



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

UNIVERSITE DE METZ
U.F.R. DROIT, ECONOMIE, ADMINISTRATION

**L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE
DES HOPITAUX PUBLICS EN DROIT
ADMINISTRATIF FRANCAIS**

Thèse
pour le Doctorat en droit public de l'Université de Metz
présentée et soutenue publiquement
le 18 décembre 1997 par

Pierre TIFINE

BIBLIOTHEQUE UNIVERSITAIRE DROIT-SCIENCES ECO - METZ -	
N° Inv	1997015D
Cote	D/173 97/3
Loc.	Magasin
Cat	OCLC

Directeur de thèse : - **M. Patrick Benoit**, Professeur à l'Université de Metz

Membres du jury : - **M. Vincent Cattoir-Jonville**, Professeur à l'Université de Lille II
- **M. François Colly**, Professeur à l'Université d'Evry
- **M. Jacques Moreau**, Professeur à l'Université de Panthéon-Assas
(Paris II)
- **M. Nicolas Rontchevsky**, Professeur à l'Université de Metz

*L'université n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs*

INDEX DES ABREVIATIONS

A.J.D.A.	Actualité juridique, droit administratif
Art.	Article
Ass. (après C.E.)	Assemblée du Conseil d'Etat
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin criminel de la Cour de cassation
C.A.A.	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C.E.	Conseil d'Etat
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Civ. (après Cass.)	Chambre civile de la Cour de cassation
C.M.	Le Conseil d'Etat
Concl.	Conclusions
Crim. (après Cass.)	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.H.	Recueil hebdomadaire Dalloz
D.P.	Recueil périodique Dalloz
Droit adm.	Droit administratif
D.S.	Recueil Dalloz-Sirey
E.D.C.E.	Etudes et documents du Conseil d'Etat
Fasc.	Fascicule
G.P.	La Gazette du Palais
I.R.	Informations rapides
J-C adm.	Jurisclasseur administratif
J-C civ.	Jurisclasseur civil
J.C.P.	Jurisclasseur périodique (semaine juridique)
J.O.	Journal officiel de la République française
L.G.D.J.	Librairie générale de jurisprudence
L.P.A.	Les Petites Affiches
n°	Numéro
Obs.	Observations
op. cit.	Opus cité
Panor. droit adm.	Panorama de droit administratif
Plén. (<i>après Cass.</i>)	Formation plénière

P.U.F.	Presses universitaires de France
Quot. jur.	Le quotidien juridique
R.D.P.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.D.S.S.	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
Rec. gén. lois et jur.	Recueil général des lois et de la jurisprudence
Req. (après Cass.)	Chambres des requêtes de la Cour de cassation
Rev. crit. et de législ.	Revue critique et de législation
Rev. pén. et de droit pénal	Revue pénitentiaire et de droit pénal
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.G.A.	Revue générale d'administration
R.H.F.	Revue hospitalière de France
R.P.D.A.	Revue pratique de droit administratif
R.T.D.S.S.	Revue trimestrielle de droit sanitaire et social
S.	Recueil Sirey
Sect. (après C.E.)	Section du Contentieux du Conseil d'Etat
Somm.	Sommaire
T.A.	Tribunal administratif
T.C.	Tribunal des conflits
Trib. civ.	Tribunal civil

PLAN SOMMAIRE

PARTIE I : L'EXCLUSION ORIGINELLE DE L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX PUBLICS PAR LA REFERENCE A UNE FAUTE

TITRE I : L'EXCLUSION DE L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE FAVORISEE PAR LES CARACTERES SPECIFIQUES DE L'INSTITUTION HOSPITALIERE ET DE L'ACTIVITE MEDICALE

Chapitre I : La responsabilité de l'hôpital service public

Chapitre II : La responsabilité pour faute de l'hôpital du fait de ses agents

TITRE II : L'EXCLUSION DE L'OBJECTIVATION CONCRETISEE PAR LES REGLES DE RESPONSABILITE APPLIQUEES AUX HOPITAUX PUBLICS

Chapitre I : La définition des règles de compétence en fonction du caractère public ou privé des activités en cause

Chapitre II : l'articulation des règles de fond autour de la notion de faute

PARTIE II : L'ATTENUATION GRADUELLE DE L'OBJECTIVATION DANS LE CADRE DES RESPONSABILITES POUR FAUTE ET SANS FAUTE

TITRE I : L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX PUBLICS ATTENUEE PAR L'EXIGENCE D'UNE FAUTE

Chapitre I : L'objectivation masquée par le formalisme

Chapitre II : L'objectivation à l'encontre du formalisme

**TITRE II : L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX
PUBLICS ATTENUÉE PAR LA REFERENCE A UN RISQUE**

**Chapitre I : La responsabilité sans faute conditionnée par un risque spécial créé
par l'activité des établissements hospitaliers**

**Chapitre II : La responsabilité sans faute objective restreinte à la réalisation de
certains risques thérapeutiques inhérents à l'activité des
établissements hospitaliers**

L'objectivation de la responsabilité des hôpitaux publics désigne les différentes techniques au moyen desquelles les juges de l'administration ont fait évoluer les règles de cette responsabilité de façon favorable aux victimes (1). Cette expression paraît d'abord avoir été employée par Louis Josserand dans une chronique publiée en 1938 (2). Elle demeure toutefois assez peu utilisée par les auteurs (3), qui préfèrent généralement se référer à la responsabilité objective (4).

Mais avant d'aller plus loin, il est important de préciser que l'on envisagera ici les hôpitaux publics, ou encore les établissements publics hospitaliers, et non pas le service public hospitalier. En effet, le service public hospitalier, créé par la loi du 31 décembre 1970, et dont l'organisation actuelle est définie par la loi du 31 juillet 1991, consacre certaines formes de collaboration entre les établissements publics et privés pour l'exécution du service public (5). Etudier la responsabilité du service public hospitalier, c'est par conséquent étudier, et la responsabilité des hôpitaux publics, et la responsabilité des établissements de santé privés qui y participent. Or, il ne suffit pas, pour que les juges de l'administration connaissent des actions en responsabilité intentées contre les établissements de santé privés, qu'ils exercent une mission de service public. Encore faut-il, en effet, qu'ils soient dotés de prérogatives de puissance publique, et que le préjudice dont il est demandé réparation ait été précisément occasionné par l'usage de ces prérogatives (6). Ainsi, par exemple, une association privée chargée de la gestion d'un hôpital psychiatrique départemental qui exerce une "mission de service public qui ne lui confère aucune

(1) On entendra par "responsabilité" la responsabilité extra-contractuelle de l'administration. Si elle est contestable sur un plan théorique, cette assimilation, qui peut être expliquée par le particularisme des règles de la responsabilité contractuelle, est généralement admise de façon implicite par les auteurs. Voir les explications fournies par J.Moreau, *in* "Principes fondamentaux de la responsabilité des personnes publiques", J-C adm. 1991, Fasc. 700 n°14.

Voir cependant, dans la matière qui nous intéresse, E.Prévôt, *La responsabilité des établissements publics hospitaliers*, Thèse Strasbourg 1937; P. Artur de la Villarmois, *La responsabilité sans faute à l'hôpital public*, thèse Dijon, 1982. Même si la majeure partie de leurs développements est consacrée à la responsabilité extra-contractuelle, ces deux auteurs envisagent également le problème de la responsabilité contractuelle des hôpitaux. En dépit de leurs efforts, ils n'ont cependant pas été en mesure de démontrer l'originalité de ces règles que l'on écartera par conséquent du champ de notre étude.

Précisons enfin que l'on utilisera, par souci de commodité, les termes "administration" et "personnes publiques" comme des synonymes.

(2) "Vers l'objectivation de la responsabilité du fait des choses", D.P. 1938, chron. p.65-68.

(3) A. Sekkat, "La responsabilité du service public hospitalier du fait des actes médicaux", L.P.A. 16 juillet 1990, p.4-17 ; A. Kimmel-Alkover, "Vers l'indemnisation de l'aléa thérapeutique", *Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse*, 1996, p.219-237 (voir plus spécialement p.2).

(4) Sur la différence entre responsabilité objective et objectivation voir *infra* p.12-13.

(5) Sur le service public hospitalier, voir *infra* p.69-74 et p.155-157.

(6) Voir sur ces problèmes *infra* p.161-162.

prérogative de puissance publique”, ne peut voir sa responsabilité recherchée que devant les seuls tribunaux de l’ordre judiciaire (1).

Le rejet de la notion de service public hospitalier, trop large pour le cadre de notre étude, aurait pu nous conduire à utiliser la notion, plus étroite, d’établissement de santé public, telle qu’elle est utilisée par la loi hospitalière du 31 juillet 1991. Mais cette expression, trop récente, aurait mal convenu à l’étude de l’évolution des règles de responsabilité appliquées aux hôpitaux publics. De même, d’autres expressions, qui ne sont employées que par la doctrine, sont soit trop imprécises (2), soit trop artificielles pour être retenues (3).

Quoiqu’il en soit, cette tentative de délimitation du domaine de notre travail est insuffisante à justifier que l’on se lance dans une nouvelle étude de la responsabilité des hôpitaux publics. Un certain nombre de monographies sont en effet disponibles sur le sujet (4). Plus loin, de nombreux traités et manuels de droit médical, qui sont principalement voués à l’étude des différents problèmes juridiques liés à l’exercice de la médecine (5),

(1) T.C. 6 novembre 1978, Bernardi c. Association hospitalière Sainte-Marie, Rec. p.652 ; A.J.D.A. 1979, p.22, note Dutheillet de Lamothe et Robineau ; R.T.D.S.S. 1979, p.91, note Moderne. Voir également sur ce point les réflexions de E. Rossini in *Les établissements de santé privés à but non lucratif*, étude juridique, Bibliothèque de droit public, Tome CLIV, L.G.D.J. 1992 (voir plus spécialement p.181-186).

(2) Tel est le cas, notamment, d’une expression comme celle de "services hospitaliers" ou celle, plus équivoque encore, de "services publics hospitaliers". Les auteurs qui utilisent de telles formules se gardent bien, en effet, d’étudier le versant privatiste de la responsabilité du service public. Voir respectivement, D. Truchet, *Hôpitaux (responsabilité des services hospitaliers)*, art. précité ; J. Montador, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, L’administration nouvelle, Berger-Levrault 1973.

(3) On vise ici l’expression de "service public médical" utilisée par M. Langlais, in *Médecine de secteur public et compétence juridictionnelle*, Etude des problèmes de compétence contentieuse en matière de responsabilité des services médicaux à l’égard de leurs usagers, Thèse Rennes 1966, p. 202-205. En dépit des explications fort étayées de l’auteur, cette formule semble trop réductrice pour être apte à englober l’ensemble des problèmes de responsabilité hospitalière, et en particulier ceux posés par les dommages occasionnés par un dysfonctionnement des services administratifs de l’hôpital.

(4) J. Montador, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, op.cit. ; P. Artur de la Villarmois, *La responsabilité sans faute à l’hôpital public*, op.cit. ; P. Uzel, *La responsabilité des hôpitaux psychiatriques et leur assurance*, Thèse Lyon 1982 ; G. Petit-Bouteyre, *La responsabilité du service public hospitalier du fait d’actes médicaux et chirurgicaux*, Thèse Montpellier 1990 ; D. Thouvenin, *La responsabilité médicale*, Médecine-sciences, Flammarion 1995. Se référer à la bibliographie pour les ouvrages antérieurs à 1970.

(5) Voir pour les ouvrages récents : J-M Auby, *Le droit de la Santé*, Thémis, P.U.F. 1981 ; A. Demichel, *Droit médical*, manuel B-L Santé, Berger-Levrault 1983 ; G. Mémeteau, *Droit médical*, Abrégé L.I.T.E.C. 1986. Voir également un certain nombre d’ouvrages écrits par des médecins : E. Frogé, *Anesthésie et responsabilité*, Coll. médecine légale et toxicologie, n°65, Masson 1972 ; J. Guérin, *Guide pratique de responsabilité médicale*, techniques et vulgarisation, L’argus 1979 ; R. Saury, *Manuel de droit médical*, Masson 1989 ; D. Malicier, A. Miras, P. Feuglet, P. Faivre, *La responsabilité médicale*, données actuelles, éd. Alexandre Laccassagne 1992 ; G. Nicolas, *La responsabilité médicale*, Dominos, Flammarion 1995.

consacrent d'intéressants passages au problème qui nous retient.

On est bien forcé de constater, au demeurant, que la matière envisagée ne présente pas de traits réellement discordants avec les autres domaines de la responsabilité administrative. Comme le fait remarquer M. Truchet, invitant les lecteurs de l'Encyclopédie Dalloz à se reporter à des ouvrages généraux, "... la responsabilité des établissements publics hospitaliers obéit pour l'essentiel aux règles générales de la responsabilité administrative. La jurisprudence n'a en effet pas dégagé de règles spécifiques en ce domaine" (1). Cependant, le même auteur ne manque pas de relever certaines particularités propres à la matière (2). Il note, en particulier, "(qu'il) faut ... tenir compte de la dynamique propre du contentieux étudié : sans être véritablement nouveau, il a connu récemment une augmentation rapide, ce qui explique la relative instabilité de la jurisprudence" (3).

Ce qui n'est pas dit ici par M. Truchet, c'est que l'évolution jurisprudentielle s'est presque exclusivement faite au profit des victimes. Initialement, le Conseil d'Etat avait soumis l'engagement de la responsabilité des établissements publics hospitaliers à la preuve d'une faute lourde, lorsque des activités médicales étaient en cause, et à la preuve d'une faute simple, lorsque les dommages subis avaient pour origine un mauvais fonctionnement ou une organisation défectueuse du service (4). La rigueur de ces règles allait progressivement être atténuée par divers moyens, et en particulier par la réduction du domaine de la faute lourde et le développement des présomptions. Ce mouvement de remise en cause allait aboutir à l'abandon de la faute lourde par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt d'Assemblée Epoux V. du 10 avril 1992 (5). Parallèlement, c'est le principe même de la responsabilité pour faute qui allait être remis en cause par le développement de régimes de responsabilité sans faute (6).

C'est cette évolution de la responsabilité hospitalière que traduit le phénomène d'objectivation. Ce phénomène est contingent à l'évolution de la société et permet de traduire, dans les règles de responsabilité, une aspiration de plus en plus affirmée à la

(1) Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, "Hôpitaux" (responsabilité des établissements hospitaliers), op.cit. n°5.

(2) Ibid n°6-8.

(3) Ibid n°8.

(4) C.E. Sect. 8 novembre 1935, Vves. Loiseau et Philipponeau, Rec. p.1019, D.P. 1936.III. p.15, note Heilbronner. Sur cette jurisprudence, voir infra partie I, titre II, chapitre II.

(5) Rec. p.171, concl. Legal ; A.J.D.A. 1992, p.355, concl. Legal ; R.F.D.A. 1992 p.571, concl. Legal ; J.C.P. 1992.II.n°21881, note Moreau ; L.P.A. 3 juillet 1992, note Haïm. Cette solution a été récemment étendue aux services d'aide médicale d'urgence des hôpitaux publics par l'arrêt M. Theux du 20 juin 1997 (R.F.D.A. 1997, p.894, obs. Terneyre).

(6) Voir sur ce point infra, partie II, titre II.

garantie sociale des risques. Ceci étant, il ne faut pas perdre de vue que "la responsabilité (administrative) se présente comme un conflit de droits où se heurtent la liberté d'action reconnue à l'administration et le droit à la sécurité garanti à la victime" (1). De ce fait, l'objectivation, telle qu'elle est transcrite dans le droit, n'apparaît pas sans limite.

I- L'objectivation de la responsabilité des hôpitaux publics favorisée par l'évolution de la société

Il n'est guère admis, de nos jours, que les dommages occasionnés par l'activité des services publics ne puissent faire l'objet d'une réparation. En pratique, la volonté de réparer le mieux possible ces dommages a abouti à une véritable mutation du concept de responsabilité. D'un point de vue technique, cette mutation a été rendue possible par l'utilisation de mécanismes d'objectivation.

A- L'impact de l'évolution sociale sur le concept de responsabilité

La responsabilité de l'administration, comme celle des personnes privées, est essentiellement un phénomène individuel. Comme l'a noté M. Truchet, "la responsabilité administrative repose historiquement sur le schéma fondateur issu des articles 1382 et suivants du Code civil : un fait générateur normalement fautif, exceptionnellement non fautif ; un dommage, et, de l'un à l'autre, un lien de causalité" (2). Cette définition sous-entend que la responsabilité présente un caractère amphibologique (3). Elle se voit assigner deux fonctions : assurer la sanction d'une faute, assurer la réparation des conséquences de cette faute. C'est cet équilibre entre les deux pôles de la responsabilité, l'un pouvant être qualifié de subjectif, puisqu'il se rapporte en principe à une faute, et l'autre d'objectif, puisqu'il se rapporte à un dommage, que vient remettre en cause l'évolution de la société. De nos jours en effet, l'aspect réparation a largement pris le pas sur l'aspect sanction.

(1) J. Moreau, L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative, Bibliothèque de droit public, Tome VII, L.G.D.J. 1956, p.2.

(2) "Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable, à le réparer, A propos et autour de la responsabilité hospitalière", R.D.S.S. 1993, p. 1-13, et plus spécialement p.3.

(3) Voir sur ce point, J. Penneau, Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, Bibliothèque de droit privé, Tome CXXXIII, L.G.D.J. 1973, p.9 ; G. Viney, Traité de droit civil, les obligations, la réparation : effets, Tome V, L.G.D.J. 1988, p.3-18.

1)° Le caractère amphibologique de la responsabilité

Il est tout à fait banal de rappeler que le terme de responsabilité signifie, étymologiquement, “répondre de ses actes”. Dans ce sens, “être juridiquement responsable, signifie assumer les conséquences dommageables de ses propres agissements ou attitudes, parfois aussi ceux d’autrui ; c’est encore répondre des dommages causés par les choses qu’on utilise” (1). Comme on peut l’observer, l’idée de réparation des dommages n’est donc pas nécessairement liée à la notion de faute. Ainsi, dans le droit romain, la cause véritable de l’obligation de réparer, “c’est toujours le désordre jeté dans une relation entre plusieurs personnes, et la réaction de la justice correctrice et réparatrice” (2).

Comme le note M. Sousse, “ce n’est qu’au cours des siècles, au contact de la morale chrétienne, puis de la morale laïque, que la responsabilité, donc la réparation, s’est chargée d’une connotation morale, le responsable devenant celui qui doit tenir une certaine conduite” (3). Cela revient à dire qu’une personne privée ou une personne publique ne doit réparer des dommages que dans la mesure où ils ont été occasionnés par une faute qui leur est imputable. Ainsi, comme on peut l’observer, la faute constitue bien, selon la célèbre définition de Planiol, “un manquement à une obligation préexistante” (4). D’ailleurs, des définitions comparables de la faute sont proposées par des auteurs publicistes. Ainsi, pour M. Richer, la “notion principale de faute” se traduit par “le manquement à une obligation” (5). Plus précisément, selon M. Chapus, “on est en faute quand on ne s’est pas conduit comme on l’aurait dû : quand l’action ou l’abstention d’agir sont de nature à justifier un reproche” (6).

Quoiqu’il en soit, si les idées de responsabilité sanction et de responsabilité réparation se sont forgées assez tôt, elles n’ont toutefois été clairement liées qu’à partir du Code civil, dont l’article 1382 précise que “tout fait quelconque, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”. Il est impossible de nier, à la lecture de ce texte, que la responsabilité présente, en droit, un caractère amphibologique. Elle vise, d’abord, l’obligation, pour un individu, de supporter les conséquences d’un acte commis

(1) J-F Davignon, La responsabilité objective de la puissance publique, Thèse Lyon, S.R.T. Grenoble 1986, p.13

(2) R. Villey, “Esquisse historique du mot responsable”, cité par M. Sousse *in* La notion de réparation de dommages en droit administratif français, Bibliothèque de droit public, Tome CLIXIV, L.G.D.J. 1994, p.8.

(3) *Ibid.* p.8.

(4) Cité par H. Mazeaud, L. Mazeaud et A. Tunc, *in* Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Montchrestien 1965, 6° éd, Tome I, p.470.

(5) La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d’Etat, *Economica* 1978, p.5.

(6) Droit administratif général, Domat droit public, Montchrestien 1995, 9° éd., Tome I, p.1136.

soit par lui même, soit par une personne dont il doit répondre. Elle vise, ensuite, les modalités qui permettent à la victime de voir les dommages qu'elle a subi réparés.

On pourrait cependant être amené, comme certains auteurs, à contester la fonction sanctionnatrice de la responsabilité administrative. En effet, comme l'a relevé Charles Eisenmann, "l'obligation de réparer n'est jamais mise à (la) charge des personnes publiques pour les inciter à suivre une règle à la violation de laquelle elle serait attachée ; elle n'est jamais la conséquence juridique de l'infraction qu'elles auraient commises à une telle règle" (1).

Il apparaît toutefois assez clairement que ce n'est pas le caractère amphibologique de la responsabilité qui est ici remis en cause. Ce qui est contesté, c'est plutôt la part de fiction, la connotation organiciste que revêt l'idée selon laquelle l'administration peut commettre une "infraction à la règle". En somme, cette contestation consiste au rejet de l'idée selon laquelle la condamnation de l'administration pourrait apparaître comme une peine privée.

Pourtant, on est bien obligé de constater que cette notion de peine privée n'est pas totalement absente de la responsabilité administrative. Dans une chronique, Georges Morange avait déjà démontré à quel point la condamnation de l'administration pour la réparation d'un préjudice moral s'apparentait à une telle sanction (2). Plus récemment, M. Paillet a mis l'accent sur des affaires dans lesquelles l'administration a été condamnée à verser aux victimes une somme symbolique (3). Dans de telles hypothèses, il est indéniable que "l'aspect sanctionnateur apparaît ... nettement au travers du caractère symbolique de la condamnation prononcée en l'absence d'un véritable préjudice" (4).

On ne saurait nier, cependant, que cet aspect de la responsabilité administrative présente un caractère marginal. Du point de vue des victimes, la punition infligée à l'administration, toute considération pécuniaire mise à part, ne présente qu'un intérêt très relatif. Le caractère impersonnel et symbolique de la sanction semble être en mesure d'expliquer pourquoi ces victimes préfèrent parfois, plutôt que de poursuivre l'administration, poursuivre les agents publics à l'origine de la faute. De même, c'est très certainement cette carence qui a conduit certains auteurs à recommander que l'établissement d'un régime légal

(1) C. Eisenmann, "Sur le degré d'originalité du régime de responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques", J.C.P. 1949.I. n°751 (voir plus spécialement n°22). Voir également G. Soulier, "Réflexions sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique", R.D.P. 1969, p.1039-1103 (voir plus spécialement p.1053-1054).

(2) "Le préjudice moral devant les tribunaux administratifs", D.P. 1948, chron. p. 105-108.

(3) La faute du service public en droit administratif français, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J. 1980, Tome CXXXVI, p.381-383.

(4) Ibid. p.383.

de responsabilité sans faute ne fasse pas obstacle, dans l'hypothèse où une faute serait à l'origine des dommages, à ce que l'agent auteur de cette faute soit poursuivi devant les tribunaux judiciaires (1).

Mais quoiqu'il en soit, il serait tout à fait erroné de prétendre que la responsabilité administrative ne présente pas le même caractère amphibologique que la responsabilité privée. Si la notion de peine privée semble très contestable, l'imputation aux personnes publiques des fautes occasionnées par l'activité de leurs agents ne saurait être occultée. Cette idée se combine, au sein des mécanismes de responsabilité administrative, avec l'idée de réparation des dommages subis par les victimes. Or, justement, c'est l'équilibre initial entre ces deux objectifs assignés aux mécanismes de responsabilité qui a été remis en cause par l'évolution sociale, au profit de l'aspect réparation des dommages subis par les victimes.

2)° La prédominance de l'aspect réparation des dommages sur l'aspect sanction des dysfonctionnements de l'activité de l'administration

A l'origine, la nécessité de concilier les objectifs de sanction et de répression assignés à la responsabilité, conduisaient la jurisprudence à refuser d'appliquer ses mécanismes lorsqu'un dommage n'avait pas été occasionné par une faute. Or, il ne fait pas de doute, de nos jours, que cet équilibre initial a été rompu en faveur de l'aspect réparation des mécanismes de responsabilité. En pratique, l'accent mis sur cet aspect se fait nécessairement au détriment de l'aspect sanction : si les juges veulent faciliter la réparation des dommages subis par les victimes, ils devront fatalement accroître les obligations mises à la charge du responsable. On perçoit bien à quel point le phénomène peut paraître choquant, dans la mesure où il conduit à faire peser une charge financière parfois très lourde sur le patrimoine de personnes physiques ou morales dont la conduite, ou la conduite des personnes dont elles doivent répondre, n'a pas été fautive. C'est ce paradoxe qui a conduit un certain nombre d'auteurs à vouloir détacher le problème de la réparation des dommages subis par les victimes d'une logique de responsabilité (2). L'ensemble des systèmes proposés, qui supposent l'intervention du législateur, substituent, en tout ou partie, à l'engagement de la responsabilité d'une personne publique ou d'une personne privée, l'intervention de fonds de garantie ou de mécanismes d'assurance (3).

Les raisons profondes de cette évolution de la responsabilité sont connues. Le principal facteur en cause tient à l'inadaptation du concept même de responsabilité à l'évolution des

(1) Voir par exemple, G. Mémeteau, Droit médical, Les cours du droit, L.I.T.E.C. 1996, p.196.

(2) Voir notamment, J. Penneau, Faute et erreur ..., op.cit. ; M. Sousse, La notion de réparation de dommages ..., op.cit. p.8-10.

(3) Voir sur ce point les différentes propositions reproduites par F. Ewald in, Le problème français des accidents thérapeutiques ..., op.cit. p.155-235.

techniques. En 1804, les rédacteurs du Code civil étaient loin d'imaginer les bouleversements apparus dans ce domaine. Or, comme l'a écrit B. Starck, " ... jusqu'à une époque toute récente, la plupart des dommages que l'homme pouvait causer étaient effectivement dus à une faute de sa part. Avant l'avènement de l'âge de la vapeur, de l'électricité ou de l'énergie atomique, l'homme dont la conduite était irréprochable était sûr de ne pas tuer, blesser autrui, ni détruire ou détériorer les biens de ses semblables" (1).

Cette affirmation n'est plus vérifiée de nos jours, comme on peut nettement l'observer dans le domaine médical. Dans une célèbre parabole, le professeur Jean Bernard a parfaitement mesuré la portée des bouleversements intervenus dans ce domaine et ses enjeux sur la responsabilité : "un médecin de 1900, endormi par quelque sortilège, s'éveille en 1930 ... Les empires se sont écroulés, mais la médecine a peu changé ... Un deuxième médecin, assoupi en 1930, est tiré de sa léthargie en 1960. Il ne reconnaît plus rien : les méningites, l'endocardite maligne, les broncho-pneumonies évoluent vers la guérison. La maladie d'Addison peut être équilibrée, l'anémie pernicieuse n'est plus pernicieuse, les chirurgiens ouvrent les coeurs et les cerveaux, les hématologistes sauvent les nouveaux-nés en changeant tout leur sang, les psychiatres, devenus chimistes, corrigent les graves désordres de l'esprit. Les sondes, les lampes, les rayons et les microscopes explorent les viscères, les tissus et les cellules et leurs molécules mêmes. Que trouvera, en 1990, un nouveau médecin au bois dormant, plongé dans le sommeil en 1960 ? Quelle influence ces progrès et ces changements si importants auront-ils sur la responsabilité des médecins ? Comment prévoir, organiser les adaptations nécessaires ?" (2).

La mise en oeuvre de techniques sophistiquées - beaucoup plus encore en 1990 qu'en 1960 - permet certes d'accroître de façon significative les chances de guérison des patients, mais elle présente également des risques particuliers dont la réalisation peut survenir en dehors de toute faute. Or, le fait que l'activité médicale ait pour objet l'amélioration de la santé des malades, rend d'autant plus inacceptable l'idée que les dommages subis pourraient ne pas faire l'objet d'une réparation.

La demande sociale de réparation s'est traduite par la multiplication des procès faits aux médecins ainsi qu'à une augmentation du nombre des condamnations. Comme l'expose M. Tabuteau, "Sur environ 400 millions d'actes médicaux pratiqués chaque année, le nombre d'accidents varie de 10000 à 20000. Or, la justice compte environ 2000 dépôts de plaintes contre 500 au début des années 80, dont 750 conduisent à l'ouverture d'une information judiciaire" (3). Une constatation du même ordre peut être faite dans le domaine de la

(1) Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Thèse Paris, Rodstein 1947.

(2) J. Bernard, Progrès de la médecine et responsabilité du médecin, in Deuxième congrès international de morale médicale, mai 1966, publié par l'ordre national des médecins, Tome I, p.261-274.

(3) Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière, coll. Santé : méthodes et pratiques, Berger-Levrault 1995, p.25.

responsabilité hospitalière. Ainsi, alors que l'activité de l'Assistance publique à Paris avait occasionné dix actions devant les juridictions administratives en 1983, ce chiffre est passé à 22 en 1987, puis à 36 à 1991 (1). En revanche, les dernières statistiques non publiées de l'Assistance publique à Paris laissent apparaître, depuis cette date, un certain tassement du contentieux.

En dehors du strict cadre jurisprudentiel, la pression sociale a également conduit à une inflation des projets de lois préconisant l'indemnisation du risque thérapeutique (2). Ces différents facteurs -l'évolution des techniques, l'évolution des moeurs- ont ainsi largement conditionné la mutation des règles de responsabilité qui s'est traduite, d'un point de vue technique, par leur objectivation.

B- La transformation des règles de responsabilité par les mécanismes d'objectivation

Le phénomène d'objectivation se manifeste par la place de plus en plus importante conférée à la prise en compte des dommages dont il est demandé réparation dans le fonctionnement des mécanismes de responsabilité. De prime abord, l'objectivation fait penser à la responsabilité objective, c'est à dire à l'engagement de la responsabilité d'une personne physique ou d'une personne morale en raison des dommages subis par les victimes, en dehors de toute faute prouvée. Pourtant, force est de constater que l'objectivation n'est pas réductible à cette notion. Dans la pratique, en effet, ce phénomène se manifeste sous de nombreuses autres formes

1)° L'objectivation de la responsabilité peut se manifester par la mise en place de régimes de responsabilité objective

Historiquement, la notion de responsabilité objective est apparue avant celle de responsabilité subjective. Dans les sociétés primitives, la responsabilité n'est conçue qu'en tant que phénomène de nature objective et collective (3). Ainsi, le droit n'a pas d'abord évolué dans le sens de l'objectivation et de la collectivisation, mais dans le sens de la subjectivation et de l'individualisation. Ce rappel est important au regard de certaines critiques adressées aux partisans de la renaissance de la responsabilité objective. Pour

(1) Voir les statistiques reproduites par F. Ewald in Le problème français des accidents thérapeutiques, op.cit. p.135.

(2) Voir sur ce point infra p.18-21.

(3) Voir sur ce point, J-F Davignon, La responsabilité objective de la puissance publique, op.cit. p.32 ; H. et L. Mazeaud, A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile ..., op.cit. p.30-31.

beaucoup, en effet, cette critique réside, justement, dans la dénonciation du caractère archaïque de cette théorie et dans l'affirmation de la supériorité technique de la responsabilité pour faute (1).

Les théories favorables à la responsabilité objective se sont développées à partir des années 1880, en Italie, puis en France. Elles ont d'abord trouvé dans la responsabilité pénale un terrain d'élection. Il s'agissait, pour les partisans de ces théories, de contester l'appréciation in concreto des fautes telle qu'elle était pratiquée par les juges répressifs (2). Selon ces auteurs, ce type d'appréciation, qui conduit les juges à sonder les états d'âme, et à prendre en compte le milieu social dans lequel évolue l'inculpé, conduisait à trop d'indulgence. Dans ce sens, prôner une appréciation in abstracto des fautes revenait à "jeter par-dessus bord le côté psychologique du droit" (3). De cette façon, les partisans de l'appréciation in abstracto pensaient remédier à une évolution du droit pénal vers l'individualisation des peines, qui leur semblait présenter de graves dangers pour la société.

C'est cette même idée de garantie de la société qui influera sur l'évolution des autres branches du droit. Mais ici, il s'agit de protéger la société contre d'autres types de dangers que ceux que l'on vient d'évoquer. Cela concerne, au premier chef, les risques présentés par l'évolution des techniques, et plus spécialement les risques encourus par les ouvriers. L'idée est qu'il serait injuste de ne pas réparer les dommages subis par les ouvriers en dehors de toute faute commise par l'employeur. Or, si l'on engage la responsabilité de l'employeur, dans de telles hypothèses, on ne se situe plus dans le cadre de la responsabilité pour faute, mais dans le cadre d'un régime de responsabilité sans faute objective dont le déclenchement est seulement conditionné par l'existence de dommages liés à l'activité en cause. Pour les auteurs civilistes, et notamment pour Saleilles et Josserand, un tel régime de responsabilité objective aurait pu trouver un socle solide dans l'article 1384 C.civ (4). Les employeurs auraient alors pu voir leur responsabilité engagée en tant que "responsable(s) du fait des choses que l'on a sous sa garde". L'adoption de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, qui établit un régime de responsabilité objective en faveur des ouvriers, allait faire perdre beaucoup de son intérêt à ce problème. La jurisprudence, de son côté, si elle a accepté d'établir, à partir de l'article 1384 C.civ., un principe général de responsabilité du fait des choses, n'est pas allée jusqu'à mettre en place un régime de responsabilité sans faute objective. Dans son arrêt du 16 juin 1896, la chambre civile de la Cour de cassation est en effet restée dans le domaine de la responsabilité pour faute, tout en renversant la charge de

(1) Voir sur ce point *infra* partie II, titre II, chapitre II, section I.

(2) Voir sur ce point, H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile ...*, op. cit. p.76-77.

(3) A. Saleilles, cité par H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *in* *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, op.cit. 132.

(4) *Ibid.* p.78-81 et p.432-438.

la preuve (1).

Pourtant, quelques mois avant la Cour de cassation, le Conseil d'Etat avait franchi le pas à l'occasion de son célèbre arrêt *Cames* du 25 juin 1895 (2). Dans cette affaire, la juridiction administrative suprême engageait la responsabilité sans faute de l'Etat pour la réparation des dommages subis par un ouvrier d'un arsenal. Ainsi, l'existence de régimes de responsabilité objective est indéniable dans le cadre de la responsabilité administrative.

Certains éléments pouvaient d'ailleurs inciter à penser que la responsabilité administrative ne devait être qu'objective. Cette analyse était autorisée, au moins jusqu'à l'arrêt *Tomaso Grecco* du 10 février 1905 (3), par le fait que le Conseil d'Etat refusait d'utiliser la notion de faute lorsqu'il engageait la responsabilité d'une collectivité publique (4). Mais surtout, même après cet arrêt, les partisans d'une responsabilité objective, pouvaient voir leur point de vue conforté par la structure même de la responsabilité administrative. Il est indéniable, en effet, que l'administration ne commet jamais de faute : elle se voit imputer les agissements, plus ou moins identifiables, de ses agents. Ainsi, pour Léon Duguit, "si l'Etat est ... responsable, ce n'est pas parce qu'il aurait commis lui-même une faute par l'organe de ses agents, c'est ... uniquement parce qu'il assure les administrations contre tout risque social, contre tout dommage provenant de son intervention, soit qu'elle ait été régulière et irréprochable, soit a fortiori quand elle est accompagnée d'une faute ou d'une négligence des agents publics" (5). De cette façon, selon Ch. Eisenmann, "ce que l'on nomme une responsabilité pour faute est en réalité une responsabilité sans faute ... du responsable" (6).

Il est cependant important de constater que cette assurance n'est pas appelée à jouer, en principe, de façon automatique. D'une façon générale, en effet, l'administration n'est pas redevable de la garantie de l'ensemble des dommages liés à son activité. En fait, deux éléments doivent être clairement distingués. D'une part, lorsque la responsabilité d'une personne publique est engagée, elle conduit effectivement à prendre en charge la réparation des dommages occasionnés par l'activité de ses agents. Ce mécanisme, de nature objective, s'applique à toutes les hypothèses de responsabilité dites pour faute ou sans faute. Mais il

(1) S. 1897.I. p.17, note A. Esmein ; D.P. 1897.I. p.43, note Saleilles.

(2) Rec. p.509, concl. Romieu ; S. 1897.III. p .33, concl. Romieu, note Hauriou ; D.P. 1896.III. p.65, concl. Romieu.

(3) Rec. p.139 ; S.1905.III.p.113, note Hauriou ; D.P. 1906 p.381, p.381, concl. Romieu.

(4) Voir sur ce problème infra p.81-83.

(5) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Tome III, De Boccard, 3^e éd. 1930, p.469.

(6) "Sur le degré d'originalité du régime de responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités publiques)", op.cit. n°9.

est important de constater, d'autre part, que ce mécanisme de garantie n'est appelé à jouer de façon automatique que dans des hypothèses limitées. Ces hypothèses, dans lesquelles le déclenchement de la responsabilité est uniquement liée à l'existence de dommages, se rattachent, elles seules, à la responsabilité objective. En revanche, l'exigence d'une faute commise par les agents publics restreint fatalement l'application de mécanismes de responsabilité administrative dont elle conditionne l'engagement. Ainsi, la référence à la faute revêt une réelle utilité qui ne peut être que renforcée par le caractère exceptionnel de la responsabilité objective. Pour autant, il est important de souligner que la responsabilité objective ne constitue que l'une des formes de l'objectivation de la responsabilité. Dans la jurisprudence, en effet, l'objectivation de la responsabilité se manifeste de nombreuses autres façons.

2)° L'objectivation de la responsabilité n'est pas restreinte à la responsabilité objective

Si la responsabilité objective est liée à l'objectivation, les termes employés ne doivent pas être compris comme des synonymes : il existe entre ces notions une différence irréductible qui tient à ce que l'objectivation pose une question de moyens, alors que la responsabilité objective pose une question de fins. En cela, le concept d'objectivation a une assise plus large que celui de socialisation qui procède de l'idée que "l'administration crée des risques dont elle doit garantir" (1). Ainsi, la socialisation des risques aboutit à la mise en place de régimes de responsabilité objective. L'objectivation consiste, en revanche, à modifier les règles de la responsabilité, pour faute ou sans faute, dans le sens d'une prise en compte de plus en plus marquée des dommages dont il est demandé réparation. La responsabilité objective consiste en la réparation automatique de ces dommages. Ainsi, la mise en place d'un régime de responsabilité objective constitue le stade ultime de l'objectivation, en ce sens qu'il met à la charge d'une collectivité publique des dommages du seul fait qu'ils existent. On doit d'ailleurs préciser, sur ce point, que la responsabilité sans faute ne sera souvent qu'imparfaitement objective : même si elle prend en compte les dommages subis, elle sera généralement limitée par des conditions tenant à la nature de ces dommages. Ainsi, la réparation des dommages occasionnés par l'activité de l'administration sera-t-elle souvent subordonnée à la preuve d'un dommage anormal et spécial.

Cet exemple démontre, à l'évidence, qu'il existe différents degrés d'objectivation de la responsabilité, qui manifestent une prise en compte plus ou moins marquée des dommages subis par les victimes. La forme la plus poussée de l'objectivation consisterait alors en la mise en place d'un régime de responsabilité objective généralisé permettant de réparer, quelle que soit leur nature, l'ensemble des dommages occasionnés par l'activité d'un service

(1) Maxime Mignon, "La socialisation du risque", D.P. 1947, chron. p.37-40 (voir plus spécialement p.37). Voir du même auteur, "La socialisation généralisée de la réparation des conséquences dommageables de l'action administrative", D.P. 1950, chron. p.53-56.

public. Cette objectivation totale de la responsabilité ne s'est pas réalisée en droit administratif français. A l'inverse, la forme la plus atténuée de l'objectivation, qui résiderait dans le passage d'un principe d'irresponsabilité, vers un régime extrêmement restrictif de responsabilité pour faute, connaît un certain nombre d'illustrations. Dans le domaine de la responsabilité hospitalière, le contentieux relatif aux activités de surveillance des établissements psychiatriques se rapproche de ce schéma. A l'origine, les tiers victimes de dommages occasionnés par un malade mental évadé ne pouvaient obtenir réparation que s'ils prouvaient que les agents de l'administration avaient commis une faute manifeste et de particulière gravité (1). Cette exigence a ensuite été atténuée par la référence à une faute lourde, puis par la référence à une faute simple (2).

