses d'exclusion de garantie contenues dans la police, à moins que l'exclusion ne fasse spécifiquement référence aux virus. Le projet de loi s'appliquerait à toute police « tous risques » en vigueur à partir du 4 mars 2020 et est rédigé de manière à répondre aux normes d'une loi « d'urgence », entrant en vigueur immédiatement après sa signature. Sur cette question, S. P. DEVRIES et A. DEFIELD déclarent, « It's a Covid-19 Pandemic; It's everywhere – New Cal. Bill to Make Insurers Prove Otherwise », 14 juillet 2020, disponible à l'adresse : [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=79eacbe6-e571-43cc-849d-08653ac0d4da&utm\\_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm\\_medium=](https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=79eacbe6-e571-43cc-849d-08653ac0d4da&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=).

9 L'une des dernières contributions sur ce point est le travail de C. C. FRENCH, « Covid-19 Business interruption insurance losses: the cases for and against coverage », *Conn. Ins. L. Journal*, 2020, vol. 27, pp. 1 et s., et p. 16, où il laisse également la Covid-19 hors de la clause d'exclusion sur la base du raisonnement suivant : l'exclusion de la pollution ne s'applique pas aux pertes d'exploitation de la

panémie, ainsi que la fermeture obligatoire d'entreprises et de sociétés ordonnée par les autorités, s'inscrit dans le cadre très étroit d'une technique raffinée d'antisélection des risques dans l'assurance est au cœur du débat, mais aussi de l'énorme inquiétude existant dans le secteur de l'assurance qui, *a priori*, s'est majoritairement positionné contre la prise en charge de ces risques. Si telle a été la réponse initiale et en partie hâtive de nombreux assureurs, jamais il n'a été aussi nécessaire d'analyser, de questionner chaque mot, chaque clause d'un contrat d'assurance.

Le virus n'est qu'un des nombreux événements possibles qui peut conduire à la survenance du risque assuré : il en va de même de l'ordre d'une autorité publique de confiner ou d'arrêter des activités de toute nature. Cela ne signifie pas pour autant que ce type de contrat d'assurance est plus fréquemment souscrit par un employeur<sup>10</sup>. La réponse à cet état de fait n'est pas seulement juridico-interprétative, mais aussi jurisprudentielle (l'on assiste à d'importantes prises de position, parfois contradictoires, dans différents pays), et se manifeste également à travers un cadre juridique pré-législatif ayant un effet rétroactif qui peut, et en fait est déjà, en train de faire convulser le droit des contrats d'assurance, en particulier dans le monde anglo-saxon.

Ceci étant, faire de la pandémie un risque inclus et défini dans les polices souscrites au plus tard en mars 2020 ne fait pas disparaître toute polémique. Si l'ambiguïté sémantique du mot « contamination » suffit à comprendre que la Covid-19 n'est pas couverte et, partant, que tous les dommages ou dégâts que la pandémie peut directement ou collatéralement causer et déclencher ne le sont pas davantage – notamment ceux qui font l'objet du présent rapport, à savoir la paralysie d'une entreprise, les dommages et frais que cela entraîne et, surtout, la perte d'une chance de gain ou de bénéfice –, l'autre grand champ de bataille est celui de la quantification réelle du manque à gagner, de l'utilité

---

Covid-19 parce que l'exclusion est formulée de manière si large qu'elle pourrait être interprétée comme englobant la quasi-totalité de la couverture fournie par la police. En conséquence, comme les exclusions sont considérées comme ambiguës si elles peuvent être interprétées d'une manière qui englobe la couverture de base prévue par la police, l'exclusion de la pollution ne s'applique pas aux demandes d'indemnisation de la Covid-19. Le terme « contaminant » est défini comme incluant « tout irritant ou polluant solide, liquide, gazeux ou thermique... ».

10 I. GONTHIER, « La garantie "Perte d'Exploitation" est-elle en évolution du fait des nouveaux défis économiques et des nouveaux risques (Cyber, réputation...) qu'affrontent les entreprises ? », Lyon, Université Lyon III, 2019, disponible à l'adresse : <http://ial.univ-lyon3.fr/wp-content/uploads/2019/12/Me%CC%81moire-GONTHIER-I..pdf>, évoque les principales raisons pour lesquelles ce contrat n'est plus généralisé : « L'assurance des pertes d'exploitation est à l'époque actuelle largement standardisée. Pour autant, un constat est aujourd'hui fait : 1 entreprise sur 4 n'a pas souscrit une telle garantie, plus précisément, 95% de la grande distribution est ainsi couverte contre seulement 70% des PME et la moitié des artisans-commerçants. Selon les enquêtes et les différents rapports, trois raisons principales expliquent le refus de cette garantie : [1]a première étant un manque d'information de l'intermédiaire (parfois) et par conséquent de l'assuré lui-même, menant à une sous-estimation quant au grand intérêt de la garantie des pertes d'exploitation ; la seconde étant le coût engendré, en ce que la cotisation est au titre de cette garantie fonction de la marge brute ; et enfin, mais surtout, la complexité globale tant en amont lors de la souscription, qu'en cas de réalisation d'un sinistre ».

économique de l'activité et de la concordance entre cette somme et la valeur assurable compte tenu des principes qui fondent l'assurance, en premier lieu desquels se trouve le principe indemnitaire, interdisant l'enrichissement de l'assuré. Ouvrir le champ au virtuel, à la supposition, à la probabilité, au calcul et à la théorisation de ce qui n'est pas perdu ou gagné n'est pas simple. La non-assurance, le non-transfert de ces risques à une compagnie d'assurance signifie la prise en charge de cette crise par l'entreprise elle-même – une crise qui, surtout pour les petites et moyennes entreprises, peut conduire à la fermeture immédiate ou à moyen terme<sup>11</sup>.

Comme on peut l'imaginer, le point de savoir si la contamination virale peut ou non être considérée comme un dommage direct et, par conséquent, comme un risque couvert dans ces polices est l'un des plus controversés dans le monde de l'assurance. Ceci est d'autant plus vrai que, bien que certains soutiennent que le virus ne peut causer de dommages matériels directs, il a été dit que la Covid-19 pouvait se transmettre par contact avec la surface, qu'elle pouvait contaminer des installations et des locaux, et en empêcher l'utilisation commerciale ou professionnelle<sup>12</sup>.

Pendant, bien que l'impact économique et commercial que le virus a généré et générera à court et à moyen terme est actuellement au centre de l'attention et presque l'unique objectif de ces assurances pertes d'exploitation, on ne saurait oublier la grande panoplie d'évènements qui peut déclencher le risque couvert par un tel type d'assurance<sup>13</sup>. Cela ne doit pas nous empêcher de nous interroger sur le degré d'acceptation et d'introduction sur le marché de ces assurances qui répondent au schéma commun des pertes d'exploitations, et en tout cas, si leur présence signifie un contrat propre et autonome, ou au contraire, complémentaire et hétéronome par rapport à d'autres contrats d'assurance avec des couvertures principales différentes, que ces derniers complètent par une cascade de sous-limites de maximum assuré.

11 C. C. FRENCH, « Covid-19 Business interruption insurance losses: the cases for and against coverage », *op. cit.*, p. 4, ne saurait être plus clair lorsqu'il fait allusion à l'étude du ministère américain du travail selon laquelle, après une catastrophe, « on estime que 40 % des entreprises ne rouvrent jamais après avoir subi un sinistre. Parmi celles qui rouvrent, au moins 25 % font faillite dans les deux ans ».

12 Entre autres, M. H. SAMPSON, « A clock strikes midnight, restaurants and bars closed by pandemic should review insurance policies », 18 mai 2020, disponible à l'adresse : [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=65ec9e2d-da0b-4979-bb2a-03c445a5f391&utm\\_source=](https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=65ec9e2d-da0b-4979-bb2a-03c445a5f391&utm_source=).

13 On trouvera un bon aperçu de ce risque dans C. CACCIAMANI, « Il rischio da business interruption », *Economia & Management*, 2001, n° 5, mais aussi dans l'ouvrage collectif C. CACCIAMANI, F. PAPARELLA, R. BOSCO, G. PENNAZZATO et G. CASAMASSIMA, « Il rischio di interruzione dell'attività di esercizio », *Dir. ed economia dell'assicurazione*, 2001, n° 4.



**Chapitre 5.**  
**Assurance et pandémie**  
**Rapport français**

---

**Luc MAYAUX**

*Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)*

*Directeur de l'Institut des assurances de Lyon*

1. La récente pandémie due à la Covid-19 a suscité en France des débats passionnés. Ils sont à la mesure des enjeux financiers pour les assureurs et d'un contentieux massif qui n'est pas prêt de s'éteindre. Dans ce contexte et eu égard à la nouveauté de la situation (au demeurant relative<sup>1</sup>), les juristes ont laissé libre cours à leur imagination, qu'ils l'aient mise au service des assurés ou des assureurs. Cela concerne, au premier chef les risques des professionnels (I). Par comparaison, les risques du particulier n'ont guère été impactés, sans doute parce que les sommes en jeu étaient moins importantes (II). C'est, une nouvelle fois, la preuve que le droit n'est chahuté que lorsque cela en vaut la peine.

## I. Les assurances des professionnels

2. Pour satisfaire à la « commande » du rapporteur de synthèse, on évoquera tout d'abord l'assurance « Responsabilité civile médicale », sans qu'elle connaisse beaucoup de remous (A). Avec l'assurance des pertes d'exploitation, on plonge au cœur de la crise (B).

### A) L'assurance de responsabilité civile des professionnels et établissements de santé

3. Les contrats d'assurance « Responsabilité civile professionnelle » des établissements de soins ont permis la prise en charge du risque de contamination des patients par le virus de la Covid-19, sous réserve naturellement que la responsabilité de l'établissement de soins ou du professionnel de santé ait été reconnue (1). À défaut, un fonds de garantie pourra intervenir (2).

#### 1) La responsabilité des établissements de soins

4. Il faut ici rappeler qu'en cas d'infection nosocomiale, les établissements de soins encourent une responsabilité sans faute. En effet, selon l'article L. 1142-1, I, alinéa 2, du Code de la santé publique, « les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ». La condition d'une faute n'est pas exigée.

5. Toutefois, dans le cadre de cette responsabilité de plein droit, la loi n° 1002-1577 du 30 décembre 2002 a opéré une répartition de la charge financière des infections nosocomiales entre l'assureur et l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM). L'assureur de responsabilité prendra en charge les préjudices subis par le patient à la suite d'une infection nosocomiale jusqu'à 25 % d'atteinte permanente à l'intégrité physique

1 Car il y a eu d'autres pandémies par le passé, à commencer par la grippe espagnole des années 1918-1920, mais les assureurs les avaient oubliées, alors que, de par leur profession, ils sont pourtant tenus d'un « devoir de mémoire ».

ou psychique (AIPP). À partir de 26 % d'AIPP et en cas de décès, l'ONIAM prendra en charge la totalité des indemnités afférentes aux dommages subis, cela au titre de la solidarité nationale<sup>2</sup>.

6. Cependant, l'ONIAM pourra exercer un recours subrogatoire contre l'établissement de soins au cas où serait prouvée la faute de celui-ci comme étant à l'origine du dommage, notamment en cas de « manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales »<sup>3</sup>. L'assureur de la responsabilité professionnelle de l'établissement de soins pourrait alors être recherché en garantie.

7. La principale question soulevée par l'application de ce régime aux patients atteints par la Covid-19 est relative à la preuve du caractère nosocomial de l'infection. En effet, dans des périodes d'épidémie généralisée et de grande ampleur, la preuve que la maladie a été contractée au sein de l'établissement de soins, et que l'intéressé n'était pas déjà malade lors de son admission, peut poser des difficultés. Pour mémoire, d'après la jurisprudence, « seule une infection survenant au cours ou au décours d'une prise en charge et qui n'était ni présente, ni en incubation au début de la prise en charge peut être qualifiée de nosocomiale »<sup>4</sup>.

8. Dans le cas de la Covid-19, la question est de déterminer quelle est la probabilité que la contamination ait eu lieu ou non à l'hôpital. Pour aider à y répondre, la Commission nationale des accidents médicaux (CNAMED), dans une note du 23 juin 2021, estime que :

« L'on peut retenir une période d'incubation de 3 à 12 jours, avec une courbe d'aspect gaussien et une médiane entre 5 et 7 jours. Lorsque les premiers symptômes sont apparus après l'entrée à l'hôpital, le fait que la contamination soit intervenue à l'hôpital est :

- improbable si le délai est de 2 jours ou moins
- peu probable si le délai est de 3 ou 4 jours
- vraisemblable si le délai est de 5 ou 7 jours
- certaine au-delà de 7 jours.

Lorsque les premiers symptômes sont apparus après le départ de l'hôpital, le fait que la contamination soit intervenue à l'hôpital est :

- certaine si le délai est de 2 jours ou moins
- vraisemblable si le délai est de 3 à 7 jours.
- peu probable si le délai est de 7 à 10 jours.
- improbable si le délai est de plus de 12 jours ».

2 C. santé pub., art. L. 1142-1, II.

3 C. santé pub., art. L. 1142-17.

4 C.E., 21 juin 2013, n° 347450, publié au *Recueil Lebon*.

## 2) L'intervention d'un fonds de garantie

9. Quand la responsabilité de l'établissement de santé n'est pas engagée, un fonds de garantie (l'ONIAM, précédemment évoqué) peut prendre en charge l'indemnisation au titre de la solidarité nationale. Les conditions sont que l'infection soit directement imputable à un acte de prévention de diagnostic ou de soins, que les préjudices subis par le patient aient eu pour lui des conséquences anormales au regard de son état de santé et de l'évolution prévisible de celui-ci et qu'ils présentent un des critères de gravité définis par décret. Cette intervention résulte de dispositions qui figuraient déjà dans le Code de la santé publique à l'article L. 1142-1, II. En France, il n'a donc pas été nécessaire de prévoir des règles particulières à la pandémie due à la Covid-19. Un fonds de garantie existait déjà et pourra être mobilisé.

## B) L'assurance des pertes d'exploitation des entreprises

10. En France, les sinistres « pertes d'exploitation » liés à la Covid-19 ont certainement été ceux dont la charge a été la plus importante pour les assureurs. Un cabinet de conseil l'évalue à 1,8 milliards d'euros pour l'année 2020<sup>5</sup>. Nous envisagerons d'abord la question de principe, qui est celle de la couverture des pertes d'exploitation sans dommages (1). Nous présenterons ensuite les principaux sujets de contentieux (2), avant d'évoquer les gestes commerciaux qui ont pu être consentis par les assureurs (3).

### 1) Les pertes d'exploitation sans dommages

11. En principe et traditionnellement, les contrats d'assurance « pertes d'exploitation » couvrent seulement les pertes consécutives à un dommage, le plus souvent matériel. Ce dommage doit habituellement être subi par l'assuré. Parfois, la police admet une prise en charge en cas de dommage subi par un tiers (par exemple un dommage survenu au voisinage de l'établissement assuré, empêchant l'accès à celui-ci).

12. Par exception, il peut arriver que soient couvertes les « pertes sans dommages »<sup>6</sup>, mais seulement si elles sont la conséquence de certains événements générateurs énumérés dans la police. À défaut, des pertes d'exploitation dues à une baisse d'activité qui serait la simple conséquence d'un ralentissement

5 Cabinet *Facts & Figures*, « Baromètre 2021 Assurances Dommages », rapporté par B. DE MEYER, « Les pertes d'exploitation ont coûté 1,8 milliards d'euros aux assureurs en 2020 », *L'Agefi*, 24 septembre 2021, disponible à l'adresse : <https://www.agefi.fr/news/banque-assurance/les-pertes-d-exploitation-ont-coute-1-8-milliard-deuros-aux-assureurs-en-2020>.

6 *Voy.*, depuis ce colloque, Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 9 novembre 2023, n<sup>o</sup> 21-23.268. L'arrêt n'est pas publié au *Bulletin civil* et doit donc être regardé comme une décision d'espèce. Pour la Cour, « c'est par une interprétation souveraine, exclusive de dénaturation, que l'ambiguïté des termes des clauses litigieuses rendait nécessaire, que la cour d'appel a jugé que sont garanties les pertes d'exploitation non consécutives à des dommages subis par les biens de l'entreprise, dans la limite du plafond contractuel ».

de l'activité économique, ou d'un mauvais positionnement sur le marché des produits fabriqués par l'assuré, seraient couvertes. Or, une assurance n'a pas vocation à couvrir ce « risque d'entreprise », c'est-à-dire inhérent à l'activité d'entrepreneur.

**13.** Parmi les événements générateurs couverts par une garantie « pertes sans dommages », on peut citer (exemple tiré d'une police du marché) :

- « La survenance d'une maladie humaine dans et/ou hors des locaux, attribuable à la nourriture et/ou à la boisson fournie sur site ;
- La découverte sur le site d'un élément susceptible d'entraîner la survenance d'une maladie, ou d'une contagion ;
- Les restrictions de l'exploitation du site à la suite :
  - De la découverte de nuisibles ou d'insectes sur le site,
  - D'un accident entraînant des défauts dans les écoulements ou les autres systèmes sanitaires du site,
  - De circonstances susceptibles de causer des dommages au restaurant,
  - De la mise en sécurité du restaurant quelle qu'en soit la cause,
  - De toute survenance sur le site d'un meurtre ou d'un suicide,
  - De l'ordre de fermeture émanant de toute autorité compétente ».

**14.** De manière générale, il faut souligner que les polices du marché français ne couvrent jamais une épidémie en tant que telle (et *a fortiori* jamais une pandémie). Si cette notion est parfois visée par la police, c'est comme cause, parmi d'autres, de l'événement couvert par le contrat (par exemple, constitué par une fermeture administrative). Pour que l'épidémie soit garantie, il faut donc établir que cet événement est bien présent et que la police vise, parmi ses causes, cette épidémie.

**15.** Quand celle-ci n'est pas visée dans la clause définissant l'objet de la garantie (qui serait rédigée de manière très générale<sup>7</sup>), elle fait habituellement l'objet d'une exclusion, de sorte que la garantie n'est pas due. Cette exclusion, supposée valable<sup>8</sup>, est devenue systématique depuis le renouvellement annuel des polices fin 2020. Les assureurs, sous la pression de leurs réassureurs, ont, en effet, systématiquement exclu de leurs polices les conséquences des épidémies.

<sup>7</sup> Ce qui est le cas dans les polices dites « tous risques sauf... ».

<sup>8</sup> Et donc respectant les exigences posées par l'article L. 113-1 du Code des assurances, qui impose que l'exclusion soit formelle et limitée.

## 2) Les contentieux

### a) Principe de la garantie

**16.** Sur la question de savoir si la garantie est acquise ou non dans son principe, il y a eu en France de nombreux contentieux. Le plus médiatique a été celui opposant AXA à plusieurs centaines de restaurateurs ayant souscrit son contrat « standard ». Dans ce contrat, l'objet de la garantie était ainsi rédigé :

« La garantie est étendue aux pertes d'exploitation consécutives à la fermeture provisoire totale ou partielle de l'établissement assuré lorsque les deux conditions suivantes sont réunies :

1. La décision de fermeture a été prise par une autorité administrative compétente, et extérieure à vous-même.
2. La décision de fermeture est la conséquence d'une maladie contagieuse, d'un meurtre, d'un suicide, d'une épidémie ou d'une intoxication ».

Cette clause était suivie de l'exclusion suivante :

« Sont exclues les pertes d'exploitation, lorsque, à la date de la décision de fermeture, au moins un autre établissement, quelle que soit la nature de son activité, fait l'objet, sur le même territoire départemental que celui de l'établissement assuré, d'une mesure de fermeture administrative pour motif identique ».

**17.** Cette exclusion a été validée récemment par la Cour de cassation<sup>9</sup>, qui a considéré qu'elle était formelle et limitée au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances (qui, d'après la jurisprudence, impose cette exigence à peine de nullité<sup>10</sup>). Elle était limitée, car elle ne vidait pas la garantie de sa substance (du fait qu'elle laissait dans le champ de la garantie les événements autres que les épidémies et même les épidémies qui auraient justifié la fermeture d'un seul établissement dans le département, par exemple les légionelloses ou les salmonelloses). Et elle était formelle, car claire et précise. En effet, même si l'on pouvait discuter du caractère précis du terme « épidémie », celui-ci était afférent à la clause définissant l'objet de la garantie « fermeture administrative » et non à l'exclusion qui la suivait.

<sup>9</sup> Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 1<sup>er</sup> décembre 2022, nos 21-15.392, 21-19.341, 21-19.342, 21-19.343, arrêts estampillés B+R, *JCP G*, 2023, act. 160, note A. PIMBERT ; voy. aussi Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 19 janvier 2023, n° 21-21.516, P+B, *RDC*, juin 2023, n° RDC201k8, p. 59, note F. LEDUC.

<sup>10</sup> Ce qui revient à dire qu'une exclusion obscure, qui demande à être interprétée, doit être éradiquée : solution acquise depuis Cass. (1<sup>re</sup> civ.), 22 mai 2001, n° 99-10.849, *D.*, 2001, p. 2776, note B. BEIGNIER ; *RGDA*, 2001, p. 944, note J. KULLMANN ; *Resp. civ. et assur.*, 2001, chron. 19, H. GROUDEL.

b) *Étendue de la garantie*

18. *En ce qui concerne l'étendue de la garantie en montant*, un débat a pu naître sur le montant des pertes indemnisables. Ainsi, même si l'établissement n'avait pas fait l'objet d'une fermeture administrative, son activité aurait été nécessairement réduite en raison du confinement de la population à domicile et, même en l'absence de confinement, en raison de la peur de la population qui aurait conduit celle-ci à éviter de trop se déplacer.

19. *En ce qui concerne l'étendue de la garantie dans le temps*, le débat porte sur une éventuelle globalisation des sinistres. S'agissant d'une assurance de choses, celle-ci n'est pas prévue par la loi (à la différence des assurances de responsabilité<sup>11</sup>). Il faut donc une clause de globalisation ou, à tout le moins, que la globalisation résulte de la volonté non équivoque des parties. En présence d'un seul contrat d'assurance pour compte, qui couvrirait par exemple tous les commerçants affiliés à la même enseigne, on peut considérer que la limite s'entend par contrat. Il y aurait donc une clause de globalisation tacite.

20. Une autre globalisation pourrait intervenir autour de l'événement (et non plus du contrat). On peut se demander si l'épidémie n'a donné lieu qu'à un seul sinistre ou à plusieurs, autant que de vagues de l'épidémie ayant donné lieu à des fermetures administratives distinctes. Comme l'événement générateur est la fermeture et non l'épidémie qui constitue, tout au plus, la « cause technique »<sup>12</sup> (en l'occurrence sanitaire) à l'origine de cette fermeture, on peut penser qu'il y a une pluralité de sinistres, autant que d'arrêtés ministériels de fermeture. Une globalisation autour de cette « cause technique » supposerait une clause en ce sens.

21. Quant à la limite de garantie « par année », qui est presque toujours présente, son appréciation dépend de savoir si l'on estime qu'il y a plusieurs sinistres pour toute la période de pandémie, ou un seul. Selon la solution retenue, il y aura une ou plusieurs années de rattachement (et donc un ou plusieurs « pleins de garantie » au bénéfice de l'assuré). En outre, et à supposer que la garantie soit due pour la première année et pas pour la suivante (en raison de l'insertion d'une clause lors du renouvellement du contrat, qui exclurait expressément les conséquences de la Covid-19), si le rattachement se fait au premier contrat (en raison d'une globalisation du sinistre), la garantie sera due pour toutes les périodes de fermeture administrative suivantes, nonobstant cette clause.

11 Pour lesquelles, voy. C. assur., art. L. 124-1-1, *in fine* : « Un ensemble de faits dommageables ayant la même cause technique est assimilé à un fait dommageable unique ».

12 Au sens où l'entend, pour les assurances de responsabilité civile, l'art. L. 121-1-1 C. assur., préc.

c) *Théorie juridique*

22. S'agissant de la théorie juridique, les contentieux relatifs aux pertes d'exploitation consécutives à la crise de la Covid-19 ont donné lieu à des débats intéressants. Outre ceux liés à la globalisation des sinistres, qui ont été déjà évoqués<sup>13</sup>, on citera pêle-mêle :

- *La distinction des pertes et des dommages*<sup>14</sup>. Elle pose problème dès lors qu'est en cause l'indemnisation de pertes sans dommages. C'est le moment de rappeler qu'un bien (et plus généralement une valeur) peut être perdu, matériellement ou économiquement, sans être pour autant endommagé au sens où il aurait subi une atteinte ou une lésion.
- *La notion de dommage matériel*, au moins quand il est défini largement comme toute atteinte à un bien, y compris incorporel. Un fonds de commerce est, de ce point de vue, un bien. Mais, on peut douter que sa perte de valeur caractérise un sinistre « pertes d'exploitation », lequel est lié à une cessation ou une diminution d'activité. Cette perte de valeur est, en effet, la conséquence de cette cessation et non sa cause. Quant à l'activité elle-même dont la cessation ou la diminution est bien, pour sa part, la cause des pertes d'exploitation, peut-elle être regardée comme un bien ? On peut en douter dès lors qu'ordinairement, elle n'est pas considérée comme une valeur en soi, mais plutôt comme une source de valeur.
- *La notion de fermeture d'établissement*. À supposer que celle-ci soit couverte par la police, peut-on considérer qu'elle est caractérisée en présence d'arrêtés ministériels qui se bornent à interdire l'accès de la clientèle à l'établissement (et encore, pour les restaurants, pour la seule consommation sur place, la vente à emporter demeurant permise<sup>15</sup>) ? On peut fortement en douter<sup>16</sup>.
- *La notion d'épidémie* : doit-on considérer qu'il y a épidémie pour une maladie qui se propage rapidement ? Ou doit-on privilégier le critère du nombre de personnes infectées<sup>17</sup> ? Selon que l'on consulte tel ou tel expert,

13 *Supra*, n<sup>os</sup> 19 et s.

14 Sur laquelle, voy. L. MAYAUX, « Autour des pertes et dommages : chronique du coronavirus », *RGDA*, juin 2020, n<sup>o</sup> 117m6, p. 17.

15 Arrêté du 15 mars 2020, modifiant l'arrêté du 14 mars 2020, portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19, art. 1. I : « afin de ralentir la propagation du virus covid-19, les établissements relevant des catégories mentionnées à l'article GN1 de l'arrêté du 25 juin 1980 susvisé figurant ci-après *ne peuvent plus accueillir du public* jusqu'au 15 avril 2020 [...] : - au titre de la catégorie N : Restaurants et débits de boissons, *sauf pour leurs activités de livraison et de vente à emporter...* » (passages soulignés par nous).

16 Voy., après ce colloque, refusant d'assimiler interdiction d'accès au public et fermeture, pour un établissement de restauration rapide, Trib. com. Paris (3<sup>e</sup> ch.), 28 octobre 2023, R.G. n 2022017125, inédit.

17 Voy., écartant ce critère, un communiqué de presse de l'agence régionale de santé du grand-est intitulé « L'épidémie de méningocoque B dans l'agglomération strasbourgeoise progresse : un sixième cas signalé », disponible à l'adresse : <https://www.grand-est.ars.sante.fr/media/104011/download?inline>. Six cas, ce n'est pas un grand nombre de cas.

ou tel ou tel dictionnaire, la réponse diffère. Mais on peut se demander si l'on ne fait pas trop de place aux opinions des experts ou aux définitions des dictionnaires quand on s'attache à l'interprétation des clauses.

23. À cet égard, une réflexion sur la notion de clarté d'une clause doit être entreprise<sup>18</sup>. La clause doit être claire pour qui ? Son rédacteur ? Son lecteur ? Quel lecteur ? Et elle doit être claire à quel moment ? À la première lecture ? À la relecture ? Par ailleurs, il faut prendre garde à des documents ou opinions extrinsèques au contrat qui sont propres à désorienter le lecteur, y compris quand il est un juge. Il va de soi qu'on trouvera toujours un dictionnaire qui définisse une notion différemment des autres, ou un expert (professeur de médecine ou autre) qui définira telle notion d'une manière particulière. Cela contribue à obscurcir toute clause, même la plus claire en apparence. À notre avis, au moins pour les exclusions, et dans la mesure où est en cause la protection de l'assuré, l'exclusion claire est celle qui est compréhensible *pour lui*. L'appréciation *in abstracto* de la clarté doit donc être nuancée de considérations plus subjectives, tirées par exemple du caractère d'averti ou de profane de l'assuré.

### 3) Les gestes commerciaux

24. La question des gestes commerciaux est juridiquement intéressante bien que peu théorisée<sup>19</sup>. Selon les dictionnaires<sup>20</sup>, un geste, c'est à la fois un mouvement (par exemple un mouvement de la main) et un signe qui demande à être décrypté (dans l'exemple, un signe d'au revoir... ou d'adieu, que traduit ce mouvement). Dans le geste commercial, c'est un mouvement d'un portefeuille à un autre. Mais de quoi est-il le signe pour l'assureur ? D'un attachement au client ou à la clientèle ? D'une certaine pingrerie ou d'une relative fébrilité ? À propos de la Covid-19 et aux marges du sujet, il faut d'abord signaler la contribution de la profession de l'assurance au fonds de solidarité mis en place par les pouvoirs publics et destiné aux PME et TPE économiquement touchées par le confinement. Elle s'est élevée à 400 millions d'euros<sup>21</sup>, ce qui est à la fois beaucoup et peu au regard du poids financier du secteur de l'assurance.

25. À un niveau inférieur, en passant des victimes de la pandémie aux seuls assurés auprès de telle ou telle compagnie, on relèvera la multiplication des initiatives émanant des assureurs à l'égard de leur clientèle. Cette démarche

18 Voy., depuis ce colloque, notre article, « Réflexions sur la clarté des clauses en assurance », *RGDA*, juillet 2023, n° RGA20116, p. 6.

19 H. BARBIER, « Le statut juridique du geste commercial », *RTD civ.*, 2019, p. 312 ; L. MAYAUX, « Le jeu de l'assurance face aux pertes d'exploitation », *RDC*, mars 2021, n° 117k1, p. 181.

20 Auxquels il faut bien se référer, malgré les critiques qu'on leur a ici adressées (*supra*, nos 22 et s.). Voy., en l'occurrence, dictionnaire *Le Robert*, v° Geste, disponible à l'adresse : <https://dictionnaire.lerobert.com>.

21 Voy. le site internet de *France Assureurs* : <https://www.franceassureurs.fr/assurance-protege-finance-et-emploi/assurance-protege/assurance-en-pratique-pour-les-particuliers/coronavirus-covid-19-et-assurance/>.

est assez nouvelle car ordinairement, quand il y a geste commercial, il est fait au profit d'un client déterminé, en fonction de sa situation particulière, dans le but d'éviter de le perdre. Souvent d'ailleurs, le geste est fait par le distributeur et non par l'assureur. Au contraire, pour les sinistres liés à la Covid-19, les gestes ont visé tous les clients de tel assureur qui avaient conclu le même contrat. On a donc affaire à une appréciation *in abstracto* : il s'agit de retenir une clientèle et non un bon client.

26. En outre (encore que les assureurs considérés s'en défendent dans leur communication externe), ces gestes ont pu être conditionnés à une renonciation à agir en justice, ce qui fait que l'acceptation du geste par l'assuré a pu conduire à une transaction. Le procédé n'est pas en soi critiquable, mais il doit être dépourvu d'équivoque. En outre, il s'éloigne du geste commercial classique qui est un règlement « hors contrat », alors qu'ici, il peut conduire à exclure la loi contractuelle dans des hypothèses où elle trouverait à s'appliquer. Il est plaisant d'observer que, pour certains contrats ayant fait l'objet de tels gestes, les assurés qui les avaient refusés ont pu obtenir des indemnisations supérieures par les juridictions du fond au titre du contrat considéré. À l'inverse, un assureur (AXA) a fait en juin 2021 une offre transactionnelle à propos de son contrat standard souscrit par ses assurés restaurateurs (portant sur une somme correspondant à 15 % du chiffre d'affaires de leur activité de restauration durant les fermetures intervenues entre mars et octobre 2020, soit l'équivalent de 50 % de leur manque à gagner), dans la limite d'une enveloppe globale de 300 millions d'euros<sup>22</sup>. Or, fin 2022 et comme on l'a vu, AXA a obtenu, pour ce contrat, gain de cause devant la Cour de cassation qui a estimé que sa garantie n'était pas due<sup>23</sup>.

27. Au total, la profession évalue à 2,6 milliards d'euros les mesures qu'elle a prises sur un plan extracontractuel, en faveur des entreprises pendant le confinement (y compris la participation au fonds de solidarité)<sup>24</sup>.

## II. Les assurances du particulier

28. On envisagera successivement l'assurance automobile (A) et les assurances de santé et de prévoyance (B), qui ont particulièrement attiré l'attention au début de la pandémie, les premières en raison de la baisse de la sinistralité, les secondes du fait de sa hausse. En réalité, elles ont été relativement peu impactées.

22 S. POULLENNEC et C. BRIARD, « AXA débloque 300 millions d'euros pour faire la paix avec les restaurateurs », *Les Echos*, 10 juin 2021, disponible à l'adresse : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/covid-axa-propose-de-verser-300-millions-deuros-pour-indemniser-les-perdes-des-restaurateurs-1322365>.

23 Cass. (2<sup>e</sup> civ.), 1<sup>er</sup> décembre 2022, préc.

24 Voy. le site internet de *France Assureurs*, préc.

## A) L'assurance « automobile »

29. En ce qui concerne cette assurance, une interrogation, toute naturelle, porte sur la réduction éventuelle de la prime qui serait liée à la baisse de la sinistralité tenant au fait que le confinement avait réduit fortement les déplacements<sup>25</sup>. Globalement, il n'y a pas eu de baisse significative de prime, même si, ponctuellement, certains assureurs ont pu avoir une attitude plus proactive. Ils ont alors opéré en consentant soit à des ristournes, soit à des gels de tarifs pour l'année en cours, voire pour les années à venir. *France Assureurs* (l'organisation professionnelle des assureurs français) a estimé le coût des mesures extracontractuelles prises par les assureurs en assurance automobile à environ 300 millions d'euros.

30. La question d'un remboursement généralisé des primes automobile a été soulevée par l'association de consommateurs « UFC que Choisir ? », qui a mis en avant l'article L. 113-4 du Code des assurances (selon lequel « l'assuré a droit en cas de diminution du risque en cours de contrat à une diminution du montant de la prime ») pour demander des remboursements de prime<sup>26</sup>. Néanmoins, cette demande en est restée là, car juridiquement elle était infondée. En effet, selon l'article L. 113-4 du Code des assurances, si l'assureur ne consent pas à la diminution de la prime, l'assuré a seulement la possibilité de « dénoncer le contrat ». La résiliation prend alors effet 30 jours après la dénonciation et l'assuré a droit au remboursement de la portion de prime afférente à la période pendant laquelle le risque n'est plus couvert (principe dit de « divisibilité de la prime »). Mais, pour la période antérieure à la prise d'effet de la résiliation, il n'y a aucun remboursement de prime prévu par cet article. Quant à la résiliation, la législation actuelle (postérieure à l'article L. 113-4 du Code des assurances, lequel remonte, pour sa part, à la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989) permet, en toute hypothèse, une résiliation à tout moment des contrats « automobile » du particulier, passée la première année du contrat<sup>27</sup>. Au moins après l'expiration de cette première année, la résiliation de l'article L. 113-4 a perdu son intérêt.

31. Au demeurant, on peut douter que l'on ait affaire à une véritable diminution du risque au sens de ce texte, qui s'entend d'une diminution pérenne (par exemple quand le véhicule est désormais utilisé principalement à la campagne ou conduit par un conducteur principal expérimenté : le père plutôt

25 La charge des prestations en assurance « automobile » a diminué de 6,6 % en 2020 par rapport à l'année précédente ; voy. « Rapport annuel 2020 », *France Assureurs*, p. 24. Le même mouvement est constaté pour les dommages aux particuliers (diminution de 4,9 % : rapport préc.). Il est vrai que les voleurs comme leurs potentielles victimes s'étaient confinés !

26 Voy. la lettre type figurant sur le site de l'association : <https://www.quechoisir.org/lettre-type-coronavirus-demande-de-diminution-du-montant-de-la-prime-d-assurance-automobile-en-raison-du-confinement-n78879/#:~:text=Vous%20pouvez%20demander%20une%20baisse,du%20montant%20de%20la%20prime%20.>&text=Ce%20modèle%20de%20lettre%20a,l'UFC-Que%20Choisir.

27 C. assur., art. L. 113-15-2, réd. loi n° 2014-344, 17 mars 2014, dite « loi Hamon ».

que son fils). Or, en l'espèce, on a plutôt assisté à une diminution provisoire de la sinistralité, liée à la moindre fréquence des déplacements, laquelle (sauf l'incidence d'un télétravail désormais entré dans les mœurs) n'est pas appelée à durer.

32. Enfin, on peut se demander si, hors le cas des mutuelles à cotisations variables qui peuvent procéder à des ajustements de cotisations (à la hausse comme à la baisse) de manière rétroactive<sup>28</sup>, il est possible pour un assureur de restituer une partie de la prime. La prime est un prix et, en tant que tel, ne se restitue pas, même partiellement. Quant à la réduction de prix prévue au nouvel article 1223 du Code civil<sup>29</sup>, il est douteux qu'elle trouve ici à s'appliquer. D'une part, cet article suppose une « exécution imparfaite de la prestation » par le débiteur. Or, ici, on ne peut reprocher à l'assureur d'avoir imparfaitement exécuté sa prestation de garantie. D'autre part, on peut penser, eu égard au fait qu'en assurance, la prime est en principe fixe, que le droit commun des contrats est ici écarté.

## B) Les assurances « santé » et « prévoyance »

33. Le tableau est ici contrasté. Pour les frais de soins, les assurances « complémentaires santé » ont été peu mises en œuvre, les sinistres liés à la Covid-19 ayant été pris en charge quasiment à 100 % par la Sécurité sociale. Par contre, pour les garanties de prévoyance (indemnités journalières en cas d'arrêts de travail, prestations « invalidité »), les assureurs sont intervenus pour les arrêts maladie, spécialement pour les travailleurs indépendants.

34. En effet, les contrats collectifs de prévoyance prévoient en général, pour les salariés, des franchises temporelles de 40 ou 45 jours, et n'ont donc pas pris en charge les confinements préventifs ou curatifs qui étaient généralement (sauf l'hypothèse de la « COVID longue ») d'une durée moindre. En revanche, pour les travailleurs indépendants, les franchises sont plus courtes et une prise en charge était, de ce fait, possible. Il en est résulté une augmentation de la fréquence des sinistres et donc un surcoût pour les assureurs.

35. Enfin, on peut s'interroger sur la notion d'état pathologique assurable, au sens de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite « loi Évin » (art. 2 et 3). Cet état pathologique étant distinct de la maladie *stricto sensu*, on peut se demander à quelle catégorie rattacher l'état de la personne testée positive, mais qui ne présente aucun symptôme de la maladie. D'après *France Assureurs*, il n'y a eu aucun contentieux sur ce point.

28 C. assur., art. L. 322-26-1.

29 C. civ., art. 1223, issu de l'ordonnance n° 2016-131, 10 février 2016, modifié par la loi n° 2018-287, 20 avril 2018.

## Conclusion

36. En conclusion à ce rapport et dans une optique prospective, on peut se demander si des dispositifs pourraient être mis en place pour permettre la prise en charge de futures pandémies, qu'on espère les plus tardives possibles. La profession de l'assurance (en la personne de *France Assureurs*) y avait songé dès juin 2020. Ce dispositif, dit CATEX (catastrophes exceptionnelles), a été présenté aux pouvoirs publics. Il prévoyait pour l'avenir (donc hors Covid-19) le versement d'un « capital résilience » (dans les 20 à 30 jours de la déclaration de sinistre) en cas de fermeture administrative consécutive à une épidémie. Celui-ci serait égal à 50% de la marge brute perdue (hors masse salariale et hors bénéfice). Le dispositif n'a finalement pas été retenu par les pouvoirs publics (voy. la déclaration de Bruno Le Maire, ministre de l'Économie, le 7 décembre 2020<sup>30</sup>). Ceux-ci ont estimé qu'il n'était pas opportun, en cette période de crise sanitaire, d'accroître les charges des entreprises, par l'instauration d'une cotisation obligatoire supplémentaire.

---

30 Consultable sur le site internet *Vie publique* : <https://www.vie-publique.fr/discours/277638-bruno-le-maire-07122020-assurances>.



**Chapitre 6.**  
**Assurance et pandémie**  
**Rapport portugais**

---

**Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA**

*Docteur en droit (Institut Universitaire Européen, Florence)*

*Professeur à l'Université de Minho (Portugal)*

*Conseiller au Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)*

## I. L'assurance de responsabilité civile

### A) L'assurance de responsabilité civile des professionnels de santé exerçant leur activité hors des cadres d'un cabinet médical ou d'une clinique

L'article 137 du régime juridique du contrat d'assurance, approuvé par le décret-loi n° 72/2008 du 16 avril 2008<sup>1</sup>, définit l'assurance de responsabilité civile comme celle qui couvre le risque de constitution, dans le patrimoine de l'assuré, d'une obligation de réparation du dommage causé à autrui.

Il n'y a pas de régime spécial d'assurance de responsabilité civile pour les professionnels de santé. L'assurance n'étant pas obligatoire, les assureurs les plus importants sur le marché portugais, tels que Fidelidade et Ageas/Ocidental, proposent des assurances facultatives.

L'Ordre des médecins portugais a établi un protocole avec un assureur – Ageas Seguros<sup>2</sup>. L'Ordre des infirmiers est allé plus loin, ayant contracté, lui-même, une assurance couvrant la responsabilité civile de tous les infirmiers, jusqu'à la limite de 150.000 euros<sup>3</sup>.

Les conditions générales de toutes ces assurances garantissent la responsabilité qui, *d'après la loi civile*, est imputable à l'assuré *du fait d'une erreur ou d'une faute professionnelle commise dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle*.

Il est permis de douter que la contamination d'un patient par la Covid-19 engage *toujours* la responsabilité civile du professionnel de santé. Le droit portugais ne prévoyant aucune clause générale de *responsabilité objective, sans faute*, la responsabilité d'un professionnel de santé ne sera engagée que si le patient réussit à prouver qu'il connaissait ou qu'il devait connaître un risque anormal de contamination d'un patient par la Covid-19<sup>4</sup>. Or, la preuve de cette connaissance d'un risque anormal de contamination est si difficile à apporter que *l'hypothèse d'une responsabilité civile du professionnel de santé du fait de la contamination d'un patient par la Covid-19 n'est qu'une hypothèse académique, dont la vérification est tout à fait improbable*<sup>5</sup>.

1 Modifié par le décret-loi n° 147/2015 du 9 septembre 2015 et par la loi n° 75/2021 du 18 novembre 2021.

2 <https://www.ageas.pt/protocolos/protocolos/saude/ordem-dos-medicos/>.

3 <https://www.ordemenfermeiros.pt/arquivo-de-p%C3%A1ginas-antigas/seguro-de-responsabilidade-civil-profissional/>.

4 Voy., par exemple, N. M. PINTO OLIVEIRA, « Point de vue extérieur », in P. JOURDAIN (dir.), *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, t. 36, Bibliothèque de l'Institut de la Recherche Juridique de la Sorbonne André Tunc, Paris, IJRS Éditions, 2012, pp. 841-862.

5 Voy., par exemple, M. MIRANDA BARBOSA, « Covid-19 e responsabilidade civil: vista panorâmica », *Revista de direito da responsabilidade*, 2020, pp. 250-279, spéc. p. 274 ; ou N. TRIGO DOS REIS, « Responsabilidade civil por contágio pelo novo coronavírus? Algumas notas sobre a responsabilidade aquiliana em tempos de pandemia », *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, n° 1, pp. 533-569.

Compte-tenu de cette improbabilité, les doutes portant sur l'interprétation des conditions générales des assurances de responsabilité civile des professionnels de santé n'ont fait l'objet d'aucune décision juridictionnelle (du moins, d'aucune décision juridictionnelle *publiée*).

## **B) L'assurance de responsabilité civile des professionnels de santé exerçant leur activité dans des cabinets médicaux ou des cliniques**

Les conséquences pratiques de l'adoption d'un régime spécial d'assurance de responsabilité civile pour les professionnels de santé, d'où découlerait, par exemple, une *obligation de contracter une assurance couvrant les risques inhérents à leur activité*, y compris ceux de contamination d'un patient par la Covid-19, seraient pourtant limitées.

En effet, l'hypothèse d'un professionnel de santé *isolé*, agissant hors des cadres d'un cabinet médical ou d'une clinique, n'est aujourd'hui qu'une *possibilité théorique*.

Le seul cas envisageable est, par conséquent, celui d'une *responsabilité des établissements de santé* ou d'une *responsabilité des professionnels exerçant leur activité dans des établissements de santé*.

Or, il y a un régime spécial d'assurance de responsabilité des établissements de santé privés, y compris les cabinets médicaux et les cliniques, et/ou d'assurance de responsabilité des professionnels de santé exerçant leur activité dans des établissements privés.

Le décret-loi n° 279/2009 du 6 octobre 2009<sup>6</sup> et le décret-loi n° 127/2014 du 22 août 2014<sup>7</sup> énoncent les conditions de fonctionnement des établissements de santé privés.

L'assurance obligatoire de responsabilité civile des établissements de santé privés et des professionnels de santé exerçant leur activité dans des établissements de santé privés résulte d'une certaine catégorie de règlements administratifs, dite *portarias*, qui édictaient les dispositions du décret-loi n° 279/2009 et qui édictent désormais les dispositions du décret-loi n° 127/2014.

L'article 5 du règlement (*portaria*) du ministère de la Santé n° 287/2012 du 20 septembre 2012, modifié par le règlement (*portaria*) n° 136-B/2014 du 3 juillet 2014, porte sur l'ensemble des établissements de santé privés.

Il prend comme point de départ la distinction entre *l'exercice de la médecine dans le cadre d'un cabinet médical (consultório)* et *l'exercice de la médecine dans le cadre d'une clinique médicale (clínica médica)*.

6 Modifié par le décret-loi n° 164/2013 du 6 décembre 2013 et ensuite abrogé par le décret-loi n° 127/2014 du 22 août 2014.

7 Modifié par le décret-loi n° 125/2019 du 28 août 2019.

Le critère le plus important de la distinction réglementaire est la *hiérarchie* de l'organisation ou de la structure dans le cadre de laquelle le professionnel de santé exerce son activité.

L'alinéa 2 de l'article 2 du règlement (*portaria*) n° 136-B/2014 définit la *clinique médicale* comme « l'unité de santé privée soumise à une organisation hiérarchique où l'on fait le diagnostic ou le traitement de malades d'une ou de plusieurs spécialités médicales ou chirurgicales ».

L'alinéa 3 de l'article 2 définit le *cabinet médical* comme l'unité de santé privée [sans organisation hiérarchique] où l'on fait le diagnostic ou le traitement *ambulateurs* de malades d'une ou de plusieurs spécialités médicales ou chirurgicales.

En plus, l'alinéa 2 explique que l'activité d'une *clinique* exige le travail de plusieurs médecins et d'autres professionnels de santé, tels que les infirmiers, et l'alinéa 3 que l'activité d'un *cabinet* n'exige que le travail d'un ou de plusieurs médecins, ceux-ci exerçant leur activité d'une façon indépendante les uns des autres, « sans aucune structure hiérarchisée ».

Les cliniques médicales sont tenues de contracter une assurance couvrant les risques inhérents à leur activité et d'exiger de leurs professionnels qu'ils contractent une assurance de responsabilité civile professionnelle valable<sup>8</sup>. Les cabinets médicaux, par contre, ne sont pas tenus de contracter une assurance couvrant les risques inhérents à leur activité<sup>9</sup>.

En ce qui concerne les cabinets médicaux, seule l'assurance de responsabilité civile et professionnelle des médecins y exerçant leur activité professionnelle est requise<sup>10</sup>.

L'obligation de contracter une assurance couvrant les risques inhérents à l'activité de l'établissement a été reprise, presque mot pour mot, par l'article 5 du règlement (*portaria*) du ministère de la Santé n° 268/2010 du 12 mai 2010, sur les cliniques dentaires ; par l'article 5 du règlement (*portaria*) du ministère de la Santé n° 801/2010 du 23 août 2010, modifié par le règlement (*portaria*) du ministère de la Santé n° 1056-A/2010 du 14 octobre 2010, sur les centres de soins infirmiers ; par l'article 6 du règlement (*portaria*) du ministère de la santé n° 33/2014 du 12 février 2014, sur les établissements de santé privés où l'on pratique la médecine nucléaire, et par l'article 7 du règlement (*portaria*) n° 392/2019 du 5 novembre 2019 modifié par le règlement (*portaria*) n° 218-A/2020 du 16 septembre 2020 et par le règlement (*portaria*) n° 130/2022 du 29 mars 2022, sur les laboratoires d'analyse clinique et d'analyse pathologique<sup>11</sup>.

8 Voy. art. 5, al. 1<sup>er</sup>, du règlement (*portaria*) n° 136-B/2014 du 3 juillet 2014.

9 Voy. art. 5, al. 2, du règlement (*portaria*) n° 136-B/2014 du 3 juillet 2014, *a contrario sensu*.

10 Voy. art. 5, al. 2, du règlement (*portaria*) n° 136-B/2014 du 3 juillet 2014.

11 Voy. M. I. OLIVEIRA MARTINS, « Seguro de responsabilidade civil dos profissionais de saúde. Entre a autonomia privada e a proteção social », in A. G. DIAS PEREIRA, F. ALBUQUERQUE MATOS,

Les risques de contamination étant inhérents à l'activité des établissements de santé, la plupart des cas de contamination seraient couverts par des assurances obligatoires.

## II. L'assurance des pertes d'exploitation des entreprises

Le site de l'Autorité de surveillance des assurances et des pensions (ASF) définit l'assurance des pertes d'exploitation comme « [le] contrat par lequel l'assureur garantit [à l'entreprise assurée] une indemnisation telle que, malgré les dommages matériels subis et les responsabilités qui en découlent, les résultats financiers des activités de l'entreprise assurée ne soient pas affectés par un incendie, par un bris de machine ou par d'autres événements ».

Cette définition oppose les *perdas imateriais impuros*, c'est-à-dire, les *perdas imateriais provocados por um dano material*, et les *perdas materiais impuros*.

La plupart des assurances des pertes d'exploitation des entreprises, y compris l'assurance *all risks*, ne couvrent que les *perdas imateriais impuros*, c'est-à-dire les pertes provoquées par un dommage aux bâtiments ou par un dommage aux choses, notamment par un dommage aux machines dont le fonctionnement est indispensable à l'exercice de l'activité de l'entreprise.

Le rapport de l'ASF sur l'impact de la Covid-19 sur l'activité des entreprises d'assurances ne fait aucune mention des assurances des pertes d'exploitation, ni des gestes commerciaux consentis par les assureurs<sup>12</sup>.

L'omission pourra peut-être s'expliquer par le fait que la plupart des assurances des pertes d'exploitation ne couvraient pas les *perdas imateriais puros*, telles que celles provoquées par les fermetures administratives d'établissements pour raisons sanitaires.

Les bases de données de jurisprudence disponibles au Portugal n'indiquent qu'un arrêt portant sur la prise en charge des pertes d'exploitation du fait de la fermeture des établissements – celui de la cour d'appel de Lisbonne du 12 mai 2022<sup>13</sup>.

Il s'agissait d'interpréter les conditions générales d'un contrat d'assurance qui couvrait les *perdas imateriais puros* résultant de la fermeture de l'établissement *determinada por um trouble à l'ordre public* ou *por uma decisão d'une*

J. BARCELÓ DOMENECH et N. ROSENVALD (dir.), *Responsabilidade civil em saúde – Diálogo com o Doutor Jorge Sinde Monteiro*, Coimbra, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021, pp. 291-316.

12 Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), *Impacto da pandemia COVID-19 na atividade Não Vida das empresas de seguros – 2020*, Lisbonne, juillet 2021.

13 <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/7b0b171854f588e78025884f0036b3f3?OpenDocument>.

*autorité ayant la finalité de protéger les biens personnels et matériels mis en danger du fait d'un trouble à l'ordre public.*

L'assuré invoquait qu'une pandémie était un trouble à l'ordre public et que la décision de fermeture des établissements était une décision d'autorité au sens des conditions générales de l'assurance.

La cour d'appel de Lisbonne a pourtant rejeté le renvoi, en soutenant qu'une pandémie ne saurait être qualifiée de trouble à l'ordre public au sens des conditions générales du contrat et que, par conséquent, les pertes d'exploitation subies par la requérante par suite de la fermeture de son établissement ne sauraient être couvertes par l'assurance contractée.

### III. Les autres assurances

#### A) L'assurance automobile : les conséquences de la diminution du risque de la circulation routière

L'article 92 du régime juridique du contrat d'assurance consacre une disposition générale comparable à celle de l'article L. 113-4 du Code des assurances français : en cas de diminution du risque de sinistre, l'assuré a droit à une diminution du montant de la prime.

La seule différence entre les deux dispositions porte sur les conditions d'une diminution du risque au sens de l'article 92.

L'article L. 113-4 du Code des assurances n'exigeant qu'une diminution du risque, l'article 92 du décret-loi n° 72/2008 énonce deux conditions supplémentaires : en premier lieu, la diminution du risque doit être durable et, en deuxième lieu, elle doit être d'une nature telle qu'elle aurait des conséquences, des reflets, sur les conditions du contrat d'assurance<sup>14</sup>.

Ces deux conditions supplémentaires faisaient pourtant douter de l'application de l'article 92 du décret-loi n° 72/2008 à la diminution des risques du fait de la suspension des activités économiques.

De tels doutes portaient notamment sur l'application de l'article 92 à la diminution des risques du fait de la diminution de la circulation routière.

On argumentait, d'une part, que la diminution du risque provoquée par la diminution de la circulation routière ne saurait être durable<sup>15</sup>.

On argumentait, d'autre part, que les risques de l'augmentation ou de la diminution de la circulation routière ne sont pas normalement pris en

14 Voy., par exemple, L. POÇAS, « O surto de covid-19 e a diminuição do risco seguro », *Revista de direito comercial*, 2020, pp. 881-926 ; ou M. E. GOMES RAMOS, « Contrato de seguro e cobertura de riscos associados à pandemia de covid-19 », *Revista da Ordem dos Advogados*, 2020, vol. 80, pp. 767-797.

15 L. POÇAS, « O surto de covid-19 e a diminuição do risco seguro », *op. cit.*, pp. 895-896.

considération lorsqu'il s'agit de déterminer les primes de l'assurance<sup>16</sup> : en effet, les assureurs n'acceptent pas une prime plus basse pour ceux qui circulent le moins et n'exigent pas une prime plus élevée pour ceux qui circulent le plus<sup>17</sup>.

Les doutes sur l'application du régime général de l'article 92 du décret-loi n° 7272008 expliquent peut-être les dispositions du décret-loi n° 20-F/2020 du 12 mai 2020.

Celui-ci distinguait le régime général de l'adaptation du contrat d'assurance du fait de la diminution du risque et le régime spécial de l'adaptation du contrat d'assurance du fait de la suspension des activités économiques de l'assuré, y compris la fermeture de établissements.

L'article 2 du décret-loi n° 20-F/2020 établissait le régime général de la diminution du risque. Il n'accordait à l'assuré qu'une faculté, celle de proposer à l'assureur l'adaptation ou la modification du contrat.

L'article 3 du décret-loi n° 20-F/2020 établissait le régime spécial de l'adaptation du contrat d'assurance du fait de la suspension des activités économiques de l'assuré, y compris la fermeture des établissements. Il accordait à l'assuré plus qu'une faculté, un véritable *droit*, et il lui accordait plus qu'un droit de demander, un véritable *droit d'exiger la diminution de la prime*<sup>18</sup>.

Les conditions d'un droit à la diminution de la prime étant remplies, l'alinéa 2 de l'article 3 distinguait deux hypothèses, celle des assurances renouvelables et celle des assurances non renouvelables.

Dans le cas des *assurances renouvelables*, le droit à la diminution de la prime ne pourrait être exercé qu'au moment du renouvellement.

Dans le cas des *assurances non renouvelables*, le droit à la diminution de la prime ne pourrait être exercé qu'au moment de la cessation du contrat, l'alinéa 2 de l'article 3 déterminant que la prime devrait être ristournée dans les dix jours suivant la cessation du contrat.

Or, la diminution de la circulation routière ne remplissant que les conditions de l'article 2, les assurés n'avaient que la faculté de proposer à l'assureur la diminution de la prime.

Le rapport de l'ASF indique que les assureurs ont accepté la modification des contrats, en accordant des conditions favorables à l'assuré dans deux millions de contrats<sup>19</sup>, sans que le nombre de cas de diminution des primes apparaisse spécifiquement.

16 *Ibid.*, p. 897.

17 *Ibid.*

18 La diminution de l'activité économique au sens de l'article 3, alinéa 2, du décret-loi n° 20-F/2020 s'entendait soit de la crise économique de l'établissement de l'assuré, soit d'une diminution abrupte de la facturation de celui-ci d'au moins 40 %.

19 Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (ASF), *Impacto da pandemia COVID-19 na atividade Não Vida das empresas de seguros -2020*, *op. cit.*, p. 7.

## **B) Les assurances de santé privées (assurance-maladie et assurance-vie)**

En ce qui concerne les assurances de santé, on remarquera d'abord que le diagnostic et le traitement des cas de Covid-19 ont été faits dans le cadre du Service national de santé (SNS).

Les soins au titre du SNS étant gratuits, ou presque gratuits, les cas de sollicitation d'une assurance privée de santé, surtout d'une assurance-maladie, ont dû être plutôt limités.

On remarquera ensuite la différence entre la situation des assurances maladie et la situation des assurances vie.

La plupart des assurances vie contractées au Portugal couvraient les risques des maladies infectocontagieuses dans un cadre de pandémie, du fait qu'elles ne les excluaient pas. En revanche, la plupart des assurances maladie contractées au Portugal ne couvraient pas de tels risques.

Les assureurs ont pourtant décidé de prendre en charge les risques liés à la Covid-19, y compris les dépenses qui consistaient en la réalisation de tests diagnostiques, tels que les tests de dépistage RT-PCR, pourvu que ces tests diagnostiques aient été prescrits par un médecin<sup>20</sup>.