Entre les deux extrêmes que constituent l'irresponsabilité d'une personne publique, et l'établissement d'un régime de responsabilité objective, l'objectivation se décline sous de multiples formes, qu'il s'agisse de l'abaissement du degré de la faute exigé pour engager la responsabilité de l'administration, du recours aux présomptions, ou encore de la mise en place de régimes de responsabilité sans faute d'application restreinte ... Ces différents phénomènes ont été mis en valeur par M. Davignon qui a observé que "(l'objectivation) de la responsabilité peut s'analyser d'abord et avant toute chose comme le développement d'hypothèses de responsabilité sans faute ; mais on aurait tort de la réduire à cette seule manifestation. L'objectivation des règles de responsabilité affecte également certaines formes de responsabilité pour faute (faute "présumée", faute de l'agent public par exemple)" (3). En revanche, on ne saurait affirmer, comme cet auteur, que "l'intérêt du recours à la notion synthétique de responsabilité objective, est ... de permettre l'appréhension globale d'un phénomène qui constitue l'une des lignes de force de l'évolution de notre système juridique" (4). En réalité, cette évolution de la responsabilité ne peut être transcrite, sans ambiguïté, que par l'expression d'objectivation, celle-ci n'aboutissant pas nécessairement, comme on a pu l'observer, à la mise en place de régimes de responsabilité objective. De fait, seule la référence à l'objectivation, envisagée sous ses différentes formes, permet de traduire une donnée constante de l'évolution du droit, qui réside dans l'opposition entre une demande de plus accentuée de réparation des dommages subis, et les mécanismes juridiques qui tenteront d'intégrer cette demande dans le droit, tout en limitant son influence.

(1) Voir sur ce point infra p.186-192.

(2) Voir sur ce point infra p. 289-291.

(3) La responsabilité objective de la puissance publique, op.cit. p.34.

(4) Ibid. p.34.

II- L'objectivation de la responsabilité des hôpitaux publics limitée par le droit

Les limites de l'objectivation de la responsabilité des hôpitaux publics peuvent aisément être regroupées en deux catégories. La première catégorie de limites touche à des problèmes liés à l'intervention de certaines institutions qui restreignent le champ d'action des juges de l'administration, et excluent, par conséquent, la mise en oeuvre de mécanismes d'objectivation par ces derniers. La seconde catégorie de limites touche à des problèmes de fond. Elle concerne, plus précisément, l'utilisation des mécanismes de responsabilité par les juges de l'administration. Dans ce cadre, la référence à la faute ou au risque, comme la référence à des dommages présentant certaines qualités constituent, à des degrés divers, des limites évidentes à l'objectivation de la responsabilité.

A- Les limites à l'objectivation issues de l'intervention d'institutions autres que les juges de l'administration

L'objectivation de la responsabilité des établissements hospitaliers se trouve bornée par deux séries de limites. Une première limite à l'objectivation trouve sa source dans le dualisme juridictionnel : les règles autrefois appliquées par les juges judiciaires aux hôpitaux publics dénotait l'utilisation de procédés d'objectivation différents, dans l'ensemble, de ceux employés par les juges de l'administration (1). La seconde limite à l'objectivation a pour origine l'intervention du législateur qui pourra prendre, en quelque sorte, le relais de la jurisprudence, par la mise en place de régimes de responsabilité objective.

1)° Les limites issues du dualisme juridictionnel

Depuis les arrêts du Tribunal des conflits Chilloux et Isaad Slimane du 25 mars 1957, les juges judiciaires ne sont plus compétents pour connaître des activités médicales des médecins hospitaliers (2). Cependant, dans la jurisprudence actuelle, le droit de la responsabilité hospitalière comprend toujours certains îlots de droit privé relevant de la

(1) Sur la comparaison entre les règles appliquées par les juges judiciaires et les juges de l'administration, voir P. Sandevor, "Unité et diversité du contentieux administratif et du contentieux judiciaire dans le droit de la responsabilité hospitalière", Mélanges Drago, L'unité du droit, Economica 1996, p.459-479.

(2) Rec. p.710, D.P. 1957, p.395, concl. Chardeau ; S. 1957 p. 196, concl. Chardeau ; A.J.D.A. 1957, p.187, chron. Fournier et Braibant ; J.C.P. 1957.II. n°10004, note Savatier ; Rev. adm. 1957, p.427, note Liet-Veaux.

compétence de ces juges. La responsabilité des médecins hospitaliers exerçant au sein de cliniques ouvertes, dans le secteur privé d'un hôpital public, ou bien dans un hôpital local, continue ainsi à être régie par les règles normalement appliquées aux médecins libéraux (1).

Ces règles de responsabilité sont issues du fameux arrêt Mercier du 26 mai 1936 (2), dans lequel la Cour de cassation a abandonné le terrain de la responsabilité délictuelle pour celui de la responsabilité contractuelle, en précisant que le médecin est lié à ses patients par un contrat qui met à sa charge une obligation de moyens.

La haute juridiction judiciaire se ralliait ainsi, dans le domaine médical, à la classification des obligations contractuelles introduite par Demogue (3). Cette classification repose essentiellement sur une distinction opérée entre les obligations de moyens et les obligations de résultat (4). Dans l'arrêt Mercier, l'obligation de moyens mise à la charge du médecin implique l'exécution de soins éclairés, consciencieux, et conformes aux données actuelles de la science. Si, au contraire, la Cour de cassation avait opté pour une obligation de résultat, cela serait revenu à exiger que les soins administrés au malade aboutissent à sa guérison. C'est bien ce que précise M. Frossard : "si le débiteur n'est tenu que d'une obligation de moyens, ayant pour seul devoir, de se conduire en bon père de famille, il ne répond que de ses fautes ; si, au contraire, son devoir est de réaliser un résultat, sa responsabilité sera reconnue dès que le créancier aura prouvé qu'il n'a pas obtenu satisfaction, indépendamment de la diligence fournie" (5). Ainsi, "La nature de l'obligation pesant sur le débiteur détermine ... la nature de la responsabilité. S'il n'est tenu que d'une obligation de moyens, sa responsabilité est subjective et a pour condition la démonstration d'une faute par le créancier. S'il est tenu d'une obligation de résultat, sa responsabilité est objective et sera engagée s'il n'est pas parvenu au résultat envisagé, quelle qu'ait été sa diligence pour l'obtenir" (6).

Si le principe demeure celui d'une obligation de moyens, il n'exclut toutefois pas des aménagements. Tout d'abord, certaines prestations médicales font l'objet d'une obligation

(1) Voir infra partie I, titre II, chapitre I, section II

(2) D.P. 1936.I. p.88, concl. Matter, rapp. Josserand, note E.P. ; S.1937.I. p.321, note Breton ; G.P. 1936.II. p.41.

(3) R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Rousseau 1923, Tome V n°1237.

(4) Voir également, reprenant et affinant la distinction proposée par Demogue : H. Mazeaud, "Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles", R.T.D.C. 1936.I. p.1-58 ; J. Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J. 1965, Tome LXVII, n°20 et s.

(5) J. Frossard, *Ibid* n°3.

(6) S. Hocquet-Berg, *Obligation de moyens ou obligation de résultat ?*, A propos de la responsabilité civile du médecin, Thèse Paris 1995, p.10.

de résultat. Tel est le cas, par exemple, de la conception d'une prothèse par un chirurgien-dentiste (1). Mais il ne s'agit ici que d'hypothèses assez exceptionnelles. En revanche, il est admis qu'une obligation de sécurité-résultat pèse sur les prestations annexes à l'acte médical. Cette obligation concerne notamment les cliniques, pour la réalisation des prestations relatives à l'exécution du contrat d'hospitalisation conclu avec les malades. Ceci vise, plus précisément "l'obligation d'hébergement, obligation de soins liés aux prescriptions médicales, exécution de soins courants par les infirmières et obligation de surveillance plus ou moins étendue selon les catégories de cliniques dont la violation peut entraîner une responsabilité plus ou moins lourde de l'établissement" (2).

L'exigence de telles obligations de résultat qui, par leurs effets, s'apparentent aux régimes de responsabilité objective établis par les juges de l'administration, ne constitue cependant pas, loin s'en faut, le seul moyen d'objectivation de la responsabilité civile. Un de ces moyens les plus remarquables a consisté en l'emploi de l'article 1384.1 C.civ., et de la responsabilité du fait "des choses que l'on a sous sa garde".

Avant l'arrêt Mercier, certains juges de fond avaient tenté d'employer cet article en vue de renforcer la responsabilité délictuelle des médecins. Dans une affaire relative à la réparation de dommages occasionnés à un malade par un appareil de radiothérapie, le Tribunal civil de Morlaix avait ainsi décidé que "l'article 1384, paragraphe un, du Code civil, s'applique en matière de responsabilité médicale dans les cas précis où le médecin utilise pour les besoins de son art une machine soumise à sa direction et qui, mal guidée, provoque des dégâts chez ceux qui avaient besoin de recourir à cette machine dirigée par le praticien" (3). Plus significative encore, une décision du Tribunal civil d'Etampes avait fait application de la responsabilité du fait des choses dans une affaire relative aux dommages occasionnés par l'oubli de compresses dans le corps d'un opéré (4). En pratique, de telles décisions aboutissaient à remettre en cause le principe même de la responsabilité pour faute au profit de la responsabilité objective. En effet, si la Cour de cassation avait suivi ce chemin, "la responsabilité médicale risquait, dans la plupart des cas, de devenir une responsabilité du fait des choses, des innombrables choses, pharmacopée entière comprise, que, de près ou de loin, suppose l'exercice de la médecine" (5).

(1) Cass. civ. I. 15 novembre 1972, Bull. civ. I. n°241 ; R.T.D.C. 1974, p.160, obs. Durry.

(2) M. Harichaux-Ramu, "Santé, Responsabilité du médecin, Fautes se rattachant à l'exercice collectif, privé ou social de la médecine", J-C civ. fasc. 440-6. Sur les différents problèmes liés à la détermination de cette obligation de sécurité, voir S. Hocquet-Berg, Obligation de moyen ou obligation de résultat, op.cit. p.276-283.

(3) T.C. Morlaix, 17 mars 1933, G.P. 1933.II.p.615.

(4) T.C. Etampes, 16 mai 1933, G.P. 1933.I.p.679.

(5) L. Kornprobst ..., La responsabilité médicale ..., p.204.

L'abandon du terrain délictuel opéré par la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt Mercier (1) allait écarter l'article 1384 C.civ. du coeur des débats sur la responsabilité médicale. Il existe, cependant, utilisées par les juges judiciaires, d'autres techniques d'objectivation dont la plupart se recourent avec celles utilisées par les juges de l'administration. Ces techniques consistent, notamment, à déformer le concept de faute en sanctionnant de simples erreurs commises par les praticiens, ou en étendant le contenu des obligations dont les médecins sont redevables à l'égard de leurs patients. De cette façon, la différence entre obligation de résultat et obligation de moyen s'est atténuée.

Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 7 janvier 1997 est allé très loin dans ce sens (2). Cette affaire concernait une demande de réparation présentée par les ayants-droits d'un malade décédé lors d'une opération chirurgicale délicate. Il avait été établi par les experts que ce décès était imputable à une maladresse du praticien qui, en incisant une côte, avait sectionné l'artère clavière gauche du patient. Pour la Cour d'appel, cet accident n'était imputable à aucune maladresse fautive ou non, mais à une complication exceptionnelle non prévisible. La responsabilité du praticien avait ainsi été logiquement écartée. Pourtant, la Cour de cassation a cassé cet arrêt estimant que la responsabilité du praticien devait être engagée, dès lors qu'il résultait des constatations de la Cour d'appel "que la blessure de l'artère clavière avait été le fait du chirurgien".

Un autre arrêt, rendu le 25 février 1997, renforce les obligations des praticiens dans un autre domaine, la Cour de cassation estimant "que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation ..." (3). L'emploi des présomptions dans ce domaine, comme d'ailleurs dans celui des infections subies par les malades (4), semblerait aller dans le sens de certains auteurs qui préconisent que soit mise à la charge des médecins une obligation de résultat chaque fois que l'accomplissement d'actes médicaux dont la technique est éprouvée, et dont le résultat est hautement probable (5). L'obligation de moyens ne

(1) Arrêt précité supra p.15 note 2.

(2) G.P. 7-8 octobre 1997, Flash jurispr., p.32, note Guigue ; L.P.A. 4 mai 1997, p.25, note Jacotot.

(3) J.C.P. 1997, Act. n°11, 12 mars 1997 ; D.S. 1997, n°11, 13 mars 1997, dernière actualité, p.1.

(4) Voir Cass.civ. 21 mai 1996, Bull.civ. I. n°219 ; G.P. 3, 4 octobre 1997, p.8, note Hocquet-Berg ; J.C.P. 1996.I. n°3985, obs. Viney ; R.T.D.C. 1996, p.913, obs. Jourdain ; La revue du praticien 1997, p.32, obs. Chabas.

(5) Voir notamment, S. Hocquet-Berg, Obligation de moyens ou obligation de résultat, op.cit. ; P. Sargos, "Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale", D.S. 1996, chron. p.365-370 ; G. Viney et P. Jourdain, "L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? (à propos de Cass.civ. I. 7 janvier et 25 février

demeurerait, dans ce schéma, que pour la réparation des dommages occasionnés par des actes médicaux présentant des aléas importants.

Pourtant, dans un autre arrêt, rendu également le 25 février 1997, la Cour de cassation a clairement rappelé son attachement à l'obligation de moyens (1). Dans cette affaire, la Cour de cassation devait connaître du pourvoi formé par les avocats d'un homme victime d'une hémiparésie à la suite d'un accident opératoire. Cet accident avait été occasionné par le glissement d'un ballonnet gonflable, nécessaire à l'opération carotidienne pratiquée, vers l'artère cérébrale moyenne qui avait ainsi été obstruée. Le pourvoi indiquait que "le chirurgien qui procède à un acte de fourniture d'un appareil destiné à être placé dans le corps du malade est tenu à une obligation de résultat concernant la sécurité de ce dernier et tenant tant à la conception de l'appareil qu'à ses conditions d'utilisation". Ainsi, selon les avocats de la victime, le praticien "avait manqué à son obligation de résultat tenant à la sécurité de son patient sans qu'il y ait lieu de chercher si un ballonnet était atteint d'un vice". De façon extrêmement nette, la Cour de cassation a rejeté cet argument. Selon elle, en effet, "le chirurgien, alors même qu'il procède à la pose d'un appareil sur la personne du patient, n'est tenu qu'à une obligation de moyen ...". Ainsi, "La Cour d'appel qui a retenu ... qu'en égard à la pathologie présentée la technique utilisée était non seulement justifiée mais meilleure en l'état des connaissances médicales, a ... relevé que le matériel employé était exempt de vice et que le praticien l'avait vérifié avant l'opération avant son utilisation et avait notamment testé le ballonnet ... qu'il a ajouté que les soins avaient été consciencieux, attentifs et conformes aux données de la médecine et de la science".

Comme on peut le voir, l'objectivation de la responsabilité des règles appliquées par les juges judiciaires n'a pas abouti à la généralisation d'une responsabilité objective. Sur ce point, le parallélisme avec les règles appliquées par les juges de l'administration est flagrant, comme il l'est également avec les règles émanant du législateur.

2)° Les limites provenant de l'intervention du législateur

Lorsqu'il est question d'intervention du législateur, on se réfère généralement à la mise en place de mécanismes d'indemnisation dont le déclenchement n'est pas lié à l'existence d'une faute. Ainsi, de part leur caractère objectif, ces mécanismes présentent un point commun avec ceux de la responsabilité objective. Mais il ne s'agit pas réellement de responsabilité, puisque ces systèmes tendent à remettre en cause l'aspect individuel que la responsabilité présente normalement (2).

1997)", J.C.P. 1997, n°4016.

(1) J.C.P. 1997, Act. n°11, 12 mars 1997.

(2) Voir sur ce point, *infra* p.435.

Cependant, comme l'expose M. Sousse, parce que les questions soulevées par la responsabilité médicale et hospitalière ont longtemps été des questions d'ordre purement individuel, ce problème ne se serait pas posé d'emblée en ces termes (1). Ce n'est qu'avec l'apparition récente de risques sériels dans le domaine médical, à l'occasion de l'affaire du sang contaminé, que la différence de nature entre les régimes de responsabilité créés par le législateur et par la jurisprudence serait apparue au grand jour (2).

On peut toutefois penser que le problème se pose en d'autres termes et que l'intervention du législateur postule, quelle que soit la nature des dommages réparés, une approche collective qui est étrangère à la notion traditionnelle de responsabilité. En effet, que l'on parle de risque thérapeutique dont la réalisation est exceptionnelle, ou bien de risques présentant un caractère sériel, le mécanisme est le même. La loi d'indemnisation appliquée prend en compte, non les rapports existant entre telle victime et tel praticien, ou tel établissement hospitalier, mais bien l'ensemble des victimes d'un même type de dommage.

Les régimes de nature objective institués par le législateur présentent ainsi, à la fois un caractère collectif et un caractère automatique. L'existence de tels caractères rend indispensable, en raison de la charge financière que le fonctionnement de ces régimes représente, l'intervention d'un fonds de financement ou de mécanismes d'assurance. Or, une telle charge peut apparaître insurmontable, et elle peut justifier le cantonnement de l'intervention du législateur à certains domaines.

En matière de responsabilité médicale et hospitalière, ces interventions présentent ainsi un caractère ponctuel. Elles concernent l'indemnisation des dommages subis par les donneurs de sang après modification de celui-ci (3), les victimes de vaccinations obligatoires (4), les victimes de recherches biomédicales (5), et les hémophiles et transfusés contaminés par le virus du sida (6). Dans cette énumération, un sort particulier doit être réservé à la dernière catégorie de victimes : la loi du 31 décembre 1991 est la première à accepter de réparer des dommages liés à la réalisation d'un risque sériel dans le domaine médical.

(1) M. Sousse, *La notion de réparation de dommages ...*, op.cit. p.444.

(2) *La notion de réparation de dommages ...*, op.cit. p.444-468.

(3) Loi du 2 août 1961.

(4) Loi du premier juillet 1964.

(5) Loi du 31 décembre 1988.

(6) Loi du 31 décembre 1991.

En revanche, les différents projets visant à instituer un régime de responsabilité objective généralisé n'ont jamais abouti. L'idée selon laquelle un tel régime ferait peser une charge trop lourde sur les finances publiques, ou sur les assurés, n'est certainement pas étrangère à ces échecs répétés.

Au demeurant, force est de constater que les expériences menées à l'étranger ne plaident guère en faveur de la généralisation d'un tel régime (1). Un exemple frappant, dans ce domaine, est fourni par le protocole suédois d'assurance de responsabilité envers les patients (2). L'article premier de ce protocole prévoit que "l'indemnité pour une lésion de traitement doit être payée à un patient ayant subi une lésion qui aura un rapport direct avec les services sanitaire et médical ...". Pourtant, l'indemnisation des victimes est loin d'être automatique. Dans la pratique, en effet, plus de la moitié des demandes présentées sont rejetées, soit en raison de l'absence de lien de causalité entre les dommages subis et l'intervention en cause, soit en raison du fait que ces dommages ne peuvent être regardés comme une conséquence anormale du traitement. Au demeurant, l'intervention des assureurs n'empêche pas la saisine quasi-automatique des juridictions disciplinaires, et cela même en dehors de toute faute commise par les praticiens (3).

Une autre raison de l'échec de la solution législative réside dans la mise à l'écart de la relation entre le médecin et le malade opérée par les mécanismes de garantie des risques. Or, comme l'explique M. Ewald, on ne peut traiter de la même façon le problème du risque médical et les autres risques présentés par la vie en société. Comme l'explique cet auteur, en effet, "une telle démarche revient à socialiser la relation thérapeutique. C'est la socialisation de la médecine, l'éviction de fait de la doctrine du consentement. C'est oublier que le contrat médical, fondé sur le libre choix du médecin et le consentement du malade, est inassimilable au contrat de travail, qui prend acte et institue au contraire la subordination du salarié à son employeur" (4).

Le système idéal -à supposer qu'il existe- serait sans doute celui qui, tout en garantissant l'indemnisation des victimes, permettrait de prendre en compte la dimension individuelle des problèmes de responsabilité. Dans ce cadre, l'expertise pourrait apparaître, selon

(1) Voir l'étude de ces législations réalisée par G. Mémetau, *in* Droit médical, Les Cours du droit, LITEC 1996, p. 197-200.

(2) Voir sur ce point, G. Cazac, "L'indemnisation du risque thérapeutique, cinq ans d'expérience suédoise", C.M. 1980, p.5911-5913 ; D. Tabuteau, *risque thérapeutique et responsabilité hospitalière*, op.cit. p.35.

(3) A titre de comparaison, on peut observer que les juges de l'administration acceptent, à la différence des juges de l'ordre judiciaire, de réparer les victimes contaminées par le virus du sida, postérieurement à leur indemnisation par le fonds institué par la loi du 31 décembre 1991. Sur les problèmes liés aux rapports entre les juges et ce fonds, voir *infra* p. 433.

(4) Le problème français des accidents thérapeutiques, op.cit. p.39.

l'expression de M. Sousse, comme un "vecteur de vérité" (1). A notre connaissance, un tel système n'a été adopté qu'en Suisse, à partir de 1982, avec la création des bureaux d'expertise extra-judiciaires (2). Saisis par les victimes d'actes médicaux, ces bureaux, composés de médecins, sont exclusivement chargés de déterminer si l'accident dont il est demandé réparation a pour origine une faute, ou la réalisation d'un risque thérapeutique. Dans la première hypothèse, la victime peut attaquer le praticien auteur de la faute devant les tribunaux. Dans la seconde hypothèse, elle peut bénéficier de l'assurance responsabilité civile obligatoire à laquelle elle a obligatoirement souscrit.

En dépit de nombreuses propositions (3), un tel système n'existe pas en France. Comme l'a relevé M. Mémeteau, les différents projets de lois présentés devant l'Assemblée nationale et le Sénat n'ont pas même été discutés (4). Ainsi, le caractère ponctuel des interventions du législateur laisse aux juges le soin de régler les problèmes de responsabilité médicale et hospitalière. Dans la pratique, la prise en compte de la dimension individuelle de ces problèmes amènera les juges à utiliser différents concepts juridiques dont l'emploi aura pour effet de permettre, mais également de limiter, l'objectivation de la responsabilité.

B- L'objectivation limitée par l'emploi des concepts juridiques

Les régimes de responsabilité mis en place par les juges se distinguent globalement des régimes législatifs par leur absence d'automatisme. Dans les systèmes jurisprudentiels de responsabilité objective, la réparation des dommages subis par les victimes est liée, en principe, à leur caractère anormal et spécial. Cette condition tenant à la gravité et à la spécialité des dommages subis n'est pas nécessairement exigée par les mécanismes de nature objective créés par le législateur. Par ailleurs, ces mécanismes ignorent le recours à la notion de faute, et à celle de risque, envisagées comme conditions d'engagement de la responsabilité.

1)° L'objectivation limitée par la qualification des dommages subis

Comme l'explique M. Braibant, "en principe, tout dommage donne droit à réparation,

(1) La notion de réparation de dommages ..., op.cit. p. 467

(2) Voir sur ce point D. Tabuteau, Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière, op.cit. p.35-36.

(3) Voir les différents textes reproduits par F. Ewald *in* Le problème français des accidents thérapeutiques, op.cit. p.149-236.

(4) Droit médical, op.cit. p.196.

dès lors que la responsabilité est engagée” (1). Mais comme on vient de la voir, ce principe connaît toutefois une limite dans le cadre des régimes de responsabilité sans faute présentant un caractère objectif. Si l’engagement de la responsabilité sans faute des collectivités publiques n’est pas soumise, dans ce domaine, à la preuve d’une faute, les juges exigeront, en général, que les dommages subis présentent un caractère anormal et spécial pour être réparés.

Selon M. Vincent, “Le dommage anormal et spécial est ... celui qui excède les simples gênes et inconvénients que chacun est tenu de supporter sans indemnité” (2). Ce caractère d’anormalité pourra résulter soit de la cause du dommage -une activité exécutée dans des conditions exceptionnelles- soit, surtout, des conséquences du dommage, de sa gravité. Si la première hypothèse n’appelle guère de commentaires, puisqu’elle vise avant tout les dommages de travaux publics (3), il est utile de préciser la seconde. En pratique, en effet, la notion d’anormalité ne sera pas nécessairement visée en tant que telle dans les régimes de responsabilité objective. Dans le cadre de la responsabilité hospitalière, plus spécialement, les juges pourront soumettre l’engagement de la responsabilité d’un établissement hospitalier à la preuve de l’existence d’un dommage présentant un caractère de gravité plus marqué. Tel est le cas, notamment, dans l’arrêt d’Assemblée Bianchi du 9 avril 1993 (4). Dans cette affaire, le Conseil d’Etat a accepté d’engager sans faute la responsabilité d’un hôpital public pour la réparation de dommages occasionnés par une artériographie. Même s’il se réfère à un risque créé par l’administration, le régime de responsabilité appliqué est bien un régime de responsabilité objective. Ce qui est visé, en effet, ce n’est pas un risque en tant que tel, mais un risque dont “la réalisation est exceptionnelle”, c’est à dire, en fait, un dommage dont la survenance est exceptionnelle (5). Or, ce dommage, pour être réparé, ne doit pas seulement être anormal, mais présenter “un caractère d’extrême gravité” (6). En revanche, dans d’autres hypothèses, la nature des dommages subis n’est pas même mentionnée. Ainsi, dans la jurisprudence consacrée à la réparation des dommages occasionnés aux hémophiles et transfusés contaminés par le virus du sida, la responsabilité des centres de transfusion sanguine peut être engagée quelle que soit la nature des

(1) Le droit administratif français, 3^e éd. 1992, Presse de la fondation des sciences politiques et Dalloz, p.287.

(2) F. Vincent, “La responsabilité sans faute”, J-C adm. fasc. 824, n°52.

(3) Voir sur ce point, M. Deguergue, Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit de la responsabilité administrative, Bibliothèque de droit public, Tome 171, L.G.D.J. 1994, p.115-116.

(4) Rec. p.127 ; R.D.P. 1993, p.1099, note Paillet ; R.F.D.A. 1993, p.573, concl. Daël ; A.J.D.A. 1993.II. p.344, chron. Maugué et Touvet ; J.C.P. 1993.II. n°22061, note Moreau ; L.P.A. 19 mai 1993, note Thiriez.

(5) Voir sur ce point, *infra* p.407-411.

(6) Voir cependant, sur la relativité d’une telle distinction entre le dommage anormal et les autres types de dommages, telle qu’elle peut être opérée dans la jurisprudence consacrée à la responsabilité du fait des ouvrages et des travaux publics, M. Deguergue, Jurisprudence et doctrine ..., *op.cit.* p.392.

dommages subis (1).

La condition de spécialité appelle d'autres commentaires. Dans un régime de responsabilité objective, tel que celui mis en place à l'occasion de l'arrêt Bianchi, cette condition est implicitement remplie du fait du caractère exceptionnel de la réalisation des risques en cause. Le problème est différent, en revanche, si ces risques présentent un caractère sériel, catastrophique, tels qu'ils sont apparus à l'occasion de l'affaire du sang contaminé. Dans ce domaine, la condition de spécialité, à moins de lui donner une acception abusivement extensive, ne peut être remplie.

On voit bien, cependant, que dans la majeure partie des hypothèses, le caractère anormal et spécial exigé par les juges pour la réparation des dommages subis par les victimes, limite l'objectivation de la responsabilité. Il est important de souligner, toutefois, que cette limitation est encore plus importante lorsque les notions de faute et de risque interfèrent dans la prise en compte des dommages dont il est demandé réparation.

2)° L'interférence des notions de faute et de risque dans la prise en compte des dommages dont il est demandé réparation

La notion de faute se rattache, de façon évidente, à la responsabilité subjective. Ainsi, lorsque le Conseil d'Etat exige la preuve d'une faute commise par les agents de l'administration, la responsabilité n'est plus conditionnée par la nature des dommages subis, mais par le comportement de ces agents. Cette exigence d'une faute limite de façon évidente l'objectivation de la responsabilité, mais elle ne l'exclut pas nécessairement. Ainsi, par exemple, l'utilisation de présomptions, l'abandon de la faute lourde au profit d'une faute non qualifiée, ont constitué différents moyens d'objectivation de la responsabilité des hôpitaux publics.

De son côté, la notion de risque est plus difficilement appréhendable. Dans certaines hypothèses, elle se rattache pourtant clairement à une responsabilité objective. Tel, est le cas, notamment, dans la jurisprudence Bianchi, où il est fait référence à "un risque dont la réalisation est exceptionnelle", c'est à dire -puisque l'on vise la réalisation d'un risque- aux dommages subis par la victime. Dans ce cadre, une définition étroite du risque dont la survenance est prise en compte, permet de limiter l'extension de la responsabilité objective, sans pour autant conditionner son engagement. Par ailleurs, une définition étroite des dommages susceptibles d'être réparés vient également circonscrire le champ d'application de ce type de responsabilité.

(1) C.E. Ass. 26 mai 1995, Consorts N'Guyen, Jouan, Consorts Pavan, Rec. p.221 ; A.J.D.A. 1995, p.508, chron. Stahl et Chauvaux ; J.C.P. 1995.II. n°22467, note Moreau ; R.F.D.A. 1995, p.748, concl. Daël ; R.D.P. 1995, p.1609, note de Lajartre.

Dans d'autres hypothèses, cependant, la notion de risque revêt une signification différente, et apparaît, en tant que telle, comme une condition de l'engagement de la responsabilité de l'administration. Tel est le cas lorsque la responsabilité sans faute est conditionnée par l'emploi d'une méthode particulière. Ainsi, par exemple, la responsabilité d'un établissement psychiatrique ne peut en principe être engagée, en cas de dommages causés par des malades mentaux évadés, que pour faute (1). Il en va tout autrement, en revanche, lorsque ces dommages ont pour origine les agissements d'un malade mental bénéficiant de méthodes libérales de traitement. Le fait de choisir de ne pas enfermer un malade mental ne constitue normalement pas une faute. Mais l'existence d'un tel choix, qui crée un "risque spécial" pour les tiers, justifie l'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration (2).

Ainsi, la différence entre la responsabilité pour faute qui excluerait l'objectivation de la responsabilité, et la responsabilité sans faute qui en constituerait une manifestation apparaît assez artificielle : il existe, à côté d'une responsabilité sans faute objective, une responsabilité sans faute conditionnée par le risque.

Les juges de l'administration disposent, de cette façon, d'une grande variété de choix pour l'établissement des règles de responsabilité appliquées aux hôpitaux publics, entre un système excluant toute réparation, et un système dans lequel l'ensemble des dommages seraient réparés, quelle que soit leur gravité. L'aménagement de ces règles sera opéré en fonction de la politique jurisprudentielle mise en oeuvre par les juges de l'administration, cette politique jurisprudentielle étant définie en fonction de données d'ordre technique et de données d'ordre historique.

Les données d'ordre technique sont d'abord relatives au coût que représenterait une indemnisation inconditionnelle des dommages subis par les victimes. Elles se rapportent, ensuite, à l'équilibre des systèmes de responsabilité qui doivent à la fois prendre en compte l'intérêt des victimes, et l'intérêt de l'administration. Les données d'ordre historique concernent, essentiellement, l'évolution de l'hôpital qui, de "dépotoir social" (3), est devenu le fer de lance des politiques de santé publique. Cette évolution a placé le malade hospitalisé au centre des débats. A l'époque où les règles de responsabilité hospitalière ont été définies, par les arrêts de Section Vves. Loiseau et Philipponneau du 8 novembre 1935 (4), la référence au couple faute lourde - faute simple était conçue comme un moyen d'exclusion de l'objectivation. L'évolution de ces règles s'est alors opérée dans le sens de leur

(1) Voir sur ce point *infra*, p.182-191.

(2) Voir sur ce point *infra* partie II, titre II, chapitre I.

(3) L'expression est utilisée par C. Maillard, *in* Histoire de l'hôpital de 1940 à nos jours : comment la santé est devenue une affaire d'Etat, Dunod 1988, p.22.

(4) Arrêts précités *supra* p. 3 note 4.

assouplissement, étant entendu que les juges de l'administration ont toujours tenu compte des contingences techniques qui ont conduit, non plus à exclure, mais à atténuer l'objectivation.

Première partie : L'exclusion originelle de l'objectivation de la responsabilité des hôpitaux publics par la référence à une faute

Deuxième partie : L'atténuation graduelle de l'objectivation dans le cadre des responsabilités pour faute et sans faute

PREMIERE PARTIE

L'EXCLUSION ORIGINELLE DE L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX PUBLICS PAR LA REFERENCE A UNE FAUTE

L'étude du contenu des règles appliquées à la responsabilité des établissements hospitaliers nécessite que l'on se penche préalablement sur les conditions qui ont présidé à l'élaboration de ces règles. Or, si l'on envisage ces conditions d'un point de vue dynamique, la conformation originelle de la structure de la responsabilité extra-contractuelle des établissements publics hospitaliers, qui tendait à l'exclusion de l'objectivation, semble pouvoir être attribuée à la conjonction de deux mouvements.

Le premier de ces mouvements s'inscrit dans un cadre général. Il correspond à la genèse du droit administratif et à l'élaboration de ses principes fondamentaux. Plus loin, il correspond également, en matière de responsabilité extra-contractuelle, à l'application de ces principes à un certain nombre d'activités qui ne le concernaient pas à l'origine. Par là même, on évitera de limiter ce mouvement à une période qui s'étendrait de l'époque révolutionnaire à l'arrêt Blanco du 8 février 1873 (1) et à son prolongement que constitue, dans le domaine extra-contractuel qui nous intéresse, l'arrêt Feutry du 29 février 1908 (2). Car si, en effet, ces arrêts ont posé le principe de la responsabilité des collectivités publiques (3), encore fallait-il définir le champ recouvert par les activités développées par ces collectivités.

(1) Rec., premier supplément p.61, concl. David ; D.P.1873.III.p.153, concl. David ; S.1873.III.p.153, concl. David.

(2) Rec. p.208, concl. Teissier ; S.1908.III.p.97, concl. Teissier, note Hauriou ; D.P. 1908.III.p.49, concl. Teissier ; R.D.P. 1908, p.266, note Jèze.

(3) Selon un certain nombre d'auteurs, au premier rang desquels figure M. Chapus, la portée de l'arrêt Blanco aurait cependant été exagérée (Voir Responsabilité publique et responsabilité privée, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J. 1957, Tome VIII, p.37, et surtout p.86-92). On se contentera de formuler sur ce point trois séries d'observations :

-1)° On doit tout d'abord convenir que l'arrêt Blanco a été, en quelque sorte, annoncé par des décisions antérieures dont la plus célèbre demeure sans aucun doute l'arrêt C.E. confl. Rotschild du 6 décembre 1855 (Rec. p.707 ; S.1856.II.p.508 ; D.P.1859.III.p.34). L'étude récente de Mme. Deguegue a cependant permis d'exhumer un arrêt plus ancien dont la portée avait été jusqu'alors ignorée. Cet arrêt Asnif-Loutfyan c. l'administration des postes du Tribunal des conflits rendu le 26 juin 1850 constitue de façon irréfutable le véritable "grand ancêtre" de l'arrêt Blanco (Rec. p.614 ; S.1850.II.p.680). Il s'agissait, dans cette affaire, de déterminer la juridiction compétente pour connaître des litiges occasionnés par l'activité de transport de marchandises privées, dans le cadre des liaisons assurées par l'Administration des paquebots à vapeur de la méditerranée. Le Tribunal des conflits, suivant son commissaire du gouvernement, déduit la compétence de la juridiction administrative du fait que les textes en vigueur "ont entendu subordonner cette opération aux nécessités et aux règles qui affectent le service public".

-2)° L'existence de cet arrêt permet de réfuter l'objection que Marcel Waline n'a pas manqué d'opposer à l'interprétation de l'arrêt Blanco proposée par M. Chapus (Responsabilité publique et responsabilité privée, op.cit., préface p.8-9). Selon Marcel Waline, l'autorité exceptionnelle dont jouit cet arrêt s'explique principalement par le fait qu'il émane du "nouveau Tribunal des conflits" issu de la loi du 24 mai 1872. Or, l'arrêt Asnif-Loutfyan du 26 juin 1850 a également été rendu par cette juridiction, composée d'un nombre égal de membres du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, et non par le Conseil d'Etat statuant sur conflit. Cet arrêt constitue, en effet, l'une des rares décisions rendues par le Tribunal des

C'est précisément le problème qui s'est posé dans le domaine de la responsabilité des hôpitaux publics, dans lequel la spécificité des activités hospitalières, et en particulier des activités thérapeutiques a rendu particulièrement délicate leur admission en tant qu'activités de service public. Or, à partir du moment où ces activités n'étaient pas considérées comme des activités de nature administrative, l'objectivation des règles de responsabilité était nécessairement exclue.

Le second mouvement qui contribue à l'élaboration de la structure de la responsabilité du fait des établissements publics hospitaliers, présente un caractère restreint, cantonné à chaque type d'activité. Il conduit à bâtir, à partir des instruments fournis par le droit administratif -les différents régimes de responsabilité- une structure spécifique adaptée aux particularités de l'activité en cause. La conception originelle de ces règles, articulées autour du couple faute lourde - faute simple, conduisait les juges à exclure leur objectivation.

Si les deux mouvements évoqués poursuivent le même but - le rattachement du contentieux de la responsabilité des hôpitaux publics au contentieux administratif - ils n'en diffèrent pas moins dans leurs effets. Le premier mouvement tend, en effet, à ignorer la spécificité des activités hospitalières en vue de forcer leur intégration dans la catégorie des activités de service public. Il conditionne l'existence du régime de responsabilité de droit public appliqué aux établissements hospitaliers. Le second mouvement tente de rendre compte de l'originalité des activités hospitalières, mais il ne se développera qu'à partir du moment où celles-ci seront considérées comme des activités de service public. Ces deux mouvements apparaissent intimement liés. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que l'exclusion de l'objectivation manifestée par les règles de responsabilité établies par les juges de

conflits durant la courte période de la Seconde République s'étendant entre le 4 mars 1850 et le coup d'Etat du 2 décembre 1851. Créé par l'article 89 de la constitution de 1848, et organisé par la loi du 4 février 1850, le premier Tribunal des conflits avait été supprimé peu après l'avènement du Second Empire.

-3)° Quoiqu'il en soit, cette objection ne saurait remettre en cause l'importance de l'arrêt Blanco. Si les décisions précitées se référaient effectivement à la notion de service public, elle ne l'utilisaient pas nécessairement comme le critère décisif de la compétence administrative. Dans l'arrêt Rotschild, c'est le critère lié à la notion d'Etat-débiteur qui justifie au premier chef la compétence du juge administratif. Car si, en effet, "l'administration seule peut ... apprécier les conditions et la mesure" de la responsabilité des services publics, le Conseil d'Etat ne manque pas de relever que " c'est à l'autorité administrative qu'il appartient de statuer sur les demandes qui tendent à constituer l'Etat-débiteur". Dans l'arrêt Asnif-Loutfyane, l'annotateur anonyme du recueil Lebon lie la notion de service public à l'interdiction faite au juge judiciaire de connaître des actes administratifs. Il relève que "s'il y a une condamnation à prononcer contre l'Etat à raison (du) service, à l'autorité administrative seule il appartiendra de le faire, car seule elle a la qualité pour apprécier les actes accomplis par l'Etat dans l'exécution du service public". Au demeurant, à la différence de l'arrêt Blanco, les visas de l'arrêt Asnif-Loutfyane n'opèrent pas de renvoi aux textes sur la séparation des autorités administratives et judiciaires, mais seulement aux textes applicables à l'administration des paquebots, ce qui donne une portée bien moindre au principe énoncé. Ainsi, en définitive, à moins de contester la validité même du critère de service public, comme le fait M. Chapus qui lui préfère celui de gestion publique (Responsabilité publique et responsabilité privée ... , op.cit. p.138-142), la portée de l'arrêt Blanco ne saurait être sérieusement remise en cause.

l'administration fasse écho au particularisme de l'institution hospitalière et de l'activité thérapeutique.

Titre I : L'exclusion de l'objectivation de la responsabilité favorisée par les caractères spécifiques de l'institution hospitalière et de l'activité médicale

Titre II : L'exclusion de l'objectivation concrétisée par les règles de responsabilité appliquées aux hôpitaux publics

TITRE UN

L'EXCLUSION DE L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE FAVORISEE PAR LES CARACTERES SPECIFIQUES DE L'INSTITUTION HOSPITALIERE ET DE L'ACTIVITE MEDICALE

De façon on ne peut plus logique, l'exclusion de l'objectivation a longtemps découlé de l'inexistence de règles de responsabilité appliquées par les juges de l'administration aux établissements publics hospitaliers. L'émergence d'un corps de règles de responsabilité élaboré pour ces établissements nécessitait que deux conditions soient réunies. La première condition était relative à l'inclusion des activités des établissements hospitaliers dans les activités de service public. La seconde condition exigeait que les personnels employés par ces établissements puissent engager la responsabilité de l'administration du fait des actes accomplis par eux.

Il est important de souligner, sur le premier point, que les hôpitaux publics n'étaient pas considérés, à l'origine, comme les centres de soins qu'ils sont devenus par la suite, mais comme de véritables "dépotoirs sociaux", recueillant essentiellement les pauvres et les vieillards. Au mieux, on estimait que la création et l'entretien des hôpitaux publics relevaient de la charité privée. Au pire, on reconnaissait qu'ils constituaient bien des services publics, mais que leurs missions se rapprochaient davantage de celles d'un service public de police ou d'assistance, que de celles d'un service public de santé. Ces conceptions ont longtemps été confortées par la faible médicalisation de ces établissements. Ainsi, jusqu'à une époque récente, on ne venait pas à l'hôpital pour se faire soigner, mais seulement pour bénéficier de la charité ou de l'assistance publique. Ce n'est, en fait, qu'à partir de la seconde moitié du XX^e siècle que la nature du service public exercé par les établissements hospitaliers, enfin considérés comme des centres de soins, n'a plus fait l'objet de discussions (**Chapitre I : la responsabilité de l'hôpital service public**).

La seconde condition est liée à la première, dans la mesure où elle concerne essentiellement l'exercice de l'art médical dans les établissements hospitaliers. C'est en effet, de façon principale, par la prise en considération de ce type d'activités que les règles de responsabilité hospitalière ont par la suite été définies par les juges de l'administration. Ainsi, ce n'est qu'à partir du moment où l'hôpital a commencé à se transformer en service public de santé que ces règles ont pu être définies. Tel est le cas, notamment, lorsque le Conseil d'Etat a exigé, à l'occasion des arrêts Vves. Loiseau et Philipponneau du 6 novembre 1935, la preuve d'une faute lourde pour engager la responsabilité des établissements hospitaliers du fait de l'activité médicale de leurs agents (1). Sur ce point, il sera donc important de mettre en avant le caractère spécifique de l'activité médicale exercée par les praticiens hospitaliers. On verra qu'à l'époque de l'émergence des règles de responsabilité issues de la jurisprudence du Conseil d'Etat, les juges de l'ordre judiciaire étaient extrêmement réticents à engager la responsabilité de ces praticiens lorsqu'était en cause la pratique de l'art médical. Cette réticence a largement déteint sur la constitution des règles de responsabilité administrative, en vertu desquelles un établissement hospitalier peut être déclaré responsable du fait de l'activité de ses agents (**chapitre II : la responsabilité de l'hôpital du fait de ses agents**).

(1) Arrêts précités supra p.3 note 4.

CHAPITRE UN

LA RESPONSABILITE DE L'HOPITAL SERVICE PUBLIC

Historiquement, la notion de service public a servi de critère de rattachement du contentieux d'un certain nombre d'activités à la juridiction administrative : jusqu'au début des années 1920, la qualification de service public entraînait de façon automatique la compétence de la juridiction administrative et l'application d'un régime de droit administratif. Or ce système, marqué par la coïncidence entre le statut public du gestionnaire du service et le caractère d'intérêt général de l'activité, a subi un certain nombre de mutations provoquées par la prise en compte de la conjonction graduelle des interventions publiques et privées dans des domaines identiques. D'une façon générale, " par des voies multiples, mais convergentes, public et privé ... (ont été) conduits, voire contraints à la rencontre" (1) et ce, particulièrement, en matière hospitalière (2).

Mais si l'on admet que la notion de service public constitue le critère de la compétence des juges de l'administration et de l'application du droit administratif, on est bien obligé de constater que ni la jurisprudence, ni le législateur, n'ont dressé de "liste" des services

(1) J. Rivero, "La rencontre du public et du privé", recherche sociale, n° 17, 1968, p.3-10, (voir plus spécialement p.6).

(3) Voir principalement : J-A Mazères, "Le service public hospitalier à la croisée des interventions publiques et privées", R.T.D.S.S. 1974, p.271-285 ; E. Rossini, Les établissements de santé privés à but non lucratif, op.cit. p. 257-259. Sur les problèmes de compétence en matière hospitalière, voir infra partie I, titre II, chapitre I.

publics. En pratique, tant que la jurisprudence n'a pas eu à connaître du contentieux d'une activité, il est impossible d'affirmer de façon certaine que cette dernière est une activité de service public (1).

Il existe, par conséquent, un décalage entre l'avènement du critère de service public et la reconnaissance du caractère de service public d'un certain nombre d'activités. Tant que cette reconnaissance ne s'est pas produite, l'objectivation des règles de responsabilité est nécessairement exclue.

On se penchera, tout d'abord, sur l'admission du principe de la responsabilité des services publics, cette admission constituant une condition générale, mais nécessaire, à l'émergence d'un corps spécial de règles de responsabilité administrative appliqué à une activité donnée. On verra que l'apparition de la responsabilité du service public tient moins à des motifs d'ordre théorique qu'à des considérations de politique jurisprudentielle liées à un contexte de forts bouleversements socio-économiques. Il s'agissait, pour les deux ordres de juridiction, de délimiter leur territoire respectif. Or, cette opposition entretenue tout au long du XIX^e siècle a posé, parce qu'elle a été finalement constructive, les fondements d'une véritable dialectique (1) favorable à la progression de la juridiction et du droit administratifs (**section I**). La seconde section nous permettra de voir de quelle manière l'hôpital public a été reconnu comme un service public susceptible de se voir appliquer un régime de responsabilité de droit public (**section II**).

(1) Le vocable "dialectique" peut revêtir un grand nombre de significations. On choisira, parmi elles, celle qui nous semble le mieux convenir à notre propos : "la dialectique est une théorie du devenir fondée sur l'idée de contrariété ; à l'origine de toute chose, il y a un conflit, une guerre ; mais aussi tout est un et de la contrariété naît un accord, une harmonie qui correspond à la nécessité du logos", (E. Balibar et P. Macherey, "Dialectique", Encyclopedia universalis, corpus, tome VI, p.78-82). L'utilité de la méthode dialectique appliquée au droit a clairement été perçue par F-P Bénoit ("Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique, Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel", Mélanges Peiser, P.U.G. 1995, p.23-38). Comme l'explique cet auteur, "la conception hégélienne de la dialectique consiste précisément en ceci que la progression des institutions vers le stade du rationnel absolu -celui de leur Idée- se réalise par le heurt d'un aspect de l'institution considérée contre un autre aspect contraire, heurt qui va conduire à un stade nouveau de l'institution exprimé par un nouveau concept" (Ibid. p.26). Dans le domaine qui nous intéresse, le service public, critère issue de l'opposition entre les deux ordres de juridiction, peut apparaître comme un concept qui représente, dans son acception originelle, l'Idée de l'autonomie du droit appliqué aux personnes publiques.

Section I : Dialectique juridictionnelle et service public

L'étude de la jurisprudence du XIX^e et du début du XX^e siècle permet d'observer un décalage réel dans l'expression de la dialectique, en fonction des domaines dans lesquels elle s'inscrit. On entend par là que, d'un strict point de vue chronologique, la dialectique s'est développée dans le cadre exclusif de la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat avant de s'appliquer aux autres collectivités publiques. L'objectivation des règles de responsabilité est nécessairement exclue tant que la dialectique ne s'est pas développée. En revanche, si le décalage évoqué existe, les modes d'expression de la dialectique demeurent identiques dans les deux hypothèses : la reconnaissance de la responsabilité des services publics autres que ceux de l'Etat procède ni plus ni moins d'un transfert tardif de la solution de l'arrêt Blanco.

Plus précisément, l'objet de notre étude nous commande de nous pencher sur deux problèmes. Le premier de ces problèmes touche au développement de la dialectique dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat. C'est en effet de cette dynamique que procède le principe général de la responsabilité des personnes publiques. Le second problème que l'on entend traiter concerne l'extension de la dialectique aux autres collectivités publiques. On déterminera ainsi l'époque à partir de laquelle l'hôpital public, établissement public communal en 1873, pouvait effectivement voir sa responsabilité engagée devant les juges de l'administration.

§I- L'inscription du mouvement dialectique dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat

L'étude que l'on se propose d'entreprendre nécessite que soit précisée, au préalable, la conception initiale de la responsabilité de l'Etat. Si un abus de langage conduit souvent à parler d'irresponsabilité de la puissance publique, celle-ci n'était en fait que toute relative. En réalité, il apparaît clairement, à l'étude de la jurisprudence et de la législation du XIX^e siècle, que le principe originel n'était pas celui de l'irresponsabilité de l'Etat, mais bien celui de son infaillibilité, ou encore, comme l'a écrit un auteur de son "impeccabilité" (1). De ce

(1) H.F. Koechlin, La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à 1873, Bibliothèque de

fait, si l'Etat ne pouvait voir sa responsabilité engagée pour faute, celle-ci pouvait être mise en oeuvre dans le cadre d'un certain nombre de régimes de responsabilité sans faute. Ce principe de l'infailibilité de l'Etat étudié, on s'attachera ensuite à décrire et à expliquer le mouvement dialectique qui a conduit la jurisprudence à élaborer le principe général de la responsabilité des services publics.

A- Le principe initial d'infailibilité de la puissance publique

Le principe d'infailibilité de la puissance publique est essentiellement lié à l'idée selon laquelle l'Etat ne saurait commettre de faute dans l'exercice de ses activités. Mais si le principe de la responsabilité pour faute était écarté, la responsabilité sans faute de l'Etat pouvait, dans certains cas, être admise.

1)° L'Etat ne saurait commettre de faute dans l'exercice de ses activités

D'une façon générale, on peut affirmer que le domaine de la responsabilité de l'Etat s'est étendu de façon progressive, au fur et à mesure que ses activités se sont diversifiées (1). L'idée de l'Etat-gendarme qui est traditionnellement attachée à la société libérale du XIX^e siècle est largement erronée, ou en tout cas incomplète. Elle résulte d'une vision réductrice et polémique des réalités sociales de cette époque. A y regarder de plus près, il apparaît assez clairement, que "le thème de l'Etat-gendarme appartient ... à une phraséologie de combat, plus ou moins opposée à la thèse de la lutte des classes" (2). En réalité, l'Etat-gendarme, ou encore l'Etat-caserne, sont des notions éminemment politiques qui ne sauraient représenter de façon fidèle la société française du XIX^e siècle.

Le bon fonctionnement de la société industrielle naissante supposait, à l'évidence, un interventionnisme de plus en plus marqué du pouvoir central. Certaines législations et réglementations, limitatrices des initiatives individuelles, se sont ainsi développées au fur et à mesure que les activités industrielles prenaient leur essor (3). En outre, il est rapidement apparu indispensable que l'Etat intervienne en vue de créer les structures nécessaires au

droit public, Tome XII, L.G.D.J. 1957, p.82.

(1) Voir sur ce point, P. Duez, La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat), Dalloz 1938, p.10.

(2) P. Legendre, *in* Histoire de l'administration de 1750 à nos jours, Thémis, P.U.F. 1968, p.204 (voir plus généralement p.203-205).

(3) On renverra ici à l'exemple classique de la législation sur les établissements incommodes dangereux ou insalubres. Voir P.Gousset, G. Magistry, Le droit des établissements classés, dangereux, insalubres ou incommodes, Dunod 1968, Tome I, p.1-23.

développement économique (1).

En revanche, si le libéralisme commande un certain degré d'interventions étatiques, il est également sous-tendu par deux principes au moins aussi intangibles que celui, prétendu, de l'irresponsabilité de la puissance publique : le caractère "sacré" de la propriété privée et la liberté du commerce et de l'industrie. Or, il y a entre ces deux derniers principes et l'idée de l'irresponsabilité de la puissance publique une contradiction pratique manifeste, l'action nouvelle de l'Etat pouvant troubler de façon plus ou moins directe le droit de propriété, ou atteindre le patrimoine des particuliers.

La confrontation entre l'intérêt général qu'est censée poursuivre l'activité de l'Etat et les intérêts des particuliers allait tourner rapidement en faveur de ces derniers. La place que réservent les textes à ces différents principes ne laissait sur ce point aucun doute.

Il n'existe ainsi aucun texte qui proclame le principe général de l'irresponsabilité des services de l'Etat du fait de leur activité. La loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III se bornent ainsi à appliquer la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires en vertu de laquelle il est interdit au juge judiciaire de troubler l'action de l'administration. La loi du 17 juillet et du 8 août 1790 et le décret du 26 septembre 1793 sur l'autorité compétente pour déclarer l'Etat-débiteur ont exactement la même portée (2). En d'autres termes, si le juge judiciaire est incompétent pour déclarer l'Etat responsable, aucune règle n'interdit au juge administratif de le faire, à partir du moment où il déduit lui-même sa propre compétence de l'interprétation des textes précités.

Or, à l'absence de fondement textuel du "dogme" de l'irresponsabilité peut être opposée la base constitutionnelle du respect de la propriété privée que constitue l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Selon ce texte, " La propriété privée étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité".

Il est évident que cette disposition trouve un prolongement immédiat dans la législation sur l'expropriation, et principalement dans la loi du 8 mars 1810 qui confie le contentieux de l'indemnisation au juge judiciaire. De façon médiate, la controverse survenue sur l'interprétation de ce texte confronté à la loi du 28 pluviôse an VIII qui attribue aux conseils de préfecture la connaissance des litiges relatifs aux dommages de travaux publics, permettra à la jurisprudence d'admettre le principe de la responsabilité de l'Etat du fait des expropriations indirectes (3). Enfin, on peut estimer que les nombreuses lois qui ont créé,

(1) Voir sur ce point H-F Koechlin, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats ...*, op.cit. p.38-48.

(2) Sur l'interprétation extensive de ce texte en faveur de la compétence exclusive du juge administratif, voir R.Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée ...*, op.cit. p.47.

(3) Des travaux publics ou un ouvrage public peuvent, en effet, occasionner une perte de valeur, ou un

tout au long du XIX^e siècle, des régimes de responsabilité sans faute à l'encontre de l'Etat procèdent de la même volonté de réparer les atteintes subies par le droit de propriété ou, plus généralement encore, par le patrimoine des personnes privées du fait des activités administratives. Si ces différentes lois sont intervenues dans des domaines très divers (2), elles procèdent en effet toutes du même esprit. Elles ont constitué, comme l'ont écrit P. Duez et G. Debeyre, et même si cette affirmation peut apparaître quelque peu réductrice, "le couronnement des mesures prises en droit public par la Révolution pour faire disparaître à tout jamais certaines pratiques abusives, certaines confiscations sans indemnité de l'Ancien Régime" (3).

Toutefois, l'existence de ces nombreux régimes de responsabilité ne signifie nullement que le législateur admettait que l'Etat puisse commettre une faute dans l'exercice de la puissance publique : aucune des lois qui ont institué ces différents régimes, n'a jamais subordonné la responsabilité de l'Etat à l'existence d'une faute (4). Il est tout à fait clair, par

un trouble quelconque, aux propriétés privées. Il était admis, dans l'état premier de la jurisprudence, que ces dommages devaient être assimilés à des expropriations indirectes lorsqu'ils étaient permanents. Dans de tels cas, le juge judiciaire était compétent, le juge administratif ne connaissant que des seuls dommages temporaires. Voir par exemple, les attendus très explicites de la Cour d'appel de Toulouse dans un arrêt du premier août 1842 (D.P.1845.IV. p.11). Cette solution a survécu jusqu'à l'arrêt Boisseau rendu par le Conseil d'Etat sur conflit le 22 novembre 1863 (D.P.1864.III. p.5). A partir de cet arrêt, le Conseil d'Etat revendique la connaissance de l'ensemble des demandes en indemnités relatives aux biens, les demandes concernant les dommages occasionnés aux personnes demeurant de la compétence du juge judiciaire. Enfin, quelques semaines après l'arrêt Blanco, l'arrêt Lambert du 29 décembre 1873 finit par s'attacher non plus, comme l'a écrit David dans ses conclusions, à "l'objet du dommage mais uniquement à sa cause" (D.P. 1874.III. p.53). Dorénavant, la compétence administrative est seulement déterminée, en dehors des cas d'expropriation entendus *stricto sensu*, par le caractère public des ouvrages ou des travaux en cause, et non plus sur le caractère temporaire ou permanent des dommages subis (voir dans le même sens T.C. 29 décembre 1877, Dame Leclercq, D.P.1879.III.p.4).

(2) Voir H.F. Koechlin, La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats ..., op.cit., p.80-85 et 103-105. Sans entrer dans les détails, précisons cependant que M. Koechlin distingue deux types de lois : les lois sur l'expropriation et les dommages de travaux publics et les lois visant à réparer les conséquences de l'action politique ou gouvernementale. Si l'on voit bien ce que recouvre la première catégorie (de façon principale les lois du 8 mars 1810, du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1841 pour l'expropriation et la loi du 28 pluviôse an VIII pour les dommages de travaux publics), le contenu de la seconde est beaucoup plus hétérogène. Citons, parmi une multitude d'exemples, la loi du milliard des émigrés du 27 avril 1825 , la loi du 19 janvier 1849 sur l'indemnisation des anciens propriétaires d'esclaves, la loi du 3 avril 1833 sur la réparation des dommages occasionnés aux propriétés par les journées insurrectionnelles de juillet 1830 ...

(3) Traité de droit administratif, Dalloz 1952-1954, p.435.

(4) M. Koechlin cite cependant un certain nombre d'exceptions pour lesquelles la responsabilité de l'Etat serait engagée en raison d'une faute de service. Tel serait le cas, en particulier dans le domaine des contributions indirectes (loi du 5 ventôse an XII, décret du premier germinal an XIII), des opérations réalisées par les administrations des chemins de fer (loi du 15 juillet 1845) et des postes (loi du 25 janvier

conséquent, que la règle générale de la responsabilité de la puissance publique antérieure à 1873 n'était pas celle de l'irresponsabilité de l'Etat, mais celle de son infaillibilité. La responsabilité pour faute étant ainsi écartée, il nous appartient désormais d'examiner le champ d'application de la responsabilité sans faute.

2)° La possibilité d'engager la responsabilité sans faute de l'administration

Les régimes de responsabilité sans faute appliqués à l'Etat peuvent être assez aisément classés en deux catégories. La première catégorie s'apparente à l'idée de risque social, telle qu'elle a été développée par M. Delvolvé (1). Il s'agit ici, pour le législateur, d'imputer à la charge de l'Etat la réparation de dommages occasionnés, non pas directement par son activité, mais par un comportement de la société en général" (2). Les textes ici visés sont principalement de deux ordres : ils concernent soit la réparation de dommages occasionnés par la guerre, soit l'indemnisation des victimes de troubles engendrés par l'instabilité politique.

La seconde catégorie de responsabilité sans faute se rattache à toute une série d'hypothèses dans lesquelles l'action -nécessairement légitime- de l'Etat occasionne des dommages aux particuliers (3). On peut penser que ces dispositions constituent, avant la lettre, des cas de responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques (4).

1873), et des saisies illégales effectuées par les douanes (loi du 9 floréal an VII). En réalité, cependant, et en dehors du fait que la référence à la faute du service paraît anachronique, les différents textes visés avaient pour unique objet de rattacher certains contentieux à la compétence du juge judiciaire. L'application, par ce dernier, des règles du Code civil, n'avait rien d'exceptionnel. Elle s'inscrivait dans un contexte concurrentiel généralisé dans le cadre duquel le juge judiciaire tentait d'étendre l'application de ces règles au contentieux intéressant la puissance publique. En d'autres termes, l'application des règles de responsabilité pour faute est, en quelque sorte, dérivée. Elle ne procède nullement d'une volonté du législateur de remettre en cause le principe d'infaillibilité de la puissance publique.

(1) P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Bibliothèque de droit public, Tome LXXXVIII, L.G.D.J. 1969, p.286-289. Il s'agit de l'une des trois hypothèses de responsabilité pour risque dégagées par M. Delvolvé. Les autres hypothèses concernent le risque créé et le risque profit.

(2) *Ibid.*, p.287.

(3) Certains auteurs, fort minoritaires, soutiennent cependant que ces hypothèses ne relèvent pas de la responsabilité. Voir principalement C.Blavoet, "De l'inadaptation de la faute et du risque comme fondements de la responsabilité des collectivités en droit public", J.C.P.1958.I.n°1406 ; R.Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, op.cit. p.346. Une telle opinion est contestable, la plupart des textes visés reconnaissant un véritable droit à réparation qui ne peut être assimilé à une simple faveur faite à certaines catégories de particuliers.

(4) Ce principe n'a été consacré qu'assez récemment en jurisprudence. Sa première formulation expresse remonte en effet à un arrêt du Conseil d'Etat Fays du 2 juin 1944 (Rec. p.59). En revanche, l'origine de ce principe est beaucoup plus ancienne. Elle remonte à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et

Dans ce cadre, les particuliers reçoivent réparation lorsque les personnes publiques “font supporter, au nom de l’intérêt général, des charges particulières à certains membres de la collectivité” (1). C’est principalement dans ce domaine que se concrétise une volonté de lutter contre certains abus de l’autorité royale sous l’Ancien Régime (2).

Comme l’expose M. Delvolvé, le principe d’égalité devant les charges publiques “ne joue de rôle central que dans des hypothèses particulières : celles des décisions prises régulièrement par les autorités publiques et celles des travaux publics” (3). Ceci étant, le principe de la réparation ne sera acquis que dans la mesure où deux conditions seront remplies. En premier lieu, il faut que la charge imposée au particulier qui se prétend lésé existe réellement et qu’elle présente, en outre, un certain degré de gravité. Il faut, en second lieu, que l’action administrative atteigne un droit suffisamment important pour justifier que soit mise en jeu la responsabilité de la puissance publique. Autrement dit, pour l’époque qui nous intéresse, le législateur -ou même la jurisprudence dans le cadre de la réparation des dommages permanents occasionnés par des travaux publics- ne sont intervenus que dans des hypothèses où le droit de propriété, voire même le patrimoine des particuliers ont été atteints (4).

Il est cependant utile de préciser que ces différents régimes de responsabilité étaient, par nature, d’application exceptionnelle, et qu’il est par conséquent impossible de voir en eux le droit commun de la responsabilité administrative. Avant 1873, même s’il ne s’agissait ni d’un dogme ni d’un “axiome” (5), le principe général incontesté demeurait celui de l’infaillibilité de la puissance publique. En outre, il est important de rappeler qu’aucun de ces régimes ne voyait son application conditionnée par la preuve d’une faute. Il s’agissait, en fait, de régimes de responsabilité objectifs dont l’existence était uniquement liée à la nature des dommages subis. Il est par là même techniquement impossible de voir en eux les

du citoyen qui dispose que “pour l’entretien de la force publique, et pour les dépenses d’administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés”. Ceci étant, il est largement admis que le principe d’égalité devant les charges publiques dépasse le cadre de l’impôt (voir sur ce point l’article fondateur de M. Belin, “Le principe d’égalité devant les charges publiques à l’époque révolutionnaire et son influence sur la jurisprudence”, R.D.P. 1934, p.335-372, et plus spécialement p.341 et p.339-371).

(1) R. Chapus, *Droit administratif général*, op.cit. p.1192.

(2) Voir à ce sujet, le point de vue exprimé par P. Duez et G. Debeyre supra p. 37 note 3.

(3) *Le principe d’égalité devant les charges publiques*, op. cit. p.419.

(4) M. Koechlin cite un certain nombre d’exemples qu’il ne rattache jamais, cependant, à la responsabilité pour rupture de l’égalité devant les charges publiques. Voir, à titre d’illustration, la loi du premier mai 1822 qui prévoit la suppression des ateliers des propriétaires de distilleries parisiennes, tout en assurant leur indemnisation.

(5) P. Duez, G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, op.cit. p.418.

ascendants directs du principe de la responsabilité pour faute des collectivités publiques.

C'est en réalité la jurisprudence qui constitua le véritable moteur de l'avènement du principe de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques. De façon plus exacte, l'opposition entre les deux ordres de juridiction sur la détermination de l'autorité compétente pour connaître des actions intentées contre l'Etat peut être représentée, dans son déroulement, comme une dialectique débouchant directement sur l'élaboration de ce principe.

B- Le mouvement dialectique vers l'avènement du principe de la responsabilité du service public

On insistera dans ces développements sur les données concrètes de l'opposition entre les deux ordres de juridiction. En d'autres termes, on s'attachera à décrire, sans trop se préoccuper des aspects purement théoriques du problème qui sont déjà connus (1), les raisons de pure politique jurisprudentielle qui ont conduit le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat à reconnaître le principe de la responsabilité de l'Etat du fait de ses activités de service public.

On écartera également de nos développements le cas particulier de la responsabilité du fait des ouvrages et des travaux publics. Comme on a déjà eu l'occasion de le souligner (2), l'opposition entre les deux ordres de juridiction tient ici à des interprétations divergentes de textes qui concernent de façon spécifique l'expropriation et les travaux publics. On peut d'ailleurs penser que c'est dans cette spécificité que doit être recherchée la raison du particularisme des règles de fond qui président, de nos jours encore, à cette matière (3).

Pour le reste les termes de la dialectique semblent pouvoir être formulés en deux propositions qui tendent à résumer, à gros traits, la position respective des deux ordres de juridiction. D'un côté, le juge judiciaire revendique de façon constante sa compétence ainsi que l'application à l'Etat des règles de responsabilité du Code civil. De l'autre côté, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits réfutent la thèse de la compétence du juge judiciaire ainsi que l'application des articles 1382 et s. du Code civil. Avant l'arrêt Blanco, ces deux juridictions se sont bornées à cette seule réfutation qui n'entraîne d'aucune façon l'application d'un principe positif de responsabilité de l'Etat. Ce n'est qu'à partir de l'arrêt

(1) Voir notamment M.Deguergue, *Jurisprudence et doctrine ...*, op.cit. p.43-56.

(2) Voir supra p. 37 note 1.

(3) Sur ces règles, voir infra p. 100 note 1.

Blanco que le Tribunal des conflits, puis le Conseil d'Etat, "aiguillonnés" (1) par le juge judiciaire seront, en quelque sorte, contraints de mettre en application un tel principe en vue d'assurer la mainmise de la juridiction administrative sur le contentieux généré par l'activité des personnes publiques. Techniquement, cette évolution de la position administrative est caractérisée par l'intervention d'un certain nombre de critères. A l'origine, ces critères avaient pour unique effet de permettre de réfuter la compétence judiciaire, sans préjudicier du fond. Ce n'est qu'avec l'arrêt Blanco que le Tribunal des conflits abandonnera une exploitation négative des anciens critères de compétence, au profit d'une exploitation positive et exclusive du critère de service public.

1)° La réfutation de la thèse judiciaire au moyen de l'exploitation négative des anciens critères de compétence

Le XIX^e siècle a constitué une époque de recherche d'un équilibre entre les deux ordres de juridiction, une "ère des conflits de prestige" (2). On peut dire, d'une façon générale, que le Conseil d'Etat, qui a également été juge des conflits de 1828 à 1872 presque sans interruption (3), et la Cour de cassation, se sont attachés à attirer dans leur sphère de compétence respective les litiges concernant la responsabilité de l'Etat. Or, si les deux ordres de juridiction visaient le même objectif, les moyens mis en oeuvre pour l'atteindre étaient différents.

D'un côté, la Cour de cassation estimait, en se fondant sur les textes qui instituent le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, que les actions en dommages et intérêts intentées contre l'Etat relevaient, en l'absence de texte contraire, de sa compétence. En outre, les litiges auxquels se rapportaient ces actions se voyaient appliquer les articles 1382 à 1386 du Code civil (4).

L'attitude du juge judiciaire allait conduire à une multiplication des déclinatoires de compétence et à la saisine, à de nombreuses reprises, de la juridiction chargée de la résolution des conflits de compétence. Or, cette dernière juridiction, premier Tribunal des conflits ou Conseil d'Etat, allait refuser d'appliquer, à la différence du juge de cassation, le principe positif de la responsabilité de l'Etat pour se contenter de réfuter la compétence du juge judiciaire au moyen de deux critères de compétence exploités de façon négative : le critère de l'Etat-débiteur, et le critère selon lequel les juges judiciaires ne sont pas

(1) Telle est l'expression, fort parlante, utilisée par M. Koechlin pour qualifier ce que l'on qualifie de dialectique (voir *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats* ..., op.cit. p.78).

(2) R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*..., op.cit., p.88.

(3) Voir supra p.27-28 note 3.

(4) Voir par exemple le célèbre arrêt Depeyre, sur la responsabilité du service des postes, Cass. req. 30 janvier 1843, S. 1843.I. p.353.

compétents pour connaître des actes administratifs.

Le critère de l'Etat-débiteur a été institué par la loi des 17 juillet et du 8 août 1790, et par le décret du 26 septembre 1793. Il dérive d'un simple constat : "réclamer à l'Etat réparation d'un préjudice dont il serait responsable revient à le déclarer débiteur. Or, les réclamations dirigées contre le Trésor en vue de le rendre débiteur relèvent de l'administration. En conséquence, les actions en responsabilité sont également de la compétence administrative" (1). Mais, pourrait-on ajouter, si la juridiction administrative est compétente pour connaître de ces actions, cela ne signifie nullement qu'elle acceptera de faire droit aux demandes qui lui seront soumises. L'utilisation de la notion d'Etat-débiteur n'a aucune incidence sur le fond du droit (2). Elle s'apparente à une formule de principe dont la seule utilité est de permettre au Conseil d'Etat de réclamer la connaissance des actions intentées contre la puissance publique, tout en réfutant l'application des règles du Code civil. Elle ne permet pas d'engager la responsabilité de l'Etat pour faute.

Certes, cette double négation est souvent contrebalancée par l'affirmation de l'existence d'un corps de règles spécialement adapté aux particularités de l'action administrative : c'est dans ce sens qu'il faut comprendre, pour ne citer que l'exemple le plus frappant, la référence faite au service public par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt Rotschild. Mais en réalité, cependant, il n'existe pas de décision reconnaissant l'existence d'une faute mise à la charge de l'Etat.

Le second critère utilisé par le Conseil d'Etat est fondé sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires qui interdirait au juge judiciaire de connaître des actes administratifs (3). Il est important préciser que ce critère n'a été presque exclusivement utilisé que par le premier Tribunal des conflits (4), mais que la façon dont il était interprété

(1) H.F. Koechlin, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats ...*, op.cit. p.118.

(2) Voir notamment C.E. 6 décembre 1855 Rotschild, précité supra p.26 note 3 ; C.E. 9 février 1847, Legat c. Dir. gèn. des postes, D.P. 1847.III.p.113.

(3) Pour certains auteurs, cette interdiction dériverait d'une mauvaise interprétation des textes censés instituer le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Ainsi, pour M. Troper, si la loi des 16 et 24 août 1790 a bien eu "pour but d'assurer l'indépendance de l'administration par rapport aux tribunaux (de l'ordre judiciaire), (elle) n'entendait pas pour autant retirer à ceux-ci la connaissance du contentieux administratif" (*La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J. 1973, Tome 48, p.51). Si le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires existe, il serait fondé, en réalité, sur toute une série de textes qui ont progressivement soustrait certaines matières du contentieux de l'administration à la compétence du juge judiciaire (voir M. Troper, *Ibid*, p.51-53 ; contra : T. Fortstakis, *Conceptualisme et empirisme en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, Tome 152, L.G.D.J. 1987, p.196-198).

(4) Voir par exemple T.C. 20 mai 1850 Manoury et consorts c. l'administration des postes, Rec. p.447 ; D.P.1850.III.p.65 ; S.1850.II.p.618. Le Conseil d'Etat s'inspirera un temps de cette solution, par exemple à l'occasion de l'arrêt du 2 décembre 1852, Syndics de la faillite Poulet, D.P. 1853.III.p.21. L'arrêt Rotschild

n'empêchait en rien d'entretenir l'opposition avec le juge judiciaire. De fait, la Cour de cassation et le Tribunal des conflits n'avaient pas la même interprétation des textes instituant le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Comme l'a fort clairement exposé M. Chapus, "pour les tribunaux judiciaires, connaître d'un acte administratif, c'est avoir à l'interpréter lorsque son sens est obscur ou à l'apprécier si sa légalité est douteuse. Pour le Tribunal des conflits, au contraire, connaître d'un acte administratif, c'est en connaître au sens courant du mot, soit en vue de son interprétation, soit en vue de son application" (1).

Mais quoiqu'il en soit, l'attitude des juges de l'administration ne pouvait avoir qu'un effet néfaste sur les requérants. En pratique, ces derniers ne pouvaient espérer mettre en jeu la responsabilité des services de l'Etat devant leur juge naturel, en dehors de l'application des textes spéciaux qui prévoyaient cette responsabilité. Il s'ensuivait, de façon tout à fait logique, une fuite du contentieux que ne pouvait efficacement enrayer la multiplication des déclinatoires de compétence. Au bout du compte, il apparaissait clairement que le seul moyen de lutter contre ce phénomène, était de passer de la simple expression du principe de responsabilité vers celui de son application. C'est pour ce parti que le Tribunal des conflits opta avec l'arrêt Blanco, en prônant une exploitation positive de la notion de service public utilisée comme un nouveau critère de compétence.

2) ° La réfutation de la thèse judiciaire au moyen de l'exploitation positive du nouveau critère de service public

L'origine de ce principe, envisagé comme un critère de compétence, est connue. Elle résulte d'une évolution manifestée dans l'interprétation des lois sur la séparation des autorités administratives et judiciaires, et favorisée par l'attribution de la justice déléguée au Conseil d'Etat par la loi du 24 mai 1872. Cette dernière nouveauté, toute relative en fait (2), a permis au Tribunal des conflits d'affirmer le caractère juridictionnel du Conseil d'Etat et de réfuter la thèse selon laquelle la compétence administrative était par nature exceptionnelle (3). Au terme de cette évolution, le juge judiciaire est non seulement

lui permettra par la suite de revenir à son ancien critère de l'Etat-débiteur, le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire n'étant plus évoqué qu'à de très rares occasions (voir par exemple, C.E. 6 août 1861, 2 espèces, Dekeister et Cardin, S. 1862.II. p.139).

(1) Responsabilité publique et responsabilité privée ..., op.cit. p.55.

(2) Dans l'immense majorité des cas, le chef de l'Etat se contentait en effet d'entériner l'avis qui lui était soumis par le Conseil d'Etat. Voir T. Fortstakis, Conceptualisme et empirisme ..., op.cit. p.196-198.

(3) A l'époque où l'on se situe, cette thèse était partagée par les deux ordres de juridiction. Ainsi peut-on lire, dans l'arrêt du Conseil d'Etat Dekeister du 6 août 1861 (précité p.42 note 4) que les lois sur la séparation des autorités administratives et judiciaires "ont eu moins pour but d'établir la compétence de l'autorité administrative à l'exclusion de l'autorité judiciaire, que de désigner les juges parmi les autorités compétentes".

incompétent pour annuler les actes administratifs, mais également pour prononcer des condamnations pécuniaires à l'encontre de l'Etat, à raison des préjudices occasionnés par l'exécution des services publics.

La référence qui était parfois, avant l'arrêt Blanco, aux activités de service public, n'avait jamais été utilisée en vue d'établir un tel principe -même limité- de responsabilité. Le juge utilisait cette donnée, non pas comme un critère de compétence, mais comme une sorte d'indice permettant d'étayer la thèse de la compétence administrative, telle qu'elle dérivait de la règle de l'Etat-débiteur ou de l'interprétation originelle de la séparation des autorités administratives et judiciaires. L'arrêt Blanco balaie ces incertitudes en rompant le lien entre ces anciens critères et la notion de service public. Le Tribunal des conflits prend acte, en quelque sorte, du nouveau statut du Conseil d'Etat, détenteur de la justice déléguée depuis la loi du 24 mai 1872, pour édicter un véritable principe général de responsabilité, fondé sur une vision égalitaire des compétences administrative et judiciaire.

Mais si la loi du 24 mai 1872 a effectivement favorisé l'avènement du critère de service public, cet avènement n'en procède pas moins de la nécessité qui était apparue, bien avant, de réserver le contentieux généré par l'activité de l'Etat à la connaissance de l'autorité administrative. Seulement, la conception étroite que le Conseil d'Etat avait de sa propre compétence lui interdisait de l'envisager sur un même plan que la compétence judiciaire. En reléguant la conception attributive de la compétence administrative, et en se fondant sur la nouvelle loi du 24 mai 1872, le Tribunal des conflits rend acceptable le partage de compétence entre les deux ordres de juridiction (1). Dans cette optique, la notion de service public lui permet d'attribuer un fondement adapté à la généralité du principe énoncé. Elle lui permet également de moduler la responsabilité administrative en fonction de l'évolution possible de conceptions encore restrictives sur la portée de ce principe. L'affirmation du Tribunal des conflits selon laquelle la responsabilité de l'Etat n'est "ni générale ni absolue" est ainsi parfaitement adaptée à la distinction opérée en 1896 par E. Laferrière entre les actes de gestion, qui permettent d'engager cette responsabilité, et les actes de puissance publique, pour lesquels l'immunité de l'Etat est totale (2). Mais elle s'avèrera également adaptée à l'évolution ultérieure de ces conceptions, et à l'avènement de la responsabilité pour faute (3).

Cependant, si le principe de la responsabilité du service public n'a été effectivement admis qu'à l'occasion de l'arrêt Blanco, le mouvement dialectique qui a conduit à son élaboration n'a eu d'incidence, à l'origine, que sur les services de l'Etat. Ce n'est qu'après coup que les effets de cette dialectique ont été étendus aux autres collectivités publiques.

(1) La Cour de cassation s'est rapidement ralliée à la jurisprudence du Tribunal des conflits à l'occasion d'un arrêt Cass. civ. du 30 décembre 1873, Peltier c. contributions indirectes, D.P. 1874.I.p.79, rapport Greffier, concl. Blanche.

(2) Traité de la juridiction administrative ..., Tome I, op.cit. p.428-438.

(3) Voir sur ce point infra partie I, Titre I, Chapitre II, Section I.

§II- L'extension tardive des effets de la dialectique à la responsabilité extra-contractuelle de l'ensemble des collectivités publiques

Le principe de la responsabilité du service public a été étendu aux collectivités publiques autres que l'Etat par l'arrêt du Conseil d'Etat Terrier du 6 février 1903 (1). Mais il fallut attendre encore cinq années et l'arrêt du Tribunal des conflits Feutry du 29 février 1908 pour que ce principe, qui n'avait été reconnu qu'en matière de responsabilité contractuelle, soit également appliqué en matière de responsabilité extra-contractuelle (2). C'est ainsi qu'entre les années 1873 et 1908, les actions en responsabilité visant les communes, les départements et leurs établissements publics, continuaient à relever de la compétence du juge judiciaire.