Le rapport de l'ASF indique qu'en 2020, du fait de l'élargissement des couvertures, l'ensemble des dépenses des assureurs a augmenté de 35,9 millions d'euros et que la décision de prise en charge des dépenses liées aux risques de la Covid-19 a été la mesure dont le coût a été le plus important<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>21</sup> *Ibid.*

## **Titre 6.**

# **La responsabilité civile de l'État**

---



# Chapitre 1.

## La responsabilité civile de l'État

### Rapport de synthèse

---

**Laurie FRIANT**

*Maitresse de conférences en droit privé, Université de Poitiers  
Membre de l'Institut Carbonnier*

La table ronde qui s'est tenue le 22 avril 2023 à Saint-Jacques-de-Compostelle avait pour objet de s'interroger sur la responsabilité de l'État dans le cadre de la pandémie Covid-19. Elle s'est proposée de dresser un état des lieux, dans une logique essentiellement prospective. Le présent rapport de synthèse s'appuie sur un échantillon composé de sept États européens : Allemagne, Belgique, Espagne, France, Portugal, République tchèque, Royaume-Uni, États auxquels s'ajoutent la Suisse, le Canada et le Québec. Au sein de cet échantillon, on retrouve quatre États fédéraux : Allemagne<sup>1</sup>, Belgique, Canada et Suisse. L'organisation étatique n'est pas sans conséquence puisqu'elle est susceptible de faire peser la responsabilité des dommages résultant de la pandémie sur un État fédéré plutôt que sur l'État fédéral. En Allemagne, par exemple, ce sont les *Länder* qui ont adopté la plupart des mesures par le biais de règlements. Une tentative d'harmonisation a néanmoins eu lieu au niveau étatique.

La question de la responsabilité de l'État ne pouvait être éludée lors d'un séminaire dont l'objet était d'envisager les responsabilités liées à la pandémie Covid-19. Alors que Michel Foucault observait l'existence d'un « droit de faire vivre »<sup>2</sup> de ce dernier, la pandémie Covid-19 a permis de rappeler qu'il ne s'agit pas d'un droit, dont l'exercice serait une simple faculté, mais bien d'une obligation. L'État est en effet tenu d'obligations en matière de protection de la santé publique et des individus dont l'exécution ou l'inexécution peuvent engager sa responsabilité. Compte tenu de l'importance qu'il joue dans cette protection, sa responsabilité semble même être celle qui doit être interrogée en premier.

Les sources de ces obligations sont diverses. On peut par exemple citer l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le droit à la vie. Ce droit fait peser des obligations sur les États, à la fois négatives (s'abstenir de porter atteinte à ce droit) et positives (prendre les mesures nécessaires à sa protection)<sup>3</sup>. Les États sont donc juridiquement tenus d'intervenir. Et la protection des droits fondamentaux a constitué l'une des raisons, parmi d'autres, de l'adoption de mesures par les différents États en réponse à ce virus.

On le sait, la pandémie Covid-19 a provoqué des bouleversements juridiques, économiques et sociaux considérables. Sa simple existence a fragilisé certains droits fondamentaux, comme le droit à la santé ou encore le droit à la vie. L'atteinte à ces droits a été plus ou moins importante, certains individus ayant été plus exposés que d'autres au virus. En France, le conseil scientifique

1 Le rapport allemand souligne que les règles de responsabilité s'appliquent sur l'ensemble du territoire fédéral, les différences concernant uniquement le droit à indemnisation dont les règles peuvent faire l'objet d'aménagements au sein des différents *Länder*.

2 M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France*, cours du 17 mars 1976, coll. Hautes études, Paris, EHESS/Gallimard/Seuil, 1997, p. 213.

3 Cour eur. D.H., 17 juillet 2014, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, req. n° 47848/08, § 130.

estimait qu'à Paris, 40 % des personnes sans domicile avaient été infectées par la Covid-19 à l'automne 2020, contre 12 % pour la population générale. Dans le cadre de la pandémie Covid-19, les États ont donc adopté différentes mesures. On peut citer les deux principales qui ont été le confinement de la population et l'interdiction d'activités et de rassemblements, incluant l'impossibilité de rendre visite à ses proches, malades ou âgés, l'interdiction d'organiser des obsèques, puis l'institution de jauges. À cela, on peut ajouter ces autres mesures :

- on a procédé à la vaccination de la population ;
- on a organisé le système de soins de façon à lutter contre ce virus. Cette lutte est devenue l'objectif prioritaire de ce système, si ce n'est le seul ;  
En France, par exemple, des interventions médicales ont été jugées non urgentes et ont été reportées. Cette situation a pu être dommageable pour certaines personnes. Quant aux interventions qui ont eu lieu, on peut se demander si certains des dommages qui en ont résulté se seraient produits dans des conditions normales, autrement dit si elles ne trouvent pas leur cause dans un manque de moyens. Un tri parmi les personnes soignées a par ailleurs été effectué, selon des critères qui pourraient être discutés ;
- on a fermé les écoles, les collèges, les lycées, les universités. L'éducation a fait l'objet d'aménagements ;
- on a également aménagé le fonctionnement juridictionnel et les règles de procédure.

Destinées à protéger des droits fondamentaux, ces mesures ont eu pour effet de restreindre l'exercice d'autres droits fondamentaux. On pense notamment :

- au droit de circuler librement et son corollaire, celui de quitter tout pays, y compris le sien (art. 13 DUDH) ;
- au droit à la liberté de réunion et d'associations pacifiques (art. 20 DUDH et art. 5 C.E.D.H.) ;
- au droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 C.E.D.H.) ;
- les aménagements en matière juridictionnelle pourraient être interprétés comme une forme de restriction apportée au droit à un procès équitable (art. 6 C.E.D.H.) ;
- on pourrait également discuter des effets de certaines de ces mesures sur le droit à l'éducation et à l'instruction (art. 26 DUDH et art. 2 du protocole additionnel de la C.E.D.H.) ;
- on peut enfin s'interroger sur l'effet de la pandémie et des mesures adoptées sur les droits des populations marginales ou exclues (personnes détenues, exilées, etc.).

Ces quelques exemples permettent d'observer que si le virus Covid-19 est une source de dommages, les mesures adoptées en réponse à son existence ont

pu à leur tour engendrer des dommages. Parmi ces dommages, on peut citer les atteintes à la santé mentale des individus qui ont résulté de ces mesures et qui ont été documentées par différentes études<sup>4</sup>. On sait également que la vaccination, en dépit de son intérêt, expose toujours à un risque de dommage. On se trouve donc d'une certaine façon dans une situation de dommages en cascade.

Si les mesures adoptées en réponse à la pandémie Covid-19 ont conduit à restreindre l'exercice de certains droits fondamentaux, cette situation n'est pas problématique en tant que telle. Les restrictions sont en effet permises par les différentes conventions en présence, notamment, de circonstances exceptionnelles : c'est l'État d'exception. C'est ainsi que le droit à la liberté consacré par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que ce droit peut être restreint pour « la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse »<sup>5</sup>. Bien que permises, ces restrictions ne peuvent qu'être temporaires. Elles doivent par ailleurs être proportionnées à la situation. Enfin, certains droits fondamentaux ne peuvent faire l'objet d'aucune restriction. Certains sont en effet intangibles et ne peuvent souffrir d'aucune restriction. Il en va ainsi du droit à l'éducation.

Ainsi, la pandémie Covid-19 a rappelé les obligations qui pèsent sur les États en matière de santé publique. La première est celle de réagir face à une situation qui expose la population à des risques. La seconde est de le faire opportunément. Une obligation de faire se double ainsi d'une obligation de faire de manière proportionnée. Ces obligations sont source de responsabilité pour l'État, qui devra répondre de tout manquement dans leur exécution. Ainsi, on a eu beau marteler le « quoi qu'il coûte », la responsabilité rappelle qu'on ne peut faire fi ni du droit en général ni du respect des droits fondamentaux en particulier. Dans le cadre de la gestion de la pandémie Covid-19, la question qui se pose donc est celle de savoir si l'État a adopté les mesures *adaptées* et *proportionnées* afin de protéger ses citoyens.

Les mesures adoptées étaient-elles suffisantes et justifiées ? Compte tenu de l'atteinte à certains droits fondamentaux qui en ont résulté, il faut se demander si celle-ci était justifiée au regard des buts poursuivis. La limitation de la propagation du virus et des formes graves de contaminations figurait parmi les buts principaux, communs aux États<sup>6</sup>. L'évitement d'une saturation du système de soins a également pu être invoqué dans certains pays, comme en France. Ces buts pouvaient-ils justifier les atteintes causées : violences domestiques, décrochage scolaire ou encore hausse de la

4 Sur la quarantaine, par exemple, voy. S. Brooks *et al.*, « The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence », *Lancet*, 2020, vol. 395, pp. 912-920.

5 C.E.D.H., art. 5e.

6 Pour la France, sur ces questions et la gestion de la pandémie en général, voy. le très éclairant ouvrage d'Alice Desbiolles, *Réparer la santé*, publié aux éditions Rue de l'Échiquier.

pauvreté<sup>7</sup> ? Ces atteintes, contrairement aux risques, n'étaient pas hypothétiques. S'agissant spécifiquement du risque de saturation du système de soins, ce risque ne révèle-t-il pas une impréparation des pouvoirs publics ? Il existait bien, de sorte que des mesures devaient être adoptées afin de le prévenir, mais celles-ci n'auraient-elles pas pu être évitées si le système de soins s'était vu octroyer les moyens nécessaires pour faire face à un événement de ce type ? La gestion de la pandémie Covid-19 pourrait ainsi révéler une carence antérieure des pouvoirs publics. En France, par exemple, entre 2016 et 2021, ce sont 21.000 lits qui ont été supprimés dans les hôpitaux<sup>8</sup>. Le risque de saturation semblait donc davantage imputable à un manque de moyens, autrement dit à une possible carence fautive de l'État, qu'à la pandémie elle-même et à un cas de force majeure. En outre, 4.300 lits d'hospitalisation complète ont été supprimés en 2021<sup>9</sup>. Le système de soins français ne semble donc pas avoir été doté des moyens supplémentaires qui lui permettraient de faire face à une nouvelle pandémie. Cette situation interroge encore quant à une possible responsabilité à l'avenir, si un nouvel événement pandémique se déclarait. Elle illustre l'une des caractéristiques des situations de crise, l'accent étant mis sur les conséquences, non sur les causes<sup>10</sup>. Or, comme l'ont souligné des auteurs, ces causes sont généralement structurelles. Jurgen Habermas souligne ainsi que « les phénomènes de crise doivent leur objectivité au fait qu'ils naissent de problèmes de régulation »<sup>11</sup>. Mais si le propre de la responsabilité est de réparer les conséquences d'un fait dommageable, elle ne le fait qu'en tenant compte des causes de ce fait. Cette discordance entre le fait et le droit semble pouvoir être une source de responsabilité de l'État.

Le simple fait d'envisager la responsabilité de l'État et l'intensité avec laquelle cette responsabilité est discutée donnent une indication sur la perception que nos sociétés ont de l'État et de son rôle. Cette perception dit sans doute beaucoup d'elles. Plus encore lorsqu'il s'agit de l'envisager à propos d'une pandémie, vive et brutale, qui invite peut-être à faire preuve d'indulgence, notamment si on tient compte des milliards d'euros dépensés par les États qui ont fait passer la santé avant l'économie, ce qui n'est pas négligeable. Mais, on le sait, les mesures adoptées ont été plus ou moins acceptées, plus ou moins respectées, et plus ou moins discutées dans les différents pays. Les mesures adoptées par l'État ont été parfois vivement contestées. Tantôt, on a reproché à l'État d'en faire trop, tantôt pas assez. Les deux critiques ont également pu être formulées en même temps. Ce fut le cas en France, par exemple.

7 En France, l'augmentation de la pauvreté après la pandémie a été mise en lumière par l'Insee.

8 « Hôpital : plus de 4300 lits d'hospitalisation complète supprimés en 2021 », *Le Monde*, 28 septembre 2022.

9 *Ibid.*

10 D. FASSIN, « Sciences sociales en temps de crise », Leçon inaugurale au Collège de France, 30 mars 2023.

11 J. HABERMAS, *Raison et légitimité*, Paris, Payot, 1978, p. 15.

La question de la responsabilité de l'État s'est-elle seulement posée dans les pays représentés dans le cadre de cette table ronde et, le cas échéant, quelle réponse est-elle susceptible de recevoir ? Le premier enjeu de cette réflexion collective était donc de déterminer s'il était pertinent de s'interroger sur le principe même de cette responsabilité. Il ressort des rapports nationaux que, dans tous les pays représentés, cette question s'est posée dans le débat public et juridique. Mais elle l'a été de façon plus ou moins importante. Dans tous les pays représentés aussi, cette responsabilité est théoriquement envisageable. À l'exception du Canada, aucun ne prévoit d'immunité<sup>12</sup>. Toutes celles qui ont existé ont disparu. Le principe de la responsabilité de l'État a même une valeur constitutionnelle au sein de certains systèmes juridiques. C'est le cas au sein des systèmes juridiques tchèque et espagnol. Mais les rapports nationaux et les discussions intervenues lors de ce séminaire du GRECA font apparaître des différences culturelles et des conceptions très différentes du rôle de l'État qui se traduisent au plan juridique, tant en ce qui concerne les règles que l'usage qui en est fait.

Les différents rapports nationaux font néanmoins apparaître une tendance à un accroissement de la responsabilité de l'État. Le rapport canadien justifie cette situation par le rôle joué par ce dernier dans la vie des citoyens. On a donc une certaine évolution des mœurs invitée ou suivie par les règles juridiques puisque les immunités tendent à disparaître, tandis que les actions se développent. L'État est ainsi susceptible de répondre de ses manquements qui causeraient des préjudices comme le ferait n'importe quelle personne juridique. Cette situation traduit le rapport que l'État moderne entretient avec ses citoyens, qui est un rapport de droit, non un « rapport de force », permettant ainsi aux « dominés d'objecter aux dominants leur propre conception d'un ordre juste »<sup>13</sup>. L'État répond donc de son propre fait lorsqu'il manque aux obligations auxquelles il est tenu. Telle est donc la responsabilité de l'État qui a été envisagée par tous les rapports nationaux. Il s'agit d'une responsabilité directe, l'État répondant de son propre fait. D'autres en envisagent une seconde : une responsabilité indirecte de l'État qui répond alors du fait d'un autre.

La responsabilité indirecte sera d'abord envisagée (I) avant de s'attarder sur la responsabilité directe (II).

12 Le droit canadien confère à l'État fédéral une immunité de principe qu'il assortit d'exceptions parmi lesquelles on peut citer la responsabilité de l'État pour la faute civile de ses préposés. Le système juridique québécois, quant à lui, ne connaît plus aucune immunité de principe et soumet l'État au droit commun. Il existe toutefois une exception pour les actes législatifs, judiciaires et administratifs.

13 A. SUPIOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 233.

## I. La responsabilité indirecte de l'État

Seuls certains rapports nationaux envisagent la responsabilité indirecte de l'État dans le cas où le dommage serait causé par ses agents. Mais elle mérite tout de même d'être abordée en raison de la place que certains systèmes juridiques lui accordent. Le rapport allemand souligne en effet que cette responsabilité est le principe, la responsabilité directe de l'État étant l'exception. Dans le cadre du régime allemand, la faute de l'agent est exigée. Le rapporteur présage qu'elle sera difficile à rapporter dans le cadre de la pandémie, en raison de son caractère exceptionnel. En cas de carence, il faudra démontrer qu'une action aurait permis d'éviter le dommage avec une probabilité proche de la certitude, ce qui semble pratiquement impossible à démontrer selon le rapporteur. Ce dernier rappelle surtout que l'État n'a pas à répondre des actes législatifs et que la plupart des mesures adoptées l'ont été par le biais de tels actes, ce qui vaut non seulement pour sa responsabilité indirecte, mais aussi pour sa responsabilité directe. Précisons que la réparation des conséquences dommageables est imputée à la collectivité dont relève l'agent, non à l'État fédéral.

La responsabilité indirecte de l'État est également envisagée par les rapports suisse, tchèque et espagnol qui précisent que la faute de l'agent n'est pas exigée. En revanche, elle peut influencer sur le *quantum* de la réparation en droit suisse, une indemnisation pour le préjudice moral pouvant être octroyée<sup>14</sup>.

Cette responsabilité indirecte n'est pas celle qui a le plus mobilisé les rapporteurs qui ont consacré l'essentiel de leur propos à la responsabilité directe de l'État.

## II. La responsabilité directe de l'État

La responsabilité directe de l'État a d'abord été pensée d'un point de vue théorique par les rapporteurs nationaux (A) avant d'être envisagée spécifiquement dans le cadre de la pandémie Covid-19 (B).

### A) Le cadre théorique de la responsabilité de l'État

**Le fondement.** L'État a adopté des mesures destinées à lutter contre la pandémie Covid-19 ou ne l'a pas fait. Il en a résulté des dommages. À quelle(s) condition(s) est-il susceptible d'en répondre ?

Dans certains systèmes juridiques, il n'existe pas un, mais des régimes de responsabilité de l'État. C'est le cas de la France, de l'Allemagne ou encore de la République tchèque. Les systèmes divergent quant au fondement de la

14 LRCE, art. 6.

responsabilité de l'État. Certains disposent d'un régime fondé sur la faute. D'autres connaissent un ou des régimes sans faute :

- c'est le cas du droit allemand, qui reconnaît le droit pour toute personne qui se soumettrait à une mesure d'intérêt général d'être indemnisée dans certaines situations. Il liste les cas concernés, parmi lesquels on retrouve celui de la victime ayant consenti un « sacrifice particulier ». Des dispositions spécifiques ont été adoptées concernant la Covid-19 ;
- c'est le cas également droit espagnol et du droit suisse. La confédération est responsable sans faute. Les cantons le sont aussi, à l'exception du canton de Genève ;
- le droit français connaît lui aussi plusieurs régimes de responsabilité étatique. Certains sont fondés sur la faute, d'autres non, comme de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques et de la responsabilité pour risque ;
- on observe la même chose en droit tchèque, qui connaît différents régimes dont l'un, sans faute, relève de la loi spéciale sur les crises sur le fondement de laquelle certaines décisions ont été prises, les autres l'ayant été sur le fondement des dispositions de la loi sur la protection de la santé publique.

**Le préjudice.** Tous les rapports soulignent que le préjudice doit être certain, mais seuls certains évoquent la nécessité de satisfaire d'autres conditions, comme l'anormalité ou l'imprévisibilité du dommage. On peut toutefois se demander dans quelle mesure ces conditions *a priori* absentes d'autres systèmes juridiques ne sont pas en réalité attendues de façon implicite.

En droit anglais, par exemple, la responsabilité pour faute ne peut être engagée que lorsque le dommage était raisonnablement prévisible. Le droit belge pourrait également faire de la prévisibilité du dommage une condition de la responsabilité. C'est en tout cas le souhait d'une proposition de loi de 2023 dont l'objet était de consacrer les critères jurisprudentiels, comme celui de la prise en compte du coût des mesures nécessaires à l'évitement du dommage.

En droit espagnol, il faut que le demandeur démontre qu'il n'a pas à supporter le dommage qu'il subit « conformément à la loi ». L'atteinte subie doit être illicite. À titre d'exemple de dommages que le citoyen doit supporter, le rapport espagnol cite les « dommages du progrès » c'est-à-dire ceux « qui découlent de faits ou de circonstances qui n'auraient pu être prévus ou évités en l'état des connaissances scientifiques ou techniques existant au moment de leur survenance ne sont pas indemnisables ». On trouve une condition semblable en droit français lorsque la responsabilité de l'État est objective. La jurisprudence exige alors un « préjudice anormal » (responsabilité pour risque) ou « grave et anormal » (responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques).

Après avoir posé le cadre théorique, les rapporteurs se sont attachés à évaluer les chances de succès d'une action en responsabilité.

## B) La responsabilité de l'État dans la gestion de la pandémie Covid-19

Si la responsabilité de l'État s'envisage au plan théorique, les rapporteurs nationaux se montrent généralement assez réservés sur les chances de voir cette responsabilité engagée dans le cadre de la pandémie Covid-19. Il existe des raisons de penser que cette responsabilité pourrait ne pas être recherchée (1) ou engagée (2).

### 1) Les obstacles à la recherche de la responsabilité de l'État

Concernant le fait que la responsabilité de l'État pourrait ne pas être recherchée, les rapports font état de raisons juridiques, économiques et socio-culturelles.

L'absence d'action en responsabilité de l'État dans certains pays pourrait-elle s'expliquer par une forme d'indulgence dont les individus feraient preuve à son égard compte tenu du caractère exceptionnel de la pandémie ? Le rapport anglais, qui rappelle que les services de santé ont été applaudis, n'écarte pas cette hypothèse. Outre les aspects liés à la pandémie, on peut se demander dans quelle mesure le caractère individuel d'une action, *a fortiori* contre l'État, n'est pas un frein. Rares sont les systèmes juridiques représentés à permettre des actions collectives qui permettent de mutualiser les moyens financiers et humains. Lorsqu'elles existent, les autres voies, comme les dispositifs d'indemnisation, sont alors susceptibles d'absorber les demandes.

Certains rapports font également état d'exigences procédurales qui pourraient être de nature à limiter les actions en responsabilité contre l'État. En droit tchèque par exemple, la responsabilité de l'État ne pourra être engagée que lorsque l'une de ses décisions a été annulée par une juridiction ou, en cas d'inertie de sa part, que sa décision de non-action a été remise en cause par une juridiction. Il y a donc un préalable juridictionnel obligatoire. Par ailleurs, ce droit enferme les actions en responsabilité dans des délais très stricts. Les actions en réparation des préjudices résultant de décisions prises sur le fondement de la loi sur les crises doivent être introduites dans les 6 mois à compter du jour où la partie a eu connaissance du dommage.

Des rapports nationaux soulignent par ailleurs le caractère subsidiaire de la responsabilité de l'État. Le droit suisse prévoit ainsi que l'autorité « peut indemniser » les dommages résultants des mesures adoptées sur le fondement de la loi sur les épidémies s'ils ne sont pas couverts autrement<sup>15</sup>. En droit allemand, la responsabilité de l'État ne peut être recherchée que dans le cas où les dispositions de la loi sur la protection contre les infections (*Infektionsschutzgesetz*), qui énumère un certain nombre de droits à indemnisation, ne s'appliquent pas<sup>16</sup>. Cette loi prévoit par exemple l'indemnisation

<sup>15</sup> Lep, art. 63.

<sup>16</sup> Cour fédérale de justice, 17 mars 2022.

de la perte de revenus subie par des personnes porteuses d'un virus ou suspectées de l'être et ayant fait l'objet d'une interdiction d'exercer leur profession. Cette indemnisation bénéficie également au personnel de structures de garde d'enfants fermées en raison d'une situation épidémique de portée nationale (art. 56, al. 1a, IfSG). Il faut préciser que ces droits à indemnisation ne visent que des cas particuliers. Ils ne concernent pas les mesures ayant un caractère général, comme celles qui ont pu viser les restaurants par exemple. Cette loi est antérieure à la pandémie Covid-19. Dans le cadre de la pandémie, seul le droit à indemnisation des personnes subissant une perte de revenus parce qu'elles soignent ou s'occupent d'un enfant a été consacré.

Il y a ainsi parfois des raisons de penser que la recherche de la responsabilité pourrait être empêchée. Quand bien même celle-ci le serait, les rapports listent les raisons pour lesquelles elle pourrait ne pas être engagée.

## 2) Les obstacles à l'engagement de la responsabilité de l'État dans la gestion de la pandémie Covid-19

Ces obstacles trouvent leur source à la fois dans les conditions de la responsabilité, comme la faute (a) ou le lien de causalité (b) ou aux possibles causes d'exonération (c), mais aussi dans une certaine réticence des juges à engager la responsabilité de l'État dans une telle situation (d).

### a) La faute

La première difficulté pour les demandeurs réside dans la nécessité de faire la preuve de la faute de l'État. Les questions qui se posent ici sont nombreuses : à quelles obligations l'État était-il précisément tenu ? Faut-il considérer qu'il y a manqué, et si oui à partir de quel moment ? Les rapporteurs prédisent que la faute sera sans doute difficile à établir en raison du caractère tout à fait exceptionnel de la pandémie. Sur ce point, le plus optimiste est le rapporteur français. Il juge l'engagement de la responsabilité de l'État pour faute en matière de police administrative envisageable. Il évoque, notamment, deux fautes qui ont déjà été opposées à l'État et retenues par des juridictions nationales :

- la première réside dans le fait de ne pas avoir suffisamment agi pour lutter contre la pandémie de Covid-19. Une juridiction administrative a jugé que l'absence de stock suffisant de masques pour lutter contre une épidémie est constitutive d'une faute, le risque d'une pandémie respiratoire étant connu et les stocks étant très inférieurs aux objectifs que l'État s'était lui-même fixés, à savoir disposer de 1 milliard des masques FFP2 (le stock était de 1,5 million) et 1 milliard de masques chirurgicaux (le stock était de 117 millions) ;
- la seconde réside dans la communication du Gouvernement ou des autorités de santé, qualifiées d'hasardeuses par le rapport. Les gouvernants avaient en effet évoqué l'absence d'utilité de porter un masque au début

de la crise. Une juridiction a jugé fautives ces déclarations, pour la période allant de février à mars 2020. Les juges ont considéré que de telles déclarations étaient contraires aux recommandations scientifiques<sup>17</sup>.

Le rapport suisse traite également cette question des déclarations des autorités et évoque pour cela une décision de 1992 dans laquelle la responsabilité de la Confédération avait été discutée en raison d'informations « juridiquement et factuellement fausses, défectueuses, tardives ou impropres adressées au public » concernant la contamination de fromages, ce qui avait eu pour effet de diminuer considérablement les ventes. La juridiction avait alors rappelé que la Confédération avait le devoir d'informer et que les informations délivrées se fondaient bien sur les connaissances scientifiques de l'époque. C'est en l'absence de ces informations qu'elle aurait engagé sa responsabilité.

La faute peut aussi prendre la forme d'une mesure disproportionnée, l'atteinte à un droit fondamental n'étant pas jugée nécessaire. Le rapport suisse évoque par exemple le cas d'une personne demandeuse d'asile qui avait été déboutée de sa demande et faisait l'objet d'une mesure d'expulsion. Le tribunal fédéral a ordonné la suspension de cette décision dans la mesure où elle ne pouvait pas être exécutée, les vols internationaux étant suspendus. La juridiction a qualifié la mesure de disproportionnée, situation qui engage la responsabilité de l'État, ainsi que le rappelle le rapporteur national. Cette situation n'a toutefois donné lieu à l'engagement d'aucune responsabilité. Dans le même ordre d'idée, le rapport tchèque évoque le fait que la décision de fermeture des frontières en mars 2020 a été déclarée inconstitutionnelle par les tribunaux.

#### b) *Le lien de causalité*

Plusieurs rapports soulignent à quel point la preuve du lien de causalité sera difficile à rapporter. Le rapport français se montrait optimiste concernant la faute, mais prédit que la condition du lien de causalité sera le principal obstacle pour les demandeurs. Les deux fautes reconnues par le tribunal administratif de Paris le 28 juin 2022, à savoir : (1) l'absence de stock suffisant de masques pour lutter contre une épidémie et (2) les déclarations gouvernementales selon lesquelles le port du masque pour la population n'était pas utile en ce qu'elles étaient contraires aux recommandations scientifiques, n'ont pas été jugées causales en première instance. Le tribunal a donc écarté toute responsabilité de l'État, faute de lien de causalité suffisamment direct entre les deux fautes retenues et la contamination du requérant par le virus. Les rapports anglais et tchèque évoquent également le fait qu'il faudra démontrer que sans le fait de l'État, le dommage ne se serait pas produit. Dès lors qu'il existe d'autres causes possibles, le demandeur devrait donc échouer.

<sup>17</sup> Voy. not. Trib. adm. Paris, 28 juin 2022, n° 2012679/6-3.

Quelques mois après le séminaire tenu en avril 2023, les juridictions françaises ont admis l'existence d'un lien de causalité dans l'une des affaires ayant donné lieu à la reconnaissance d'une faute de l'État. L'action en responsabilité avait été portée par les ayants droit de la victime décédée à la suite d'une contamination. Celle-ci, âgée de 71 ans, était atteinte d'un cancer et traitée par chimiothérapie et avait besoin d'un transport par des ambulanciers qui ne disposaient ni de masques ni de gants de protection. La cour administrative d'appel de Paris a considéré que la victime avait été particulièrement exposée au virus de la Covid-19, tout en étant particulièrement vulnérable au regard de la maladie dont elle souffrait. Elle a retenu un lien de causalité entre l'absence de stock suffisant de masques pour lutter contre l'épidémie et le décès du patient. Le préjudice réparé est celui de la perte d'une chance d'échapper à la contamination, évaluée à 25 %<sup>18</sup>. Dans toutes les autres affaires portées en appel néanmoins, le lien de causalité n'a pas été caractérisé et l'action en responsabilité de l'État rejetée.

#### *c) La possible exonération*

À supposer que les conditions de la responsabilité de l'État soient réunies, la question de son exonération pourrait se poser, notamment pour force majeure, envisagée par le rapport espagnol. Peu de rapporteurs ont abordé cette question, ce qui est logique si l'on tient compte du fait que différents régimes sont fondés sur la faute. Il semble en effet difficile de caractériser une faute à l'encontre de l'État puis de lui permettre de s'exonérer en raison de l'état des connaissances scientifiques, par exemple. Si la situation de force majeure devait se vérifier, elle ferait alors obstacle à la preuve d'une faute.

#### *d) Les réticences du juge*

Certains rapports évoquent enfin la réticence du juge à engager la responsabilité de l'État dans une situation de pandémie. À défaut d'immunité, les États pourraient bénéficier d'une forme de déférence de la part des juridictions et des juges. Deux motifs peuvent expliquer cette déférence selon certains rapports : l'intérêt général, d'une part, et le respect du principe de séparation des pouvoirs, d'autre part. Le rapport canadien souligne par ailleurs que l'État bénéficie d'une immunité qui le protège pour les décisions politiques qu'il prend, laquelle ne peut céder qu'en cas de mauvaise foi, de négligence grossière et d'insouciance grave. Une distinction entre la sphère politique et la sphère opérationnelle est faite, seule la seconde étant soumise au droit commun de la responsabilité civile, donc au contrôle des juges. Toutefois, cela ne signifie pas que l'État ne répond jamais de ses manquements, la mise en œuvre d'une politique déjà adoptée relevant de la sphère opérationnelle.

18 Voy. par ex. C.A.A. Paris (8<sup>e</sup> ch.), 20 octobre 2023, n° 22PA03988.

## Conclusion

Dans de nombreux systèmes juridiques, le principe a longtemps été celui de l'irresponsabilité de l'État. Sur ce point, on a assisté à un renversement idéologique total : le principe est désormais celui de la responsabilité de l'État. L'État est, à ce titre traité, comme n'importe quelle personne juridique et doit répondre des dommages qu'il cause. Mais la pandémie Covid-19 rappelle, s'il en était besoin, qu'il s'agit d'une personne juridique à part. La pandémie pose la question suivante : jusqu'où doit aller la responsabilité de l'État ? Doit-elle avoir des limites, et si oui, lesquelles ? La question est essentielle parce qu'elle conditionne l'étendue des obligations des États, donc le degré de protection auquel les individus ont droit.

La question des limites de la responsabilité de l'État est abordée par certains rapports nationaux. Le rapport allemand évoque par exemple une décision de la Cour fédérale de justice (BGH) du 17 mars 2022 selon laquelle « les prestations d'aide aux personnes concernées ne relèvent pas de la responsabilité de l'État, mais sont laissées à l'appréciation du législateur »<sup>19</sup>. Le rapport souligne que cette solution est conforme à la conception de la responsabilité de l'État en Allemagne, conçue pour des indemnisations ponctuelles, et non pas pour des prestations d'aide de masse<sup>20</sup>. Il ajoute que si l'on admettait la responsabilité de l'État pour des mesures prises dans le cadre de cette pandémie, on créerait une sorte d'assurance étatique. Or, on considère en Allemagne que cette indemnisation est une tâche politique, non juridique. Cette conception est, semble-t-il, assez éloignée de celle d'autres pays, que les différents rapports nationaux abordent plus en détail. Elle montre à quel point la question de la responsabilité de l'État fait apparaître des différences culturelles et des conceptions très différentes du rôle de l'État à travers les pays, lesquelles se traduisent au plan juridique.

19 A. LINTZ, « Der Gesetzgeber als letzte Hoffnung für Lockdown-Betroffene », *Verfassungsblog*, 22 mars 2022, <https://verfassungsblog.de/der-gesetzgeber-als-letzte-hoffnung-fur-lockdown-betroffene/>, consulté le 11 mars 2023.

20 B.M. QUARCH, P. PLOTTEK et P. REUTER, « § 4 Entschädigungsregelungen der Staatshaftung angewandt auf die COVID-19-Maßnahmen », in B.M. QUARCH *et al.* (dir.), *Staatshaftung in der Coronakrise*, Baden-Baden, Nomos, 2021, p. 171 ; F. THOLL, *Staatshaftung und Corona*, Munich, C.H. Beck, 2021, p. 80 ; A. LINTZ, « Der Gesetzgeber als letzte Hoffnung für Lockdown-Betroffene », *op. cit.*



# Chapitre 2.

## La responsabilité civile de l'État

### Rapport allemand

---

**Martin ZWICKEL**

*Enseignant-chercheur, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*

Entre 2020 et 2023, il y a eu, dans le droit allemand, un débat intense sur la responsabilité de l'État pour les mesures prises lors de la pandémie. À la suite de plusieurs décisions de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* – BGH)<sup>1</sup> dans lesquelles elle a rejeté toute responsabilité pour des mesures légales liées à la crise sanitaire, le calme est revenu. En droit allemand, la responsabilité de l'État pour les mesures prises en cas de crise sanitaire est limitée à des cas exceptionnels et flagrants.

De nombreuses personnes considèrent désormais que l'indemnisation des personnes touchées par des mesures légales liées à la pandémie ne relève pas du droit de la responsabilité de l'État, mais d'une tâche politique.

## I. Les fondements de la responsabilité de l'État : une multitude de justifications

Le droit allemand de la responsabilité de l'État ne repose pas sur une seule norme, mais est très diversifié<sup>2</sup>. Par ailleurs, il n'est régi par la loi que pour une part relativement faible<sup>3</sup>. Les différentes bases, reposant sur des fondements écrits et non écrits, ne se sont pas développées de manière cohérente au cours de l'histoire. Par conséquent, le droit de la responsabilité de l'État se compose de différentes bases juridiques qui visent des situations différentes. Il convient de distinguer selon que les actes de l'État étaient légaux ou illégaux et selon qu'il a été porté atteinte à la propriété ou à d'autres droits<sup>4</sup>. Toujours est-il que ces principes s'appliquent de manière uniforme à l'ensemble du territoire fédéral. Dans les lois sur la police des différents états fédéraux (*Länder*), on ne trouve que des droits à indemnisation spécifiques et supplémentaires.

La distinction entre la responsabilité pour les actes illégaux et celle pour les actes légaux de l'État est centrale. Cette dichotomie du système de responsabilité était déjà présente dans le *Allgemeines Landrecht* prussien de 1794<sup>5</sup>.

### A) Responsabilité de l'État pour comportement illégal

Le point de départ de la responsabilité de l'État pour les actes illégaux est le principe de la responsabilité propre de l'agent public. Les agents publics sont donc responsables en cas de violation fautive d'un devoir administratif selon le paragraphe 839 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB). Ce système s'explique par le fait qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, on était convaincu que

1 BGH, 17 mars 2022, III ZR 79/21, *NJW*, 2022, 2252 ; BGH, 11 mai 2023, III ZR 41/22, *MDR*, 2023, 981 ; BGH, 3 août 2023, III ZR 54/22, *MDR*, 2023, 1382.

2 F. THOLL, *Staatshaftung und Corona*, Munich, C.H. Beck, 2021, p. 1.

3 B. M. QUARCH, « § 1 Einführung in das Staatshaftungsrecht », in B. M. QUARCH *et al.* (dir.), *Staatshaftung in der Coronakrise*, Baden-Baden, Nomos, 2021, p. 37.

4 *Ibid.* ; F. THOLL, *Staatshaftung und Corona*, *op. cit.*, p. 1.

5 H.-J. PAPIER et F. SHIRVANI, in F. J. SÄCKER *et al.* (dir.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Munich, C.H. Beck, 2020, § 839 BGB, n° 8.

seul le comportement légal de ses fonctionnaires pouvait être imputé à l'État. Le droit à réparation, en fait dirigé contre le fonctionnaire<sup>6</sup> lui-même, est aujourd'hui transféré à l'État ou à la collectivité qui emploie le fonctionnaire en vertu de l'article 34 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz* – GG). L'agent public n'est donc plus responsable des dommages sur son patrimoine privé. Ce système de réglementation montre clairement qu'une responsabilité directe de l'État constitue l'exception en droit allemand. C'est pourquoi il n'existe pas de loi uniforme sur la responsabilité de l'État. Une telle loi a d'ailleurs été annulée par la Cour constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgericht – BVerfG) en 1983, faute de compétence de l'État fédéral<sup>7</sup>.

Cette catégorie de la responsabilité de l'État pour comportement illégal comprend en outre les droits pour des atteintes assimilables à une expropriation ou qui impliquent un sacrifice particulier (*Sonderopfer*)<sup>8</sup>.

## B) Responsabilité de l'État en cas de comportement licite

La responsabilité de l'État pour un comportement licite repose sur l'idée que l'individu doit, le cas échéant, se soumettre à l'intérêt général. En revanche, l'État doit indemniser l'individu pour le sacrifice particulier (*Sonderopfer*) qu'il a consenti<sup>9</sup>. Ce groupe de cas comprend les droits à l'indemnisation en cas d'expropriation, lors de l'intervention de l'autorité expropriante et lors d'un sacrifice particulier. Ce groupe de cas est complété, pour le domaine des mesures prises dans la crise sanitaire qui nous intéresse ici, par des dispositions légales spéciales de la loi sur la prévention et la lutte contre les maladies infectieuses chez l'homme (*Infektionsschutzgesetz* – IfSG).

## C) Destinataires de la responsabilité

Les demandes de responsabilité doivent toujours être adressées à l'entité juridique de l'agent public qui a agi. La responsabilité n'incombe donc pas en principe à la République fédérale d'Allemagne, mais à la collectivité à laquelle appartient l'agent public.

## II. Responsabilité de l'État pour les mesures dans la crise sanitaire : absence d'indemnisation pour la plupart des mesures

Les mesures de lutte contre la pandémie peuvent donner lieu à des actions en responsabilité contre l'État sur plusieurs bases différentes. La question de savoir si l'État doit indemniser les personnes touchées par des mesures licites

6 Le critère déterminant est le fonctionnaire au sens de la responsabilité administrative.

7 BVerfG, 19 octobre 1982, 2 BvF 1/81, *NJW*, 1983, 25.

8 H.-J. PAPIER et F. SHIRVANI, *op. cit.*, § 839 BGB, n° 7.

9 *Ibid.*, § 839 BGB, n° 8.

ou légitimes, telles que les fermetures d'entreprises, a été très controversée. Avant d'aborder les différents fondements de la responsabilité de l'État, il convient d'identifier les mesures susceptibles de constituer des points de départ pour la responsabilité de l'État.

### A) Points de départ envisageables pour une responsabilité de l'État

#### 1) Ordres des autorités dans des cas individuels à des personnes potentiellement infectées ou contagieuses

Des ordres de quarantaine ont souvent été pris pour les personnes suspectées d'être malades ou infectées par le virus. Il s'agit d'actes administratifs individuels, c'est-à-dire de mesures prises par les autorités publiques au cas par cas.

#### 2) Ordres généraux des autorités aux personnes en bonne santé

Les citoyens en bonne santé ont été touchés en premier lieu par les mesures gouvernementales par le biais du *lockdown*. Ces mesures ont été prises le plus souvent sur la base de règlements des *Länder*. Lors de la pandémie, on a tenté d'instaurer une certaine synchronisation des mesures des *Länder* par le biais d'un groupe qui n'est pas officiellement identifié dans l'organisation de l'État (la chancelière fédérale et les chefs de gouvernement des 16 *Länder*)<sup>10</sup>. Des demandes de contrôle des normes ont été déposées contre un grand nombre de ces règlements devant les juridictions administratives. Cependant, la grande majorité des règlements des *Länder* relatifs à la lutte contre la pandémie ont été considérés comme légitimes par les tribunaux administratifs<sup>11</sup>. Dans le droit allemand de la responsabilité, le débat est donc fortement marqué par la question de la responsabilité pour les mesures de lutte contre la pandémie prises légalement.

#### 3) Absence de protection de la part des organes de l'État

En principe, il est également envisageable d'engager la responsabilité de l'État pour avoir omis de prendre les mesures de protection nécessaires. Si une personne a été infectée par le coronavirus et est tombée malade et s'il lui est possible de prouver que l'État n'a pas pris de mesures de protection suffisantes contre la contagion, une responsabilité de l'État pour omission est théoriquement envisageable. La jurisprudence pose toutefois des conditions particulièrement strictes pour ces cas d'omission.

10 M. BREUER, « Coronapandemie und Staatshaftungsrecht: eine Rechtsprechungsanalyse », *DÖV*, 2022, 225.

11 *Ibid.*

#### 4) Vaccination

La responsabilité de l'État peut également être engagée pour la vaccination contre le coronavirus. L'article 60, paragraphe 1, point 1a, de l'IfSG constitue une base légale spéciale. Cette question, traitée par un autre groupe, ne sera pas abordée ci-après. Une seule remarque s'impose : en ce qui concerne la responsabilité pour les dommages causés par les vaccins, il ne s'agit pas, en droit allemand, d'une responsabilité au sens propre du terme, mais d'une indemnisation indépendante de la faute.

### B) Responsabilité de l'État pour des mesures illégales de lutte contre la pandémie

Pour toutes les mesures susmentionnées, il est possible d'envisager une responsabilité de l'État en vertu du paragraphe 839, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) en liaison avec l'article 34 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz* – GG).

Cela ne s'applique toutefois qu'aux ordres illégaux donnés par les autorités dans un *cas concret*. C'est par exemple le cas lorsqu'un agent public a pris une décision disproportionnée (par exemple, une mise en quarantaine). En plus d'une telle violation illégale des obligations administratives, une faute de l'agent public et un lien de causalité sont nécessaires<sup>12</sup>. La preuve de la faute sera souvent difficile à apporter<sup>13</sup>, parce que la pandémie était une situation exceptionnelle pour l'administration.

Une action contre l'État pour *avoir omis de prendre* des mesures de protection adéquates échouera dans presque tous les cas. Si l'on suppose qu'une autorité a agi trop tard et qu'il en a résulté une infection par le coronavirus, il y a violation des devoirs de fonction. Celle-ci doit toutefois être en relation causale avec le dommage. La jurisprudence de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* – BGH)<sup>14</sup> admet cette causalité en cas d'omission de la part d'agents publics uniquement si l'action de l'autorité aurait permis d'éviter le dommage avec une probabilité proche de la certitude. Dans le cas d'une pandémie, où l'infection peut se produire par d'autres voies, cette preuve de la causalité est quasiment impossible à rapporter.

Dans le cas des *mesures générales* prises à l'encontre des personnes saines pendant la pandémie, telles que les fermetures d'entreprises, d'hôtels et de restaurants, de théâtres, etc., la caractéristique de la violation d'un devoir de

12 P. REINERT, in W. HAU et R. POSECK (dir.), *BeckOK BGB*, Munich, C.H. Beck, 2023, § 839 BGB, n° 135 ; J. RINZE et R. SCHWAB, « Dulde und liquidiere – Staatshaftungsansprüche in Coronazeiten », *NJW*, 2020, 1906.

13 T. WINTER et S. C. THÜRK, « § 22 Entschädigungsansprüche », in H. SCHMIDT (dir.), *Rechtsfragen zur Corona-Krise*, Munich, C.H. Beck, 2021, p. 820.

14 BGH, 21 janvier 2021, III ZR 70/19, *NVwZ-RR*, 2021, 620.

fonction en vue de protéger un tiers fait souvent défaut. En effet, la plupart des mesures prises pendant la pandémie étaient fondées sur des règlements (notamment des *Länder*) et des lois. Il s'agissait de mesures à caractère abstrait et général. Selon la jurisprudence de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* – BGH)<sup>15</sup>, le législateur n'assume pas de devoirs à l'égard des particuliers, mais uniquement à l'égard de la collectivité. Les devoirs ne sont donc généralement pas protecteurs pour des tiers<sup>16</sup>. Les prétentions fondées sur la base de l'intervention assimilable à une expropriation ne couvrent pas non plus les cas d'injustice législative<sup>17</sup>.

Même si les mesures prises par l'État lors de la pandémie étaient qualifiées d'illégales, cela ne signifie pas nécessairement que l'État en serait responsable. Trois raisons inhérentes au droit allemand de la responsabilité de l'État expliquent cette situation :

- l'État n'est pas responsable pour des actes législatifs. Or, la plupart des mesures de lutte contre la pandémie reposent sur de tels actes législatifs ;
- la preuve d'une faute de l'agent public est nécessaire. Or, la pandémie était une situation exceptionnelle. Il convient d'en tenir compte lors de l'examen de la faute ;
- souvent, il ne sera pas possible de prouver que le dommage résulte d'une faute du fonctionnaire (lien de causalité).

### C) Responsabilité de l'État pour les mesures légitimes de lutte contre la pandémie

Dans la grande majorité des cas, seule une responsabilité de l'État pour des mesures légitimes paraît envisageable.

Deux fondements d'une responsabilité de l'État sont très discutés sur un plan théorique :

- la législation fédérale en matière de protection contre les infections (*Infektionsschutzgesetz* – IfSG) prévoit, aux paragraphes 56 et 65, des bases juridiques spécifiques pour les personnes concernées par les mesures de protection contre les infections ;
- il est également possible, du moins en théorie, d'envisager une responsabilité en vertu du droit général de la responsabilité de l'État pour cause d'expropriation.

En ce qui concerne les mesures légitimes de lutte contre la pandémie, il existe plusieurs décisions de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* – BGH)

<sup>15</sup> BGH, 10 décembre 1987, III ZR 220/86, *BGHZ*, 102, p. 350 ; C. DÖRR, in B. GSELL *et al.* (dir.), *BeckOGK BGB*, Munich, C.H. Beck, 2023, § 839 BGB, n° 290.

<sup>16</sup> BGH, 17 mars 2022, III ZR 79/21, *NJW*, 2022, 2252 ; P. ITZEL, « Umfang und Grenzen staatlicher Ersatz- und Entschädigungsleistungen in Pandemiezeiten », *MDR*, 2022, 729.

<sup>17</sup> BGH, 17 mars 2022, III ZR 79/21, *NJW*, 2022, 2252.

concernant des fermetures d'entreprises ou des interdictions de manifestations pendant la pandémie. Dans ses arrêts du 17 mars 2022 (restaurant et hôtel)<sup>18</sup>, du 11 mai 2022 (salon de coiffure)<sup>19</sup> et du 3 août 2023 (musicien professionnel)<sup>20</sup>, la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* – BGH) a refusé de reconnaître la responsabilité de l'État. Le point commun de toutes les affaires jugées est qu'il n'a pas été possible de trouver une base juridique pour engager la responsabilité de l'État. En outre, la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* – BGH) estime qu'en cas de pandémie, le législateur n'est pas tenu de créer une clause générale de responsabilité.

### 1) Règles spéciales d'indemnisation découlant de l'IfSG

L'IfSG (*Infektionsschutzgesetz* – loi sur la protection contre les infections) ouvre des droits à indemnisation spécifiques qui doivent être systématiquement examinés avant les règles générales du droit de la responsabilité de l'État.

Le paragraphe 56, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'IfSG prévoit qu'une indemnité pécuniaire est due à une personne contaminée qui émet des agents pathogènes, au suspect de contagion, au suspect de maladie ou à tout autre porteur d'agents pathogènes qui subit une perte de revenus en raison d'une interdiction en vertu de l'IfSG. La norme ne s'applique qu'aux mesures individuelles prises sur la base de l'IfSG, qui supposent qu'un cas de maladie ou de suspicion de maladie s'est produit dans une entreprise.

Il en va de même lorsque des *structures de garde d'enfants* sont fermées en raison d'une situation épidémique de portée nationale et qu'il en résulte une *perte de revenus* (§ 56, al. 1a, de l'IfSG).

Conformément au paragraphe 65 de l'IfSG, une indemnisation est en outre accordée lorsque des objets sont détruits, endommagés ou que leur valeur est diminuée d'une autre manière en raison des mesures de protection contre les infections. Or, selon son libellé, cette disposition n'intervient que pour prévenir les risques, c'est-à-dire pas pour les combattre une fois qu'ils se sont réalisés. Cela signifie que la disposition ne vise que les cas où une maladie ou une pandémie ne s'est pas encore déclarée<sup>21</sup>. La disposition ne peut pas servir de base à une indemnisation pour des mesures prises après le déclenchement de la pandémie. Le législateur n'a pas modifié l'article 65 de l'IfSG dans le cadre de ses activités législatives liées à la crise sanitaire. Par conséquent, les conditions d'une application par analogie de l'article 65 IfSG à d'autres cas ne sont pas remplies<sup>22</sup>.

18 *Ibid.*

19 BGH, 11 mai 2023, III ZR 41/22, *MDR*, 2023, 981.

20 BGH, 3 août 2023, III ZR 54/22, *MDR*, 2023, 1382.

21 T. WINTER et S. C. THÜRCK, « § 22 Entschädigungsansprüche », *op. cit.*, p. 820.

22 F. THOLL, *Staatshaftung und Corona*, *op. cit.*, p. 14.

Toutes ces bases juridiques spécifiques comprises dans la loi sur la protection contre les infections ne sont donc applicables que pour des cas particuliers. Elles ne compensent que la perte de revenus en cas de maladie ou de suspicion de maladie, ou de fermeture d'une structure de garde d'enfants.

Elles ne sont pas applicables lorsque l'exploitation de certains secteurs économiques (par exemple les restaurants, les discothèques, les salons de coiffure, etc.) a été interdite sur l'ensemble du territoire<sup>23</sup>. Le concept à la base de la loi allemande sur la protection contre les infections (*Infektionsschutzgesetz* – IfSG) est qu'il ne doit y avoir qu'une indemnisation ponctuelle pour certaines mesures<sup>24</sup>. On en déduit que ces fondements spéciaux de la responsabilité de l'État issues de la loi sur la protection contre les infections font obstacle à l'application des règles générales de la responsabilité de l'État, développées par les juges tels que le droit pour intervention de l'autorité expropriante (*enteignender Eingriff*)<sup>25</sup>. Cela ne s'applique toutefois qu'aux mesures légales de lutte contre la pandémie. L'exercice des droits en matière de responsabilité contre l'État fondés sur des mesures illégales n'est pas empêché<sup>26</sup>.

## 2) Responsabilité pour cause d'expropriation

Certains considèrent que les dispositions spéciales de l'IfSG mentionnées ci-dessus ne comportent pas d'effet de blocage par rapport au droit général de la responsabilité de l'État<sup>27</sup>. Pourtant, dans son arrêt du 17 mars 2022, la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* – BGH) part du principe que les dispositions spéciales et ponctuelles de l'IfSG remplacent globalement le droit général<sup>28</sup>. L'argument principal de la Cour est que le « concept d'indemnisation ponctuelle » ne doit pas être contourné par des droits à indemnisation développés par les juges<sup>29</sup>.

23 M. CORNILS, « Corona, entschädigungsrechtlich betrachtet », *Verfassungsblog*, 10 mars 2020, <https://verfassungsblog.de/corona-entschaedigungsrechtlich-betrachtet/>, consulté le 10 novembre 2023.

24 A. LINTZ, « Der Gesetzgeber als letzte Hoffnung für Lockdown-Betroffene », *Verfassungsblog*, 22 mars 2022, <https://verfassungsblog.de/der-gesetzgeber-als-letzte-hoffnung-fur-lockdown-betroffene/>, consulté le 10 novembre 2023.

25 BGH, 17 mars 2022, III ZR 79/21, *NJW*, 2022, 2252 ; B. M. QUARCH, P. PLOTTEK et P. REUTER, « § 4 Entschädigungsregelungen der Staatshaftung angewandt auf die COVID-19-Maßnahmen », in B. M. QUARCH *et al.* (dir.), *Staatshaftung in der Coronakrise*, *op. cit.*, p. 165 ; F. THOLL, *Staatshaftung und Corona*, *op. cit.*, p. 80 ; *contra* : H. GREFRATH, « Sonderopfer in der Pandemie », *NJW*, 2022, 215 ; A. LINTZ, « Der Gesetzgeber als letzte Hoffnung für Lockdown-Betroffene », *op. cit.*

26 BGH, 3 août 2023, III ZR 54/22, *MDR*, 2023, 1382.

27 H. GREFRATH, « Sonderopfer in der Pandemie », *op. cit.*, 220 ; T. WINTER et S. C. THÜRK, « § 22 Entschädigungsansprüche », *op. cit.*, p. 820.

28 H.-P. SCHWINTOWSKI, « Haftung des Staates für (rechtmäßige) hoheitliche Corona-Eingriffe », *NJOZ*, 2020, 1476.

29 BGH, 17 mars 2022, III ZR 79/21, *NJW*, 2022, 2252.

### 3) Obligation de l'État de créer un droit de responsabilité de l'État

Dans ses décisions de 2023<sup>30</sup>, la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*–BGH) se demande si le droit constitutionnel (garantie de la propriété selon l'article 14 de la Loi fondamentale) impose à l'État l'obligation de créer, à titre exceptionnel, une réglementation spéciale en matière de responsabilité de l'État. La Cour suprême admet certes une atteinte au droit de propriété des personnes concernées en raison des fermetures ou des interdictions d'exploitation. Mais les répercussions de la crise sanitaire sur l'État ont également été extraordinaires. Dans une telle crise, un sacrifice plus important est également exigé de l'individu. Selon la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*–BGH), l'obligation de reconnaître des droits à indemnisation n'existe que si les individus sont particulièrement touchés. Or, les fermetures d'entreprises ou les interdictions de manifestations n'ont duré que quelques mois. Les conséquences pour les personnes concernées se situaient donc dans le cadre de ce qui est habituel dans une situation de pandémie. La Cour fédérale de justice ne voit, par conséquent, pas d'obligation pour le législateur de créer des droits particuliers d'indemnisation.

### 4) Résultat : responsabilité ponctuelle en vertu de dispositions spéciales

Pour le droit allemand, le résultat est donc le suivant : la responsabilité de l'État n'est engagée, pour les mesures légitimes de lutte contre la pandémie, que ponctuellement dans deux cas particuliers :

- l'État est responsable, en vertu de l'article 56, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'IfSG, lorsque des personnes contaminées qui émettent des agents pathogènes, des personnes suspectées d'être contaminées, des personnes soupçonnées d'être malades ou d'autres porteurs d'agents pathogènes subissent une perte de revenus ;
- l'État est responsable, conformément à l'article 56, alinéa 1a, de l'IfSG, lorsqu'une structure de garde d'enfants a été fermée en raison de la crise sanitaire et que cela a entraîné une perte de revenus.

Si ces règles spéciales ne s'appliquent pas, l'État n'est pas responsable des conséquences de la pandémie.

## III. Aspects pratiques et politico-juridiques

Les règles d'indemnisation ponctuelles de la législation allemande en matière de protection contre les infections entraînent une certaine inégalité de traitement des cas de dommages liés à des mesures prises pour lutter contre la pandémie. Les entreprises ou personnes touchées par des mesures

30 BGH, 11 mai 2023, III ZR 41/22, *MDR*, 2023, 981 ; BGH, 3 août 2023, III ZR 54/22, *MDR*, 2023, 1382.

individuelles peuvent recevoir une indemnisation conformément à l'article 56, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'IfSG en cas d'infection concrètement prouvée. Les entreprises ou personnes uniquement touchées par les mesures générales (par exemple, la fermeture de l'entreprise sans cas de maladie) ne reçoivent rien<sup>31</sup>. Le législateur allemand est conscient que les mesures prises pour éviter les infections par le coronavirus ont pu entraîner des pertes de revenus considérables. Il n'a toutefois pas pris de mesures législatives. Seul le paragraphe 56a de l'IfSG a établi un droit supplémentaire à indemnisation pour perte de revenus en raison de la suppression d'une possibilité de garde d'enfants. Il y a donc tout lieu de supposer que ces normes règlent de manière exclusive la responsabilité de l'État pour les dommages résultant de la crise sanitaire.

Selon la décision centrale de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* – BGH) du 17 mars 2022<sup>32</sup>, la tendance est que « les prestations d'aide aux personnes concernées ne relèvent pas de la responsabilité de l'État, mais sont laissées à l'appréciation du législateur »<sup>33</sup>. L'argumentation repose sur le caractère du droit allemand de la responsabilité de l'État, qui est conçu pour des indemnisations ponctuelles, mais pas pour des prestations d'aide de masse.<sup>34</sup> En ce qui concerne les hypothèses de dommages qui ne sont pas mentionnées dans l'IfSG, seule une obligation de l'État social de prévoir une compensation paraît opportune<sup>35</sup>. Le législateur doit alors réagir et est couvert par le Parlement sur le plan budgétaire<sup>36</sup>. Si l'on admettait largement la responsabilité de l'État pour des mesures légales de lutte contre la pandémie, on créerait ainsi « une sorte d'assurance » par le biais de la responsabilité de l'État<sup>37</sup>.

Il appartient donc au législateur, selon une opinion largement répandue et selon la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* – BGH)<sup>38</sup>, de veiller à l'*indemnisation appropriée des dommages résultant des mesures légitimes* de lutte contre la crise sanitaire. Le législateur dispose à cet égard d'une grande marge d'appréciation. Or, lors de la pandémie, l'État a déjà fourni une aide importante aux entreprises particulièrement concernées sur une base volontaire<sup>39</sup> par plusieurs programmes de soutien des entreprises concernés de la

31 A. LINTZ, « Der Gesetzgeber als letzte Hoffnung für Lockdown-Betroffene », *op. cit.*

32 BGH, 17 mars 2022, III ZR 79/21, *NJW*, 2022, 2252.

33 A. LINTZ, « Der Gesetzgeber als letzte Hoffnung für Lockdown-Betroffene », *op. cit.*

34 B. M. QUARCH, P. PLOTTEK et P. REUTER, « § 4 Entschädigungsregelungen der Staatshaftung angewandt auf die COVID-19-Maßnahmen », *op. cit.*, p. 171 ; F. THOLL, *Staatshaftung und Corona*, *op. cit.*, p. 80 ; A. LINTZ, « Der Gesetzgeber als letzte Hoffnung für Lockdown-Betroffene », *op. cit.*

35 C. KRETSCHMER, « Keine staatliche Entschädigung bei Betriebsschließung wegen Corona-Pandemie », *JM*, 2022, 411 ; contre une telle obligation : BGH, 11 mai 2023, III ZR 41/22, *MDR*, 2023, 981 ; BGH, 3 août 2023, III ZR 54/22, *MDR*, 2023, 1382.