L'explication de ce décalage, à supposer encore qu'elle existe, n'est pas aisément décelable. On peut cependant avancer un certain nombre d'éléments, de nature juridique, qui sont susceptibles d'aider à la compréhension de ce phénomène. Ces éléments semblent pouvoir être classés en deux catégories : la première catégorie regroupe des données de type pratique, la seconde des données de type théorique.

A- Les éléments pratiques contribuant à expliquer l'extension tardive de la dialectique

Deux arguments peuvent être avancés en vue de justifier la compétence du juge judiciaire, ainsi que l'application des règles de responsabilité du Code civil aux collectivités publiques autres que l'Etat. Le premier argument a une portée générale. Il touche aux problèmes pratiques posés par l'organisation juridictionnelle. Le second argument concerne de façon plus directe ces collectivités publiques, et les limites imposées à leur activité.

1)° Les éléments relatifs à l'organisation juridictionnelle

La plupart des auteurs qui ont contesté le traitement particulier réservé au contentieux

(1) Rec. p.94, concl. Romieu ; S.1903.III. p.25, concl. Romieu, note Hauriou ; D.P. 1904.III. p.65, concl. Romieu.

(2) Arrêt précité supra p.27 note 2. La solution de l'arrêt Feutry, qui concernait la responsabilité d'un département, a rapidement été étendue aux communes et aux établissements publics (voir respectivement T.C. 11 avril 1908, 4 espèces, dont De Fonscolombes c. Ville de Marseille, S.1909.III.p.49, note Hauriou ; T.C. 23 mai 1908, Jouillié c. Association syndicale du canal de Gignac, S.1909.III.p.49, note Hauriou).

local en général, se sont principalement attachés à faire ressortir l'illogisme d'une situation de fait qui aboutissait à l'éclatement du contentieux administratif (1). A l'inverse, ce sont des arguments du même type qui ont été avancés en vue d'expliquer, moins que de justifier, cette situation.

On trouve une illustration frappante de ces tentatives d'explications dans la note de Jèze publiée à la Revue du droit public sur l'arrêt Feutry du 29 février 1908. Selon Jèze, la compétence judiciaire était autrefois justifiée par les difficultés que les victimes éprouvaient à obtenir satisfaction devant le Conseil d'Etat, en raison du caractère restrictif de sa jurisprudence (2). C'est précisément l'évolution de cette jurisprudence qui aurait justifié la nouvelle solution retenue par le Tribunal des conflits.

Dans le même ordre d'idées, pour G. Teissier, c'est une certaine constance dans la rigueur de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui expliquait, après l'arrêt Blanco et peu avant l'arrêt Feutry, la compétence judiciaire. Selon cet auteur, en effet, le succès de cette solution" a bien moins tenu à sa valeur juridique même qu'au désir d'échapper à la jurisprudence singulièrement étroite adoptée à l'origine par le Conseil d'Etat, relativement à la responsabilité de l'Etat qu'il n'admettait que dans des cas très rares. Juristes et tribunaux s'étaient rendu compte que la vie locale deviendrait intolérable, si la responsabilité des administrations communales n'était pas largement assurée" (3). Mais force est de constater que cette opinion n'est corroborée par aucun élément objectif. A la rigueur, on ne voit pas non plus pour qu'elle raison cette réticence n'aurait pas également justifié un revirement de la jurisprudence Blanco.

G. Jèze avance, également, que la réticence de la juridiction administrative suprême à connaître des litiges intéressant les collectivités locales pouvait être justifiée par sa volonté implicite de ne pas voir son fonctionnement alourdi. Juge administratif de droit commun en premier et dernier ressort jusqu'à la réforme du 30 septembre 1953, le Conseil d'Etat aurait alors risqué d'attirer vers lui une masse de contentieux non négligeable (4). Au demeurant, l'idée selon laquelle le Conseil d'Etat, juridiction suprême, serait compétent pour connaître du contentieux local a pu paraître, à une époque, assez choquant. En d'autres termes, selon un adage connu, "Il n'y a qu'un Conseil d'Etat et il est loin".

Mais si ces différents arguments peuvent effectivement contribuer à expliquer le retard de l'application des solutions de l'arrêt Blanco aux collectivités publiques autres que l'Etat, ils ne justifient d'aucune manière le revirement opéré en 1908. Sur ce point, l'unique argument

(1) Voir, parmi une multitude d'exemples, la note de Maurice Hauriou et les conclusions de Jean Romieu sur l'arrêt Terrier du 6 février 1903, précité supra p.45 note 1.

(2) Arrêt précité supra p.27 note 2 (voir plus spécialement R.D.P. 1908, p.272).

(3) G. Teissier, Responsabilité, Répertoire Béquet, 1906, Tome XXIII, n°86. Voir également les conclusions du même auteur reproduites sous l'arrêt Feutry au Recueil Lebon, p.208 et plus spécialement p.213.

(4) Arrêt précité supra p.27 note 2 (voir plus spécialement R.D.P. 1908, p.272).

de Jèze, selon lequel “les tribunaux judiciaires ont un faible prestige et qu’ils craignent de déplaire au gouvernement” (1) paraît assez surprenant et n’est guère convaincant. A l’évidence, les données pratiques relatives à l’organisation juridictionnelle doivent être complétées par d’autres éléments du même type, qui touchent cette fois-ci aux limites de l’activité des collectivités locales.

2)° Les arguments tirés des limites de l’activité des collectivités locales

On l’a déjà dit, la société française du XIX^o siècle était une société de type libéral. Dans la pratique, l’Etat ne délaissait son “habit de gendarme” que dans le but de réguler les activités économiques ou de créer les structures nécessaires à leur développement (2). Le principe demeurait cependant celui du caractère exceptionnel des actions de l’Etat dans le domaine des activités privées.

Cette solution, déjà très restrictive, était difficilement transposable au niveau local, et particulièrement au niveau des communes. Les faibles moyens dont ces dernières disposaient, le risque accru de voir une concurrence déloyale s’exercer à l’encontre des initiatives privées, constituaient les deux raisons principales qui ont limité le champ de ces interventions. C’est ainsi que le Conseil d’Etat s’est efforcé, des années durant, à combattre les tentatives menées par un certain nombre de communes en vue de prendre part aux activités économiques locales (3).

Dans le même ordre d’idées, la jurisprudence a longtemps hésité à intégrer les travaux communaux dans la catégorie des travaux publics. Il fallut attendre 1843 pour voir le Conseil d’Etat se déclarer compétent pour connaître des litiges causés par ce type d’activité (4), alors que le contentieux des travaux publics de l’Etat constituait, dès le début du XIX^o siècle, la branche la plus importante du contentieux de la responsabilité de la puissance publique.

Enfin, un grand nombre d’activités de la commune et du département ne pouvaient, de par leur nature même, donner lieu à un contentieux important. Tel était le cas, en particulier, lorsque ces activités concernaient, comme celles des hôpitaux au niveau communal ou bien celles des dépôts de mendicité au niveau départemental, des indigents : quand bien même ces derniers pouvaient subir des dommages, bien peu étaient en mesure de s’en

(1) R.D.P. 1908 p.272.

(2) Voir supra p.35-36.

(3) Sur le problème, trop éloigné de l’objet de notre travail pour être ici approfondi, de la création des services publics industriels et commerciaux communaux, Voir A. Coudeville, Contribution à la théorie générale du service public communal, Thèse Bordeaux 1976, S.R.T. Grenoble 1976.

(4) C.E. 23 août 1843 Huvé et consorts c. Commune de Mesnilard, Rec. p.466.

plaindre.

Les quelques remarques que l'on vient de formuler ne sauraient cependant occulter le fait qu'il existait bien, entre 1873 et 1908, un véritable contentieux local qui relevait effectivement de la compétence du juge judiciaire. On peut cependant compléter ces différents éléments en mettant l'accent sur des arguments de nature théorique qui peuvent également contribuer à expliquer l'extension tardive de la dialectique aux collectivités publiques autres que l'Etat.

B- Les éléments théoriques contribuant à expliquer l'extension tardive de la dialectique

Ces éléments théoriques peuvent être assez aisément classés en deux catégories. La première catégorie se rapporte à l'inadaptation des anciens critères de compétence utilisés avant l'arrêt Blanco, et plus spécialement à l'inadaptation du critère de l'Etat-débiteur. La seconde catégorie concerne, de façon plus spécifique, les communes et la relative imprécision de leur statut.

1)° L'inadaptation des anciens critères de compétence

Ce premier argument, qui a principalement été développé par M. Chapus (1), peut revêtir un certain intérêt par rapport à notre propos. Il est en effet on ne peut plus logique d'estimer que la règle de l'Etat-débiteur ne pouvait être appliquée aux collectivités locales ainsi qu'à leurs établissements publics.

Or, comme on l'a déjà souligné, le Conseil d'Etat refusait globalement, à l'inverse du premier Tribunal des conflits, de fonder sa compétence sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (2). Mais si cet argument semble assez convaincant pour expliquer le sort spécifique réservé par la juridiction administrative suprême aux actions en responsabilité intentées aux collectivités publiques autres que l'Etat avant 1873, il ne saurait être avancé pour justifier le maintien de cette jurisprudence entre les années 1873 et 1908.

En définitive, il semble que dès 1873, "plus rien ne pouvait juridiquement justifier qu'une attitude différente continuât d'être suivie en matière de contentieux local" (3). On peut

(1) Responsabilité publique et responsabilité privée ..., op.cit. p.63.

(2) Voir supra p.42.

(3) R. Chapus, responsabilité publique et responsabilité privée ..., op.cit. p.94.

toutefois opposer à ce point de vue un dernier argument de nature juridique qui touche à la relative imprécision du statut des communes, et à son influence sur la jurisprudence.

2)° La relative imprécision du statut des communes et son influence sur la jurisprudence

Certains auteurs du XIX^e siècle ont pu penser que les communes n'étaient rien d'autre que des groupements d'intérêts privés. Ainsi, pour Taine, les communes sont des "syndicats privés" (1). Pour un auteur, "elles constituent des personnes juridiques soumises en ce qui concerne leurs rapports avec les tiers aux principes généraux du droit privé" (2).

Il n'est guère douteux, de nos jours, que cette conception soit erronée. Celle-ci apparaît en effet fondée sur une extrapolation de règles anciennes et périmées héritées du Moyen-Age. A cette époque, la création des communes, entités libres affranchies de la tutelle royale, était soumise à un accord -un véritable contrat pourrait-on dire- passé entre l'autorité royale et les intérêts privés généralement représentés par les marchands des bourgs. Dans ce cadre, "l'élément nécessaire et suffisant pour constituer la commune est le serment liant les habitants et reconnu par le seigneur. La commune est une association jurée que sanctionne une charte" (3). Si cette vision correspond assez bien à une vision patrimoniale du pouvoir royal tel qu'elle prévalait à l'époque de l'apparition des premières communes (4), entre le XII^e et le XIII^e siècle, elle n'est plus valable de nos jours. Elle a pourtant subsisté jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, et ce en dépit du fait que la disparition du monde féodal et l'accroissement du pouvoir royal ont tendu à intégrer progressivement les communes dans l'organisation des pouvoirs publics (5).

Mais par la suite, si les différents textes et constitutions de l'époque révolutionnaire ont

(1) Rapporté par R. Chapus *in* Droit administratif général, Tome I, op.cit. p.207.

(2) J-V Bournat, De la personnalité juridique des communes, Thèse Paris, Imprimerie J-B Gros, 1855, p.1. Voir également sur ces problèmes, A.Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif, éd. Larose et Forcel, 2^e éd. 1885, Tome V. p.75-155.

(3) H. Berr, Avant-propos à l'ouvrage de C. Petit-Dutaillis, Les communes françaises, Caractères et évolution des origines au XVII^e siècle, Coll. L'évolution de l'Humanité, Albin-Michel 1947. On trouvera dans ce dernier ouvrage une étude détaillée de ces conceptions que l'on peut qualifier, de façon très schématique, de "contractuelles". Voir également la mise en valeur de l'opposition entre ces anciennes conceptions et les données actuelles de l'organisation administrative effectuée par J-M Pontier, *in* L'Etat et les collectivités locales, La répartition des compétences, Bibliothèque de droit public, Tome CXXVII, L.G.D.J. 1978, p.82-86.

(4) Voir par exemple Y.Sassier, Hugues Capet, Pluriel, Fayard 1987, p.63.

(5) Voir par exemple un édit d'août 1764 relatif aux "principes généraux" appliqués à l'administration des villes, ainsi que les différents textes cités par J-M Pontier, *Ibid.*, p.85.

clairement rattaché les collectivités locales à l'administration, ils sont également demeurés très évasifs sur la définition du statut des communes. La raison de l'intérêt relativement médiocre apporté à ce problème a été clairement exposée par M. Pontier. Selon cet auteur, "ce qui est important, c'est l'organisation de la nation ... l'histoire de la France durant l'époque révolutionnaire c'est l'histoire de la "grande nation". Les corps locaux s'effacent devant elle, les constituants ne se préoccupent des relations entre l'Etat et les nouvelles collectivités que sous l'angle de l'élection, de la représentation" (1).

De fait, les attributions des communes, personnes publiques, ne sont définies qu'en termes très généraux, dont la plus belle formulation a été apportée par l'article 49 des Lettres patentes du Roi sur un décret de l'Assemblée nationale sur les municipalités. Selon ce texte, "Les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir : les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale de l'Etat, et déléguées par elles aux municipalités" (2). La nature exacte de ces deux séries d'attributions a suscité de nombreuses controverses doctrinales sur le caractère public ou privé des pouvoirs propres de la commune. Il ne nous appartient pas de retracer ici cette controverse (3), mais il est cependant intéressant de constater que l'imprécision de la législation consacrée aux communes s'est prolongée au-delà de l'époque révolutionnaire. Ainsi, la majorité des parlementaires qui ont voté la loi municipale des 18 et 22 juillet 1837 penchaient-ils en faveur du caractère privé des questions d'intérêt communal (4).

Ces idées semblent avoir durablement influencé la jurisprudence qui a édicté, avant les revirements amorcés en 1903, deux types de règles de compétence. La première de ces règles opère une distinction selon la qualité du requérant. S'il s'agit d'un agent de la collectivité locale en cause, le juge administratif est seul compétent. Cette règle issue d'un arrêt Guidet c. Ville d'Autun du Tribunal des conflits du 27 décembre 1879 n'a jamais été contestée, ni par le Conseil d'Etat, ni par la Cour de cassation qui s'y sont tout deux ralliés (5). A l'inverse, dans les hypothèses où c'est un particulier qui actionne la collectivité locale, le principe généralement admis est celui de la compétence du juge judiciaire (6).

(1) L'Etat et les collectivités locales ..., op.cit. p.86.

(2) Cité par J-M Pontier, Ibid.

(3) Voir Ibid. p.86-90.

(4) Ibid. p.93.

(5) Voir respectivement : C.E. 13 décembre 1889, Cadot, Rec. p.1148, concl. Jagerschmidt ; D.P.1891.III. p.41 ; S.1892.III.p.17 et Cass. civ. 7 juillet 1880, 2 espèces, De Bovis, Teissier et autres c. Ville de Marseille et Narbonne-Lara c. Ville D'Alais, D.P.1880.I.p.362 ; S.1880.I.p.464.

(6) Voir par exemple : T.C. 7 mars 1874 Vve. Desmolles et Faux c. Ville de Paris, Rec. p.247, D.P. 1874.II.p.54 ; Cass. civ. 2 mai 1909, D.P.1909.I.p.97, note Politis, S.1907.I.p.129, note Appert ; C.E. 23 novembre 1877, Cézard, Rec. p.916.

On doit cependant préciser que c'est à ce niveau qu'intervient une seconde règle de compétence qui paraît, de façon plus directe encore, être influencée par l'imprécision du statut des communes. Cette règle prend en considération la nature de l'activité à l'origine du dommage. S'il s'agit d'une activité qui relève de l'intérêt communal, le juge judiciaire est seul compétent. A l'inverse, si le dommage a été occasionné par une activité déléguée à la commune par l'Etat, le juge administratif connaîtra du litige.

A notre avis, il serait tout à fait erroné d'intégrer cette distinction dans une *summa divisio* qui conduirait à distinguer les activités de police -déléguées par l'Etat ou relevant de l'intérêt communal- des activités de gestion nécessairement privées assurées par la commune. Cette *summa divisio*, proposée par M. Chapus, soulève un certain nombre de critiques (1). Comme l'a démontré l'étude récente de Mme. Deguegue, l'interprétation proposée par M. Chapus est fondée sur une lecture assez contestable des arrêts qui sont censés l'étayer (2). M. Chapus cite en effet un certain nombre de décisions antérieures à l'arrêt Blanco qui semblent faire application du critère de gestion privée pour attribuer au juge judiciaire la connaissance d'actions en responsabilité intentées contre des collectivités publiques. Mais en réalité, dans ces hypothèses, le Conseil d'Etat reconnaît la compétence du juge judiciaire, non pas en raison du fait que l'Etat et les autres collectivités publiques gèrent un service selon des procédés de droit privé, mais parce qu'il les considère comme propriétaires de leur domaine privé. Dans ce cadre, "l'Etat ... est soumis aux mêmes responsabilités que tout autre propriétaire. L'action peut alors se fonder, non seulement sur l'article 1382 du Code civil, mais encore sur l'article 1384 ... et sur les articles 1385 et 1386 ... Soumis au droit commun pour le principe de la responsabilité, l'Etat l'est également pour la compétence, et il est justiciable devant les tribunaux (judiciaires)" (3).

L'inadaptation du critère de gestion privée aux conceptions encore en vigueur à la fin du XIX^e siècle, nous paraît justifier que l'on écarte la construction proposée. Au demeurant, le seul arrêt d'une juridiction suprême cité en matière extra-contractuelle par M. Chapus ne paraît pas viser, de près ou de loin, une telle hypothèse de gestion privée, mais la faute personnelle commise par un chef de chantier qui a détourné l'objet public de travaux ayant occasionné un accident (4).

La règle de compétence en vigueur est en réalité beaucoup plus simple. Si elle a été également appliquée par le Conseil d'Etat et par la Cour de cassation (5), elle a cependant

(1) Responsabilité publique et responsabilité privée..., op.cit. p.96-100.

(2) M. Deguegue, *Jurisprudence et doctrine* ..., op.cit. p.60-61.

(3) E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative* ..., Tome I, op.cit. p.171.

(4) Il s'agit de l'arrêt *Vve Desmolles et Faux c. Ville de Paris*, Rec. p.247, D.P. 1874.II.p.54.

(5) Voir par exemple, C.E. 31 juillet 1902 *Grosson*, S.1904.III.p.136 ; Cass.civ. 2 mai 1906, S.1907.I.p.219, note G. Appert ; D.P. 1909.I. p.97, note N. Politis.

été le plus clairement exprimée par la Cour d'appel de Dijon dans un arrêt du 30 mars 1892 : "la responsabilité des communes, quant aux faits de leurs préposés édictée par l'article 1384 C.civ., s'applique aux communes comme aux particuliers. Mais il est de principe qu'elle cesse quand l'activité incriminée est relative aux fonctions du préposé, ce qui est fréquent quand le préposé réunit une double qualité. C'est le cas vis-à-vis d'une commune, lorsque le maire agit en qualité d'agent du gouvernement" (1).

En précisant le contenu et la nature publique de l'ensemble des attributions des communes, la loi du 10 août 1871, et surtout la loi du 5 avril 1884 (2), ont contribué à remettre en cause cette jurisprudence. A notre connaissance, la première contestation élevée contre le sort particulier réservé au contentieux local n'a été formulée qu'en 1887 dans un article de P. Lacanal publié à la Revue générale d'administration (3), soit 14 ans après l'arrêt Blanco, mais seulement 3 ans après le vote de la grande loi de 1884. A partir de 1898, certaines décisions des tribunaux judiciaires semblent indiquer les prémices d'un revirement (4). Dès cette époque, les critiques doctrinales se font plus véhémentes (5), et certains auteurs n'hésitent plus à présenter la compétence administrative comme un principe général s'appliquant à l'ensemble des personnes morales de droit public (6).

Ceci étant, il serait abusif de voir dans l'imprécision du statut des communes la principale raison de la compétence du juge judiciaire. D'une façon générale, ce dernier s'estimait également compétent pour connaître des actions en responsabilité intentées contre les départements, dont le caractère de collectivités publiques n'a jamais prêté à confusion (7).

En définitive, aucune des données avancées n'est en mesure d'apporter une explication irréfutable au phénomène étudié. En revanche, on peut analyser la plupart de ces données comme des indices dont la combinaison apporte une explication plausible au prolongement

(1) D.P. 1892.II. p.423.

(2) Voir sur ce point, J-M Pontier, L'Etat et les collectivités locales, op.cit. p.95-107 ; J-P Machelon, "Pouvoir municipal et pouvoir central sous la III^e République", Rev.adm. 1996, p.150-156.

(3) Cité par M. Deguegue, Jurisprudence et doctrine ..., op.cit. p.55.

(4) Voir les arrêts cités par M. Chapus, in Responsabilité publique et responsabilité privée, op.cit. p.99, et en particulier Cass. req. 26 janvier 1904 Vauriot c. Crouzet, S.1904.I. p.219 : "si on n'impute au maire aucun fait personnel distinct de l'acte administratif ou s'en détachant, l'autorité judiciaire est incompétente pour statuer sur la demande en dommages et intérêts".

(5) Voir principalement L. Michoud, "De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents", R.D.P. 1897, p.41-84, et plus spécialement p.59-60.

(6) Voir notamment E.Laferrière, Traité de la juridiction administrative ..., op.cit., Tome I, p.630-633.

(7) Ceci étant, le contentieux de la responsabilité départementale était trop peu important pour que l'on puisse définir à coup sûr l'orientation jurisprudentielle dans ce domaine.

de la compétence judiciaire en matière de contentieux local. D'une façon générale, ces indices se rapportent tous à des interrogations suscitées par les bouleversements socio-économiques de la fin du XIX^e siècle : les collectivités locales disposent-elles, à leur niveau, des mêmes prérogatives que l'Etat ? La structure de la juridiction administrative est-elle adaptée au contentieux local ? Or, pour ce qui concerne l'activité de l'Etat, ces questions étaient résolues bien avant 1873 (1). Dans ce sens, l'arrêt Blanco constituait un aboutissement. Le décalage dans l'application de la dialectique s'explique par un autre décalage, plus général, survenu au niveau de l'avènement des conceptions modernes de l'Etat, d'une part, et des collectivités locales, d'autre part. En définitive, ce n'est qu'une fois que le rôle des collectivités locales a été mieux défini que le résultat du mouvement qui a abouti au principe de la responsabilité de l'Etat a pu leur être transposé.

C'est le même type de décalage qui s'est posé au niveau de l'admission du principe de la responsabilité administrative des hôpitaux publics. Il a en effet fallu que ces institutions soient définies comme des services publics, et surtout comme des services publics susceptibles de voir leur responsabilité mise en jeu, pour que ce principe puisse effectivement recevoir application.

(1) Voir sur ce point supra p. 35-38.

Section II : La reconnaissance tardive de l'hôpital service public

Le caractère de service public des activités hospitalières a été affirmé par le Tribunal des conflits à l'occasion de l'arrêt Feutry (1). Cette espèce concerne une action en responsabilité intentée par un particulier victime des dégradations commises par un aliéné échappé d'un asile psychiatrique. A cette époque, les hôpitaux psychiatriques sont organisés par la loi du 30 juin 1838 dans le cadre du département, mais la finalité "essentiellement thérapeutique et non plus policière" (2) de leur activité paraît autoriser à étendre à l'ensemble des services hospitaliers publics les enseignements que l'on peut tirer de cet arrêt. Dans cette espèce, le préfet, assigné par la victime devant un tribunal civil avait décidé d'élever le conflit. L'arrêt de conflit avait été confirmé par la haute juridiction qui avait estimé que l'assignation "incrimine l'organisation et le fonctionnement d'un service à la charge du département et d'intérêt public ; que l'appréciation des fautes qui auraient pu se produire dans l'exécution de ce service n'appartient pas à l'autorité judiciaire".

Admettre que la notion de service public est le critère de la compétence administrative ne constitue nullement, cependant, une affirmation décisive qui marquerait une modification de la conception des activités hospitalières. Jusqu'au milieu du XX^e siècle, les hypothèses dans lesquelles le Conseil d'Etat acceptait de mettre en jeu la responsabilité des hôpitaux publics demeuraient très rares, ce qui n'était pas seulement dû à la rigueur de sa jurisprudence. De son côté, le juge judiciaire était en effet tout aussi réticent à engager la responsabilité civile des médecins. Si l'on s'en tient au minutieux dépouillement effectué par M. Penneau, les recueils de jurisprudence du XIX^e siècle ne contiendraient ainsi que dix-sept arrêts relatifs à la responsabilité médicale, et ce n'est qu'après le premier tiers du XX^e siècle que le nombre des procès se serait accru de façon significative dans ce domaine (3).

(1) Arrêt précité supra p.27 note 2.

(2) V. Bru, "Les problèmes juridiques relatifs aux nouvelles méthodes de traitement des maladies mentales", R.D.S.S. 1980, p.168-210, p.168. Voir également infra p.180-182.

(3) J. Penneau, La responsabilité médicale, op.cit., p.4-7. Mais il ne s'agit ici que d'arrêts publiés, ce qui peut se révéler quelque peu trompeur par rapport à la masse réelle du contentieux. Un observateur consciencieux de la jurisprudence de la fin du XIX^e siècle, le Professeur Brouardel, estimait ainsi entre 1 à 2 par an en 1876, mais déjà entre 8 et 10 par mois en 1898, le nombre d'expertises diligentées en vue de déterminer la responsabilité des médecins, voir La responsabilité médicale, Librairie J-B Baillière et fils, 1898, p.43.

L'évolution de la médecine a joué un rôle important dans le développement de la jurisprudence. Le perfectionnement des thérapeutiques a rendu de plus en plus complexe la mission des médecins, et augmenté de façon importante les risques liés à leur activité. Ces perfectionnements ont conditionné un changement de mentalité chez les patients. La maladie et la mort ne sont plus acceptées. Le médecin est censé guérir toutes les affections.

Mais si les progrès de la médecine constituent une cause immédiate de l'évolution de la jurisprudence judiciaire civile et pénale, ils n'ont influencé que de façon indirecte le juge administratif. Dans ce domaine, en effet, les conceptions hospitalières traditionnelles sont longtemps demeurées éloignées de la fonction sanitaire qui est, de nos jours, indéfectiblement attachée à l'hôpital public (1). Longtemps, l'hôpital a davantage servi à enfermer les pauvres qu'à soigner les malades. Cette fonction assignée aux établissements hospitaliers a conduit à exclure toute possibilité d'objectivation. De fait, la responsabilité de ces établissements ne s'est réellement développée qu'à partir du moment où ces conceptions traditionnelles se sont modifiées. Mais ce ne sera qu'aux alentours du milieu du XX^e siècle, avec l'avènement des conceptions modernes de l'hôpital, que ce secteur de la responsabilité des personnes publiques connaîtra son véritable essor.

§I- La modification progressive des conceptions traditionnelles de l'hôpital

L'hôpital est à l'origine le lieu où étaient recueillis les indigents, malades ou non. C'est avant tout une oeuvre de charité dont l'existence et le fonctionnement relèvent d'une démarche individuelle ou collective de nature privée. Mais c'est également une oeuvre dont l'intérêt social entraînera, en raison des limites de l'initiative privée, une intervention croissante de l'Etat.

A- L'hôpital oeuvre de charité

L'hôpital, jusqu'au milieu du XX^e siècle, est avant tout le lieu où s'exerce *l'hospitalitas*, c'est à dire l'aide et le secours apporté, non seulement aux malades, mais encore aux miséreux en général. Les racines de *l'hospitalitas* remontent à l'origine des premières

(1) Sur l'histoire des hôpitaux voir notamment les ouvrages suivants : G. Cros-Mayreville, *Traité d'assistance hospitalière*, Tome I, Berger-Levrault 1912 ; *Histoire des hôpitaux en France*, ouvrage collectif rédigé sous la direction de Jean Imbert, Privat 1982 ; J. Imbert, *Les hôpitaux en France*, coll. Que sais-je ?, P.U.F. 1980 ; C. Maillard, *Histoire de l'hôpital de 1940 à nos jours*, op.cit.

sociétés organisées. Sous ses premières formes, elle est envisagée comme une activité relevant d'une initiative de type individuel ou collectif. L'importance chez les hébreux, les grecs et les romains de ce que l'on peut appeler la mission hospitalière traditionnelle est connue (1). Dans ces sociétés, les interventions publiques, même si elles ont existé, sont demeurées discrètes. Elles se sont limitées, par exemple, à la création de postes de médecins (2), ou d'hôpitaux de campagne chargés de suivre les armées (3). En revanche, les différents hôpitaux créés dans les cités grecques, puis dans les cités romaines du bas-empire étaient presque tous des établissements de nature privée (4).

En réalité, il n'existe qu'un exemple de société ancienne où le traitement des pauvres et des malades était considéré comme une problème relevant de l'Etat. Il s'agit de l'exemple, trop peu cité, de la société Inca, dans laquelle les notions d'entraide et d'assistance constituaient le principe même de l'organisation sociale (5).

L'hospitalitas demeure cependant une activité essentiellement privée dont l'importance se développera avec l'avènement du christianisme. L'assistance aux indigents apparaît de façon naturelle comme un prolongement de la parole du Christ : "J'ai été malade et vous m'avez rendu visite". Sous l'influence de l'Eglise, ce qui relevait autrefois de l'altruisme devient alors affaire de charité organisée. C'est ainsi que, même si elles ne connaîtront leur apogée qu'aux XII^e et XIII^e siècles (6), de nombreuses fondations hospitalières ont été créées dès la fin du IV^e siècle (7).

La mission principale de l'hôpital au Moyen-Age consiste à assurer le salut des âmes de ses pensionnaires ainsi que celles de ses bienfaiteurs. Cette caractéristique emporte deux

(1) G.Cros-Mayreveille, *Traité d'assistance hospitalière*, Tome un, Chapitres un, deux et trois.

(2) P. Roesch, "Médecins publics dans les cités grecques à l'époque hellénistique", *Archéologie et médecine*, VII^e rencontres internationales d'archéologie et d'histoire d'Antibes, C.N.R.S. 1986, p.57-67.

(3) Sur ce point, voir principalement J. Imbert, *Les hôpitaux en France*, op.cit. p. 8.

(4) Sur "ces institutions païennes et intéressées", voir J.Imbert, *Les hôpitaux en droit canonique*, Coll. l'Eglise et l'Etat au moyen-âge, Histoire des hôpitaux français, Librairie philosophique J. Vrin, 1947, p.16-31.

(5) Voir A. Vexliard, *Introduction à la sociologie du vagabondage*, Petite bibliothèque sociologique internationale, Rivière 1956, p.10-13.

(6) Voir J.Imbert, *Les hôpitaux en France*, op. p.35 et s.

(7) Sur la création des premiers hôpitaux, voir respectivement : J.Imbert, *Ibid.* p.6-24 ; B. Lançon, "Les itinéraires de la guérison en occident dans l'antiquité tardive", *Archéologie et médecine*, op.cit. p.39-53 ; J.Avril, "Le statut des maisons-Dieu dans l'organisation ecclésiastique médiévale", *in Santé, médecine et assistance au Moyen-Age*, Histoire médiévale et philologie, Tome I, 110^e congrès national des sociétés savantes, Montpellier 1985, p.285-297.

séries de conséquences.

D'une part, l'encadrement religieux des hospitalisés était beaucoup plus important que l'encadrement médical. Si l'on excepte l'intermède révolutionnaire, cette tendance se poursuivra jusqu'au début de la Troisième République, à partir de laquelle l'importance du personnel congréganiste des hôpitaux ne cessera de décroître (1). Même s'il serait exagéré de prétendre que l'activité sanitaire des hôpitaux du Moyen-Age était inexistante, elle demeurerait cependant accessoire (2). Il faut, par exemple, attendre le XII^e siècle pour trouver trace de la présence de médecins à l'Hôtel-Dieu de Paris (3). En outre, cette présence n'est que temporaire : elle se limite à des visites plus ou moins fréquentes effectuées par des médecins de la ville.

D'autre part, la mission d'assistance dévolue aux hôpitaux implique l'accueil d'une population assez disparate qui n'est pas uniquement composée de malades. L'hôpital, "structure sociale d'accueil et d'aide" (4) a pour principale mission de recueillir tout ce que la société compte d'exclus, de malades, de vieillards, ou plus généralement d'indigents.

En définitive, l'hôpital n'est exclusivement réservé aux malades que dans la mesure où il apparaît indispensable de les isoler du reste de la société. C'est une telle nécessité qui a conduit à la création et au développement des léproseries à partir du XIII^e siècle. Mais c'est également la répétition des grandes épidémies qui, entre autres raisons, a conduit le pouvoir royal et les municipalités à intervenir de façon plus ou moins directe dans la gestion -entendue au sens le plus large du terme- des hôpitaux.

B- L'immixtion progressive de l'Etat et des communes dans la gestion des hôpitaux

Historiquement, les causes de cette immixtion ont été de différents types. Dans un premier temps les interventions de l'autorité publique ont été principalement justifiées par des motifs d'ordre conjoncturel ou structurel. Ce n'est, globalement, qu'à partir de la Révolution de 1789 que ces motifs sont passés au second plan pour s'effacer derrière des raisons d'ordre idéologique.

(1) Voir J.Imbert, Les hôpitaux en France, op.cit. p. 95-96.

(2) Voir J. Imbert, Histoire des hôpitaux en France, op.cit. p.129-133.

(3) Voir M. Ladhari, La médecine service public, Thèse Strasbourg 1967, p.195.

(4) A. Saunier, "Le pauvre malade" dans le cadre hospitalier médiéval, France du nord, vers 1300-1500, Thèse lettres 1987, Arguments 1993, p.55.

1)° Les raisons conjoncturelles et structurelles de l'immixtion

Jusqu'à la fin du XIII^e siècle, les interventions du pouvoir central et des communes dans la gestion des hôpitaux sont demeurées discrètes. Le Roi qui décide de la création d'un établissement hospitalier agit à titre exceptionnel et privé en affectant à cet établissement une partie de ce qu'il estime être son patrimoine (1). Dans ce domaine, l'action du pouvoir royal est parfaitement assimilable aux donations réalisées par de riches marchands, fondateurs ou bienfaiteurs d'établissements hospitaliers.

Cette conception strictement privée de l'activité hospitalière n'a pas survécu aux bouleversements sociaux survenus à partir du XIII^e siècle. Les épidémies de lèpre, puis de peste, ont fait affluer en masse de nouveaux malades, et elles ont révélé l'insuffisance des structures hospitalières. Dès cette époque, il n'y a plus assez d'hôpitaux, et la création d'établissements spécialisés réservés aux malades contagieux apparaît indispensable. En vue de pallier l'insuffisance des dons par rapport aux besoins, le pouvoir royal n'hésite plus à prescrire la création de léproseries dans chaque ville et dans chaque châtelainie (2).

Au XIV^e siècle, les troubles liés à la guerre de cent ans et une grave crise économique aggravent de façon considérable ces problèmes (3). L'avènement du salariat, et de son corollaire inévitable, le chômage, conduisent le pouvoir royal à devenir de plus en plus intolérant vis-à-vis des gens "oyseux" (4). La perception de la pauvreté change. L'Eglise, elle-même, ne voit plus dans l'indigent "l'homme de Dieu", mais un pêcheur justement puni de ses fautes (5).

Ces différents facteurs de type conjoncturel permettent d'expliquer les difficultés rencontrées par les hôpitaux. Ils doivent cependant être complétés par d'autres facteurs qui touchent à la structure même de ces établissements. Il est en effet très tôt apparu que certains administrateurs d'hôpitaux, pour la plupart membres du clergé placés sous l'autorité d'un évêque, négligeaient les obligations afférentes à leur charge. En pratique, la

(1) Saint-Louis, après avoir donné 200.000 livres tournois pour la construction de l'hôpital des quinze-vingts, jugeait ainsi son action : "Dieu m'a donné tout ce que j'ai, je n'en saurais faire meilleur emploi", citation rapportée par G. Cros-Mayreville, *Traité d'assistance hospitalière*, Tome un, op.cit. p. 108.

(2) Ibid. p.101.

(3) Voir J. Imbert, *Histoire des hôpitaux en France*, op.cit. p.81-86.

(4) Telle est l'expression utilisée par L'ordonnance de Jean II le Bon du 30 janvier 1850 sur la répression du vagabondage.

(5) Sur la relation entre difficultés économiques, politiques publiques et perception sociale de la pauvreté, voir P. Tifine, "L'exécution des peines contre les S.D.F.", *Rev. pénitentiaire et de droit pénal* 1994, p.291-329, et plus spécialement p.293 et 307-312.

mission d'assistance qui leur était dévolue, quel que soit le statut de l'hôpital (1), était souvent détournée au profit de leur enrichissement personnel. Cette dérive finit par inquiéter la papauté, ce qui amena le Concile de Vienne de 1311 à prescrire une nécessaire séparation de l'encadrement religieux de l'hôpital et de ses organes administratifs (2). Mais ce n'est qu'à partir du XV^e, et surtout du XVI^e siècle, que les effets de cette réforme, jusque là retardés par la guerre de cent ans, se sont réellement fait sentir (3). Les communes, récemment émancipées, ont alors pris de façon progressive le contrôle de l'administration des établissements hospitaliers et cela, selon des modalités extrêmement diverses (4). On finit par aboutir à une véritable municipalisation des hôpitaux publics, grandement favorisée par l'action des Parlements (5) et de l'autorité royale (6), ligués contre les autorités ecclésiastiques locales par une communauté d'intérêts.

Dans le même temps, l'autorité royale s'est efforcée d'accroître son contrôle sur la gestion des hôpitaux. Le Roi "garde et protecteur des hôpitaux" selon les lettres patentes du 2 novembre 1519, est progressivement passé d'un contrôle de plus en plus rigoureux vers des interventions décisives dans le domaine de la création et de la suppression des établissements hospitaliers (7).

Le but recherché par l'autorité royale et par les communes ne doit cependant pas être assimilé à une volonté de remettre en cause les fondements traditionnels de l'activité

(1) J. Imbert distingue deux types d'hôpitaux : les hôpitaux de simple administration, souvent gérés par les communes, et les hôpitaux-bénéfices, beaucoup plus nombreux, et dirigés par un ecclésiastique. Or, si les dirigeants des hôpitaux-bénéfices sont titulaires de nombreux avantages, et notamment de l'inamovibilité, ils n'en sont pas moins tenus de respecter la volonté des fondateurs de l'hôpital en ne négligeant pas la mission d'assistance qui leur est impartie. En théorie, cette mission les oblige à dresser un inventaire des biens hospitaliers, ainsi qu'à établir un compte de gestion soumis annuellement au contrôle de l'autorité épiscopale. Voir *Les hôpitaux en droit canonique*, op.cit. p.199 et s.

(2) Voir G. Cros-Mayreville, op.cit. p. 118 et s.

(3) Sur ce point, voir J.Imbert, *Histoire des hôpitaux en France*, op.cit., p.92-95.

(4) Voir par exemple R. Nougaret, "Les conflits de pouvoir autour de l'assistance hospitalière à Rodez : l'exemple de l'hôpital du Pas (XIV^e- XVI^e siècles)", in *Santé, médecine et assistance au moyen-âge*, op.cit. p.317-329.

(5) Voir l'exemple célèbre de l'arrêt du Parlement de Paris du 2 mai 1505 confiant la gestion de l'hôtel-Dieu à un conseil de 8 bourgeois.