36 A. LINTZ, « Der Gesetzgeber als letzte Hoffnung für Lockdown-Betroffene », *op. cit.*

37 M. BREUER, « Coronapandemie und Staatshaftungsrecht: eine Rechtsprechungsanalyse », *op. cit.*, 234.

38 BGH, 11 mai 2023, III ZR 41/22, *MDR*, 2023, 981 ; BGH, 3 août 2023, III ZR 54/22, *MDR*, 2023, 1382.

39 <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Schlaglichter/Corona/ueberbrueckungshilfe.html>, consulté le 10 novembre 2023.

crise sanitaire. Ce sont surtout les petites et moyennes entreprises ainsi que les travailleurs indépendants qui ont été soutenus par la République fédérale d'Allemagne. Au total, 57 milliards d'euros ont été versés sous forme de subventions. D'autres indemnités sont donc très peu probables. L'État a ainsi, selon la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* – BGH)<sup>40</sup>, rempli sa mission d'atténuer les conséquences de la crise sanitaire.

Une *responsabilité pour des mesures illégales* est généralement possible, mais elle ne peut être envisagée que dans des cas exceptionnels. S'y ajoutent des problèmes de preuve du lien de causalité et de la faute.

La responsabilité de l'État pour les mesures de lutte contre la pandémie n'a finalement lieu en droit allemand que de manière très marginale. En outre, la question se pose de savoir si le droit de la responsabilité est le bon instrument pour compenser de tels préjudices de masse.

---

40 BGH, 11 mai 2023, III ZR 41/22, *MDR*, 2023, 981 ; BGH, 3 août 2023, III ZR 54/22, *MDR*, 2023, 1382.



# Chapitre 3.

## La responsabilité civile de l'État

### Rapport anglais

---

**Mélinée KAZARIAN**  
*Université de Cardiff*

## Introduction

1. La pandémie de la Covid-19 a considérablement affecté les services de santé, le corps médical et les patients dans la plupart des pays. Au Royaume-Uni, le système de santé publique était déjà ébranlé suite à des scandales majeurs au cours des dernières décennies tels que le scandale de Gosport War Memorial Hospital, et plus récemment le scandale des hôpitaux de Shrewsbury et Nottingham où des patients ont été exposés à un vrai problème de sécurité au sein du National Health Service (NHS)<sup>1</sup>.

Compte tenu des conditions extraordinaires et difficiles dans lesquelles travaillent les professionnels de santé depuis l'hiver 2019-2020, il était à craindre qu'un nombre plus important d'actions en justice pour négligence médicale n'arrivent devant les tribunaux. Le syndicat de défense des médecins britanniques, the Medical Defence Union (MDU), a donc appelé en 2020 à un débat national sur la protection du personnel du NHS contre d'éventuelles actions en justice pour des faits de négligence commis pendant la pandémie de la Covid-19<sup>2</sup>, affirmant que l'indemnisation versée à la suite d'actions en responsabilité civile contre le personnel de santé publique « serait une nouvelle ponction massive sur les finances du NHS, ce qui est injuste pour les patients du NHS et contribuables alors que le NHS devrait se concentrer sur la récupération du fardeau financier de la pandémie »<sup>3</sup>.

Pour le moment, peu d'actions en justice ou de demandes d'indemnisation pour des faits relatifs à la Covid-19 dans le domaine médical semblent avoir eu lieu<sup>4</sup>, et contrairement à certains pays qui ont mis en place des immunités civiles pour les personnels médicaux contre les actions en justice, une telle approche n'a pas été mise en place au Royaume-Uni. Certains experts ont remis en question l'idée d'une immunité civile, la considérant comme un moyen d'accorder une impunité aux personnels de santé et au NHS, même pour des actes qui devraient être traités comme relevant de la responsabilité civile ou délictuelle<sup>5</sup>. Si les services de santé doivent être poursuivis en

1 Final Ockenden Report from the Independent Review of Maternity Services at the Shrewsbury and Telford Hospital NHS Trust, 30 mars 2022 ; Gosport War Memorial Hospital: The report of the Gosport Independent Panel, 20 juin 2018 ; Independent Inquiry into care provided by Mid Staffordshire NHS Foundation Trust January 2005–March 2009, 2010, vol. I ; M. KAZARIAN, « Who should we blame for healthcare failings? Lessons from the French tainted blood scandal », *Medical Law Review*, juin 2019, vol. 27, n° 3, pp. 390-405 ; R. THOMAS et J. KIRBY, « Damning verdict on maternity care in England as two thirds of units found to be unsafe », *The Independent*, 20 octobre 2023.

2 C. TOMKINS *et al.*, « Should doctors tackling Covid-19 be immune from negligence liability? », *British Medical Journal*, 2020, vol. 370, n° m2487.

3 M. DUGDALE, « MDU calls for national debate over protecting NHS from COVID-19 clinical negligence claims », *Medical Defence Union*, 20 avril 2020.

4 D. HOWARTH, « English tort law and the pandemic: the dog that has not barked », *The Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice*, 8 avril 2023.

5 C. TOMKINS *et al.*, « Should doctors tackling Covid-19 be immune from negligence liability? », *op. cit.*

responsabilité civile pour une négligence relative à la Covid-19, cela se fera selon les règles du droit civil commun (*common law*) comme nous allons l'expliquer ci-dessous. Les règles du *common law* applicable en la matière constituent des obstacles majeurs dans l'obtention d'une indemnisation pour les plaignants, notamment la preuve de la violation d'un devoir de diligence, et un lien de causalité, qui sera encore plus difficile à apporter dans des faits relatifs à la Covid-19. En outre, il est à noter que les patients ayant subi des dommages à la suite d'un accident médical peuvent faire appel aux régimes d'indemnisation de NHS Resolution, qui visent à minimiser les litiges et à garantir une indemnisation rapide pour les patients, tout en préservant les intérêts des professionnels de santé. Ces régimes jouent un rôle important dans le désengorgement des tribunaux en matière de responsabilité civile médicale, et peuvent expliquer en partie pourquoi si peu d'actions en responsabilité civile relatives à la Covid-19 ne sont arrivées devant les juges.

## I. Le système de santé publique au Royaume-Uni

2. Il est important tout d'abord de définir ce que nous entendons ici par « État » en matière de responsabilité civile médicale au Royaume-Uni.

Le NHS est le service national de santé publique au Royaume-Uni. C'est une organisation étatique composée d'une multitude de branches et corps. Principalement financé par l'état à partir d'impôts généraux (plus un petit montant provenant des cotisations salariales et patronales à l'assurance nationale) et supervisé par le ministère de la Santé et des Affaires sociales, le NHS fournit des soins de santé à tous les résidents du pays. La plupart des services de santé sont gratuits pour la majorité des patients.

Les hôpitaux publics sont gérés par des *trusts* qui sont des unités au sein du NHS. Ces *trusts* sont impliqués dans différents aspects de la prestation de soin à la population locale. En 2021, il y avait au total 219 *trusts* dans tout le pays, et elles employaient environ 800.000 des 1,2 millions employés du NHS<sup>6</sup>.

3. Les demandes d'indemnisation contre les organismes du NHS sont maintenant gérées par NHS Resolution. Cet organisme est indépendant du ministère de la Santé et des Affaires sociales. En vertu du régime de négligence clinique pour les *trusts* (*Clinical Negligence Scheme for Trusts-CNST*) de NHS Resolution, lorsqu'une demande en indemnisation pour faits de négligence est déposée contre un membre de la CNST, l'organisme du NHS reste le défendeur légal. Cependant, NHS Resolution assume l'entière responsabilité du traitement de la demande et de la prise en charge des coûts associés. Jusqu'en avril 2002, les *trusts* traitaient elles-mêmes les demandes dans la

6 <https://www.kingsfund.org.uk/audio-video/key-facts-figures-nhs>, consulté le 28 novembre 2023.

limite de leur franchise choisie. Depuis avril 2002, toutes les demandes CNST sont désormais traitées de manière centralisée, quelle que soit leur valeur<sup>7</sup>.

4. En 2020, un régime spécial a été lancé par NHS Resolution pour faire face aux responsabilités découlant des dispositions spéciales en matière de soins de santé mises en place en réponse à la pandémie de coronavirus : NHS Resolution Clinical Negligence Scheme For Coronavirus (CNSC)<sup>8</sup>. Ce régime a été établi conformément aux nouveaux pouvoirs du Coronavirus Act 2020. Il offre une indemnisation additionnelle pour les responsabilités liées à la négligence médicale. Cela peut survenir lorsque des professionnels de santé et d'autres personnes travaillent dans le cadre de la réponse au coronavirus ou font partie du personnel du NHS, surtout si les dispositifs existants (par exemple, CNST ou dispositifs individuels) ne couvrent pas une activité particulière. D'après les chiffres publiés par NHS Resolution, le nombre total de demandes liées à la Covid-19 reste extrêmement faible, avec 364 demandes sur un total de 15.078 en 2021/2022, et 346 sur 13.511 demandes au total en 2022/2023<sup>9</sup>. Selon NHS Resolution, la majorité de ces réclamations concernent des répercussions indirectement liées à la pandémie, telles que des erreurs et des retards de traitement ou de diagnostic.

## II. La mise en œuvre de la responsabilité de l'État : la responsabilité du fait d'autrui (*vicarious liability*)

5. Bien que, la plupart du temps, les patients préféreront recourir aux mécanismes d'indemnisation de NHS Resolution et à leur service de médiation en cas de négligence médicale, il existera des situations où il sera recommandé à un patient ayant subi des dommages médicaux d'engager des poursuites contre le NHS pour responsabilité médicale devant un tribunal. Cela peut se produire lorsque les circonstances n'ont pas de précédent juridique ou lorsque les faits sont d'une gravité telle qu'une action en justice est justifiée.

Il est très rare qu'un demandeur poursuive un professionnel de santé en responsabilité médicale. Généralement, un demandeur poursuivra la personne morale, qui a les moyens de l'indemniser, par exemple l'établissement du NHS (*trust*) qui emploie le professionnel ayant fourni les soins au demandeur. Cela se fait selon la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui appelée *vicarious liability* en droit anglais.

6. Selon cette doctrine, une personne morale de droit public ou privé peut être poursuivie en justice pour des faits de négligence commis par un employé

7 <https://resolution.nhs.uk/services/claims-management/clinical-schemes/clinical-negligence-scheme-for-trusts/>, consulté le 28 novembre 2023.

8 <https://resolution.nhs.uk/services/claims-management/clinical-schemes/clinical-negligence-scheme-for-coronavirus/>, consulté le 28 novembre 2023.

9 NHS Resolution Annual Report and Accounts 2022-23, 13 juillet 2023, HC 1560, p. 16.

ou d'autres personnes qui agissent dans le cadre de la relation d'emploi, mais pas pour des faits commis par des entrepreneurs indépendants<sup>10</sup>.

Cette doctrine est fondée sur les principes suivants : 1) le défendeur doit assumer le risque de préjudice, parce qu'il tire profit de l'activité qui crée ce risque, ou en raison de son rôle dans la création du risque ; 2) imposer la responsabilité sur l'employeur créerait une incitation à relever les normes de sécurité ou dissuaderait les employeurs de se livrer à une conduite négligente ; et 3) il est nécessaire d'indemniser les victimes d'actes délictueux. La responsabilité du fait d'autrui permet d'imposer une responsabilité à la personne qui est en mesure de payer/d'indemniser le demandeur. Il s'agira généralement de l'employeur plutôt que de l'auteur des faits de négligence<sup>11</sup>.

7. Dans le domaine de la santé publique, la question de la responsabilité d'un établissement de santé publique pour les actes de ses employés ne suscitera généralement pas de débat, à condition que ces employés ne soient pas des entrepreneurs indépendants<sup>12</sup>. Le demandeur devra prouver que le professionnel de santé qui lui a prodigué des soins a effectivement commis des faits de négligence, selon les principes du droit commun que nous allons expliquer ci-dessous.

### III. Le régime juridique de la responsabilité délictuelle en droit anglais

8. La responsabilité délictuelle (*tort liability*) pour des faits de négligence repose sur quatre éléments : une obligation de diligence et de soin raisonnable (*duty of care*) ; la violation de cette obligation (*breach of duty*) ; un lien de causalité entre la violation du devoir de diligence et le dommage subi par le demandeur (*causal link*) ; et la causalité légale qui requiert d'établir que le type de dommage subi était prévisible par le défendeur (*remoteness*). Pour réussir son action en responsabilité civile, un demandeur devra prouver les quatre éléments.

Il est important de noter que, contrairement aux droits civils continen-  
taux sur la responsabilité délictuelle qui sont pour la plupart codifiés, le droit anglais sur ce point s'est construit à travers la jurisprudence (*case law*) qui a établi d'importants précédents. Nous nous concentrons maintenant sur chaque élément de la responsabilité civile médicale.

10 *Lister v Hesley Hall Ltd* [2002] 1 AC 215 ; *Catholic Child Welfare Society v Various Claimants* [2012] UKSC 56 ; *Barclays Bank plc v Various Claimants* [2020] UKSC 13.

11 *Catholic Child Welfare Society*, préc.

12 Cf. M. KAZARIAN, « La responsabilité civile des établissements de santé privés. Rapport anglais », dans *ce Recueil*.

## A) Le devoir de diligence et de soin raisonnable

9. L'arrêt fondateur *Donoghue c. Stevenson*<sup>13</sup> a établi le devoir de diligence dans la responsabilité délictuelle en introduisant le principe du prochain. En 1978, l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*<sup>14</sup> a affiné ce principe en créant un test en deux parties, examinant la relation de proximité et les considérations de politique juridique. Ce test a ensuite été remplacé par un test tripartite dans l'arrêt *Caparo Industries plc c. Dickman*<sup>15</sup>, exigeant la prévisibilité et la proximité du préjudice, conjointement avec la justice et la rationalité dans l'imposition d'un devoir de diligence. Dans le secteur de la santé, il est depuis longtemps établi que les professionnels de la santé ont une obligation de diligence envers leurs patients. Ainsi, démontrer cet aspect dans un cas de négligence médicale est généralement une tâche relativement aisée.

## B) La violation du devoir de diligence – *breach of duty*

10. Dans le contexte de la pandémie de la Covid-19, des actions en responsabilité civile peuvent survenir en raison de décisions de triage, telles que l'attribution de respirateurs artificiels<sup>16</sup>, des erreurs de diagnostic et des traitements inadéquats de la Covid-19, des retards de diagnostic et/ou des retards dans le traitement de patients atteints de maladies chroniques ou nécessitant une intervention chirurgicale, exposant les patients à un risque d'infection contractée à l'hôpital, y compris la Covid-19, aggravant ainsi leur état de santé<sup>17</sup>, ainsi que des complications de santé résultant de diagnostics erronés lors de consultations à distance.

11. Dans leur évaluation d'erreurs médicales présumées commises durant la pandémie de la Covid-19, les juges britanniques devront appliquer les principes fondamentaux concernant la violation du devoir de diligence dans le domaine de la santé, formulés dans les fameux arrêts *Bolam*, *Bolitho* et *Montgomery*. Dans *Bolam c. Friern Hospital Management Committee*<sup>18</sup>, la Chambre des Lords a formulé le test de *Bolam* comme suit : « un professionnel de la santé n'est pas coupable de négligence s'il a agi conformément à une pratique acceptée comme appropriée par un groupe responsable de médecins compétents dans cet art particulier »<sup>19</sup>. En d'autres termes, un professionnel

13 [1932] UKHL 100.

14 [1977] UKHL 4.

15 [1990] 2 AC 605 HL.

16 I. G. COHEN, A. M. CRESPO et D. B. WHITE, « Potential Legal liability for Withdrawing or Withholding Ventilators During COVID-19, Assessing the Risks and Identifying Needed Reforms », *Journal of the American Medical Association*, 19 mai 2020, vol. 323, n° 19, pp. 1901-1902.

17 R. BARRANCO *et al.*, « Medical Liability in Cancer Care During COVID-19 Pandemic: Heroes or Guilty? », *Frontiers in Public Health*, 18 décembre 2020.

18 [1957] 1 WLR 583.

19 *Ibid.*, spéc. § 587.

de santé n'aura pas violé son devoir de diligence s'il est prouvé qu'il a agi conformément à une pratique reconnue comme raisonnable par un groupe d'experts compétents dans ce domaine particulier, même s'il existe un courant d'opinion qui serait d'avis contraire.

12. L'arrêt *Bolitho c. City and Hackney Health Authority*<sup>20</sup> a ensuite affiné le principe de *Bolam*, et la Chambre des Lords a décidé qu'en appliquant le critère de *Bolam* lorsqu'il est prouvé que d'autres praticiens auraient adopté la méthode employée par le défendeur, il doit être démontré que la méthode était fondée sur la logique et était défendable. Selon *Bolitho*, les tribunaux détermineront si les témoignages d'experts médicaux ont correctement pris en compte les précautions nécessaires et évalué les divers facteurs influençant la pratique médicale, et si ces éléments sont jugés insatisfaisants, cela peut conduire à la conclusion que l'opinion médicale n'est pas défendable, laissant la décision finale aux juges quant à savoir si un professionnel de santé a manqué à son devoir de diligence<sup>21</sup>.

En analysant la jurisprudence en matière de responsabilité médicale, nous pouvons anticiper la façon dont ces principes seront appliqués dans le cadre de la pandémie de la Covid-19. Cela concerne notamment les décisions relatives à la priorisation des patients, au report de soins, aux implications du redéploiement de personnel, et à la divulgation des risques médicaux en situation d'urgence sanitaire qui a vu notamment l'augmentation de l'utilisation des consultations à distance.

### *Priorisation des patients en soins intensifs*

13. Au plus fort de la pandémie, les pénuries de respirateurs et de lits dans les unités de soins intensifs (USI) ont mené les professionnels de santé à prendre des décisions de priorisation, sans forcément avoir des lignes directrices claires quant à savoir à qui donner la priorité dans des conditions inédites et exceptionnelles. Les recommandations soulignaient l'importance de grands principes, tels que la minimisation des dommages, la capacité du patient à bénéficier rapidement du traitement, le caractère raisonnable et la proportionnalité du traitement. Par exemple, la BMA prévoyait en mars 2020 qu'« il est à la fois légal et éthique pour un médecin, suivant des politiques de priorisation appropriées, de refuser à quelqu'un un traitement potentiellement vital alors qu'une autre personne a une priorité plus élevée pour le traitement disponible »<sup>22</sup>.

20 [1997] 3 WLR 1151 HL.

21 R. MULHERON, « Trumping *Bolam*: A critical legal analysis of *Bolitho's* gloss », *Cambridge Law Journal*, novembre 2010, vol. 69, n° 3, pp. 637-638.

22 « COVID-19 ethical issues. A guidance note », *British Medical Association*, 6 mars 2020, p. 3 ; *R (BA) v The Secretary of State for Health and Social Care* [2018] EWCA Civ. 2696.

Des actions en responsabilité civile peuvent être basées sur des décisions de priorisation et triage prises pendant la pandémie, y compris les cas où les médecins ont dû refuser un traitement vital à certains patients pour donner la priorité à d'autres patients qui en bénéficieraient plus. Ces choix ont dû être fait rapidement et fréquemment pendant la pandémie.

14. Pour évaluer le caractère raisonnable de la décision d'un médecin en matière de triage et de priorisation, les tribunaux devront déterminer si un groupe d'experts médicaux responsable jugerait les actions du professionnel acceptables dans les circonstances, selon le principe de *Bolam/Bolitho*. Par exemple, les tribunaux pourront déterminer si les actions du professionnel de santé constituaient une application raisonnable et cohérente des directives nationales en vigueur à l'époque<sup>23</sup>. Le respect des directives ne garantit pas automatiquement que le professionnel de santé a rempli son devoir de diligence, mais cela peut servir de preuve solide montrant que le défendeur a satisfait à la norme de diligence. De même, un professionnel de santé qui s'écarte des lignes directrices ne sera pas forcément jugé comme négligent si ce choix est justifié par la situation<sup>24</sup>. La jurisprudence reconnaît que « l'évaluation du manquement à une obligation n'est pas un exercice abstrait mais un exercice élaboré dans un contexte »<sup>25</sup>. Les tribunaux évalueront donc les circonstances générales et les faits environnants pour déterminer s'il y a violation du devoir de diligence<sup>26</sup>. La jurisprudence reconnaît également qu'une action rapide peut être essentielle dans les cas critiques et urgents, et il peut y avoir des cas où les préoccupations des patients doivent être mises de côté pour répondre à d'autres priorités. Si le risque du patient est minime, le traitement peut être retardé, mais si le risque est important et croissant, une évaluation approfondie des facteurs conflictuels devient impérative.<sup>27</sup> Ainsi, « un équilibre doit être trouvé entre les besoins de tout patient donné et toute autre demande professionnelle concurrente imposée aux cliniciens concernés »<sup>28</sup>. Dans de tels scénarios, il semble donc que selon la jurisprudence anglaise, seule une faute grave justifierait une évaluation d'un manquement aux normes de diligence attendues, en particulier dans une situation exceptionnelle comme celle d'une pandémie mondiale.

*Report de soins pour les patients souffrant de maladies chroniques graves*

15. Des poursuites en responsabilité médicale pourraient également découler de décisions visant à repousser le traitement de patients atteints de maladies chroniques, donnant la priorité aux cas de Covid-19. Un exemple

23 *Sanderson v Guy's and St Thomas' NHS Foundation Trust* [2020] EWHC 20 (QB).

24 *Price v Cwm Taf University Health Board* [2019] EWHC 938 (QB).

25 *Mulholland v Medway NHS Foundation Trust* [2015] EWHC 268 (QB).

26 *C v North Cumbria University Hospitals NHS Trust* [2014] EWHC 61 (QB).

27 *Morrison v Liverpool Women's NHS Foundation Trust* [2020] EWHC 91 (QB).

28 *Ibid.*, spéc. § 24.

concret concerne les patients souffrant de maladies cardiaques, où les retards ont contribué à la détérioration de leur état de santé<sup>29</sup>. De même, le report des traitements contre le cancer a eu un impact significatif sur les taux de survie, entraînant une augmentation de la mortalité chez les patients cancéreux déjà confrontés à plusieurs problèmes de santé<sup>30</sup>. Ces délais ont nécessité des interventions plus invasives, portant atteinte au bien-être général des patients et à leur qualité de vie.

**16.** Dans de telles situations, le non-respect de directives spécifiques semble indiquer une possible violation du devoir de diligence, surtout lorsque ce non-respect n'est pas justifié de manière raisonnable. L'affaire *Pope c. NHS Commissioning Board* offre un exemple éloquent de cette situation<sup>31</sup>. Au cours de la pandémie de grippe porcine (grippe A/H1N1) de 2009, un patient présentant des symptômes pseudo-grippaux s'est rendu dans un centre médical sans rendez-vous pour recevoir des soins. Les directives en vigueur à l'époque exigeaient que tous les cas de syndrome grippal soient traités comme la grippe A/H1N1, ce qui impliquait de prendre obligatoirement la mesure de la saturation périphérique en oxygène<sup>32</sup>.

Pendant, une infirmière expérimentée n'a pas réalisé des tests essentiels tels que la tension artérielle, la fréquence respiratoire, la saturation en oxygène et la fréquence cardiaque. Cette omission a conduit à ce que le patient ne soit pas admis à l'hôpital, lui faisant ainsi manquer un traitement adéquat contre la grippe A/H1N1 et la pneumonie. Par conséquent, le patient a connu une détérioration de sa santé, entraînant un handicap significatif et des troubles cognitifs qui auraient pu être évités par des soins appropriés et opportuns. La décision du tribunal a conclu que le non-respect des directives par l'infirmière constituait une violation de ses obligations professionnelles.

**17.** Cette jurisprudence revêt une importance particulière dans les cas où des protocoles spécifiques sont établis pour la gestion des patients atteints de la Covid-19. Par exemple, si les directives préconisaient l'isolement des patients atteints de la Covid-19 par rapport au reste de la population de patients, ne pas respecter cette directive pourrait potentiellement être interprété comme une violation du devoir de diligence. Toutefois, dans des situations où les décisions sont guidées par la raison plutôt que par des protocoles

29 « The Untold Heartbreak », *British Heart Foundation*, 2021, p. 21.

30 A. SUD *et al.*, « Collateral damage: the impact on outcomes from cancer surgery of the COVID-19 pandemic », *Annals of Oncology*, 19 mai 2020, vol. 31, n° 8, pp. 1065-1074 ; A.G. LAI *et al.*, « Estimated impact of the COVID-19 pandemic on cancer services and excess 1-year mortality in people with cancer and multimorbidity: near real-time data on cancer care, cancer deaths and a population-based cohort study », *British Medical Journal Open*, 2020, vol. 10, n° e043828 ; J. DAVIES, « What impact has Covid-19 had on cancer services? », *Nuffield Trust*, 27 mai 2021, <https://www.nuffieldtrust.org.uk/news-item/what-impact-has-covid-19-had-on-cancer-services#treatment>, consulté le 18 mai 2023.

31 [2015] 9 WLUK 380 (unreported).

32 *Ibid.*, spéc. §§ 55 et 59.

explicites, telles que les décisions de triage avec des directives vagues, surtout au début de la pandémie, il est peu probable qu'un professionnel de la santé qui utilise les ressources disponibles pour prioriser le bien-être des patients pendant la pandémie soit considéré comme ayant enfreint son devoir de diligence.

### *Redéploiement et réaffectation du personnel*

**18.** Au cours de la pandémie, le NHS a été confronté à un afflux massif de patients, entraînant une possible dilution de la norme de soins qui pourrait raisonnablement être dispensée<sup>33</sup>. Par exemple, dans les unités de soins intensifs, les infirmières se sont retrouvées responsables d'un plus grand nombre de patients en raison du manque de personnel. Des médecins moins expérimentés et des professionnels à la retraite ont été redéployés et réaffectés, parfois dans des services éloignés de leur spécialité médicale. Dans de telles circonstances, le personnel redéployé pouvait être plus susceptible de commettre des erreurs, pouvant être interprétées comme des violations du devoir de diligence.

**19.** En droit civil anglais, le standard de diligence médicale est jugé en fonction du poste occupé par la personne présumée négligente, non pas par son expérience<sup>34</sup>. Par exemple, il est de jurisprudence bien établie qu'un jeune médecin est soumis aux mêmes normes professionnelles qu'un médecin pleinement qualifié<sup>35</sup>. Cela a été réitéré dans l'affaire récente *Dowson c. Lane*<sup>36</sup>. Le principe ici est que le niveau attendu correspond à la nature de la tâche. Le statut de jeune médecin n'a pas d'importance lorsqu'il exerce des tâches relevant de la compétence de collègues plus expérimentés. Si une tâche dépasse les capacités d'un jeune médecin, celui-ci doit s'abstenir de l'accomplir. S'engager dans de telles tâches ne conduit pas à une évaluation indulgente en raison de l'inexpérience. Cependant les tribunaux prendront en compte le contexte spécifique dans lequel le défendeur travaillait<sup>37</sup>.

**20.** Bien que l'idée d'imposer aux médecins moins expérimentés les mêmes normes que leurs homologues plus expérimentés puissent sembler injuste, l'utilisation de normes variables liées à l'expérience poserait un sérieux problème de sécurité dans les établissements de soins. La norme de diligence met une pression supplémentaire sur les services de santé et les collègues plus

33 E. JACKSON, *Medical law: Text, Cases, and Materials*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 146.

34 *Darnley v Croydon Health Services NHS Trust* [2018] UKSC 50 ; J. TINGLE, « Clinical negligence claims following the COVID-19 pandemic », *British Journal of Nursing*, 25 juin 2020, vol. 29, n° 12.  
35 *Wilsher v Essex AHA* [1988] 1 AC 1074 ; *FB v Princess Alexandra Hospital NHS Trust* [2017] EWCA Civ. 334.

36 [2020] EWHC 642 (QB).

37 *FB*, préc.

expérimentés, les obligeant à assurer une supervision rigoureuse du personnel moins expérimenté<sup>38</sup>.

21. Les professionnels de santé exerçant au-delà de leur spécialité ont assumé durant la pandémie de la Covid-19 des responsabilités accrues, les exposant ainsi davantage à des erreurs qui pourraient mener à des évaluations sévères quant au respect des normes de diligence comparées à celles des médecins expérimentés. Cela est particulièrement pertinent en cas d'erreurs de diagnostic de la Covid-19 ou de maladies à long terme nécessitant une intervention chirurgicale.

### *La divulgation des risques médicaux aux patients*

22. Nous nous tournons désormais vers la responsabilité médicale basée sur la (non)-divulgation des risques médicaux aux patients en période de crise sanitaire. Le principe applicable en la matière est maintenant régi par le principe adopté dans l'arrêt *Montgomery c. Lanarkshire Health Board*<sup>39</sup> qui a fait l'objet de nombreux débats<sup>40</sup> parmi les commentateurs juridiques et les professionnels de santé, qui craignaient notamment que le principe énoncé dans cet arrêt ne reflète pas la réalité clinique dans laquelle travaillent les médecins. D'autres ont salué l'importance de privilégier l'autonomie du patient plutôt que d'adopter une approche paternaliste en médecine<sup>41</sup>. La divulgation des risques médicaux suivait jusque-là une variation du principe adopté dans *Bolam*, comme conclut dans l'arrêt *Sidaway c. Bethlem Royal Hospital*<sup>42</sup> où Lord Diplock affirmait qu'il n'appartenait pas aux tribunaux de dire quel corps d'opinion ils jugeaient préférable puisque les tribunaux n'avaient pas l'expertise des professionnels. Si un patient posait directement des questions sur les risques, un médecin devait lui répondre honnêtement. Cependant, si l'information n'était pas recherchée, un médecin ne devait pas être contraint de donner des informations susceptibles de dissuader un patient de subir une opération dans son propre intérêt.

23. Dans l'arrêt *Montgomery*, la Cour suprême du Royaume-Uni (qui remplace depuis 2009 la Chambre des Lords) a décidé à l'unanimité que le test de *Bolam* était désormais inapplicable aux litiges survenant d'un manquement à l'obligation de divulgation des risques médicaux au patient.

38 E. JACKSON, *Medical law: Text, Cases, and Materials*, 6<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 146.

39 [2015] UKSC 11.

40 J. MONTGOMERY et E. MONTGOMERY, « Montgomery on informed consent: an inexperienced decision? », *Journal of Medical Ethics*, 2016, vol. 42, pp. 89-94 ; S. W. CHAN *et al.*, « Montgomery and informed consent: where are we now? », *British Medical Journal*, 2017, vol. 357, n° j2224, doi:10.1136/bmj.j2224.

41 S. W. CHAN *et al.*, « Montgomery and informed consent: where are we now? », *op. cit.* ; J. MONTGOMERY et E. MONTGOMERY, « Montgomery on informed consent: an inexperienced decision? », *op. cit.* ; A. M. FARRELL et M. BRAZIER, « Not so new directions in the law of consent? Examining Montgomery v Lanarkshire Health Board », *Journal of Medical Ethics*, 2016, vol. 42, pp. 85-88.

42 [1985] AC 871.

L'arrêt *Sidaway* a été rejeté et remplacé par le test des « risques matériels ». La question de la divulgation reposait sur des attitudes divergentes quant au degré de respect dû aux patients et non à l'expertise médicale. Dorénavant, selon le test des risques matériels, « pour qu'il y ait consentement éclairé, un médecin doit être tenu de prendre des précautions raisonnables pour s'assurer que le patient était conscient de tous les risques matériels liés à tout traitement recommandé ou de tout traitement alternatif ou variant raisonnable »<sup>43</sup>. La Cour entend par « matériel » ce qu'une personne raisonnable considérerait comme important, ou ce qu'un médecin pense raisonnablement qu'un patient considérerait comme important. La seule exception à ce principe est « l'exception thérapeutique », qui signifie que le médecin n'est pas tenu de divulguer les risques inhérents au traitement à son patient si, dans l'exercice raisonnable du jugement médical, il serait préjudiciable à la santé de son patient de le faire ; et il n'y a pas d'obligation de divulguer les risques lorsqu'un patient choisit de ne pas recevoir cette information, mais le médecin doit porter un jugement raisonnable sur la réticence du patient.

24. La pandémie de la Covid-19 et ses effets associés sur les services de santé ont soulevé de nouvelles questions concernant le consentement éclairé et la divulgation des risques médicaux aux patients<sup>44</sup>. Des situations telles que le manque de ressources et de personnel, la réaffectation du personnel vers des domaines cliniques inconnus, et l'augmentation des consultations à distance pourraient « avoir des implications importantes sur la capacité professionnelle et les connaissances disponibles pour discuter avec les patients des risques, des avantages et des alternatives au traitement proposé »<sup>45</sup>. De nouveau, les juges tiendront compte du contexte pour évaluer la capacité du professionnel de santé à suivre le principe de *Montgomery*. Il semblerait qu'une approche raisonnable, une pratique fondée sur les données connues à l'époque des faits, ainsi que la priorité donnée au bien-être du patient constitueraient des preuves solides envers la bonne diligence du médecin pendant la pandémie de la Covid-19<sup>46</sup>. Les tribunaux devront cependant redéfinir comment le principe formulé dans *Montgomery* devra être interprété dans un contexte influencé par de nouveaux défis, en partie créés par la pandémie. L'interprétation par les juges du principe de *Montgomery* par les tribunaux britanniques après la pandémie de la Covid-19 continuera probablement à donner la priorité aux soins centrés sur le patient et à la prise de décision éclairée. Il sera donc crucial pour les services de santé d'adhérer à ces principes et de protéger les droits des patients à recevoir des informations

43 *Montgomery*, préc., spéc. § 87.

44 S. KUMAR et D. WARWICK, « Surgical rationing in times of COVID-19 pandemic – how does it affect the Montgomery ruling and GMC guidance on consent? », *Journal of Trauma and Orthopedics*, mars 2021, vol. 9, n° 1.

45 S. DEVANEY *et al.*, « Healthcare Professional Standards in Pandemic Conditions: The Duty to Obtain Consent to Treatment », *Bioethical Inquiry*, 10 septembre 2020.

46 « COVID-19 ethical issues. A guidance note », *op. cit.*, spéc. p. 1.

complètes, une pratique qui n'a pas été systématiquement intégrée dans la pratique du NHS, en particulier avec le recours croissant aux consultations vidéo et téléphoniques, car ces supports peuvent entraver la transmission et la compréhension des informations.

### C) Le lien de causalité – *factual causation*

25. Un demandeur qui souhaite obtenir des dommages-intérêts du fait d'une négligence médicale présumée devra apporter la preuve que la violation du devoir de diligence a causé le dommage subi. La question du lien causal en droit anglais repose sur le principe du *but for test*, ou causalité *sine qua non*, introduit dans l'arrêt *Barnett c. Chelsea & Kensington Hospital*<sup>47</sup>. Ce test requiert de poser la question : le dommage se serait-il produit n'eût été l'acte ou l'omission du défendeur ? Si oui, le défendeur n'est pas responsable. Cela est calculé selon la prépondérance des probabilités (*balance of probabilities*) qui nécessite une prépondérance de plus de 50 % pour démontrer qu'une cause est responsable du dommage subi par le demandeur.

Les règles de causalité, en particulier le principe du *but for*, en droit civil anglais sont généralement un obstacle majeur à la mise en œuvre de la responsabilité des établissements de santé publique. Nous pouvons anticiper que ce critère soit particulièrement difficile à prouver dans des cas de responsabilité médicale liés à la Covid-19. Par exemple, un plaignant pourrait être tenu de prouver comment et où le patient a contracté la Covid-19 et si cela a été la cause directe de son décès ou d'une maladie à long terme. De plus, le demandeur pourrait être contraint de démontrer que des retards dans le traitement ont contribué à l'aggravation de l'état du patient.

Dans la plupart des cas de négligence médicale, il existe une multitude de facteurs qui ont contribué au dommage commis, et la règle du *but for* appliquée strictement ne donne donc pas lieu à indemnisation. Mais, comme l'on peut observer dans certains cas, les juges sont parfois flexibles dans leur approche à la causalité et admettent un lien causal même lorsque l'application de la règle de *but for* ne permet pas d'en arriver à cette conclusion.

26. Lorsque des soins ont été dispensés pendant la pandémie, et qu'il existe plusieurs causes potentielles de préjudice, les plaignants peuvent invoquer les concepts de « contribution matérielle » (*material contribution*) ou « d'augmentation matérielle » (*material increase*) du risque. Ces arguments, déjà reconnus dans des affaires liées aux maladies professionnelles, viennent en aide aux plaignants incapables d'établir le critère du *but for* en raison de l'implication de plusieurs causes. Le principe est qu'en cas de maladie résultant de l'effet cumulatif d'un agent, dont une partie est attribuable au manquement

47 [1969] 1 QB 428.

au devoir du défendeur, tandis qu'une autre partie n'implique pas un manquement au devoir, le défendeur peut être tenu responsable en raison de sa contribution significative à la maladie (contribution matérielle)<sup>48</sup>.

Lorsque le lien de causalité ne peut être établi par le biais du critère du principe de *but for* ou de la contribution matérielle, comme dans le cas d'une maladie indivisible qui a été causée par des facteurs négligents et non négligents, le lien causal peut être prouvé en démontrant que le défendeur a considérablement augmenté le risque de contraction de la maladie par la victime (augmentation matérielle)<sup>49</sup>. Le principe de *material increase* repose sur une forte déduction tirée des faits présentés et ne conduit pas toujours à la constatation d'un lien de causalité.

**27.** Dans l'arrêt *Bailey c. Ministry of Defence*<sup>50</sup>, la demandeuse avait subi des lésions cérébrales à la suite d'un arrêt cardiaque après avoir avalé son vomi, car elle était dans un état très affaibli. Deux causes avaient contribué à sa faiblesse, l'une délictuelle, l'autre naturelle. Si nous appliquions strictement le critère du *but for*, dans ce cas, le demandeur ne serait pas indemnisé. Cependant, il a été décidé que dans les cas où la science médicale ne peut pas établir de manière probable que l'acte de négligence n'aurait pas provoqué la blessure, mais peut démontrer que la contribution de la faute était plus que négligeable, le critère *but for* est ajusté pour permettre au demandeur d'obtenir réparation.

**28.** Considérons le scénario où un patient contracte la Covid-19 à la suite d'un contact familial. Lors de son hospitalisation, son état de santé se détériore en raison d'une nouvelle exposition au virus résultant de la négligence du personnel soignant, nécessitant l'utilisation d'un respirateur. Si l'on peut démontrer que la négligence du personnel médical a considérablement accru le risque d'aggravation de la maladie, le lien de causalité sera établi, même si l'application du principe du *but for* ne fonctionnerait pas dans ce cas particulier.

**29.** Comme illustré par une affaire récente<sup>51</sup>, les tribunaux maintiendront une approche pragmatique à l'égard du lien de causalité et pourraient renoncer au critère de la contribution matérielle s'ils jugent que le lien de causalité est établi de manière prépondérante. Cela peut se produire, par exemple, lorsque le patient décède d'une maladie impliquant un processus s'étendant sur une période de temps.

**30.** En matière de lien causal et de divulgation des risques médicaux, les juges britanniques ont parfois eu des approches assez favorables aux patients.

48 *Bonnington Castings Ltd v Wardlaw* [1956] AC 613.

49 *Wilsber v Essex AHA* [1988] 1 AC 1074.

50 [2008] EWCA Civ. 883.

51 *Davies v Frimley Health NHS Foundation Trust* [2021] EWHC 169 (QB).

Tel a été le cas dans l'arrêt *Chester c. Afshar*<sup>52</sup> où la Chambre des Lords a décidé que lorsqu'un médecin omet d'informer un patient des risques d'une intervention chirurgicale, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'omission d'informer a causé le préjudice subi. En d'autres termes, le test du *but for* a été écarté pour admettre un lien de causalité et permettre à la demanderesse d'obtenir indemnisation, pour la seule raison que le médecin avait violé son devoir de diligence. Il était prouvé que la demanderesse aurait choisi de subir l'opération même si elle avait été informée du risque. Une application stricte du *but for test* n'aurait pas permis d'arriver à une telle conclusion.

Cependant, le principe de *Chester* a été restreint par la jurisprudence ultérieure<sup>53</sup> qui a indiqué que, dans des cas similaires, les juges devront évaluer deux points clés : premièrement, si le risque était inhérent à l'intervention chirurgicale, rendant la blessure « intimement liée » à l'obligation d'avertissement, et deuxièmement, si le demandeur avait procédé à la même procédure au même moment s'il avait été informé. En présence de preuves démontrant que le demandeur aurait quand même choisi l'intervention médicale, une action en responsabilité médicale ne pourrait aboutir, réduisant ainsi l'applicabilité du principe de *Chester*<sup>54</sup>.

#### D) La perte de chance en droit civil médical – *loss of chance*

31. En droit anglais, les actions civiles basées sur la perte d'une chance de survie n'ont jusqu'à présent jamais abouti<sup>55</sup>. Dans *Gregg c. Scott*<sup>56</sup>, le médecin n'avait pas réussi à diagnostiquer le cancer du demandeur à un stade précoce. Le demandeur a fait valoir qu'il avait perdu toute chance de survie. La Chambre des Lords a rejeté sa demande en dommages et intérêts : ses chances de survie étaient inférieures à 50 %. Cela implique que, dans le contexte de la Covid-19, notamment dans des cas de retard de diagnostic pouvant entraîner une perte de chance de survie pour le demandeur, celui-ci devra démontrer que le retard était dû à de la négligence et qu'il était responsable de plus de 50 % de la perte de chance de survie. Un délai tardif dans l'orientation vers un traitement hospitalier pourrait être considéré comme négligent et suffisamment causal, même en cas de retard ultérieur dans le diagnostic et le traitement à l'intérieur de l'hôpital<sup>57</sup>.

52 [2004] 3 WLR 927.

53 *Correia v University Hospital of North Staffordshire NHS Trust* [2017] EWCA Civ. 356, spéc. § 28.

54 *Lucy Diamond v Royal Devon & Exeter NHS Foundation Trust* [2019] EWCA Civ. 585.

55 [1987] AC 750.

56 [2005] 2 AC 750.

57 *Wright v Cambridge Medical Group* [2011] EWCA Civ. 669.

### E) La causalité juridique – *causation in Law* ou *remoteness of damage*

32. Dans l'arrêt *Wagon Mound I*<sup>58</sup>, il a été décidé que le principe applicable jusque-là du critère direct (*Re Polemis*) ne devrait plus être considéré comme le test applicable en matière de causalité juridique. Si un type de dommage prévisible est présent, le défendeur est responsable de l'étendue totale du dommage, que l'étendue du dommage soit prévisible ou non. Ce critère pose rarement problème dans les cas de responsabilité médicale délictuelle. Il n'est donc pas nécessaire de s'y arrêter en détail.

### Conclusion

33. La responsabilité civile de l'État à la suite de la pandémie de la Covid-19 au Royaume-Uni découlera de la responsabilité des établissements du NHS pour la négligence de leur personnel médical, selon la doctrine de la responsabilité du fait d'autrui (*vicarious liability*). Le demandeur devra prouver la violation du devoir de diligence du professionnel de santé, conformément à la jurisprudence *Bolam/Bolitho* pour les erreurs médicales ou à la jurisprudence *Montgomery* pour le manquement à l'obligation de divulgation des risques médicaux. Dans le contexte de la pandémie, prouver une telle violation dans des conditions exceptionnelles sera un défi pour un demandeur. Bien que les circonstances singulières de la pandémie, comprenant notamment le manque initial de directives claires et de traitements efficaces, la pénurie de personnel et de ressources, aient pu accroître la probabilité d'erreurs, il semble peu probable que cela augmente les risques de responsabilité. Cela s'explique par le fait que le principe directeur des décisions judiciaires demeure la notion de caractère raisonnable, spécifiquement adaptée au contexte en question. En dernier lieu, les principes fondamentaux relatifs au consentement éclairé et à la divulgation des risques médicaux devraient perdurer même en période de crise sanitaire. Ces principes, lorsqu'ils sont appliqués de manière raisonnable par les tribunaux, permettent intrinsèquement d'établir un équilibre entre l'autonomie du patient et les contraintes inhérentes aux soins de santé. Toutefois, il subsiste une préoccupation quant à l'assurance d'une application cohérente de la norme de *Montgomery* dans la pratique du NHS. En cas de violation prouvée, le demandeur devra également établir un lien de causalité, particulièrement difficile dans le contexte de la pandémie marqué par des facteurs changeants.

34. Les craintes des médecins concernant une hausse d'actions civiles semblent donc pour le moment injustifiées, comme le montre la faible proportion de demandes d'indemnisation au NHS Resolution pour des faits liés à la Covid-19. Plusieurs hypothèses, telles que l'absence de matérialisation des cas de négligence médicale, peuvent expliquer cette situation.

58 *Overseas Tankship (UK) Ltd v Morts Dock and Engineering Co Ltd* [1961] AC 388.

Cependant, selon les données actuelles, il semble improbable que le nombre de demandes d'indemnisation liées à la Covid-19 augmente.

35. Pour terminer, il est important de noter qu'au-delà des actions civiles, il existe bien sûr d'autres voies juridiques qui peuvent être utilisées contre des organismes publics. La voie pénale peut être utilisée contre des organismes publics pour des faits d'homicide involontaire ou pour des manquements à des obligations de précaution<sup>59</sup>. Cependant, le justiciable n'obtient que rarement une indemnisation au terme de ces procédures, le but étant principalement d'imposer une peine, qui serait une sanction financière contre un organisme public. Une autre voie possible pour les justiciables est le *judicial review* qui requiert la preuve que l'organisme public aurait pris des décisions contraires à la loi, ce qui serait difficile à prouver dans le contexte d'un état d'urgence.

---

59 Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007 ; Health and Safety at Work Act 1974.



# Chapitre 4.

## La responsabilité civile de l'État

### Rapport belge

---

**Françoise AUVRAY**

*Chargée de cours et titulaire de la Chaire de droit de la responsabilité  
et des assurances à l'Université libre de Bruxelles (ULB)*

*Rattachée à l'Instituut voor verbintenissenrecht (KU Leuven)*

Ce rapport belge est le fruit d'une recherche menée en vue du séminaire du GRERCA des 21 et 22 avril 2023 sur le thème de la crise sanitaire et de la responsabilité civile, et plus particulièrement la responsabilité civile de l'État<sup>1</sup>. Il était demandé aux rapporteurs nationaux de répondre aux trois questions suivantes :

- Quel est le régime juridique de la responsabilité de l'État ?
- La mise en œuvre de la responsabilité de l'État est-elle envisageable d'un point de vue théorique ?
- Et si oui, la mise en œuvre est-elle réalisable dans la pratique ?

Ces trois questions structurent la présente contribution.

## I. Le régime juridique de la responsabilité de l'État

Ce rapport se concentre sur le droit commun de la responsabilité extracontractuelle pour faute<sup>2</sup>. Le siège de la matière se trouve à l'article 1382 de l'ancien Code civil<sup>3</sup> : « Tout fait quelconque de l'homme, par lequel un dommage est causé à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». C'est avec cette formule que le législateur de 1804 a posé les jalons de la responsabilité extracontractuelle des citoyens. La jurisprudence en a ensuite

1 La recherche est arrêtée au 20 avril 2023.

2 Il ne s'agit toutefois pas du seul fondement possible. La responsabilité contractuelle et la responsabilité pénale sont également envisageables (à propos de la responsabilité pénale, voy. E. DE FORMANOIR, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public », *J. T.*, 2020, pp. 760-764). Par ailleurs, l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État connaît une responsabilité objective fondée, non sur la faute, mais sur l'illégalité d'un acte administratif : « Toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1<sup>er</sup> ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence [...] ». La personne confrontée à l'illégalité d'un acte administratif dispose d'un choix. Soit elle demande la réparation de son dommage devant le Conseil d'État (moyennant preuve de l'illégalité et sans garantie d'une réparation intégrale), soit elle intente une action en droit commun devant les tribunaux de l'ordre judiciaire (moyennant preuve d'une faute et avec en principe réparation intégrale du dommage). Je reviendrai brièvement sur ce fondement de responsabilité sous le point 2 lorsque comparaison est faite entre le concept de la faute extracontractuelle et l'illégalité au sens de l'article 11*bis*. Il y a enfin encore d'autres fondements juridiques permettant la réparation : cf. la réglementation en matière de marchés publics, le principe d'égalité devant les charges publiques, les règles en matière de trouble du voisinage, le recours à des fonds de compensation comme, par exemple, le Fonds d'indemnisation pour les volontaires victimes de la Covid-19, etc. La présente note ne vise donc pas l'exhaustivité.

3 Le droit privé belge est en pleine ébullition. Le projet de réforme du Code civil belge est en marche. Plusieurs livres ont déjà été adoptés et sont entrés en vigueur : ainsi entre autres le Livre 1 (Principes généraux), le Livre 5 (Droit des obligations) et le Livre 8 (Droit de la preuve). D'autres livres doivent encore être peaufinés (par exemple le Livre 7 – Contrats spéciaux) ou encore être finalisés au Parlement (Livre 6 – Responsabilité extracontractuelle). Le 8 mars 2023, la proposition de loi portant le Livre 6 a été déposée à la Chambre : <https://www.dekamer.be/flwb/pdf/55/3213/55K3213001.pdf>. La responsabilité extracontractuelle n'ayant toutefois pas encore été réformée, il est fait référence dans ce rapport aux dispositions 1382 et suivantes de l'*ancien* Code civil.

précisé le contenu en affinant les trois conditions cumulatives : une faute, un dommage et un lien causal. C'est également la jurisprudence qui a progressivement étendu le champ d'application de l'article 1382 de l'ancien Code civil aux pouvoirs publics. L'évolution du « dogme de l'irresponsabilité »<sup>4</sup> vers une responsabilité largement acceptée s'est fait, pas-à-pas, au gré des arrêts de principes. Ainsi est-ce un arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1920 (arrêt *Flandria*)<sup>5</sup> qui a marqué la fin de l'immunité des pouvoirs publics dans leur fonction exécutive et un arrêt du 19 décembre 1991 (arrêt *Anca I*)<sup>6</sup> qui a mis fin à celle de l'État dans sa fonction de juger. L'immunité des pouvoirs publics dans leur fonction législative s'est progressivement effritée à partir de l'arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2006 (arrêt *Commission des sectes*)<sup>7</sup>. En droit belge, tant l'exécutif, que le législatif et le judiciaire sont à présent soumis au régime de l'article 1382 de l'ancien Code civil. Dans le cadre de la crise de la Covid-19, c'est toutefois en premier ordre l'exécutif et le législatif qui font face à des actions en responsabilité.

La reconnaissance de la responsabilité extracontractuelle des pouvoirs publics a parfois été acclamée, parfois accueillie avec méfiance<sup>8</sup>. Aujourd'hui, il semble toutefois impossible d'encore défendre que – au contraire du citoyen – les pouvoirs publics puissent échapper à l'obligation de réparer les dommages causés par leurs fautes. La Cour de cassation le répète régulièrement : « Aucune disposition constitutionnelle ou législative ni aucun principe général du droit ne dispense l'administration [ou plus largement, les pouvoirs publics], dans l'exercice de ses pouvoirs, de l'obligation résultant des articles 1382 et 1383 de l'ancien code civil de réparer le dommage causé par sa faute à autrui » (précision de l'auteur)<sup>9</sup>. Par ailleurs, l'influence du droit européen en matière de responsabilité de ses institutions et de ses états membres (art. 340 TFUE) rend une marche arrière peu probable<sup>10</sup>. Les débats doctrinaux se sont donc déplacés de la question de principe : faut-il reconnaître la responsabilité extracontractuelle des pouvoirs publics ? ; vers des questions de contenu : à quelles conditions sont-ils responsables ? Je reviens sur cette question sous le point 2 du rapport.

4 N. VANDER PUTTEN et N.B. BERNARD, « La responsabilité civile de l'État pour faute du pouvoir exécutif – Anno 2020 », *J.T.*, 2020, p. 734.

5 Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193.

6 Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, 316.

7 Cass., 1<sup>er</sup> juin 2006, C.05.0494.N.

8 Pour un aperçu de l'historique de la responsabilité extracontractuelle des pouvoirs publics voy. entre autres, H. VANDENBERGHE *et al.*, *Overheidsaansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2005 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et en particulier du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », in J. SAUTOIS et F. TULKENS (éds), *Actualités en droit public et administratif : La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7 et s.

9 Entre autres, Cass., 16 juin 2022, C.21.0219.N et Cass., 12 mars 2020, C.18.0383.N.

10 Le régime fondé sur l'article 340 TFUE vaut en effet comme condition minimale de la responsabilité des pouvoirs publics.

Plusieurs principes ont participé à la reconnaissance de la responsabilité des pouvoirs publics en droit belge. Il y a premièrement le *principe de l'état de droit*<sup>11</sup>. Les pouvoirs publics sont soumis aux règles de droit dans le but ultime de prévenir l'arbitraire. Ainsi, le procureur général Leclercq concluait déjà en marge de l'arrêt *Flandria* : « En Belgique, le souverain, comme chacun, est soumis à la loi : en Belgique, l'État de droit, le seul souverain véritable c'est la loi, expression de la volonté de la Nation, qui, en l'édictant, se lie lui-même. [...] le seul fait que l'acte rentre dans la sphère de l'activité du souverain ne suffit plus pour que le droit civil soit inapplicable ». L'arrêt *Flandria* confirme : « les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi ; qu'ils sont limités dans leur activité par les lois et notamment par celles qui organisent les droits civils [...] »<sup>12,13</sup>. L'idée que les citoyens et les pouvoirs publics – acteurs de notre société – sont soumis aux mêmes règles du jeu s'explique par l'idée du contrat social : « le peuple confie au gouvernement [...] la tâche d'établir des lois générales et permanentes en vue du bien public. Engagement est pris de s'y conformer pour autant néanmoins que les gouvernants n'outrepassent ni ne détournent leur mission (auquel cas le peuple, resté souverain, serait autorisé à exercer son droit ultime de résistance). Ces obligations réciproques (obéissance à la loi contre promesse de respecter les conditions de la délégation du pouvoir) reposent sur une foi partagée, une confiance génératrice de sécurité durable dans l'avenir [...] »<sup>14</sup>. La soumission au droit objectif n'enlève rien au fait qu'une fois ancré dans la réalité, ce droit objectif peut octroyer aux pouvoirs publics des pouvoirs, compétences, et devoirs qui leurs sont propres et qui diffèrent de ceux des citoyens. Il est donc possible de concilier – au sein même du mécanisme de l'article 1382 de l'ancien Code civil – deux apparentes contradictions : la comparabilité entre citoyens et pouvoirs publics au niveau de la soumission au droit de la responsabilité et la différenciation nécessairement

11 Par *État de droit*, on entend « *een politieke gemeenschap waarvan alle burgers en private en publieke rechtspersonen onderworpen zijn aan regels van recht [...] waarop zij zich ten aanzien van elkaar kunnen beroepen, desnoods via een rechtsgang bij een onafhankelijke rechter* » / « une communauté politique dans laquelle tous les citoyens et toutes les personnes morales de droit privé et de droit public sont soumis à des règles de droit [...] sur lesquelles ils peuvent s'appuyer les uns à l'encontre des autres, au besoin par la voie d'un recours devant un tribunal indépendant » (traduction libre) (W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, *Algemeen deel veertig jaar later: privaatrecht en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Malines, Kluwer, 2010, p. 70).

12 Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193.

13 Les arrêts de principe ultérieurs sur la responsabilité, respectivement du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif, disent la même chose. Ainsi, l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 précise : « Attendu que l'État, comme les citoyens, est soumis à des règles de droit, notamment celles relatives à la réparation des dommages causés par les erreurs [...] ». Et l'arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> juin 2006 concernant la responsabilité de l'État pour faute d'un magistrat énonce : « L'État est soumis, comme les citoyens, à des règles de droit, notamment celles relatives à la réparation des dommages résultant d'erreurs [...] ».

14 F. OST, *À quoi sert le droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 442. Comp. E. DIRIX, « Heeft het privaatrecht nog een toekomst? », *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Mortsel, Intersentia, 2011, p. 815.

liée à leurs devoirs, pouvoirs et obligations respectifs pris en compte à l'occasion, entre autres de l'appréciation de la faute.

L'autre principe invoqué dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle des pouvoirs publics est celui de *la séparation des pouvoirs*. On voit apparaître ce principe explicitement, dans l'arrêt *Flandria* : « Attendu que la Constitution a consacré dans ses articles 25 à 31, une théorie de la “séparation des pouvoirs” qui voit une condition de la liberté politique dans la répartition des fonctions publiques en trois groupes distincts et indépendants les uns des autres ; qu'en vertu de cette règle de partage des attributions il est interdit aux cours et tribunaux de faire des actes administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives, comme il est interdit à l'administration de juger les contestations qui ont pour objet des droits civils »<sup>15</sup>. Le principe de la séparation des pouvoirs – en ce qu'il indique que les pouvoirs fondamentaux de l'État ne doivent pas être réunis entre les mains d'une seule autorité mais être répartis entre les *trias politica*, moyennant un système de *checks and balances* – est fondamental dans toute structure étatique démocratique. Ainsi compris, la séparation des pouvoirs ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance de la responsabilité de l'État, pas même celle de son législateur : « Les principes de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir législatif et des parlementaires n'impliquent pas que l'État serait, d'une manière générale, soustrait à son obligation d'indemniser le dommage causé à autrui par une faute du Parlement »<sup>16</sup>. Dans le cadre de la responsabilité des pouvoirs publics, le principe est toutefois aussi invoqué dans un autre but. Il doit en effet garantir le respect du noyau dur des pouvoirs propres de chaque pouvoir. Alors même que le principe n'interdit pas l'exercice d'un contrôle judiciaire (notamment par le biais du droit de la responsabilité), il impose toutefois une limite ultime à ne pas franchir dans l'exercice concret de ce contrôle. Il ne faut pas que la puissance contrôlante – *in casu* le juge civil de la responsabilité extracontractuelle pour faute – s'approprie un pouvoir exclusivement réservé à la puissance contrôlée (*in casu* le pouvoir dans sa fonction exécutive ou législative). Plus clairement encore, si le juge peut contrôler, il ne peut en règle se substituer à l'autre pouvoir<sup>17</sup>. Le principe de la

15 Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193.