(6) Voir par exemple les lettres patentes du 2 novembre 1519 qui instituent un Grand aumônier dont deux représentants -un laïc et un ecclésiastique- sont envoyés dans chaque diocèse en vue de contrôler la gestion des hôpitaux. Ces représentants ont la possibilité, s'ils constatent des irrégularités, de destituer les administrateurs pour les remplacer par des bourgeois. Sur le détail de l'action des Parlements et du Roi, voir G. Cros-Mayreville, op.cit. p.124-140.

(7) Un Edit de 1754 subordonne ainsi la création des hôpitaux à une autorisation royale.

hospitalière. Il ne s'agit en aucun cas de laïciser l'activité charitable par la promotion d'une politique d'assistance publique. Ce qui est contesté, ce n'est pas tant l'existence d'un encadrement religieux, que la participation de cet encadrement à l'administration de l'hôpital.

En réalité, si les pouvoirs publics se sont intéressés aux hôpitaux, c'est avant tout parce qu'ils ont reconnu leur utilité sociale. A une époque où la prison n'existe pas, où la pauvreté est extrêmement répandue (1), l'intérêt de l'hôpital comme instrument de contrôle social apparaît de façon évidente. Ce sont de telles considérations qui ont parfois justifié une intervention directe de l'autorité royale, lorsqu'il est apparu que la charité était, à elle seule, incapable de régler ces problèmes. A partir du XVII^e siècle, ces insuffisances liées à l'accroissement des difficultés économiques, ont engendré une politique de "renfermement" des "vacabonds, fainéans, caymandes, valides et invalides, étrangers et forains" dans des hôpitaux généraux, puis dans des dépôts de mendicité spécialement créés à cet effet (2).

On n'ira pas, cependant, comme a pu le faire Michel Foucault (3), jusqu'à assimiler l'hôpital à une prison. En fait, même les politiques de lutte contre la pauvreté les plus répressives ont comporté un volet de mesures d'assistance (4). En outre, des distinctions ont de tout temps été opérées entre les malades, les infirmes ou les vieillards, qu'il convient d'assister et les indigents qu'il faut soit punir, soit mettre au travail (5). Si l'hôpital est effectivement devenu un lieu d'exclusion, outil d'un véritable service public de police (6), c'est avant tout parce que l'Etat n'avait pas les moyens économiques de différencier structures d'assistance et structures répressives (7). Il apparaît également, de façon assez claire, que les dirigeants de l'Etat éprouaient une certaine répugnance à pratiquer une activité d'assistance qui leur paraissait toujours relever du domaine privé (8). Ce n'est, en

(1) Entre le XVI^e et le XVIII^e siècle, le nombre d'indigents en France a été ainsi estimé, de façon très variable, entre 2 et 4 millions d'individus pour environ 18 millions d'habitants, Renseignement recueilli in A. Vexliard, Introduction à la sociologie du vagabondage, op.cit. p.75-76.

(2) Ibid. p. 114.

(3) Voir Histoire de la folie à l'âge classique, Bibliothèque des histoires, N.R.F., Gallimard 1961, p.61.

(4) Voir P. Tifine, "L'exécution des peines contre les S.D.F.", op.cit. p.307.

(5) Ibid. p. 314-316.

(6) Voir notamment M. Rochaix, Essai sur l'évolution des questions hospitalières de la fin de l'Ancien régime à nos jours, Contribution à l'étude des problèmes hospitaliers contemporains, Fédération hospitalière de France 1959, p.22.

(7) Voir sur le "couple assistance-répression", A. Vexliard, Introduction à la sociologie du vagabondage, op.cit. p. 110-115.

(8) Voir cependant, sur les progrès encore modestes de l'idée de "bienfaisance publique", M. Rochaix, Essai

fait, qu'avec la publicisation de l'idée d'assistance que les conceptions traditionnelles de l'activité hospitalière ont fini par être modifiées.

2)° *Les raisons idéologiques de l'immixtion*

Les innovations de la période révolutionnaire ont introduit les prémices d'une redéfinition des rapports entretenus entre les hôpitaux et l'Etat. Pourtant, au bout du compte, ces nouveautés ont moins contribué à faire évoluer les conceptions du rôle social joué par les établissements hospitaliers, qu'à intensifier la mainmise exercée sur eux par l'Etat.

Ce qu'ont tenté de faire les membres du Comité de mendicité de l'Assemblée Constituante, puis ceux de la Convention, a ensuite été défait par les thermidoriens (1). Pour les constituants de 1793, " Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler" (2). Entre cette idée d'assistance publique généralisée et la tradition charitable de l'Ancien Régime, les parlementaires de 1795 ont préféré faire oeuvre de compromis. Le débat sur les principes est relégué au second plan au profit d'une formalisation des relations Etat-hôpitaux effectuée dans le sens d'une étatisation. Mais d'un autre côté, les principes évoqués par les constitutions et déclarations de droit précédentes ne sont pas expressément contestés. En réalité, l'action des parlementaires semble se situer dans la lignée des interventions royales dans le domaine du contrôle des hôpitaux. Mais le caractère désordonné de ces interventions s'efface au profit d'une certaine rationalisation (3). Dans ce schéma, initié par l'importante loi du 7 octobre 1796, et prolongé par la charte hospitalière du 7 août 1851, les établissements hospitaliers sont constitués en établissements publics au niveau de la commune. Ils sont dirigés et gérés par une commission communale, puis par un conseil d'administration soumis à la tutelle de l'Etat (4). Ces établissements cohabitent avec des formes d'hospitalisation privées qui perpétuent, après leur interdiction sous la période révolutionnaire, l'oeuvre de charité

sur l'évolution des questions hospitalières ..., op.cit. p.21-22.

(1) Sur cette période, voir J.Imbert, *Les hôpitaux en France*, op.cit. p.30 et s.

(2) Article 21 de la déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 24 juin 1793. Comp. La formule beaucoup plus lapidaire, mais tout aussi révélatrice de l'article 24 du projet de déclaration des droits naturels, civils et politique des Hommes, présentée à la Convention par les députés girondins les 15 et 16 février 1793 : "Les secours publics sont une dette sacrée de la société ; et c'est à la loi à en déterminer l'étendue et l'application".

(3) Voir M.Rochaix, *Essai sur l'évolution des questions hospitalières* ..., op.cit. p.21-22.

(4) Sur les variations de cette tutelle, voir J.Imbert, *Les hôpitaux en France*, p. 44-48.

des institutions de l'Ancien Régime (1).

La clarification des rapports entretenus entre les hôpitaux et l'Etat a favorisé l'émergence d'un véritable service public d'assistance. Dès 1808, la création des dépôts de mendicité (2) a permis de différencier, au moins en théorie et seulement au niveau local, les organes de traitement de la pauvreté des structures hospitalières. Vers le deuxième tiers du XIX^e siècle, un certain nombre de lois ont repris l'idée révolutionnaire d'assistance nationale, en l'adaptant aux exigences de l'époque, et notamment aux forts progrès de la médecine. Tel est le cas, en particulier, des lois du 15 juillet 1883, du 27 juin 1904 et du 14 juillet 1905 qui prévoient que certaines catégories de malades peuvent bénéficier de l'assistance médicale gratuite. Dès cette époque, l'hôpital est perçu comme " un établissement public ... dont la spécificité consiste précisément à recevoir dans les services créés à cette fin des malades, des enfants, des vieillards, qui ne peuvent se soigner ou assurer leur propre entretien à domicile" (3).

Mais si l'activité médicale s'est développée à l'intérieur de ces établissements, elle ne constitue pas réellement une modalité du service public d'assistance. L'hôpital, victime de sa désorganisation et de son image déplorable de "dépotoir social" n'est, de toute façon, pas en mesure d'être considéré comme un véritable centre de soins. C'est pour cette raison principale que les lois d'assistance précitées ont davantage bénéficié au développement des soins à domicile qu'à celui des soins hospitaliers (4). Comme le rappelle la Cour d'appel de Rouen, dans un arrêt du 19 janvier 1905, "la loi du 7 août 1851, en réglant les conditions d'admission des indigents dans les établissements hospitaliers crée en leur faveur, non pas un droit, mais une simple aptitude aux secours" (5).

Dans les hôpitaux, si des médecins visitent les malades, "les obligations du corps médical reposent comme presque tous les éléments de la structure hospitalière sur l'esprit de charité" (6). Jusqu'à une époque récente, l'hôpital est considéré, au mieux, comme un lieu d'assistance, au pire, comme un lieu d'enfermement. Il est ainsi intéressant de constater que ce sont les mêmes décrets du 15 janvier et du 6 avril 1852 qui règlent "l'organisation du

(1) Pour ce qui concerne ces établissements, la tutelle particulièrement étroite qui leur était imposée à l'origine s'est progressivement assouplie, ce qui a logiquement conduit à les différencier de plus en plus des établissements publics hospitaliers.

(2) Décret du 5 juillet 1808.

(3) E. Prévot, La responsabilité des établissements publics hospitaliers, op. cit. p.4.

(4) Voir M. Rochaix, Essai sur l'évolution des questions hospitalières ..., op.cit. p.157-159.

(5) S.1905.II.p.273.

(6) Ibid p. 153. On préférera cependant utiliser, plutôt que l'expression aux connotations religieuses "d'esprit de charité", celle plus conforme avec l'évolution des politiques publiques d'assistance, "d'esprit de bienfaisance".

corps des inspecteurs généraux des prisons, des établissements de bienfaisance, et des asiles d'aliénés". De fait, la place des médecins dans les hôpitaux n'a guère varié depuis le Moyen-Age, jusqu'aux ordonnances du 11 et du 12 décembre 1958 qui créent le plein-temps hospitalier.

Il serait pourtant inexact de conclure, comme ont pu l'avancer un certain nombre d'auteurs (1), que le fait que l'hôpital s'adressait avant tout aux indigents constituait la principale raison de l'absence du contentieux de la responsabilité des établissements hospitaliers. S'il est vrai que ce facteur a certainement représenté un frein important à ce développement, il n'en constitue pas la raison majeure.

On sait, tout d'abord, que le principe de la responsabilité extra-contractuelle des collectivités publiques autres que l'Etat n'a été admis par le Tribunal des conflits qu'en 1908 à l'occasion de l'arrêt Feutry (2). Mais surtout, le Conseil d'Etat a longtemps partagé les conceptions du juge judiciaire sur l'indépendance du personnel médical des hôpitaux et sur le caractère privé de leur activité. Un arrêt Gilles, fort peu connu, rendu sur conflit le 10 mars 1858 (3), ne laisse aucun doute sur ce point. Cette espèce concerne une action en responsabilité intentée par un malade contre le médecin-chef d'un hospice qui aurait contrevenu aux règlements en vigueur, en déléguant une opération à un interne. Suite à l'échec de l'opération qui a entraîné la paralysie totale du droit bras du requérant, celui-ci décide de saisir le Tribunal civil d'Avignon. Le préfet conteste la compétence du juge judiciaire au motif que l'appréciation des règlements administratifs constitue une question préjudicielle qui nécessite un renvoi à la juridiction administrative. Le Tribunal, s'estimant compétent pour connaître de cette question, rejette le déclinatoire, ce qui conduit le préfet à prendre un arrêté de conflit. Or, si le Conseil d'Etat donne raison au préfet en confirmant cet arrêté, ce qui est conforme à l'acceptation ancienne du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (4), il est particulièrement frappant de constater que la compétence au fond du juge judiciaire n'a été contestée par aucune des parties en présence. Le point n'est pas même discuté tant il apparaît évident que les actions en responsabilité intentées contre les médecins exerçant dans des établissements hospitaliers publics relèvent de la compétence de ce juge (5). Ce n'est, en réalité, qu'avec l'avènement des conceptions modernes de l'hôpital, conditionné par la mise en oeuvre de nouvelles politiques de santé publique, que le problème de la responsabilité hospitalière sera posée en des termes nouveaux.

(1) Voir notamment E. Prévôt, *La responsabilité des établissements publics hospitaliers*, op.cit. p.48 ; M. Langlais, *Médecine de secteur public et compétence juridictionnelle ...*, op.cit. p.66.

(2) Arrêt précité supra p. 27 note 2.

(3) Rec. p.206.

(4) Voir sur ce point supra p.42-43.

(5) Voir sur ce point infra partie I, titre II, chapitre I, section I.

§II- L'avènement des conceptions modernes de l'hôpital

De façon progressive, un certain nombre de facteurs ont concouru à la transformation du service public d'assistance assuré par les hôpitaux en un service public de santé. C'est ensuite une volonté de coordination des interventions publiques et privées dans ce domaine qui a justifié la création du service public hospitalier.

A- L'hôpital transformé en service public de santé

Les différentes raisons de la transformation de la mission d'assistance des hôpitaux en une mission de santé publique sont relativement bien connues. En dehors de l'influence des progrès de la médecine (1), on peut les regrouper en deux catégories : les carences des modes d'hospitalisation privés, l'évolution de l'opinion en faveur de la généralisation de l'accès aux soins.

1)° *Un palliatif des carences des modes d'hospitalisation privés et de l'inadaptation de l'organisation communale des établissements publics hospitaliers*

Au début de la Troisième République, l'assistance est encore envisagée, non pas comme un droit de l'individu, mais comme une dette de la société envers les plus défavorisés (2). L'assistance publique cohabite toujours avec des hôpitaux privés, certains issus des conceptions traditionnelles de l'activité hospitalière, d'autres véritables "entreprises privées" de santé (3).

Les progrès de la médecine ont directement contribué à modifier cet état de fait. D'un côté, les lois du 15 juillet 1883, du 27 juin 1904 et du 14 juillet 1905 ont médicalisé l'assistance publique. Mais surtout, les malades qui venaient se faire soigner dans des établissements privés exigeaient, bien évidemment, de bénéficier de prestations de qualité. Or, ces établissements, qui ne pouvaient compter que sur la charité publique, et le cas échéant sur le prix de séjour payé par les malades, se sont rapidement heurtés à des difficultés considérables. L'achat de matériels de plus en plus perfectionnés et, qui plus est, rapidement périmés, a exposé ces établissements à des dépenses considérables. Il en est résulté un accroissement important des frais hospitaliers, ce qui a rendu bien vite

(1) Voir sur ce point supra p. 9.

(2) Voir M. Rochaix, Essai sur l'évolution des conceptions hospitalières ..., op.cit. p.152-153.

(3) Expression empruntée à E. Prévôt, La responsabilité des établissements publics hospitaliers, op.cit. p.32.

inabordable aux malades moyennement fortunés l'accès aux établissements privés dotés d'un outil de travail moderne.

Le même problème s'est posé, sur un plan différent, au sujet de l'hôpital public. Dans ce domaine, c'est d'abord au niveau de l'assistance à domicile que les difficultés structurelles générées par l'évolution des techniques médicales se sont fait sentir. La complexité et la lourdeur de ces techniques, les progrès de la chirurgie notamment, ont contribué au déclin de l'assistance à domicile. Mais d'un autre côté, la charge financière représentée par ces nouvelles techniques s'est également heurtée aux limites des finances communales.

En définitive, il est apparu que l'Etat était seul capable de doter les établissements publics hospitaliers de technologies de pointe, et par là même de pallier les carences de l'hospitalisation privée. C'est ainsi, par exemple, que le pouvoir central est intervenu au début du XX^e siècle, en vue de créer des unités de recherche contre le cancer, ou bien encore pour équiper les hôpitaux publics en appareils de radiothérapie (1). En contrepartie, l'Etat a resserré la tutelle exercée sur ces établissements, ce qui a abouti à un effacement progressif du caractère municipal des hôpitaux publics. Dans ce sens, les réformes opérées par une ordonnance du 15 juin 1945 et par le décret du 11 décembre 1958 ont réduit la part des représentants des municipalités dans les commissions administratives des établissements publics hospitaliers.

Cet état de fait a entraîné une mutation profonde de la population hospitalière. Dès la fin du XIX^e siècle, l'hôpital public ne reçoit plus seulement des indigents, mais également des malades payants issus de classes sociales plus aisées. Ceci étant, les données d'ordre technique ne sont pas les seules à expliquer cette mutation. Il a également existé ce que M. Demichel a appelé une "pression démocratique" exigeant un accès généralisé aux soins, une volonté de l'opinion relayée par le législateur, de voir l'hôpital se transformer en un véritable service public de santé (2).

2)° L'existence d'une "pression démocratique" relayée par le législateur

La revendication sociale d'accès aux soins (3) s'est traduite, au niveau législatif, non pas par une modification directe de la destination de l'hôpital, mais par un élargissement progressif de sa population.

(1) Renseignements fournis par E. Prévôt, *in* La responsabilité des établissements hospitaliers, op.cit. p.21.

(2) A. Demichel, *Droit médical*, op.cit. p.32.

(3) On préférera utiliser cette expression plutôt que celles, trop marquées juridiquement, ou trop ambiguës en raison de la référence qu'elles semblent faire à des textes relativement récents, de "droit à la santé" ou de "droit aux soins". Se référer sur ce point aux observations formulées par M. Demichel, *Ibid.* p.165.

Dès 1851, la charte hospitalière a substitué au terme "d'indigent", la notion plus large et moins péjorative "d'individu privé de ressources". Mais il est vrai que la nuance est encore modeste. En outre, l'accueil de cette nouvelle population n'est nulle part envisagée comme une obligation et l'Etat n'a pas levé de recettes spécialement destinées à couvrir ces nouvelles dépenses (1).

Les mêmes erreurs n'ont pas été commises par les auteurs des lois du 15 juillet 1883, du 27 juin 1904, et du 14 juillet 1905, des ressources nouvelles ayant été créées en vue de permettre le bon fonctionnement de l'assistance médicale gratuite. Plus généralement, le législateur prend en compte la modernisation de l'hôpital dans lequel il voit, à partir de la fin du XIX^e siècle, l'outil le plus approprié à la réalisation d'une politique de santé encore embryonnaire. Dès cette époque, l'hôpital public apparaît comme le pôle principal et privilégié de cette politique. On se contentera, à titre d'illustration, de renvoyer aux lois sur les accidents du travail du 9 avril 1898 et du 31 mars 1905, qui mettent à la charge de l'employeur le risque professionnel, tout en prévoyant que l'hospitalisation doit être privilégiée par rapport aux soins à domicile (2).

Cette conception nouvelle de l'hôpital tend à être plus généralement admise. Elle est favorisée par le développement d'institutions de prévoyance, caisses de secours mutuelles à la fin du XIX^e siècle, et surtout assurances sociales obligatoires à partir de 1928 (3). Les dirigeants des caisses de prévoyance signent des conventions avec les hôpitaux publics. Grâce à ces conventions, leurs sociétaires bénéficient de soins hospitaliers contre le versement d'un "prix de journée" (4).

Pour autant, les conceptions traditionnelles de l'hôpital demeurent vivaces : pour certains, même médicalisés, les services de l'hôpital public doivent bénéficier aux seuls indigents. Dans ce sens, la plupart des médecins, inquiets pour leur clientèle, s'indignent assez hypocritement du "détournement du patrimoine des pauvres" que constitue l'admission des malades payants dans les hôpitaux publics (5). Certains juristes, de leur côté,

(1) Voir M. Rochaix, Essai sur l'évolution des questions hospitalières, op.cit. p.165.

(2) Ricard, président du comité chargé de la rédaction du projet de loi de 1898, faisait ainsi remarquer "que le texte adopté engageait et pour son plus grand bien l'ouvrier à se soigner à l'hôpital plutôt qu'à son domicile. Nulle part il n'obtiendra plus prompt guérison", Cité par M. Rochaix, Essai sur l'évolution des conceptions hospitalières, op.cit. p.165. Voir également la loi du 7 juillet 1877 qui prévoit que les établissements publics hospitaliers peuvent recevoir des militaires, là où il n'existe pas d'hôpitaux spécialement destinés à leur accueil (sur les hôpitaux militaires et sur les règles de responsabilité qui leurs sont appliquées, Voir infra p. 192-202). Voir enfin la loi du 31 mars 1919 sur l'ouverture des établissements publics hospitaliers aux victimes de guerre, sans distinction fondée sur la catégorie sociale des victimes.

(3) Sur ce point, voir M. Rochaix, Essai sur l'évolution des questions hospitalières ... , op.cit., p.155.

(4) Ibid. p.165-166.

(5) P. Brouardel, La responsabilité médicale, op.cit. p.9-10.

évitent de traiter ce problème en se référant à des définitions générales de l'activité hospitalière. Ce type de définition paraît toutefois privilégier l'idée d'assistance, sous sa forme traditionnelle ou dans le sens d'assistance médicale. Ainsi, pour M. Buzit, "Les établissements publics hospitaliers n'exercent qu'une activité limitée. D'une manière générale, on peut dire qu'ils viennent en aide aux malades, enfants, infirmes et vieillards dont la santé se trouve compromise ou qui, à raison de leur âge ou de leurs infirmités, ne peuvent compter que sur leurs propres moyens pour assurer leur existence" (1). De façon plus précise, d'autres auteurs estiment qu'un service médical ouvert aux malades payants peut se développer à l'intérieur des hôpitaux publics, à condition toutefois que cette activité n'entrave pas le fonctionnement de la mission de service public d'assistance qui leur est dévolue (2)

Ces mêmes réserves se retrouvent dans la jurisprudence administrative. Si le Conseil d'Etat a effectivement admis la légalité de l'accueil des malades payants (3), il n'en décide pas moins que " Les tribunaux judiciaires sont compétents pour juger les contestations qui s'élèvent entre les hôpitaux et les personnes qui y sont admises à tout autre titre que celui d'indigents privés de ressources ... " (4). En d'autres termes, ce type d'activité hospitalière n'entre pas dans le cadre de la mission de service public accomplie par les hôpitaux. Il n'est dès lors guère étonnant de constater que le contentieux administratif de la responsabilité des hôpitaux publics est demeuré extrêmement peu développé durant la première moitié du XX^e siècle. A partir de 1920, et jusqu'à cette époque, le recueil Lebon reproduit entre zéro et cinq arrêts par an. Il faut, en outre, attendre 1935, et les arrêts Vves Loiseau et Philipponeau (5), pour voir engagée la responsabilité d'un hôpital en raison de son activité médicale et chirurgicale (6). Au début du siècle, la majorité des arrêts publiés concernent l'engagement de la responsabilité des départements pour la réparation des dommages occasionnés par des malades mentaux à des tiers.

(1) M. Buzith, *Les établissements publics hospitaliers devant les tribunaux administratifs et judiciaires*, Thèse Rennes 1941.

(2) Tel est le point de vue développé par E. Prévôt, *in* *La responsabilité des établissements publics hospitaliers*, op.cit. p.25-35.

(3) Avis de la section de l'intérieur du 19 janvier 1926, cité par Prévôt, *Ibid.* p.32.

(4) C.E. 17 mars 1905 *L'Abeille*, Rec. p.272.

(5) Arrêts précités supra p.3 note 4.

(6) Voir cependant, C.E. 6 juillet 1934, Paillat, Rec. p.788. Précisons toutefois que ce qui est ici visé, ce n'est pas la responsabilité des hôpitaux publics, mais celle du service médical des armées dont les agents auraient commis une faute en déclarant apte au service un appelé atteint d'une affection pour laquelle il a été ultérieurement réformé. Sur les règles de responsabilité appliquées au service de santé des armées, voir *infra* p.197-202.

La même conception étroite des fins de l'activité hospitalière semble avoir influencé les rédacteurs d'un projet de loi du 21 février 1935 dont l'article 1 précise que "l'hôpital, en dehors des cas prévus par les lois existantes ... est exclusivement réservé aux indigents et aux personnes momentanément privées de ressources" (1). Mais ce projet, qui prévoyait un certain retour aux idées d'assistance publique, s'inscrivait déjà à contre-courant des idées dominantes de l'époque. D'ailleurs, la loi du 21 novembre 1941 a fini par entériner l'ouverture des hôpitaux publics à l'ensemble des classes sociales. L'avènement et la généralisation de la sécurité sociale à partir de 1945 ont consolidé ce mouvement. Il n'y a plus désormais de réel débat sur la place de l'hôpital dans la société : la suppression des deux catégories de malades payants et d'indigents au profit de la seule catégorie des assurés sociaux fait de l'hôpital public le pôle principal de la politique de santé menée par l'Etat. Ces assurés sociaux proviennent des différentes couches de la société et peuvent subir des dommages du fait de l'utilisation de techniques thérapeutiques nouvelles.

A partir du milieu du XX^e siècle, la jurisprudence administrative se développe. Dans les fameux arrêts Chilloux et Isaad Slimane du 25 mars 1957 (2), le Tribunal des conflits décide, de son côté, que l'ensemble du contentieux de la responsabilité des hôpitaux publics, et en particulier le contentieux relatif aux fautes médicales et chirurgicales non détachables du service, relève de la compétence du juge administratif. En outre, ces activités sont définies comme appartenant au "service public de santé" (3).

Si cette expression n'a jamais été véritablement consacrée par le Conseil d'Etat (4), celui-ci préférant employer une terminologie variable comprenant les expressions voisines de "services hospitaliers" ou encore de "service public hospitalier", son utilisation dans les tables du recueil Lebon dénote une intéressante évolution. Avant 1945, le maigre contentieux de la responsabilité des établissements publics hospitaliers est disséminé dans deux rubriques différentes : hospices et hôpitaux ou dans la catégorie divers sous la rubrique "responsabilité de la puissance publique". Il faut attendre 1945 pour voir apparaître l'expression "service de santé". Le service de santé et le service d'hygiène se partagent alors la même catégorie sous la rubrique "responsabilité des services publics", et ce n'est qu'en 1951 qu'est créée une catégorie spécifique intitulée "service de santé", dont l'importance ne cessera dès lors de croître.

Mais si l'hôpital est désormais considéré comme l'instrument principal d'une politique de

(1) Texte cité par C. Maillard, *in* Histoire de l'hôpital de 1940 à nos jours ... , op.cit. p. XXI.

(2) Arrêts précités supra p.15 note 2.

(3) La même expression de service public de santé est utilisée dans un certain nombre d'autres arrêts. Voir notamment, C.E. 23 novembre 1959, Dlle. Santelli, Rec. p.871; D.S. 1960 p.280 note De Laubadère ; R.D.P. 1960, p.708 ; A.J.D.A. 1960 p.101 ; G.P. 1960.I.p.132.

(4) Voir sur ce point M. Langlais, *Médecine de service public et compétence juridictionnelle ...*, op.cit. p.151-152.

santé publique clairement affirmée (1), le revirement n'est pas complet. Dans les faits, l'hôpital demeure à la fois un centre de soins et un centre d'hébergement (2). Il n'est pas considéré, en outre, comme le pôle unique du service public de santé. Un important arrêt du Tribunal des conflits du 20 novembre 1961 a en effet précisé que des établissements hospitaliers privés, en l'espèce des centres de recherche contre le cancer, pouvaient participer à "un service public", dont on imagine mal qu'il diffère profondément du service public de santé (3). Cette bipolarisation de la politique de santé a conduit le législateur à tenter de rationaliser les rapports entretenus entre les deux secteurs de l'hospitalisation. C'est de cette recherche d'une approche globale, qui n'avait été jusqu'alors ébauchée que par les trois ordonnances des 11 et 30 décembre 1958, qu'est né le service public hospitalier créé par la loi du 31 décembre 1970 (4).

B- La rationalisation des interventions publiques et privées par la création du service public hospitalier

Le service public hospitalier, apparu avec la loi du 31 décembre 1970, est un concept nouveau. Comme le note fort justement M. Rossini, "toutes les utilisations de ce terme avant 1970, ne sont que des facilités de langage qui n'ont aucun lien direct avec le service public hospitalier défini par la loi du 31 décembre 1970" (5). Lorsque la jurisprudence employait cette expression, elle ne l'utilisait que dans son acception matérielle, et uniquement en vue de désigner des activités de l'hôpital public. La loi hospitalière utilise au contraire la notion de service public dans ses deux acceptions. D'un point de vue organique, le service public hospitalier désigne une structure donnée dans laquelle est inclus l'hôpital public. D'un point de vue matériel, il désigne un certain nombre d'activités.

(1) Voir en particulier le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 : "la nation garantit à tous ... la protection de la santé". Voir également les différents textes, principalement internationaux, cités par J-M de Forges, *in* L'hospitalisé, L'administration nouvelle, Berger-Levrault 1975, p.24 et s.

(2) Voir sur ce point *infra* p.72.

(3) T.C. 20 novembre 1961, Centre régional de lutte contre le cancer "Eugène Marquis", rec. p.879, D.S.1962.p.389, note De Laubadère ; J.C.P. 1962.II.n°12572, note J-M Auby ; R.D.P. 1962 p.964, note M. Waline ; A.J.D.A. 1962 p.17, chron. Galabert et Gentot ; Rev. adm. 1961.p.621, note Liet-Vaux.

(4) Cette loi a ensuite été modifiée à plusieurs reprises, la dernière réforme de fond ayant été réalisée par la loi du 31 juillet 1991. Voir l'étude comparative détaillée des lois hospitalières de 1970 et 1991 effectuée par J-M Clément, Lire la nouvelle loi hospitalière, manuels B-L santé, Berger-Levrault 1992.

(5) E. Rossini, Les établissements de santé à but non lucratif, *op.cit.* p.63.

1)° L'organisation du service public hospitalier

Le service public hospitalier est organisé selon une structure complexe qui rend compte de l'interpénétration des activités publiques et privées dans le domaine qui nous intéresse. Cette même complexité peut être perçue au niveau de la composition interne des différents éléments constituant le service public hospitalier (1).

a- *Les structures complexes du service public hospitalier :*

Le service public hospitalier consacre certains modes de collaboration entre les secteurs public et privé de l'hospitalisation. Il est assuré, selon la terminologie employée par la loi hospitalière de 1991, par les établissements publics de santé, y compris les établissements de type militaire, et par des établissements de santé privés. Ces derniers sont tenus, au contraire des établissements publics, d'adhérer au service public hospitalier pour pouvoir y participer. L'adhésion au service public hospitalier est réalisée en fonction de modalités différentes, selon qu'elle concerne le fonctionnement ou l'exécution du service (2).

Dans la première hypothèse, l'adhésion donne lieu à la signature d'un accord d'association conclu entre l'établissement privé et les établissements publics concernés, après approbation de l'autorité de tutelle. Cet accord pourra porter sur une ou plusieurs missions extérieures à l'activité sanitaire des établissements de santé.

Dans la seconde hypothèse, qui concerne directement l'administration des soins, il convient de distinguer les établissements de santé privés à but non lucratif des établissements de santé privés à but lucratif. Les premiers sont tenus de remplir une demande formalisée, sur laquelle statuera un décret du premier ministre contresigné par le ministre chargé de la santé. Les seconds types d'établissements peuvent, de leur côté, se voir attribuer la concession totale ou partielle du service public hospitalier.

La cohérence de la politique appliquée au service public hospitalier est assurée par un certain nombre de structures qui visent à favoriser la concertation et la collaboration entre ces différents composants. On se contentera de citer, sans aller plus avant dans les détails, les pôles de rapprochement que constituent les conférences sanitaires de secteur (3), ainsi

(1) On ne parlera pas, dans les développements subséquents, du problème de la planification sanitaire. Si ce problème apparaît comme l'enjeu principal de la législation hospitalière, il concerne en effet de trop loin l'objet de notre étude pour être ici traité.

(2) Voir J-M Clément, Lire la nouvelle loi hospitalière, op.cit. p.149.

(3) Ibid. p.111. Voir également, sur les autres structures de coopération, Ibid. p.75.

que les groupements de coopération sanitaire et les syndicats interhospitaliers (1). Enfin, on n'omettra pas non plus de préciser que l'ordonnance n°96-346 du 24 avril 1996 accentue encore ce rapprochement en préconisant notamment la création d'un groupement gérant des plateaux techniques communs aux hôpitaux publics et aux cliniques privées (2).

b- La composition des principaux éléments du service public hospitalier :

On entend désigner par ces principaux éléments les établissements de santé publics, et les établissements de santé privés qui participent, sous une forme ou sous une autre, au service public hospitalier. Mais si les structures des établissements publics de santé sont bien connues, et précisément définies par les différentes lois hospitalières, celles des établissements privés "ne sont que des structures matérielles gérées par des personnes morales obéissant à des statuts juridiques très divers" (3). Dans ce sens, l'article L. 715.1 C.S.P. se contente de viser "les établissements privés, quel que soit leur statut". Le même article relève, dans le même esprit libéral, que ces derniers peuvent être dirigés par "un conseil d'administration", "un conseil de surveillance", ou "les organes qui en tiennent lieu".

Il va sans dire qu'une étude plus approfondie des établissements privés de santé participant au service public hospitalier nous éloignerait singulièrement de l'objet de notre travail, et c'est pour cette raison que l'on limitera la suite de nos développements à un bref examen de l'organisation interne des établissements publics de santé.

L'article 711.6 C.S.P. distingue deux types d'établissements : les centres hospitaliers et les hôpitaux locaux (4). De façon on ne peut plus claire, l'article L. 714.1 C.S.P. précise que ces établissements "sont administrés par un conseil d'administration et dirigés par un directeur nommé par le ministre de la santé, après avis du conseil d'administration". Le conseil d'administration et le directeur constituent donc les organes moteurs des établissements publics de santé.

Le conseil d'administration dispose d'un certain nombre de prérogatives qui lui permettent de définir les grandes lignes de la politique financière et de l'organisation de l'établissement (5). Ces pouvoirs sont néanmoins limités, particulièrement en matière

(1) Sur ces structures, voir J-M Clément, *Mémento de droit hospitalier*, Manuels B-L Santé, Berger-Levrault 1996, p.56-57 et 53-56.

(2) Voir sur ce texte E. Douat, "Aperçu rapide sur la réforme de l'hospitalisation publique et privée", J.C.P. 1996 n°250.

(3) E. Rossini, *Les établissements privés de santé à but non lucratif*, op.cit. p.98.

(4) Voir J-M Clément, *Mémento de droit hospitalier*, op.cit. p.31. Sur les hôpitaux locaux, voir infra p.165-166.

(5) Voir J-M Clément, *Lire la nouvelle loi hospitalière*, op.cit. p.113.

budgétaire, par la tutelle et le contrôle exercés par le préfet.

Le directeur de l'établissement (1), dont le poste n'a été créé que par la loi du 21 décembre 1941, est chargé de préparer les séances du conseil d'administration et d'exécuter ses délibérations. Il dispose également de pouvoirs propres qui lui permettent, selon l'article L. 714.12 C.S.P., d'assurer "la gestion et la conduite générale de l'établissement". En particulier, "il exerce son autorité sur l'ensemble du personnel dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles qui s'imposent aux professions de santé, des responsabilités qui sont les leurs dans l'administration des soins et de l'indépendance professionnelle du praticien dans l'exercice de son art". Si ces attributions demeurent assez floues elles dépendront en réalité très largement de l'hôpital dans lequel elles seront exercées : d'une façon générale, plus l'hôpital sera grand, plus les attributions du directeur seront importantes (2). Mais il est également important de souligner que ces attributions ne mettront jamais directement en cause l'indépendance professionnelle des médecins hospitaliers.

Les organes que l'on vient de rapidement passer en revue composent le service public hospitalier. Ils sont tenus de remplir un certain nombre de missions qu'ils nous appartiennent maintenant d'évoquer.

2)° Les missions du service public hospitalier

Concept nouveau, le service public hospitalier apparaît comme le prolongement du service public de santé. Dans ce sens, la loi du 30 juin 1975 relative aux institutions médico-sociales a clairement séparé ce qui appartient à l'assistance, de ce qui appartient aux soins, l'hôpital étant enfin dégagé de sa mission traditionnelle. Cependant, la loi hospitalière du 31 juillet 1991 a marqué un certain retour à de telles conceptions. La terminologie employée par les lois de 1970 et de 1991 a subi une évolution : sans revenir à l'ancienne formule "d'hôpitaux et hospices", la loi de 1991 a substitué l'expression "d'établissement de santé public ou privé" à celle utilisée par la loi de 1970 "d'établissement d'hospitalisation public ou privé". Le législateur a ainsi entendu concrétiser un nouvel élargissement des missions du service public hospitalier qui se caractérise par un certain retour à la mission d'hébergement, ainsi que par une atténuation de la différenciation opérée par la loi de 1970 entre les centres hospitaliers et les centres de moyen et long séjour (3). Mais à l'inverse de ce qui existait encore au début du siècle, cette mission, qui concerne seulement "des personnes n'ayant pas leur autonomie de vie (et) dont l'état nécessite une surveillance

(1) J-M Clément, Lire la nouvelle loi hospitalière, op.cit. p.117.

(2) F. Peigné, Notre système hospitalier et son avenir, E.N.S.P. 1991, p.129.

(3) Comp. art. L.711.2 C.S.P. et art. 4 de la première section du premier chapitre de la loi du 31 décembre 1970.

médicale constante et des traitements d'entretien" (1), est seulement envisagée comme le corrolaire de l'activité sanitaire.

Pour autant, comme l'a prouvé une étude récente (2), la notion de service public hospitalier ne s'est pas entièrement substituée à l'ancienne notion de service public de santé. Les missions dévolues au service public hospitalier se confondent en effet, pour la plupart, avec des missions de type sanitaire. Dans ce sens, les missions et obligations des établissements de santé définies aux articles L.711.1 et L.711.2 C.S.P. n'opèrent aucune différence entre les établissements publics ou privés participant au service public hospitalier, et les établissements privés qui n'y participent pas (3). Dans ce cadre, c'est à dire en dehors des attributions spécifiques dévolues au service public hospitalier (4), la différenciation entre les deux concepts ne s'effectue pas sur un plan matériel, mais sur un plan organique.

Par conséquent, l'établissement privé qui n'appartient pas organiquement au service public hospitalier peut parfaitement remplir des missions identiques. Or, la plupart de ces missions touchent directement à l'activité sanitaire et à des problèmes sensibles du point de

(1) Art. L. 712.2 C.S.P.

(2) E. Rossini, *Les établissements de santé privés à but non lucratif*, op.cit. p.60 et ss.

(3) - Art. L.711.1. : Les établissements de santé, publics ou privés, assurent les examens de diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes en tenant compte des aspects psychologiques du patient.

Ils participent à des actions de santé publique et notamment à toutes actions médico-sociales coordonnées et à des actions d'éducation pour la santé et de prévention.

- Art. L.711.2. : Les établissements de santé, publics ou privés, ont pour objet de dispenser :

1)° avec ou sans hébergement :

a) des soins de courte durée ou concernant des affections graves pendant leur phase aiguë en médecine, chirurgie, obstétrique odontologique ou psychiatrique ;

b) des soins de suite ou de réadaptation dans le cadre d'un traitement ou d'une surveillance médicale à des malades requérant des soins continus, dans un but de réinsertion.

2)° Des soins de longue durée, comportant un hébergement à des personnes n'ayant pas leur autonomie de vie, dont l'état nécessite une surveillance médicale constante et des traitements d'entretien.

(4) - Art. L.711.3. : Le service public hospitalier exerce les missions définies à l'article L.711.1 et, de plus, concourt :

1)° à l'enseignement universitaire et postuniversitaire et à la recherche de type médical, odontologique et pharmaceutique ... à la réforme de l'enseignement médical et au développement de la recherche médicale ;

2)° à la formation en continu des praticiens hospitaliers et non hospitaliers.

3)° à la recherche médicale, odontologique et pharmaceutique.

4)° à la formation initiale et continue des sages-femmes et du personnel paramédical et à la recherche dans leurs domaines de compétence.

5)° aux actions de médecine préventive et d'éducation pour la santé et à leur coordination.

6)° conjointement avec les praticiens et les autres professionnels de santé, personnes et services concernés, à l'aide médicale urgente.

vue de la responsabilité : diagnostic, activité médicale et chirurgicale, activité des hôpitaux psychiatriques ... Il n'est donc pas étonnant de constater que la jurisprudence Centre régional de recherche contre le cancer Eugène Marquis qui admet qu'un établissement privé peut remplir une mission de service public a survécu à la loi hospitalière de 1970 (1). Dans une espèce qui concernait également la responsabilité d'un centre de lutte contre le cancer, établissement privé non adhérent au service public hospitalier, le Conseil d'Etat a effectivement décidé que ces centres assuraient une "mission de service public" (2). Cette jurisprudence a d'ailleurs été étendue à d'autres types d'établissements privés. A l'occasion de l'arrêt Bernardi (3), le Tribunal des conflits a en effet eu l'occasion d'appliquer les mêmes solutions à une clinique réservée au traitement des malades mentaux non adhérente au service public hospitalier. Comme à l'occasion de l'arrêt Eugène Marquis, la nature du service public exercé n'est pas précisée, mais elle ne fait guère de doute. Il s'agit bien d'un service public de santé. L'évasion réalisée par le Tribunal des conflits et par le Conseil d'Etat semble cependant être ici volontaire. Elle peut s'expliquer par la volonté de ne pas risquer d'ajouter au flou conceptuel entourant la notion de service public de santé, en s'intéressant à un problème dont l'intérêt n'est que théorique.

En outre, comme on a déjà eu l'occasion de l'évoquer, les établissements privés qui participent au service public de santé, ou au service public hospitalier, ne disposent pas de prérogatives de puissance publique. Par conséquent, ils ne peuvent voir leur responsabilité engagée devant le juge administratif (4). Du point de vue des problèmes de responsabilité, l'avènement du service public hospitalier n'a donc eu, en définitive, aucune incidence directe sur les solutions jurisprudentielles antérieures.

On a ainsi pu apprécier, à ce niveau de notre étude, de quelle manière l'évolution des conceptions sur la nature des personnes publiques a joué un rôle déterminant dans l'avènement du principe de la responsabilité administrative. On a pu également se rendre compte que la reconnaissance du caractère de service public d'une activité est une condition indispensable au développement de ce type de responsabilité, et que le décalage observé entre l'expression du principe et sa mise en pratique est parfaitement observable en matière hospitalière. Le problème de la responsabilité administrative ne doit cependant pas être abordé du seul point de vue des personnes publiques et de la mission qui leur est dévolue. Il nécessite également que soit examinée la source même de cette responsabilité, c'est à dire l'activité des agents qui y concourent. La responsabilité administrative étant par nature une responsabilité indirecte, seul un agissement plus ou moins déterminé d'un agent de l'hôpital

(1) Arrêt précité supra p.69 note 3.

(2) C.E. 4 juin 1975, Das Neves, R.D.S.S. 1976, p.39.

(3) Arrêt précité supra p. 2 note 2.

(4) Voir supra p.1-2 et infra partie I, titre II, Chapitre I, section I.

pourra constituer la faute susceptible d'entraîner la responsabilité de la personne publique en cause. C'est, par conséquent, sous cet angle particulier que l'on abordera un second chapitre consacré à la responsabilité pour faute de l'hôpital public.

CHAPITRE DEUX

LA RESPONSABILITE POUR FAUTE DE L'HOPITAL DU FAIT DE SES AGENTS

La façon dont le Tribunal des conflits a utilisé les notions de service public et de responsabilité à l'occasion de l'arrêt Blanco répond à une unique préoccupation. Il s'est agit, dans les deux cas, d'épurer le partage de compétence établi de tout élément précis relatif au fond susceptible d'engendrer un désaccord entre les deux ordres de juridiction, et de risquer ainsi d'affaiblir sa portée.

Mais si cette démarche a permis au Tribunal des conflits de poser un principe de responsabilité apparemment solide, la détermination même du contenu de ce principe a constitué, et constitue encore, un important foyer de controverses. On a déjà eu l'occasion d'évoquer ce problème à propos de l'évolution subie par la notion de service public : si l'on peut affirmer que cette notion constitue, de nos jours encore, le critère principal de la compétence du juge administratif et de l'application du droit administratif, elle ne recouvre plus la signification qui lui était attachée à l'origine (1).

La détermination du contenu du principe de responsabilité est sujette aux mêmes controverses. L'arrêt Blanco a en effet posé le principe selon lequel la responsabilité de l'Etat n'est "ni générale ni absolue" et qu'elle doit être modulée en fonction des

(1) Voir infra partie I, titre I, chapitre II, Section II.

particularités du service. Autrement dit, la jurisprudence ultérieure a été tenue de préciser, pour chaque type d'activité administrative, le contenu des règles de responsabilité qui leur sont spécialement applicables. Le cadre tracé par l'arrêt Blanco laisse ouvert un champ de possibilités extrêmement vaste qui peut conduire, le cas échéant, à exclure l'objectivation de la responsabilité.

Le même problème d'appréciation s'est posé au niveau de la détermination du champ d'application de la responsabilité administrative. Après 1873, pour ne donner qu'une illustration de ce que l'on vient d'avancer, la majorité des auteurs demeurait ainsi fidèle à la notion d'Etat puissance publique et à l'idée d'irresponsabilité qui lui était attachée. Selon ces auteurs, et en particulier E. Laferrière, la responsabilité de l'Etat ne pouvait être admise que dans les hypothèses où elle concernait des actes de gestion (1). En revanche, dans les hypothèses où étaient visés des actes d'autorité, c'est à dire des actes de puissance publique relatifs à des activités de police ou à des mesures prises par les administrations à l'égard de leurs agents, l'irresponsabilité de l'Etat devait être totale. Cette vision restrictive de la responsabilité administrative, et des enseignements de l'arrêt Blanco, que constitue la construction purement doctrinale des actes d'autorité et de gestion, n'a été implicitement démentie qu'en 1905, à l'occasion de l'arrêt Tomaso Grecco (2).

Au demeurant, le mouvement visant à l'extension de la responsabilité des services publics ne s'est pas limité aux activités de puissance publique, et en particulier aux activités de police. Ce mouvement s'est prolongé dans le temps et a abouti à une raréfaction progressive des hypothèses d'irresponsabilité de la puissance publique (3).

Enfin, et de façon plus cruciale encore, c'est au niveau de la détermination des conditions de la mise en jeu de la responsabilité des services publics que s'est posé le problème de l'interprétation de l'arrêt Blanco. Le principe de la responsabilité pour faute des services publics -c'est-à-dire son rattachement à une responsabilité de type subjectif- n'a été admis que de façon progressive. Car, en effet, si l'on peut voir dans l'arrêt Blanco une "faveur" faite aux administrés, il ne s'est nullement agi, pour le Tribunal des conflits, d'ériger un principe général de responsabilité pour faute, auquel il se garde bien, d'ailleurs, de se référer (4). C'est, en réalité, l'existence de fautes personnelles engageant la responsabilité

(1) Voir *Traité de la juridiction administrative ...*, Tome II, op.cit. p.173-179 ; voir également H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, éd. A. Rousseau, 1900, p.46-49. Sur l'analyse de ces conceptions, voir M. Deguergue, *Jurisprudence et doctrine ...*, op.cit. p.555-558.

(2) C.E. 10 février 1905, Tomaso Grecco, Rec. p.139, concl. Romieu ; D.P.1906.p.381, concl. Romieu ; S.1905.III.p.113, note Hauriou.

(3) Sur ce point, voir notamment M.Paillet, *La faute du service public en droit administratif français*, Bibliothèque de droit public, Tome CXXXVI, L.G.D.J. 1980, p.103-108.

(4) Contra : J-F Davignon, *La responsabilité objective de la puissance publique*, op.cit. p.26. Selon cet auteur, le fait que le Tribunal des conflits accorderait au requérant une faveur plutôt qu'un droit marquerait

d'agents publics devant le juge judiciaire qui a conditionné l'apparition de la faute du service public justifiant la compétence administrative et la mise en oeuvre d'un régime de responsabilité dérogatoire au droit commun. L'apparition du couple faute personnelle-faute du service public ne répond cependant pas -dans son processus général d'élaboration- au développement d'une dialectique générée par des rapports de force entretenus entre les deux ordres de juridiction. Contrairement à ce que l'on a évoqué au sujet de l'apparition de la responsabilité administrative, cette opposition ne se pose pas en termes de principes, même si elle aboutit également à un concept nouveau constitué, en l'occurrence, par la faute du service public. Il n'est plus question, en effet, de déterminer s'il existe une responsabilité spécifiquement administrative, mais de mesurer quels sont les champs respectifs des notions encore mal définies de faute du service public et de faute personnelle. Il s'agit, en définitive, d'appliquer les enseignements de l'arrêt Blanco sur le partage égalitaire des compétences, tout en les rattachant, sur le plan du fond, à un type de responsabilité conditionné par l'existence d'une faute.

On s'attachera, dans le présent chapitre, à mettre en lumière les rapports existant entre la faute du service public et l'activité des agents qui se trouve nécessairement à son origine, et dans laquelle on peut voir son fondement individuel (**Section I**). Une fois ces problèmes résolus, on se penchera sur l'influence que peut avoir l'assise plus ou moins grande de ce fondement individuel sur le développement de la responsabilité pour faute des différents services publics, selon le type d'activité à laquelle elle se rapporte. On verra alors que dans le domaine hospitalier, la conception originellement étroite de la responsabilité des agents publics détenteurs de "l'art de guérir" (1) a rendu ce développement particulièrement difficile (**Section II**), ce qui a également conduit à exclure l'objectivation de la responsabilité des établissements hospitaliers.

déjà, en raison du "caractère éminemment subjectif de toute faveur", le rattachement de la responsabilité administrative à la responsabilité pour faute. On peut cependant opposer qu'à l'inverse, le fait que la responsabilité civile vise à sanctionner un droit, n'en fait pas pour autant une responsabilité de type objectif. Bien qu'il s'en défende, cet auteur commet sans doute une confusion entre le fondement de la responsabilité -la "faveur" faite aux administrés par l'administration- et les conditions de la responsabilité, qui peuvent aussi bien se rattacher à une responsabilité de type objectif plutôt qu'à une responsabilité de type subjectif.

(1) On emprunte cette expression, très révélatrice du grand respect qu'inspiraient les professions médicales à la société et aux tribunaux de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle, à une rubrique des tables du recueil Dalloz.

Section I : Le fondement individuel de la faute du service public

L'existence d'un fondement individuel de la faute du service public dénote, à elle seule, une certaine spécificité du droit administratif de la responsabilité. Alors que la responsabilité civile est partiellement une responsabilité du fait personnel, marquée par la coïncidence entre l'auteur du dommage et la personne à laquelle est imputée la charge de sa réparation, la responsabilité administrative est uniquement une responsabilité de type indirect. Dans le cadre de la responsabilité administrative, ce sont des agissements, plus ou moins déterminés, d'agents d'un service public, qui seront imputés à la charge de ce dernier et cela même, semble-t-il, dans les hypothèses où une chose paraît être à l'origine du dommage. Car en effet, comme l'a écrit A. de Laubadère, la responsabilité des collectivités publiques "est toujours une responsabilité du fait d'autrui et quelquefois une responsabilité du fait d'autrui à l'occasion de l'emploi des choses" (1).

Ce point de vue n'est cependant pas partagé par l'ensemble des auteurs. Ainsi, pour M. Amselek, il existe des hypothèses dans lesquelles "des personnes répondent du fait des choses" (2) et où la victime obtiendra réparation "uniquement en démontrant que le dommage a été causé par cette chose, sans avoir à établir du fait (et notamment de la faute) de qui cette chose a ainsi été amenée à causer le dommage" (3).

On ne saurait nier, toutefois, que même dans ces hypothèses, l'administration est déclarée responsable parce qu'il existe un lien entre la chose et l'activité de service public. Or, l'activité -et même l'inactivité- de l'administration, c'est toujours celle de ses agents, et cela même si l'intervention d'une "chose" peut justifier, au niveau de la détermination de la

(1) "Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif français", E.D.C.E. 1959, p.29-44. Voir plus spécialement p.30 note 3. Voir également G. Cornu, Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, Matot-Braine 1951, p.72. On préférera toutefois employer, plutôt que l'expression de responsabilité du fait d'autrui, cette de responsabilité indirecte. Voir sur ce point infra p.90.

(2) P. Amselek, "La détermination des personnes publiques responsables d'après la jurisprudence administrative", Etudes de droit public, Cujas 1964, p.291-376, voir p.356.

(3) Ibid.

personne responsable, un effacement de la prise en compte par le juge du facteur individuel à l'origine du dommage. Dire qu'une "chose" a causé un dommage c'est, en fait, se référer à une conception anthropomorphique de la responsabilité, que les auteurs n'hésitent pas à dénoncer dès lors qu'elle s'applique aux personnes morales (1).

Il est exact, en revanche, que l'intervention d'une "chose" peut justifier la mise en oeuvre de règles spéciales, exclusives de toute idée de faute. Il en va ainsi, par exemple, lorsqu'un dommage est occasionné à des tiers par un ouvrage ou par des travaux publics. En revanche, ce n'est pas parce que la notion de faute est exclue dans ce type d'hypothèses, comme condition de mise en jeu de la responsabilité de l'administration, que le facteur humain à l'origine du dommage n'existe pas.

La même réflexion peut être formulée dans le cadre plus étroit de la responsabilité pour faute de l'administration. Là encore, ce n'est pas parce que la faute du service public dite "anonyme" n'est pas clairement rattachée à un agissement individuel, qu'elle ne trouve pas nécessairement ses racines dans de tels agissements. Lorsque ces agissements se rattachent à l'activité d'agents dont la responsabilité est conçue de façon extrêmement restrictive, l'objectivation des règles de responsabilité administrative sera exclue. L'existence d'un tel fondement individuel de la responsabilité administrative détermine sa nature juridique et permet d'expliquer comment l'apparition de la notion de faute personnelle a permis l'émergence, en contrepoint, de la faute du service public.

(1) De façon plus précise, c'est la conception organiciste, elle même fondée sur une vision anthropomorphique des personnes morales, que dénonce, d'ailleurs fort justement, M. Amselek (voir "La détermination des personnes publiques responsables ...", op.cit. p.293-295). Sur la conception organiciste de la responsabilité des personnes morales, voir infra p. 82-86.

§I- L'influence du fondement individuel de la faute du service public sur la détermination de la nature juridique de la responsabilité administrative pour faute

Lorsqu'on évoque le problème de la nature juridique de la responsabilité administrative pour faute, il ne fait plus guère de doutes, de nos jours, qu'il s'agit d'une responsabilité de type indirect. On entend par là que dans ce domaine, comme l'a écrit M. Chapus, dans une formule très générale, "l'auteur réel du dommage est pris en considération, au moins à certains points de vue" (1). Certains auteurs, parmi lesquels figure également M. Chapus, n'hésitent pas non plus à qualifier ce mécanisme, en se référant généralement à l'article 1384 C.civ. sur la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, de responsabilité du fait d'autrui (2). Il nous appartiendra, après avoir étudié le caractère indirect de la responsabilité pour faute de l'administration, de vérifier si elle peut être effectivement qualifiée de responsabilité du fait d'autrui.

A- Le caractère indirect de la responsabilité pour faute de l'administration

L'expression de responsabilité indirecte s'oppose à celle de responsabilité directe qui recouvre des hypothèses de responsabilité personnelle dans lesquelles l'auteur du dommage supporte lui-même la charge de sa réparation. La responsabilité indirecte suppose au contraire une dissociation entre ces deux mécanismes de causalité et d'imputation. C'est ce second type de responsabilité que l'on retrouve dans le domaine du droit administratif, que l'on utilise ou non l'expression de "responsabilité du fait d'autrui", et que l'on soit ou non partisan d'une responsabilité administrative du "fait des choses". Dans ce cadre, l'agent auteur du dommage -nonobstant l'hypothèse où celui-ci serait occasionné par une chose-constitue une entité différente du service auquel il se rattache. La faute de l'agent n'est pas, à proprement parler, celle "du service", mais celle dont le service devra éventuellement répondre. Ce type de raisonnement a logiquement conduit à rejeter la théorie organiciste selon laquelle la collectivité publique serait directement responsable des fautes commises par des agents relégués au rôle de simples mécanismes fonctionnels. En revanche, et de façon apparemment paradoxale, cette théorie a joué un rôle déterminant dans le développement de la responsabilité subjective de l'administration.

(1) Responsabilité publique et responsabilité privée ..., op.cit. p.203.

(2) Ibid. p.201-263. Voir également M. Waline, Précis de droit administratif, op.cit., Tome I, p.519-521.

1)° Le nécessaire rejet de la théorie organiciste des collectivités publiques

Selon cette doctrine, défendue notamment par Gierke et Jellinek en Allemagne, et introduite en France par Léon Michoud (1), l'Etat, au sein duquel sont intégrées les autres collectivités publiques, doit être considéré comme un corps doté d'une existence autonome et d'une volonté propre. Les agents publics ne sont rien d'autre que des organes de ce corps. Ils perdent toute individualité lorsqu'ils agissent dans le cadre des fonctions dévolues à la collectivité publique à laquelle ils sont rattachés. Par conséquent, lorsque l'activité administrative aura occasionné un dommage à un particulier, la responsabilité de l'Etat sera directement engagée. En d'autres termes, l'Etat sera à la fois réputé avoir occasionné le dommage et devoir en assurer la réparation.

Cette doctrine a très tôt suscité de vives contestations dont on trouve une remarquable synthèse dans un article publié par X-S Combatheca à la Revue du droit public de 1896 (2). Selon une expression utilisée par cet auteur "L'Etat n'est pas un organisme et n'a pas besoin de l'être" (3). Autrement dit, ce qui est principalement dénoncé par les opposants à la théorie organiciste, c'est la vision anthropomorphique des collectivités publiques, et les erreurs sur le plan des conceptions de l'Etat et de sa responsabilité, que cette théorie induit. Si l'on applique cette théorie, en effet, on doit conclure au caractère direct de la responsabilité. Des auteurs comme Léon Duguit ou M. Chapus n'ont pas eu de mots assez durs pour condamner "l'impasse" (4) à laquelle conduirait l'aspect anthropomorphique à la fois "puéril" (5) et "chimérique" (6) d'une doctrine encore dominante au début du XX^e siècle (7). Comme l'expose plaisamment Charles Eisenmann, "de telles idées ressortissent de la mythologie ... et on peut ici songer à celui qui prenait Le Pirée pour un homme" (8).

Il serait cependant exagéré de conclure à la totale ineptie de la théorie organiciste. S'il est évident que l'on ne peut que contester la vision anthropomorphique de l'Etat, ainsi que le type de responsabilité direct, voir même personnel, que cette théorie induit, elle n'en

(1) Voir par exemple, "La responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents", R.D.P. 1895, p.251-285.

(2) X-S Combatheca, "L'Etat en tant qu'organisme", R.D.P. 1896, p.278-288.

(3) Ibid. p.288.

(4) L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, Fontemoing, 3^e éd. 1928, Tome II, p.572.

(5) Ibid. p.70

(6) R. Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée ..., op.cit. p.205-206.

(7) Voir notamment M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 7^e éd., Sirey 1911, p.113-116 et 491-493.

(8) Cours de droit administratif, L.G.D.J. 1983, Tome II, p.835.

constitue pas moins une explication intéressante de l'avènement de la faute du service public. De ce strict point de vue, le rôle important que cette théorie a joué dans l'émergence de la responsabilité subjective de l'administration mérite d'être mis en exergue.

2)° Le rôle joué par la théorie organiciste dans le développement de la responsabilité subjective des collectivités publiques

La théorie organiciste présente un caractère hybride qui n'est que trop rarement mis en valeur (1). Si cette théorie suppose que "La vie de l'Etat se manifeste dans la vie même de ses membres" (2), elle admet également "la coexistence simultanée de la communauté indépendante à des unités qui la composent douées d'une certaine essence inaltérable" (3). En d'autres termes, l'agissement de l'individu au sein du service ne sera pas nécessairement considéré comme une faute du service, au sens premier du terme. Lorsque cet agissement se rapportera à "l'essence inaltérable de l'individu", lui seul, en effet, sera responsable.

La parenté entre la théorie organiciste, ainsi comprise, et les conclusions de Laferrière sur l'arrêt Laumonier-Cariol (4), qui constituent les prémices de la distinction faute personnelle - fait du service public, apparaît particulièrement marquée. Selon la célèbre formule de Laferrière, il convient de distinguer la faute personnelle qui révèle "l'homme, avec ses faiblesses, ses imprudences" des hypothèses dans lesquelles "l'acte dommageable révèle un administrateur plus ou moins sujet à l'erreur". Il s'agit, en définitive, de déterminer si la faute est "imputable au fonctionnaire (ou) ... à la fonction". La même idée, manifestement inspirée par la théorie de l'organe, est exprimée de façon plus claire encore par le même auteur dans son Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux. Pour Laferrière, en effet, la faute de l'administration n'entraîne pas une "responsabilité pour autrui prévue par l'article 1384 du Code civil, mais une responsabilité directe : le service public est censé l'auteur de la faute" (5). On mesure bien, dans ce domaine, le rôle primordial joué par la théorie organiciste, et son influence même sur l'élaboration du droit positif.

La même remarque peut être formulée au sujet de l'utilisation faite par Hauriou de cette théorie, comme moyen d'explication de l'avènement de la faute du service public à l'époque de l'arrêt Tomaso Grecco (6). Hauriou, après avoir été partisan d'une responsabilité

(1) Voir cependant, O. Beaud, "La souveraineté dans la contribution générale à la théorie de l'Etat de Carré de Malberg", R.D.P. 1994, 1251-1301, et plus spécialement p.1279-1285.

(2) X-S Combatheca, "L'Etat en tant qu'organisme", op.cit. p.282.

(3) Ibid. p.285.

(4) T.C. 5 mai 1877, Rec. p.437.

(5) Traité de la juridiction administrative ..., op. cit., Tome II, p.178.

(6) Arrêt précité supra p.77 note 2.

administrative fondée sur l'assurance mutuelle dont serait redevable l'administration envers les particuliers (1), se ralliait alors à la théorie de l'organe en ébauchant, le premier, une systématisation des fautes du service public. Selon l'ancien doyen de Toulouse, il n'est ainsi pas douteux que les personnes morales puissent être civilement responsables d'une faute directe" (2). La référence, certes implicite (3), à l'organicisme, est aussitôt complétée par l'affirmation, moderne pour l'époque, que la faute du service public "a l'avantage d'indiquer la mesure de la responsabilité, qui sera donnée par la diligence moyenne des services appréciée *in concreto*". Là encore, la théorie organiciste a joué un rôle important, non seulement en tant qu'explication du droit positif, mais surtout en tant que support du développement de la responsabilité subjective des collectivités publiques.

Il faut bien voir, en outre, que l'opposition à cette théorie, à l'époque où elle recevait les faveurs d'une partie de la doctrine, ne s'est jamais seulement bornée à une critique de la conception anthropomorphique des collectivités publiques dans le domaine de la responsabilité. Chez Duguit, cette critique vise, au-delà, à contester les conceptions patrimoniales de l'Etat et à nier non seulement l'idée de faute du service public mais, plus généralement, celle de faute administrative qui donnerait un fondement subjectif à la responsabilité des collectivités publiques (4). Selon cet auteur, en effet, les collectivités publiques ne sont jamais déclarées responsables en raison des fautes commises par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, mais parce qu'elles sont tenues d'assurer les administrés contre les risques présentés par leur activité (5). Au demeurant, même si l'on retrouve une idée proche de celle-ci chez un partisan des théories organicistes comme Léon Michoud (6), la portée de ces contestations dépasse largement le problème de savoir s'il

(1) M. Hauriou, "Les actions en indemnité contre l'Etat pour les préjudices causés dans l'administration publique", R.D.P. 1896, p.51-65. Précisons toutefois qu'à cette époque, la position d'Hauriou était justifiée par la quasi absence de la notion de faute dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Au demeurant, la persistance de l'opposition entre les deux ordres de juridiction sur le plan de la compétence, incitait les auteurs publicistes et la juridiction administrative suprême à se défier d'un emprunt trop marqué aux instruments conceptuels fournis par le Code civil. Comme l'explique très bien M. Paillet, une référence explicite à la notion de faute n'aurait pu que contribuer à étayer les thèses judiciaires fondées sur l'inexistence de règles de responsabilité spécifiquement administratives (La faute du service public ..., op.cit., p.214-215).

(2) Note sur l'arrêt Tomaso Grecco, précité supra p.77 note 2.

(3) En revanche, la position d'Hauriou est clairement exprimée dans les éditions de son traité postérieures à l'arrêt Tomaso Grecco, alors qu'il se montrait hostile à cette théorie dans les éditions antérieures. Comp. 3^o éd. 1897, p.177-178 et 7^o éd. 1911, p.491-493.

(4) Voir Traité de droit constitutionnel, Tome II, op.cit., p. 1-4 et 34-45.

(5) Selon Michoud, la paternité de cette idée, déjà rencontrée chez Hauriou, appartient au juriste allemand Zachariae pour lequel l'Etat est redevable d'une "obligation de garantie qu'il doit assumer du fait qu'il oblige les particuliers à obéir aux ordres donnés par ses représentants", (voir La théorie de la responsabilité morale et son application en droit français, 2^o éd. 1924, p.264-266).

(6) Selon Michoud, en effet, la responsabilité administrative est tout entière sous-tendue par le principe de

existe ou non une responsabilité pour faute du service public. Elle vise, au premier chef, à nier l'existence même des collectivités publiques en tant que personnes morales.

En définitive, il apparaît tout à fait injuste de réduire la théorie de l'organe à sa seule dimension anthropomorphique, et d'en négliger ainsi les apports sur le plan des progrès de la responsabilité subjective de l'administration. On ne retiendra, par conséquent, des critiques adressées à cette théorie, que la responsabilité administrative n'est pas une responsabilité de type direct, mais de type indirect. Ceci étant, si l'on écarte la thèse de l'inexistence même de la responsabilité administrative, la question se pose dès lors de savoir dans quelle mesure cette responsabilité est autonome par rapport à la responsabilité civile. Il s'agit du moins de l'interrogation formulée par un certain nombre d'auteurs qui, suivant en cela Duguët, ont soutenu la thèse du caractère indirect de la responsabilité administrative (1). S'agissant d'une responsabilité de type indirect, son mécanisme semble en effet se rapprocher de celui de la responsabilité du fait d'autrui de l'article 1384 C.civ., et plus précisément de son alinéa 5 sur la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés. Cependant, un certain nombre d'arguments permettent de douter de l'absence d'autonomie de la responsabilité administrative.

B- La responsabilité administrative pour faute, responsabilité du fait d'autrui ?

Les tentatives de rapprochement de la responsabilité administrative et de la responsabilité du fait d'autrui ont porté sur deux points différents et correspondent à deux périodes distinctes. Avant le développement de la théorie de la faute du service public, à partir de l'arrêt Tomaso Grecco du 17 février 1905 (2), ces tentatives allaient dans le sens d'une application de l'article 1384.5 C. civ. aux collectivités publiques. Longtemps après, la remise en cause de l'autonomie du droit administratif a permis l'éclosion d'un second type de contestations. Il ne s'est dès lors plus agit, pour les partisans de cette autonomie, d'affirmer le caractère d'application générale des règles du Code civil, mais d'assimiler les mécanismes de la responsabilité administrative à ceux de la responsabilité du fait d'autrui.

1)° Les tentatives d'application des règles de la responsabilité du fait d'autrui aux collectivités publiques

Le problème de l'application des règles du Code civil, et en particulier de l'article 1384.5

l'égalité devant les charges publiques. Voir la Théorie de la responsabilité morale ..., op.cit. T.II. p.1-4 et 34-35.

(1) Voir les auteurs cités infra p.86-90.

(2) Arrêt précité supra p.77 note 2.

aux collectivités publiques, ne saurait être envisagé séparément du contexte dans lequel ces tentatives ont été menées. Une fois encore, le problème de fond s'est trouvé éclipsé par un problème général de compétence, et par la concurrence que se sont livrés les deux ordres de juridiction pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre les collectivités publiques (1). Tant que les tribunaux de l'ordre judiciaire se sont déclarés compétents pour connaître de ces actions, il était normal qu'ils appliquent aux collectivités publiques les règles issues du Code civil. La doctrine civiliste justifiait cette jurisprudence par la portée générale des textes visés. De façon plus précise, la similitude des rapports commettant-préposé, et collectivité publique-agent public, leur semblait autoriser l'application de l'article 1384.5 C.civ. à l'Etat. Ainsi, pour Aubry et Rau "L'Etat représenté par les divers ministères et administrations ou régies publiques, est, comme tout commettant, responsable des dommages causés par ses employés, agents ou serviteurs dans l'exercice de leurs fonctions ou de leurs services" (2). Ces tentatives d'assimilation n'ont d'ailleurs pas été le seul fait de la doctrine privatiste. Jusqu'à l'arrêt Blanco, Maurice Hauriou, certainement motivé par l'impossibilité devant laquelle se trouvaient les victimes d'être indemnisées hors l'application de textes spéciaux, partageait dans les grandes lignes ce point de vue (3). De fait, la compétence judiciaire permettait au moins aux victimes d'avoir une chance d'obtenir réparation.

A partir de l'arrêt Blanco, la logique aurait dû justifier l'abandon des tentatives d'application des règles du Code civil aux collectivités publiques. En assignant un domaine réservé à la compétence du juge administratif, le Tribunal des conflits avait en effet expressément admis que l'Etat était soumis à un régime de responsabilité spécifique, qui devait justifier l'élaboration de règles spéciales (4). De façon plus claire encore, le Tribunal des conflits, dans un arrêt Dugave-Bransiet, rendu quelques jours après l'arrêt Blanco, affirme que l'article 1384.5 C.civ. "a pour objet de régler la responsabilité dont les particuliers peuvent être tenus à l'occasion de personnes qui sont placées sous leur autorité et leur surveillance ; ces dispositions sont de droit privé et ne déterminent ni les rapports de l'Etat avec les fonctionnaires publics, les agents et les employés administratifs, ni les conséquences juridiques que ces rapports peuvent produire entre les tiers et l'Etat" (5).

Mais si Hauriou a admis son erreur initiale, et est devenu un farouche partisan de

(1) Voir supra p. 40-53.

(2) Droit civil français, Tome VI, 1875, cité par M.Paillet, *in* La faute du service public ... op.cit. p.214.

(3) Telle est l'opinion émise par cet auteur dans l'édition de son Précis parue en 1872, cité par M.Paillet, *Ibid.* p. 214.

(4) On écartera de ces développements le cas des collectivités locales et de leurs établissements publics, au sujet desquels on a déjà eu l'occasion d'exprimer notre point de vue, supra p. 45-53.

(5) T.C. 8 février 1873, Rec. p.70.

l'autonomie du droit administratif (1), de nombreux auteurs ont continué à subir, de façon plus ou moins consciente, l'influence des règles du Code civil sur la responsabilité du fait d'autrui. Ainsi, Michoud opère-t-il une distinction entre les "organes de l'Etat", c'est à dire "tous les agents ayant qualité pour faire en son nom des actes d'administration proprement dits", de ses préposés "que l'Etat emploie pour la gestion de ses services" (2). Pour Michoud, la responsabilité qui découle de l'activité des premiers relève de la compétence du Conseil d'Etat, alors que l'activité des préposés ne peut déclencher la responsabilité de l'administration que devant les juges de l'ordre judiciaire. De leur côté, les civilistes n'ont pas semblé avoir immédiatement mesuré la portée des arrêts Blanco et Dugave-Bransiet. Ils ont continué, d'une façon générale, à vouloir assimiler la responsabilité administrative à la responsabilité du fait d'autrui (3).

S'agit-il ici, comme l'a écrit M. Paillet, de positions motivées par "la force de l'habitude" ou par "une méconnaissance voulue de la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits" ? (4). Rien n'est moins sûr. Il semble, en réalité, que la raison profonde de la persistance de cette doctrine se situe davantage au niveau des interrogations suscitées par la portée de l'arrêt Blanco. Si l'on sait, en 1873, que la responsabilité de l'Etat "obéit à des règles spéciales", on ne sait pas encore quel sera son contenu. On en veut pour preuve l'hésitation du juge administratif à rattacher ce type de responsabilité à la notion de faute (5), laquelle notion n'a pas plus été utilisée par l'arrêt Blanco que par l'arrêt Pelletier du 30 juillet 1873 (6), qui est à l'origine de la distinction entre la faute personnelle et la faute de service. Au demeurant, la référence à une responsabilité "ni générale ni absolue", la persistance de la théorie des actes d'autorité et de gestion, pouvaient laisser croire à une responsabilité défavorable aux droits des particuliers. Ainsi, pour un auteur du début du siècle "Sous les dehors d'une encombrante vénération pour le principe de la séparation des pouvoirs, cette extension à outrance de la compétence administrative ne poursuit d'autre but que d'augmenter le nombre de procès où l'exécutif peut à la fois jouer les rôles de juge et de partie ..." (7).

(1) Voir par exemple *Traité de droit administratif*, 7^e éd. 1911, p.491.

(2) "De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents", *R.D.P.* 1895, p.1-31 et plus spécialement p.17-20.

(3) Voir par exemple, Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Tome II, éd. Larose et Forgel 1883, p.928.

(4) *La faute du service public ...*, op.cit. p.215.

(5) Voir sur ce point *infra* p.92-97.

(6) *Rec. premier supplément*, concl. David ; *D.P.*1874.III.p.5, concl. David. Sur cet arrêt, Voir J-C Maestre, *La responsabilité pécuniaire des agents publics*, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J. 1962, Tome L, p.1-2 et 47-51.

(7) P. Cuhe, *débats de la société des prisons*, *Rev. Pénitentiaire et de droit pénal* 1906, p.505.

L'utilisation de l'expression "responsabilité du fait d'autrui" doit alors être principalement comprise comme une réaction aux limites initiales de la responsabilité administrative. Ce n'est qu'à partir de l'époque où la faute du service public est apparue, et s'est développée dans la majeure partie des activités administratives, que les théories favorables à l'application de l'article 1384.5 C.civ. à la responsabilité des collectivités publiques, ont fini par disparaître (1), pour seulement perdurer, sous une forme différente, dans le domaine de la responsabilité hospitalière (2). Après quelques décennies d'accalmie, la controverse sur l'existence d'une responsabilité du fait d'autrui en droit administratif allait cependant resurgir. Mais il ne s'est plus agi, à l'époque de cette résurgence, de savoir si les règles du Code civil étaient ou non applicables aux collectivités publiques. Ainsi que l'expose M. Cornu, "Ce stade de la discussion est dépassé et la scission désormais sans remède" (3). En revanche, "il importe ... de montrer que même détachées du droit privé, les solutions du droit public ne sont pas si éloignées qu'on le pense de celles du droit privé" (4).

2)° Les tentatives d'assimilation des mécanismes de la responsabilité administrative à ceux de la responsabilité civile

L'origine commune de ces tentatives part d'une contestation de l'autonomie du droit administratif, et en particulier des règles de responsabilité appliquées aux personnes publiques. Selon C. Eisenmann, qui en a été le principal initiateur, " L'existence d'un droit spécial en matière de responsabilité des personnes ou des collectivités publiques ne fonde pas une séparation radicale des deux régimes, "l'autonomie" du régime de la responsabilité publique, parce qu'il n'en régit de principe qu'une moitié, l'autre restant sous l'empire du droit privé. Sous cet angle, la distinction, l'autonomie, ne sont donc que partielles" (5). Dans leurs thèses de doctorat, soutenues à quelques années d'intervalle, M. Cornu, puis M. Chapus se sont efforcés de démontrer, dans la lignée d'Eisenmann, la similitude des mécanismes de responsabilité publique et de responsabilité privée, tant au niveau de leur fondement, qu'à celui de leurs conditions et de leurs effets (6). Ces deux auteurs ont

(1) La dernière tentative menée dans ce sens semble avoir été celle entreprise par J. Luchet, *in* L'arrêt Blanco, La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat, Thèse Nancy 1935. Voir plus spécialement p.446-448.

(2) Voir *infra* section II, et partie I, titre II, chapitre I, section I.

(3) Etude comparée de la responsabilité délictuelle ... *op.cit.*, p.38.

(4) *Ibid.* p.38.

(5) "Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes (collectivités publiques)", J.C.P. 1949, art. précité n°17.

(6) Voir respectivement R. Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée ..., *op.cit.* p.202-263 ; G. Cornu, Etude comparée de la responsabilité délictuelle ..., *op.cit.* p.32-65. Voir également, sur ce

conclu, au terme de brillantes démonstrations, à l'absence d'autonomie des règles de responsabilité publique du fait de leurs agents (1).

La pertinence de ces démonstrations n'a cependant pas tardé à être remise en cause par M. Amselek, qui s'est attaché à démontrer que la ressemblance apparente des deux systèmes de responsabilité ne postule pas nécessairement l'absence d'autonomie de la responsabilité administrative (2). Certes, il existe des hypothèses dans lesquelles les deux mécanismes présentent une réelle similitude, l'agent à l'origine du dommage pouvant effectivement se trouver dans une situation de subordination vis-à-vis de la collectivité publique. Dans certaines espèces, la jurisprudence n'a ainsi pas hésité à affirmer qu'un individu était le "préposé" de l'administration (3). Mais même dans ce cas, les apparences sont trompeuses puisque, selon une jurisprudence judiciaire constante, le terme de "commettant" n'est jamais appliqué à la personne morale de droit privé en tant que telle, mais seulement à son représentant (4). Au demeurant, le juge administratif n'exige jamais que soit rapportée l'existence d'un tel lien pour engager la responsabilité de l'administration. C'est, de façon beaucoup plus étendue, l'existence d'un "lien avec le service qui est le critère de détermination de la personne publique responsable" (5).

Dans ce sens, la responsabilité administrative a une assise plus large que la responsabilité civile du fait d'autrui. L'impossibilité de démontrer que l'auteur du dommage se trouvait subordonné à l'administration, voire même l'inexistence d'une telle relation, ne constitue pas une entrave à la mise en jeu de la responsabilité de la collectivité publique. Ainsi, cette responsabilité peut-elle être engagée pour une faute anonyme du service public, ou bien pour un dommage qui se rapporte à l'activité d'un collaborateur occasionnel de l'administration (6).

La responsabilité hospitalière offre également une illustration frappante des différences existant entre les deux systèmes de responsabilité. Tant qu'il s'est reconnu compétent pour connaître des demandes concernant les dommages occasionnés par l'activité des médecins et

point M. Deguerge, *Jurisprudence et doctrine* ..., op.cit. p.658.

(1) Ces deux auteurs ont abouti à une conclusion identique pour ce qui concerne, plus spécialement, la responsabilité dite du fait des choses. Voir respectivement *Responsabilité publique et responsabilité privée* ..., op.cit. p.265-325 ; *Etude comparée de la responsabilité délictuelle* ..., p.69-148.

(2) "La détermination des personnes publiques responsables ...", art. précité, p.312-323.

(3) Voir par exemple, T.C. 5 juin 1947 Pienoz, Rec. p.504.

(4) "La détermination des personnes publiques responsables ...", art. précité p.317-318.

(5) Ibid. p.300.

(6) Ibid. p.315-316.

chirurgiens hospitaliers, le juge judiciaire a toujours refusé d'engager la responsabilité de l'établissement public ou privé "employeur" sur le fondement de l'article 1384.5 C.civ (1). L'indépendance du corps médical transcende le lien existant entre l'hôpital et le praticien, et ne permet pas de relever l'existence des conditions nécessaires à l'application de cet article (2). Or, de son côté, le juge administratif n'a jamais fait allusion à une telle condition. A partir du moment où il s'est reconnu compétent pour connaître du contentieux hospitalier public, le lien existant entre l'activité médicale et le service a suffi à rendre possible l'engagement de la responsabilité de l'établissement.

Le particularisme des règles de la responsabilité administrative n'autorise pas, en définitive, qu'on l'assimile, d'une manière ou d'une autre, à la responsabilité civile du fait d'autrui. L'utilisation même de l'expression "responsabilité du fait d'autrui" doit être proscrite, dans la mesure où cet emprunt fait au Code civil, laisse à penser qu'il existe une forte similitude entre les deux systèmes de responsabilité (3).