16 Cass., 1<sup>er</sup> juin 2006, C.05.0494.N ; Comp. Cass., 28 septembre 2006, C.02.0570.F : « Le principe de la séparation des pouvoirs, qui tend à réaliser un équilibre entre les différents pouvoirs de l'État, n'implique pas que celui-ci serait, de manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative » et Cass., 27 octobre 2006, C.03.0584.N.

17 Pareil *mantra* existe depuis l'arrêt *Flandria* de 1920 : « Attendu que la Constitution a consacré [...] une théorie de la “séparation des pouvoirs” qui voit dans la répartition des fonctions publiques en trois groupes distincts et indépendants les uns des autres ; Qu'en vertu de cette règle de partage des attributions il est interdit aux cours et tribunaux de faire des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives, comme il est interdit à l'administration de juger des contestations qui ont pour objet des droits civils ». Comp. Cass., 12 mars 2020, C.18.0383.N.

séparation des pouvoirs est donc invoqué tant pour permettre la responsabilité de l'État que pour la limiter.

Il est enfin utile de préciser que le contrôle de la responsabilité des pouvoirs publics est *un contrôle en droit, et non en opportunité*. Le juge doit faire application du droit et respecter le pouvoir d'appréciation souverain dont dispose le pouvoir public en vertu du droit. Il ne peut pas se laisser guider dans son appréciation par son propre avis. Cette interdiction de juger en opportunité est souvent rappelée lorsque le juge détermine la faute des pouvoirs publics à l'aide de la norme générale de prudence (*cf. infra*, II.B). Le risque posé par pareille norme *ouverte* résiderait dans la possibilité pour le juge d'abuser de son pouvoir de contrôle. Il est naturellement concevable que, sous le couvert du contrôle de légalité au travers du concept de faute, le juge exerce dans les faits un contrôle d'opportunité. Toute instrumentalisation du contrôle de légalité ne peut être totalement exclue. Ce constat réaliste ne peut toutefois être de nature à revenir sur le principe même de la responsabilité des pouvoirs publics : « *awareness that reality often disappoints the ideal does not, in itself, discredit the ideal* »<sup>18</sup>.

## II. La mise en œuvre de la responsabilité de l'État, d'un point de vue théorique

Ce sont les conditions d'application de la responsabilité des pouvoirs publics qui suscitent encore de nombreux débats doctrinaux. Car même si l'application uniforme de l'article 1382 de l'ancien Code civil sert de point de départ, la particularité des pouvoirs publics (notamment leur rôle dans la création et le contrôle du droit) est source d'exceptions ou du moins de nuances. Ainsi a-t-il fallu attendre le très récent arrêt du 15 décembre 2022<sup>19</sup> pour entendre dire clairement que la faute des pouvoirs publics dans leur fonction législative peut – comme c'était déjà admis pour la fonction exécutive et judiciaire et pour le citoyen – être établie à l'aide du diptyque classique : « La faute du législateur pouvant, sur la base des articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil, engager la responsabilité de l'État consiste en un comportement qui, *ou bien* s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère du législateur normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions, *ou bien*, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de la responsabilité, viole une norme de droit national ou de droit international ayant des effets directs dans l'ordre interne qui lui impose de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée » (souligné par l'auteur). Avant cet arrêt, le doute était encore permis de savoir si la faute du législateur

18 Bien qu'il décrive le système juridique américain, Tamanaha met de manière pertinente le doigt sur le danger d'une approche trop instrumentale de la justice. B.Z. TAMANAHA, *Law as a means to an end: Threat to the rule of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 221.

19 Cass., 15 décembre 2022, C.21.0003.F.

pouvait uniquement être rapportée par la violation d'une norme suffisamment déterminée ou s'il fallait au contraire toujours la violation de la norme générale de prudence<sup>20</sup>. Grâce à cet arrêt de 2022, il est clair que le diptyque de la faute vaut, peu importe la qualification de la personne fautive.

### A) La faute pour méconnaissance d'une norme de droit qui « impose de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée »

Le droit<sup>21</sup> peut contenir des normes de comportement qui s'imposent aux pouvoirs publics et qui, en cas de violation, vont entraîner la faute civile extra-contractuelle (sauf cause exonératoire). Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, il s'agit des normes légales qui *imposent d'agir d'une manière déterminée ou de s'abstenir*<sup>22</sup>. Cette précision n'est pas sans poser de problèmes. Il n'est en effet pas aisé de déterminer concrètement quelles normes légales de comportement sont suffisamment déterminées au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation et lesquelles ne le sont pas. Pourtant cette distinction a son importance puisque la méconnaissance de normes plus vagues (i.e. n'imposant pas de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée) n'entraîne pas *ipso facto*

20 Appliquer le diptyque de la faute en matière de responsabilité de l'État n'a pas toujours été une évidence. Certes, pour la responsabilité de l'État, du fait des magistrats dans leurs fonctions de juger, il était assez rapidement évident que le diptyque s'appliquait puisqu'il était repris textuellement dans les arrêts de la Cour de cassation. Mais, en ce qui concerne la responsabilité des pouvoirs publics dans leurs fonctions exécutives, il y a eu controverse, en particulier à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 octobre 2004 (S.03.0072.F – arrêt *ONSS*). Plusieurs auteurs ont cru pouvoir déduire de l'arrêt qu'il ne pouvait y avoir faute qu'en rapportant la preuve que l'autorité n'avait pas agi comme une autorité normalement prudente et diligente. La violation d'une norme juridique suffisamment déterminée ne pouvait suffire. Comme entre autres Thunis, Vandenberghe et Verrijdt, je pense toutefois qu'une autre lecture s'impose. L'arrêt ne rejette pas le diptyque. Il rejette plutôt la théorie de l'unicité absolue entre illégalité et faute. Enfin, en ce qui concerne la fonction législative, il est remarquable qu'aucun des premiers arrêts de la Cour de cassation ne reprenne le diptyque *in extenso* dans ses motifs. Avant l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 2010 (F.09.0042.N), il était dès lors soutenu que la faute déterminée à l'aide de la norme générale de prudence était difficilement acceptable. Par contre, après l'arrêt de 2010, qui fait mention de cette norme de prudence, la question se posait de savoir si la violation d'une disposition légale déterminée pouvait suffire ou si c'était précisément la norme générale de prudence qui devait à chaque fois s'imposer. Depuis l'arrêt de 2022, le doute n'est plus permis.

21 Le droit en son sens matériel. Cf. L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, t. I, Anvers, Maklu, 1989, p. 59. La Cour de cassation utilise aussi les termes « une disposition légale ou réglementaire » en lieu et place de « droit », voy. par exemple Cass., 16 mai 2011, C.10.0664.N ; Cass., 10 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 682. Cela inclut également les normes internationales avec effet direct en Belgique. À ce propos, F. AUVRAY « La violation d'un traité est-elle une faute ? – Incidence de l'absence d'effet direct sur la responsabilité extracontractuelle de l'État », *J.T.*, 2019, pp. 21-28. Pour un aperçu de différentes sources internationales pertinentes dans le cadre de la crise de la Covid-19, cf. F. DEWALLENS *et al.*, « COVID-19 en gezondheidsrecht: een eerste analyse », *T. Gez.*, 2020-2021, pp. 20-21 ; F. BOUHON *et al.*, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2020, pp. 5-56, <https://doi.org/10.3917/cris.2446.0005>.

22 Entre autres, Cass., 5 juin 2008, C.07.0073.N ; Cass., 25 mars 2010, C.09.0403 ; Cass., 30 avril 2015, C.12.0637.F.

la faute<sup>23</sup>. Pour qu'une telle « illégalité » puisse être fautive, il faudra que le demandeur en réparation parvienne à démontrer qu'il y a eu manquement au devoir général de prudence.

Pour arriver à distinguer les normes suffisamment précises des autres, la comparaison est souvent faite avec la distinction entre les obligations de moyen et les obligations de résultat<sup>24</sup>. Seule une norme formulant une obligation de résultat entraînerait *ipso facto* une faute extracontractuelle<sup>25</sup>. Cette comparaison avec le droit contractuel n'est toutefois pas parfaite. En effet, une analyse de la jurisprudence démontre qu'on ne peut pas nécessairement conclure à une obligation de résultat dès qu'un résultat à atteindre est formulé dans une norme. Dans bon nombre de cas, la norme de droit fait en effet état d'un résultat sans précision quant à la manière d'atteindre ce résultat. Prenons par exemple l'article 135, paragraphe 2, alinéa 2, 1°, de la loi du 24 juin 1988. Cet article énonce qu'il incombe à la commune de faire jouir les habitants d'une bonne police, dont entre autres la sûreté et la tranquillité dans les rues. Bien qu'un certain résultat y soit formulé, la jurisprudence est aujourd'hui établie en ce sens que cette norme de droit ne traduit pas une norme dite *de résultat*<sup>26</sup>. Elle ne traduirait que la norme générale de prudence. Pour nuancer la distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat, il est parfois fait appel à d'autres notions comme l'aléa ou la marge d'appréciation laissée par la norme. Lorsque la personne, ou en l'occurrence le pouvoir public, dispose d'une marge d'appréciation, la norme ne serait pas suffisamment précise pour entraîner une faute civile extracontractuelle par la seule preuve de sa violation. Je ne peux ici épuiser le sujet, mais voilà en tout cas un point encore fort débattu actuellement<sup>27</sup>. Quoi qu'il en soit, dans la

23 Il faut reconnaître que la question est même plus complexe encore. Selon certains auteurs, il n'y aurait pas lieu de distinguer les normes suffisamment précises de celles qui ne le sont pas. Dans le cadre de la responsabilité du pouvoir *exécutif*, ces auteurs défendent l'*unicité absolue* entre faute et illégalité. Pour un aperçu de la controverse et les références pertinentes, cf. N. VANDER PUTTEN et N.B. BERNARD, « La responsabilité civile de l'État pour faute du pouvoir exécutif – Anno 2020 », *op. cit.*, p. 735.

24 Distinction d'origine contractuelle. Son application en droit extracontractuel ne va pas de soi puisqu'il n'est pas question dans ce cas d'identifier la volonté des parties, mais bien d'identifier la volonté (unilatérale) du législateur. Cf. par exemple B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est par raison », in S. STIJNS et P. WERY (éds), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2010, (1), pp. 16 et s.

25 Dans ma thèse, j'ose critiquer cette vision. F. AUVRAY, *(On)wettigheid binnen (overheids)aansprakelijkheid. Stellingname voor een uniforme toepassing van het gemeen recht*, Mortsels, Intersentia, 2023, p. 520.

26 Cass., 3 février 2005, C.03.0574.F.

27 Pour un résumé de la controverse et de plus amples références cf. N. VANDER PUTTEN et N.B. BERNARD, « La responsabilité civile de l'État pour faute du pouvoir exécutif – Anno 2020 », *op. cit.*, p. 735. Dans ma thèse de doctorat, je propose un critère de distinction permettant plus de nuance, à savoir le critère de la dépendance à l'égard du contexte (*contextafhankelijkheid*) : F. AUVRAY, *(On)wettigheid binnen (overheids)aansprakelijkheid. Stellingname voor een uniforme toepassing van het gemeen recht*, *op. cit.*, p. 520.

pratique, une analyse au cas par cas des dispositions légales dont la violation est invoquée s'impose. Il n'en va pas différemment dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire. Si la faute est recherchée dans la violation d'une norme légale de comportement, il faudra inévitablement vérifier concrètement si la norme<sup>28</sup> est suffisamment déterminée au sens de l'article 1382 de l'ancien Code civil.

Cette question a en outre une importance particulière lorsqu'à l'appui de sa demande, la victime invoque une illégalité constatée par la Cour constitutionnelle ou par le Conseil d'État. Cette illégalité peut-elle suffire à prouver la faute civile ? Actuellement, il est admis que le juge de la responsabilité pourra encore vérifier s'il n'y avait pas de cause exonératoire de responsabilité<sup>29</sup>. Certains auteurs, dont je fais partie, sont d'avis que le juge de la responsabilité est aussi compétent pour vérifier si la norme violée était suffisamment déterminée au sens de l'article 1382 de l'ancien Code civil. Toute illégalité ne donne donc pas accès à l'application de l'article 1382 de l'ancien Code civil. Voilà une différence de taille avec le fondement de responsabilité de l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État<sup>30</sup>. En Belgique, les différentes mesures prises par le législateur et l'exécutif en vue d'enrayer l'épidémie de la Covid-19 ont été attaquées dans le cadre de contentieux dits objectifs, c'est-à-dire des procédures en vue de leur suspension ou de leur annulation. Ainsi y-a-t-il eu des recours contre les mesures de confinements et de quarantaines, contre les mesures visant à limiter le nombre de personnes en intérieure, contre l'utilisation du PLF (*passanger locator forms*) et du Covid Safe Ticket, etc. Il y a toutefois plus de décisions rejetant ces demandes que de décisions constatant l'illégalité des mesures<sup>31</sup>. Logiquement ce sont les arrêts constatant une illégalité<sup>32</sup> qui pourraient le plus utilement être invoqués en vue de prouver la faute civile extracontractuelle. Ainsi, par exemple, l'arrêt du Conseil d'État (n° 249.177) du 8 décembre 2020 qui déclare que la mesure qui interdit l'exercice collectif du culte<sup>33</sup> est *prima facie* une restriction disproportionnée de la liberté de culte. Bien que pareille illégalité puisse être utile en

28 Voy., par exemple, l'aperçu de nombreuses législations pertinentes dans l'article de F. DEWALLENS *et al.*, « COVID-19 en gezondheidsrecht: een eerste analyse », *op. cit.*, afl. 1, pp. 17-35 ; F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 13-89.

29 Cass., 23 septembre 2010, C.09.0220.F ; Cass., 16 septembre, 2005, C.04.0276 ; Cass., 8 février 2008, C.07.0131.F.

30 Cf. *supra*, note infrapaginale n° 2.

31 Une tendance qui se confirme par ailleurs aussi dans la jurisprudence inférieure : pour de nombreux exemples, voy. F. BOUHON, « Légalité des arrêtés ministériels de lutte contre la pandémie : la controverse survit au virus », *J.L.M.B.*, 2023, pp. 225 et s. Voy. aussi les médias, par exemple Belga, « Coronavirus : les recours contre l'État se multiplient », *Le Soir*, 29 octobre 2020, en ligne. Pour quelques exemples de décisions de rejet : C. const., 20 janvier 2022, n° 10/2022, (Covid safe ticket, PLF...) ; C. const., 19 mai 2022, n° 71/2022 (Covid safe ticket, PLF...) ; C.E., 30 octobre 2020, n° 248.819 (couvre-feu) ; C.E., 28 octobre 2020, n° 248.781 (fermeture restaurants, etc.)...

32 Par exemple C. const., 16 février 2023, n° 26/2023 (quarantaine et zones rouges) et C. const., 22 septembre 2022, n° 110/2022 (données des patients).

33 Avec une exception que dans trois cas strictement limités.

vue de rapporter la faute, il faut tout de même se poser la question de l'opportunité d'un recours en responsabilité. La preuve de la faute n'est qu'une étape ; encore faut-il démontrer le lien causal et un dommage effectif (*cf. infra*).

Enfin, je rappelle que le droit belge ne connaît pas la théorie de la relativité aquilienne, il est sans importance de savoir si la personne préjudiciée est ou non protégée par la norme dont la violation est invoquée. En effet, le droit belge ne limite pas *a priori* l'indemnisation du dommage aux personnes que la règle vise à protéger compte tenu de sa finalité.

## **B) La faute comme erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère du pouvoir public normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions**

Lorsque la norme légale de comportement n'est pas suffisamment déterminée (*cf. supra*, II.A)<sup>34</sup> ou lorsqu'il n'y a pas de norme légale de comportement, ou même lorsque toutes les normes légales sont respectées<sup>35</sup>, il est encore possible de rapporter la faute à l'aide de la norme générale de prudence<sup>36</sup>. Le juge civil va alors comparer le comportement de la personne dite fautive au comportement de la personne de référence, à savoir la personne normalement prudente et diligente<sup>37</sup> placée dans les mêmes conditions. Les agissements des pouvoirs publics sont donc comparés aux comportements qu'auraient eu dans les mêmes circonstances le pouvoir public normalement prudent et diligent. C'est ici que l'angoisse du juge activiste (ré)apparaît. Il est vrai que le juge de la responsabilité dispose, sur base de ce critère fort ouvert, d'une certaine liberté d'appréciation.

Pour ne pas subir la critique de l'arbitraire, le juge de la responsabilité va recourir à l'utilisation de points d'ancrages pour se faire une idée de la norme de prudence. Ainsi, la personne diligente prend en compte le dommage prévisible. La proposition de loi de 2023 inclut explicitement la prévisibilité des dommages dans la liste non exhaustive des critères d'évaluation (art. 6.7, § 2) : « les conséquences raisonnablement prévisibles du comportement ». Cette proposition de loi reprend également d'autres éléments jusqu'à présent

34 Voy. égal. S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », in D. RENDERS (éd.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXIIes journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, voy. les exemples pp. 373 et s.

35 Cass., 1<sup>er</sup> juin 2012, F.11.0082.F.

36 « Il est communément admis aujourd'hui que la faute civile s'apprécie abstraitement, en référence au critère du "bon père de famille". Ce type d'évaluation, aussi traditionnel soit-il, ne trouve aucune assise dans les textes de loi. Rien dans les articles 1382 et 1383 du Code civil ne suggère qu'une appréciation particulière ait eu la faveur des rédacteurs du Code » ; E. MONTERO et B. GOFFAUX, « La référence au paradigme du "bon père de famille" en responsabilité extracontractuelle », *For. Ass.*, 2014, p. 1 ; avec une référence à C. HENNEAU et G. SCHAMPS, « Responsabilité pénale et responsabilité civile : une parenté contestée », *Ann. dr. Bruxelles*, 1995, pp. 150 et s.

37 L'article 6.7, paragraphe 2, de la proposition de loi parle de la « personne prudente et raisonnable ».

jurisprudentiels, comme les « frais et efforts nécessaires pour éviter le dommage » et, en particulier intéressant pour les pouvoirs publics, les « principes de bonne administration et de bonne organisation ». En outre, la comparaison doit être effectuée en tenant compte de toutes les circonstances concrètes. Il s'agit donc d'un test abstrait mais « concrétisé ». Le contrôle du juge se fera *a posteriori*, mais en tenant compte du contexte factuel concret au moment de la faute et donc aussi de « l'état des techniques et des connaissances scientifiques ». Les critiques relatives à l'obligation vaccinale<sup>38</sup> et les éventuels dommages qui pourraient en résulter porteront en particularité sur cet aspect. Où en était la science vaccinale<sup>39</sup> ? Des dommages étaient-ils prévisibles ? Le principe de précaution a-t-il été respecté ? Voilà différents éléments que le juge devra prendre en compte dans son appréciation, sans oublier qu'il doit aussi garder en mémoire le caractère unique de la crise et l'urgence avec laquelle les décisions ont été prises par les différentes instances politiques<sup>40</sup>. Par ailleurs, la crise de la Covid-19 ayant été une crise à l'échelle mondiale, il est possible – plus que dans le cadre de crises plus locales – de concrétiser ce qu'aurait fait un état ou une région normalement prudente et diligente dans les mêmes circonstances. Il est à cet égard intéressant de relever que, pendant l'évolution de la crise sanitaire, les yeux des médias étaient tournés en partie

38 Plusieurs auteurs ont analysé les possibles responsabilités des pouvoirs publics en cas de problèmes liés à l'obligation vaccinale. E. VAN DEN HAUTE, « Responsabilités et vaccination obligatoire », in A. JANSSEN (dir.), *La vaccination contre la Covid-19 obligatoire en Belgique ?*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 68 et s. ; C. DELFORGE et M.-H. DE CALLATAY, « Le contentieux objectif de l'indemnité devant le Conseil d'État et la vaccination obligatoire », in C. DELFORGE (dir.), *Responsabilité, risques et progrès*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 159-198. Ils y décrivent les possibles fautes extracontractuelles (par exemple, le fait d'outrepasser l'obligation légale d'une prescription médicale pour la vaccination). Comme je l'indiquerai plus tard, surmonter l'obstacle de la faute ne suffit pas, il faut aussi rapporter la preuve d'un dommage mais aussi et surtout d'un lien de causalité.

39 C. VERSTRAETE, « Verdragstaten EVRM beschikken over een ruime appreciatiemarge voor vaccinatiebeleid », *T. Gez.*, 2021-2022, pp. 21-27.

40 E. DIRIX, « Aansprakelijkheid van en tegen de overheid in tijden van budgettaire krapte », in N. CARETTE et B. WEYTS (éds), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2017, p. 304 : « *De rechters die op comfortabele wijze met de kennis van het beden kennismaken van het verleden, dienen dus bij het turen in hun achteruitkijkspiegel dit criterium niet uit het oog te verliezen wanneer zij dienen te oordelen over zaken zoals de maatregelen die een regering in luttele uren dient te nemen voor het heropenen van beurzen om een bank te redden, over het optreden van een financieel toezicht houder die steeds geprangd zit tussen een te vroeg en een tardief optreden, over de vraag of de politie in een gegeven geval voldoende personeel inzet voor opsporing of ordehandhaving of, de veiligheidsdiensten een terroristische aanslag hadden kunnen vermijden, enz. [...] Kan het leven inderdaad enkel naar achteren begrepen worden dan moet het wel naar voren worden geleefd » / « Ainsi, les juges qui prennent confortablement connaissance du passé avec la connaissance du présent, lorsqu'ils regardent dans leur rétroviseur, ne devraient pas perdre de vue ce critère lorsqu'ils doivent se prononcer sur des questions telles que les mesures à prendre par un gouvernement en l'espace de quelques heures pour rouvrir les bourses afin de sauver une banque, sur les actions d'un superviseur financier qui est toujours pris entre une action prématurée et une action tardive, sur la question de savoir si la police déploie suffisamment de personnel dans un cas donné pour enquêter ou maintenir l'ordre ou si les forces de sécurité auraient pu éviter un attentat terroriste, etc. [...] En effet, si la vie ne peut être comprise qu'en regardant vers l'arrière, elle se vit que vers l'avant » (traduction libre).*

vers les pays voisins. Une mesure prise en France ou aux Pays-Bas était régulièrement<sup>41</sup> un signe avant-coureur des mesures prises en Belgique.

Je souligne à nouveau que l'existence d'une marge d'appréciation libre dans le chef des pouvoirs publics n'est pas en soi une raison pour ne pas juger la (non-)diligence de ceux-ci<sup>42</sup> (*cf. supra*, I). Le juge de la responsabilité doit cependant faire attention de ne pas négliger cette marge d'appréciation au moment de juger de la faute. Ainsi est-il possible d'imaginer que les pouvoirs publics normalement prudents et diligents disposent de plusieurs possibilités face à la crise de la Covid-19 ; le simple fait d'avoir choisi une mesure et non une autre n'est pas fautif du simple fait que le juge lui-même aurait préféré l'autre mesure<sup>43</sup>. Comme indiqué, le juge qui conclurait à la faute sur base d'une préférence personnelle abuserait de son pouvoir d'appréciation.

Enfin, il faut rappeler que le comportement fautif ne doit pas nécessairement être un acte positif. Une *abstention* peut également être constitutive de faute. Dans le cadre de crises comme la crise de la Covid-19, il peut donc être reproché à l'État de ne pas avoir réagi ou en tout cas pas assez rapidement. Leclercq précisait déjà dans ses conclusions précédant l'arrêt *Ferrara* : « [...] il me paraît qu'on peut dire que le législateur qui omet d'agir, lorsqu'il y a péril, n'agit pas en bon père de famille. Je pense notamment à l'abstention d'agir lorsque le pays est menacé par des risques sur le plan de la sécurité, de la santé publique, de l'hygiène, de l'atteinte à l'environnement »<sup>44</sup>.

### C) Absence de cause d'exonération ; lien causal et dommage

Prouver la méconnaissance d'une norme de comportement à l'aide du dipytique ne suffit pas. Il faut en outre qu'il n'y ait pas de cause d'exonération<sup>45</sup>, que le lien causal entre la faute et le dommage soit établi et qu'il y ait effectivement un dommage réparable. Ces conditions d'application de l'article 1382 de l'ancien Code civil font également l'objet de nombreux débats doctrinaux, mais ceux-ci sont moins liés à la qualité même des pouvoirs publics. Ce sera en particulier le lien causal qui formera l'obstacle majeur en cas de procédure en responsabilité pour cause d'infection à la Covid-19. Dès lors que le droit

41 Il y a toutefois aussi eu des variations dans l'application de certaines mesures. Par exemple, l'utilisation du Covid Safe Ticket qui a été moins généralisée qu'en France. À ce propos, par exemple, G. GENICOT, « Gezondheidspas of Covid safe ticket: het juiste gebruik van de evenredigheid », *T. Gez.*, 2021-2022, pp. 83-87.

42 Il n'y a donc, par principe, aucune raison de refuser de statuer sur la faute dans des affaires politiquement importantes telles que les affaires relatives au climat ou à l'azote. Voy. par exemple A. WIRTGEN, « Civiele acties tegen de Staat: een verstoorde balans in de trias politica? », *T.P.R.*, 2022, pp. 196-199.

43 *Ibid.*, pp. 172-173.

44 Cass., 28 septembre 2006, C.02.0570.F.

45 Ainsi, par exemple, analyse-t-on si l'état de nécessité peut être invoqué par rapport à la décision de rendre la vaccination obligatoire : C. DELFORGE et M.-H. DE CALLATAY, « Le contentieux objectif de l'indemnité devant le Conseil d'État et la vaccination obligatoire », *op. cit.*, pp. 159-198.

belge fait appel à la théorie de la condition *sine qua non* et à la condition d'une preuve certaine, il ne sera pas aisé de démontrer que sans la faute le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit *in concreto*<sup>46</sup>. Ainsi, y-a-t-il eu, en Belgique, un manque de masques buccaux par manque de stock de crise et ensuite importation de masques non conformes aux exigences en matière de sécurité. Dans les deux cas et même si une faute dans le chef des pouvoirs publics est rapportée, il ne sera pas aisé de démontrer que c'est l'absence de masque ou la défaillance du masque qui a causé une contamination précise<sup>47</sup>. Tout au plus le recours à la théorie de la perte d'une chance pourrait-elle alors offrir dans certains cas une porte de sortie<sup>48</sup>.

#### **D) La réparation en nature du dommage et le problème des injonctions en matière de responsabilité des pouvoirs publics**

La reconnaissance de la responsabilité extracontractuelle donne en principe droit à la réparation intégrale du dommage. Dans le cadre d'une crise sanitaire comme celle de la Covid-19, on pourrait imaginer que les demandeurs à l'action en responsabilité veuillent demander au juge des injonctions visant à éliminer (ou à éviter) le dommage (futur) ; par exemple, faire cesser une mesure de confinement. En vertu de l'ancien article 1382 du Code civil, toute injonction n'est pas possible.

Ainsi, la réparation en nature n'est autorisée, que pour autant qu'elle est matériellement et juridiquement possible et qu'elle ne constitue pas un abus de droit. Dans le cas de la responsabilité des pouvoirs publics, le principe de la séparation des pouvoirs constitue un obstacle juridique supplémentaire. Un arrêt de la Cour de cassation du 4 septembre 2014 (C.12.0535.F) est clair : « Si les cours et tribunaux ne s'immiscent pas dans l'exercice des pouvoirs légalement réservés à une autorité administrative lorsque, aux fins de rétablir entièrement dans ses droits la partie lésée, ils ordonnent la réparation en nature du préjudice et prescrivent à l'administration des mesures destinées à mettre fin à l'illégalité dommageable, le principe général du droit de la séparation des pouvoirs leur interdit de faire, hors cette hypothèse, des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives ». Le juge de la responsabilité peut ordonner la cessation de la faute dommageable, mais ne peut autrement s'arroger un pouvoir qui appartiendrait exclusivement au pouvoir en question. Le principe théorique semble

46 Cass., 6 décembre 2013, C.10.0204.F ; Cass., 23 septembre 2013, C.12.0559.N ; Cass., 31 mai 2013, C.12.0399.N ; Cass., 9 novembre 2012, C.11.0563.N ; Cass., 23 avril 2009, C.07.0568.F.

47 Comp. avec une affaire similaire en France : Trib. adm. Paris, 28 juin 2022, n° 2012679/6-3, <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2022/07/20126796-3.pdf>.

48 Comp. les prévisions juridiques faites dans les médias en début de crise sanitaire : Belga, « Poursuivre Maggie en justice : de nombreuses plaintes déposées contre la gestion de la crise du coronavirus ? », *Le Vif*, 7 mai 2020. Sur la théorie de la perte d'une chance, voy. par exemple T. NUNINGA *et al.*, « Chances as Legally Protected Assets », *E.R.P.L.*, 2020, pp. 375-406.

clair et, par ailleurs, justifié par le respect du pouvoir souverain des différents pouvoirs publics. Mais, dans la pratique, respecter cette limite peut se révéler être un véritable exercice d'équilibriste<sup>49</sup>.

### III. Quelques remarques finales quant à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État, d'un point de vue plus pratique

Même si des actions en responsabilité contre les pouvoirs publics semblent être envisagées<sup>50</sup>, il s'agira – comme c'est souvent le cas en matière de responsabilité des pouvoirs publics – de se poser la question de savoir si le jeu (le coût) en vaut la chandelle. Je prends un exemple. Pendant la crise sanitaire, le gouvernement belge a fait parvenir des test Covid-19 aux maisons de repos sans les instructions appropriées. Les bâtonnets (épais) destinés à être utilisés dans la gorge, ont dès lors été utilisés pour un frotti dans le nez, provoquant des douleurs chez les résidents. Pareilles douleurs ne sont fort probablement pas une raison suffisante pour agir en justice et engager les frais qui accompagnent pareille action. On peut imaginer que ce soit plutôt le décès d'un proche ou des séquelles graves d'une infection à la Covid-19 qui puissent être le moteur suffisamment puissant que pour pousser à la procédure.

Le coût d'une action en justice contre les pouvoirs publics est d'autant plus élevé que dans bon nombre de cas de responsabilité liée à des manquements sociétaux (je pense non seulement à la situation de la Covid-19, mais également aux affaires climat, à la crise de l'azote, etc.), plusieurs entités se partagent les compétences. En effet, l'État belge est un État fédéral avec une structure politique complexe. Les compétences sont souvent explosées entre différents niveaux de pouvoirs, plusieurs ministres, etc.). Ainsi, lors de la crise de la Covid-19 pas moins de 8 ministres exerçaient une partie de la compétence en matière de santé publique<sup>51</sup>. « La santé n'est toutefois pas la seule matière pertinente pour la gestion de la crise. À titre d'exemple, on peut rappeler que l'enseignement (qui est touché par des mesures radicales) relève quasi exclusivement des Communautés, que l'économie (qui est largement affectée par la crise) est partagée entre l'Autorité fédérale et les Régions, ou encore que la justice (dont le fonctionnement est considérablement ralenti) et

49 Voy., sur ce point, S. VAN DROOGHENBROECK, « Flandria, Anca, Ferrara .... Urgenda ? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », *J.T.*, 2020, p. 750. Mais aussi les décisions dans l'affaire *Klimaatzaak* (<https://affaire-climat.be/fr/the-case>). Voy. égal., dans la proposition de loi réformant le Livre 6 du Code civil, l'article 6.42.

50 En guise d'exemples d'actions en responsabilité Covid-19 : une action à la suite des mesures de fermeture des restaurants : <https://www.rtbef.be/article/coronavirus-cinquante-restaurants-intentent-une-action-en-responsabilite-contre-l-etat-federal-10733815> ; une action à la suite de l'implémentation du Covid Safe ticket : cour d'appel de Liège (12<sup>e</sup> ch. A, référés), 7 janvier 2022, *J.L.M.B.*, 2022, afl. 5-216-232 ; et une action à la suite des mesures de confinement : Belga, « Modrikamen lance une action collective contre l'État belge. "On espère des dizaines de milliers d'entreprises" », *La Libre*, 5 mai 2022, en ligne.

51 F. DEWALLENS *et al.*, « COVID-19 en gezondheidsrecht: een eerste analyse », *op. cit.*, afl. 1, p. 23.

la gestion des établissements pénitentiaires (au sein desquels les mesures de confinement induisent des tensions majeures) sont des matières fédérales »<sup>52</sup>. Ceci ne facilite pas l'assignation en justice<sup>53</sup>. Ceux qui font le pas sont dès lors souvent inspirés par une volonté plus « politique »<sup>54</sup>. On parle aussi de « macro-contentieux »<sup>55</sup>. Les actions sont alors souvent engagées par des A.S.B.L. Afin de pallier la difficulté des compétences disparates on voit par ailleurs que la faute des pouvoirs publics peut être cherchée précisément dans l'absence de collaboration adéquate entre les niveaux de pouvoirs<sup>56</sup>.

Ce bref aperçu du droit belge de la responsabilité extracontractuelle pour faute des pouvoirs publics démontre qu'une action dans le cadre de la crise de la Covid-19 est possible, mais qu'elle ne sera pas nécessairement aisée. Les difficultés sont multiples. Qui assigner ? Quelle faute invoquer ? La violation d'une norme suffisamment déterminée ou celle de la norme de prudence ? Comment rapporter la preuve du lien causal ? Voilà, bon nombre de questions juridiques qui rythmeront tant la tâche des parties que celle du juge de la responsabilité et qui tiendront en haleine les commentateurs de doctrine.

### Post-scriptum

Entre le dépôt du texte et sa publication, le Livre 6 du Code civil « La responsabilité extracontractuelle » a été adopté en deuxième lecture par la Commission de la Justice de la Chambre (*Doc.*, Ch., sess. ord., 2023-2024, n° 55-3212/012), lequel est identique à celui adopté en séance plénière (*Doc.*, Ch., sess. ord., 2023-2024, n° 55-3212/013). Le texte a été publié au *Moniteur belge* du 1<sup>er</sup> juillet 2024 et entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2025.

Le texte de la contribution ne tient pas compte des derniers développements de la réforme. Les enseignements de la présente contribution resteraient toutefois en grande partie pertinents si une nouvelle crise sanitaire

52 F. BOUHON *et al.*, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2020, n° 2446, p. 11, <https://doi.org/10.3917/cris.2446.0005>.

53 Sur les conséquences de l'exclusivité des compétences sur le droit de la responsabilité, voy. par exemple M. EL BERHOUMI, S. VAN DROGHENBROECK et L. LOSSEAU, « Le fédéralisme belge ne connaît pas la crise : la gestion de la pandémie de Covid-19 à l'épreuve de la répartition des compétences », in F. BOUHON *et al.* (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 87-88.

54 « On ne peut que constater que les grands contentieux de la responsabilité des pouvoirs publics (climat, surpopulation carcérale, crise sanitaire...) qui comportent des enjeux majeurs pour nos sociétés sont désormais portés devant les tribunaux par des a.s.b.l. qui entendent ainsi passer outre les blocages constatés dans la sphère politique. C'est une carence dans l'action de l'État considéré comme un tout qui est le plus souvent dénoncée » : B. DUBUISSON, « En guise de conclusions : La Flandria, un arrêt centenaire mais toujours vert », *J.T.*, 2020, afl. 36, p. 780.

55 « [...] soit d'affaires comportant malgré elles d'importants arbitrages fondamentalement sociétaux » : N. VANDER PUTTEN et N.B. BERNARD, « La responsabilité civile de l'État pour faute du pouvoir exécutif – Anno 2020 », *op. cit.*, afl. 36, p. 737.

56 Voy. par exemple « l'affaire climat », généralement dénommée même en français « Klimaatzaak », <https://affaire-climat.be/fr/the-case>.

devait survenir sous l'application du nouveau droit. En effet, le Livre 6 maintient la responsabilité pour faute (art. 6.5 et 6.6 C. civ.) et confirme son application aux pouvoirs publics (art. 1.1 et 6.4 C. civ.). Il n'empêche qu'il faudra être attentif aux modifications et nouveautés introduites par le Livre 6, par exemple au niveau de la causalité.

Chapitre 5.  
La responsabilité civile de l'État  
Rapport espagnol

---

**Javier LETE**

*Université de Saint-Jacques de Compostelle*

## Introduction

L'origine de la réglementation de la responsabilité patrimoniale des administrations publiques trouve son antécédent le plus lointain dans l'article 121 de la loi relative à l'expropriation forcée du 16 décembre 1954, qui indiquait que « tout préjudice subi par les particuliers dans les biens et droits visés par la présente loi donne également lieu à indemnisation selon la même procédure, à condition qu'il soit la conséquence du fonctionnement normal ou anormal des services publics ». Cette règle a été réitérée par l'article 32.1 du texte consolidé de la loi relative au régime juridique de l'administration de l'État du 26 juillet 1957 (ci-après LRJAE), qui dispose que « les particuliers ont le droit d'être indemnisés par l'État pour toute atteinte à leurs biens et à leurs droits, sauf en cas de force majeure, lorsque cette atteinte est la conséquence du fonctionnement normal ou anormal des services publics ou de l'adoption de mesures qui ne sont pas soumises à un contrôle juridictionnel dans le cadre d'une action en justice ». Ainsi, le système de responsabilité stricte et directe de l'administration publique a été introduit en Espagne et l'application de l'ancien régime juridique de l'article 1903 du Code civil, fondé sur la responsabilité pour les actions des tiers, a été abrogée.

D'autre part, l'article 106.2 de la Constitution de 1978 (ci-après CE) dispose que « les particuliers ont, dans les conditions fixées par la loi, le droit d'être indemnisés pour toute atteinte à leurs biens et à leurs droits, sauf en cas de force majeure, lorsque cette atteinte est la conséquence du fonctionnement des services publics ». La Constitution de 1978 reconnaît ainsi le principe de la responsabilité de l'administration publique vis-à-vis des particuliers, qui est de nature objective. Ce principe a été développé par loi relative au régime juridique des administrations publiques et la procédure administrative commune du 26 novembre 1992, et actuellement la réglementation applicable en la matière est contenue dans la loi relative au régime juridique du secteur public du 1<sup>er</sup> octobre 2015 (ci-après LRJSP).

Comme l'indique l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 17 octobre 2018, « sur ce point, il faut partir du fait que la formulation de l'article 106.2 CE implique la réception constitutionnelle du système de responsabilité de l'administration précédemment en vigueur en Espagne, dont le caractère objectif avait été largement accepté par la doctrine et la jurisprudence [...]. Ainsi, le système constitutionnel de responsabilité des administrations publiques est régi par des critères objectifs, qui impliquent la nécessité non seulement d'examiner la relation de causalité, mais aussi de formuler un jugement d'imputation du dommage qui relie suffisamment le préjudice produit à l'activité exercée par l'auteur du préjudice, en l'occurrence une administration publique »<sup>1</sup>.

1 *STC*, 2018, 112.

Dans ce contexte, l'arrêt de la Cour suprême, 3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif<sup>2</sup>, du 25 mai 2016, résume les caractéristiques de la responsabilité des administrations publiques comme suit<sup>3</sup> :

a) *Il s'agit d'un système général et unique*, ce qui implique qu'il s'étend à toutes les activités menées par l'une quelconque des administrations publiques (étatiques, régionales, locales et institutionnelles). Cela ressort clairement du fait que l'article 149.1.18 CE confère à l'État une compétence exclusive sur « le régime de responsabilité de toutes les administrations publiques ».

Selon l'article 35 LRJSP, « lorsque les administrations publiques agissent, directement ou par l'intermédiaire d'une entité de droit privé, dans des relations de cette nature, leur responsabilité sera recherchée conformément aux dispositions des articles 32 et suivants, même si elles concourent avec des sujets de droit privé ou si la responsabilité est recherchée directement auprès de l'entité de droit privé par laquelle l'administration agit ou auprès de l'entité qui couvre sa responsabilité ».

b) *Il s'agit d'un système de responsabilité directe* : les particuliers ne doivent pas poursuivre la partie qui a causé le dommage par son action ou son omission, mais doivent s'adresser directement à l'administration publique. C'est ce qu'indique l'article 36.1 LRJSP, selon lequel « afin de mettre en œuvre la responsabilité patrimoniale visée dans la présente loi, les particuliers doivent demander directement à l'administration publique correspondante la réparation des dommages causés par les autorités et le personnel à leur service ». Il en va de même lorsque les administrations publiques agissent dans le cadre de relations de droit privé (art. 35 LRJSP).

Ceci est sans préjudice de la responsabilité subsidiaire de l'État pour les dommages causés par les infractions commises par les autorités, les agents, les entrepreneurs et les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions (art. 121 CP).

c) *Il s'agit d'une responsabilité objective*, c'est-à-dire indépendante de la faute éventuellement commise par le fonctionnaire ou l'entrepreneur qui a causé le dommage au particulier.

d) *Elle donne droit à une réparation intégrale*, conformément aux dispositions des articles 32 et 34 LRJSP.

2 Comme l'explique le site web de l'Association Internationale des Hautes Juridictions Administratives (<https://www.aihja.org/membre/espagne-tribunal-supreme/>), la juridiction contentieuse-administrative « concerne à l'activité de l'Administration soumise au droit administratif. Elle est intégrée par les Juges (unipersonnels) de la première instance ; les Chambres du contentieux administratif des Tribunaux Supérieurs de Justice des Communauté autonomes ; la Chambre du Contentieux Administratif de l'Audience Nationale et la Troisième Chambre (du Contentieux[-] Administratif) du Tribunal Suprême dont la juridiction s'étend à tout territoire national et il est la plus haute juridiction ».

3 Référence du répertoire de jurisprudence Aranzadi : *RJ*, 2016, 2275.

## I. Le principe général de responsabilité et sa mise en œuvre

L'article 32.1 LRJSP contient les critères de responsabilité en disposant que « les particuliers ont le droit d'être indemnisés par les administrations publiques correspondantes pour toute atteinte à leurs biens et à leurs droits lorsque cette atteinte est la conséquence du fonctionnement normal ou anormal des services publics, sauf en cas de force majeure ou de dommages que, selon la loi, le particulier est légalement tenu d'assumer ».

Ensuite, l'article 32 LRJSP précise le principe général de la responsabilité des administrations publiques, en spécifiant les causes suivantes, qui ne sont pas un *numerus clausus* :

a) Les particuliers ont le droit d'être indemnisés par les administrations publiques « pour toute atteinte dans leurs biens et leurs droits, découlant de l'application d'actes d'expropriation de droits, qu'ils ne sont pas légalement tenus d'assumer, dès lors que les actes législatifs en question le prévoient et dans les conditions qu'ils précisent » (art. 32.3, 1<sup>er</sup> al., LRJSP).

b) Les dommages découlant de l'application d'une norme ayant valeur de loi déclarée inconstitutionnelle, à condition que soient remplies les exigences mentionnées au paragraphe 4, ou de l'application d'une norme contraire au droit de l'Union européenne, conformément aux dispositions du paragraphe 5 (art. 32.3, 2<sup>e</sup> al., LRJSP).

c) La responsabilité de l'État du fait du fonctionnement de l'administration de la justice, qui est régie par les dispositions de la loi organique relative au pouvoir judiciaire du 1<sup>er</sup> juillet 1985 (art. 32.7 LRJSP).

## II. Conditions

### A) Atteinte aux biens et droits du particulier

Selon l'article 32.2 LRJSP, « en tout état de cause, le dommage invoqué doit être effectif, économiquement évaluable et individualisé à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes ». L'article 34.1, premier alinéa, LRJSP ajoute que seuls les dommages causés au particulier par des atteintes qu'il n'est pas tenu d'assumer en vertu de la loi sont indemnisables.

Dans le domaine spécifique de la responsabilité patrimoniale des administrations publiques, la notion d'atteinte aux biens et aux droits d'un particulier en conséquence de l'action ou de l'omission de l'administration, visée à l'article 32.1 LRJSP, devient l'axe central du système de responsabilité. Il convient de souligner que, afin d'indemniser un dommage causé aux biens et aux droits d'un particulier, il ne suffit pas qu'il y ait un dommage matériel ou une perte financière, mais il est absolument nécessaire que ce dommage patrimonial soit illégal.

Par conséquent, l'atteinte aux biens et droits d'un particulier doit remplir les exigences suivantes :

a) *Illicéité de l'atteinte*. Cela constitue le fondement de l'obligation de réparer les dommages. Toutefois, il convient de noter que l'illicéité susceptible de transformer le simple dommage matériel en préjudice proprement dit ne découle pas du fait que le comportement de l'auteur du dommage est illicite, puisqu'il ne s'agit pas d'une illicéité de nature subjective. Un dommage devient illicite et un préjudice indemnisable si et seulement si la personne qui le subit n'est pas tenue de l'assumer « conformément à la loi » (art. 32.1 et 34.1 LRJSP). En effet, lorsqu'il existe une obligation légale d'assumer le dommage, l'obligation d'indemnisation disparaît.

Comme le souligne l'arrêt de la Cour suprême, 3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif, du 18 avril 2007, la doctrine jurisprudentielle consolidée estime que la responsabilité des administrations publiques « est objective ou de résultat, de sorte que ce qui est pertinent n'est pas le comportement illégal de l'administration, mais l'illégalité du résultat ou du dommage »<sup>4</sup>. Comme exemple de dommages que le citoyen doit supporter, on peut mentionner les « dommages du progrès », prévus à l'article 34.1 LRJSP, selon lequel « les dommages qui découlent de faits ou de circonstances qui n'auraient pu être prévus ou évités en l'état des connaissances scientifiques ou techniques existant au moment de leur survenance ne sont pas indemnisables ».

L'arrêt de la Cour suprême, 3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif, du 9 octobre 2018, dans le litige relatif à la modification du régime de rémunération de l'énergie photovoltaïque, précise que « si la confiance légitime et la sécurité juridique n'ont pas été lésées, il est facile de comprendre que la conclusion est que le dommage ne sera pas qualifié d'illicite. En définitive, cette modification du système de rémunération prévue par le décret-loi royal 9/2013, et qui projette ses effets dans le futur, n'a pas causé de dommages que les parties intéressées ne sont pas obligées de supporter. En d'autres termes, l'absence de violation des principes de sécurité juridique et de confiance légitime détermine l'absence de l'une des hypothèses de base de la responsabilité pécuniaire »<sup>5</sup>.

b) *Le dommage doit être réel*. Il faut donc qu'un dommage ait été causé à la personne ou qu'une perte ait été subie par les biens de la personne concernée. La charge de la preuve incombe au demandeur. Cette approche pose la question de savoir si les dommages résultant de la déception des attentes, tels que la perte de clientèle, peuvent être considérés comme inclus. Dans ce cas, la jurisprudence exige qu'il y ait eu une véritable perte pécuniaire et pas seulement un dommage hypothétique.

4 *RJ*, 2007, 3684.

5 *RJ*, 2018, 4427.

c) *Le dommage doit être économiquement évaluable*, c'est-à-dire quantifiable et évalué en argent. Cela inclut tous les types de dommages : les dommages matériels, les dommages corporels, le décès, les dommages psychologiques qui peuvent être évalués économiquement et même les dommages non pécuniaires.

d) *Le dommage doit être individualisé* « par rapport à une personne ou un groupe de personnes ». Cela signifie que les dommages susceptibles d'affecter l'ensemble des citoyens sont exclus.

## **B) Le dommage a été causé par le fonctionnement normal ou anormal des administrations publiques**

Le fait qui a causé le dommage au particulier doit être une conséquence de l'activité de l'administration (art. 32.1 LRJSP). On distingue les critères subjectifs et objectifs d'imputation du dommage :

a) *Le critère subjectif* renvoie à l'auteur du dommage et implique que celui-ci doit avoir été produit par un fonctionnaire ou par toute personne qui exerce des fonctions publiques, même si elle n'a pas le statut de fonctionnaire, comme ce serait le cas du personnel au service de l'administration sans le statut de fonctionnaire (*personal labor*). C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 36.1 LRJSP, disposant que la réparation des dommages causés « par les autorités et le personnel à leur service » peut être demandée directement à l'administration publique. Cette responsabilité est indépendante de la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires, qui est régie par des règles propres (art. 37 LRJSP et art. 404 et s. CP). Sont exclus les dommages produits par l'activité privée du fonctionnaire ou de l'agent de l'administration, qui doivent être assumés directement par le fonctionnaire ou l'agent.

En matière de marchés publics, l'article 196.1 de la loi relative aux contrats du secteur public (ci-après LCSP) dispose que « le contractant est tenu de réparer tous les dommages causés aux tiers du fait des opérations nécessaires à l'exécution du contrat ». Lorsque ces dommages sont causés comme conséquence immédiate et directe d'un ordre de l'administration, cette dernière est responsable dans les limites fixées par la loi. L'administration est également responsable des dommages causés aux tiers par suite des défauts du projet dans le marché de travaux, sans préjudice de la possibilité de se retourner contre le rédacteur du projet conformément aux dispositions de l'article 315, ou dans le marché de fournitures manufacturières (art. 196.2 LCSP).

Dans le cas de concessions administratives, l'article 258(e) de la LCSP indique qu'il s'agit d'une obligation générale du concessionnaire « de réparer les dommages causés aux tiers du fait de l'exécution des travaux ou de leur exploitation, lorsqu'ils lui sont imputables conformément à l'article 196 de la présente loi ». Par conséquent, la responsabilité des dommages causés aux tiers du fait de l'exécution du contrat sera imputée à l'entrepreneur ou, le cas

échéant, au concessionnaire, à moins qu'ils n'aient été causés par suite d'un ordre immédiat et direct de l'administration ou des défauts du projet établi par l'administration elle-même, auquel cas l'administration sera directement responsable sans préjudice de son droit de recours contre quiconque est responsable (art. 32.9 LRJSP).

Lorsque plusieurs administrations publiques sont responsables, parce que le dommage a pris naissance dans la gestion d'une forme d'action commune entre elles, l'article 33.1 LRJSP dispose que les administrations intervenantes seront solidairement responsables envers le particulier dans tous les cas. Dans les autres cas de concours de plusieurs administrations dans la production du dommage, la responsabilité sera établie pour chaque administration selon les critères de compétence, d'intérêt public protégé et d'intensité de l'intervention (art. 33.2 LRJSP).

b) Le *critère objectif* de l'imputation du dommage à l'administration publique implique de préciser le sens de l'expression « fonctionnement normal ou anormal des services publics », à laquelle se réfère expressément l'article 32.1 LRJSP. La notion stricte de service public implique de le définir comme une activité de service visant à fournir une utilité aux particuliers, qui est imposée pour des raisons d'intérêt public. Le fonctionnement anormal doit être compris comme couvrant tous les cas où l'auteur du dommage a agi avec faute ou malveillance, ou de manière illicite, que ce soit par action ou par omission. Le fonctionnement normal, quant à lui, implique une action de l'administration capable de créer un risque supérieur au risque général de la vie.

Lorsqu'il s'agit de l'imputation des dommages dérivés de l'annulation d'actes administratifs, l'article 32.1, alinéa 2, LRJSP dispose que cette annulation, dans le cadre d'une procédure administrative ou par la juridiction du contentieux-administratif, « ne présuppose pas, en soi, le droit à une indemnisation ». En effet, en cas d'annulation d'actes administratifs et de demande ultérieure d'indemnisation, la jurisprudence considère qu'en cas d'annulation d'un acte dicté en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, le particulier sera tenu d'assumer le dommage tant que les actes de l'administration « restent dans une marge d'appréciation raisonnable et raisonnée »<sup>6</sup>.

### C) La relation de causalité

Le dommage subi par les particuliers doit être une conséquence directe de l'activité de l'administration, c'est-à-dire qu'il doit y avoir un lien de causalité entre cette activité et le résultat dommageable<sup>7</sup>. La preuve du lien de causalité

6 Arrêt de la Cour suprême (3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif), 28 juin 1999, *RJ*, 1999, 7143.

7 Arrêts de la Cour suprême (3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif), 9 janvier 1987, *RJ*, 1987, 426 ; 11 juillet 1995, *RJ*, 1995, 5632 ; 10 janvier 1996, *RJ*, 1996, 2248 ; 14 mars 1998, *RJ*, 1998, 3248 ; 6 avril 1999, *RJ*, 1999, 3451 ; et 24 mai 1999, *RJ*, 1999, 7256.

incombe toujours au plaignant, puisqu'il est « essentiel qu'il existe un lien de causalité entre le fonctionnement normal ou anormal du service public et le résultat dommageable ou le préjudice produit »<sup>8</sup>.

Lorsque le dommage a été causé par une omission, l'arrêt de la Cour suprême, 3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif, du 10 novembre 2009 a déclaré qu'un lien purement logique n'est pas suffisant pour établir le lien de causalité. Si tel était le cas, tout dommage survenu sans que l'administration n'ait rien fait pour l'éviter lui serait imputable. Au contraire, il ne peut lui être reproché de ne pas être intervenue que si, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, elle était tenue de le faire. Cela conduit à la conclusion que « dans le cas d'un comportement d'abstention, il ne suffit pas que l'intervention de l'administration ait empêché le dommage [...]. Il est nécessaire qu'il existe un autre facteur en vertu duquel il est objectivement possible d'imputer le dommage au comportement d'abstention de l'administration. Et ce fait permettant une imputation objective ne peut être que l'existence d'une obligation légale d'agir »<sup>9</sup>.

### III. Les causes d'exonération de la responsabilité

a) *Force majeure*. Tant l'article 106.2 CE que l'article 32.1 LRJSP établissent qu'il n'y a pas de responsabilité lorsque la force majeure est intervenue dans la production du dommage. Bien que les critères du droit civil soient utilisés pour déterminer ce que l'on entend par force majeure, la doctrine administrative oppose en général le cas fortuit, caractérisé par l'indétermination et l'intériorité, à la force majeure, qui se manifeste par son caractère irrésistible et l'extériorité. La force majeure peut être assimilée à la cause d'exonération prévue à l'article 34.1 LRJSP, qui exclut de l'obligation de réparer les dommages dérivés de l'état de la science au moment de leur survenance, qui résultent de faits ou de circonstances qui ne pouvaient être prévus ou évités en l'état des connaissances scientifiques ou technologiques existant au moment de la survenance du dommage.

C'est le cas de l'arrêt de la Cour suprême, 3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif, du 15 février 2011, qui refuse d'indemniser les séquelles causées par l'administration d'aspirine à un nouveau-né, considérant qu'il est prouvé qu'à l'époque, la possibilité que l'administration de ce médicament puisse causer le « syndrome de Reye » chez un enfant n'était pas connue. Comme l'indique littéralement la Cour, « l'illégalité du préjudice ne s'applique pas lorsque le dommage n'aurait pas pu être prévu ou évité en l'état des connaissances scientifiques ou techniques existant au moment de sa survenance, ce qui inclut donc les risques dits de

8 Arrêts de la Cour suprême (3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif), 23 février 2011, *RJ*, 2011, 1540 et 25 janvier 2018, *RJ*, 2018, 138.

9 *RJ*, 2009, 7975.

progrès comme cause de justification dans notre système juridique »<sup>10</sup>. La question de savoir si, dans ce cas, la partie lésée a le droit de recevoir les prestations sociales qui ont été établies à cet égard est différente<sup>11</sup>.

b) *Faute exclusive de la victime*. La règle générale s'applique ici, selon laquelle la faute de la partie lésée exonère de l'obligation d'indemnisation. L'intervention de la victime doit être déterminante dans la réalisation du dommage<sup>12</sup>, car dans le cas contraire, la responsabilité continuera à être attribuée à l'administration. Lorsque la faute de la victime est concomitante, nous sommes en présence d'une cause qui entraîne la modération de la responsabilité. Entre autres exemples, elle a été considérée comme un facteur causal dans l'arrêt de la Cour suprême, 3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif, du 28 mars 2000, dans la plainte de suicide d'un détenu qui avait manifesté des tendances suicidaires<sup>13</sup>.

Lorsque la faute provient d'un tiers, il convient de déterminer si elle rompt ou non le lien de causalité ; dans l'affirmative, l'obligation d'indemnisation reviendra au tiers qui est la cause réelle du dommage<sup>14</sup>. Si la faute du tiers ne rompt pas le lien de causalité, il peut concourir avec l'administration à la réparation du dommage causé, en appliquant dans ce cas le critère de la solidarité, l'administration pouvant récupérer auprès du tiers ce qu'elle a payé en trop. Enfin, il peut arriver que l'intervention du tiers ne rompe pas le lien de causalité, de sorte que l'administration sera pleinement responsable, sans pouvoir exercer de recours auprès du tiers.

#### IV. L'obligation de réparer le dommage

Lorsque l'on étudie les caractéristiques de la responsabilité patrimoniale des administrations publiques, on constate que la réparation tend à être intégrale. C'est ce que reconnaît l'article 32.1 LRJSP, qui dispose que l'objet de l'indemnisation comprend « tout préjudice causé [aux particuliers] dans l'un quelconque de leurs biens et de leurs droits ».

La réparation doit être effective, et l'article 34.2 LRJSP établit que le montant « est calculé conformément aux critères d'évaluation établis dans la législation fiscale, l'expropriation forcée et d'autres règles applicables, en tenant compte, le cas échéant, des évaluations du marché ».

10 *RJ*, 2011, 1472.

11 Arrêt de la Cour suprême (3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif), 14 octobre 2002, *RJ*, 2002, 359.

12 Arrêt de la Cour suprême (3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif), 26 septembre 2000, *RJ*, 2000, 8610.

13 *RJ*, 2000, 4051.

14 Arrêt de la Cour suprême (3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif), 14 juillet 2016, *RJ*, 2016, 4365.

Lorsque le décès ou les lésions corporelles sont survenus, les indices d'évaluation inclus dans les barèmes « de la réglementation en vigueur en matière d'assurance obligatoire et de la sécurité sociale » seront appliqués. Ainsi, selon l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 3 novembre 2014, « c'est une jurisprudence constante de la Cour suprême, dans les cas d'accidents autres que les accidents de véhicules à moteur, que les juges et les tribunaux ne sont qu'imparfaitement liés par le barème. Toutefois, compte tenu du fait qu'il n'existe pas de règles juridiques spécifiques pour fixer l'indemnisation d'autres types d'événements fortuits, le barème peut avoir la vertu, dans certains cas, d'aider les opérateurs juridiques à structurer le quantum de l'indemnisation pour chaque poste de préjudice »<sup>15</sup>.

## V. La responsabilité de l'État législateur

Les particuliers ont le droit d'être indemnisés par les administrations publiques (i) pour toute atteinte à leurs biens et à leurs droits « découlant de l'application d'actes législatifs ne constituant pas des actes d'expropriation de droits, qu'ils ne sont pas légalement tenus d'assumer », (ii) les dommages découlant de l'application « d'une norme ayant rang de loi déclarée inconstitutionnelle », et (iii) les dommages découlant de l'application « d'une norme contraire au droit de l'Union européenne » (art. 32.3 LRJSP).

### A) Actes législatifs ne constituant pas des actes d'expropriation des droits

Les actes législatifs qui ne constituent pas des actes d'expropriations des droits sont ceux qui modifient certaines prestations ou leur régime actuel.

La Cour suprême espagnole a traité dans ce domaine les hypothèses où une personne est privée d'un droit acquis et non d'une simple attente, comme cela s'est produit dans l'arrêt de la Cour suprême, 3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif, du 11 octobre 1991, dans l'affaire *Pedro Domecq, S.A.*, dans laquelle il a été jugé qu'il n'y avait pas lieu de lever une taxe sur la publicité de certaines boissons alcoolisées<sup>16</sup>. Il en va de même dans plusieurs affaires qui ont donné lieu à divers arrêts de la Cour constitutionnelle concernant le relèvement de l'âge de la retraite des fonctionnaires, par exemple l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 11 juin 1987<sup>17</sup>.

Un autre cas important est le recours contentieux-administratif contre l'accord du conseil des ministres du 22 avril 2016 rejetant la plainte de responsabilité patrimoniale de l'administration pour les dommages causés par

15 Référence du répertoire de jurisprudence Aranzadi : *RTC*, 2014, 178.

16 *RJ*, 1991, 7784.

17 *RTC*, 1987, 99.

l'approbation du décret-loi royal relatif aux mesures urgentes dans le système électrique et dans le secteur financier du 1<sup>er</sup> février 2013. Plus précisément, les plaignants ont considéré que le décret-loi royal précité avait modifié le système de mise à jour de la rémunération des activités dans le système électrique au détriment des propriétaires des installations couvertes par le système précédent. D'autre part, la plainte présentée portait sur les dommages causés par le fait que l'article 2, section 2, modifiait le troisième tableau de l'article 36 du décret royal de 2007, de sorte que la valeur de la prime de référence initialement reconnue dans la disposition sous-mentionnée « devenait 0 kWh ». Cette modification a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour qui ont rejeté les plaintes des différentes sociétés requérantes<sup>18</sup>. Toutes reconnaissent que le passage d'un régime à un autre, en somme la responsabilité de l'État législateur, n'implique pas une violation du principe de confiance légitime, conformément à ce qui a été décidé dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 20 octobre 2016<sup>19</sup>.

## **B) La déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme ayant rang de loi**

Il s'agit de cas où il y a eu des actes d'application d'une loi qui a été déclarée inconstitutionnelle par la suite. L'article 32.4 LRJSP établit que dans ce cas, « [...] l'indemnisation sera versée lorsque le particulier aura obtenu, en tout état de cause, un jugement définitif rejetant un recours contre l'action administrative qui a causé le dommage, à condition que l'inconstitutionnalité déclarée postérieurement ait été alléguée ». Il convient de noter que pour qu'il y ait indemnisation, il faut qu'il y ait des droits acquis et non de simples attentes, et que la règle déclarée inconstitutionnelle produise une privation du droit, de sorte que l'indemnisation n'est pas possible lorsqu'elle se limite à effectuer l'opération de délimitation du contenu du droit.

À propos de la Covid-19, on doit mentionner l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 14 juillet 2021 qui a remis en cause l'instrument juridique utilisé par le gouvernement pour déclarer l'état d'urgence au motif que certaines des mesures adoptées, dans la mesure où elles impliquaient la suspension de droits fondamentaux, n'étaient pas couvertes par l'état d'urgence déclaré et auraient justifié la déclaration de l'état d'urgence. En fait, la Cour a déclaré l'annulation partielle des dispositions restreignant la liberté de circulation et habilitant le ministre de la Santé à modifier ou à proroger les mesures de confinement dans les établissements et les activités économiques<sup>20</sup>.

18 Arrêts de la Cour suprême (3<sup>e</sup> chambre du contentieux-administratif), 24 avril 2018, *RJ*, 2018, 1774 ; 9 octobre 2018, *RJ*, 2018, 4427 ; et 16 octobre 2019, *RJ*, 2019, 4171.

19 *RTC*, 2016, 181.

20 *RTC*, 2021, 148.

La prolongation de l'état d'urgence pour une période de six mois afin de faire face à la pandémie a également été déclarée partiellement inconstitutionnelle par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 octobre 2021<sup>21</sup>.

### C) La responsabilité par violation du droit de l'Union européenne

Il s'agit d'une création de la Cour de justice de l'Union européenne qui a établi que le principe de la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers en cas de violation du droit européen est inhérent au système du traité<sup>22</sup>. Ce principe est différent des sanctions que l'Union elle-même peut imposer aux États en cas de non-respect du droit européen.

En droit espagnol l'article 32.5 LRJSP dispose que « si le préjudice résulte de l'application d'une norme déclarée contraire au droit de l'Union [...], le particulier peut être indemnisé s'il a obtenu, devant n'importe quelle instance, une décision définitive de rejet d'un recours formé contre l'acte administratif ayant causé le dommage, à condition que le particulier ait invoqué la violation du droit de l'Union [...] reconnue par la suite. De plus, l'ensemble des conditions suivantes doivent être remplies : a) La règle de droit doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers. b) La violation doit être suffisamment caractérisée. c) Il doit exister un lien de causalité direct entre le non-respect de l'obligation imposée à l'administration responsable par le droit de l'Union [...] et le dommage subi par les particuliers ».

En outre, la décision déclarant la norme contraire au droit de l'Union produit ses effets à compter de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*, sauf disposition contraire contenue dans cette décision (art. 32.6 LRJSP). Et finalement, dans les cas de responsabilité auxquels fait référence le paragraphe 5 de l'article 32, peuvent faire l'objet d'une réparation les dommages survenus dans un délai de cinq ans avant la date de publication de la décision prononçant l'inconstitutionnalité de la norme ayant rang de loi ou déclarant la norme contraire au droit de l'Union [...], sauf disposition contraire contenue dans cette décision (art. 34 LRJSP).

On doit ajouter que, selon l'article 67.1 de la loi relative à la procédure administrative commune des administrations publiques du 1<sup>er</sup> octobre 2015 (ci-après LPACAP), dans les cas de responsabilité auxquels fait référence l'article 32, paragraphe 5, LRJSP le droit de demander réparation est prescrit un an après la publication, au *Journal officiel de l'Union européenne*, de la décision déclarant la norme contraire au droit de l'Union européenne.

À cet égard, l'arrêt de la CJUE (grande chambre) du 28 juin 2022 a déclaré et arrêté :

21 *RTC*, 2021, 183.

22 C.J.U.E., 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, § 35.

Le Royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du principe d'effectivité en adoptant et en maintenant en vigueur l'article 32, paragraphes 3 à 6, et l'article 34, paragraphe 1<sup>er</sup>, second alinéa, LRJSP, ainsi que l'article 67, paragraphe 1<sup>er</sup>, troisième alinéa, LPACAP, en ce que ces dispositions soumettent la réparation des dommages causés aux particuliers par le législateur espagnol en raison d'une violation du droit de l'Union :

- à la condition qu'existe une décision de la Cour déclarant l'incompatibilité de la norme ayant rang de loi appliquée avec le droit de l'Union ;
- à la condition que le particulier lésé ait obtenu, devant n'importe quelle instance, une décision définitive rejetant un recours formé contre l'acte administratif ayant causé le dommage, sans prévoir d'exception pour les cas dans lesquels le dommage découle directement d'un acte ou d'une omission du législateur, contraire au droit de l'Union, sans qu'il existe d'acte administratif attaquant ;
- à un délai de prescription d'un an à compter de la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* de la décision de la Cour déclarant l'incompatibilité de la norme ayant rang de loi appliquée avec le droit de l'Union, sans couvrir les cas dans lesquels une telle décision n'existe pas, et
- à la condition que seuls peuvent faire l'objet d'une réparation les dommages survenus dans les cinq ans précédant la date de cette publication, sauf disposition contraire contenue dans cette décision<sup>23</sup>.

---

23 C.J.U.E. (gde ch.), 28 juin 2022, *Commission européenne c. Royaume d'Espagne*, ECLI:EU:C:2022:503.



# Chapitre 6.

## La responsabilité civile de l'État

### Rapport français

---

**Théo DUCHARME**

*Maitre de conférences à l'École de droit de la Sorbonne  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

La crise sanitaire a conduit, en France, à la mise en place d'un régime d'exception : l'état d'urgence sanitaire<sup>1</sup>. Dans ce cadre, l'année 2020 a principalement été rythmée par les saisines et les ordonnances du Conseil d'État rendues dans le cadre du référé-liberté de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. On pense par exemple à l'ordonnance *Syndicat Jeunes Médecins* par laquelle le Conseil d'État a enjoint au gouvernement de réexaminer l'opportunité de certaines dispositions relatives au confinement<sup>2</sup>. Le référé liberté a ainsi été l'outil privilégié pour contester des mesures considérées comme attentatoires aux droits et libertés, mais également pour contester le caractère insuffisamment protecteur des mesures prises par le Gouvernement pour lutter contre les effets négatifs de la pandémie de la Covid-19.

Pour autant, la question de la responsabilité n'a pas été absente. D'abord, elle a été envisagée pénalement pour les membres du Gouvernement, dès 2020, avec plusieurs milliers de plaintes<sup>3</sup>. Ensuite, la responsabilité administrative extracontractuelle a été soulevée par certains requérants afin d'obtenir une indemnisation reposant principalement sur une éventuelle faute de l'administration dans la gestion de la crise. Les premiers jugements des tribunaux administratifs ont été rendus à partir de 2022 en reconnaissant des fautes, mais pas d'indemnisation du fait de l'absence de lien de causalité entre la faute reconnue et les préjudices invoqués<sup>4</sup>. Finalement, très récemment, la cour administrative d'appel de Paris reconnaît la responsabilité pour faute de l'État sur deux motifs : un stock insuffisant de masques et une faute dans la communication gouvernementale sur le port du masque au début de la pandémie<sup>5</sup>. Surtout, la cour innove en caractérisant le lien de causalité entre les faits dommageables identifiés et les préjudices invoqués par les requérants.

## I. Les principes de la responsabilité de l'État – fondements, perspectives historiques

La responsabilité de l'État ou de la puissance publique a été affirmée progressivement par le Conseil d'État et le Tribunal des Conflits à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. Les jurisprudences *Blanco*<sup>6</sup> et *Pelletier*<sup>7</sup> ont affirmé la compétence du juge administratif pour connaître de la responsabilité de la puissance publique sans appliquer les principes du Code civil, et particulièrement les principes de son article 1382 (devenu 1240) selon lequel : « Tout fait

1 Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

2 C.E. (ord.), 6 septembre 2020, n° 443750.

3 Sur le lien entre responsabilité politique et responsabilité pénale : E. LEMAIRE, « Carence du contrôle parlementaire et contrôle politique par les experts. À propos de la mission d'évaluation de l'exécutif sur la gestion de la crise due au Covid-19 », *Blog JusPoliticum*.

4 Trib. adm. Paris, 28 juin 2022, n° 2012679/6-3.

5 C.A.A. Paris, 6 octobre 2023, nos 22PA03879, 22PA03991 et 22PA03993.

6 Trib. confl., 8 février 1873, *Blanco*, publié au recueil *Lebon*, 1<sup>er</sup> suppl., p. 61.

7 Trib. confl., 30 juillet 1873, *Pelletier*, publié au recueil *Lebon*, 1<sup>er</sup> suppl., p. 117.

quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». L'argumentation, dans l'arrêt *Blanco*, du Tribunal des Conflits, pour retenir la compétence du juge administratif, repose sur les lois des 16-24 août 1790 et du 16 fructidor an III qui affirment la séparation des autorités administratives et judiciaires. Sur ce fondement, le Tribunal des Conflits a posé un considérant fondamental pour la responsabilité administrative :

« Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ;

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ».

Ce mouvement de reconnaissance d'une responsabilité de la puissance publique autonome du droit civil a été poursuivi avec l'arrêt *Pelletier*, qui a établi la compétence du juge administratif pour connaître des fautes commises par les fonctionnaires. Dans cette même jurisprudence, le Tribunal des Conflits pose la distinction entre faute personnelle et faute de service.

Une fois la compétence du juge administratif affirmée, il a posé les principes applicables à cette nouvelle forme de responsabilité pécuniaire. La responsabilité administrative a donc pour particularité d'être principalement une responsabilité d'origine jurisprudentielle, elle a été construite au gré de la jurisprudence du juge administratif et du Tribunal des Conflits<sup>8</sup>. Si le législateur est compétent, au regard de l'article 34 de la Constitution, pour connaître de la responsabilité et éventuellement pour créer des régimes de responsabilité, ses immixtions sont limitées. Il intervient principalement pour répartir les contentieux entre les juges judiciaire et administratif (exemple de la loi du 5 avril 1937 attribuant les contentieux de la responsabilité civile des instituteurs au juge judiciaire) ou pour créer des régimes de responsabilité sectoriels (exemple de la loi du 5 juillet 1972 qui met fin à l'irresponsabilité de l'État du fait du fonctionnement de la justice judiciaire). Finalement, la principale intervention du législateur se résume à la création de fonds d'indemnisation. Par exemple, il est possible de citer : le Fonds de garantie des victimes de terrorisme et d'autres infractions<sup>9</sup> ; le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles<sup>10</sup> ou encore le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante<sup>11</sup>.

8 La construction du droit de la responsabilité a été qualifiée par le professeur de Laubadère comme une « des œuvres prétorienne les plus typiques et les plus remarquables » du droit administratif, A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1980, p. 683.

9 Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme.

10 Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social.

11 Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001.

Cependant, ces fonds n'organisent « pas la responsabilité pour faute ou sans faute de l'Administration en raison des dommages causés par son propre fait ou celui de ses agents », ils constituent des mécanismes de réparation qui ne reposent pas sur les règles de la responsabilité administrative<sup>12</sup>.

Outre ces fonds d'indemnisation, qui ne sont pas de véritables régimes de responsabilité, la responsabilité administrative repose traditionnellement sur deux régimes distincts : un régime de responsabilité pour faute et plusieurs hypothèses de responsabilités sans faute. Le premier, la responsabilité pour faute, trouve son origine dans la jurisprudence *Blanco* de 1783 du Tribunal des Conflits et son engagement suppose la réunion de trois conditions : une faute, un préjudice subi par la victime et un lien de causalité entre les deux. Cette première hypothèse constitue la responsabilité « ordinaire » de l'administration. Elle a également été affirmée par la loi à propos de la responsabilité du fait des professionnels de santé à l'article L. 1142-I du Code de la santé publique. La faute extracontractuelle est alors appréhendée comme le manquement à une obligation préexistante<sup>13</sup>. Elle recouvre différentes hypothèses : un acte irrégulier, une action irrégulière ou encore une inaction de l'administration. L'irrégularité à l'origine de la caractérisation de faute peut être déduite d'erreurs, de maladresses, de négligences, d'imprudences ou de dysfonctionnements du service. La jurisprudence administrative<sup>14</sup> a associé l'illégalité et la qualification de faute dès lors, « qu'en principe, toute illégalité de l'administration constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration, pour autant qu'il en soit résulté un préjudice direct et certain »<sup>15</sup>. La seule limite à la caractérisation d'une faute en présence d'une illégalité résulte du vice de procédure qui ne permet pas d'obtenir une indemnisation<sup>16</sup>.

À côté de cette responsabilité pour faute classique, la jurisprudence administrative a développé une responsabilité de l'État du fait des lois qui ne repose pas explicitement sur la faute, mais sur la simple caractérisation de l'irrégularité de la loi, qu'elle soit contraire aux engagements internationaux de la France<sup>17</sup> ou aux normes constitutionnelles<sup>18</sup>. Si la faute est tue, ces régimes de responsabilité empruntent les règles classiques de l'engagement de la responsabilité publique pour faute, le juge ne qualifiera seulement pas la loi irrégulière aux normes supérieures de fautive.

12 C. BRÉCHON-MOULÈNES, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, t. 112, coll. Bibl. dr. pub., Paris, LGDJ, 1974, p. 12.

13 M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 11<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1931, n° 865.

14 C.E. (sect.), 26 janvier 1973, *Driancourt*, *Rec. C.E.*, 1973, p. 77.

15 C.E., 30 janvier 2013, *Imbert*, n° 339918, *Rec. C.E.*, 2013, p. 9.

16 C.E., 19 juin 1981, *Carliez*, *Rec. C.E.*, 1981, p. 274.

17 C.E. (ass.), 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279522, *Rec. C.E.*, 2007, p. 78.

18 C.E. (ass.), 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren, M. Laillat*, *Rec. C.E.*, 2019, p. 488.

La seconde catégorie de responsabilité recoupe les hypothèses de responsabilité dite « sans faute ». Celles-ci ont été développées progressivement par le Conseil d'État dans différents domaines. Cette responsabilité sans faute est traditionnellement appréhendée comme subsidiaire par rapport à la responsabilité pour faute ; elle n'est envisageable que dans les domaines où elle a été reconnue si et seulement si la responsabilité pour faute ne peut pas être engagée. Dans ces hypothèses de responsabilité sans faute, les requérants n'auront pas à prouver la faute de l'administration, en revanche le préjudice (qui peut revêtir des caractéristiques particulières comme le caractère grave et spécial) et le lien de causalité demeurent indispensables. Trois hypothèses principales peuvent être retenues en matière de responsabilité sans faute.

D'abord, une responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques : responsabilité sans faute du fait d'une décision administrative régulière créant une charge anormale pour un administré<sup>19</sup> ; une responsabilité sans faute du fait de la loi régulière créant une charge anormale pour un administré<sup>20</sup> ; ou encore la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques du fait d'une convention internationale créant un préjudice grave et anormal<sup>21</sup>.

Ensuite, une responsabilité pour risque applicable aux collaborateurs permanents du service public<sup>22</sup> ; du fait des choses dangereuses<sup>23</sup> ; ou encore du fait de l'activité de police pour l'usage d'armes ou d'engins comportant des risques exceptionnels causant un préjudice anormal<sup>24</sup>.

Enfin, une responsabilité du fait de la garde d'autrui<sup>25</sup>. En s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de cassation, le Conseil d'État reconnaît une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute : est engagée la responsabilité de la personne qui, ayant « la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler la vie du mineur », doit assumer les conséquences dommageables des agissements de ce dernier<sup>26</sup>.

Dans les deux hypothèses de responsabilité, le requérant devra avancer *a minima* un préjudice certain, évaluable, direct et imputable à une personne publique ainsi qu'un lien de causalité. Concrètement, la jurisprudence administrative considère qu'un fait dommageable (fautif ou non fautif) peut produire des conséquences indemnisables de différents ordres : matériel, financier,

19 C.E., 30 novembre 1923, *Couitéas*, *Rec. C.E.*, 1923, p. 789.

20 C.E., 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers « La Fleurette »*, *Rec. C.E.*, 1938, p. 25.

21 C.E. (ass.), 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radio-électrique*, *Rec. C.E.*, 1966, p. 257.

22 C.E., 21 juin 1895, *Cames*, *Rec. C.E.*, 1895, p. 509.

23 C.E., 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, *Rec. C.E.*, 1919, p. 329.

24 C.E. (ass.), 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*, *Rec. C.E.*, 1949, p. 307.

25 C.E. (sect.), 11 février 2005, *GIE Axa Courtage*, *Rec. C.E.*, 2005, p. 45.

26 F. MELLERAY, « Les arrêts *GIE Axa Courtage* et *Gardedieu* remettent-ils en cause les cadres traditionnels de la responsabilité des personnes publiques ? », in *Terres du droit. Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, Paris, Dalloz, 2009, p. 494.

moral<sup>27</sup> ou d'anxiété<sup>28</sup>. Par ailleurs, le lien de causalité entre le fait dommageable (fautif ou non fautif) et les préjudices invoqués est exigé dans l'ensemble des régimes de responsabilité. Les régimes législatifs qui créent des mécanismes autonomes d'indemnisation posent également le lien de causalité comme une condition de la réparation. Par exemple, l'article L. 3111-9 du Code de la santé publique dispose que l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM) indemnise « des préjudices *directement imputables* à une vaccination obligatoire »<sup>29</sup>.

## II. Le principe de la responsabilité de l'État dans le cadre de la pandémie de la Covid-19

La responsabilité de l'État n'est pas exclue en période de crise, bien au contraire. Les périodes de crise constituent des moments de reprises des principes classiques des régimes de responsabilité de l'État, mais également des moments d'adaptation des régimes de responsabilité existants ou provoquant la création de nouveaux régimes de responsabilité. Tant les crises climatique, sécuritaire que sanitaire l'illustrent<sup>30</sup>.

D'abord, en ce qui concerne la responsabilité de l'État dans le cadre de la crise climatique, le juge administratif s'appuie sur les principes traditionnels de la responsabilité pour faute. Dans « l'Affaire du siècle », le tribunal administratif de Paris<sup>31</sup> devait établir les conditions classiques de la responsabilité pour faute : une faute, un préjudice subi par la victime et un lien de causalité. Par ailleurs, dans cette affaire, le juge administratif a eu recours à la technique des injonctions avec une astreinte afin de contraindre la puissance publique à mettre fin au comportement fautif. La responsabilité n'est alors plus seulement réparatrice, elle a également une fonction sanctionnatrice qui est manifestement accrue<sup>32</sup>.

27 Sur la reconnaissance de l'indemnisation du préjudice moral : C.E. (ass.), 24 novembre 1961, *Ministre des travaux publics c. Consorts Letisserand*, *Rec. C.E.*, 1961, p. 661. Qu'il soit permis de renvoyer à C. LANTERO, « Le préjudice causé par la mort d'un proche », *RFDA*, 2019, p. 1115.

28 Dans l'affaire dite du *Médiateur*, le Conseil d'État a reconnu le caractère indemnisable du préjudice d'anxiété : C.E., 9 novembre 2016, n<sup>os</sup> 393108, 393902 et 393904.

29 Plus largement, il est possible de renvoyer à la jurisprudence du Conseil d'État : C.E., 9 mars 2007, *Schwartz*, n<sup>o</sup> 267635, *Rec. C.E.*, 2007, p. 118.

30 Sur ce point, qu'il soit permis de renvoyer à T. DUCHARME, « Le recours à la responsabilité en période de crise », in X. DUPRÉ DE BOULOIS et X. PHILIPPE (dir.), *Gouverner et juger en période de crise*, coll. Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne, Paris, Mares et Martin, 2023, p. 265.

31 Trib. adm. Paris, 3 février 2021, n<sup>os</sup> 1904967, 1904972 et 1904976/4-1.

32 H. BELRHALI, *Responsabilité administrative*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Manuel, Paris, LGDJ, 2020, p. 58 ; H. BELRHALI, *Les grandes affaires de responsabilité de la puissance publique*, coll. Systèmes, Paris, LGDJ, 2021 ; B. PLESSIX, « La responsabilité administrative de demain : vers un dépassement de sa fonction réparatrice ? », *Droit Administratif*, 2023, n<sup>o</sup> 10, ét. 14 ; T. DUCHARME, « Assurer la légalité, contribuer au respect de la hiérarchie des normes », in A. JACQUEMET-GAUCHÉ (dir.), *Dépasser la fonction indemnitaire du droit de la responsabilité administrative*, coll. Colloques et Essais, Varennes, Inst. francophone pour la justice et démocratie, 2023, pp. 101-121.

Ensuite, et *a contrario*, la crise sécuritaire et l'état d'urgence sécuritaire, à la suite des attentats de 2015, a été l'occasion de créer une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute. Dans un avis de 2016, le Conseil d'État a créé un régime de responsabilité sans faute à l'égard des tiers à la perquisition « la responsabilité de l'État à l'égard des tiers est engagée sans faute, sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, en cas de dommages directement causés par des perquisitions ordonnées en application de l'article 11 de la loi du 3 avril 1955 »<sup>33</sup>. Si le juge s'inscrit dans la responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques, il crée une nouvelle hypothèse d'engagement de la responsabilité de la puissance publique.

Enfin, certains scandales sanitaires ont conduit à faire évoluer la responsabilité de la puissance publique. Dans un arrêt de 2007<sup>34</sup>, le Conseil d'État reconnaît un lien de causalité entre la vaccination obligatoire des personnels de santé contre l'hépatite B et l'apparition de sclérose en plaques. Cette jurisprudence est novatrice dans la mesure où il y avait un consensus défavorable de la part des experts pour établir ce lien de cause à effet entre la vaccination et l'apparition de la sclérose en plaques. L'évolution ne porte pas sur l'existence d'une responsabilité sans faute à raison d'une vaccination obligatoire, mais bien sur la détermination du lien de causalité. En l'espèce, la reconnaissance du lien de causalité est fondée sur le bref délai entre la vaccination obligatoire et l'apparition du premier symptôme de la sclérose en plaques, ainsi que sur l'absence de tout antécédent à cette pathologie, antérieurement à la vaccination<sup>35</sup>.

### III. Régimes de responsabilité envisageables et pandémie de la Covid-19

Responsabilité pour faute en matière de police administrative. Les mesures de police administrative adoptées pour lutter contre l'épidémie pourraient être à l'origine d'une responsabilité pour faute de la puissance publique. Ces fautes peuvent revêtir différentes formes : il peut s'agir d'une décision ou d'un acte, d'un comportement ou d'une action, d'une inaction ou d'une carence<sup>36</sup>. En matière de police administrative, le principe est dorénavant celui de la faute simple, la faute lourde ayant été abandonnée progressivement par le juge administratif dans le domaine des mesures juridiques adoptées dans le cadre de la police administrative<sup>37</sup>. De plus, même en ce qui concerne les activités

33 C.E. (ass.), Avis, 6 juillet 2016, n° 398234. Par ailleurs, à propos de la responsabilité pour faute du fait des actes de terrorisme, le juge administratif a maintenu la responsabilité pour faute lourde : C.E., 18 juillet 2018, n° 411156. A. BLANDIN, « Prévention du terrorisme, police administrative et faute lourde », *AJDA*, 2019, p. 130.

34 C.E., 9 mars 2007, *Schwartz*, n° 267635, *Rec. C.E.*, 2007, p. 118.

35 D. TURPIN, « L'obligation vaccinale », *RFDA*, 2023, p. 319.

36 V. JEANNE, « La carence fautive », *RFDA*, 2023, p. 369.

37 C.E. (ass.), 13 février 1942, *Ville de Dôle*, *Rec. C.E.*, 1942, p. 58.

matérielles de police administrative, la faute lourde a largement laissé la place à la faute simple<sup>38</sup>. Par exemple, dans l'affaire du *Médiateur*, la faute simple de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé a été retenue pour engager la responsabilité de l'État<sup>39</sup>.

Cette responsabilité pour faute du fait des mesures de polices pourrait être particulièrement variée. Sont envisageables différentes fautes de l'administration, soit de n'avoir pas suffisamment agi pour lutter contre la pandémie de Covid, soit d'avoir trop agi dans les réponses apportées à cette crise en causant par exemple des atteintes aux droits et libertés. Premièrement, l'administration pourrait se voir reprocher des actions irrégulières qualifiables d'erreurs, de maladresses, de négligences ou d'imprudences. Cette catégorie de faute peut intégrer la communication hasardeuse du Gouvernement ou des autorités de santé sur l'absence d'utilité de porter un masque au début de la crise. Secondement, l'administration pourrait se voir reprocher de ne pas avoir suffisamment agi ; la faute serait alors déduite de carence de l'administration à avoir pris les mesures nécessaires pour lutter contre la crise.

Plusieurs formes de responsabilité médicale sont également envisageables.

Tout d'abord, dès le début de la crise sanitaire, la question de la responsabilité de l'État s'est posée à propos de la vaccination<sup>40</sup>. En l'espèce, plusieurs régimes cohabitent. D'une part, le principe posé par une directive européenne de 1985<sup>41</sup> est celui de la responsabilité des laboratoires à l'origine des vaccins sur le fondement de produits défectueux. D'autre part, la responsabilité de l'État du fait de la vaccination peut également être envisagée. Il faut alors distinguer plusieurs hypothèses. Si la vaccination n'est pas obligatoire, la responsabilité de l'État repose sur un mécanisme de responsabilité pour faute pour avoir autorisé l'utilisation d'un produit toxique. Si, à l'inverse, la vaccination est obligatoire, alors le droit français a prévu un mécanisme législatif d'indemnisation des préjudices qui peuvent en découler. À ce titre, l'article L. 3111-9 du Code de la santé publique prévoit que l'ONIAM est chargée de procéder aux indemnisations « au titre de la solidarité nationale ».

Ensuite, est envisageable le régime de l'indemnisation à la suite d'une infection nosocomiale. Les individus qui sont contaminés par la Covid lors d'un séjour à l'hôpital peuvent obtenir une indemnisation sur le fondement de l'article L. 3131-4 du Code de la santé publique qui dispose que « sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation intégrale des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des

38 H. BELRHALI, *Responsabilité administrative*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 184.

39 C.E., 9 novembre 2016, n<sup>os</sup> 393108, 393902 et 393904.

40 A. JACQUEMET-GAUCHÉ et C. LANTERO, « Vers une responsabilité du fait des vaccinations dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 ? », *Blog des juristes*, 12 janvier 2021.

41 Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

infections nosocomiales imputables à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées en application de mesures prises conformément aux articles L. 3131-1 ou L. 3134-1 est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales mentionné à l'article L. 1142-22 ». L'indemnisation est ainsi réalisée en dehors des régimes de responsabilité ordinaire, il s'agit d'un mécanisme de solidarité nationale financé par un fonds d'indemnisation organisé par l'ONIAM.

Enfin, la responsabilité pour faute du professionnel de santé peut être invoquée. Classiquement, un professionnel de santé peut commettre différentes fautes pouvant justifier d'engager sa responsabilité : une faute technique dans l'exécution des soins, un défaut d'information et de conseil, une négligence dans le diagnostic, l'absence de consentement du patient à un acte de soin. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a posé le principe de la responsabilité pour faute du professionnel de santé à l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique.

#### IV. La mise en œuvre de la responsabilité dans le cadre de la pandémie

La responsabilité de l'État à propos de la pandémie de la Covid-19 a d'ores et déjà donné lieu à plusieurs jurisprudences de la part des tribunaux administratifs. Si les premières affaires étaient logiquement présentées dans le cadre du référé-liberté ou du référé suspension, en raison des délais pour rendre les ordonnances, la responsabilité est arrivée dans un second temps avec une trentaine de recours devant le juge administratif. Les différentes affaires jugées par les juridictions administratives – le tribunal administratif de Paris<sup>42</sup> et la cour administrative d'appel de Paris<sup>43</sup> – illustrent les questions auxquelles le juge administratif est confronté. Devant le tribunal administratif de Paris, les requérants alléguaient plusieurs fautes de l'État dans la gestion de la pandémie de la Covid-19 : les autorités n'auraient pas pris les mesures pour empêcher la propagation du virus, elles n'auraient pas anticipé la survenue de cette pandémie, les services de l'État auraient été défaillants de la gestion de la crise et principalement en ce qui concerne la pénurie de masques et de gel hydroalcoolique, le confinement aurait été décidé trop tardivement, les autorités auraient dû dépister systématiquement l'ensemble de la population et la communication des autorités sur l'absence d'utilité de porter le masque aurait été de nature à tromper la population. Ainsi, les requérants ont exclusivement engagé une responsabilité pour faute de l'administration à raison d'actions ou d'inactions dans le cadre de la pandémie de la Covid-19.

42 Trib. adm. Paris, 28 juin 2022, n° 2012679/6-3.

43 C.A.A. Paris, 6 octobre 2023, n°s 22PA03879, 22PA03991 et 22PA03993.

D'abord, ce qui peut surprendre, c'est la connexité entre les moyens soulevés devant le juge administratif et ceux avancés dans le cadre des affaires pénales entreprises à l'égard de membres ou d'anciens membres du Gouvernement. En effet, la crise sanitaire actuelle a démontré que la carence se situe au centre du contrôle de l'(in)action des gouvernants au regard des plaintes pénales qui ont été déposées à l'encontre de ministres. D'ailleurs, le recours à l'article 223-7 du Code pénal permet d'effectuer un rapprochement avec la notion de carence fautive susceptible de conduire à la responsabilité de l'administration. Dans les deux cas, ce qui est critiquée, c'est l'inaction ou la sous-action des pouvoirs publics en réponse à une crise<sup>44</sup>. La différence profonde repose sur le fait que la responsabilité administrative est avant tout une voie de droit qui offre la possibilité d'obtenir la réparation d'un préjudice<sup>45</sup>.

En l'espèce, le tribunal administratif de Paris a rejeté la majorité des fautes alléguées : concernant la gestion de la pénurie de masques pendant la pandémie au regard de la forte demande et de l'urgence ; concernant la pénurie de gel hydroalcoolique dès lors que l'hygiène des mains peut être réalisée par un lavage des mains à l'eau et au savon ou encore concernant la stratégie de dépistage qui ne révèle pas de faute de l'administration. Dans ces trois hypothèses, la responsabilité de l'État a été écartée puisqu'aucun comportement fautif n'est identifiable. En conséquence, le juge administratif n'examine pas les autres conditions de la responsabilité (préjudice et lien de causalité).

En revanche, le tribunal administratif a retenu deux fautes de la part des autorités publiques. D'une part, pour le tribunal administratif, l'absence de stock suffisant de masques pour lutter contre une épidémie est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État. Pour caractériser cette faute, le tribunal administratif se fonde sur l'objectif que l'État s'était fixé, c'est-à-dire un objectif d'acquisition d'un milliard de masques FFP2 et d'un milliard de masques chirurgicaux. Par ailleurs, le Haut conseil de la santé publique, par un avis du 1<sup>er</sup> juillet 2011, avait insisté sur la nécessité de disposer « d'un stock de masques chirurgicaux et d'appareils de protection respiratoire de type FFP2 ». En effet, le tribunal administratif insiste sur le fait que les autorités nationales étaient informées du fait que les masques, chirurgicaux et FFP2, constituent l'outil le plus utile pour lutter contre « agent pathogène respiratoire à l'origine d'une pandémie ». Enfin, le tribunal insiste sur le fait que l'OMS, les scientifiques et les autorités sanitaires nationales avaient identifié le risque d'une pandémie respiratoire d'envergure. En conséquence, l'État ne pouvait pas ignorer que le risque d'une pandémie fondée sur agents

44 L. BLOCH, « Covid-19 – L'État et la Covid-19 ou la judiciarisation de la parole politique (TA Paris, 28 juin 2022, n° 2012679/6-3) », *Responsabilité civile et assurances*, septembre 2022, n° 9, repère 8.

45 Les manuels de droit administratif ou de responsabilité administrative présentent logiquement la fonction de réparation comme la fonction traditionnelle ou première de la responsabilité (H. BELRHALLI, *Responsabilité administrative*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, pp. 56-57).

pathogènes respiratoires était existant. Cependant, au début de la crise sanitaire « le stock d'État était constitué de 117 millions de masques chirurgicaux et d'1,5 millions de masques FFP2 » soit un stock bien inférieur aux objectifs assignés qui, en outre, n'avaient pas été remis en cause. En conséquence, le tribunal a qualifié cette abstention de l'État à constituer des stocks suffisants de masques de faute de nature à engager sa responsabilité.

D'autre part, de manière novatrice, le tribunal retient une faute découlant des déclarations du Gouvernement. En l'espèce, pour le tribunal, les déclarations, de février et de mars 2020 indiquant que le port du masque pour la population n'est pas utile, sont constitutives d'une faute dès lors qu'elles sont contraires aux recommandations scientifiques et en particulier des recommandations émises par le Haut conseil de la santé publique le 1<sup>er</sup> juillet 2011.

Toutefois, il écarte les prétentions aux motifs qu'il n'y a pas de lien de causalité suffisamment direct entre les deux fautes retenues et la contamination du requérant par le virus. Ce lien de causalité ne peut être établi dès lors que la Covid-19 est une pathologie particulièrement contagieuse. Ainsi, rien ne permet d'affirmer qu'en l'absence des fautes caractérisées par le tribunal, le requérant n'aurait pas été contaminé par la Covid. De plus, pour le juge administratif, le port du masque n'a pas un caractère infaillible. Par suite, même si le Gouvernement avait recommandé le port du masque où s'il s'était abstenu de recommander l'absence de port du masque, le requérant aurait tout de même pu être contaminé. Enfin, le tribunal note que d'autres mesures ont été prises pour limiter les contaminations entre individus : le respect de distances physiques et le lavage régulier des mains.

Dans cette affaire, le juge administratif reconnaît donc une des conditions de la responsabilité : la faute. Ce type de jurisprudence, reconnaissant une faute, sans pourtant retenir la responsabilité *in fine* n'est pas une première de la part des juridictions administratives alors même que le principe de l'économie de moyen justifierait de ne pas examiner cette faute s'il n'y a pas de lien de causalité ou de préjudices indemnisables. Par exemple, à propos du Chlordécone, le tribunal administratif de Paris, après avoir reconnu la faute de l'État, a récemment rejeté les recours indemnitaires en raison de l'absence de préjudice direct et certain en lien avec les fautes invoquées<sup>46</sup>. Malgré tout, ces jurisprudences ont le mérite de reconnaître symboliquement une faute ou une carence fautive de l'État dans la gestion de la crise sanitaire que nous avons connu<sup>47</sup>.

46 Trib. adm. Paris, 24 juin 2022, nos 2006925/6-2, 2107178/6-2 et 2126538/6-2 ; S. BRIMO, « Chlordécone : un coupable mais pas de victime ? », *AJDA*, 2022, p. 2250.

47 A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « Pour la consécration législative d'une action en reconnaissance de faute », *RFDA*, 2023, p. 519.

Ces jurisprudences, et en particulier celle du tribunal administratif de Paris 28 juin 2022, accentuent alors la fonction sanctionnatrice de la responsabilité administrative aux dépens de sa fonction réparatrice qui constitue la raison d'être historique des formes de responsabilités civiles<sup>48</sup>. Reste qu'*in fine*, l'indemnisation des préjudices invoqués par les requérants dans le cadre de la crise de la Covid-19 demeure difficile à envisager lors d'une responsabilité pour faute engagée à propos des mesures (ou de l'absence de mesures) de police administrative<sup>49</sup>.

Toutefois, très récemment, la cour d'appel de Paris<sup>50</sup> a franchi le Rubicon en reconnaissant une responsabilité pour faute de l'État dans la gestion de la crise sanitaire et en condamnant ce dernier à indemniser pécuniairement les victimes. À l'instar du tribunal administratif de Paris<sup>51</sup>, la cour reconnaît que l'État a commis deux fautes de nature à engager sa responsabilité : d'une part, « en s'abstenant de maintenir à un niveau suffisant un stock de masques permettant de lutter contre une pandémie liée à un agent respiratoire hautement pathogène » et, d'autre part, en raison de la communication du gouvernement au début de la crise sanitaire à propos de l'utilité du port du masque. En somme, la Cour administrative d'appel de Paris confirme les jugements du tribunal administratif sur la caractérisation des fautes de l'État lors de la gestion de la crise de la Covid-19. En revanche, la Cour va plus loin en acceptant dans deux affaires sur trois de reconnaître un lien de causalité entre les fautes reconnues et les préjudices invoqués par les justiciables. L'appréciation du lien de causalité constitue la condition permettant de reconnaître ou non la responsabilité de l'État. Pour la Cour, le lien de causalité est qualifié dans l'hypothèse où « les personnes qui, sans qu'un comportement à risque puisse leur être reproché, établissent avoir été particulièrement exposées au virus, notamment du fait de leur profession, dans des conditions qui ne leur permettaient pas de maintenir des distances physiques avec les personnes potentiellement contagieuses, peuvent, le cas échéant, être regardées comme ayant été privées d'une chance d'échapper à la contamination ». La première étape du raisonnement conduit donc à vérifier si les requérants étaient dans une situation qui les expose particulièrement à une contamination au Coronavirus. Par exemple, dans la requête n° 22PA03879, la cour rejette la requête en s'appuyant sur le fait que la requérante est une personne âgée vivant seule à son domicile. Par suite, elle n'était pas confrontée à un risque particulier de contamination et les conclusions indemnitaires sont rejetées en raison de l'absence de lien de causalité. À l'inverse, dans la requête n° 22PA03993, la cour identifie le lien de causalité au regard de la situation particulière du requérant qui était médecin généraliste en Île-de-France au début de la crise sanitaire. En effet, celui-ci

48 R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. I, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 1408.

49 H. BELRHALI, S. BRIMO et A. JACQUEMET-GAUCHÉ, « La responsabilité administrative : quel sens ? », *AJDA*, 2022, p. 1473.

50 C.A.A. Paris, 6 octobre 2023, nos 22PA03879, 22PA03991 et 22PA03993.

51 Trib. adm. Paris, 28 juin 2022, n° 2012679/6-3.

n'a pu obtenir de masques pour se protéger au début du mois de mars 2020 et il ne pouvait maintenir les gestes de distanciations physiques en raison des examens à réaliser sur ses patients. En conséquence, il a été privé d'une chance d'échapper à la contamination. La cour estime donc que c'est seulement la perte de chance d'échapper à une contamination qui est indemnisable et non la contamination en elle-même. Ensuite, la seconde étape du raisonnement réside alors dans le fait de calculer l'ampleur de la perte de chance propre à chaque requérant. Sur ce point, la cour n'est pas particulièrement prolix dans ces arrêts. Pour un médecin généraliste, cette perte est évaluée à 70 % alors que pour une personne contaminée lors d'une hospitalisation la perte de chance est évaluée à 25 %.

Pour autant, la cour a adopté une jurisprudence constructive du lien de causalité qui permet d'atténuer les limites de l'engagement de la responsabilité de l'État en cas de fautes dans la gestion de la crise sanitaire. L'utilisation de la perte de chance d'échapper à la contamination à la Covid permet à la Cour de contourner l'approche parfois restrictive du lien de causalité, surtout en matière médicale<sup>52</sup>.

## Conclusion

Cette première jurisprudence du tribunal administratif de Paris semble donc limiter les possibilités d'indemnisation en raison de fautes commises par l'État dans le cadre de la lutte contre la pandémie de la Covid-19. Si des fautes sont identifiables, les aléas liés à la contamination limitent fortement les hypothèses de qualification du lien de causalité. À l'inverse, la jurisprudence de la Cour d'administrative d'appel de Paris, tout en confirmant les fautes identifiées par le tribunal administratif de Paris, mobilise une appréciation constructive du lien de causalité pour indemniser la perte de chance d'échapper à la contamination à la coronavirus pour les personnes particulièrement exposées pendant la crise, mais qui n'ont pas eu de comportement à risque.

En revanche, pour l'heure, les juridictions nationales ne se sont pas encore prononcées sur une éventuelle responsabilité découlant de la campagne de vaccination par les autorités nationales. Dans la mesure où la vaccination n'a pas été obligatoire (hormis pour les soignants), même si très fortement conseillée, cette responsabilité devrait être envisagée dans le cadre d'une responsabilité pour faute. Toute la difficulté sera alors de prouver que les différents vaccins contre la Covid-19 étaient défectueux et que les éventuelles pathologies des requérants découlent directement de cette vaccination.

<sup>52</sup> De manière plus générale sur la perte de chance et la matière médicale : S. BOUSSARD, « Les vicissitudes de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière », *RFDA*, 2008, p. 1023.



**Chapitre 7.**  
**La responsabilité civile de l'État**  
**Rapport portugais**

---

**Maria João VASCONCELOS**

*Professora Auxiliar à l'Universidade do Minho*

En ce qui concerne le régime juridique de la responsabilité de l'État au Portugal, il est important de noter que la responsabilité de l'État est fondée sur l'article 22 de la Constitution portugaise, qui prévoit que « l'État est civilement responsable, dans les termes prévus par la loi, pour les dommages causés aux citoyens dans l'exercice de leurs fonctions publiques ou par omission de leurs obligations légales ». La responsabilité de l'État est donc basée sur la notion de faute : pour que l'État soit tenu responsable, il doit avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions publiques ou un manquement à ses obligations légales.

La responsabilité civile de l'État est un postulat de l'État de droit, un garant de la légitimité de l'action de l'État et demeure même pendant un état d'exception (état de siège ou état d'urgence).

Au Portugal, en raison de la pandémie de la Covid-19, l'état d'urgence a été décrété par les décrets présidentiels n° 14-A/2020 du 18 mars, 17-A/2020 du 2 avril et 20-A/2020 du 17 avril.

La loi n° 44/86 du 30 septembre (modifiée par la loi organique n° 1/2012 du 11 mai) règle l'état de siège et l'état d'urgence. Selon cette loi, « les citoyens dont les droits, libertés et garanties ont été violés par la déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence, ou par une mesure, adoptée pendant sa durée, atteinte d'inconstitutionnalité ou d'illégalité, notamment par une privation illégale ou injustifiée de liberté, ont droit à une indemnisation correspondante dans les termes généraux ».

Sur le plan substantiel, la loi n° 67/2007 du 31 décembre, qui établit le régime de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État et des autres entités publiques, s'applique ici. Ce qui est en cause étant la responsabilité civile de l'État pour des actes commis dans les hôpitaux publics, la relation établie entre l'hôpital public et le patient est considérée comme une relation de service public et l'acte médical est considéré comme une action relevant de l'exercice des pouvoirs publics, en vue de l'action de l'intérêt public. Selon l'article 7, paragraphe 1<sup>er</sup>, « [l']État et les autres personnes morales de droit public sont exclusivement responsables des dommages résultant d'actions ou d'omissions illicites, commises avec une faute légère, par les titulaires de leurs organes, fonctionnaires ou agents, dans l'exercice de leur fonction administrative et en raison de cet exercice ». Cela signifie que l'hôpital public est exclusivement responsable, extracontractuellement, des dommages causés par le professionnel de santé ayant commis une faute légère. Le professionnel de santé n'est personnellement responsable (responsabilité civile extracontractuelle) que s'il a commis un dol ou une négligence grossière<sup>1</sup>. Dans ce cas, l'établissement de

1 « Les organes, fonctionnaires et agents sont responsables des dommages résultant d'actions ou d'omissions illicites, commises par eux avec dol ou avec diligence et zèle manifestement inférieurs à ceux auxquels ils étaient tenus en raison de leur fonction » (art. 8, n° 1, de la loi n° 67/2007 du 31 décembre).

santé public répond solidairement avec le professionnel de santé et aura par la suite un droit de recours contre celui-ci (art. 8, §§ 1<sup>er</sup>, 2 et 3)<sup>2</sup>.

Le régime établi par la loi n° 67/2007 présente des caractéristiques qui sont de nature à renforcer le climat de confiance entre les patients et les professionnels de santé<sup>3</sup> :

1. Il amoindrit la pression pesant sur le professionnel de santé. Celui-ci n'est personnellement tenu qu'en cas d'action récursoire dirigée contre lui, laquelle n'est possible qu'en cas de dol ou négligence grossière de sa part (art. 8, § 1<sup>er</sup>).
2. Il consacre l'institution de la faute de fonctionnement anormal du service (art. 7, §§ 3 et 4), ce qui permet d'indemniser le patient pour ses dommages patrimoniaux et non patrimoniaux, même l'auteur de la faute n'a pas été identifié.
3. Il encourage la responsabilité institutionnelle, car il permet de réparer les dommages causés aux lésés sans pour autant créer une relation de conflit direct entre le médecin et le patient, ce qui évite la médecine défensive, la non-reconnaissance de l'erreur et la non-notification de l'événement indésirable.

Il est à noter que le Portugal a déjà été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H.) dans des affaires de responsabilité médicale, non seulement en raison de retards judiciaires, comme cela se produit dans d'autres domaines, mais également en raison de la faible protection du droit à la vie, du moins dans sa dimension procédurale<sup>4</sup>. La Convention relative aux droits de l'homme et à la biomédecine prévoit, à l'article 24, intitulé « Réparation du dommage injustifié » : « Toute personne ayant subi un dommage injustifié du fait d'une intervention a droit à une réparation équitable dans les conditions et selon les modalités prévues par la loi ». Cette norme a une valeur supra-légale (art. 8, § 2, de la Constitution portugaise) et promeut la nécessité d'un changement dans le droit civil qui consiste à interpréter le droit en vigueur de manière à faciliter les mécanismes, dans le cadre de la théorie du « système mobile » (Wilburg), afin de faire valoir le droit du patient lésé à une réparation équitable.

2 « L'État et les autres personnes morales de droit public sont solidairement responsables avec leurs organes, fonctionnaires et agents si les actions ou omissions mentionnées au paragraphe précédent ont été commises par eux dans l'exercice de leurs fonctions et en raison de cet exercice » (art. 8, n° 2, de la loi n° 67/2007 du 31 décembre). « Chaque fois qu'ils satisfont une indemnisation conformément au paragraphe précédent, l'État et les autres personnes morales de droit public bénéficient d'un droit de recours contre les titulaires d'organes, fonctionnaires ou agents responsables, les titulaires de pouvoirs de direction, de supervision, de tutelle ou de supervision adoptant les mesures nécessaires à la mise en œuvre de ce droit, sans préjudice de toute procédure disciplinaire » (art. 8, n° 3, de la loi n° 67/2007 du 31 décembre).

3 A.G. DIAS PEREIRA, « Responsabilidade Civil em Saúde e violação do consentimento informado na jurisprudência portuguesa recente », *Julgar*, 2020, n° 42, p. 132, <http://julgar.pt/responsabilidade-civil-em-saude-e-violacao-do-consentimento-informado-na-jurisprudencia-portuguesa-recente/>.

4 *Ibid.*, p. 133.

Dans ce sens, les mécanismes de facilitation de la preuve (qu'il s'agisse de la preuve de la faute, de la preuve de la causalité ou de l'illicéité proprement dite) doivent être plus généreusement utilisés.

Ainsi, il convient de défendre une facilitation de la preuve ou même une inversion de la charge de la preuve (facilitation de la preuve par des présomptions judiciaires ou preuve par apparence ; inversion de la charge de la preuve en raison de la destruction des moyens de preuve ou en cas de négligence ou erreurs grossières ; inversion de la charge de la preuve de la causalité). En outre, le concept d'activité dangereuse, qui figure à l'article 493, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Code civil, devrait être étendu dans le domaine biomédical et la délimitation des obligations de résultat devrait également être plus large.

S'agissant de la responsabilité civile de l'État pour des actes commis dans les hôpitaux publics, il est important de rappeler que l'État est responsable des dommages résultant de défaillances dans la prestation de services de santé. Cela inclut les cas de négligence, d'imperfection ou d'imprudence de la part de professionnels de la santé, ainsi que les cas où la structure hospitalière n'était pas adéquate pour fournir le traitement nécessaire. Cependant, il est important de souligner que la responsabilité de l'État n'est pas objective. Il est nécessaire de prouver l'existence d'un comportement illicite, d'un dommage effectif et d'un lien de causalité entre le comportement illicite et le dommage subi.

En outre, la preuve que le dommage a été causé par l'État peut ne pas être simple, car d'autres facteurs peuvent avoir contribué à son apparition. Dans ce contexte peuvent ainsi être invoqués des arguments subsidiaires : allégation selon laquelle le dommage se serait produit même si le patient n'avait pas été infecté par la Covid-19 ; incertitude quant aux caractéristiques du virus ayant pu conduire à des mesures inadéquates ou insuffisantes, ce qui serait de nature à réduire la responsabilité de l'État.

Le contexte de la pandémie de la Covid-19 et l'état d'urgence décrété peuvent introduire des changements dans la dynamique de la responsabilité civile de l'État prévue par la loi n° 67/2007<sup>5</sup>.

Ces changements peuvent se manifester sur le plan de l'imputation de la responsabilité délictuelle en raison d'un fonctionnement anormal du service (art. 7, §§ 3-4, et art. 9, § 2). En effet, la lutte contre la pandémie a conduit à ce que de nombreuses tâches soient désormais effectuées dans des conditions différentes<sup>6</sup> – ce qui peut entraîner des retards ou une moindre

5 C. AMADO GOMES, « Responsabilidade civil extracontratual do Estado e(m) estado de emergência: Dez breves notas », *Revista Eletrónica de Direito*, 2020, vol. 7, n° 1.

6 Par exemple, le télétravail, l'assistance au public avec l'adoption de mesures de distanciation, la réduction du personnel et des horaires pour réduire le risque de contamination.

qualité dans l'exécution des obligations fonctionnelles. Cela signifie que la responsabilité pour fait illicite en raison d'un préjudice causé par un mauvais fonctionnement du service peut être contestée par l'administration sur la base de l'argument de la force majeure ayant empêché l'exécution de la prestation selon des paramètres normaux (encore faut-il que le mauvais fonctionnement du service puisse être imputé de façon exclusive ou, à tout le moins, prédominante à cette cause de force majeure).

Par ailleurs, la pandémie a entraîné une augmentation des tâches particulièrement dangereuses pour les personnels qui les effectuent. Il suffit de penser à des activités telles que la collecte des déchets urbains, le nettoyage des hôpitaux ou la prestation de soins de santé à des sujets infectés (dans les hôpitaux publics). Dans ces cas, la responsabilité pour risque de l'État et d'autres personnes morales de droit public (hôpitaux publics) peut être engagée, qui ne peut être écartée que par la preuve d'une force majeure ou d'une faute de la victime (le tribunal pouvant, dans ce dernier cas, réduire ou exclure l'indemnisation – art. 11 de la loi n° 67/2007).

On peut aussi questionner la responsabilité de l'État pour omission, plus précisément pour omission dans la prise de mesures anticipatoires et atténuantes de l'épidémie. L'État peut-il être tenu responsable d'avoir négligé la préparation du scénario de lutte contre la pandémie ? Peut-il être tenu responsable pour le manque de matériel de protection (masques ; gants ; bonnets ; combinaisons de protection intégrale), ainsi que pour l'insuffisance des équipements de soutien respiratoire (ventilateurs, notamment) pour répondre à l'afflux de patients ?

Il est peu probable qu'une telle responsabilité pour omission puisse être retenue, étant donné que la pandémie constitue un événement irrésistible, un cas de force majeure, compte tenu de la rapidité et de la facilité de propagation du virus. De plus, l'acquisition de matériel de protection et de traitement dépend de la disponibilité de ces biens sur le marché ; or, face à la généralisation de l'épidémie, cette acquisition est devenue pratiquement impossible. En d'autres termes, même si l'État portugais avait, dès la déclaration de l'épidémie en Chine, procédé à des commandes massives de masques et de ventilateurs, ils n'auraient pas été immédiatement disponibles en quantité suffisante, et ne seraient pas arrivés à temps pour faire face à la première vague de l'épidémie, ce qui caractérise la cause d'exclusion de la responsabilité tenant à l'impossibilité objective d'éviter le dommage (*cf.* art. 790, § 1<sup>er</sup>, C. civ.).

Bien sûr, pour qu'il y ait une responsabilité civile délictuelle, en plus de l'illicéité et de la faute, il doit y avoir un lien de causalité (approprié) entre le fait et le dommage. Si l'on raisonne sur la notion d'omission de surveillance prospective (omission *in vigilando*), la charge de la preuve de l'impossibilité incombera à l'entité publique (écartant la faute) ; or, cette impossibilité est largement due à un événement externe irrésistible écartant la causalité (art. 10, § 3, de la loi n° 67/2007, par renvoi à l'art. 493, § 1<sup>er</sup>, C. civ.).

Et même si de tels arguments n'étaient pas recevables, il est possible, en argumentation subsidiaire, d'invoquer que le dommage (hospitalisation, insuffisance physique durable, décès) aurait très probablement été causé par d'autres facteurs que l'infection à la Covid-19 et/ou par le comportement de la victime, ce qui pourrait ainsi écarter ou réduire la responsabilité.

Il est également pertinent de s'interroger sur le point de savoir si le contexte d'incertitude qui entoure la pandémie, découlant d'une méconnaissance totale des caractéristiques du virus, ne pourrait pas constituer une cause d'exclusion de responsabilité pour fait illicite, dans les cas où des mesures inadéquates ou insuffisantes ont été adoptées en raison d'un manque de perception des circonstances du risque. Pour caractériser l'illicéité, il faut ici faire appel à des normes techniques et scientifiques émanant de l'Organisation mondiale de la Santé. Or, même cette Organisation n'a pas semblé parvenir à des conclusions stables, par exemple, sur les avantages de l'utilisation de masques. Par conséquent, il n'est guère envisageable d'imputer un état d'infection, avec ou sans hospitalisation, ou même un décès, à l'État ou à la direction générale de la Santé pour ne pas avoir instauré l'obligation de porter un masque depuis le début de la pandémie au Portugal, dans la mesure où il est difficile, en pareil cas, de caractériser l'illicéité. Et même si l'on acceptait que cela puisse être le cas, pourraient être invoqué l'argument de la causalité alternative et/ou celui de la faute de la victime.

Au Portugal, de nombreux auteurs ont plaidé en faveur d'une réforme profonde de la responsabilité en matière de santé. La dualité de régimes (médecine publique c. médecine privé) manque de justification. Le système est complexe, confus pour les citoyens et les professionnels et suscite de grandes difficultés probatoires (preuve de la faute de l'État dans un contexte de pandémie ; preuve de la causalité, car il peut être difficile de déterminer si les dommages ont été causés directement par les actions de l'État ou par d'autres facteurs – causalité alternative et/ou la faute de la victime).

D'un point de vue plus pratique, la mise en œuvre de la responsabilité de l'État se heurte à divers obstacles. Par exemple, les coûts et les délais associés à la poursuite de l'État en justice peuvent dissuader les victimes de poursuivre cette voie<sup>7</sup>. De plus, il peut y avoir des voies alternatives plus favorables pour les victimes, comme la négociation avec l'État pour obtenir une indemnisation ou une solution amiable. En outre, sur le plan sociologique, il est important de noter que la population portugaise est généralement respectueuse de l'autorité de l'État et peut être réticente à poursuivre l'État en justice.

7 Les tribunaux administratifs sont compétents pour juger les actions en responsabilité civile extra-contractuelle pour des actes commis dans le cadre d'hôpitaux publics (y compris les hôpitaux du secteur public administratif, du secteur entrepreneurial de l'État – centres hospitaliers et hôpitaux EPE (entité entrepreneuriale de l'État)) ou même la prestation du SNS en régime de PPP (partenariat public-privé).

**Chapitre 8.**  
**La responsabilité civile de l'État**  
**Rapport suisse**

---

**Bénédict WINIGER**  
*Université de Genève*

## I. En général

La crise sanitaire de la Covid-19 a intensément occupé, on le sait, les gouvernements, administrations et tribunaux de Suisse et d'ailleurs. Les effets juridiques et judiciaires étaient nombreux. Les parties et tribunaux ont fait appel aux domaines les plus variés de notre ordre juridique, allant de la Constitution aux législations sociale, fiscale, sanitaire, les rapports de travail (publics et privés), pour ne nommer que quelques exemples.