Il est ainsi assez surprenant de voir un auteur comme M. Paillet déduire de l'argumentation développée par M. Amselek, que la responsabilité administrative ne peut être "ni directe ni indirecte" (4). A notre avis, dire que la responsabilité administrative n'est pas une responsabilité du fait d'autrui, ni une responsabilité de type direct, ne revient nullement à lui dénier un caractère indirect. D'ailleurs, rien ne permet d'affirmer que M. Amselek a réfuté l'existence de ce caractère. Mais surtout, il est techniquement impossible d'envisager un système de responsabilité qui ne soit ni direct ni indirect : on voit mal comment -et surtout au prix de quelles fictions- l'idée de faute du service public pourrait se développer hors de ces systèmes. En fait, le raisonnement tenu par M. Paillet semble justifier nos craintes vis-à-vis de l'utilisation immodérée de l'expression de "responsabilité du fait d'autrui". Trop souvent cette utilisation induit une confusion entre le mécanisme de responsabilité -direct ou indirect- et la qualification qui lui est apportée en droit privé - responsabilité personnelle ou du fait d'autrui-.

Ces précisions faites, il semble qu'il n'y ait plus d'obstacles qui s'opposent à qualifier la responsabilité administrative de "responsabilité indirecte". Au contraire, cette expression permet de mettre en valeur le rapport essentiel existant entre la faute du service public et son fondement individuel, lequel rapport ne se limite pas à une relation préposé-commettant. C'est dans ce système de responsabilité indirecte que s'est développé le droit administratif de la responsabilité, en fonction d'un cadre subjectif constitué à partir

(1) Voir partie I, titre II, chapitre I, section I.

(2) Voir infra p.114-122.

(3) Voir par exemple, utilisant cette formule, P. Delvolvé, "La responsabilité du fait d'autrui en droit administratif", Mélanges Marty, Toulouse 1979, p.407-447.

(4) La faute du service public ... , op.cit. p.265.

d'une recherche d'équilibre entre les concepts naissants de faute personnelle et de faute du service public.

§II- L'influence du fondement individuel de la faute du service public sur le développement du droit administratif de la responsabilité

Dans sa note sur l'arrêt Tomaso Grecco (1), M. Hauriou attribue la paternité de la faute du service public aux conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sur l'arrêt T.C. Cames du 21 juin 1895 (2). La plupart des auteurs récents s'accordent cependant à penser que cette assertion est abusive, l'expression "le service est responsable" utilisée par Romieu pouvant aussi bien se rattacher à la responsabilité pour faute qu'à la responsabilité pour risque (3). Au regard des circonstances de l'espèce, qui concernaient la blessure subie par un ouvrier employé dans un arsenal, l'arrêt Cames semble en effet se situer dans le même courant favorable au développement de la théorie du risque professionnel que la loi sur les accidents du travail du 9 avril 1898. En réalité, l'expression "faute du service public" a d'abord été utilisée par Teissier dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat Le Berre du 29 mai 1903 (4), puis reprise dans un arrêt passé pratiquement inaperçu en 1904 (5). Mais il fallut attendre 1905 et l'arrêt Tomaso Grecco pour voir cette expression consacrée et fournir les éléments d'une théorisation réalisée à cette occasion par Maurice Hauriou (6).

(1) S.1905.III.p.113.

(2) Rec. p.509 concl. Romieu ; D.P.1896.III.p.65 ; S.1897.III.p.323 note Hauriou.

(3) Voir par exemple, M. Long, P. Delvolvé, P. Weil, G. Braibant, B. Genevois, *in* Les grands arrêts de la jurisprudence, Sirey, 10^e éd. 1993, p.38-42. Voir en faveur de la responsabilité pour risque, J. Moreau, L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative, op.cit. p.26. Précisons cependant que la position d'Hauriou pouvait être expliquée par l'utilisation ultérieure, par le Conseil d'Etat, de la "faute de l'administration" dans deux espèces également consacrées à des accidents du travail. Voir C.E., 7 février 1896 Mogère, Rec. p.119 et 3 décembre 1897 Sengès, Rec. p.748.

(4) Selon Teissier, les circonstances de l'espèce révèlent qu' "il y a faute du service public qui a fonctionné à faux" (Rec. p.417 ; D.P.1905.III.p.89) ; voir également les conclusions du même commissaire du gouvernement sur l'arrêt C.E. 12 décembre 1903, Villenave c. Ville d'Alger, Rec. p.768, D.P.1905.III. p.29.

(5) C.E. premier juillet 1904, Nivagionni, Rec. p.537.

(6) Arrêt précité supra p.77 note 2.

Des études récentes ont décrit comment l'opposition originelle existant entre le fait de l'agent public et l'acte administratif s'est muée, étape par étape, en une opposition entre la faute du service public et la faute personnelle (1). Dans ce cadre, la faute du service public s'est développée en contrepoint de la faute personnelle, chacun de ces concepts, d'essence commune, se voyant doté de caractéristiques propres. En d'autres termes, ce qui a été décrit par ces auteurs, c'est la façon dont la jurisprudence a isolé, parmi les comportements individuels des agents publics, ceux susceptibles de constituer une faute imputable à l'administration. Or, si l'avènement de la faute anonyme du service public a abouti à l'effacement de la prise en compte directe de ce facteur individuel, elle n'en a nullement entraîné la disparition. Mais c'est désormais sur le plan de la mise en oeuvre des mécanismes de responsabilité qu'il est possible d'observer les manifestations de l'essence commune de la faute personnelle et de la faute du service public.

A- Le développement de la faute du service public en contrepoint de l'émergence de la faute personnelle

Il n'est pas question pour nous de retracer le détail de l'évolution qui a conduit à l'apparition de la faute du service public. On décrira simplement comment l'activité des agents public a constitué une source exclusive de responsabilité publique ou privée, avant de devenir la source alternative de ces deux ordres de responsabilité.

1)° L'activité des agents publics, source exclusive de responsabilité publique ou privée

Avant 1873, le problème de la responsabilité liée à l'activité administrative est uniquement perçue au travers de l'activité des agents publics. On ne se demande pas si la responsabilité pour faute de l'administration peut être engagée du fait des agissements de ses agents (2), mais au contraire si ces agissements, exercés dans le cadre de l'activité administrative, peuvent engager leur responsabilité personnelle. Or, la conception originelle de la responsabilité personnelle des agents publics était elle-même très étroite. La crainte de voir les tribunaux judiciaires s'immiscer dans l'action administrative, plus forte que celle de la perpétuation de certains abus des agents royaux de l'Ancien Régime (3), a poussé le

(1) M. Paillet, *La faute du service public ...*, op.cit., p.22-26 ; L. Richer, *La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, *Economica* 1978, p.X-XII ; M. Deguergue, *Jurisprudence et doctrine ...*, op.cit. p.160-201 et p.516-523.

(2) Du moins, le principe de la responsabilité des services publics proclamé à plusieurs reprises à partir de l'arrêt *Asnif-Loutfy* n'est pas exploité de façon positive. Voir sur ce point supra p.41-43.

(3) Un certain nombre de textes révolutionnaires étaient cependant favorables au principe de la responsabilité des fonctionnaires. Voir l'énumération de ces textes et leur étude réalisées par L. Duguit dans

législateur, puis le constituant, à soumettre sa mise en jeu à des règles draconiennes. Le fameux article 75 de la constitution de l'an VIII prévoit ainsi que "Les agents du gouvernement, autres que les ministres ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ; en ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux judiciaires". On pensait, de cette façon, que le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires était protégé.

Contrairement à ce qui a pu être écrit à ce sujet, le Conseil d'Etat refusait assez rarement, au moins à l'origine, l'autorisation de poursuivre. Ainsi, on peut relever au recueil Lebon, entre l'an VIII et 1820, plus de cent décisions accordant la mise en jugement contre seulement 9 refus. Ce n'est qu'à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle que le Conseil d'Etat fera preuve d'une certaine sévérité dans ce domaine, mais sans jamais, pour autant, pratiquer une obstruction systématique (1).

Certes, les abus existaient. On peut citer, sur ce point, un certain nombre d'arrêts refusant l'autorisation de poursuivre au motif que l'agent public agissait sous les ordres d'un supérieur hiérarchique (2), ou bien en raison de circonstances justifiant que soient couverts certains faits répréhensibles (3). Par ailleurs, le Conseil d'Etat pouvait refuser l'autorisation de poursuivre lorsque l'agent, coupable de tels faits, avait déjà fait l'objet d'une sanction d'ordre disciplinaire (4). En revanche, il est tout à fait exagéré d'estimer que le Conseil

une note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 19 juin 1917 (S.1917-1918, p.1). Sur la responsabilité des fonctionnaires sous l'Ancien Régime, voir M. Guillaume, Les problèmes de compétence juridictionnelle liés à la délinquance des fonctionnaires, contribution à l'étude des rapports entre le droit administratif et le droit pénal, Thèse Paris 1979, et plus spécialement p.56-59.

(1) Dans une note publiée en 1872, qui a servi de référence aux auteurs qui se sont penchés sur ce problème, B. Cazalens relève la publication au recueil Lebon, entre 1855 et 1864, de 23 refus pour une autorisation, voir Cass. req. 3 juin 1872, D.P.1872.I.p.385, rapport Dagallier, concl. Reverchon. On peut cependant estimer que ces chiffres ne sont guère révélateurs de la réalité contentieuse. Au milieu du XIX^e siècle, la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'interprétation de l'article 75 est déjà fixée. Les décisions, extrêmement peu motivées, ne font que reprendre, pratiquement trait pour trait, la jurisprudence antérieure et ne présentent plus guère d'intérêt. Les chiffres fournis par Ducrocq, qui prennent en compte la masse réelle du contentieux, sont beaucoup plus révélateurs, (Cours de droit administratif, éd. Ernest Thorin, 6^e éd. 1881, Tome I, p.638). On peut y noter une tendance certaine vers le refus d'autorisation qui, toutefois, ne se traduit d'aucune façon en une quasi immunité des fonctionnaires. Au pire, le refus d'autorisation touche un peu plus de 75 % des demandes. Ainsi, entre 1852 et 1860, 219 demandes de poursuites sont rejetées, pour 139 autorisations. Entre 1861 et 1865, le chiffre est de 154 refus, pour 53 autorisations.

(2) Cette jurisprudence a été initiée par un arrêt Cousson du 25 juin 1817, S. 1816-1820, p. 701.

(3) Ces circonstances sont le plus souvent relatives à l'urgence ou au comportement de la victime. Dans les cas les plus extrêmes, elles peuvent justifier la spoliation du droit de propriété, dans la première hypothèse, des violences plus ou moins graves dans la seconde. Voir respectivement, à titre d'illustrations : C.E. 11 mai 1814 Gazaudat-Laissier c. Bertaux, Rec. an VIII-1816 p.633 ; C.E. 23 décembre 1815 Buhot-Kersers c. Lescornet, Rec.an VIII-1816, p.620.

(4) Jurisprudence initiée par un arrêt C.E. Chambourdon c. Lamenaudière, Rec. 1815-1818 p.292.

d'Etat accordait "le droit de tuer ou de commettre un attentat à la pudeur" (1). Les auteurs qui ont soutenu ce point de vue semblent avoir confondu refus d'autorisation et décision de conflit exigeant que cette autorisation soit requise. En fait, si le Conseil d'Etat accordait, dans de telles hypothèses, l'autorisation de poursuivre le fonctionnaire de façon relativement fréquente (2), son interprétation particulièrement extensive de l'article 75 le poussait à rendre obligatoire sa saisine dans tous les cas, même les plus graves, où un agent public était en cause (3).

Ce sont les effets de cette jurisprudence qui ont conduit à l'adoption de l'ordonnance du premier juin 1828 qui interdit l'élévation du conflit en matière pénale, lorsqu'aucune autorisation de poursuite n'a été sollicitée. Ce texte semble avoir contribué à l'évolution de la jurisprudence judiciaire dans l'interprétation de l'article 75. Alors que la Cour de cassation estimait, à l'origine, de concert avec le Conseil d'Etat, qu'il suffisait que l'agent public ait été en fonction au moment des faits pour que l'autorisation soit nécessaire (4), elle a ensuite abandonné ce critère d'appréciation de type temporel au profit d'un nouveau critère de type matériel.

Un arrêt de la chambre criminelle du 31 mars 1864 exprime très clairement cette nouvelle conception : "La garantie de l'article 75 n'est que la conséquence du principe fondamental de la séparation des pouvoirs ; elle n'a pour objet que d'assurer l'indépendance de l'administration à l'égard de l'autorité judiciaire et de protéger non la personne inculpée mais l'acte administratif ... Il ne suffit pas, pour l'application de l'article 75 que la partie poursuivie soit un agent du gouvernement, ni même que les faits incriminés se soient produits pendant qu'elle remplissait sa mission ; il faut essentiellement ... que ces faits soient relatifs aux fonctions, en d'autres termes, qu'ils soient un acte de la fonction elle-même avec laquelle ils s'identifient et dont ils constituent l'exercice, bien qu'abusif" (5). En dépit de ce

(1) Voir la note de B. Cazalens sur l'arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1872, précité supra p.91 note 1 ; M. Guillaume, Les problèmes de compétence juridictionnelle liés à la délinquance des fonctionnaires ... op.cit. p.69 ; J-C Maestre, La responsabilité pécuniaire des agents publics, op.cit. p.33.

(2) Les quelques décisions rapportées par les auteurs cités à la note précédente n'ont pas été publiées, et on imagine mal qu'elles puissent reconnaître, d'une façon ou d'une autre, l'existence d'un tel droit. Bien au contraire, il n'existe aucun arrêt publié qui refuse l'autorisation de poursuivre en présence de faits similaires à ceux envisagés. Voir par exemple, pour des meurtres, C.E. 17 novembre 1819 Moreau, Rec. 1816-1820, p.604, C.E. 10 février 1816, Géraud, S. 1825-1819.II.p.105 ; pour un viol : C.E. 23 août 1820 Saucourt et Demouron, Rec.1816-1820, p.736.

(3) Voir en matière de meurtre commis par un agent public, C.E. 27 décembre 1820, Auzas c. Serres, Rec. 1816-1820 p.781. Voir par ailleurs, sur la conception extensive des "agents du gouvernement" et des "faits de fonction" prônée par le Conseil d'Etat, M. Guillaume, Les problèmes de compétence juridictionnelle liés à la délinquance des fonctionnaires ..., op.cit. p.66-68 et 68-71 ; J-C Maestre, La responsabilité pécuniaire des agents publics, op.cit. p.30-32 et 32-35.

(4) Cass. crim. 8 mai 1846 Regnault, D.P.1846.IV.p.299.

(5) S. 1864.I.p.248.

que pense M. Maestre (1), il y a ici davantage qu'un indice de l'évolution possible vers la distinction entre la faute personnelle et la faute de service, mais bien une position de principe dont la formulation, même si elle n'émane pas du Conseil d'Etat (2), annonce celle de l'arrêt Pelletier (3).

La position novatrice de la Cour de cassation allait cependant être remise en cause par le décret-loi du 19 septembre 1870. Ce texte laissa croire, en supprimant la garantie des fonctionnaires, que ces derniers pouvaient être poursuivis pour l'ensemble des fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions devant les tribunaux judiciaires. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne manquèrent pas alors de tomber d'un excès vers l'autre en passant, en quelque sorte, de la négation du fait personnel à la négation du fait de fonction (4).

Conscient de cette dérive, le commissaire du gouvernement David réussit à convaincre le Tribunal des conflits à revenir, à l'occasion du célèbre arrêt Pelletier, à la distinction entre la garantie personnelle des agents publics, supprimée par le décret-loi de 1870, et la garantie réelle de l'administration. Cette seconde garantie se rapporte au principe de la séparation des autorités qui interdit aux tribunaux judiciaires de connaître des actes administratifs. Logiquement, cette distinction conduit à opposer les actions en responsabilité mettant en cause le fait personnel d'un agent public, à celles qui mettent en cause un acte administratif, dont ne peut connaître que le Conseil d'Etat. C'est à partir des données contenues dans cet arrêt que l'activité des agents publics va finir par ne plus être considérée comme une source exclusive de responsabilité publique ou privée, mais comme la source alternative de ces deux types de responsabilité.

2)° L'activité des agents publics, source alternative de responsabilité publique ou privée

L'opposition entre l'acte administratif et le fait personnel, telle qu'elle est envisagée par l'arrêt Pelletier, n'a pas tardé à révéler une importante lacune. On ne voit pas, en effet, dans cette distinction, si le fait de l'agent public qui n'excède pas le cadre légal de ses fonctions, appartient à une catégorie plutôt qu'à une autre. A vrai dire, la référence au fait de l'agent dans l'alternative "fait personnel", pouvait laisser penser à la compétence du juge judiciaire,

(1) J-C Maestre, La responsabilité pécuniaire des agents publics, op.cit. p.34.

(2) Bien au contraire, on peut lire dans un arrêt Gherardi c. Leoni du 26 juillet 1851 que "l'article 75 a pour but de protéger les fonctionnaires contre les attaques ayant pour origine l'erreur ou la passion", Rec. p.860.

(3) Arrêt précité supra p.87 note 6.

(4) Voir respectivement l'arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1872 précité p.91 note 1, et l'arrêt du Conseil d'Etat -en fait de la commission provisoire instituée après la chute du second Empire- du 7 mai 1871 Cumont et Stoffet, Rec. p.28.

même si les conclusions de Laferrière sur l'arrêt Laumonier-Carriol incitaient déjà à distinguer, dans l'activité des agents, ce qui se rapporte à ses attributions légales. C'est en raison de ces incertitudes, semble-t-il, que le Conseil d'Etat n'a guère tardé à prôner une interprétation extensive de "l'acte administratif", en lui assimilant les comportements individuels entrant dans le cadre des fonctions de l'agent public (1). Mais au bout du compte, l'essence individuelle commune de ces deux types de données a nécessité un ajustement de la terminologie employée. On est alors progressivement passé d'une opposition entre l'acte administratif et le fait personnel vers une opposition entre le fait de service et le fait personnel.

Or, la notion de fait personnel était par elle-même incapable de rendre compte de la réalité jurisprudentielle. Il était en effet assez illusoire de penser que le juge judiciaire, saisi d'une action en responsabilité intentée contre un agent public, puisse le condamner en raison de ses "faits personnels". Ce qu'il recherchera, en fait, c'est bien l'existence ou non d'une faute personnelle.

Au demeurant, la notion de fait de service est rapidement apparue inadaptée aux progrès de la responsabilité administrative. Comme l'a relevé H. Dupeyroux, "à cette époque (les années 1895-1900) le fait de service est synonyme de faute légère par opposition à la faute personnelle-faute lourde" (2). En d'autres termes, le fait de service est la faute de l'agent suffisamment bénigne pour être couverte par l'administration. Or, pour que la responsabilité de l'administration soit engagée, il faut justement que soit relevée une "faute caractérisée du service de nature à engager sa responsabilité" (3). La notion de faute de service devait alors supplanter celle de fait de service.

Enfin, il n'est plus apparu nécessaire, pour que la responsabilité de l'administration soit engagée, de se référer au comportement individuel à l'origine de la faute qui lui sera imputée. Bien au contraire, le fait que la faute de service présente une certaine gravité pouvait, en raison des conceptions en vigueur à cette époque, conduire à la confondre avec la faute personnelle. Ainsi, même si elle n'a jamais supplanté la faute de service (4), la faute du service public marque la spécificité des mécanismes de la responsabilité administrative en

(1) Voir les arrêts cités par Mme. Deguegue *in* Jurisprudence et doctrine, op.cit. p.518-520.

(2) Faute personnelle et faute du service public, Thèse Paris 1922, p.175 note 1.

(3) Expression utilisée par Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt C.E. 13 janvier 1899 Lepreux, S.1900.III.p.101.

(4) Même si cette distinction est très relative, la faute du service public sera conçue, le plus souvent, comme une faute anonyme dans laquelle, comme l'a écrit H. Dupeyroux, "Les personnalités se fondent et disparaissent pour ne plus laisser apparaître que l'idée du service qui a mal fonctionné". A l'inverse, l'expression "faute de service" sera plus volontiers utilisée pour désigner une faute dont l'origine se situe clairement dans les agissements d'un agent public déterminé. Voir également sur ce point, G. Vedel et P. Delvolvé, Droit administratif, Thémis, L.G.D.J., 10^e éd. 1988, p.491-492.

effaçant le lien existant avec son fondement individuel.

Mais cet effacement ne constitue en aucun cas une rupture. En fait, ce que le juge a voulu exprimer en utilisant la notion de faute du service public, ce n'est pas la négation de l'existence de son fondement individuel, mais la volonté de s'affranchir de concepts forgés uniquement en fonction de la responsabilité personnelle de l'agent. Bien au contraire, même, l'utilisation du terme "faute" dans les deux branches de la distinction met en valeur, nonobstant les tentatives des tenants de l'organicisme (1), le fondement individuel commun de ces deux concepts.

Au demeurant, et de façon en apparence paradoxale, l'autonomie acquise par les deux types de responsabilité a permis de remettre en cause la séparation radicale qui était jusqu'alors établie entre eux. A partir du moment où la question de compétence a été réglée dans le sens, non plus d'une compétence quasi-exclusive de l'un ou l'autre des deux ordres de juridiction, mais dans celui d'un équilibre entre ces deux ordres, les enjeux du débat ont changé. L'aspect politique que revêtaient les conflits de compétence a pris un tour technique en se déplaçant sur le terrain des mécanismes de mise en oeuvre de la responsabilité. Or, dans ce domaine, le fondement individuel commun de la faute personnelle et de la faute du service public a justifié, après que ces concepts ont été suffisamment définis, une certaine conciliation.

B- Fondement individuel de la faute du service public et mécanismes de responsabilité

Maurice Hauriou (2), et plus encore Henri Dupeyroux (3), ont bien vu l'avantage que présentait la notion de faute sur celle de fait dans le développement de la responsabilité de l'administration. S'il n'est pas concevable que le même fait puisse être qualifié de fait de service ou de fait personnel, il est en revanche tout à fait possible de discerner, à l'origine d'un agissement particulier, une faute personnelle clairement identifiée couplée à une faute anonyme du service public. Le fait de service, le fait personnel, désignent toujours les agissements d'un agent en particulier, alors que la faute personnelle oppose la faute de l'agent à la faute du service public, c'est à dire à la faute des agents du service qui se trouve elle-même constituée d'une somme d'agissements individuels non clairement déterminés. La

(1) Voir supra p.82-85.

(2) Voir les notes sur les arrêts C.E. Lepreux du 13 janvier 1899, S.1900.III.p.1, et surtout C.E. 26 juillet 1918 Epoux Lemonnier, S. 1918-1919.III.p.41, avec les conclusions L. Blum.

(3) Faute personnelle et faute du service public, op.cit. p.165-177 ; voir également M. Deguerge, *Jurisprudence et doctrine*, op.cit. p.259.

prise en compte du facteur humain est présente dans les deux hypothèses, mais alors qu'elle aboutit à un cloisonnement dans la première -le fait personnel et le fait de service étant exclusifs l'un par rapport à l'autre- elle autorise tout à fait les interférences dans la seconde.

Le caractère extrêmement technique des mécanismes de responsabilité doit nous conduire à éviter ce qui pourrait ressembler à un exposé par trop fastidieux, et sans grande originalité (1). On voit bien, cependant, dans la jurisprudence Lemonnier (2), que l'institution d'un mécanisme de cumul de responsabilité, qui permet de discerner dans les mêmes faits une faute personnelle et une faute de service, met en valeur de façon particulièrement éclatante le fondement individuel commun des deux ordres de responsabilité. Comme l'exposait Léon Blum dans ses conclusions, "la déclaration et la réparation par l'autorité judiciaire de la faute personnelle reprochée à l'individu, qui est en même temps l'agent d'un service public, ne fait nullement obstacle ... à ce que l'autorité administrative recherche et déclare pour les mêmes faits la faute et la responsabilité du service". La même réflexion peut être formulée à propos de l'évolution subie par cette jurisprudence, caractérisée par la faculté offerte aux requérants d'actionner l'administration dès qu'il existe un lien, aussi ténu soit-il, entre la faute personnelle et le service (3). Dans de tels cas, mais là n'est pas encore notre propos, l'équilibre établi entre la faute personnelle et la faute du service public a largement profité au développement de la responsabilité administrative (4).

Ce système présentait toutefois un inconvénient : la personne publique condamnée ne pouvait pas se retourner contre l'agent fautif, qui bénéficiait ainsi d'une irresponsabilité de fait. Comme le précise le Conseil d'Etat dans l'arrêt Lemonnier, les droits de l'administration se limitent à la subrogation de la collectivité au titre que la victime avait obtenu, ou pouvait obtenir à l'avenir, contre l'agent fautif. Mais dans cette hypothèse, le système mis en place visait avant tout à empêcher que la victime cumule deux indemnités, et non pas à permettre à l'administration de récupérer les sommes versées. C'est ce système, qui aboutissait à la quasi-immunité des agents publics qui a été remis en cause par l'arrêt d'Assemblée Laruelle du 28 juillet 1951 (5), qui ouvre à l'administration une action

(1) Sur ces problèmes, voir J. Moreau, "Principes généraux et concepts fondamentaux de la responsabilité administrative", Juris-Classeur, fasc. 700, 1991 ; "Détermination du patrimoine public responsable", Juris-classeur, fasc.842, 1994. Sur l'emploi de ces mécanismes dans le domaine de la responsabilité hospitalière, voir infra partie II, titre I, chapitre I, section I.

(2) Rec. p.761, D.P.1918.III.p.9 ; S.1918-1919.III.p.9 ; R.D.P. 1919, p.41, note Jèze.

(3) Voir les célèbres arrêts C.E. Ass. du 18 novembre 1949, Mimeur, Defaux et Besthelsemer, Rec. p.492, J.C.P. 1950.II.n°5286, concl. Gazier ; D.P.1950.p.667 note J.G. ; R.D.P. 1950 p.183, note Waline ; E.D.C.E. 1953 p.80, chr. Long ; Rev. adm. 1950, p.38, note Liet-Veaux.

(4) Voir infra partie II, titre I, chapitre I, section I.

(5) Rec. p.464 ; D.P.1951, p.623, note Nguyen ; J.C.P. 1952.III.n°25, note Mathiot.

récursaire contre ses agents (1). On peut ainsi lire, dans l'arrêt Laruelle que "si les fonctionnaires et agents des collectivités ne sont pas précisément responsables envers lesdites collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service, il ne saurait en être ainsi lorsque le préjudice qu'ils ont causé à ces collectivités est imputable à des fautes personnelles détachables de l'exécution de leurs fonctions".

Il apparaît donc que la responsabilité administrative pour faute ne peut être détachée du facteur humain qui se trouve à son origine. Certes, l'apparition de la faute du service public, et la conception extensive de ce type de faute à partir de l'arrêt Lemonnier, ont contribué à un relatif effacement de ce facteur. Mais, en toute hypothèse, il ne saurait y avoir de faute imputée à l'administration là même où l'activité de ses agents, entendue au sens le plus large du terme, n'est pas en cause. De ce point de vue, une conception étroite de la responsabilité de certains agents publics a pu, dans des domaines particuliers, retarder l'avènement de la responsabilité pour faute de l'administration. C'est justement le cas en matière hospitalière, où le fondement individuel de la faute du service public apparaît particulièrement étroit.

(1) Sur l'efficacité douteuse de ces mécanismes, voir infra p.262-265.

Section II : L'étroitesse du fondement individuel de la faute du service public en matière hospitalière

Le problème que l'on se propose d'étudier ne concerne pas l'ensemble du contentieux de la responsabilité des hôpitaux publics. Il n'intéresse pas, tout d'abord, les activités annexes qui ne rentrent pas, à proprement parler, dans le cadre des missions qui leurs sont dévolues. Ainsi en va-t-il, par exemple, en matière de dommages occasionnés par l'ouvrage public que constitue l'hôpital, ou bien par des travaux publics d'aménagement ou de construction de bâtiments hospitaliers. Dans de telles hypothèses, sur lesquelles on ne reviendra plus, il n'existe aucun régime spécifique : les règles de droit commun de la responsabilité du fait des ouvrages et des travaux publics s'appliquent intégralement (1).

(1) Généralement, on présente ces règles selon une distinction qui prend en compte la qualité de la victime, tiers, usager ou participant à l'opération de travaux publics ou à l'entretien de l'ouvrage public. Voir l'article fondateur de F-P Bénoit, "Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", J.C.P. 1954.I.n°1178. Voir également, J. Moreau, L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative ... op.cit ; J. Dufau, Le droit des travaux publics, Collection actualité juridique, éd. du moniteur 1984, p.261-264 ; M. Rougevin-Baville, R. Denoix de Saint-Marc, D. Labetoulle, Leçons de droit administratif, P.E.S. supérieur, Hachette 1989, p.370-381.

Certains auteurs privilégient cependant un autre type de distinction qui prend en considération le caractère accidentel ou permanent du dommage. Cette distinction, qui trouve son origine dans une terminologie employée au XIX^e siècle par le Conseil d'Etat, a été ressuscitée par R. Chapus, *in* "Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics", Mélanges Waline, L.G.D.J. 1974, Tome II, p.307-323. Force est de constater que de nombreux auteurs s'y sont ralliés. Voir par exemple, G. Vedel et P.Delvolvé, Droit administratif, op.cit.p.535-538 ; J-M de Forges, Droit administratif, Coll. premier cycle, P.U.F. 1993, p.326 ; J.F. Davignon, La responsabilité objective de la puissance publique, op.cit. p.62 note 48 .

A notre avis, la seconde distinction ne présente cependant guère de spécificité par rapport à la première puisque, dans la grande majorité des cas, les dommages accidentels ne peuvent être occasionnés qu'à des usagers - ou a des participants -, alors que les dommages permanents ne peuvent être occasionnés qu'à des tiers . Au demeurant, ce second type de distinction ne permet pas d'intégrer un certain nombre d'hypothèses, et en particulier celle où la victime est un participant, ou lorsque le dommage a été occasionné par un ouvrage public exceptionnellement dangereux. Sur ce point, voir P. Tifine, "La place des ouvrages publics exceptionnellement dangereux dans la structure de la responsabilité du fait des ouvrages publics", R.D.P. 1996, p.1405-1438.

Lorsque la victime est un participant à l'opération de travaux publics, le régime applicable est un régime de responsabilité pour faute. A notre connaissance, aucun arrêt n'a été publié dans le domaine hospitalier, mais il n'existe aucune raison de penser que les règles de droit commun ne s'appliqueraient pas. Voir C. Lavialle, "Le dommage causé au participant à l'opération de travail public", A.J.D.A. 1975 p.540-556.

En fait, le particularisme de la responsabilité pour faute de l'hôpital public se situe principalement dans l'activité des détenteurs de l'art médical, et en particulier des médecins et des chirurgiens hospitaliers. Comme on pourra l'observer, cette spécificité s'attache moins à la personne de ces praticiens, qu'au contenu technique de leur profession : s'il a été très tôt admis que l'activité administrative des médecins -et en particulier celle des chefs de service- pouvait générer la responsabilité de l'administration (1), cette admission a été beaucoup plus délicate pour ce qui concerne l'art médical.

En réalité, c'est non seulement parce que l'hôpital n'est devenu que tardivement un lieu de soins, mais aussi parce que l'exercice de l'art médical a longtemps postulé une irresponsabilité à peu près complète des médecins et des chirurgiens que la responsabilité administrative pour faute de l'hôpital a eu quelques difficultés à se développer. De ce fait, l'objectivation de ces règles était nécessairement exclue. Dans le même ordre d'idées, un second facteur d'ordre individuel, relatif à l'indépendance particulière dont jouirait le médecin dans l'exercice de son art, a également contribué à retarder ce développement.

§I- "L'irresponsabilité" médicale

Les conceptions traditionnelles de la médecine ont longtemps voulu que la responsabilité médicale ne soit envisagée que comme un type de responsabilité morale. Ce n'est qu'avec le perfectionnement des techniques thérapeutiques que ces conceptions ont évolué et ont favorisé un glissement de l'obligation morale vers l'obligation juridique.

Dans l'hypothèse où la victime est un tiers, elle bénéficie d'un régime de responsabilité sans faute. Elle devra seulement prouver, pour être indemnisée, qu'il existe un lien de causalité entre les dommages subis et l'ouvrage ou les travaux publics, ainsi que le caractère anormal et spécial de ces dommages (voir par exemple, T.A. Nice, 18 novembre 1980, C.H.R. de Nice, R.H.F. 1981, p.580 ; T.A. Chalons-sur-Marne, 29 novembre 1988, C.H.R. de Reims c. Dardant, R.H.F. 1989, p.323).

L'hypothèse des dommages occasionnés aux usagers est plus discutée. Selon nous, ce système dans lequel l'administration doit prouver l'absence de "défaut d'entretien normal" de l'ouvrage, est bien un système de présomption. Ce système est complété, dans l'hypothèse où l'ouvrage en cause présente un caractère exceptionnellement dangereux, par un régime, plus avantageux pour la victime, mais dont l'application est beaucoup plus restrictive, de responsabilité pour risque. Sur ces différents points, trop éloignés de notre sujet pour être davantage discutés, voir P. Tifine, "La place des ouvrages publics exceptionnellement dangereux ...", art. précité. Voir également, en matière hospitalière, l'application de la jurisprudence du défaut d'entretien normal dans l'arrêt C.E. 31 décembre 1977, Dame Rovetto, R.T.D.S.S. 1978, p.500, chron. Moderne. Voir enfin, pour une étude plus approfondie centrée sur le droit hospitalier, mais selon nous superflue, en raison de son total défaut de spécificité, P. Artur de la Villarmois, La responsabilité sans faute de l'hôpital public, op.cit. p.92-103.

(1) Voir infra p. 120-122.

A- La responsabilité médicale, responsabilité morale

Responsabilité morale et responsabilité juridique présentent toutes deux le même caractère amphibologique : l'un et l'autre de ces systèmes recouvrent à la fois une obligation mise à la charge d'une personne physique ou morale, et les modalités selon lesquelles les conséquences du dommage seront réparées.

Mais si le rapport entre droit et morale est étroit (1), l'objet des deux ordres de responsabilité qui s'y rapportent est différent. Comme l'explique P. Roubier, "l'appréciation des actions d'une personne, du point de vue de la morale, est donnée en se plaçant du côté de cette personne elle-même" (2). Ainsi, la norme morale est définie en fonction du bien de chaque individu. Idéalement, elle vise à la perfection. En revanche, "l'appréciation juridique des actions d'une personne est faite en se plaçant du côté des autres personnes : on recherche quelle est la valeur de ses actes par rapport à autrui ..." (3). La norme juridique touche au domaine, plus concret, de la cohésion sociale. Par conséquent, le domaine recouvert par la norme morale et par la norme juridique ne sont pas nécessairement identiques. Ainsi, une obligation morale n'imprègne-t-elle pas nécessairement le droit, puisqu'elle peut concerner des prescriptions individuelles qui n'intéressent pas l'ordre social. A l'inverse, la règle de droit peut être étrangère à la morale lorsqu'elle élimine, ou plutôt lorsqu'elle tend à éliminer, toute référence à un comportement individuel fautif. Le développement de la responsabilité sans faute, et plus généralement le mouvement d'objectivation du droit, ont ainsi contribué à éloigner obligation juridique et obligation morale (4).

En revanche, dans le cadre classique de la responsabilité pour faute, ces deux ordres de responsabilité sont étroitement liés (5). La différence entre eux se situe moins au niveau de l'obligation juridique qu'à celui de la sanction. Alors que la sanction juridique est pécuniaire ou pénale, la sanction morale ne concerne que l'individu et Dieu, ou bien l'individu et sa

(1) Voir notamment G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J. 1927, 2^eéd. ; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz 3^e éd. 1964, p.17-19 ; H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Montchrestien, 6^e éd. 1965, Tome I, p.4-5 ; P. Roubier, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, Sirey, 2^e éd. 1951. Voir également, les quelques développements consacrés au problème de la responsabilité morale par J. Penneau, *in* *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, op.cit. p.31-35.

(2) *Théorie générale du droit*, op. cit. p.47.

(3) *Ibid.*

(4) Voir sur ce point, R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales ...*, op. cit. p.350-351.

(5) Voir sur ce point, J-F Davignon, *La responsabilité objective de la puissance publique*, op.cit. p.9-17.

conscience. Dire que la responsabilité encourue par les médecins est une responsabilité de type moral revient, par conséquent, soit à limiter le domaine de la responsabilité juridique soit, lorsque des règles générales du type de celles du Code civil existent, à tenter d'en atténuer la portée.

1)° Responsabilité morale et limitation du domaine de la responsabilité juridique des médecins

Longtemps, la perspective d'une mort acceptée, l'absence de thérapeutiques efficaces, ont justifié un point de vue quasi-exclusiviste au profit de la responsabilité morale. L'art médical, de caractère essentiellement conjuratoire ou sacerdotal, est demeuré dissimulé, des siècles durant, derrière des questions d'ordre métaphysique (1). On connaît le célèbre aphorisme d'Ambroise Paré : "Je t'ai opéré, Dieu te guérisse". En occident chrétien, la souffrance est perçue comme une bénédiction (2), et le rôle du médecin est partagé entre l'administration des soins et une sorte de tutelle morale exercée sur le malade. Cette ambivalence rapproche, d'une certaine manière, le médecin du prêtre : l'idée de "colloque singulier", qui désigne le contrat passé entre le praticien et son patient dépasse un simple cadre juridique, pour s'inscrire dans un cadre moral dans lequel le malade s'en remet entièrement à la personne qui le soigne.

Cela ne signifie pas, pour autant, que la responsabilité juridique des médecins n'avait pas droit de cité. Elle était seulement cantonnée, du fait même de l'importance réservée à la responsabilité morale, à des hypothèses bien précises que l'on peut regrouper en deux catégories (3).

La première catégorie de responsabilité vise à sanctionner un certain nombre d'interdits, généralement de type religieux (4). La sanction est de nature pénale et consiste, principalement, à condamner pour sorcellerie les médecins qui se livrent à des expériences sur des cadavres. Théoriquement, ce type de poursuites a pu se développer en France jusqu'à l'ordonnance de 1682 supprimant le crime de sorcellerie. Il est également intéressant

(1) Voir par exemple, sur ce point : M. Bariety et C. Coury, Histoire de la médecine, Les grandes études historiques, Fayard 1963, p.27-30, 39-41, 71-74.

(2) Voir L. Kornprobst, La responsabilité médicale ... , op.cit. p.31.

(3) Sur ce point, on limitera notre étude à la jurisprudence française de l'Ancien Régime. Notons toutefois que l'antiquité, égyptienne et romaine principalement, a connu des systèmes plus ou moins sévères et plus ou moins bien appliqués de responsabilité médicale. Voir P. Brouardel, La responsabilité médicale, op.cit. 2-3. Sur le droit romain, voir plus spécialement L. Kornprobst, La responsabilité médicale ..., op.cit. p.23-29.

(4) Sur la relation étroite existant entre morale, médecine et religion, voir R. Carron, "Histoire de l'ordre des médecins", in Conférences d'histoire de la médecine, op.cit., cycle 1991-1992, p.181-213.

de souligner que ce type de responsabilité visait à sanctionner, au-delà de l'interdit, les entorses faites à l'exercice d'une médecine classique extrêmement codifiée (1). Même si elle n'est certainement pas la seule, cette explication peut contribuer à expliquer la lenteur des progrès de la médecine, globalement jusqu'au XVIII^e siècle, et la soudaineté de leur développement une fois les tabous brisés.

La seconde catégorie de responsabilité vise à sanctionner un certain nombre de manquements extrêmement graves commis par des médecins ou par des chirurgiens dans l'exercice de leur art. Il s'agit de fautes lourdes engageant la responsabilité pécuniaire des médecins et confinant, la plupart du temps, au dol ou à la malveillance caractérisée. Le premier arrêt que l'on peut citer sur ce point est une décision du XIII^e siècle émanant de la Cour des bourgeois de Jérusalem (2). Cette décision sanctionne un "meige", autrement dit un médecin, coupable d'avoir causé la mort d'un de ses patients pour avoir "taillé sa jambe de travers" (3).