La responsabilité de l'État, qui a fait et fait encore l'objet de nombreux litiges judiciaires liés à la pandémie, est réglée en Suisse sur deux niveaux, cantonal et fédéral. Chaque canton a ses propres lois sur la responsabilité de ses fonctionnaires, comme la Confédération qui dispose de sa propre législation en la matière. Dans cette contribution, nous allons nous concentrer sur la responsabilité de la Confédération et ne renverrons que ponctuellement aux législations cantonales.

### A) La responsabilité de la Confédération

#### 1) Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération

La *Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires* (1958, LRFC)<sup>1</sup> régit principalement la matière. Elle rend l'État fédéral responsable des activités et attitudes de ses organes<sup>2</sup>. D'autres lois règlent des domaines plus spécifiques comme, par exemple, la *Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions* (2007, LAVI) qui soutient les victimes d'infractions ou atteintes à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle (art. 1 LAVI) ; les autorités se substituent, à l'égard de la victime, à l'auteur du dommage qui n'est pas en mesure d'aider la victime. Un autre exemple est la *Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire* (1995, LAAM) qui règle la responsabilité de la Confédération pour les dommages causés par l'armée (voy. not. art. 135 LAAM)<sup>3</sup>.

La responsabilité de la Confédération peut aussi être engagée lorsque celle-ci agit non pas en tant qu'État, mais comme détenteur d'une entreprise. Tel est notamment le cas de la *Loi fédérale sur les chemins de fer* (1957, LCdF), la Confédération étant l'actionnaire unique de la compagnie la plus importante de chemins de fer du pays, ou la *Loi fédérale concernant les installations*

1 [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1958/1413\\_1483\\_1489/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1958/1413_1483_1489/fr).

2 Par rapport à la responsabilité pour les actes du Conseil fédéral, voy. TF 2E\_6/2021 du 23 mars 2023, cons. 4 ; pour la responsabilité du Conseil fédéral pour ses ordonnances, voy. cons. 6.1 et 6.2, condition de la « contreperformance inexcusable » (*unentschuldbare Fehlleistung*).

3 Pour le tout, voy. not. P. WIDMER et B. WINIGER, « The liability of public authorities in Switzerland », in K. OLIPHANT (éd.), *The liability of public authorities in comparative perspective*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 507-536, spéc. p. 508 et s.

*électriques à faible et à fort courant* (1902, LIE), Confédération et cantons détenant d'importantes installations tombant sous cette loi.

Pour revenir à la LRCF qui constitue, nous l'avons dit, le cœur de la responsabilité de la Confédération, elle règle, selon l'article 1 LRCF, la responsabilité des membres du gouvernement, des tribunaux fédéraux, des autorités de surveillance, des commissions fédérales, des fonctionnaires et agents et toutes autres personnes chargées de tâches de droit public de la Confédération.

Selon l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup>, LRCF, « [l]a Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire ».

Notons qu'il s'agit d'une responsabilité pour actes illicites (*sans droit*) pour l'attitude d'autrui (*par un fonctionnaire*) ; la faute est explicitement exclue comme condition de responsabilité (*sans égard à la faute*). Ajoutons que l'article 3, alinéa 3, LRCF exclue tout recours de la victime contre le fonctionnaire fautif. En revanche, la Confédération peut se retourner contre son fonctionnaire avec une action récursoire (art. 3, al. 4, et art. 7 LRCF).

La victime peut obtenir, selon les dommages et préjudices subis, des dommages-intérêts comprenant le remboursement des frais (inhumation, traitement médical, préjudice dérivant de l'incapacité de travail, perte de soutien, dommages-intérêts pour incapacité de travail et atteinte à l'avenir économique ; voy. art. 5 LRCF). En cas de faute du fonctionnaire, une indemnité équitable à titre de réparation morale est possible (art. 6 LRCF).

## 2) Législation sur les épidémies

La *Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme* (2012, LEp, aussi abrégé en *Loi sur les épidémies*)<sup>4</sup> a pour but de prévenir et combattre l'apparition et la propagation des maladies transmissibles à l'homme. Elle permet de surveiller, détecter et évaluer les maladies transmissibles, inciter à la prévention, créer des cadres organisationnels idoines et, notamment, réduire les effets des maladies transmissibles sur la société et les personnes concernées (art. 2 LEp).

La LEp nous intéresse ici parce qu'elle confère aux autorités des compétences considérables dans la fixation d'objectifs et stratégies pour lutter contre les épidémies (art. 4 LEp) et permet à l'administration fédérale d'élaborer des programmes nationaux de détection, surveillance et prévention (art. 5 LEp). Aussi, « le Conseil fédéral [gouvernement fédéral BW] peut ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays » (art. 7 LEp), comprenant des mesures préparatoires (art. 8 LEp), d'information, échange d'information,

<sup>4</sup> <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2015/297/fr>.

détection et surveillance, obligations de déclaration des instances médicales et sanitaires publiques, ainsi que des enquêtes épidémiologiques (art. 9-15 LEp). En outre, « [l]a Confédération et les cantons prennent les mesures visant à contrôler et à écarter ou atténuer les risques de transmission de maladies » (art. 19 LEp). Rappelons aussi les compétences en matière de vaccination (recommandations de et encouragement à la vaccination (art. 20-21 LEp) et de déclaration de vaccins obligatoires (art. 22 LEp)).

Les moyens entre les mains des autorités ne se limitent pas à une plume ou de candides recommandations, puisque « [l]es autorités cantonales compétentes qui ont ordonné une surveillance médicale, une quarantaine, un isolement ou un examen médical peuvent pourvoir à leur exécution par voie de contrainte » (art. 32 LEp), allant de la quarantaine et l'isolement (art. 35 LEp) à la fermeture d'écoles et l'interdiction de manifestations (art. 40 LEp) avec, en perspective, la dissolution de manifestations non-autorisées par les forces de l'ordre. Autrement dit, la LEp est le cheval de Troie par lequel, à en croire les parties demanderesse en justice, le malheur arrive.

Sur le plan de la réparation, « [l]'autorité ordonnant une mesure [...], peut indemniser, en tenant compte de la situation économique des bénéficiaires, les personnes qui subissent un dommage dû à cette mesure pour autant que celui-ci ne soit pas couvert autrement » (art. 63 LEp). Les personnes ayant subi un préjudice à la suite d'une vaccination ordonnée ou recommandée par les autorités peuvent faire valoir des indemnisations (art. 64 LEp) ou la réparation du tort moral (art. 65 LEp, max. CHF 70.000).

Les articles 63 et 64 LEp ne semblent pas (encore) avoir fait l'objet de jurisprudences abondantes. Le principe retenu dans l'article 63 LEp est que l'autorité qui a ordonné des mesures peut réparer le dommage y consécutif, mais seulement si le dédommagement ne peut se faire autrement. Sous l'ancienne loi, qui chargeait surtout les cantons, alors que la nouvelle loi souligne davantage le rôle de la Confédération, une disposition voisine<sup>5</sup> avait été interprétée dans le sens d'une « responsabilité par défaut » (*Ausfallhaftung*)<sup>6</sup>, obligeant le canton à réparer le dommage, à condition que d'autres sources de dédommagement fassent défaut ou aient été épuisées<sup>7</sup>. Il ne paraît pas exclu que l'interprétation future de l'article 63 LEp s'inspire de cette conception. Les articles 64 et 65 LEp retiennent un système comparable pour les dommages consécutifs à des vaccinations.

5 « Les cantons accordent une indemnité pour les lésions post vaccinales survenues à la suite de vaccinations obligatoires ou recommandées par les autorités, si ce risque n'est pas couvert autrement. L'obligation d'accorder une indemnité cesse ou diminue lorsque le vacciné a provoqué ou augmenté la lésion par une faute grossière », art. 23, al. 3, ancienne LEp (1970).

6 Voy. ATF 129 II 353, 357, cons. 4.1.

7 ATF 129 II 353, 357, cons. 4.6.

Selon ce système d'indemnisation, il semblerait qu'une personne qui a subi un dommage à la suite d'une mesure ou vaccination ordonnée ou recommandée par les autorités fédérales puisse obtenir une indemnisation de la Confédération, même si la mesure n'a pas été exécutée par la Confédération, ni le vaccin administré par un fonctionnaire, mais par exemple, par un médecin privé. Une telle responsabilité par ricochet se justifierait évidemment par le fait que la Confédération peut prendre des mesures obligatoires sur lesquelles notamment les hôpitaux et médecins sont contraints de s'aligner.

À part la LRCE et la LEp d'autres lois jouent bien sûr un rôle dans les litiges générés par les épidémies et pandémies. Nous y reviendrons ponctuellement.

### 3) Loi fédérale sur les épizooties

La *Loi sur les épizooties* (LFE, 1966) sort de notre thématique, mais y est voisine, puisqu'elle traite de problèmes comparables dans le domaine animal. Elle est l'instrument principal pour lutter contre les maladies animales transmissibles. À ce titre, on ne peut pas exclure que les interprétations de la LEp et de la LFE puissent s'influencer réciproquement.

L'article 9 LFE permet à la Confédération de prendre toutes les mesures propres à empêcher l'apparition et la propagation d'épizooties, telles traitement des animaux infestés, leur abattage, isolement ou séquestration (art. 10 LFE). L'État peut aussi intervenir, notamment, dans le trafic d'animaux et produits animaux, leur identification et enregistrement (art. 12 et s. LFE), effectuer des contrôles sur les marchés (art. 18 LFE) et surveiller le commerce de bétail (art. 20 LFE).

Les frais consécutifs à la lutte contre les épizooties sont en principe à la charge des cantons concernés (perte d'animaux, frais de lutte) ; la Confédération y participe en cas d'épizooties hautement contagieuses (art. 31 LFE). Les indemnités peuvent être refusées ou réduites lorsque la personne lésée porte une responsabilité dans le déroulement de l'épizootie (art. 34 LFE). Selon l'article 35 LFE, d'actualité aujourd'hui en raison d'une nouvelle vague de la grippe aviaire, « [l]es cantons peuvent verser des primes pour la destruction de gibier opérée sur ordre de l'autorité aux fins d'enrayer l'extension d'une épizootie ». Le Conseil fédéral a en outre la compétence de compléter les prestations cantonales par des prestations des caisses d'assurance du bétail ou autres institutions (art. 44 LFE).

## B) La responsabilité des cantons

Chaque canton, nous l'avons dit, dispose de sa propre législation en matière de responsabilité de l'État. De manière générale, les cantons ont instauré une responsabilité sans faute, comparable à celle de la Confédération (voy. *supra*, art. 3, al. 1<sup>er</sup>, LRCE). Une exception forme le Canton de Genève

qui prévoit dans la *Loi sur la responsabilité de l'État et des communes* (1989, LREC)<sup>8</sup> une responsabilité pour faute à l'image de l'article 41 du Code des obligations (CO)<sup>9</sup> :

«<sup>1</sup> L'État de Genève et les communes du canton sont tenus de réparer le dommage résultant pour des tiers d'actes illicites commis soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence dans l'exercice de leurs fonctions par des magistrats qui les représentent.

<sup>2</sup> Les lésés n'ont aucune action directe envers les magistrats » (art. 1 LREC).

Il s'agit en l'occurrence d'une responsabilité pour acte illicite et faute (intention, négligence, imprudence). Toute action directe contre le fonctionnaire est exclue.

## II. Jurisprudence

Jurisprudences fédérale et cantonale sont intimement liées en ce sens que les décisions des tribunaux cantonaux peuvent, dans la plupart des cas, être portées devant les tribunaux fédéraux qui sont nos Cours suprêmes. Nous mettrons l'accent sur la jurisprudence fédérale. Toutefois, les décisions cantonales pourraient nous intéresser à deux titres, soit parce que le tribunal fédéral renvoie une cause aux instances cantonales pour une nouvelle décision ou pour un complément de décision, notamment en matière de dommages-intérêts, soit parce qu'une décision cantonale n'a pas été contestée devant le tribunal fédéral.

La jurisprudence liée à la pandémie Covid-19, nous l'avons dit, est plutôt abondante et fait appel à de nombreuses parties de la législation. En voici un florilège : un grand nombre de causes concernent les aides surtout financières décidées par les autorités pour soutenir le tissu économique du pays ; puisque les parties mettent peu souvent en jeu la responsabilité de l'État, mais le fonds même de la décision d'allouer ou non des moyens financiers, ces cas nous intéressent marginalement. De même, certains recours visent à abolir des mesures prises par les autorités, notamment : l'obligation de porter un masque<sup>10</sup>, une décision urgente des autorités de renoncer aux assemblées populaires et de procéder par voie d'urnes pour faire voter les budgets communaux<sup>11</sup> ;

8 <https://silgeneve.ch/legis/index.aspx> ; voy. sous textes en vigueur ; table des matières, A, 2, 40.

9 [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317\\_321\\_377/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr).

10 P. ex. ATF 147 I 393 où le recourant considère que l'obligation de porter le masque est une atteinte à la liberté personnelle ; il conteste notamment l'efficacité des masques et la proportionnalité des mesures prises. Il a été débouté. Dans ATF 148 I 89, la recourante fait valoir que le port du masque porte atteinte à la santé des enfants. N'ayant apporté une preuve suffisante de l'atteinte, la recourante est déboutée.

11 ATF 147 I 420 ; les recourants se plaignent d'une violation de leurs droits politiques garantis par la Constitution d'intervenir dans les processus de légifération. Ils ont été déboutés.

la limitation du nombre de participants aux manifestations politiques<sup>12</sup>. Si ces recours mettent indirectement en cause la responsabilité de l'État pour avoir imposé des restrictions inadéquates, les parties cherchent surtout à abolir les mesures prises, sans invoquer explicitement la responsabilité de l'État ou formuler des demandes en dommages-intérêts.

## A) Responsabilité pour information

Un cas emblématique par rapport à la responsabilité pour informations données par la Confédération date de 1992. Notons d'emblée que ce cas avait été décidé sous l'empire de l'ancienne LEp (celle en vigueur aujourd'hui date de 2012). Cependant, cela n'est pas gênant dans la mesure où les principes qui nous intéressent ici sont largement valables sous les deux lois.

Dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de listériose due à la consommation de fromages, les plaignants, producteurs de fromages, intentaient un procès à la Confédération au grief que « [celle-ci] avait, depuis le mois de novembre 1987 et après l'apparition de listériose monocytogène sur le Vacherin Mot d'Or vaudois, violé des dispositions de droit fédéral et, notamment, causé un dommage par une réduction généralisée des ventes de fromages à pâte molle, par des informations et alertes juridiquement et factuellement fausses, défectueuses, tardives ou impropres adressées au public, et par le dénigrement (*Herabsetzung*) public injustifié des produits, respectivement, par l'omission d'informations appropriées »<sup>13</sup> (trad. BW). Le contentieux avait été réduit aux trois questions concernant (i) la responsabilité de la Confédération pour actes illicites et licites, (ii) les normes protectrices pouvant entrer en ligne de compte, notamment la notion d'illicéité en matière d'information et (iii) l'appréciation du comportement des autorités.

Dans ses considérations d'ordre général, le tribunal fédéral rappela que l'acte d'un fonctionnaire est illicite s'il enfreint une injonction (*Gebot*) ou interdiction de l'ordre juridique destinée à protéger le bien juridique atteint (illicéité de comportement ou de résultat). Il rappela également que le patrimoine n'est pas un bien juridique et sa violation en tant que telle n'est pas illicite : « Par conséquent, des dommages au patrimoine sans violation d'un bien juridiquement protégé ne sont, en tant que tels, pas illicites ; ils le sont seulement, s'ils naissent d'un comportement rejeté par l'ordre juridique indépendamment de son effet sur le patrimoine »<sup>14</sup> (trad. BW). Notre Haute Cour observa également qu'une information des autorités était critiquable (*zu beanstanden*) si elle ne faisait pas les distinctions nécessaires à la protection

12 ATF 148 I 33 ; les recourants se plaignent d'une atteinte grave à la liberté de réunion. Le tribunal fédéral considère la limitation du nombre de participants à 15 comme disproportionnée et l'atteinte à la liberté de réunion comme inconstitutionnelle.

13 ATF 118 Ib 473, 475.

14 ATF 118 Ib 473, 476, cons. 2b.

des tiers<sup>15</sup> et ajouta que le but et la tâche d'informer devaient être déterminés en fonction de l'intérêt public<sup>16</sup>.

Dans l'appréciation du cas d'espèce, le tribunal fédéral constata que la LEp était la base légale liant la Confédération dans son activité d'information. Il décrit la question centrale de la manière suivante : « La question essentielle est de savoir si les autorités fédérales ont agi de manière illicite. Il faut examiner si, en rapport avec l'épidémie de listériose, les mesures prises et les informations y relatives étaient correctes et appropriées. Le comportement des autorités doit être jugé non pas selon l'état des connaissances d'aujourd'hui, mais selon celles de l'époque. Si l'information n'était pas critiquable dans ce sens-ci, elle ne pouvait pas être illicite »<sup>17</sup> (trad. BW). Il considéra que les informations de la Confédération avaient tenu compte des connaissances scientifiques de l'époque et contenaient les distinctions qui s'imposaient alors. Il ajouta d'ailleurs que la Confédération avait un devoir d'informer sur la nécessité de contrôler les fromages à pâte molle et de retirer du marché les lots contaminés. Si elle y avait manqué, elle aurait engagé sa responsabilité en cas de maladies ou morts en rapport avec des fromages avariés<sup>18</sup>.

On peut résumer les critères essentiels ressortant de cet arrêt en trois points : (i) la Confédération engage sa responsabilité pour actes illicites (illicéité de comportement et de résultat) ; (ii) les informations qu'elle émet doivent être factuellement correctes et correspondre à l'état des connaissances scientifiques au moment où elles sont communiquées ; (iii) la Confédération a une obligation d'informer de manière appropriée ; si elle n'informe pas, elle engage sa responsabilité pour des dommages consécutifs à son omission.

## B) Responsabilité pour vaccinations

Comme l'ATF 118 Ib 473 (voy. *supra*), la cause ATF 129 II 353 avait été jugée sous l'ancienne LEp. À nouveau et malgré les modifications importantes introduites par la nouvelle loi, les principes qui nous intéressent ici n'y ont pas été modifiés (« responsabilité par défaut » de l'État, voy. *supra*, I.A.2).

Le défendeur, médecin indépendant, avait vacciné la défenderesse conformément aux recommandations de l'administration fédérale. La mère de la défenderesse remarquait ensuite chez sa nouveau-née des symptômes anormaux se révélant être de l'épilepsie et un handicap mental grave nécessitant un accompagnement permanent à vie. Selon les analyses médicales, la vaccination était la cause la plus probable de la maladie neurologie de l'enfant.

15 ATF 118 Ib 473, 477, cons. 3b.

16 ATF 118 Ib 473, 479, cons. 4b.

17 ATF 118 Ib 473, 482, cons. 7.

18 ATF 118 Ib 473, 483, cons. 18a (*sic* ; *corrigendum* : 8a).

La demanderesse intentait des actions en dommages-intérêts contre le Canton de St. Gall et le médecin<sup>19</sup>.

Selon l'article 23, alinéa 3, ancienne LEp « [l]es cantons accordent une indemnité pour les lésions post vaccinales survenues à la suite de vaccinations obligatoires ou recommandées par les autorités, si ce risque n'est pas couvert autrement »<sup>20</sup>. L'ancienne et la nouvelle loi prévoient une « responsabilité par défaut » de l'État. Autrement dit, si un vaccin ordonné ou recommandé par les autorités cause un dommage, les autorités indemnisent la victime, à condition que le dommage ne soit pas réparé autrement. La cause première à cette responsabilité est probablement d'ordre éthique, les autorités ne pouvant pas ordonner ou recommander des mesures sans prendre en charge les frais en cas de dommages y consécutifs<sup>21</sup>. Le tribunal fédéral rappela que le législateur avait l'intention de combler une lacune dans le système des obligations étatiques de réparation pour « dommages licites » (*rechtmässige Schädigung*) causés par des mesures de police de santé<sup>22</sup>. Il constata que les dommages causés par des médecins indépendants étaient couverts par ce système s'il s'agissait de vaccins obligatoires ou recommandés par les autorités, étant donné que le traitement était dans l'intérêt public<sup>23</sup>, tout en insistant sur le caractère « absolument subsidiaire » de la couverture par l'État.

L'étude d'autres cas<sup>24</sup>, par exemple basés sur la loi fédérale sur les épi-zooties, qui concerne les maladies animales, pourrait apporter un éclairage supplémentaire pour sa proximité matérielle avec la LEp.

## C) Responsabilité pour détention illicite

Une conséquence un peu plus lointaine et peut-être un peu moins attendue de la pandémie de la Covid-19 surgissait par rapport à des mesures de rapatriement de personnes migrantes.

Dans le premier des deux arrêts que nous aborderons, un requérant d'asile avait été débouté et le tribunal ordonna son renvoi du pays. À plusieurs reprises, il avait été privé de liberté, d'abord en détention de préparation (*Vorbereitungshaft*, 2,5 mois) et ensuite en détention d'expulsion (*Ausschaffungshaft*, 10 mois). Après sa disparition pendant quelques mois et des poursuites pour délits mineurs, il avait à nouveau été mis en détention

19 ATF 129 II 353.

20 Nouvelle formulation dans l'article 64 LEp :

« <sup>1</sup> Toute personne ayant subi un préjudice à la suite d'une vaccination ordonnée ou recommandée par les autorités peut faire valoir un droit à indemnisation.

<sup>2</sup> L'indemnisation n'est accordée que si le dommage, en dépit d'efforts raisonnables, ne peut pas être couvert autrement ».

21 ATF 129 II 353, 357, cons. 3.4.

22 ATF 129 II 353, 358, cons. 4.2.

23 ATF 129 II 353, 359, cons. 4.5.

24 Par exemple, ATF 126 II 63 ; 132 II 305 ; TF 2C\_62/2018 du 21 septembre 2018.

d'expulsion. Ses recours devant les instances cantonales demandant une mise en liberté avaient été rejetés. Le tribunal fédéral leva la décision du tribunal administratif cantonal et ordonna la relaxe immédiate du recourant au motif que « au moment de la décision (cantonale, BW) il n'existait pas de chance sérieuse que l'exécution du renvoi du demandeur, respectivement son retour volontaire dans un laps de temps prévisible puisse être réalisée techniquement »<sup>25</sup> (trad. BW), étant donné que, en raison de la pandémie Covid-19, les vols internationaux avaient été suspendus. Aux dires de la Haute Cour, les autorités cantonales avaient violé le principe interdisant des mesures administratives disproportionnées (*Übermassverbot*)<sup>26</sup>. Ajoutons qu'une telle violation du principe de proportionnalité est illicite et engage la responsabilité de l'État. Toutefois, il semblerait que le recourant n'ait en l'occurrence pas formulé de demande en dommages-intérêts.

Dans le deuxième cas, similaire sur le plan du droit administratif, le tribunal fédéral dit explicitement que la détention était illicite<sup>27</sup> et renvoya l'affaire aux instances cantonales, notamment pour régler la question des frais et dommages-intérêts. Notons que, selon l'article 431 du Code de procédure pénale (CPP), le prévenu qui a subi une mesure de contrainte illicite a droit à une juste indemnité et réparation du tort moral. Le choix du mode d'indemnisation appartient en principe au juge qui peut notamment s'inspirer des règles de la responsabilité civile (art. 41 CO) ou procéder à une réduction de la peine<sup>28</sup>. *In casu* et par décision du 19 mai 2022, le tribunal des mesures de contrainte du Canton de Thurgovie (*Zwangsmassnahmengericht des Kantons Thurgau*) alloua à l'avocat de la défense une somme de CHF 300 à titre de frais de défense et CHF 8.30 pour des dépenses en espèce, sans mention de dommages-intérêts pour le demandeur qui avait été illicitement détenu.

## Conclusion

La responsabilité de l'État en lien avec des épidémies peut disséminer dans les parties les plus diverses de l'ordre juridique. Elle peut résulter des activités publiques de l'État ou de ses activités en tant qu'acteur privé. La responsabilité de la Confédération en tant qu'acteur public ne requiert pas de faute, dommage ou préjudice, illicéité et causalité adéquate suffisent. Les cantons suivent le même système, à l'exception du Canton de Genève qui connaît un système de responsabilité pour faute calqué sur le modèle de l'article 41 du Code des obligations. En principe, la Confédération et les cantons peuvent engager leur responsabilité pour toutes leurs activités ; ils répondent aussi de leurs omissions si la loi leur impose un devoir d'agir.

25 ATF 147 II 49, 60, cons. 5.4.3.

26 Voy. TF 2C\_323/2020 du 18 juin 2020, cons. 3.2 et ATF 140 II 409, 411, cons. 2.1.

27 TF 2C\_610/2021 du 11 mars 2022, cons. 6.3.

28 ATF 142 IV 245.

La pandémie de la Covid-19 a généré un nombre relativement important de procédures. Dans la plupart des cas, les parties ont contesté des décisions prises par les autorités (p. ex. port de masque, liberté de réunion, aides économiques pour les entreprises) sans cependant invoquer une responsabilité de l'État et sans demander des dommages-intérêts. Deux cas emblématiques concernent la responsabilité pour informations préjudiciables adressées au public et une décision traitant d'un dommage consécutif à des vaccinations. Finalement, des mesures de nature pénale (détention injustifiée avant expulsion du territoire national) auraient pu, en principe, donner lieu à une réparation pour tort moral, si les parties en avaient fait la demande.



Chapitre 9.  
La responsabilité civile de l'État  
Rapport tchèque

---

**Petr TOMCIAK**

*Candidat au doctorat à l'Université d'Économie de Prague*

## Introduction

La période entre 2020 et 2022 est marquée par la pandémie causée par la diffusion de la Covid-19 et les mesures épidémiques qui y sont associées et qui ont considérablement touché divers secteurs de la société. La crise sanitaire et économique a affecté de nombreuses personnes soumises à des normes juridiques et les pays du monde entier ont eu recours à l'exercice de l'autorité publique à un degré auquel les destinataires des normes juridiques n'étaient pas habitués.

La pandémie de Covid-19 a eu un impact notable sur tous les aspects de la vie publique. Comme dans d'autres pays, l'État tchèque, par l'intermédiaire du gouvernement, a réagi à la pandémie en adoptant des mesures de protection de la santé publique. Les interventions des administrations publiques visaient à restreindre les droits civils, tels que le droit de se déplacer librement, ceux de faire des affaires, de s'associer et de prendre des décisions concernant sa propre intégrité personnelle. La fermeture de pans de l'économie a causé des dommages financiers aux entrepreneurs et aux salariés.

Les efforts déployés par les pouvoirs publics pour atténuer l'impact de la crise se sont déroulés dans le contexte d'une pandémie à évolution rapide. Les restrictions des droits et l'introduction de nouvelles obligations ont varié dans le temps. L'adoption de telles mesures par l'État dans un contexte d'incertitude implique des risques considérables et des questions de responsabilité de l'État pour tout dommage subi par les sujets visés par ces mesures. En effet, la variabilité des mesures et les changements fréquents dans les stratégies de réponse à la pandémie en République tchèque ont intensifié le débat sur la responsabilité de l'État en cas de mauvaise qualité des décisions prises lors d'une pandémie. Les changements législatifs et les actes de gouvernance fondés sur des données incorrectes, ou les décisions ayant des conséquences négatives sur les individus, peuvent engager la responsabilité de l'État.

Ce rapport vise à examiner le régime juridique de la responsabilité de l'État dans le système juridique tchèque, en général et en ce qui concerne la pandémie de Covid-19 en particulier. En plus de considérations théoriques, le rapport analyse également les aspects pratiques de l'application de la responsabilité juridique en République tchèque et la question de la vaccination. Ce rapport devrait contribuer à une perspective comparative des régimes de responsabilité de l'État en cas de crise sanitaire.

### **I. La responsabilité de l'État en droit tchèque – Éléments de fondement**

Avant d'analyser la responsabilité de l'État pendant la crise sanitaire, il est nécessaire d'analyser le concept théorico-juridique de responsabilité dans le système juridique de la République tchèque. Le concept de responsabilité est

un phénomène clé en droit et en science politique, mais nous n'en trouvons pas de définition juridique dans le système tchèque. Cependant, la doctrine tchèque est abondamment consacrée à la responsabilité juridique, et la question de la responsabilité de l'État est élaborée par la doctrine. Le concept de responsabilité dans le système juridique tchèque est influencé par des ruptures discontinues dans le développement historique<sup>1</sup>. Jusqu'à la recodification du Code civil en 2012<sup>2</sup>, la responsabilité était comprise comme une obligation résultant de la violation d'un devoir, c'est-à-dire comme une conséquence des délits. Le nouveau régime tend plutôt à la concevoir comme une capacité à « subir les conséquences juridiques de ses actes, y compris ou surtout la violation de la loi »<sup>3</sup>.

Chaque personne est responsable de son activité. Outre les personnes privées, l'État est également responsable. Nous parlons en particulier de la responsabilité pour les dommages causés dans l'exercice de l'autorité publique. En tant que responsabilité juridique, le droit tchèque conçoit la responsabilité de l'État comme une obligation secondaire qui découle de la violation d'une obligation primaire<sup>4</sup>. La responsabilité en tant que conséquence d'une violation constitue une sanction pour l'État (autorité publique). Dans la théorie juridique tchèque, la définition dominante de la responsabilité de l'autorité publique est la suivante : « la responsabilité établie par les lois et autres dispositions légales pour l'exécution des fonctions des autorités publiques »<sup>5</sup>.

Le droit tchèque respecte la division du droit continental entre droit public et droit privé. De même, la responsabilité peut être considérée comme privée ou publique<sup>6</sup>. En d'autres termes, le droit tchèque suit la tradition du droit romain et la division entre droit public et privé. La responsabilité de l'État en matière de dommages est une question qui se situe à la frontière entre le droit public et le droit privé. D'une part, la responsabilité de l'État est causée par la violation d'une obligation de l'État, qui est de nature publique, puisque l'autorité a agi en position de pouvoir. D'autre part, la question de la relation de responsabilité relève du droit privé, puisque l'État agit en tant que sujet

1 Depuis 1900, le système juridique tchèque a connu plusieurs ruptures historiques et changements de régime, qui ont également entraîné une discontinuité juridique, notamment la création de la Tchécoslovaquie en 1918, la création du Protectorat de Bohême et de Moravie en 1938, l'adoption du Code civil influencé par le régime communiste en 1964, la création de la Tchécoslovaquie en 1989 et l'adoption du nouveau Code civil dans le cadre de la recodification en 2012.

2 Loi n° 89/2012 Coll. C. civ.

3 P. RABAN, *Závazkové právo [Droit des obligations]*, Brno, VK, 2019.

4 V. KNAPP, *Teorie práva*, Vyd. 1., 3. dot [*Théorie du droit*, 1<sup>re</sup> éd., 3<sup>e</sup> point], Prague, C.H. Beck, 1995. Beckovy právnické učebnice.

5 K. KLÍMA, *Teorie veřejné moci (vládnutí)*, 3. přepracované vydání [*Théorie de la puissance publique (gouvernance)*, 3<sup>e</sup> éd. révisée], Prague, Wolters Kluwer, 2016.

6 A. GERLOCH, *Teorie práva*, 8. aktualizované vydání [*Théorie du droit*, 8<sup>e</sup> éd. mise à jour], Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2021. Právnické učebnice (Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk).

égal dans la relation juridique avec la partie lésée<sup>7</sup>. L'impact pratique est la procédure d'indemnisation des dommages devant les tribunaux civils de la République tchèque.

Comme indiqué ci-dessus, le droit tchèque est construit sur le concept de responsabilité pour les dommages. Le système juridique tchèque établit une distinction entre « le dommage » (*škoda*), qui est un concept plus étroit, et « le préjudice » (*újma*), qui est un concept plus vaste. Bien que le Code civil ne donne pas de définition des dommages/préjudices, on peut y trouver une distinction entre les dommages et les préjudices<sup>8</sup>. Quand on parle d'un préjudice, on peut distinguer, aux fins de l'indemnisation en vertu du droit de la responsabilité civile, un (i) préjudice matériel (*dommages*), y compris, selon la théorie juridique, les dommages réels aux biens, le manque à gagner dû à la non-augmentation des biens qui se serait produite normalement, et un (ii) préjudice non-matériel (*préjudice*), qui peut résulter, par exemple, de la lésion aux droits de la personne. Bien que le législateur utilise le terme « dommage », la responsabilité peut également se référer à des dommages non pécuniaires (préjudices)<sup>9</sup>.

Une caractéristique essentielle de la responsabilité dans la théorie juridique est la condition de culpabilité (*mens rea* en latin), sur la base de laquelle nous distinguons la responsabilité objective (sans tenir compte de la culpabilité) et la responsabilité subjective (en tenant compte de la culpabilité). La règle générale en droit tchèque est que la responsabilité est subjective, à moins que la responsabilité objective ne soit établie par une loi spéciale : « L'auteur du préjudice est tenu de réparer les dommages indépendamment de sa faute dans les cas prévus par une loi spéciale »<sup>10</sup>. Dans le cas de la responsabilité de l'État, on entend par « loi spéciale » la loi n° 82/1998 Coll.<sup>11</sup>, qui dispose à l'article 1(1) : « L'État est responsable, dans les conditions prévues par cette loi, pour les dommages causés dans l'exercice de l'autorité de l'État ». Alors, l'État, en tant que sujet de la responsabilité, est responsable sans culpabilité.

Dans le système juridique tchèque, la responsabilité de l'État a une base constitutionnelle. L'article 2(3) de la Constitution de la République tchèque établit les limites du pouvoir de l'État : « Le pouvoir de l'État ne peut être exercé que dans les cas, dans les limites et de la manière prescrits par la loi ». Le dépassement de ces limites constitue une violation de la limite constitutionnelle et cette violation engage la responsabilité de l'État en tant qu'obligation secondaire. L'article 36(3) de la Charte des droits et libertés fondamentaux

7 P. MATES et J. SEVERA, *Odpovědnost státu za výkon veřejné moci [Responsabilité de l'État dans l'exercice de la puissance publique]*, Prague, Leges, 2014. Teoretik, p. 13.

8 Titre III - Responsabilités délictuelles, première partie, loi n° 89/2012 Coll. C. civ.

9 Comme par exemple loi n° 82/1998 sur la responsabilité pour les dommages causés par une décision ou une action officielle inappropriée dans l'exercice de l'autorité publique.

10 Art. 2895 C. civ.

11 Loi n° 82/1998 sur la responsabilité pour les dommages causés par une décision ou une action officielle inappropriée dans l'exercice de l'autorité publique.

prévoit expressément le droit de toute personne à « la réparation du dommage qu'elle a subi du fait d'une décision illégale d'une juridiction, d'une autre autorité de l'État ou d'un organisme de l'administration publique ou du fait d'une procédure officielle incorrecte ». Par ailleurs, la Charte prévoit que les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être invoquée sont déterminées par la loi<sup>12</sup>. La jurisprudence de la Cour suprême de la République tchèque est constante et précise également que la base constitutionnelle ne suffit pas à elle seule, mais que pour faire valoir un droit contre l'État, il est nécessaire de remplir les conditions fixées par la loi à laquelle la Charte fait référence<sup>13</sup>.

La principale base juridique de la responsabilité de l'État est la loi n° 82/1998, qui fixe les règles d'application de la responsabilité à l'égard de l'État et des collectivités locales (municipalités et régions), auxquelles le droit constitutionnel et administratif tchèque garantit un certain degré d'autonomie en tant que manifestation de la séparation verticale des pouvoirs. Par conséquent, l'État ne saurait être tenu responsable à l'égard des municipalités et des régions, mais ces institutions sont elles-mêmes responsables de leur conduite dans le cadre d'un régime juridique différent. Le titre de la loi mentionne la responsabilité pour « dommages », bien que le texte actuel de la loi, après amendements, inclue la responsabilité pour les dommages pécuniaires (préjudices) et non pécuniaires. L'État, en tant que sujet au sens de la loi, est responsable de l'exercice de ses prérogatives de puissance publique en tant que personne morale de droit privé<sup>14</sup>. Comme indiqué ci-dessus, la loi prévoit une responsabilité stricte de l'État. En même temps, la possibilité de se libérer, c'est-à-dire de s'exonérer de la responsabilité, est incluse<sup>15</sup>. La responsabilité de l'État n'est pas en jeu en cas d'excès de la personne qui exécute l'autorité publique. Dans ce cas, la personne qui a commis l'excès est directement responsable.

Le régime de la responsabilité de l'État en vertu de cette loi est fondé sur le respect de trois conditions qui doivent être réunies pour que l'État soit responsable d'un préjudice causé dans l'exercice de l'autorité publique. Le premier critère est l'existence d'un préjudice, sans lequel il n'y a pas de responsabilité. Un préjudice ou un risque de préjudice présumé ne suffit pas. Ensuite, le dommage doit résulter d'une décision illégale ou d'une faute. Tout acte qui modifie, garantit ou crée des droits et des obligations peut être considéré comme une décision et le concept de « maladministration » est affiné par la jurisprudence des tribunaux civils. Le troisième critère est le lien de causalité entre le dommage et la décision illégale ou la mauvaise administration (« maladministration »), que la victime doit prouver pour demander

12 Art. 36 (4) de la Charte des droits et libertés fondamentaux.

13 Arrêt de la Cour suprême du 11 mai 2011, aff. n° 31 Cdo 3916/2008.

14 Au sens de l'article 21 du Code civil.

15 Art. 2 de la loi n° 82/1998 sur la responsabilité pour les dommages causés par une décision ou une action officielle inappropriée dans l'exercice de l'autorité publique.

réparation du dommage causé. En général, le lien de causalité est établi s'il est prouvé que, sans la décision officielle ou l'action officielle illégale, le préjudice ne se serait pas produit<sup>16</sup>. Le point essentiel pour que la responsabilité de l'État soit engagée est la déclaration que la décision est illégale ou incorrecte. En pratique, la décision doit d'abord être annulée par un tribunal ou une autorité administrative pour que la partie concernée puisse réclamer une indemnisation. La question de l'inaction d'une autorité publique, qui peut être comprise comme une violation d'une procédure prévue par l'État, c'est-à-dire une sorte de procédure officielle incorrecte, peut également être considérée comme importante. L'action de l'État (par exemple, l'adoption d'une décision) doit être interprétée comme une procédure « correcte », tandis que l'absence d'action de l'État (l'absence de décision) est une procédure « incorrecte » pour laquelle l'État est responsable si un dommage en résulte.

Outre le régime général de responsabilité de l'État pour les dommages causés en vertu de la loi n° 82/1998 Coll., les autorités publiques de la République tchèque sont responsables de tout acte de puissance publique qui est incorrect ou illégal. Il s'agit de situations qui ne relèvent pas du régime général, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un préjudice résultant d'une décision illégale ou d'une procédure officielle incorrecte, mais d'un régime de responsabilité spécial en vertu de lois spéciales. Un certain nombre d'autres fondements de la responsabilité de l'État peuvent être trouvés dans l'ordre juridique tchèque. En général, on peut résumer qu'il s'agit de situations dans lesquelles l'autorité publique n'est pas nécessairement négligente, mais où la responsabilité objective de l'État en vertu d'une législation spéciale entre en scène.

Dans le contexte de la pandémie de Covid-19, la responsabilité de l'État est engagée dans le cadre du régime spécial de responsabilité prévu par la loi n° 240/2000 Coll. relative à la gestion des crises et aux modifications de certaines lois (loi sur les crises), en vertu de laquelle des mesures ont été prises pour prévenir la diffusion de la maladie de Covid-19. L'article 36(1) de cette loi dispose que l'État est tenu de « compenser les dommages causés aux personnes morales et physiques en relation causale avec les mesures de crise et les exercices [de préparation aux situations de crise] (article 39(5)) effectués en vertu de la présente loi ». Il s'agit donc d'une consécration directe de la responsabilité de l'État dans une loi spéciale. En ce qui concerne la responsabilité de l'État, ce régime spécial prévaut sur les dispositions de la loi n° 82/1998 Coll. dans le sens que « *lex specialis derogat legi generali* ». La différence essentielle entre les deux régimes de responsabilité est, entre autres, qu'en vertu de la loi sur la crise, la responsabilité de l'État est engagée dès la mise en œuvre des mesures de crise et qu'il n'est pas nécessaire de déclarer un acte de l'autorité

16 P. VOJTEK, *Odpovědnost za škodu při výkonu veřejné moci: komentář*, 4. vydání [*Responsabilité pour les dommages causés dans l'exercice de l'autorité publique : commentaire*, 4<sup>e</sup> éd.], Prague, C.H. Beck, 2017. Beckova edice komentované zákony.

publique illégal ou incorrect<sup>17</sup>. L'État a l'obligation de réparer les seuls dommages causés par les mesures de crise. Le principe ne se rapproche pas de la sanction de l'État pour avoir commis une erreur ; il s'agit plutôt d'un rôle compensatoire de la responsabilité. En même temps, la loi sur la crise repose sur des faits justificatifs différents.

## II. Les responsabilités de l'État dans le contexte de la pandémie de Covid-19

Une situation de pandémie est une situation d'urgence, par opposition à une mauvaise gestion d'une autorité qui aurait pris une décision illégale ou causé des retards dans les procédures. Bien que la législation de crise doive faire partie d'un solide ordre juridique, sa nature est latente jusqu'à ce qu'une situation d'urgence comme un « cygne noir » crée la nécessité de mettre en œuvre des dispositions qui n'auraient pas été utilisées. L'ordre juridique tchèque dispose de plusieurs instruments pour les situations de crise, mais au moment de la pandémie, il n'existait pas de loi répondant spécifiquement à une crise sanitaire. La République tchèque était préparée à une menace contre l'État par un conflit armé ou une calamité naturelle (comme des inondations), mais en raison d'une expérience historique limitée, l'ordre juridique n'était pas prêt à faire face à la diffusion d'une maladie infectieuse. Pour lutter contre la diffusion de Covid-19, les instruments juridiques existants de nature générale, tels que l'état d'urgence en vertu de la loi sur la sécurité tchèque ou les mesures de crise du gouvernement en vertu de la loi sur la crise, ont été utilisés.

D'une manière générale, la Constitution de la République tchèque établit des règles claires en vertu desquelles les droits des citoyens garantis par la Constitution peuvent être restreints. La possibilité d'une restriction uniquement dans l'intérêt public et sous la forme d'une loi peut être considérée comme une restriction générale. Toutefois, selon l'ordre constitutionnel de la République tchèque, certains droits sont incontestablement absolus<sup>18</sup>. La théorie juridique contemporaine dans le domaine du droit constitutionnel s'accorde à dire que la Charte des droits et libertés fondamentaux de la République tchèque ne permet pas de limiter le droit d'un citoyen de quitter le pays<sup>19</sup>.

17 I. KEISLER, « Náhrada újmy vzniklé v důsledku mimořádných a krizových opatření » [« Indemnisation des dommages résultant des mesures d'urgence et de crise »], *Advokátní deník* [online], 2020 [consulté le 26 mars 2023], [https://advokatnidenik.cz/2020/03/26/nahrada-ujmy-vznikle-v-dusledku-mimoradnych-a-krizovych-opatreni-v-souvislosti-s-onemocnenim-COVID-19/#\\_ftn10](https://advokatnidenik.cz/2020/03/26/nahrada-ujmy-vznikle-v-dusledku-mimoradnych-a-krizovych-opatreni-v-souvislosti-s-onemocnenim-COVID-19/#_ftn10).

18 J. KUBA, « Právomoci vlády za nouzového stavu » [« Pouvoirs du gouvernement en cas d'état d'urgence »], *Právní prostor* [online], 16 octobre 2020 [consulté le 24 octobre 2023], <https://www.pravniprostor.cz/clanky/ustavni-pravo/pravomoci-vlady-za-nouzoveho-stavu>.

19 IROZHLAS, « Zákon nezná možnost uzavřít hranice směrem ven. Zákaz cestovat mají v Evropě jen Češi a Belgičané » [« La loi ne prévoit pas la possibilité de fermer la frontière vers l'extérieur. Seuls les Tchèques et les Belges sont interdits de voyage en Europe »], *iROZHLAS* [online], 20 avril 2020 [consulté le 24 octobre 2023], [https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/koronavirus-cesko-zakaz-vycestovani-hranice-cestovani-zavrene-vlada-opatreni\\_2004202012\\_cha](https://www.irozhlas.cz/zpravy-domov/koronavirus-cesko-zakaz-vycestovani-hranice-cestovani-zavrene-vlada-opatreni_2004202012_cha).

Or, la fermeture des frontières a été l'une des premières réactions du gouvernement de la République tchèque en mars 2020 en réponse à la propagation de la pandémie de Covid-19. La décision de fermer les frontières sur la base de la loi sur la sécurité de la République tchèque a été déclarée inconstitutionnelle par les tribunaux.

Le choix de l'instrument réglementaire utilisé n'est pas sans incidence pour déterminer la responsabilité de l'État au titre des mesures prises lors d'une pandémie. Tout d'abord, des mesures d'urgence ont été prises par le gouvernement de la République tchèque sur la base de la loi n° 240/2000 Coll. sur la gestion des crises (loi sur les crises) dans le contexte d'un état d'urgence déclaré conformément à la loi constitutionnelle sur la sécurité de la République tchèque<sup>20</sup>. En outre, des mesures d'urgence ont également été prises par les autorités compétentes en matière de santé publique (bureaux sanitaires et ministère de la santé en respectant leurs compétences respectives) sur la base de la loi sur la protection de la santé publique<sup>21</sup>. Les turbulences de l'époque ont entraîné des tendances hyper-réglementaires, avec des dizaines d'actes de nature différente publiés en peu de temps, qui se chevauchent ou se contredisent souvent. Cela a pu constituer une violation du principe de certitude juridique et de prévisibilité des lois, sur lequel l'État de droit est fondé en République tchèque.

La responsabilité de l'État est incontestable dans le cas de mesures de crise prises par le gouvernement en vertu de la loi sur la crise, compte tenu du régime de responsabilité stricte visé dans les dispositions de l'article 36. Les mesures de crise sont des réglementations *sui generis* du point de vue du droit administratif, qui bénéficient d'un régime spécial établi par la loi. Selon les dispositions de l'article 2900 du Code civil sur le principe de prévention, pour obtenir des dommages et intérêts, il faut prouver que : « Si les circonstances de la cause ou les usages de la vie privée l'exigent, chacun est tenu d'agir de manière à éviter tout dommage injustifié à la liberté, à la vie, à la santé ou à la propriété d'autrui ». Compte tenu du fait qu'il s'agit d'une condition préalable essentielle à la réparation de tout dommage, elle s'appliquera aux cas de responsabilité de l'État pour les mesures d'urgence prises pendant la pandémie de Covid-19. Dans le cas des entreprises, il s'agira principalement des mesures qu'elles auraient pu prendre en réponse à la situation de la pandémie afin de continuer à exercer leurs activités commerciales dans les limites des mesures prises. L'indemnisation financière prévue par la loi sur la crise est assurée par l'autorité qui a ordonné la mesure de crise. Cette autorité sera le ministère de l'intérieur, comme l'a décidé précédemment la Cour suprême de la République tchèque<sup>22</sup>.

20 Loi constitutionnelle n° 110/1998 sur la sécurité de la République tchèque.

21 Art. 69 de la loi n° 258/2000 Coll. sur la protection de la santé publique.

22 Arrêt de la Cour suprême du 17 septembre 2009, aff. n° 25 Cdo 1649/2007.

Le délai pour déposer une demande d'indemnisation est fixé par la loi à six mois à partir du moment où la partie lésée a eu connaissance de la survenance du dommage (c'est-à-dire le délai subjectif) et à cinq ans au maximum à compter de la survenance du dommage (c'est-à-dire le délai objectif). Le délai de six mois peut être supprimé par le ministère de l'intérieur dans des cas particuliers. Les délais sont écoulés et le droit à la réparation des dommages s'éteint sans délai supplémentaire.

Le deuxième instrument utilisé pendant la pandémie de Covid-19 a consisté dans les mesures extraordinaires du ministère de la santé (« *mimořádná opatření ministerstva zdravotnictví* »), où la question de la responsabilité de l'État est plus complexe. Ces mesures sont définies par la doctrine administrative tchèque comme un instrument spécifique-général. L'élément concret/spécifique consiste en la définition de l'objet et le caractère général en la définition générale de la catégorie de destinataires (des personnes). Il s'agit donc d'un instrument juridique qui se situe à la frontière entre un acte juridique normatif (un acte réglementaire ou législatif) et un acte d'application du droit (une décision). La décision du tribunal municipal de Prague<sup>23</sup> a précisé que les mesures extraordinaires du ministère de la santé sont des mesures de nature générale et non des décisions administratives. Cette décision a aussi apporté une certitude à ce débat juridico-théorique. La Cour a également adhéré au principe selon lequel c'est le contenu d'un acte juridique, et pas sa désignation ou sa forme, qui détermine sa nature<sup>24</sup>. De même, la Cour constitutionnelle de la République tchèque a également déclaré dans un autre cas que le contrôle des mesures d'urgence devait être exercé par les tribunaux<sup>25</sup>.

Contrairement aux mesures de crise, qui sont soumises au régime d'indemnisation prévu par la loi spéciale, il n'existe pas de régime de responsabilité de l'État pour les mesures du ministère. Par conséquent, le régime général prévu par la loi sur la responsabilité de l'État pour les dommages, en particulier la responsabilité de l'État pour les décisions illégales, peut être envisagé<sup>26</sup>. La question principale est de savoir comment le terme « décision illégale » est interprété, ou s'il doit s'agir d'une décision, c'est-à-dire d'un acte juridique spécifique (décision administrative). La doctrine soutient que ce terme doit être interprété de manière autonome aux fins de la législation en question. Le terme se référant exclusivement à l'aspect de l'illégalité de l'adoption ne doit pas être compris comme un concept restrictif. L'ordre juridique évolue de manière dynamique, donc l'État devrait être tenu responsable pour des nouvelles formes d'action administrative, bien qu'elles ne soient pas spécifiées

23 Arrêt de la Cour municipale de Prague du 23 avril 2020, aff. n° 14 A 41/2020.

24 D. HEJČ, « Nezákonnost mimořádných opatření Ministerstva zdravotnictví k onemocnění COVID-19 podle MS v Praze: Když obsah překračuje formu » [« Illégalité des mesures d'urgence du ministère de la santé sur le COVID-19 selon l'ÉM de Prague : quand le contenu dépasse la forme »], *Soudní rozhledy*, 2020, č. 6, pp. 185-190.

25 Arrêt de la Cour constitutionnelle du 22 avril 2020, Pl. ÚS 8/20.

26 Art. 7.

dans l'ordre juridique. En cas d'une adoption illégale et préjudiciable, l'État est responsable des dommages causés. Les auteurs qui réfléchissent sur la loi manifestent que les nouvelles formes peuvent inclure, entre autres, des mesures de nature générale. Il semble incontestable que l'État est responsable de ces actes. S'agissant des mesures de caractère général, elles sont englobées dans le terme « décision » et seront traitées de la même manière que la responsabilité pour les décisions illégales<sup>27</sup>. Selon certains théoriciens, la condition de base pour l'application de la responsabilité est remplie par l'annulation de la mesure d'urgence<sup>28</sup>.

Un autre point problématique dans la détermination de la responsabilité de l'État pour les mesures extraordinaires du ministère de la santé est la jurisprudence de la Cour administrative suprême sur la question de la légitimité active des parties à la procédure en vue de la condamnation de l'État à des dommages-intérêts. Entre l'État et la personne qui demande des dommages-intérêts, le préjudice doit résulter d'une relation de droit public dans laquelle l'État exerce ses prérogatives de puissance publique. Pour qu'une personne puisse prétendre à des dommages et intérêts pour une décision illégale en vertu de la loi n° 82/1998, la procédure doit impliquer une décision sur ses droits et obligations (précisément la relation de pouvoir public de l'État)<sup>29</sup>. Cette exigence est remplie par des actes juridiques individuels, et non par des mesures de nature générale où le groupe de destinataires est déterminé en termes généraux. La condition serait remplie par l'émission d'une décision sur le non-respect d'une mesure de nature générale, par exemple dans le cas d'une amende. La solution a été proposée par le tribunal municipal de Prague par le biais d'une interprétation dans la décision susmentionnée, qui a établi une relation spéciale entre la loi sur la crise et la loi sur la protection de la santé publique, selon laquelle le régime de responsabilité de l'État en vertu des dispositions de l'article 36 de la loi sur la crise s'applique pendant toute la

27 F. IŠTVÁNEK, P. SIMON et F. KORBEL, *Zákon o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem: Komentář* [Loi sur la responsabilité pour les dommages causés dans l'exercice de l'autorité publique par une décision ou une procédure officielle inappropriée : Commentaire], Prague, Wolters Kluwer, 2017. Komentáře. Voy. aussi : V. JANOŠEK, « Mimořádná opatření Ministerstva zdravotnictví jako nezákonné rozhodnutí » [« Mesures extraordinaires du ministère de la santé en tant que décision illégale »], *Česká justice* [online], 3 mai 2020 [consulté le 26 mars 2023], <https://www.ceska-justice.cz/blog/mimoradna-opatreni-ministerstva-zdravotnictvi-jako-nezakonne-rozhodnuti/>.

28 M. ZÍTA, « Jedna podmínka pro náhradu škody je splněná, říká o zrušení opatření soudem ústavní právník Wintr » [« L'une des conditions de l'indemnisation est remplie, déclare l'avocat constitutionnel Wintr à propos de l'annulation de la mesure par le tribunal »], *iROZHLAS* [online], 23 avril 2020 [consulté le 26 mars 2023], [https://www.irozhlaz.cz/zpravy-domov/koronavirus-nahrada-skody-volny-pohyb-maloobchod-jan-wintr\\_2004231429\\_zit](https://www.irozhlaz.cz/zpravy-domov/koronavirus-nahrada-skody-volny-pohyb-maloobchod-jan-wintr_2004231429_zit).

29 J. VESELÝ, « Ještě ke správním soudem zrušeným mimořádným opatřením Ministerstva zdravotnictví a náhradě škody » [« Toujours sur les mesures extraordinaires du Ministère de la Santé annulées par le Tribunal Administratif et l'indemnisation des dommages »], *epravo.cz* [online], 6 mai 2020 [consulté le 14 octobre 2020], <https://www.epravo.cz/top/clanky/jeste-ke-spravnim-soudem-zrusenym-mimoradnym-opatrenim-ministerstva-zdravotnictvi-a-nahrade-skody-111113.html?hash=%242y%2410%24kFB8rkqRTfn/hjAZ9ODBVOXIYN1kdp0K81dO5gVi3NHgcQ0D0/6K>.

période où l'état d'urgence est déclaré, indépendamment du titre juridique et de la méthode par laquelle les mesures d'urgence sont émises.

Dans le cas des mesures de crise prises par le gouvernement, la question de la responsabilité de l'État est assez claire. Alors qu'une disposition spéciale de la loi peut être utilisée pour faire valoir une réclamation, la question est considérablement plus compliquée dans le cas des mesures prises par le ministère de la santé. La pratique des mesures extraordinaires du ministère de la santé a été telle qu'elles ont souvent été invalidées par les tribunaux, principalement en raison de l'incapacité à justifier correctement la nécessité de porter atteinte aux droits des individus. La pratique des tribunaux n'est pas encore nette, mais l'approche dominante dans le contexte tchèque semble être une approche extensive dans une volonté d'étendre la légitimité active des individus dans les procédures d'indemnisation. Des dommages et intérêts peuvent être réclamés dans le cas de mesures d'urgence, même si elles n'ont pas été révoquées ou prises dans le cadre de l'état d'urgence. En qualifiant l'adoption d'une mesure d'urgence de « maladministration » ou de « décision illégale », les tribunaux peuvent mettre en œuvre le régime de responsabilité générale de l'État. En adoptant une approche plus substantielle, elles peuvent être assimilées à des « mesures d'urgence » et appliquer la procédure d'indemnisation prévue par la loi sur la crise.

La situation juridique discutée a été changée le 21 février 2021 par l'adoption de la loi n° 94/2021 Coll. sur les mesures d'urgence pendant l'épidémie de la maladie Covid-19 (« loi sur la pandémie »), qui a établi un régime spécifique pour l'émission de mesures par les postes sanitaires et le ministère de la santé afin de contenir la diffusion de la pandémie de Covid-19. L'article 9 prévoit un régime spécial d'indemnisation des dommages causés par l'État pendant une pandémie à des personnes morales et physiques par des mesures d'urgence prises en vertu de la loi sur la pandémie ou par des mesures d'urgence prises en vertu de la loi sur la protection de la santé publique, si leur objectif était de gérer la pandémie de Covid-19. En vertu de la loi, seuls les dommages réels sont couverts, et les dépenses engagées pour l'acquisition de matériel de protection ne sont pas considérées comme des dommages. Le régime de la nouvelle législation ne s'applique pas rétroactivement, mais seulement aux réclamations survenant après l'entrée en vigueur de la loi. La loi a été contrôlée par la Cour constitutionnelle<sup>30</sup>, qui a confirmé la constitutionnalité de la limitation des dommages-intérêts aux dommages réels et du transfert de la charge de la preuve de la possibilité d'éviter les dommages à la partie lésée. La Cour constitutionnelle a annulé une disposition qui permettait de réduire l'indemnisation proportionnellement au montant de l'aide publique remboursable accordée. À la suite des élections à la Chambre des députés du Parlement en octobre 2021 et de la formation d'un nouveau gouvernement,

30 L'arrêt de la Cour constitutionnelle, Pl. ÚS 20/21.

la majeure partie de la loi sur les pandémies a été abrogée, à l'exception des dispositions relatives à l'indemnisation, qui sont restées en vigueur.

### III. Quelques considérations juridiques sur la responsabilité de l'État en matière de vaccination

L'évolution de la pandémie a été quelque peu liée, dès le début, à l'attente de la vaccination contre la Covid-19 comme solution à la crise sanitaire. La vaccination contre la Covid-19 en République tchèque a été lancée en décembre 2020 et a été organisée en trois temps sur la base d'une priorisation des populations à risque. À partir d'avril 2021, l'enregistrement a été mis à la disposition de tous les groupes de population sur une base volontaire. Contrairement à d'autres États membres de l'Union européenne, la République tchèque a généralement souffert d'un faible taux de vaccination et d'une opposition croissante à la vaccination dans la société. La proportion de personnes ayant achevé leur processus de vaccination (c'est-à-dire deux doses) a atteint 62 % de la population totale de la République tchèque<sup>31</sup>.

En droit tchèque, la vaccination dans le contexte d'une pandémie peut être considérée comme une sorte de « mesure » de l'administration publique. La vaccination peut être considérée comme un outil de gestion d'une pandémie. Les mesures qui affectent les droits d'un individu ne peuvent être considérées comme légalement conformes que si l'intérêt public le justifie. Dans le cas d'une crise sanitaire, il s'agit de la protection de la vie et de la santé, conformément à l'article 6 et à l'article 31 de la Charte des libertés et des droits fondamentaux<sup>32</sup>. Contrairement aux mesures de confinement, qui comportent des inconvénients économiques importants, une stratégie visant à renforcer la résilience de la population en tant qu'outil de lutte contre les pandémies est plus appropriée. La vaccination présente également des inconvénients, notamment son efficacité imparfaite et ses effets secondaires indésirables. Malgré le débat public en cours, le gouvernement tchèque a décidé de procéder à la vaccination sur une base volontaire, évitant ainsi en premier lieu une évaluation constitutionnelle de l'ingérence dans l'intégrité humaine résultant de l'obligation de se faire vacciner. Le régime juridique de la vaccination en République tchèque est régi par la loi sur les services de santé<sup>33</sup>, selon laquelle la vaccination est un « service de santé » de nature publique, étant donné qu'elle est couverte par l'assurance maladie publique. Les vaccins sont soumis

31 En tchèque : Ministerstvo zdravotnictví České Republiky (<https://onemocneni-aktualne.mzcr.cz/vakcinace-cr>).

32 V. BÍLKOVÁ, « Koronavírová krize a lidská práva » [« La crise du coronavirus et les droits de l'homme »], Prague, Ústav mezinárodních vztahů, 2020, [https://www.dokumenty-iir.cz/PolicyPapers/2020/VBilkova\\_COVID19.pdf](https://www.dokumenty-iir.cz/PolicyPapers/2020/VBilkova_COVID19.pdf).

33 Loi n° 372/2011 Coll. sur les services de santé et les conditions de leur fourniture (loi sur les services de santé).

au régime juridique de la loi sur les produits médicaux<sup>34</sup>. La vaccination est donc soumise au consentement libre et éclairé de la personne vaccinée. Outre les informations habituelles, le gouvernement de la République tchèque a décidé de lancer une campagne d'information publique<sup>35</sup>.

En ce qui concerne la responsabilité de l'État pour les dommages résultant de la vaccination, une loi spéciale a été adoptée dans le cadre de l'introduction de la vaccination en République tchèque<sup>36</sup>. Bien que la loi traite principalement de la méthode de distribution, elle prévoit également la responsabilité de l'État dans la disposition de l'article 2. L'État ne doit compenser le dommage que s'il a été causé par le vaccin visé dans la disposition de l'article 1 de cette loi ; pour les autres vaccins, l'État n'est pas responsable. En République tchèque, il a été question de l'administration volontaire des vaccins Sputnik de la Fédération de Russie. Cependant, l'administration de ce vaccin se serait faite aux risques et périls du vacciné, sans responsabilité de l'État, puisque le vaccin n'a jamais été approuvé par l'autorité compétente de la République tchèque. Jusqu'à l'adoption de cette loi, l'État n'indemnisait que les dommages résultant de la vaccination obligatoire ; dans le cas de la vaccination Covid-19, il s'agit d'une indemnisation pour la vaccination volontaire<sup>37</sup>. La principale raison de cette mesure était de motiver la population à se faire vacciner. En termes de champ d'application, la responsabilité de l'État est définie comme la réparation des dommages en cas « d'atteinte particulièrement grave à la santé, de douleur, de perte de revenus ou d'altération de la vie sociale ». L'évaluation de la demande est basée sur l'analogie avec la loi n° 116/2020 Coll. Toutefois, l'avenir nous dira quelle sera la pratique des tribunaux. L'affaire sera examinée par le ministère de la santé de la République tchèque et la décision administrative pourra être contestée devant le tribunal administratif.

Il y avait la tendance du gouvernement sortant à la fin de 2021 d'établir une exemption du caractère volontaire par le biais du décret n° 537/2006 Coll. sur la vaccination contre les maladies infectieuses, dispositions des § 8 et § 10a. La vaccination contre la Covid-19 devait être obligatoire pour les personnes âgées de plus de 60 ans et les personnes travaillant dans la prestation de services sociaux et de santé, les employés des établissements sanitaires, les membres des forces publiques (pompiers, soldats, police). Le décret est entré en vigueur le 11 décembre 2021 avec un délai de mise en conformité fixé

34 Loi n° 378/2007 Coll. sur les produits médicaux et sur les modifications apportées à certaines lois connexes (loi sur les produits médicaux).

35 V. VALIŠOVÁ, « Racionální, etické a právní zamyšlení nad očkovací kampaní v České republice » [« Réflexion rationnelle, éthique et juridique sur la campagne de vaccination en République tchèque »], *Advokátní deník* [online], 7 juin 2021 [consulté le 26 mars 2023].

36 Loi n° 569/2020 Coll. sur la distribution des médicaments contenant le vaccin contre la maladie COVID-19, sur l'indemnisation des dommages causés aux personnes vaccinées par ces médicaments et sur la modification de la loi n° 48/1997 Coll. sur l'assurance maladie publique et sur la modification et le complément de certaines lois connexes.

37 Exposé des motifs du projet de loi n° 569/2020 Coll.

au 28 février 2022<sup>38</sup>. Après la désignation du nouveau gouvernement résultant des élections à la Chambre des députés du Parlement de la République tchèque, l'obligation de vaccination contre les maladies infectieuses a été supprimée.

La responsabilité de l'État pour la vaccination Covid-19 est restée identique et le droit à une compensation pour la vaccination volontaire est également resté en vigueur. En effet, malgré l'atténuation de la pandémie, l'État continue de se voir attribuer la responsabilité du fait des vaccins, dans la mesure où une telle responsabilité est prévue pendant la pandémie en cours.

## Conclusion

Pour conclure, la pandémie de SARS-CoV-2 et la diffusion de la maladie de Covid-19 ont eu des impacts dans toutes les dimensions de la vie sociale. Comme dans d'autres pays, les pouvoirs publics de la République tchèque ont eu recours à des mesures extraordinaires, à des modifications *ad hoc* de la législation, à l'adoption de mesures restreignant les libertés civiles et à l'application de nouvelles obligations afin de protéger la santé publique. L'ordre juridique tchèque s'est avéré mal préparé à la situation de pandémie, car il n'existait pas de législation spécifique permettant aux autorités publiques de répondre à l'évolution de la pandémie. Le gouvernement a utilisé une combinaison d'institutions constitutionnelles, législatives et sub-légales existantes pour mettre en place des mesures d'urgence caractérisées par différents régimes de responsabilité de l'État.

La responsabilité de l'État est évidente dans le cas des mesures prises par le gouvernement en vertu de la loi sur l'état d'urgence au cours d'un état d'urgence déclaré. En revanche, la responsabilité de l'État pour les mesures d'urgence prises par le ministère de la santé ou les établissements sanitaires semblait incertaine. Selon la jurisprudence, la responsabilité de l'État semble être engagée dans le cadre légal général de la responsabilité de l'État pour décisions illégales ou maladministration. Pour tenter d'adapter l'ordre juridique à la nouvelle situation, la loi sur les pandémies a été adoptée en tant que régime spécial de responsabilité de l'État pendant la pandémie de Covid-19. En matière de vaccination, la République tchèque a procédé à l'introduction d'un droit subjectif volontaire à la vaccination, garanti par l'assurance publique. Pour la première fois dans son histoire, l'État a également assumé la responsabilité des conséquences médicales de la vaccination même si celle-ci a eu lieu sur une base volontaire. En raison du changement de gouvernement, l'obligation de vaccination n'a jamais été appliquée.

38 T. SVOBODA, « Vláda upraví vyhlášku o povinném očkování v únoru, řekl Válek » [« Le gouvernement modifiera le décret sur la vaccination obligatoire en février, a déclaré M. Válek »], *Seznam zprávy* [online], 19 décembre 2021 [consulté le 25 décembre 2021], <https://www.seznamzpravy.cz/clanek/koronavirus-vlada-upravi-novelu-o-povinnem-ockovani-v-unoru-rekl-valek-183852>.

Après le déclenchement de la pandémie en mars 2020, la République tchèque a été confrontée à une pression exceptionnelle pour atténuer l'impact sur l'économie et adapter le système juridique au nouveau fonctionnement d'une société en proie à la propagation rapide des maladies infectieuses. La législation est donc devenue fondamentalement plus réactive, un certain nombre de textes se contentant de réagir aux situations de la société et de l'économie et cherchant à établir de nouvelles règles. La rapidité et l'inexpérience de l'État ont entraîné une série de décisions qui se sont imposées au fil du temps et pour lesquelles l'État peut être tenu responsable. La précipitation du changement et l'impréparation de l'administration publique peuvent constituer un argument de poids en faveur d'une action en responsabilité de l'État pour les dommages causés. Le pouvoir judiciaire aura le dernier mot et sera probablement confronté à la question des limites de la responsabilité de l'État en cas de crise sanitaire pendant plusieurs années.



**Titre 7.**  
**Rapport québécois :**  
**morceaux choisis parmi les différents**  
**thèmes du colloque 2023**

---



**Rapport québécois :  
morceaux choisis parmi les différents  
thèmes du colloque 2023**

---

**Daniel GARDNER**

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec, Canada)*

**Mariève LACROIX**

*Professeure à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa (Ontario, Canada)*

À titre de membres invités à participer aux travaux du GRERCA, les auteurs de ce rapport ne pouvaient assumer la charge de rédiger un rapport québécois/canadien sur chacun des thèmes retenus dans le cadre du colloque de 2023. Nous avons donc choisi quatre des thèmes abordés et notre choix a été guidé par le particularisme des solutions du droit québécois par rapport à celles retenues en Europe. Ainsi, dans les pages qui suivent, nous tenterons de faire ressortir ce particularisme, avec l'objectif de nourrir la réflexion des chercheurs européens intéressés par les questions de responsabilité civile et d'indemnisation dans un contexte de pandémie.

D'entrée de jeu, il faut rappeler qu'il n'existe pas de « droit canadien » en matière de responsabilité civile et, plus généralement, en matière de droit privé : en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, les questions touchant la « propriété et les droits civils » sont du ressort de chacune des provinces<sup>1</sup>. Or, au Canada, seul le Québec possède des racines civilistes issues de l'Europe continentale. Dans les neuf autres provinces et les trois territoires, c'est la common law qui constitue la base du droit, telle que complétée par des *Statutes* particuliers.

Le Québec est au surplus un système de droit mixte : s'il possède un Code civil, plusieurs règles de droit public issues de la common law, de même que l'organisation judiciaire, marquent la différence avec les pays civilistes d'Europe continentale.

Les réponses aux questions ci-dessous seront donc données en fonction des règles de droit applicables au Québec, pour plusieurs raisons :

- hors du Québec, ce sont les règles traditionnelles de la common law qui s'appliquent, notamment la notion de *negligence*, et il n'existe aucune particularité découlant de la pandémie de la Covid-19 en ce qui concerne les règles de la responsabilité civile (*torts*) ;
- l'organisation des soins de santé est une affaire de compétence provinciale et chaque province administre en conséquence son réseau d'hébergement et de soins aux personnes âgées. Pour des raisons historiques et culturelles, le Québec est par ailleurs la province où le plus grand nombre de personnes âgées est pris en charge par le secteur public ;
- la gestion d'une crise comme celle générée par la Covid-19 est principalement dévolue aux provinces dans leurs relations directes avec les citoyens : déclaration d'urgence sanitaire, mesures de confinement, organisation de la vaccination, mise en place d'un régime d'indemnisation. À titre d'exemple, les mesures de confinement ont varié d'une province à l'autre tout au long de la pandémie.

<sup>1</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.), art. 92 (13).

Sur la base de ces constats préliminaires, nous tenterons de faire ressortir certains aspects particuliers du droit québécois qui s'écartent des solutions traditionnelles européennes, la pandémie de la Covid-19 s'inscrivant en filigrane de notre étude sur la responsabilité civile.

Nous prendrons appui sur un exemple susceptible de survenir en période de pandémie : le cas d'un résident d'un établissement d'accueil et de soins québécois qui aurait contracté la Covid-19 à la suite d'un contact avec un employé infecté. Cette situation (banale, bien que malheureusement avérée) commande un double traitement selon la perspective adoptée. D'abord, dans le cas du résident qui a été contaminé par la Covid-19, il s'agira de discuter de la responsabilité civile de l'exploitant des établissements de personnes âgées, sinon vulnérables, impliquant un bref survol de la responsabilité civile de l'État québécois (I). Ensuite, en ce qui concerne l'employé infecté par le fait ou à l'occasion de son travail (qui respecte les protocoles et fait œuvre de prudence), il conviendra d'analyser la responsabilité de l'employeur vis-à-vis de celui-ci et, de façon corollaire, l'indemnisation découlant de la vaccination contre la Covid-19 (II).

## I. La responsabilité civile des établissements d'accueil et de soins dans le contexte de la Covid-19

Nous débuterons notre analyse par un rapide tour d'horizon de l'offre de services aux personnes âgées. Pour les personnes qui ne peuvent continuer à habiter leur domicile en raison d'une santé chancelante, deux types d'hébergement sont offerts.

D'abord, les Centres d'hébergement et de soins de longue durée (CHSLD) sont destinés aux personnes en lourde perte d'autonomie, qui ont besoin de plusieurs heures de soins chaque jour. Il existe 428 CHSLD au Québec, dont 321 sont des installations entièrement publiques. Ces CHSLD font partie de l'appareil hospitalier au côté des hôpitaux ordinaires et des centres locaux de santé communautaire (CLSC) qui offrent des services de proximité comme des soins à domicile.

Beaucoup moins importants en nombre (une soixantaine), on retrouve des CHSLD conventionnés. Possédés et gérés par des entreprises privées, ces CHSLD ont conclu des ententes avec le ministère de la Santé et des Services sociaux afin d'offrir des services semblables à ceux des CHSLD publics. Ils doivent en théorie offrir les mêmes services, aux mêmes conditions que les CHSLD publics.

Il existe enfin une cinquantaine de CHSLD privés non conventionnés qui ne sont pas, en principe, financés par des fonds publics. En réalité, ils le sont parce que l'État achète des places de ces organisations en raison de la demande trop forte à l'intérieur du réseau public. La qualité des soins y est très variable, comme nous pourrions le constater un peu plus loin.

Ensuite, les résidences privées pour aînés (RPA) où des personnes âgées autonomes ou en légère perte d'autonomie ont la possibilité de vivre, si leurs moyens financiers leur permettent. Il s'agit d'une « appellation contrôlée » qui est définie par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* :

Aux fins de la présente loi, est une résidence privée pour aînés tout ou partie d'un immeuble d'habitation collective occupé ou destiné à être occupé principalement par des personnes âgées de 65 ans et plus et où sont offerts par l'exploitant de la résidence, outre la location de chambres ou de logements, différents services compris dans au moins deux des catégories de services suivantes, définies par règlement : services de repas, services d'assistance personnelle, soins infirmiers, services d'aide domestique, services de sécurité ou services de loisirs. Le coût de ces services peut être inclus dans le loyer ou être payé suivant un autre mode<sup>2</sup>.

Opérées par des entreprises privées souvent affiliées à des multinationales, elles s'adressent à des personnes âgées autonomes qui ont les moyens d'investir des milliers d'euros par mois dans un nouveau milieu de vie. Les soins de nature médicale se limitent le plus souvent à la présence d'une pharmacie et/ou d'une infirmière sur place, en ce qui concerne les plus grandes unités. Même s'il s'agit d'entreprises privées, elles bénéficient largement des subsides de l'État, accaparant plus du tiers des crédits d'impôts pour maintien à domicile accordés par les deux paliers de gouvernement (fédéral et provincial). Le montant dépasse chaque année un demi-milliard de dollars. Pendant la pandémie de la Covid-19, ces milieux de vie ont été astreints à des règles de confinement plus sévères que celles appliquées à la population en général.

Nous examinerons d'abord la nature de la responsabilité civile des exploitants d'établissements d'accueil et de soins à l'endroit de leurs résidents (A), avant de cibler son application en temps pandémique (B) et de porter une attention particulière sur l'action de groupe comme moyen pour faire valoir les droits des résidents (C).

## A) La nature de la responsabilité des exploitants

Un des points de distinction entre le droit québécois et les solutions dégagées en Europe continentale tient à la nature de la responsabilité des exploitants. Au départ, tout semble pointer vers une impérieuse nécessité de qualifier la relation qui s'établit entre l'établissement de soins et ses résidents. En vertu du *Code civil du Québec* :

1458. Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés.

<sup>2</sup> RLRQ, c. S-4.2, art. 346.0.1 al. 2. Les textes législatifs et les décisions des tribunaux sont accessibles en ligne, sans frais, sur le site internet de l'Institut canadien d'information juridique : <https://www.canlii.org/fr/qc/>.

Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice ; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables.

Le législateur indique donc clairement que l'option entre les régimes de responsabilité ne peut s'appliquer au Québec. La solution retenue semble aller très loin, puisqu'elle inclut les cas de préjudice corporel dans la règle, contrairement – notamment – au choix opéré par le législateur français. Cette rigidité de la règle québécoise est toutefois plus apparente que réelle, pour toute une série de facteurs juridiques et sociologiques.

Au niveau juridique, on signalera l'unicité des règles gouvernant la prescription, la qualification du préjudice, la solidarité, etc. En pratique, la responsabilité civile des divers intervenants sera analysée en recherchant s'ils se sont écartés du standard qu'aurait adopté une personne raisonnable placée dans la même situation. Si le contenu du contrat peut venir « colorer » l'intensité des obligations assumées par une partie, elles n'ont pas de réel impact sur la définition de la faute contractuelle ou extracontractuelle. Au Québec, à titre d'exemple, l'obligation de sécurité n'est généralement vue que comme une obligation de moyens et non de résultat : le fait de faire peser sur un cocontractant une obligation de sécurité n'alourdit en rien le fardeau de preuve qui lui est imposé pour échapper à sa responsabilité<sup>3</sup>.

Au final, la responsabilité civile de l'établissement de soins sera donc jugée à partir du critère classique de la faute et on cherchera à établir s'il s'est écarté des règles de conduite établies par la loi et les usages, dans un contexte où des dommages seraient constatés dans leur gestion en période de pandémie.

## **B) L'application des règles de la responsabilité civile dans un contexte pandémique**

On peut imaginer une série de situations où l'exploitant d'un établissement de soins serait susceptible d'engager sa responsabilité civile. Comme point de départ, on signalera que le Québec ne connaît pas la dualité de juridiction (civile et administrative) qui existe dans les pays de droit civil. Le Québec est un système de droit mixte et cela se vérifie par la présence d'une organisation judiciaire directement inspirée du droit anglais. En conséquence, il n'existe pas de différence de régime entre l'établissement de séjour privé (RPA) ou

3 Sur cette question, voy. N. VÉZINA, *L'obligation de sécurité : étude de droit comparé français et québécois*, thèse de doctorat, Université Paris II, 2006 ; N. VÉZINA, « L'indemnisation du préjudice corporel sur le fondement de l'obligation de sécurité en droit québécois : solution efficace ou déficiente ? », in Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Le préjudice corporel (2006)*, vol. 252, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006 [en ligne].

public (CHSLD). Dans ce dernier cas, l'article 1376 du *Code civil du Québec* pose la règle applicable :

1376. Les règles du présent livre [le livre Des Obligations] s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables.

À la lecture de cette disposition, il faut constater que l'État québécois<sup>4</sup> est soumis, en principe, au droit commun de la responsabilité civile<sup>5</sup>. En ce sens, il peut engager sa responsabilité comme toute personne majeure et capable pour un recours dirigé contre lui, ou encore, pour le fait d'autrui ou des biens qu'il a sous sa garde. Les « autres règles de droit » auxquelles la disposition fait référence renvoient, à titre d'exemple, à la présence d'une immunité particulière.

Quelques remarques s'imposent eu égard à la déférence et la protection qui se concrétisent par le biais de l'immunité partielle en matière de responsabilité civile en ce qui concerne les décisions *politiques* prises par l'État québécois, sous réserve de la mauvaise foi, de la négligence grossière et de l'insouciance grave<sup>6</sup>.

Une telle immunité commande une distinction à opérer, parfois périlleuse à tracer, entre la *sphère politique* – protégée par l'immunité – et la *sphère opérationnelle* – soumise aux règles ordinaires de responsabilité civile – de l'action étatique<sup>7</sup>. Ici, le principe de la séparation des pouvoirs justifie la présence d'une telle immunité : le pouvoir judiciaire ne devrait pas s'ingérer dans le travail de l'exécutif.

Par exemple, l'immunité partielle a permis de soustraire au regard des tribunaux les décisions portant sur l'imposition de budgets et l'allocation des ressources ; les décisions concernant l'établissement des priorités dans la lutte contre certaines maladies ; la révision des décisions exécutives portant sur l'évaluation des risques préalables à l'adoption, ou non, d'une réglementation ou le choix de régler d'une certaine manière. En revanche, l'État ne

4 Pour l'État fédéral, force est d'admettre que le droit canadien a suivi fidèlement le principe qui existait en droit public britannique de l'irresponsabilité totale de la Couronne et de son immunité en responsabilité civile. Ce principe va s'éroder progressivement par des lois après la Confédération de 1867. La première loi date de 1953, *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, devenue en 1985, *Loi sur la responsabilité de l'État*, jusqu'à la dernière, en 1990, *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, LRC (1985), c. C-50 et modifiée en 2001 pour s'harmoniser avec le droit civil québécois. En dépit de cette loi, la Majesté du chef du Canada n'est toujours pas un justiciable comme les autres. Ainsi, l'État fédéral jouit d'une immunité de principe en matière de responsabilité civile, sauf dans la mesure prévue par la loi.

5 *The King c. Cliche*, [1935] S.C.R. 561 ; 1935 CanLII 42 (SCC). Pour des illustrations de principe, voy. *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville de)*, [1989] 1 R.C.S. 705 ; 1989 CanLII 81 (CSC) ; *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663 ; 2002 CSC 85 (CanLII) ; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2011] 3 R.C.S. 45 ; 2011 CSC 42 (CanLII).

6 En doctrine, voy. not. L. KHOURY, « Crises sanitaires et responsabilité étatique envers la collectivité », *R.D.U.S.*, 2016, vol. 46, p. 261 ; L. KHOURY *et al.*, « Governments' Accountability for Canada's Pandemic Response », *Journal of Public Health Policy*, 2022, <https://doi.org/10.1057/s41271-022-00350-0>.

7 *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre du transport et de la voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420 ; 1994 CanLII 121 (CSC).

peut se soustraire de sa responsabilité s'il contrevient à une législation qu'il a lui-même adoptée.

Par contre, si l'État commet une faute dans la mise en œuvre d'une politique déjà adoptée, il est alors soumis aux règles ordinaires de la responsabilité civile. Par exemple, la jurisprudence portant sur la transmission de maladies infectieuses laisse entendre que la mise en œuvre d'un plan de lutte contre l'épidémie se rattache à la sphère opérationnelle sujette aux règles de responsabilité civile usuelles.

Qu'en est-il de l'application d'une telle immunité en matière d'hébergement et de soins aux personnes âgées ? Certes, dans l'hypothèse où l'État québécois aurait choisi de ne pas mettre en place un système public d'hébergement, cette décision de nature politique n'aurait pu faire l'objet d'un contrôle de la part des tribunaux ordinaires. Toutefois, à partir du moment où l'État a mis en place un tel système, on entre dans le champ opérationnel et la manière dont il s'acquitte alors de ses obligations peut être examinée sous le prisme des règles usuelles de la responsabilité civile, où des litiges sont portés devant les tribunaux de droit commun.

À notre connaissance, aucune action *individuelle* en responsabilité civile n'a été intentée au Québec pour un dommage corporel ou moral qui aurait résulté du non-respect des règles sanitaires : pensons notamment au cas du résident qui aurait contracté la Covid-19 à la suite d'un contact avec un employé infecté. Certes, de nombreux litiges ont été soumis aux tribunaux dans un contexte de relations de travail (travailleur refusant de porter le masque ou de se faire vacciner), mais les relations entre les résidents et l'établissement où ils séjournaient n'ont fait l'objet d'aucune action en responsabilité civile, sur une base individuelle. Il en va autrement dans un contexte collectif, comme nous allons pouvoir le constater.

On doit toutefois signaler une action, intentée le 25 avril 2023, où une préposée aux bénéficiaires d'un hôpital de Montréal déclare avoir contracté la Covid-19 d'un collègue de travail infecté. Alléguant que son chef de service et la direction de l'hôpital n'ont pas fait respecter les consignes de la Santé publique du Québec qui exigeaient alors le retrait du travailleur, elle les tient responsable du décès de son mari qu'elle a contaminé en ramenant le virus à la maison ; une somme de 2,3 M \$ est réclamée à titre de compensation résultant de ce décès. Il va de soi qu'aucune de ces allégations n'a encore été prouvée devant un tribunal et que la question du lien de causalité sera notamment au cœur du débat à venir.

### **C) L'action de groupe comme moyen de faire valoir ses droits**

En raison d'une plus grande concentration au Québec qu'ailleurs au pays de personnes âgées et vulnérables, regroupées dans les CHSLD, les premiers mois de la pandémie ont été particulièrement meurtriers dans ce milieu

de vie. Manque de masques, manque de personnel, manque d'organisation, tout a concouru à créer une hécatombe dans certains CHSLD. À partir d'un exemple concret qui a bouleversé le Québec au printemps 2020, nous allons illustrer l'avantage qui résulte d'un véhicule procédural en vigueur au Québec en matière de dommage corporel : l'action collective.

L'action collective correspond à la notion d'action de groupe telle qu'elle est connue en France et en Belgique, mais une action de groupe beaucoup plus ouverte et beaucoup plus développée que dans ces derniers pays. Nous examinerons sa mise en contexte (1) avant de discuter d'une affaire spécifique (2).

### 1) Une mise en contexte

L'expression « action collective » a été consacrée avec l'entrée en vigueur de la dernière version du *Code de procédure civile*<sup>8</sup>, en 2016. On parlait auparavant de « recours collectif », depuis l'introduction de la mesure par une loi votée en 1978 et directement inspirée de la Règle 23 des *Civil Practice Law and Rules* de l'État de New York. Il est paradoxal de noter que le Québec, seule province de droit civil au Canada, a été la première à introduire un mécanisme directement issu de la logique de la common law et de sa maxime *Remedies precede rights*. Quelques autres provinces canadiennes ont depuis rejoint le Québec, mais c'est dans cette dernière province que les développements les plus importants ont eu lieu.

Alors que les juristes européens demeurent attachés à la vieille maxime *nul ne plaide par procureur*, les Nord-Américains ne se formalisent aucunement de voir quelqu'un agir au nom d'une autre personne sans son consentement explicite, même si cela implique une absence totale de contrôle du processus judiciaire. L'action collective a été instaurée pour assurer un rapport de force plus juste entre des individus ne possédant ni la motivation ni les ressources nécessaires pour ester en justice et des défendeurs économiquement bien nantis.

En matière d'action collective au sens québécois du terme, le terme *collective* ne renvoie pas à l'exercice de droits collectifs, mais plutôt à l'exercice de droits individuels entrepris collectivement. L'action ne concerne donc que des droits individuels de citoyens qui soulèvent des « questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes » (art. 575 (1) C.p.c.).

Parmi les différences majeures entre l'action collective québécoise et l'action de groupe belge ou française, on signalera que :

- l'action collective québécoise a une vocation générale, visant tous les types de dommages (corporel, moral ou matériel) et tous les types de recours (contre une personne physique, une personne morale ou l'État) et de

8 RLRQ, c. C-25.01.

- sanction (recherche d'une exécution en nature ou condamnation à des dommages-intérêts) ;
- la règle du *opting-out* est en vigueur au Québec. Cela signifie que tous les membres potentiels sont au départ inclus dans l'action collective et qu'ils le demeureront à moins d'un geste explicite de leur part.

## 2) L'affaire du CHSLD Herron

Dans les premiers mois de la pandémie, alors que les résidents des CHSLD faisaient l'objet de strictes mesures de confinement, des journalistes ont révélé une terrible histoire où des personnes âgées et malades avaient été abandonnées à leur sort dans un CHSLD conventionné de l'ouest de l'île de Montréal. La plupart des résidents sont morts déshydratés, sans que leurs proches aient été avertis de la défection du personnel, alors que la majorité des employés avaient été infectés par la Covid-19.

L'affaire a fait grand bruit et une action collective a été intentée le 16 avril 2020, au cœur de la tourmente. Avant même que la requête en autorisation d'exercer l'action ne soit entendue par un tribunal<sup>9</sup>, une entente est intervenue entre la représentante du groupe (la fille de l'une des victimes décédées) et l'assureur de la défenderesse. Cette entente a été soumise à un juge comme la loi l'exige (afin de protéger les droits des membres du groupe) et le jugement a été publié le 6 mai 2021, soit à peine un an après le dépôt de la requête en autorisation<sup>10</sup>.

Puisque les personnes répondant aux critères de détermination du groupe sont automatiquement incluses dans le recours, à moins d'un retrait explicite de leur part, cela explique la clause suivante de l'Entente de règlement, où « les membres du groupe qui ne souhaitent pas être liés par l'action collective et l'Entente de règlement peuvent s'exclure dans un délai de 30 jours de la publication de l'avis aux membres les informant du jugement d'approbation de l'Entente de règlement » (§ 21 f) du jugement). Il n'y a eu aucune exclusion dans ce cas précis, comme c'est généralement le cas en la matière : les gens ordinaires ne possèdent ni le temps ni l'expertise pour se lancer dans une action individuelle, d'autant plus que les montants d'indemnisation négociés en l'espèce étaient fort acceptables.

L'Entente de règlement prévoit le versement d'une somme de 5,5 millions de dollars (4 millions d'euros) par voie de recouvrement collectif, ce qui signifie que tout excédent non versé ne retourne pas entre les mains du

9 L'action collective se déroule en deux étapes : elle doit d'abord faire l'objet d'une autorisation préalable (afin de filtrer les demandes frivoles) pour ensuite passer à l'audition au fond, comme toute action normale mais avec un degré de surveillance plus élevé de la part du juge qui préside le procès.

10 *Schneider (Succession de Schneider) c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Herron inc.*, 2021 QCCS 1808 (CanLII).

défendeur<sup>11</sup>. Les membres du groupe sont classés dans une des quatre catégories suivantes :

- catégorie 1 : Succession d'un résident décédé à tout moment entre le 13 mars 2020 et le 31 mai 2020 ;
- catégorie 2 : Conjoint survivant d'un Résident décédé ;
- catégorie 3 : Enfant survivant d'un Résident décédé ;
- catégorie 4 : Résident du CHSLD Herron survivant entre le 13 mars 2020 et le 31 mai 2020.

Afin de déterminer la somme devant être versée dans chaque catégorie, tout en tenant compte de l'enveloppe négociée mais alors qu'on ne connaissait pas le nombre exact de personnes susceptibles de présenter une réclamation, on a procédé de la manière suivante :

- la compensation attribuée à une succession d'un Résident décédé de catégorie 1 servira de base de calcul pour établir la compensation des catégories 2, 3 et 4 ;
- le conjoint survivant de catégorie 2 recevra une compensation équivalente à 66,67 % de la compensation attribuée à une succession d'un Résident décédé de catégorie 1 ;
- un enfant survivant de catégorie 3 recevra une compensation équivalente à 33,33 % de la compensation attribuée à une succession d'un Résident décédé de catégorie 1 ;
- un résident survivant de catégorie 4 recevra une compensation équivalente à 73 % de la compensation attribuée à une succession d'un Résident décédé de catégorie 1.

Il fut convenu que le montant maximum brut qu'un membre du groupe de catégorie 1 pourrait recevoir est 40.000 \$.

Un délai de déchéance de six mois a été accordé aux membres du groupe pour déposer leur formulaire de réclamation auprès de l'administrateur des réclamations<sup>12</sup>. Il s'agissait d'un délai de rigueur (déchéance) qui est courant dans ce genre d'entente de règlement, afin d'assurer une distribution rapide et sans surprise des fonds alloués.

En fait, moins d'un an s'est écoulé entre le jugement avalisant l'entente et la clôture des comptes, confirmée par un jugement rendu le 3 mai 2022<sup>13</sup>. Ce dernier jugement nous apprend la répartition finale des indemnités (§ 6),

11 La part la plus importante est alors remise au Fonds d'aide aux actions collectives, qui peut ainsi aider à financer de futures actions collectives, le plus souvent en couvrant les frais d'expertises de l'action.

12 Des entreprises privées se font concurrence en ce domaine. En l'espèce, les services de l'entreprise Collectiva Services en recours collectifs inc. ont été retenus.

13 *Succession de Schneider c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Herron inc.*, 2022 QCCS 1554 (CanLII).

une fois les honoraires d'avocat retranchés. Ainsi, les 240 réclamants acceptés ont reçu les indemnités suivantes, selon leur catégorie de compensation :

Catégorie de Compensation	Nombre de réclamants acceptés	Indemnité nette reçue par réclamant
Réclamants de Catégorie 1 : Succession d'un résident décédé	47	26.215,74 \$ (18.875 €)
Réclamants de Catégorie 2 : Conjoint survivant d'un résident décédé	14	17.478,03 \$ (12.584 €)
Réclamants de Catégorie 3 : Enfant survivant d'un résident décédé	94	8.737,71 \$ (6.291 €)
Réclamants de Catégorie 4 : Résident survivant	85	19.137,49 \$ (13.779 €)

Deux facteurs peuvent expliquer le niveau relativement faible des indemnités effectivement versées au terme de ce processus. D'une part, l'âge et l'état de santé des victimes impliquées militaient en faveur d'indemnités plus basses que pour une victime plus jeune et en pleine santé (pas de pertes de gains professionnels, préjudice d'affection plus faible, etc.). D'autre part, le cabinet d'avocat ayant piloté le dossier en demande a reçu des honoraires correspondant à 25 % (plus taxes) de l'enveloppe négociée. Ce chiffre, pour élevé qu'il puisse paraître d'un point de vue européen, correspond – pour le meilleur ou pour le pire – aux normes généralement acceptées au Québec en matière d'action collective, où les honoraires des avocats varient entre 18 et 30 % de l'indemnité totale.

Il n'est pas inutile de reproduire intégralement trois des paragraphes du jugement avalisant l'entente intervenue. Cela permettra de relativiser la question des coûts et de faire mieux comprendre les avantages d'une action collective dans un tel cas :

[31] Selon le Tribunal, l'Entente de règlement offre des avantages considérables aux membres du groupe, à savoir :

- a) Les membres du groupe peuvent soumettre une réclamation via un processus simplifié, exigeant des documents assez simples que les membres devraient généralement déjà avoir en leur possession (copie du certificat de décès, copie du contrat d'hébergement, copie de la recherche testamentaire, copie du testament, copie du certificat de mariage ou d'union libre ou de tout document démontrant le statut de conjoint/conjointe, copie du certificat de naissance, copie d'une pièce d'identité) ;

- b) Les membres du groupe n'ont pas à soumettre de dossiers médicaux ;
- c) Les membres du groupe n'ont pas à soumettre une expertise médicale ;
- d) Les successions des Résidents décédés peuvent être indemnisées sans devoir prouver que la cause du décès du résident était la Covid-19 ou la privation partielle ou totale alléguée des soins. Cela constitue un avantage fort important, qui évite les difficultés de preuve dans l'établissement de la causalité en matière médicale ;
- e) Les Résidents survivants peuvent être indemnisés sans devoir prouver leur condition de santé préexistante et l'étendue des dommages causés soit par la Covid-19 ou la privation partielle ou totale alléguée des soins ;
- f) Personne n'aura à témoigner ;
- g) Considérant l'âge des résidents survivants et des conjoints survivants, l'Entente de règlement leur permet une indemnisation rapide, ce qui est très important afin d'éviter de rendre illusoire toute possibilité d'obtenir justice de leur vivant ;
- h) Le montant de compensation auquel les membres du groupe peuvent s'attendre à recevoir est juste, raisonnable et conforme aux barèmes de la jurisprudence, notamment en matière de *solatium doloris* ;
- i) Les Défenderesses n'ont aucun droit de contestation des réclamations des membres du groupe.

[32] N'eût été l'Entente de règlement, il est raisonnable de croire que le litige opposant les parties sur les questions communes et ensuite, sur les questions individuelles au stade du recouvrement, aurait duré de nombreuses années.

[33] En effet, les Défenderesses avaient déjà soulevé l'intention d'administrer une preuve quant aux éléments suivants :

- a) La défense de force majeure vu l'avènement d'une pandémie mondiale de la Covid-19, décrétée par l'Organisation mondiale de la santé ;
- b) Les moyens et les mesures mis en place par les autorités publiques et gouvernementales, tant à l'égard du public en général que dans le contexte plus particulier de la gestion et de l'opération des CHSLD ;
- c) L'enquête du CIUSSS en mars 2020 au CHSLD Herron et les communications entre les représentants du CHSLD Herron et ceux du CIUSSS ;
- d) La prise de contrôle et la gestion du CHSLD Herron après la mise sous tutelle du CIUSSS.

Au final, il s'est écoulé deux ans entre les événements tragiques ayant mené au décès du tiers des résidents du CHSLD Herron et la clôture finale du dossier, la majorité des indemnités ayant été encaissées un an et demi après les faits. Au-delà de la quotité des montants versés, la rapidité du règlement constitue un facteur non négligeable d'apaisement pour les bénéficiaires impliqués.

Début 2024, une seule autre action collective a été autorisée par un tribunal québécois, mais elle est de taille puisqu'elle vise tous les CHSLD publics où la Covid-19 s'est répandue en 2020 et 2021<sup>14</sup>. À partir du cas individuel vécu par le représentant du groupe, qui a perdu sa mère alors qu'elle résidait dans le CHSLD de Sainte-Dorothée, on comprend que c'est l'ensemble des établissements publics qui sont visés par la procédure. Dans le cadre du jugement d'autorisation faisant près de 100 pages, « le Tribunal est d'avis que les allégations du demandeur quant aux autres CHSLD du Québec sont suffisantes pour démontrer sa cause d'action contre tous les défendeurs et pour toutes les vagues, incluant le CHSLD Sainte-Dorothée » (§ 85). On rappellera que l'action n'est ici qu'au stade de l'autorisation, où il suffit au demandeur de démontrer une *apparence de droit* : l'examen au fond reste à faire. Il n'en demeure pas moins que ce sont des dizaines de millions de dollars qui sont réclamés (incluant des dommages punitifs) pour une gestion déficiente de la pandémie, selon les allégations faites à ce stade. Le tribunal a beau restreindre le bassin des défendeurs aux « CHSLD dans lesquels il y a eu au moins 25 % de cas de Covid-19 pour la première vague, l'inter-vague et la deuxième vague, soit du 13 mars 2020 au 20 mars 2021 » (§ 142), cela représente tout de même des dizaines d'établissements publics.

## II. La responsabilité de l'employeur vis-à-vis de ses employés et l'indemnisation découlant de la vaccination contre la Covid-19

En droit québécois, deux lois spécifiques encadrent la responsabilité de l'employeur au regard de ses employés, soit la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*<sup>15</sup> et la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*<sup>16</sup>. Nous scinderons ici le traitement avant la survenance des risques (A) et à la suite de la réalisation des risques liés à la Covid-19 (B)<sup>17</sup>. Dans une visée plus large, nous discuterons de l'indemnisation découlant de la vaccination contre la Covid-19 (C).

14 *Daubois c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Sainte-Dorothée*, 2024 QCCS 145.

15 RLRQ, c. S-2.1 (ci-après « LSST »).

16 RLRQ, c. A-3 (ci-après « LATMP »).

17 En doctrine, voy. not. K. LIPPEL et M. VISOTZKY-CHARLEBOIS, « Survol des enjeux juridiques portant sur le droit de la santé et la sécurité du travail dans le contexte de la Covid-19 », in Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (2021)*, vol. 489, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2021 [en ligne] ; J.-G. PAYETTE et J.-P. JOYAL, « L'imputation des coûts des lésions professionnelles au temps de la Covid-19 », in Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail (2021)*, op. cit.

## A) La responsabilité de l'employeur indépendamment de la réalisation des risques liés à la Covid-19

Si l'employeur assume certaines obligations légales qui visent à protéger la santé et à assurer la sécurité et l'intégrité du travailleur dans un contexte pandémique (1), ce dernier peut exercer son droit de refus de travailler (2).

### 1) Les obligations légales de protection de la part de l'employeur

Au Québec, l'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et assurer la sécurité et l'intégrité physique et psychique du travailleur. Le choix des moyens visant à respecter cette obligation lui appartient. Une telle obligation légale est édictée expressément à l'article 51 de la LSST<sup>18</sup>. Plus particulièrement, afin de protéger la santé de ses travailleurs contre les infections respiratoires, dont la Covid-19, l'employeur doit instaurer des mesures d'identification, de contrôle et d'élimination de ce risque biologique. Comme mesures préventives que l'employeur peut mettre en œuvre pour réduire ces risques, on peut penser notamment à favoriser, lorsque c'est possible, le télétravail en mode hybride ; à élaborer une procédure d'exclusion des lieux de travail pour les travailleurs présentant des symptômes d'infection respiratoire ; à favoriser la distanciation physique minimale de deux mètres ; à favoriser le maintien des barrières physiques efficaces à certains postes de travail ; à rendre disponibles des masques de qualité et à exiger qu'ils soient portés lors d'interactions avec des travailleurs vulnérables ou pour des tâches nécessitant un rassemblement de personnes dans un endroit restreint ; à prévoir, s'il est jugé opportun par l'employeur en collaboration avec les travailleurs, des espaces désignés pour les travailleurs à l'état de santé vulnérable, telles les personnes avec une maladie chronique et celles immunosupprimées ; ainsi qu'à promouvoir le lavage des mains et l'étiquette respiratoire.

Quant au travailleur, il lui appartient de prendre les mesures nécessaires pour protéger sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique et de veiller à ne pas mettre en danger la santé, la sécurité ou l'intégrité physique des autres personnes qui se trouvent à proximité des lieux de travail, selon l'article 49 de

18 51. L'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé et assurer la sécurité et l'intégrité physique et psychique du travailleur. Il doit notamment :

- 1° s'assurer que les établissements sur lesquels il a autorité sont équipés et aménagés de façon à assurer la protection du travailleur ;
- 2° désigner des membres de son personnel chargés des questions de santé et de sécurité et en afficher les noms dans des endroits visibles et facilement accessibles au travailleur ;
- 3° s'assurer que l'organisation du travail et les méthodes et techniques utilisées pour l'accomplir sont sécuritaires et ne portent pas atteinte à la santé du travailleur ;
- 4° contrôler la tenue des lieux de travail, fournir des installations sanitaires, l'eau potable, un éclairage, une aération et un chauffage convenable et faire en sorte que les repas pris sur les lieux de travail soient consommés dans des conditions hygiéniques ;
- 5° utiliser les méthodes et techniques visant à identifier, contrôler et éliminer les risques pouvant affecter la santé et la sécurité du travailleur ; [...].

la LSST<sup>19</sup>. Ainsi, le travailleur qui ressent des symptômes devrait communiquer avec son employeur pour l'en informer. Son employeur doit alors le questionner sur les facteurs de risque en présence à l'origine du besoin d'isolement. Si l'employé refuse de se conformer, l'employeur peut lui faire part du fait qu'il s'expose à des mesures disciplinaires.

## 2) Le droit de refus du travailleur et son exercice lors de la Covid-19

Un travailleur a le droit de refuser d'exécuter un travail s'il a des motifs raisonnables de croire que l'exécution de ce travail l'expose à un danger pour sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique ou psychique ou peut avoir l'effet d'exposer une autre personne à un semblable danger (art. 12 LSST).

Le travailleur ne peut cependant exercer le droit que lui reconnaît l'article 12 si le refus d'exécuter ce travail met en péril immédiat la vie, la santé, la sécurité ou l'intégrité physique d'une autre personne ou si les conditions d'exécution de ce travail sont normales dans le genre de travail qu'il exerce (art. 13 LSST).

Dans l'affaire *Fiset et Centre de services scolaire des Premières-Seigneuries*<sup>20</sup>, le tribunal administratif du travail précise que la légalité de l'exercice d'un droit de refus s'évalue à l'aune de critères établis par la jurisprudence<sup>21</sup>. À l'appui, le tribunal précise que la preuve doit démontrer de manière probante : la présence d'un travailleur au sens de la Loi ; l'exécution d'un travail à la demande de l'employeur ; le fait d'appréhender un danger qui résulte de l'exécution de celui-ci ; de fonder une telle appréhension sur des motifs raisonnables ; que les conditions ou les circonstances d'exécution du travail sont anormales ; que l'on peut refuser d'exécuter le travail requis sans que soit mise en péril la sécurité de quiconque ; qu'est rapporté le plus tôt possible l'exercice du droit de refus. Ce n'est qu'une fois la démonstration des exigences substantives de l'exercice d'un droit de refus que le tribunal établit, dans un second temps, l'existence

19 49. Le travailleur doit :

- 1° prendre connaissance du programme de prévention qui lui est applicable ;
- 2° prendre les mesures nécessaires pour protéger sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique ou psychique ;
- 3° veiller à ne pas mettre en danger la santé, la sécurité ou l'intégrité physique ou psychique des autres personnes qui se trouvent sur les lieux de travail ou à proximité des lieux de travail ;
- 4° se soumettre aux examens de santé exigés pour l'application de la présente loi et des règlements ;
- 5° participer à l'identification et à l'élimination des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles sur le lieu de travail ;
- 6° collaborer avec le comité de santé et de sécurité et, le cas échéant, avec le comité de chantier ainsi qu'avec toute personne chargée de l'application de la présente loi et des règlements.

20 2021 QCTAT 4952, § 21 (requête en révision rejetée). En l'espèce, un enseignant en musique qui avait été affecté à des tâches administratives dans un bâtiment adjacent à l'établissement où il enseigne habituellement n'était pas fondé à exercer un droit de refus ; son appréhension du danger de contracter la Covid-19 n'était pas raisonnable.

21 *Casino du Lac-Leamy et Villeneuve*, C.L.P. 209750-07-0306, 27 mai 2004, M. Langlois ; *Char est et Viandes du Breton inc.*, 2016 QCTAT 5002 ; *Charest et Services ambulanciers Portier ltée*, 2018 QCTAT 2891 ; *Fiset et Olymel Yamachiche*, 2021 QCTAT 872.

véritable d'un danger pour la santé du travailleur. Il n'a donc pas à procéder à une telle analyse advenant que ces exigences ne soient pas remplies. L'analyse à réaliser comporte ainsi deux étapes distinctes dont la première s'avère primordiale.

Mais qu'est-ce que cela signifie en temps de pandémie ? D'emblée, il faut savoir que ce droit ne peut être invoqué pour refuser à tout moment de travailler. Une procédure doit être suivie afin de voir à la légitimité de ce droit de refus. Plus précisément :

- le travailleur doit informer son supérieur immédiat de son refus de travailler. Si celui-ci n'est pas présent sur les lieux du travail, le travailleur doit utiliser les moyens raisonnables afin de l'informer sans délai (art. 15 LSST) ;
- lorsque le supérieur immédiat est avisé, l'employeur ou son représentant convoque le préventionniste ou toute personne compétente et attitrée à la tâche pour procéder à l'examen de la situation afin d'y apporter les corrections si nécessaires (art. 16 LSST) ;
- si le travailleur refuse de travailler, alors que le préventionniste ou toute personne ayant analysé la situation est d'avis qu'il n'existe aucun danger justifiant le refus ou encore que le refus repose sur des motifs raisonnables applicables uniquement à ce travailleur, il peut faire exécuter le travail par un autre travailleur. Il est toutefois important d'ajouter que l'employeur doit avoir préalablement informé le travailleur du droit de refus de l'ancien travailleur, ainsi que les motifs pour lesquels il a été exercé (art. 17 LSST) ;
- dans la mesure où le refus du travailleur persiste, sans motif raisonnable, l'intervention de l'inspecteur de la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST)<sup>22</sup> est requise afin d'évaluer la situation. L'inspecteur fera un rapport d'intervention sur la situation afin de déterminer s'il existe ou non un danger justifiant le refus du travailleur (art. 19 LSST) ;
- la décision de l'inspecteur peut faire l'objet d'une demande de révision ou d'une contestation au tribunal administratif du travail (art. 20 LSST).

Il est primordial que le travailleur informe son supérieur immédiat de son refus de travailler et des raisons de son refus. Tel que vu dans une récente décision<sup>23</sup>, il ne suffit pas d'alléguer après coup avoir craint la contamination à la Covid-19 afin de valider le refus de travailler, encore faut-il que la cause soit justifiée, mais surtout qu'elle constitue un motif raisonnable. Pour qu'un tel droit de refus puisse s'exercer, les critères de la LSST doivent être

22 Il s'agit de l'organisme gouvernemental à qui l'on a confié l'administration du régime de santé et de sécurité du travail au Québec.

23 Le 1<sup>er</sup> décembre 2020, le médiateur-décideur Michelle Lescarbeau de la CNESST a rendu une décision dans *Laine et Recettes Cook it inc.*, 2020 QCCNESST 203. Pour d'autres illustrations jurisprudentielles d'un droit de refus non justifié, voy. *Fiset et Olymel Yamachiche*, 2021 QCTAT 872 ; *Lortie et CISSS des Laurentides*, 2021 QCTAT 5818.

rencontrés, ce qui ne sera normalement pas le cas chez les employeurs qui ont mis en œuvre les mesures appropriées, notamment la fourniture des équipements de protection individuels. Ainsi, ce ne sont pas les moindres craintes liées à la Covid-19 qui justifieront l'exercice d'un droit de refus d'exécuter un travail.

De plus, l'article 32 de la LSST prévoit la possibilité pour un travailleur exposé à un contaminant de bénéficier d'un retrait préventif et d'être affecté à des tâches ne comportant pas une telle exposition. Pour ce faire, le travailleur doit fournir à son employeur un certificat médical attestant que l'exposition à ce contaminant comporte pour lui des dangers eu égard au fait que sa santé présente des signes d'altération. Son employeur doit l'affecter à d'autres tâches ne comportant pas un tel danger. Si l'employeur ne peut pas l'affecter à d'autres tâches, une demande de retrait préventif peut être formulée à la CNESST.

Toutefois, ce recours exige la constatation médicale de l'altération de l'état de santé du travailleur. Dans le cas de la Covid-19, l'altération de l'état de santé signifie que le travailleur est déjà infecté par le virus. Ce recours prévu à l'article 32 de la LSST n'est pas le recours approprié dans le cas de la Covid-19, puisqu'il vise la prévention de l'infection<sup>24</sup>.

En cas de réalisation des risques, lorsque le travailleur est atteint de la Covid-19 et qu'il estime avoir été infecté par le fait ou à l'occasion du travail, il pourrait être indemnisé en vertu d'une loi québécoise spécifique.

## **B) La responsabilité de l'employeur en cas de réalisation des risques liés à la Covid-19**

Le traitement commande d'abord une esquisse du régime d'indemnisation mis en place par la LATMP (1) avant de traiter des indemnités accordées au travailleur, plus largement (2) et de l'indemnisation versée lors de la Covid-19, plus spécifiquement (3).

### **1) Le régime d'indemnisation de la LATMP**

Œuvre de parlementaires, la LATMP est entrée en vigueur le 19 août 1985, au Québec<sup>25</sup>. Cette loi poursuit un double dessein. D'une part, éliminer ou atténuer l'incapacité physique du travailleur, l'aider à retrouver son autonomie pour qu'il puisse exercer ses activités habituelles et faciliter son retour

24 Pour des illustrations jurisprudentielles, voy. *Péloquin et Coopérative des techniciens ambulanciers de la Montérégie*, 2021 QCTAT 2605 (désistement de la requête en révision) ; *Cusson et CPE Petit à Petit*, 2021 QCTAT 1766.

25 À ce titre, elle remplace la *Loi des accidents du travail*, S.Q. 1931, c. 100, elle-même issue d'une première loi adoptée en 1909, la *Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail et la réparation des dommages qui en résultent*, 1909, 9 Ed. VII, c. 66, et dont le domaine d'application se limitait aux employés d'usines (les manufactures).

au travail. D'autre part, déterminer l'ensemble des règles et des modalités qui s'appliquent à l'indemnisation et à la réadaptation des victimes de lésions professionnelles ainsi qu'au financement du régime (art. 1<sup>er</sup>).

Le domaine d'application de la LATMP cible le travailleur, résident québécois ou non, à la suite d'un accident du travail survenu au Québec ou d'une maladie professionnelle contractée au Québec, dont l'employeur a un établissement au Québec (art. 7). De façon analogue, un travailleur québécois peut être indemnisé pour un accident survenu hors du Québec si son employeur a un établissement au Québec (art. 8). Le point de convergence repose sur l'établissement québécois de l'employeur, lequel finance le régime d'indemnisation.

Le domaine d'application de la LATMP couvre les lésions professionnelles, qui englobent les hypothèses suivantes : « une blessure ou une maladie qui survient par le fait ou à l'occasion d'un accident du travail, ou une maladie professionnelle, y compris la récurrence, la rechute ou l'aggravation » (art. 2). Tout comme en France et en Belgique, la notion d'accident du travail, pour sa part, comprend l'évènement survenant « par le fait ou à l'occasion de son travail » (art. 2) afin de couvrir les accidents qui découlent directement ou indirectement de la prestation de travail.

Depuis 1985, le législateur facilite le fardeau de preuve du travailleur en édictant une présomption, à l'article 28 de la loi, suivant laquelle « [u]ne blessure qui arrive sur les lieux du travail alors que le travailleur est à son travail est présumée une lésion professionnelle ». Les accidents survenus à l'occasion du travail, pour leur part, demandent au travailleur de faire la preuve d'une connexité suffisante avec son emploi avant d'être reconnus.

De façon analogue, l'article 29 de la LATMP énonce une présomption en ce qui concerne la maladie contractée par le travailleur, si elle a fait l'objet d'un lien préétabli avec le type d'emploi occupé. La Covid-19 ne fait évidemment pas partie des maladies reliées à un travail précis et nous verrons plus loin de quelle manière un travailleur infecté peut être indemnisé.

L'employeur ou la CNESST peut tenter de renverser l'une ou l'autre de ces présomptions légales ; cette entreprise demeure néanmoins périlleuse. Il est possible de penser au cas de l'employeur qui tentera de prouver que la maladie a une cause extérieure au milieu de travail (le travailleur d'une mine d'amiante atteint d'un cancer au poumon est un grand fumeur), mais cette preuve devra être prépondérante et non soulever de simples possibilités. De même, la présomption de l'article 28 de la LATMP pourra être renversée si l'employeur est capable de démontrer l'absence de toute relation causale entre la blessure alléguée et le travail (travailleur blessé en manipulant un couteau de chasse qu'il avait apporté à l'usine pour le montrer à ses collègues). En dépit de certaines critiques adressées au regard de l'allègement de preuve souhaité en 1985, la plupart – voire la vaste majorité des accidents du travail – tombe dans le champ des articles 28 et 29 de la loi.

Si le dommage subi par le travailleur provient de sa seule négligence grossière et volontaire, il n'aura droit à aucune indemnité, à moins qu'il en décède ou qu'il subisse une atteinte permanente grave à son intégrité physique ou psychique (art. 27)<sup>26</sup>. S'il est possible de signaler ici un infléchissement du régime de la LATMP pour la notion de faute, il faut relever le caractère essentiellement objectif du régime en présence de conditions d'application restrictives consacrées à l'article 27 de la loi.

En vertu de l'article 25, « [l]es droits conférés par la présente loi le sont sans égard à la responsabilité de quiconque ». Cela signifie que l'indemnisation du travailleur blessé est faite sans emprunter la voie d'un recours en responsabilité civile selon le droit commun – déviant les écueils liés à la preuve du triptyque de responsabilité civile et à l'insolvabilité de la partie défenderesse. Dès que le travailleur remplit les conditions d'application du régime, il a droit être indemnisé, même si son employeur est en défaut d'avoir payé les cotisations prévues (art. 26). Un tel régime objectif est financé par l'employeur du travailleur. Par ailleurs, le bénéfice de cette législation n'est nullement conditionné par la preuve d'un manquement de l'employeur à ses obligations de prévention.

La LATMP prévoit des immunités de poursuite civile qui couvrent la grande majorité des accidents du travail. Ainsi, le travailleur blessé ne peut en aucun cas intenter un recours de droit commun contre son employeur, que ce soit pour obtenir des dommages-intérêts compensatoires supplémentaires ou encore des dommages-intérêts punitifs<sup>27</sup>. La possibilité toujours existante en Europe d'obtenir un complément d'indemnité en cas de faute inexcusable de l'employeur est disparue, au Québec, en 1931. Dans le même sens, si le travailleur décède des suites de son accident du travail, ses personnes à charge sont également empêchées d'agir devant les tribunaux ordinaires. Les articles 438 et 439 se lisent ainsi :

438. Le travailleur victime d'une lésion professionnelle ne peut intenter une action en responsabilité civile contre son employeur en raison de sa lésion.

439. Lorsqu'un travailleur décède en raison d'une lésion professionnelle, le bénéficiaire ne peut intenter une action en responsabilité civile contre l'employeur de ce travailleur en raison de ce décès.

26 Cette disposition issue initialement de la loi de 1909 fait jouer à la notion de faute un certain rôle, mais seulement en ce qui a trait à la victime et dans des hypothèses très limitées. La mesure correspondante applicable à l'employeur (majoration de l'indemnité en cas de faute inexcusable de sa part) a été abrogée en 1931.

27 Le *Code civil du Québec* prescrit les critères d'attribution des dommages-intérêts punitifs à l'article 1621, qui se lit ainsi : 1621. Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.

Il ne s'agit toutefois pas d'une immunité absolue de poursuite vis-à-vis des employeurs qui financent le régime d'indemnisation. Deux raisons militent pour une telle affirmation. D'une part, l'employeur *autre* que celui du travailleur blessé peut être poursuivi dans les limites fixées par l'article 441 de la loi, le plus souvent pour compenser « l'excédent de la perte subie sur la prestation » reçue de la CNESSST. D'autre part, il n'est pas exclu qu'une personne ne bénéficiant d'aucune indemnité, à la suite d'un accident du travail, puisse poursuivre l'employeur du travailleur blessé ou décédé. En vertu du libellé des articles 438 et 439, rien n'empêcherait, à titre d'exemple, le conjoint du travailleur blessé de réclamer une indemnité pour son propre préjudice découlant de l'accident du travail. Ce genre d'hypothèse est rarissime en raison du faible montant des dommages qui pourraient en résulter. Enfin, puisque la loi ne vise qu'à protéger ceux qui financent le système par l'acquiescement d'une contribution obligatoire et préalable, rien n'empêche le travailleur d'intenter un recours civil contre une personne étrangère à son milieu de travail. Il n'est qu'à penser au passant qui fait chuter un peintre en accrochant son échafaudage.

## 2) Les indemnités versées dans le cadre de la LATMP

Une des plus grandes différences entre le régime québécois des accidents du travail et ses homologues européens est que le premier a abandonné en 1985 la méthode d'indemnisation basée sur l'incapacité partielle permanente résultant d'une évaluation médicale (le calcul au point d'incapacité). Les indemnités versées correspondent davantage aux postes de préjudices reconnus en droit commun. La règle de la réparation en nature est privilégiée en ce qui concerne l'assistance médicale et les mesures de réadaptation, dans un objectif de réparation intégrale du préjudice.

Le coût des prestations liées à la lésion professionnelle est attribué au dossier de l'employeur. Il s'agit de l'imputation. L'employeur imputé est celui pour lequel le travailleur occupait un emploi au moment de son accident du travail ou celui pour qui le travailleur a exercé un travail de nature à engendrer sa maladie professionnelle.

La totalité du coût des prestations suivantes est imputée à l'employeur, soit :

- *Indemnité de remplacement du revenu* : versée aux travailleurs incapables d'exercer leur emploi en raison d'une lésion professionnelle.
  - L'indemnité est versée jusqu'à ce qu'ils soient capables à nouveau d'exercer à temps plein leur emploi ou un emploi équivalent ou capables d'exercer un emploi convenable (jusqu'à l'âge maximal de 68 ans), même après un avis médical attestant que le travailleur est guéri ou stable. C'est à la CNESSST, et non au médecin, de se prononcer sur la capacité du travailleur à exercer son emploi.

- L'indemnité de remplacement du revenu correspond à 90 % du revenu net du travailleur (elle est versée toutes les deux semaines) et elle n'est pas imposable<sup>28</sup>.
- *Indemnité pour préjudice corporel* : correspondant à certains postes de préjudices extrapatrimoniaux, elle est versée aux travailleurs qui ont subi une atteinte permanente à leur intégrité physique ou psychique à la suite d'une lésion professionnelle (handicap irréversible chez un travailleur causé par une lésion professionnelle – blessure ou maladie). Pour verser l'indemnité, la CNESST tient compte :
  - de l'atteinte permanente à l'intégrité physique et psychique du travailleur, c'est-à-dire de la sévérité de son handicap, calculé en pourcentage ;
  - du préjudice esthétique ;
  - des douleurs et de la perte de jouissance de la vie.

De façon générale, le montant de l'indemnité pour préjudice corporel est égal au produit du pourcentage de l'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique par le montant que prévoit l'annexe II de la LATMP au moment de la manifestation de la lésion professionnelle, en fonction de l'âge du travailleur à ce moment. Les montants servant au calcul de l'indemnité pour préjudice corporel sont revalorisés le 1<sup>er</sup> janvier de chaque année<sup>29</sup>.

- *Indemnités de décès* : versées aux personnes à charge mentionnées dans la LATMP (dont le conjoint, la conjointe et l'enfant) lorsqu'un travailleur décède à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. La CNESST considère comme conjoint la personne qui, à la date du décès du travailleur :
  - est liée par le mariage ou en union civile au travailleur et cohabite avec lui ;
  - vit comme si elle était mariée avec lui, qu'elle soit de même sexe ou non, depuis au moins 3 ans (ou depuis 1 an si un enfant est né ou à naître de cette union) et qu'elle est représentée publiquement comme son conjoint.

28 À titre indicatif, la Table des indemnités de remplacement du revenu, janvier 2022, précise le montant de l'indemnité de remplacement du revenu à laquelle le travailleur victime d'un accident ou d'une maladie du travail a droit à compter de sa 15<sup>e</sup> journée d'absence du travail, compte tenu de son revenu et du nombre de personnes à sa charge. Il est possible de consulter l'adresse suivante : [https://www.cnesst.gouv.qc.ca/sites/default/files/documents/dc200-6230-30\\_table-indemnite\\_2022.pdf](https://www.cnesst.gouv.qc.ca/sites/default/files/documents/dc200-6230-30_table-indemnite_2022.pdf).

29 À titre d'exemple, Roméo, 34 ans, s'est blessé au dos en 2023. Le médecin traitant a estimé que l'atteinte permanente de Roméo est de 2,2 %. Selon le tableau des indemnités de 2023, le montant assurable de Roméo est de 103.307 \$ (69.726 €). Le calcul : 2,2 % (atteinte permanente) x 103.307 \$ (69.726 €) (montant correspondant à l'âge du travailleur) = 2.272,75 \$ (1.534,14 €). L'indemnité pour préjudice corporel de Roméo sera de 2.272,75 \$ (1.534,14 €).

L'indemnité forfaitaire de décès versée au conjoint est égale au produit du revenu brut annuel d'emploi du travailleur décédé par le facteur de la catégorie d'âge du conjoint à la date du décès du travailleur<sup>30</sup>. L'indemnité forfaitaire de décès versée au conjoint en 2023 équivaut à un montant minimum de 124.497 \$ (84.009 €) et à un maximum de 273.000 \$ (184.253 €). Ce dernier a également droit à une rente correspondant à 55 % de l'indemnité pour pertes salariales qui aurait été versée si le travailleur avait survécu, pendant une durée variant d'un à trois ans en fonction de l'âge du conjoint survivant (art. 101 et Annexe IV). Les enfants du défunt ainsi que les autres personnes qui étaient à sa charge ont, pour leur part, droit à une rente mensuelle de 624 \$ (450 €) jusqu'à leur majorité, à laquelle s'ajoute une indemnité forfaitaire (22.415 \$, soit 16.140 €) s'ils sont toujours aux études à temps plein à ce moment (art. 102).

- *Frais d'assistance médicale* : versés aux travailleurs qui ont besoin d'assistance médicale non couverte par le régime de sécurité sociale à la suite d'une lésion professionnelle. L'assistance médicale couvre notamment :
  - les services de professionnels de la santé (ex. : médecins, pharmaciens, optométristes et dentistes) ;
  - les soins ou les traitements donnés par un établissement de santé public (ex. : hôpitaux, CLSC, CHSLD et centres de réadaptation) ;
  - les médicaments et les autres produits pharmaceutiques ;
  - les orthèses et les prothèses ;
  - les soins, les traitements, les aides techniques et les frais que la CNESST détermine par règlement.
- *Réadaptation* : la préparation d'un plan individualisé de réadaptation est un des points forts du régime d'indemnisation. La loi prévoit en effet la mise en place d'un « plan individualisé de réadaptation qui peut comprendre, selon les besoins du travailleur, un programme de réadaptation physique, sociale et professionnelle » (art. 146, al. 3). On parle ici davantage de réparation en nature (les coûts sont assurés directement par la CNESST) et les trois volets de la réadaptation concernent tant la vie professionnelle (ex. : adaptation d'un poste de travail) que personnelle (ex. : équipements de loisirs adaptés) de la victime. Chacune de ces facettes de la réadaptation est enchâssée dans la loi (art. 148-178) afin d'en assurer l'application effective.

30 À titre d'exemple, une conjointe, âgée de 33 ans, d'un travailleur décédé dont le contrat de travail prévoyait un revenu brut annuel d'emploi de 50.000 \$ (33.779 €) a droit à une indemnité forfaitaire de 125.000 \$ (84.328 €). Le facteur multiplicatif est ici de 2,50.

- *Autres frais* : pour les déplacements et les séjours, notamment<sup>31</sup>.

Les montants accordés diffèrent entre le régime de la LATMP et le régime de réparation relevant du droit commun de la responsabilité. Il importe de dissocier, en effet, le régime d'indemnisation de la LATMP du droit de la responsabilité civile. Dans le premier cas, le tout est normé et versé en partie sous forme de rente avec une certaine limite dans le temps. Le principe de la réparation intégrale est respecté en matière d'assistance médicale et de réadaptation, mais pas en ce qui concerne la perte de gains professionnels et le préjudice extrapatrimonial. Dans le second cas, la réparation civile obéit aux caractères compensatoire, intégral et définitif ; elle vise à réparer tout le préjudice, mais rien que le préjudice, sous la forme générale d'un versement en capital<sup>32</sup>.

### 3) L'indemnisation en vertu de la LATMP dans le contexte de la Covid-19

Les travailleurs atteints de la Covid-19 qui auraient été infectés par le fait ou à l'occasion de leur travail pourraient avoir droit aux prestations et services habituels offerts par la LATMP<sup>33</sup>. Par ailleurs, les membres de la famille et les personnes à charge d'un travailleur décédé de la Covid-19 pourraient aussi avoir droit à des indemnités prévues à la LATMP<sup>34</sup>.

Pour toute réclamation reçue à compter du 1<sup>er</sup> mars 2023, le travailleur doit consulter un professionnel de la santé pour obtenir une attestation médicale confirmant le diagnostic et présenter une réclamation. Tout comme pour les autres types de lésions professionnelles, le travailleur qui désire demander des indemnités à la suite d'un accident du travail doit remplir le formulaire « Réclamation du travailleur » disponible en ligne<sup>35</sup> et le faire parvenir à la CNESST. La réclamation sera alors traitée selon les paramètres usuels. Le travailleur doit aviser, dès que possible, son employeur.

Plus particulièrement, le travailleur devra démontrer qu'il a été en contact avec le virus par le fait ou à l'occasion de son travail. Le lien avec le travail

31 Il est possible de consulter l'adresse suivante : <https://www.cnesst.gouv.qc.ca/fr/organisation/documentation/formulaires-publications/demande-remboursement-frais-frais-deplacement>.

32 Les articles 1607 et 1611 du *Code civil du Québec* circonscrivent les caractères de la réparation civile.

33 Il en va de même pour les travailleurs en télétravail, qui demeurent protégés par la LATMP, à l'exception du travailleur domicilié à l'extérieur du Québec qui subit un accident hors Québec. Ainsi, un travailleur en situation de télétravail, qui est domicilié au Québec, pourrait être indemnisé dans certaines situations de télétravail. La CNESST applique les mêmes conditions et règles lors de l'analyse de l'admissibilité d'une lésion professionnelle, que celle-ci soit survenue en télétravail ou ailleurs.

34 La CNESST a procédé à une codification des lésions professionnelles inscrites et ciblées comme étant en lien avec la Covid-19. La nature des lésions retenues devait correspondre à l'un ou l'autre des deux nouveaux codes de nature suivants : « Covid-19 » ou « Contact avec Covid-19 ». Il en a résulté 10.742 lésions d'origine inscrites en 2021 et qui étaient acceptées au 1<sup>er</sup> mars 2022. Le nombre de lésions d'origine inscrites en 2020 et qui étaient acceptées au 1<sup>er</sup> mars 2021 s'élevait à 16.614.

35 Il est possible de consulter l'adresse suivante : <https://www.cnesst.gouv.qc.ca/fr/organisation/documentation/formulaires-publications/reclamation-travailleur>.

devra être démontré de façon prépondérante. Certes, la présomption de maladie professionnelle de l'article 29 de la loi n'est pas applicable et la preuve doit se faire en vertu de l'article 30<sup>36</sup>.

Dans le cas d'une réclamation pour le décès d'un travailleur qui aurait contracté la Covid-19 par le *fait* ou à l'*occasion* du travail, la CNESST pourrait verser des indemnités de décès aux personnes à charge mentionnées dans la loi. Pour avoir droit aux indemnités de décès du travailleur, une personne à charge doit remplir le formulaire « Réclamation du travailleur » dans les 6 mois suivant le décès ou dans les 6 mois de sa connaissance que le décès du travailleur est possiblement lié au travail. La CNESST analysera l'admissibilité de la réclamation. Le bénéficiaire qui n'a jamais produit de réclamation liée au décès d'un travailleur perd son droit aux indemnités après 7 ans suivant le décès du travailleur.

La CNESST indique sur son site internet qu'un travailleur qui aurait été vacciné contre la Covid-19 dans le cadre de son travail et qui développerait une lésion à la suite de l'administration du vaccin pourrait avoir droit aux prestations offertes par la LATMP. Pour avoir droit à ces prestations, le travailleur doit consulter un médecin pour obtenir une attestation médicale précisant le diagnostic de lésion qui découle de la vaccination. Il doit aviser, dès que possible, son employeur. Le travailleur devra notamment démontrer de façon prépondérante que la vaccination a été administrée par le *fait* ou à l'*occasion* de son travail. De plus, la relation causale entre la lésion et la vaccination devra aussi être démontrée de façon prépondérante. Comme pour tout autre type de lésions professionnelles, le travailleur qui désire bénéficier des indemnités à la suite d'un accident du travail doit remplir le formulaire « Réclamation du travailleur » et le faire parvenir à la CNESST. La décision de la CNESST tiendra compte des particularités inhérentes à chacune des demandes soumises.

Pour que la vaccination soit considérée comme administrée à l'occasion du travail, un employé pourrait démontrer que la vaccination a un lien de connexité avec son travail, est utile à son accomplissement, ou encore, profite à l'entreprise de l'employeur. La jurisprudence a reconnu que la vaccination qui est faite sur une base volontaire ne rompt pas nécessairement le lien de connexité avec le travail.

Il est pertinent de souligner qu'un employé qui refuserait ou négligerait de se faire vacciner pourrait voir sa réclamation refusée par la CNESST en cas de blessure ou de maladie. En effet, le fait de ne pas se faire vacciner pourrait

36 30. Un travailleur qui n'est pas présumé atteint d'une maladie professionnelle en vertu de l'article 29 est considéré atteint d'une maladie professionnelle :

1° lorsqu'il est atteint d'une maladie contractée par le fait ou à l'occasion du travail qui ne résulte pas d'un accident du travail ni d'une blessure ou d'une maladie causée par un tel accident ;  
2° lorsqu'il démontre à la Commission que sa maladie est caractéristique d'un travail qu'il a exercé ou qu'elle est reliée directement aux risques particuliers de ce travail.

être considéré comme étant de la négligence grossière et volontaire de la part de l'employé, selon l'article 27 de la LATMP, déjà mentionné. La jurisprudence a défini la négligence grossière comme étant « celle découlant d'un acte volontaire d'un employé, avec témérité, insouciance déréglée eu égard à sa sécurité »<sup>37</sup>. En ce sens, l'employé ayant contracté la Covid-19 à la suite d'un refus injustifié de se faire vacciner pourrait voir sa réclamation refusée, dans la mesure où son refus pourrait être qualifié de négligence grave. Toutefois, on ne pourrait pas parler de négligence grossière dans le cas d'un employé ayant une condition médicale particulière l'empêchant de se faire vacciner ou encore si ce dernier refuse de se faire vacciner pour des motifs protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>38</sup>.

Dans la foulée de cette discussion sur l'employé vacciné (ou non), il est permis de cibler plus largement l'indemnisation dans les cas de vaccination, au Québec.

### C) L'indemnisation découlant de la vaccination contre la Covid-19

Au Canada en général et au Québec en particulier, la vaccination a été réalisée sur une base exclusivement volontaire et près de 90 % de la population s'y est soumise. En cas de survenance d'un effet indésirable imprévu, on peut examiner la situation sous l'angle des victimes (1) ou des responsables potentiels (2).

#### 1) L'indemnisation des victimes potentielles

À la différence du reste du Canada, où la pandémie liée à la Covid-19 a forcé le gouvernement fédéral à mettre en place un nouveau régime d'indemnisation en 2021<sup>39</sup>, un tel régime existe au Québec en matière de vaccins depuis la fin des années 1980. Un rapide historique s'impose, avant de pouvoir résumer le régime actuel dans ses grandes lignes.

Tout a débuté en 1985 en raison d'une décision de la Cour suprême du Canada, laissant sans indemnité une enfant victime de graves séquelles résultant de la réception d'un vaccin contre la rougeole<sup>40</sup>. Le problème venait du fait que le vaccin administré était le meilleur disponible à l'époque et qu'aucune faute ne pouvait être reprochée aux divers intervenants du système de santé. En Cour supérieure (équivalent du TGI), le juge A. Nadeau avait innové en découvrant dans un article oublié du *Code civil du Bas-Canada* alors en vigueur (art. 1057) la source d'une responsabilité sans faute découlant d'un état de nécessité. La cour d'appel et la Cour suprême ayant refusé de le suivre sur ce

37 *Aménagements Fleurs-O-Pavé inc. et Dubé*, 2017 QCTAT 2137.

38 RLRQ, c. C-12.

39 Il s'agit du *Programme de soutien aux victimes de vaccination*, géré par l'Agence de la santé publique du Canada et qui reprend dans ses grandes lignes le régime québécois.

40 *Lapierre c. P.G. (Qué.)*, [1985] 1 R.C.S. 241.

terrain<sup>41</sup>, c'est la population qui a forcé l'État à prendre en charge ce genre de victimes – heureusement rarissimes – d'un coup du sort, où la vaccination de la grande majorité des enfants permet d'éviter une épidémie.

Voté moins de six mois après la décision de la Cour suprême, en décembre 1985, mais entré en vigueur en 1987 (avec toutefois un effet rétroactif pour certaines victimes dont Nathalie Lapierre), le régime d'indemnisation se retrouve depuis 2001 aux articles 70 à 78 de la *Loi sur la santé publique*<sup>42</sup>. Essayons d'en résumer les grandes lignes :

- seuls les effets indésirables importants résultant de la réception d'un vaccin sont indemnisables, puisque la loi parle d'un « préjudice permanent grave, physique ou mental, incluant le décès »<sup>43</sup> ;
- même si la loi évoque la possibilité d'une vaccination obligatoire (art. 71), une telle « vaccination imposée » n'a jamais été ordonnée depuis que la loi est en vigueur. Cela n'empêche pas le régime d'indemnisation de jouer en cas de vaccination administrée sur une base volontaire ;
- la victime des effets indésirables d'un vaccin est indemnisée « sans égard à la responsabilité de quiconque » (art. 71), en appliquant les normes d'indemnisation prévues pour les victimes d'accidents de la circulation (art. 72) ;
- le financement du régime est assuré par la solidarité nationale (art. 78).

Dans le contexte précis de la Covid-19, on sait qu'au moins une personne est décédée des suites de la réception du vaccin (et non des suites de la Covid-19 elle-même, ce qui est une tout autre question). Cette victime, âgée de 54 ans, laissait dans le deuil un conjoint et deux enfants majeurs. En appliquant les dispositions de la *Loi sur l'assurance automobile*, tel que le requiert l'article 72 de la *Loi sur la santé publique*, et en indiquant les montants en vigueur pour l'année 2023 (ils sont revalorisés annuellement pour tenir compte de l'inflation) afin de donner une idée contemporaine des niveaux d'indemnisation, cela donne les montants suivants :

- la succession touche un montant forfaitaire de 7.988 \$, soit 5.750 €<sup>44</sup>, pour les frais d'obsèques, appelés *frais funéraires* dans la loi ;
- le conjoint survivant touche une *indemnité de décès* forfaitaire, tous postes d'indemnisation confondus (patrimoniaux et extrapatrimoniaux), égale à

41 Voy. not. les propos du juge McCarthy de la cour d'appel, [1983] C.A. 631, p. 633 : « Avec déférence, je ne peux partager l'opinion du juge de première instance quant à l'effet de l'article 1057 C.C. À mon avis, une obligation indépendante de toute faute dans des circonstances telles celles du cas présent serait une excellente chose, mais notre droit actuel ne la prévoit pas ».

42 RLRQ, c. S-2.2.

43 Art. 70, § 2. Voy. *S.F. c. Ministre de la santé et des services sociaux*, 2021 QCTAQ 08458, § 18 (« les victimes présentant un préjudice léger ou modéré ou temporaire, à la suite d'une vaccination, ne sont pas indemnisées »).

44 Le taux de conversion du dollar canadien en euros est établi à 0,72 € pour un dollar, soit le taux de conversion moyen des cinq dernières années.

- cinq fois le revenu annuel brut de la défunte. Cette indemnité ne peut être inférieure à 158.264 \$ (114.000 €) ni supérieure à 452.500 \$ (325.000 €) ;
- chacun des enfants majeurs de la défunte a droit à une indemnité forfaitaire de 38.363 \$ (27.600 €), couvrant encore ici tous les postes de préjudices ;
- 15 heures de consultation auprès d'un psychologue sont offertes à chacune des victimes identifiées ci-dessus (une forme de réparation en nature courante dans les régimes québécois d'indemnisation).

Entre le 14 décembre 2020 et le 31 mai 2022, plus de 7,3 millions de Québécois ont reçu au moins une dose de vaccin contre la Covid-19 (18 millions de doses ont été administrées en tout). Les différents vaccins administrés étant très sûrs, seulement trois demandes d'indemnisation en vertu de la *Loi sur la santé publique* ont été acceptées par un comité médical chargé d'évaluer les demandes. Sur les 125 demandes déposées en 2021 et 2022, seulement 8 ont été jugées recevables et donc soumises au comité médical pour évaluation ; les 117 autres ne remplissaient pas les critères de recevabilité (le plus souvent en raison des effets indésirables mineurs ayant résulté de la réception du vaccin). Des 8 demandes jugées recevables, 5 ont été au final rejetées pour absence d'un lien suffisamment étroit entre la réception du vaccin et les symptômes éprouvés<sup>45</sup>.

Au total, on a enregistré 12.494 déclarations de manifestations cliniques inhabituelles pendant la campagne de vaccination, mais puisque la vaste majorité des effets indésirables étaient mineurs (maux de tête, fièvre, problèmes gastro-intestinaux), cela ne donnait pas ouverture à l'application du régime d'indemnisation.

## 2) L'application des règles de la responsabilité civile

Le régime d'indemnisation exposé dans la section précédente prévoit que la « victime peut, en outre, exercer une poursuite civile contre toute personne responsable des préjudices corporels »<sup>46</sup>.

L'expression « en outre » s'explique par le fait que la victime des effets indésirables d'un vaccin peut d'abord être indemnisée au titre de la solidarité nationale, sans pour autant perdre son droit d'intenter une poursuite civile contre un responsable potentiel de ses dommages. La loi n'étant pas financée par les créateurs du risque mais par la solidarité nationale (« fonds consolidé du revenu », art. 78), il n'y a donc ici personne à protéger et cela explique que le droit commun de la responsabilité civile s'applique en théorie à tout responsable potentiel, y compris le producteur du vaccin. En pratique, aucune action semblable n'a été intentée au Québec depuis les débuts du régime. Est-ce en raison des difficultés de preuve, de la qualité des vaccins ou d'une culture

45 Toutes ces données peuvent être consultées à l'adresse suivante : <https://www.quebec.ca/sante/conseils-et-prevention/vaccination/indemnisation-des-victimes-vaccination#c168589>.

46 *Loi sur la santé publique*, RLRQ, c. S-2.2, art. 74.

différente<sup>47</sup> ? Toujours est-il que dans l'hypothèse où une telle action civile serait intentée, les règles du *Code civil du Québec* (art. 1468, 1469 et 1473) inspirées de la directive européenne de 1985 relative aux produits défectueux seraient alors applicables.

On ne peut que spéculer sur le sort d'une telle action, qui n'exige pas de prouver directement la faute du producteur mais lui accorde tout de même des moyens d'exonération : c'est la différence entre un régime de responsabilité sans faute et un régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité.

Les producteurs de vaccins pourraient échapper à leur responsabilité en démontrant qu'aucun *défaut de sécurité* ne peut être reconnu à l'encontre de leur produit. Le défaut de sécurité est ainsi défini dans l'article 1469 du *Code civil du Québec* :

1469. Il y a défaut de sécurité du bien lorsque, compte tenu de toutes les circonstances, le bien n'offre pas la sécurité à laquelle on est normalement en droit de s'attendre, notamment en raison d'un vice de conception ou de fabrication du bien, d'une mauvaise conservation ou présentation du bien ou, encore, de l'absence d'indications suffisantes quant aux risques et dangers qu'il comporte ou quant aux moyens de s'en prémunir.

La preuve du défaut de sécurité repose au départ sur les épaules du poursuivant, mais rien n'empêche le fabricant d'administrer une « preuve préventive » ou encore d'attaquer la preuve présentée par le demandeur.

Par ailleurs, si on voit mal de quelle manière le moyen de défense consistant à dire que la victime « pouvait prévoir le préjudice » serait applicable dans un contexte de vaccination (art. 1473, al. 1<sup>er</sup>, C.c.Q.), le second alinéa du même article reconnaît que le *risque de développement* pourrait être soulevé :

1473 [al. 2]. Il [le fabricant] n'est pas tenu, non plus, de réparer le préjudice s'il prouve que le défaut ne pouvait être connu, compte tenu de l'état des connaissances, au moment où il a fabriqué, distribué ou fourni le bien et qu'il n'a pas été négligent dans son devoir d'information lorsqu'il a eu connaissance de l'existence de ce défaut.

Dans le contexte de précipitation ayant entouré la mise en marché des vaccins liés à la Covid-19, ce moyen de défense ne peut être écarté d'office.

On notera en terminant que le cumul des indemnités (régime spécial et recours de droit commun) est interdit puisque « [l]e ministre est subrogé de plein droit aux droits et actions de la victime contre le responsable du préjudice jusqu'à concurrence du montant de l'indemnité qu'il a versé ou du capital représentatif des rentes qu'il est appelé à verser » (art. 75).

47 On peut faire ici une analogie avec la responsabilité des fabricants de médicaments, qui est beaucoup plus souvent recherchée en Europe qu'au Québec (où on n'a pas connu les scandales du Mediator, de la Dépakine, etc.).

## Conclusion

Nous espérons que ces morceaux choisis, qui s'inscrivent en filigrane du contexte pandémique lié à la Covid-19, auront permis d'identifier le particularisme des solutions du droit québécois par rapport à celles retenues en Europe. Nous avons d'abord ciblé la responsabilité civile des établissements d'accueil et de soins au Québec pour les résidents infectés par le virus. Par la suite, nous avons analysé la responsabilité de l'État québécois et des employeurs vis-à-vis de leurs salariés qui auraient contracté la Covid-19 à l'occasion de leur travail.

Sur ces questions, l'existence d'une procédure d'action collective (action de groupe) dont la portée est beaucoup plus large qu'en Europe, ainsi qu'un régime d'indemnisation des travailleurs qui a su s'adapter à l'évolution du droit, constituent les deux principales particularités du système québécois.

Quelques remarques finales sur l'indemnisation découlant de la vaccination contre la Covid-19 concluent le présent rapport et permettent de relever l'existence, depuis la fin des années 1980, d'un régime d'indemnisation à caractère social au Québec pour les victimes qui subissent de graves séquelles résultant de la réception d'un vaccin.



# Table des matières

Sommaire	5
Avant-propos	13
Javier LETE	

## **Titre 1. La responsabilité civile des établissements de santé privés**

<b>Chapitre 1. La responsabilité civile des établissements de santé privés</b>	
<b>Rapport de synthèse</b>	19
Anne GUÉGAN	

I. Le cas particulier de la contamination par la Covid-19 appréhendée par le prisme de l'infection nosocomiale : quel risque de responsabilité ?	23
A) La question de la qualification d'infection nosocomiale d'une contamination par la Covid-19 survenue pendant l'hospitalisation	23
B) La question du risque d'engagement de la responsabilité des établissements de santé privés	24
II. Les fautes susceptibles d'engager la responsabilité des établissements de santé privés en vue de la réparation des dommages en lien avec la crise sanitaire : quel risque de responsabilité ?	27
A) Les fautes en lien avec les actes de soins	27
B) Les fautes en lien avec l'organisation du service	29

<b>Chapitre 2. La responsabilité civile des établissements de santé privés</b>	
<b>Rapport anglais</b>	31
Mélinée KAZARIAN	

Introduction : la notion d'établissement de soin privé dans le système britannique	32
I. Responsabilité civile pour contamination causée aux patients traités par un établissement de soin privé : une faille juridique pour les demandeurs	33
A) La responsabilité des établissements de soin privé fournissant des soins directs aux patients	35
B) Établissements de soins privés fournissant des soins pour le NHS : à qui incombe la responsabilité civile ?	40
II. Responsabilité civile pour contamination du personnel dans un établissement de soin privé	45
III. Voies alternatives à la responsabilité civile	45
Conclusion	46

### Chapitre 3.

#### La responsabilité civile des établissements de santé privés

##### Rapport belge

49

Florence GEORGE

Pauline COLSON

##### Introduction

50

- I. La responsabilité civile des hôpitaux en raison d'un dommage au patient 53
  - A) Responsabilité du fait personnel de l'hôpital 53
  - B) Responsabilité du fait d'autrui 58
    - 1) Responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui (art. 1384, al. 3, anc. C. civ.) 58
      - a) Responsabilité de l'hôpital du fait des médecins 58
      - b) Responsabilité de l'hôpital du fait des infirmiers 60
    - 2) Responsabilité contractuelle du fait des auxiliaires (art. 5.229 C. civ.) 60
  - C) Responsabilité du fait des choses 62
    - 1) Responsabilité extracontractuelle du fait des choses 62
      - a) L'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'ancien Code civil 62
      - b) La loi du 25 février 1991 relative aux produits défectueux 63
    - 2) Responsabilité contractuelle liée à l'utilisation d'une chose défectueuse (art. 5.230) 65
  - D) Responsabilité centrale de l'hôpital 66
- II. Le Fonds des accidents médicaux 68

##### Conclusion

77

### Chapitre 4.

#### La responsabilité civile des établissements de santé privés

##### Rapport espagnol

79

Carlos GÓMEZ

- I. La responsabilité civile des établissements de santé privés en droit espagnol 80
  - A) La responsabilité pour faute et la *lex artis ad hoc* 81
  - B) Mauvais diagnostic, consentement éclairé et perte de chance 83
  - C) Responsabilité pour les dommages causés par les employés et les personnes à charge 84
  - D) Responsabilité de l'assureur des soins de santé 85
  - E) L'évaluation des dommages causés au patient 86
- II. Les fondements juridiques d'une plainte déposée par un patient infecté par la Covid-19 dans un établissement de santé privé 87
  - A) La responsabilité stricte du fonctionnement du service 87
  - B) La possibilité de considérer la Covid-19 comme une infection nosocomiale 89
  - C) Concurrence de la faute du patient non vacciné 90
- III. La juridiction compétente 91

### Chapitre 5.

#### La responsabilité civile des établissements de santé privés

##### Rapport français

93

Farida ARHAB-GIRARDIN

- I. La responsabilité civile de l'établissement de santé privé confrontée à la Covid-19 95
  - A) Les difficultés autour de la qualification d'infection nosocomiale liée à la Covid-19 95
    - 1) Qualification et preuve de l'infection nosocomiale liée à la Covid 96
    - 2) Hypothèses de responsabilité de l'établissement de santé en présence d'une infection nosocomiale 98

B) L'identification complexe des fautes éventuelles des établissements de santé privés	101
1) Les fautes techniques imputables à l'établissement de santé privé	101
2) Faute éthique	106
3) Défaut d'organisation du service	107
II. La solidarité nationale, un remède relatif aux limites de la responsabilité civile des établissements de santé face aux incertitudes scientifiques	108
A) L'articulation responsabilité civile et indemnisation par la solidarité nationale	109
1) Extension de la compétence de l'ONIAM à la menace sanitaire grave sans exclusion d'une action en responsabilité civile de l'établissement de santé	109
2) Indemnisation par la solidarité nationale et exclusion de toute responsabilité de l'établissement de santé	110
B) L'incidence des prédispositions de la victime sur le droit à indemnisation	112
1) Prédispositions de la victime et lien de causalité	112
2) Prédispositions de la victime : le cas particulier des infections nosocomiales	114

## Chapitre 6.

### La responsabilité civile des établissements de santé privés

#### Rapport italien

117

Valerio FORTI

I. Contamination du patient au sein de l'établissement	119
A) Fait générateur	119
B) Lien de causalité	120
II. Mauvaise prise en charge par l'établissement du patient déjà contaminé	121
A) Fondement	121
B) Mise en œuvre	122

## Chapitre 7.

### La responsabilité civile des établissements de santé privés

#### Rapport portugais

125

Maria João VASCONCELOS

Introduction : l'établissement de soins privé dans le cadre du système de santé portugais	126
I. Responsabilité civile pour contamination causée aux patients traités dans un établissement de soins privé	127
II. Quel juge serait amené à statuer sur les actions en responsabilité ?	130
III. Responsabilité civile pour contamination du personnel dans un établissement de soins privé	130
IV. Méthodes particulières de réparation	131

## Chapitre 8.

### La responsabilité civile des établissements de santé privés

#### Rapport tchèque

133

Nicole GRMELOVÁ

Introduction	134
I. La responsabilité des prestataires de soins de santé privés	135
A) Conditions préalables à la responsabilité pour dommages	137
1) Douleur	139
2) Indemnité pour mobilité sociale réduite	139
3) Autres dommages non pécuniaires (angoisse)	139

B) Détermination du montant de l'indemnisation	140
II. Compétence de la Cour	142
III. Règlement extrajudiciaire des litiges en matière d'indemnisation	143
Conclusion	143

## **Titre 2. La responsabilité civile des établissements d'accueil de personnes âgées et/ou dépendantes**

### **Chapitre 1.**

#### **La responsabilité civile des établissements d'accueil de personnes âgées et/ou dépendantes**

##### **Rapport de synthèse**

147

Ricardo PAZOS

I. Le rapport juridique entre les usagers et les établissements d'accueil	155
A) L'existence du contrat	155
B) La validité du contrat	159
II. Le contenu du contrat et les faits générateurs de responsabilité des établissements envers les usagers	162
A) La réglementation du contenu organisationnel et fonctionnel	163
B) Les droits et libertés fondamentaux des résidents	172

### **Chapitre 2.**

#### **La responsabilité civile des établissements d'accueil de personnes âgées et/ou dépendantes**

##### **Rapport français**

177

Laurence GATTI

I. Vive le contrat entre les usagers et les établissements ?	179
A) L'existence incertaine du contrat	179
B) La validité contestable du contrat	181
II. Feu les artifices de la responsabilité contractuelle ?	184
A) La réglementation du contenu organisationnel et fonctionnel	184
B) L'impérialisme des droits et libertés fondamentaux	188

### **Chapitre 3.**

#### **La responsabilité civile des établissements d'accueil de personnes âgées et/ou dépendantes**

##### **Rapport portugais**

195

Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA

Introduction : la notion d'établissement d'accueil de personnes âgées et de personnes dépendantes	196
I. Les rapports entre les établissements d'accueil et les personnes âgées et/ou dépendantes	198
II. La responsabilité civile des établissements d'accueil	200

## Titre 3. Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19

### Chapitre 1.

#### Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19

##### Rapport de synthèse

207

Olivier GOUT

- |   |     |
|---|-----|
| I. Les ressources de la responsabilité civile pour l'indemnisation des dommages vaccinaux | 209 |
| A) La responsabilité des producteurs de vaccins anti-Covid-19                             | 209 |
| 1) Le recours à la responsabilité spécifique du fait des produits défectueux              | 210 |
| 2) Les autres fondements de responsabilité possibles                                      | 213 |
| B) La responsabilité des autres acteurs de la campagne de vaccination                     | 214 |
| 1) Les autorités publiques  | 214 |
| 2) Les professionnels de santé ayant vacciné  | 216 |
| 3) Les établissements de santé  | 217 |
| II. Le relai de la solidarité nationale pour l'indemnisation des dommages vaccinaux       | 217 |
| A) Une convergence quant à l'existence de fonds dédiés                                    | 217 |
| B) Des divergences quant aux régimes d'indemnisation                                      | 219 |
| 1) Quant à la gravité du dommage  | 219 |
| 2) Quant à la procédure d'indemnisation   | 220 |
| 3) Quant au montant de l'indemnisation  | 221 |
| Conclusion  | 223 |

### Chapitre 2.

#### Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19

##### Rapport allemand

225

Jonas KNETSCH

- |  |     |
|--|-----|
| I. La responsabilité civile des différents acteurs de la campagne de vaccination | 228 |
| A) La responsabilité civile des laboratoires pharmaceutiques                     | 228 |
| B) La responsabilité des établissements et professionnels de soins               | 230 |
| C) La responsabilité de la puissance publique                                    | 232 |
| II. Le régime d'indemnisation sociale applicable aux dommages vaccinaux          | 233 |
| A) Aperçu général du régime de prise en charge des dommages vaccinaux            | 234 |
| B) Application du paragraphe 60 IfSG aux vaccinations contre la Covid-19         | 236 |

### Chapitre 3.

#### Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19

##### Rapport anglais

237

Emmanuelle LEMAIRE

- |   |     |
|---|-----|
| I. Une mise en œuvre limitée de la responsabilité civile des acteurs impliqués dans la vaccination contre la Covid-19 | 239 |
| A) La responsabilité civile des producteurs de vaccins contre la Covid-19   | 239 |
| 1) Les fondements possibles de responsabilité civile  | 240 |
| a) <i>La responsabilité du fait des produits défectueux</i>   | 240 |
| b) <i>La responsabilité pour faute (tort of negligence)</i>   | 244 |
| 2) Les protections accordées aux producteurs de vaccins contre la Covid-19  | 246 |
| a) <i>Une protection légale limitant les risques juridiques de responsabilité civile</i>                              | 246 |
| b) <i>Une protection contractuelle limitant les risques financiers de responsabilité civile</i>                       | 247 |

B) La responsabilité civile des acteurs impliqués dans le déploiement de la campagne de vaccination	248
1) La responsabilité civile du personnel impliqué dans l'administration des vaccins contre la Covid-19	249
a) <i>La responsabilité civile pour faute du personnel chargé de la prescription et de l'administration des vaccins (tort of negligence)</i>	250
b) <i>Les mécanismes de protection mis en place au bénéfice des personnes chargées de l'administration des vaccins</i>	253
2) La responsabilité civile des établissements impliqués dans l'administration des vaccins contre la Covid-19	254
a) <i>La responsabilité des établissements de santé en cas de faute commise par un professionnel de santé</i>	255
b) <i>La responsabilité personnelle des établissements de santé</i>	257
C) La responsabilité civile des acteurs publics impliqués dans la mise en place de la stratégie vaccinale	258
II. Un recours privilégié au fonds de paiement pour les dommages vaccinaux par les victimes des vaccinations contre la Covid-19	262

## Chapitre 4.

### Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19

#### Rapport belge

267

Catherine DELFORGE

François CUVELIER

I. La responsabilité pour faute	269
A) La responsabilité des autorités publiques	269
B) La responsabilité des autres acteurs de la chaîne de la mise en circulation des vaccins	272
II. La responsabilité du fait des produits défectueux	273
A) Les conditions de mise en œuvre du régime	274
B) Les possibilités d'exonération du producteur	277
III. Les régimes de solidarité	279
A) L'intervention du Fonds des accidents médicaux en présence d'un accident « sans responsabilité »	279
B) Le contentieux objectif de l'indemnité devant le Conseil d'État en cas de vaccination obligatoire	281
Conclusion	283

## Chapitre 5.

### Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19

#### Rapport espagnol

285

Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ

I. La stratégie communautaire de lutte contre la Covid-19 : des questions qui suscitent l'intérêt	286
II. Responsabilité de l'approbation du vaccin et de l'autorisation de mise sur le marché	288
III. Responsabilité de l'administration publique responsable de la campagne de vaccination	289
A) Responsabilité pour le fonctionnement normal des services publics	289
B) Critère jurisprudentiel : socialisation du risque et interprétation souple du consentement éclairé	291
C) Exclusion d'une telle responsabilité pour les défauts de fabrication ou l'application du vaccin	293

IV. Responsabilité du fabricant du vaccin	294
A) Soumission du vaccin au schéma thérapeutique défectueux	295
1) Le vaccin en tant que produit défectueux	296
2) Considération juridique du fabricant	297
3) Lien de causalité	298
B) Effets de l'exemption accordée par le fabricant en vertu des CAA	299
C) Articulation de cette responsabilité avec celle de l'Administration pour le fonctionnement normal du service	300

## Chapitre 6.

### Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19

#### Rapport français

301

Samuel FRANÇOIS

I. Le rôle marginal de la responsabilité civile	303
A) La responsabilité des producteurs	303
1) Les obstacles avérés	303
2) Les obstacles fantasmés	306
B) La responsabilité des professionnels de santé	307
II. Les ressources limitées de la solidarité nationale	309
A) En cas de vaccination obligatoire	309
B) En cas de vaccination non obligatoire	310

## Chapitre 7.

### Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19

#### Rapport italien

313

Valerio FORTI

I. La production du vaccin	315
A) Distinction entre produit défectueux et produit dangereux	315
B) Articulation entre produit défectueux et produit dangereux	315
II. La vaccination	316
A) Fondement	317
B) Régime	318

## Chapitre 8.

### Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19

#### Rapport portugais

321

Maria João VASCONCELOS

I. Les producteurs de vaccins peuvent-ils voir leur responsabilité engagée ? Si oui, sur quel(s) fondement(s) ? À quelle(s) condition(s) ?	322
II. Les producteurs de vaccins peuvent-ils échapper à leur responsabilité ? Comment ? <i>Quid</i> des contrats passés par les laboratoires avec les États relatifs à la mise sur le marché des vaccins ?	322
III. Est-il concevable, dans les différents États, de rechercher la responsabilité des autorités sanitaires publiques pour la stratégie mise en place s'agissant de la vaccination contre la Covid-19 (autorisation du vaccin, caractère obligatoire ou pas de la vaccination) ? Si oui, sur quel(s) fondement(s) ?	324
IV. Les professionnels de santé (personnes morales (établissement de soins privés et publics), personnes physiques (médecins, pharmaciens, infirmiers...)) peuvent-ils voir leur responsabilité engagée ? Si oui, sur quel(s) fondement(s) ?	325
V. En cas de dommages causés par le vaccin, existe-t-il un système d'indemnisation spécifique ou la création d'un tel fonds a-t-elle été envisagée dans vos systèmes juridiques ?	326

**Chapitre 9.****Les responsabilités civiles liées à la vaccination contre la Covid-19**

<b>Rapport tchèque</b>	327
<b>Veronika VANIŠOVÁ</b>	
Introduction	328
I. Responsabilité et sanctions en cas de violation des mesures de crise prises en vertu de la loi sur la crise	329
II. Responsabilité et sanctions en cas de violation des mesures d'urgence prises en vertu de la loi sur la protection de la santé publique	333
III. Responsabilité et sanctions en cas de violation des mesures de lutte contre la pandémie prises en vertu de la loi sur les pandémies	335
Conclusion	338

**Titre 4.****La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés****Chapitre 1.****La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés**

<b>Rapport de synthèse</b>	343
<b>Vincent RIVOLLIER</b>	
I. La responsabilité civile de l'employeur <i>vis-à-vis</i> des salariés	347
A) La prévention des risques sanitaires	347
1) L'identification des obligations de l'employeur	347
2) La mise en œuvre des obligations des employeurs	351
B) La réparation des risques sanitaires	354
1) Les régimes de réparation des risques professionnels	354
a) <i>La reconnaissance du caractère professionnel</i>	354
b) <i>Les conséquences indemnitaires</i>	359
2) La place de la responsabilité civile de l'employeur en cas de manquement à ses obligations	360
II. La responsabilité civile de l'employeur <i>du fait</i> de ses salariés	364

**Chapitre 2.****La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés**

<b>Rapport allemand</b>	367
<b>Martin ZWICKEL</b>	
I. Point de départ : obligation de l'employeur de prendre des mesures de sécurité au travail et risques de responsabilité	368
A) Mesures préventives lors de la pandémie	368
1) Standard spécifique de protection au travail pour la Covid-19	368
2) Sanctions des salariés ne respectant pas les mesures de protection	369
3) Sanctions de l'employeur ne respectant pas les normes de sécurité au travail	369
B) Responsabilité en cas de dommage	369
II. Principes de la responsabilité de l'employeur et interaction des différents régimes	370

III. Remplacement de la responsabilité civile de l'employeur envers ses salariés par une couverture d'assurance contre les risques professionnels dans la pandémie	371
A) Le principe de substitution de la responsabilité par la couverture d'assurance : l'infection avec le coronavirus comme maladie professionnelle ou accident du travail	372
1) Les conditions de la substitution de la responsabilité par le système d'assurance	372
2) L'importance hétérogène de la preuve du lien de causalité	373
3) Les conséquences juridiques : effets de la reconnaissance en tant que maladie professionnelle ou accident du travail	374
B) L'effet du non-respect des mesures de protection	375
C) Résultat intermédiaire	375
IV. Responsabilité personnelle de l'employeur sur la base des règles générales du droit de la responsabilité civile	376
A) Condition : faute de l'employeur	376
B) Responsabilité personnelle de l'employeur envers le salarié	376
1) Limitation aux cas où la sécurité sociale n'intervient pas	376
2) Triple effet de la législation sur la santé et la sécurité au travail	376
3) Problème de causalité	377
C) Responsabilité de l'employeur vis-à-vis du porteur de l'assurance accident	378
D) Effet du non-respect des mesures de prévention	379
E) Résultat intermédiaire	379
V. Responsabilité de l'employeur du fait de ses salariés	380
A) Responsabilité sur la base du droit des contrats	380
B) Responsabilité selon le paragraphe 831 du BGB	380
C) Résultat intermédiaire	381
Conclusion	381

### Chapitre 3.

#### La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés

<b>Rapport anglais</b>	383
Simon TAYLOR	
I. La responsabilité de l'employeur vis-à-vis du salarié	384
A) Indépendamment de la réalisation du risque	384
B) En cas de réalisation du risque	386
1) La législation sur la réparation des risques professionnels	386
2) La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis des salariés	387
a) <i>Les conditions de la responsabilité extracontractuelle</i>	389
i) <i>Le fait générateur</i>	389
ii) <i>Le dommage et le lien causal</i>	390
b) <i>La responsabilité de l'employeur pour le stress ou l'anxiété du salarié</i>	391
II. La responsabilité de l'employeur du fait du salarié	391
Conclusion	393

### Chapitre 4.

#### La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés

<b>Rapport belge</b>	395
Nicolas ESTIENNE	
I. La responsabilité de l'employeur vis-à-vis des salariés	396
A) L'obligation de prévention des risques professionnels	396

B) L'obligation de réparation des risques professionnels	400
1) Les accidents du travail et les maladies professionnelles	400
2) Le débiteur de l'indemnisation	405
3) L'étendue de la réparation en cas d'incapacité de travail	405
4) L'étendue de la réparation en cas de décès	408
5) La place de la responsabilité civile de l'employeur en cas de manquements à ses obligations	408
II. La responsabilité de l'employeur <i>du fait</i> de ses salariés	410

## Chapitre 5.

### La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés

#### Rapport espagnol

413

Miguel MARTÍNEZ MUÑOZ

Introduction

414

I. La sécurité au travail et la prévention des risques professionnels

414

II. La réparation des dommages en cas de matérialisation des risques professionnels

418

III. La responsabilité des employeurs du fait de leurs salariés

421

## Chapitre 6.

### La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés

#### Rapport français

425

Morane KEIM-BAGOT

I. Une hypothèse d'école : la responsabilité des employeurs du fait des salariés dans le cadre de la crise sanitaire

426

II. Responsabilité des employeurs vis-à-vis des salariés du fait de la crise sanitaire

428

A) Prévention du risque et responsabilité du salarié

428

1) Les instruments à la disposition du salarié-acteur de la prévention

428

        a) *Les instruments mobilisables à titre individuel*

428

        b) *Les instruments mobilisables à titre collectif*

431

2) Sanctionner l'inertie du salarié ?

432

B) Réalisation du risque et responsabilité de l'employeur vis-à-vis du salarié

433

1) La contamination : une maladie professionnelle ?

434

2) La réparation limitée du risque professionnel

436

## Chapitre 7.

### La responsabilité civile de l'employeur vis-à-vis et du fait des salariés

#### Rapport portugais

443

Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA

I. La responsabilité de l'employeur *vis-à-vis* des salariés

444

A) Indépendamment de la réalisation des risques

444

B) En cas de réalisation des risques

447

1) Dans le champ de la législation sur la réparation des risques professionnels

447

2) En dehors du champ de la législation sur la réparation des risques professionnels

452

II. La responsabilité de l'employeur *du fait* de ses salariés

453

## Titre 5. Assurance et pandémie

### Chapitre 1.

#### Assurance et pandémie

##### Rapport de synthèse

457

Philippe BRUN

- I. La place de l'assurance de responsabilité 459
- II. L'assurance des pertes d'exploitation 459
- III. Autres assurances 461

### Chapitre 2.

#### Assurance et pandémie

##### Rapport allemand

465

Jonas KNETSCH

- I. L'assurance des pertes d'exploitation des entreprises à l'épreuve de la pandémie 468
  - A) La place marginale de l'assurance des pertes d'exploitation avant la pandémie 468
  - B) Le « compromis bavarois » (*bayerischer Kompromiss*) et les accords transactionnels entre assureurs et hôteliers/restaurateurs 469
  - C) L'arrêt de principe de la Cour fédérale de justice du 26 janvier 2022 470
- II. L'incidence de l'épidémie de Covid-19 sur les autres branches d'assurance 472
  - A) La clause dite « d'infection » dans l'assurance de responsabilité civile 473
  - B) Les ristournes « Covid-19 » dans l'assurance automobile 475

### Chapitre 3.

#### Assurance et pandémie

##### Rapport belge

477

Marine BOREQUE

- Introduction 478
- I. Assurabilité du risque de pandémie et de ses conséquences 479
- II. L'assurance « pertes d'exploitation » 480
- III. Autres contrats d'assurances affectés par la crise de la Covid-19 482
- IV. Mécanismes d'indemnisation alternatifs 488
- Conclusion 491

### Chapitre 4.

#### Assurance et pandémie

##### Rapport espagnol

493

Abel VEIGA

### Chapitre 5.

#### Assurance et pandémie

##### Rapport français

503

Luc MAYAUX

- I. Les assurances des professionnels 504
  - A) L'assurance de responsabilité civile des professionnels et établissements de santé 504

1) La responsabilité des établissements de soins	504
2) L'intervention d'un fonds de garantie	506
B) L'assurance des pertes d'exploitation des entreprises	506
1) Les pertes d'exploitation sans dommages	506
2) Les contentieux	508
a) <i>Principe de la garantie</i>	508
b) <i>Étendue de la garantie</i>	509
c) <i>Théorie juridique</i>	510
3) Les gestes commerciaux	511
II. Les assurances du particulier	512
A) L'assurance « automobile »	513
B) Les assurances « santé » et « prévoyance »	514
Conclusion	515

## Chapitre 6.

### Assurance et pandémie

#### Rapport portugais

517

Nuno Manuel PINTO OLIVEIRA

I. L'assurance de responsabilité civile	518
A) L'assurance de responsabilité civile des professionnels de santé exerçant leur activité hors des cadres d'un cabinet médical ou d'une clinique	518
B) L'assurance de responsabilité civile des professionnels de santé exerçant leur activité dans des cabinets médicaux ou des cliniques	519
II. L'assurance des pertes d'exploitation des entreprises	521
III. Les autres assurances	522
A) L'assurance automobile : les conséquences de la diminution du risque de la circulation routière	522
B) Les assurances de santé privées (assurance-maladie et assurance-vie)	524

## Titre 6.

### La responsabilité civile de l'État

#### Chapitre 1.

#### La responsabilité civile de l'État

##### Rapport de synthèse

527

Laurie FRIANT

I. La responsabilité indirecte de l'État	533
II. La responsabilité directe de l'État	533
A) Le cadre théorique de la responsabilité de l'État	533
B) La responsabilité de l'État dans la gestion de la pandémie Covid-19	535
1) Les obstacles à la recherche de la responsabilité de l'État	535
2) Les obstacles à l'engagement de la responsabilité de l'État dans la gestion de la pandémie Covid-19	536
a) <i>La faute</i>	536
b) <i>Le lien de causalité</i>	537
c) <i>La possible exonération</i>	538
d) <i>Les réticences du juge</i>	538
Conclusion	539

**Chapitre 2.****La responsabilité civile de l'État****Rapport allemand**

541

Martin ZWICKEL

- I. Les fondements de la responsabilité de l'État : une multitude de justifications 542
  - A) Responsabilité de l'État pour comportement illégal 542
  - B) Responsabilité de l'État en cas de comportement licite 543
  - C) Destinataires de la responsabilité 543
- II. Responsabilité de l'État pour les mesures dans la crise sanitaire : absence d'indemnisation pour la plupart des mesures 543
  - A) Points de départ envisageables pour une responsabilité de l'État 544
    - 1) Ordres des autorités dans des cas individuels à des personnes potentiellement infectées ou contagieuses 544
    - 2) Ordres généraux des autorités aux personnes en bonne santé 544
    - 3) Absence de protection de la part des organes de l'État 544
    - 4) Vaccination 545
  - B) Responsabilité de l'État pour des mesures illégales de lutte contre la pandémie 545
  - C) Responsabilité de l'État pour les mesures légitimes de lutte contre la pandémie 546
    - 1) Règles spéciales d'indemnisation découlant de l'IfSG 547
    - 2) Responsabilité pour cause d'expropriation 548
    - 3) Obligation de l'État de créer un droit de responsabilité de l'État 549
    - 4) Résultat : responsabilité ponctuelle en vertu de dispositions spéciales 549
- III. Aspects pratiques et politico-juridiques 549

**Chapitre 3.****La responsabilité civile de l'État****Rapport anglais**

553

Mélinée KAZARIAN

- Introduction 554
- I. Le système de santé publique au Royaume-Uni 555
- II. La mise en œuvre de la responsabilité de l'État : la responsabilité du fait d'autrui (*vicarious liability*) 556
- III. Le régime juridique de la responsabilité délictuelle en droit anglais 557
  - A) Le devoir de diligence et de soin raisonnable 558
  - B) La violation du devoir de diligence – *breach of duty* 558
  - C) Le lien de causalité – *factual causation* 565
  - D) La perte de chance en droit civil médical – *loss of chance* 567
  - E) La causalité juridique – *causation in Law* ou *remoteness of damage* 568
- Conclusion 568

**Chapitre 4.****La responsabilité civile de l'État****Rapport belge**

571

Françoise AUVRAY

- I. Le régime juridique de la responsabilité de l'État 572
- II. La mise en œuvre de la responsabilité de l'État, d'un point de vue théorique 576
  - A) La faute pour méconnaissance d'une norme de droit qui « impose de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée » 577
  - B) La faute comme erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère du pouvoir public normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions 580

C) Absence de cause d'exonération ; lien causal et dommage	582
D) La réparation en nature du dommage et le problème des injonctions en matière de responsabilité des pouvoirs publics	583
III. Quelques remarques finales quant à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État, d'un point de vue plus pratique	584
Post-scriptum	585

## Chapitre 5.

### La responsabilité civile de l'État

#### Rapport espagnol

587

Javier LETE

Introduction	588
I. Le principe général de responsabilité et sa mise en œuvre	590
II. Conditions	590
A) Atteinte aux biens et droits du particulier	590
B) Le dommage a été causé par le fonctionnement normal ou anormal des administrations publiques	592
C) La relation de causalité	593
III. Les causes d'exonération de la responsabilité	594
IV. L'obligation de réparer le dommage	595
V. La responsabilité de l'État législateur	596
A) Actes législatifs ne constituant pas des actes d'expropriation des droits	596
B) La déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme ayant rang de loi	597
C) La responsabilité par violation du droit de l'Union européenne	598

## Chapitre 6.

### La responsabilité civile de l'État

#### Rapport français

601

Théo DUCHARME

I. Les principes de la responsabilité de l'État – fondements, perspectives historiques	602
II. Le principe de la responsabilité de l'État dans le cadre de la pandémie de la Covid-19	606
III. Régimes de responsabilité envisageables et pandémie de la Covid-19	607
IV. La mise en œuvre de la responsabilité dans le cadre de la pandémie	609
Conclusion	613

## Chapitre 7.

### La responsabilité civile de l'État

#### Rapport portugais

615

Maria João VASCONCELOS

## Chapitre 8.

### La responsabilité civile de l'État

#### Rapport suisse

621

Bénédict WINIGER

I. En général	622
A) La responsabilité de la Confédération	622
1) Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération	622
2) Législation sur les épidémies	623
3) Loi fédérale sur les épizooties	625
B) La responsabilité des cantons	625

II. Jurisprudence	626
A) Responsabilité pour information	627
B) Responsabilité pour vaccinations	628
C) Responsabilité pour détention illicite	629
Conclusion	630

## **Chapitre 9.**

### **La responsabilité civile de l'État**

#### **Rapport tchèque**

633

Petr TOMCIAK

Introduction

634

I. La responsabilité de l'État en droit tchèque – Éléments de fondement	634
II. Les responsabilités de l'État dans le contexte de la pandémie de Covid-19	639
III. Quelques considérations juridiques sur la responsabilité de l'État en matière de vaccination	644
Conclusion	646

## **Titre 7.**

### **Rapport québécois : morceaux choisis parmi les différents thèmes du colloque 2023**

#### **Rapport québécois : morceaux choisis parmi les différents thèmes du colloque 2023**

651

Daniel GARDNER

Mariève LACROIX

I. La responsabilité civile des établissements d'accueil et de soins dans le contexte de la Covid-19	653
A) La nature de la responsabilité des exploitants	654
B) L'application des règles de la responsabilité civile dans un contexte pandémique	655
C) L'action de groupe comme moyen de faire valoir ses droits	657
1) Une mise en contexte	658
2) L'affaire du CHSLD Herron	659
II. La responsabilité de l'employeur vis-à-vis de ses employés et l'indemnisation découlant de la vaccination contre la Covid-19	663
A) La responsabilité de l'employeur indépendamment de la réalisation des risques liés à la Covid-19	664
1) Les obligations légales de protection de la part de l'employeur	664
2) Le droit de refus du travailleur et son exercice lors de la Covid-19	665
B) La responsabilité de l'employeur en cas de réalisation des risques liés à la Covid-19	667
1) Le régime d'indemnisation de la LATMP	667
2) Les indemnités versées dans le cadre de la LATMP	670
3) L'indemnisation en vertu de la LATMP dans le contexte de la Covid-19	673
C) L'indemnisation découlant de la vaccination contre la Covid-19	675
1) L'indemnisation des victimes potentielles	675
2) L'application des règles de la responsabilité civile	677
Conclusion	679