Selon E.H. Perreau, la jurisprudence des parlements de l'Ancien Régime aurait, quant à elle, opéré une distinction entre la responsabilité des chirurgiens et celle des médecins (4). Si les premiers n'étaient pas responsables des fautes commises dans l'exercice de leur art, sauf dans des hypothèses "d'ignorance crasse ou d'impéritie manifeste" voire, pour certains auteurs, dans les seuls cas où une faute intentionnelle était prouvée, le principe de la responsabilité des seconds aurait déjà été admis.

On est toutefois obligé de constater que cette distinction ne semble pas avoir influencé de façon décisive une jurisprudence qui est, de toute façon, beaucoup trop fluctuante pour que l'on puisse en extraire une orientation générale (5). Les mêmes parlements rendent, à quelques années de distance, des arrêts contradictoires. Ainsi, le Parlement de Paris décide, en 1696, que "les chirurgiens ne sont pas responsables quand on ne peut leur imputer que de

(1) Cette conception de l'objet de la responsabilité peut être rapprochée de celle en vigueur chez les égyptiens. Selon cette conception, le médecin qui s'éloignait des prescriptions contenues dans les codes de médecine devait être exécuté, y compris dans les hypothèses où son traitement s'avérait bénéfique pour la santé du malade. Voir P. Brouardel, *La responsabilité médicale*, op.cit. p.2.

(2) Décision reproduite par P. Brouardel, *Ibid.* p.3.

(3) Sur les "Assises de Jerusalem", qui constituent un texte très sévère pour la responsabilité des médecins, voir L. Kornprobst, *La responsabilité médicale ...*, op.cit. p.30-31.

(4) *Eléments de Jurisprudence médicale*, L.G.D.J. 1908, p.261-262.

(5) Ainsi, de façon assez paradoxale, E-E Perreau ne relève que deux arrêts de 1427 et 1707, dont l'un aboutit à une simple admonestation adressée au médecin fautif, et l'autre à un rejet de la demande. Voir dans le sens que l'on a indiqué : Dubrac, *Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique*, librairie J-B Baillière 1882, p.92-93. Voir contra, P. Brouardel, *La responsabilité médicale*, op.cit. 4-5. Pour le docteur Brouardel, l'évolution de la jurisprudence était favorable au développement de la responsabilité médicale. Pourtant, les décisions plus nombreuses citées par le docteur Dubrac sont loin de corroborer ce point de vue.

l'ignorance ou de l'impéritie" (1). Mais quelques années plus tard, le même Parlement de Paris octroie la somme colossale, pour l'époque, de 15.000 livres, à un individu dont on avait dû amputer une jambe suite à une opération mal pratiquée (2). Dans le sens inverse, le Parlement de Bordeaux semble être passé d'une position très favorable aux victimes, vers une rigueur extrême. Dans un arrêt datant de 1596, cette juridiction n'a ainsi pas hésité à condamner un médecin à 450 livres de dommages et intérêts pour avoir piqué l'artère brachiale d'un client en lui pratiquant une saignée (3). Mais plus d'un siècle plus tard, dans une espèce similaire jugée en 1710, le même parlement adopte une position radicalement opposée à la précédente en débouttant le requérant, au motif que le médecin mis en cause n'a fait preuve d'aucune intention maligne (4).

Si la portée exacte de la responsabilité juridique des médecins est assez mal définie, il n'est pas moins sûr que son champ est particulièrement étroit. La rédaction du Code civil allait cependant modifier ces données. A l'évidence, la volonté exprimée par les tribunaux judiciaires d'affecter une portée générale aux dispositions des articles 1382 et s. C.civ. (5) se heurtait de plein fouet avec l'idée d'une certaine irresponsabilité médicale. Face à cette volonté, les médecins ont tenté d'arguer de la spécificité de leur profession, et en particulier du caractère essentiellement moral de l'engagement contracté vis-à-vis du malade, en vue d'atténuer l'effet des règles du Code civil.

2)° Responsabilité morale et atténuation de la responsabilité civile des médecins

De part la généralité de leur formulation, les articles 1382 et 1383 C.civ., notamment, expriment l'indéfectibilité du lien existant entre l'exercice d'une activité et la responsabilité qui en découle. L'article 1382 C.civ. rattache ainsi principe de responsabilité et "tout fait quelconque de l'homme", "l'omission" et la "négligence" étant également visées par l'article 1383 C.civ.

A partir du début du XIX^e siècle, un certain nombre de décisions demeurées célèbres allaient faire application de ces textes aux médecins, et poser ainsi les prémices d'une opposition qui, exprimée sous des formes variables, allait resurgir à différentes époques. Pour la période qui nous intéresse, cette opposition a été scellée à l'occasion de la fameuse

(1) Dubrac, Traité de responsabilité médicale ..., op.cit. p.92.

(2) Ibid.

(3) Voir P. Brouardel, La responsabilité médicale, op.cit. p.4.

(4) Dubrac, Traité de responsabilité médicale, p.92.

(5) Sur les règles de responsabilité appliquées en matière civile, voir supra p.15-19

décision Hélie du Tribunal civil de Domfront du 28 septembre 1830, et du non moins fameux arrêt Thouret-Noroy de la chambre des requêtes de la Cour de cassation du 16 juin 1835 (1). On n'omettra cependant pas de préciser que l'origine de ces décisions se trouve certainement dans un arrêt David beaucoup plus ancien, et apparemment oublié par la doctrine, du 18 septembre 1817 (2). Certes, cet arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation statue sur l'éventuelle application à une simple sage-femme des articles 319 et 320 C.P. relatifs à l'homicide et aux coups et blessures involontaires. Mais on pourra observer que l'on trouve déjà exprimés dans cette espèce les éléments essentiels de la position de la Cour (3).

Les faits dont avaient à connaître les juges dans les deux premières affaires citées, laissaient apparaître, de façon à peu près évidente, une faute grave commise par des médecins. Dans la première affaire, un praticien, voyant qu'un nouveau-né se présentait mal, lui avait sectionné les deux bras. L'enfant avait néanmoins survécu, et ses parents avaient décidé de porter l'affaire en justice. La seconde affaire concernait une espèce dans laquelle un médecin avait perforé, à l'occasion d'une saignée, l'artère brachiale d'un patient. Ce médecin avait ensuite négligé de visiter son malade dont on dût finalement amputer le bras.

De ces deux affaires, celle dont eut à connaître le Tribunal civil de Domfront est très révélatrice de la position de l'Académie de médecine dont l'avis avait été requis. Créée en 1820 par Louis XVIII, cette institution avait pour mission principale d'exprimer son point de vue sur les projets de lois portant sur l'hygiène et sur ce que l'on appelle, de nos jours, la santé publique. A cette époque, les tribunaux, plutôt que d'ordonner directement une expertise, préféraient souvent recueillir le point de vue de l'Académie. Ce n'est, en fait, qu'à partir du moment où il est apparu que celle-ci concluait, dans le cadre d'avis traduisant de façon fort dogmatique sa propre interprétation de la loi, à une quasi-totale irresponsabilité des médecins, que le recours à l'expertise s'est développé.

Dans le cadre de l'affaire jugée par le Tribunal civil de Domfront, l'Académie désigna une commission d'experts qui se prononça en faveur de la mise en jeu de la responsabilité du docteur Hélie, pour faute grave commise dans l'exercice de l'art médical. Mais l'Académie refusa d'approuver ce rapport, et nomma une seconde commission dont les conclusions ont été finalement adoptées (4).

La position de l'Académie, telle qu'elle apparaît dans ces conclusions, revenait à ne

(1) Voir respectivement D.P.1830 Tables XXXIV, p.315, n°1 ; D.P.1835.I.p.300 Concl. Dupin, S.1835.I.p.401.

(2) S.1815-1818.I.p.373.

(3) Voir infra p.107.

(4) Voir le texte de cet avis reproduit par Dubrac *in* Traité de jurisprudence médicale ..., op.cit. p.100-101.

reconnaître aux dispositions du Code civil qu'une portée limitée. Ainsi, s'il n'existe "nul doute que les médecins ne demeurent légalement responsables des dommages qu'ils causent à autrui par la coupable application des moyens de l'art faite sciemment, avec préméditation et dans de perfides desseins ou de criminelles intentions. La responsabilité des médecins dans l'exercice consciencieux de leur art ne saurait être justiciable de la loi". Dans ce cadre, "la responsabilité est toute morale, toute de conscience". L'Académie prétend également que donner un champ trop large à la responsabilité juridique, remettrait en cause l'existence même de l'art médical et serait, au bout du compte, préjudiciable aux malades. Mais ce type d'argument, de nature purement conjecturale, ainsi que différents autres arguments plus ou moins juridiques (1) visent tous, en fait, à justifier la position de l'Académie sur le caractère particulier de la responsabilité médicale (2). Il s'agit, ni plus ni moins, de faire juger, comme l'a clairement résumé le défenseur de Thouret-Noroy, que "La responsabilité s'exerce contre l'homme et non contre le médecin" (3).

La rédaction, très resserrée, de l'arrêt Thouret-Noroy ne répond à l'argumentation développée par la défense que sur ce seul point, et ne laisse aucun doute quant à la position de la Cour. Confrontée à ce même argument, la chambre criminelle avait déjà décidé que les dispositions du Code pénal ne devaient souffrir, en l'absence de texte contraire, d'aucune exception (4). C'est exactement la même décision que prend la chambre des requêtes en matière civile. Il est ainsi jugé que les faits reprochés au docteur Thouret-Noroy "sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des individus à qui

(1) De façon assez perfide, l'Académie évoque ainsi la prétendue irresponsabilité juridique dont bénéficieraient les juges dans l'exercice de leur profession. Le Procureur général Dupin n'eut cependant guère de difficultés à trouver un exemple contraire et à démontrer que d'autres professions, aussi honorables que celles de médecin, telles les professions d'huissier ou de notaire, ne jouissaient, dans ce cadre, d'aucune immunité juridique. Voir également, en faveur de l'irresponsabilité, les arguments, tout aussi fallacieux, tenant à une interprétation forcée de la loi du 19 pluviôse an XI sur la responsabilité des officiers de santé, et au recours à la jurisprudence de l'Ancien Régime. Voir en particulier les extraits de la plaidoirie de M^o Crémieux, avocat de Thouret-Noroy, *in* P. Brouardel, *La responsabilité médicale*, op.cit. p.31.

(2) Voir par exemple, le premier considérant de la décision du Tribunal civil de Domfront : "le Tribunal, appréciant l'avis de l'Académie, considérant qu'il ne peut prendre pour règle ces avis incomplets où les questions sont éludées plutôt que résolues et délibérées sous l'influence de cette pensée dominante : que les médecins, dans l'exercice de leur profession, ne sont pas justiciables des tribunaux pour faute grave ...".

(3) Cité par Brouardel, *La responsabilité médicale*, op.cit. p.31.

(4) Cass.crim. 18 septembre 1817 précité supra p.106 note 2. Même si cet arrêt concerne la responsabilité d'une sage-femme, il s'agissait également pour la défense de démontrer, selon le pourvoi, qu'il ne serait pas "raisonnable (ni) juste de placer sur la même ligne et de punir également l'individu qui, par sa maladresse ou son imprudence, est l'auteur d'un homicide involontaire, et l'homme de l'art qui ne parvient point à sauver la vie d'un malade". Le pourvoi ajoute "qu'à l'égard du médecin ou de la sage-femme, on ne peut jamais acquérir la certitude parfaite que ce soit à leur impéritie ou à leur négligence que doit être attribuée la mort du malade. Il est donc impossible de leur appliquer la loi qui punit l'homicide involontaire". Précisons que cette solution a été ultérieurement appliquée à un médecin par la Cour d'appel d'Angers à l'occasion d'un arrêt du premier avril 1833, (S.1833.II.p.253).

ils sont imputables, et qu'ils sont soumis, d'après les articles 1382 et 1383 C.civ., à l'appréciation des juges".

A l'occasion de cet arrêt, la responsabilité médicale devenait de façon incontestable, et dans son ensemble, une responsabilité de type juridique soumise au droit commun. Les débats qui portaient jusqu'alors sur la détermination de la nature de la responsabilité médicale, se sont alors déplacés au niveau de la définition du contenu de cette responsabilité juridique.

B- La responsabilité médicale, responsabilité juridique

A partir des arrêts Hélie et Thouret-Noroy, les médecins invoquent assez rarement la responsabilité morale comme motif d'une immunité juridique quasi-totale. Au mieux, certains auteurs peuvent prétendre que l'obligation morale prévaut sur l'obligation juridique, ce qui constitue une règle générale qui ne concerne pas directement le problème de la responsabilité (1). On retrouve toutefois, dans l'idée de colloque singulier entre le malade et son médecin, telle qu'elle sera exploitée par les juges judiciaires pour la détermination de leur compétence, une influence du particularisme revendiqué par les médecins (2). En revanche, de ce strict point de vue, l'argument moral s'est effacé derrière un argument d'ordre technique : les progrès de la médecine, source de responsabilité, sont également apparus, de façon assez paradoxale, comme une source d'irresponsabilité.

1)° Les progrès de la médecine, source de responsabilité

Vers la fin du XVIII^e siècle, la médecine finit par s'extirper définitivement des superstitions et des craintes religieuses. C'est l'oeuvre de Bichat qui contribua le plus à marquer une véritable révolution copernicienne dans ce domaine. Selon Michel Foucault, c'est en effet à partir des travaux de la très courte carrière de Bichat, que la maladie

(1) Ainsi, pour le R.P. Riquet, "Lorsqu'il y a contradiction entre une prescription légale ou simplement réglementaire ou quelque décision administrative, d'une part, et, de l'autre, l'intérêt majeur du malade ou une exigence certaine de la morale, c'est celle-ci qui doit prévaloir" ("Conscience morale, responsabilité légale et contrôle administratif dans l'exercice de la profession médicale", *in* Deuxième congrès de morale médicale, op.cit. Tome II, p.223-229, et plus spécialement p.229). Voir également, à propos de la subsistance de la responsabilité morale coexistant avec les différentes formes de responsabilité juridique, E-H Cateland, "La responsabilité personnelle du médecin exerçant sous subordination administrative", *Ibid.* p.56-61, et plus spécialement p.58.

(2) Voir sur ce problème *infra* partie I, titre II, chapitre I, section I.

n'apparaît plus comme une manifestation inscrite dans l'ordre naturel, mais comme "une déviation interne de la vie" (1). Comme l'explique très bien Foucault, "Pensée par rapport à la nature, la maladie était l'inassignable négatif dont les causes, les formes, les manifestations ne s'offraient que de biais et sur un fond toujours reculé ; perçue par rapport à la mort, la maladie devient exhaustivement lisible, ouverte sans résidu à la dissection souveraine du langage et du regard. C'est lorsque la mort s'est intégrée épistémologiquement à l'expérience médicale que la maladie a pu se détacher de la contre-nature, et *prendre corps* dans le *corps vivant* des individus" (2). Ce renversement de perspective entraîna une réorientation des fins de l'art médical : là où l'on se contentait de soulager les symptômes de la maladie, on s'efforce désormais d'en éradiquer les causes à partir de l'expérience clinique.

L'oeuvre de Bichat allait constituer la "pierre angulaire" de progrès scientifiques et techniques bientôt fulgurants (3). Mais ces progrès n'ont pas tardé à laisser apparaître leur revers. En jouant un rôle de plus en plus actif dans le combat contre les maladies, le médecin a accru le champ de son activité ainsi que, de façon corrélative, le champ de sa responsabilité. Ce fait explique que les progrès médicaux soient marqués par un paradoxe : si les chances de guérison des patients s'accroissent, les risques d'accidents liés à l'activité médicale augmentent également. Par ailleurs, l'existence de thérapeutiques efficaces rend de moins en moins acceptable l'échec des traitements. Les procès se multipliant, c'est par contre-coup la perception sociale du médecin qui est elle-même bouleversée (4).

M. Penneau a établi sur ce point un judicieux parallèle entre l'activité médicale et l'activité industrielle (5). La recherche d'efficacité, dans ces deux domaines, a en effet conduit à une modernisation des techniques employées et à une multiplication des risques encourus, d'un côté par les malades, et de l'autre côté par les ouvriers et par les tiers. Or, le développement de ces techniques, qui n'avait pas été prévu par les rédacteurs du Code civil (6), a rendu difficile, en cas de dommage, la preuve d'une faute. D'un autre côté, la

(1) M. Foucault, Naissance de la clinique, Une archéologie du regard médical, Coll. Galien, Histoire et philosophie de la biologie et de la médecine, P.U.F. 1963, p.153.

(2) Ibid. p.198.

(3) Notre ignorance de la science médicale, ainsi que l'objet de notre étude, nous garderont de retracer les différentes étapes de ces progrès. A titre d'illustration, il est cependant intéressant de noter qu'une discipline aussi primordiale, de nos jours, que l'anesthésie, n'est enseignée en chaire à la faculté de médecine de Paris que depuis 1946, Renseignement recueilli in E. Frogé, Anesthésie et responsabilité, op.cit. p.16. En dehors des ouvrages déjà cités sur l'histoire de la médecine, voir également, J. Penneau, La responsabilité médicale, op.cit. p.7-9.

(4) Voir notamment P. Brouardel, La responsabilité médicale, op.cit. p.43.

(5) Faute et erreur ..., op.cit. p.89-93.

(6) Voir sur ce problème supra p.8-9.

faute qui pouvait, à l'origine, être clairement observée dans le comportement du responsable, tend à devenir indiscernable, du fait même de l'emploi de technologies nouvelles et du lot d'impondérables qu'elles représentent. En d'autres termes, à chaque dommage subi ne correspond plus nécessairement une faute.

Ces difficultés ont contribué, particulièrement dans le domaine industriel, à faire subir à la faute une certaine altération -une distorsion selon l'expression employée par M. Penneau- en vue de favoriser l'indemnisation des victimes d'accidents. Peu à peu, certaines décisions ont tendu à présumer l'existence d'une faute purement formelle du fait même de la survenance d'un dommage (1). Dans de telles hypothèses, c'est l'existence d'une véritable obligation de sécurité (2) voire, même si cela apparaît de façon moins fréquente, le risque inhérent à certains types d'activités industrielles qui autorisent une indemnisation plus large des victimes (3). L'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 21 juin 1859 offre une illustration particulièrement frappante de ces nouvelles tendances (4). On peut y lire que "la science fut-elle, quant à présent, impuissante, les compagnies n'en seraient pas moins obligées d'indemniser les propriétés incendiées, car les dommages nécessairement occasionnés par une industrie doivent être à la charge de cette industrie, et l'Etat n'a ni concédé, ni pu concéder aux compagnies de chemin de fer le droit d'incendier, sans indemnité, les propriétés riveraines". On n'est pas loin, dans cette hypothèse précise, des motivations qui ont poussé le Conseil d'Etat à indemniser les dommages permanents de travaux publics dès le début du XIX^e siècle (5).

Pour autant, l'inadaptation manifeste de la faute civile aux nouvelles hypothèses de responsabilité n'a pas conduit, contrairement à ce qu'auraient souhaité Saleilles et Josserand, à la généralisation de la responsabilité pour risque (6). En dépit des quelques espèces que l'on a pu citer, la jurisprudence a régulièrement réaffirmé son attachement à la

(1) Voir sur ce point, B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op.cit. 16-17

(2) Voir par exemple Cass. civ. 13 juin 1868 : "Le maître est responsable du dommage causé aux ouvriers qu'il emploie, lorsqu'il a négligé de prendre des précautions suffisantes pour garantir leur sécurité ; il n'est pas nécessaire que la faute du maître soit constatée par des motifs exprès et formels ; il suffit qu'elle résulte implicitement des déclarations de l'arrêt", (D.P.1868.I.p.13). Voir également Lyon 13 décembre 1854, D.P.1855.II.p.86.

(3) Ce type de considérations, que l'on retrouve déjà dans les arrêts précédents, apparaît très clairement dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 21 juin 1859, concernant un incendie propagé dans des champs du fait du passage d'une locomotive à vapeur (D.P.1859.II.p.86).

(4) Ibid.

(5) Voir sur ce point supra p.39.

(6) Voir sur ce point supra p.11.

responsabilité pour faute (1). De fait, l'influence directe des théories favorables au risque s'est limitée à l'adoption de la loi de 1898 sur la réparation des accidents du travail. C'est en réalité de façon plus diffuse, comme on a déjà eu l'occasion de l'évoquer (2), que les idées de ces auteurs ont réussi à pénétrer le droit positif.

Mais si ces idées ont, très tôt, conduit à une certaine altération des règles de la responsabilité pour faute dans de nombreux domaines, ce phénomène n'est quasiment pas observable dans celui de la responsabilité médicale. Source de responsabilité ailleurs, les progrès techniques sont ici également apparus comme une source d'irresponsabilité.

2)° Les progrès de la médecine, source d'irresponsabilité

Si la Cour de cassation a admis, dans son fameux arrêt de 1835, que les médecins étaient soumis au droit commun de la responsabilité civile, la portée qu'elle a entendu donner à cette décision était en fait beaucoup plus nuancée. D'une certaine manière, l'arrêt Thouret-Noroy n'a rien fait d'autre que de marquer un compromis entre deux positions extrêmes qui pouvaient aboutir soit à la responsabilité inconditionnelle du médecin, soit à son immunité absolue dans l'exercice de son art. A partir de cet arrêt, la jurisprudence a ni plus ni moins appliqué la ligne de conduite que le Procureur général Dupin avait proposée à la juridiction suprême : " un jugement qui se serait décidé pour l'une ou l'autre des ces deux raisons (les positions extrêmes rapportées par Dupin) ne pourrait échapper à la cassation ... La vérité se trouve dans le juste milieu qu'il faut garder ici comme en bien d'autres circonstances" (3). La limite affectée à la responsabilité des médecins est ensuite clairement posée. Elle est bornée par le caractère conjectural de l'art médical, et par l'impossibilité faite aux juridictions, selon la formule célèbre de Dupin, de s'ériger en "Sorbonne médicale" et de se donner le ridicule "de départager Hypocrate et Galien".

L'Académie de médecine ne s'est pas trompée sur les avantages que recelait une jurisprudence qui interdisait aux juges de connaître des questions d'ordre médical, et qui, pratiquement, permettait aux hommes de l'art de décider, par le biais de l'expertise, s'il y avait faute ou non. Si l'Académie est demeurée fidèle à sa position initiale dans les années immédiatement postérieures à l'arrêt Thouret-Noroy, celle-ci semble en effet s'être infléchie à partir de 1850. C'est ainsi, à l'occasion d'une affaire concernant un médecin dont l'erreur dans le dosage d'un médicament avait entraîné la mort d'une patiente, que l'Académie estime que ce type de fait est soumis au droit commun de la responsabilité (4).

(1) Voir sur ce point, supra p. 11 et p.17.

(2) Voir supra p. 11.

(3) Voir P. Brouardel, La responsabilité médicale, op.cit. p.38.

(4) Avis rendu en 1850, cité par Dubrac, Traité de jurisprudence médicale ..., op.cit. p.96-97.

Même si cela a été prétendu, la jurisprudence des tribunaux judiciaires n'a jamais eu, quant à elle, à soumettre la mise en jeu de la responsabilité des médecins à l'exigence d'une faute lourde (1). Ou alors, il faut affecter à la notion de faute lourde "un sens tout spécial" (2), et limiter son domaine à des hypothèses où "le fait incriminé ne peut être défendu en invoquant des théories ou des controverses scientifiques ou en s'appuyant sur l'autorité de certains médecins" (3). Ainsi, lorsque l'expression de faute lourde est utilisée, l'est-elle uniquement en vue de relever l'existence d'une faute suffisamment caractérisée pour qu'il ne soit pas nécessaire de discuter de théories médicales (4). Mais il ne s'agit, en aucun cas, d'établir une gradation dans le degré de gravité des fautes susceptibles d'engager la responsabilité des médecins. A vrai dire, on ne trouve qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 janvier 1913 qui semble aller dans ce sens, en relevant l'absence de faute lourde d'un médecin pour refuser d'engager sa responsabilité (5). Mais si cet arrêt n'a pas été censuré par la Cour de cassation, celle-ci a clairement précisé que la distinction opérée par la Cour d'appel était "surabondante" et qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre la faute lourde et la faute légère (6). Par là-même, la Cour de cassation ne faisait que reprendre la position qu'elle avait déjà pu exprimer à l'occasion d'un arrêt de la chambre des requêtes du 31 juillet 1862 dans lequel on peut lire que "Toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession est soumise à cette règle (celle de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle), qui ne comporte d'exceptions que celles qui sont nominativement formulées par la loi, qu'aucune exception de cette nature n'existe au profit des

(1) Voir par exemple, L. Guerrier et L. Rotureau, Manuel pratique de jurisprudence médicale, G. Masson 1890, p.104 ; note anonyme sur Liège, 27 novembre 1889, D.P.1891.II.p.281. Voir sur ce point E. Arrighi de Casanova *in* La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile, Thèse Aix 1946, p.30-39. Voir enfin, les réfutations de la théorie de la faute lourde faites par ce même auteur (Ibid. p.39-54), et par J. Penneau *in* Faute et erreur ..., op.cit. p.125-123.

(2) L. Denisse, note sur Cass. req. 21 juillet 1919, D.P.1920.I.p.30.

(3) Ibid.

(4) Voir parmi de nombreux exemples, Colmar 10 juillet 1850, D.P.1852.II.p.196 ; Metz, 21 mai 1867, D.P.1867.II.p.110, S.1868.II.p.106 ; Nîmes 26 février 1884, D.P.1884.II.p.156 ; S.1886.II.p.156. Il est également intéressant de comparer une décision du Tribunal civil de Château-Thierry du 7 juin 1905, D.P.1905.V.p.41 et, réformant cette décision, un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 14 février 1906, D.P.1907.II.p.44, note Mérignac. Alors que le Tribunal avait qualifié de faute lourde le fait, pour un médecin opérateur, d'avoir chloroformé un homme ivre, la Cour ne fait que rechercher la présence d'une faute non qualifiée. C'est l'absence d'une telle faute dans les précautions prises par le médecin qui la conduit à réformer la première décision.

(5) D.P.1913.II.p.137.

(6) Cass. req. 21 juillet 1919 précité supra note 2. Voir cependant, reprenant l'expression de faute lourde, Cass.civ. 3 avril 1939, S.1939.I.p.166. Dans cet arrêt la Cour de cassation statuait sur la responsabilité d'un médecin consécutive à une faute commise dans la manipulation d'un appareil de radiographie.

médecins" (1). Mais de façon plus insidieuse, en refusant de s'immiscer dans les questions d'ordre scientifique, la jurisprudence rompait le lien entre progrès et responsabilité.

Cette réserve vis-à-vis de l'art médical, qui ne se retrouve dans aucun autre domaine, nous semble suffisante à expliquer la lente évolution de la responsabilité enregistrée dans cette matière. Il est, à notre avis, assez paradoxal d'affirmer, comme le fait M. Penneau, que cette lenteur est due à des retards techniques, et de constater (2), plus loin, que l'évolution de ces techniques n'a guère eu d'influence sur la définition du contenu de la responsabilité pour faute des médecins (3).

En réalité, les progrès de la médecine, durant le XIX^e et le début du XX^e siècle, étaient suffisamment importants pour envisager un processus d'altération de la faute civile identique à celui que l'on a pu observer ailleurs (4). Or, ni les multiples accidents occasionnés par l'utilisation du chloroforme comme anesthésiant ni, plus tard, les radiodermites provoquées par une mauvaise évaluation des dangers de la radiothérapie n'ont eu un tel effet. Dans l'ensemble des espèces publiées, le médecin n'est condamné que s'il a commis une faute suffisamment caractérisée pour être susceptible, en quelque sorte, de se détacher de l'acte médical (5). Le fait d'utiliser des techniques complexes, présentant de nombreux risques, n'aggrave en rien leur responsabilité. Bien au contraire, une Cour d'appel n'a pas hésité à juger, dans une hypothèse où les fautes commises par un médecin dans l'utilisation d'un appareil de radiothérapie étaient pourtant manifestes, qu'une atténuation de sa responsabilité peut être recherchée "dans l'esprit scientifique qui (l'a) animé et le désintéressement dont il a fait preuve" (6). L'utilisation de présomptions, dans de très rares

(1) D.P.1862.I.p.499 ; S.1862.I.p.817.

(2) Faute et erreur ... ,op.cit. p.94.

(3) Ibid. p.99.

(4) Voir supra p.109-110.

(5) Ainsi, la Cour d'appel de Paris a-t-elle réformé, dès 1853, une décision d'une juridiction inférieure condamnant un médecin qui avait entraîné la mort d'un de ses patients en utilisant du chloroforme. Selon la Cour "Les débats ne révélaient aucun fait d'imprudence, de négligence, d'inattention, de défaut de précaution ou d'inobservation des règles de l'art dans l'application du chloroforme faite au malade sur sa demande, et pour une opération qui en motivait l'emploi", décision citée par L. Guerrier et L. Rotureau, *in* Manuel pratique de jurisprudence médicale, op.cit. p.109. Voir également sur les accidents d'anesthésie, outre la décision du Tribunal civil de Château-Thierry et l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens précités, Alger, 17 mars 1894, S.1895.II.p.237, D.P.1895.Tables n°466 et 467 ; Tribunal civil de Montpellier, 15 décembre 1909, D.P.1910.V.p.31.

En matière de radiodermites, la jurisprudence est toute aussi exigeante sur la définition de la faute. Voir notamment Aix, 22 octobre 1906, D.P.1907.II.p.41, note Mérignac ; Cass. req. 21 juillet 1919 précité supra p. 112 note 2. Voir également les autres arrêts cités par M. Penneau, *in* La responsabilité médicale, op.cit. p.6.

(6) Aix, 22 octobre 1906, précité supra note 5.

hypothèses ne doit pas nous induire en erreur. Ce mécanisme ne concerne que des espèces où des comportements anormaux du praticien, tel un manque élémentaire de prudence (1) ou une grossière erreur de diagnostic (2), sont en cause.

Jusqu'au milieu du XX^e siècle, cette conception restrictive de la responsabilité des médecins libéraux se prolongera (3), et orientera fortement la constitution des règles de fond de la responsabilité administrative des hôpitaux publics. Ce concept de relative irresponsabilité médicale ne sera cependant pas seul à contribuer à la définition de cette orientation. La notion d'indépendance médicale jouera également, dans ce cadre précis, un rôle primordial.

§II- L'indépendance médicale

La thèse de l'indépendance médicale a joué un rôle déterminant dans le règlement des problèmes posés par l'exercice de la médecine à l'hôpital. La plupart du temps sous-jacente dans les décisions des juridictions judiciaires, elle a conduit à refuser l'engagement de la responsabilité des cliniques privées et des hôpitaux publics pour les fautes commises par les médecins dans l'exercice de leur art. Dans ces différentes hypothèses, le lien contractuel ou statutaire existant entre le praticien, d'une part, l'hôpital ou la clinique, d'autre part, s'efface derrière l'indépendance médicale.

Cette idée a bien évidemment eu des incidences sur le plan de la compétence. Selon que l'on envisage ce problème sous l'angle de la participation au service public, ou bien sous celui de l'exercice d'une activité libérale à l'hôpital, la solution au problème de compétence sera différente. Selon nous, en effet, le véritable conflit de compétence entre les deux ordres de juridiction ne débute qu'en 1935, après que le Conseil d'Etat se soit clairement reconnu compétent pour connaître de l'ensemble du contentieux engendré par l'activité des hôpitaux publics. Jusqu'à cette date, qui coïncide également avec celle d'un important arrêt de la Cour de cassation (4), les règles définies par les tribunaux judiciaires sont identiques, que

(1) Aix, 22 octobre 1906, précité supra p. 113 note 5.

(2) Liège, 27 novembre 1889, D.P.1891.II.p.281.

(3) Voir Penneau, La responsabilité médicale, op.cit. p.7-12.

(4) Cass.civ. 19 mars 1935, D.H. 1935.II.p.267 ; S.1935.I.p.183 ; G.P. 1935.I.p.893. Cet arrêt reconnaît le principe de la compétence des juges de l'administration pour connaître des actions en responsabilité intentées contre les établissements hospitaliers. Voir sur cet arrêt, et les difficultés occasionnées par son interprétation, infra partie I, titre II, chapitre I, section I.

l'établissement en cause soit public ou bien privé (1). Par conséquent, on évitera d'évoquer, dans les développements suivants, la jurisprudence postérieure à l'année 1935, et cela même si certaines solutions rendues plus tardivement sont également sous-tendues par l'idée d'indépendance (2).

Pour ce qui concerne le fond, la jurisprudence judiciaire est dominée par l'idée que le médecin ne saurait être considéré comme un préposé dans l'exercice de son art, et qu'il est, par conséquent, seul responsable de ses fautes. A l'inverse, la même jurisprudence admet que le médecin, lié à l'établissement dans lequel il exerce par un contrat de louage de services, puisse être considéré comme un préposé de la clinique ou de l'hôpital public dans le cadre de ses missions administratives (3)

A- Le médecin ne peut être considéré comme un préposé dans l'exercice de son art

L'idée d'indépendance médicale soutenue par les tribunaux s'oppose à ce que le médecin soit considéré comme un préposé de l'établissement public hospitalier. Selon la jurisprudence, en effet, les liens existant entre les médecins et les hôpitaux ne respectent pas les deux critères de l'application de l'article 1384.5 C.civ., tels qu'ils sont définis par un arrêt de la Cour de cassation du 20 août 1847 (4) : la possibilité pour le commettant de choisir ses préposés, et le lien de subordination caractérisant leurs rapports.

1)° *L'hôpital ne serait pas en mesure de choisir les praticiens hospitaliers*

La mention de l'absence de choix dans la désignation des médecins hospitaliers apparaît

(1) Voir cependant l'opinion isolée, et fort peu étayée de M.J. Lacas, *in* Les obligations du médecin, Paris 1939, p.85-92.

(2) Voir *infra* p. 144-151.

(3) Voir sur ces différents problèmes, pour les cliniques : R.J. Nectoux, La responsabilité des cliniques et des hôpitaux, Thèse Paris 1957, p.230-232 ; E. Arrighi de Casanova, La responsabilité médicale, *op.cit.* p.259-265. Voir également, contre la reconnaissance d'un lien de subordination, J. Bardoul, Médecins et cliniques, Les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques, Paris 1950, Dalloz 1951 p.132-133. Voir pour les hôpitaux publics : M.Langlais, Médecine de service public et compétence juridictionnelle ..., *op.cit.* p.27-37 ; M.Buzith, Les établissements publics hospitaliers devant les tribunaux ..., *op.cit.* p.16-17 ; E. Prévôt, La responsabilité des établissements publics hospitaliers, *op.cit.* p.319-320 ; R.J. Nectoux, La responsabilité des cliniques et des hôpitaux, *op.cit.* p.242-245 ; J. Flour, La responsabilité du commettant du fait de ses préposés, Thèse Caen 1933, p.96-114.

(4) D.P. 1847.IV.p.421.

pour la première fois très clairement dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 6 février 1900 (1). Le fait que le médecin chef d'un hospice "n'exerce pas ses fonctions en vertu d'une nomination émanée de ladite administration", conjugué à d'autres éléments relatifs à l'absence de lien de subordination, permet à la Cour de conclure que ce médecin "ne peut au sens de l'article 1384.5 C.civ. être considéré comme le préposé de l'administration des hospices". Pour autant, la portée de cet arrêt n'est pas certaine, dans la mesure où le médecin visé est un universitaire, et où la législation lui conférerait une indépendance indiscutable. Une ordonnance du 13 octobre 1870 oblige en effet les établissements publics hospitaliers à réserver un certain nombre de lits à la faculté. Les professeurs qui y exercent ne sont pas rémunérés par la commission administrative de l'hôpital qui n'a aucun pouvoir de nomination ni de contrôle sur ces derniers (2).

Mais quoiqu'il en soit, le critère de l'absence de choix réapparaît, appliqué à d'autres types de médecins hospitaliers, dans la jurisprudence postérieure à l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux. On peut ainsi lire dans une décision du Tribunal civil de la Seine du 6 juin 1906 que "les médecins et chirurgiens dépendant de l'administration de l'assistance publique de Paris étant désignés par concours ... ne sont pas des préposés de l'administration" (3).

Comme l'a fort justement relevé un auteur (4), cette jurisprudence était extrêmement critiquable, dans la mesure où il n'existait aucune obligation légale ou réglementaire, jusqu'à la loi du 22 décembre 1941 et au décret du 17 avril 1943 (5), de recruter les médecins hospitaliers sur concours. Or, quand bien même ces concours existaient, il n'y avait pas plus de raison d'en déduire l'absence de choix dans la désignation des postulants, que dans n'importe quel autre domaine de l'activité administrative. Ainsi, la Cour de cassation n'a-t-elle pas hésité, dans des circonstances similaires mettant en cause des agents de police également recrutés sur concours, à considérer que "la disposition de l'article 1384 C.civ. ... est générale et s'applique à la responsabilité encourue par les administrations publiques du fait de leurs agents, notamment au cours de l'accomplissement du service de police" (6).

(1) D.P. 1900.II.p.470 ; S.1909.II.p.49, sous Paris 8 mars 1905, note E-H. Perreau.

(2) Voir sur ce point E. Prévôt, *La responsabilité des établissements publics hospitaliers*, op.cit.p.320-322.

(3) S.1907.II.p.22 ; D.P.1906.V.p.71. Voir également, de la même juridiction, une décision du 14 décembre 1920, D.P.1921.II.p.27. Voir enfin, par exemple, Paris, 18 novembre 1933, D.H.1934, somm.p.24. Voir enfin, la solution contraire rendue en faveur de la reconnaissance d'un lien de préposition à propos de la responsabilité des nourrisseurs de l'assistance publique, Cass. req. 4 juin 1929, D.P. 1929.I.p.253, note Waline, R.T.D.C. 1929 (rééd.1971), p.760, obs. Demogue.

(4) M. Buzit, *Les établissements publics hospitaliers devant les tribunaux ...*, op.cit. p.18-20.

(5) Ces textes étendent l'obligation de recruter les praticiens hospitaliers sur concours, qui n'était jusqu'alors imposée qu'à l'assistance publique à Paris, aux hôpitaux de province. Renseignement recueilli in M.Langlais, *Médecine de service public et compétence juridictionnelle*, op.cit. p.29.

(6) Cass. crim., 13 mars 1923, D.P. 1923.I.p.137 note Appleton ; S.1923.I.p.385 note Roux.

En réalité, derrière l'argument de l'absence de choix, c'est encore une fois la spécificité de l'art médical et l'indépendance des médecins qui justifient la position de la jurisprudence judiciaire. Le fait que les jurys des concours soient composés d'hommes de l'art qui proposent les nominations aux commissions administratives suffit, selon cette jurisprudence, à reconnaître l'absence de choix. Pourtant, le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de juger, dès 1908, qu'une commission administrative pouvait "se réserver le droit d'exercer librement son choix parmi les concurrents examinés par le jury dont les constatations et le classement n'auront à son égard, que valeur d'une simple présentation" (1). Ce n'est, en effet, que dans les hypothèses où le règlement du concours prévoit que le candidat reçu à la première place sera recruté que "la méconnaissance du classement sera de nature à engager la responsabilité du service public" (2). Au demeurant, la juridiction administrative suprême a toujours entendu veiller à la régularité de ces concours, en s'attachant à limiter tout effet de favoritisme. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé, dès 1922, que la commission administrative était, en toute hypothèse, tenue de respecter l'ordre de classement établi par le jury, à partir du moment où ce point n'a pas été précisé par le règlement du concours (3). En d'autres termes, le Conseil d'Etat n'a pas voulu reconnaître à la commission le pouvoir de déclasser un candidat au profit d'un autre. Mais, ceci étant, la même décision précise que rien n'interdit à la commission d'annuler les résultats du concours et d'en organiser un nouveau, s'il apparaît que des irrégularités ont été commises dans son déroulement.

Même si, en pratique, le Conseil d'Etat ne peut que rarement sanctionner des procédures qui s'apparentent souvent davantage à une cooptation qu'à un concours (4), le critère de l'absence de choix demeure extrêmement contestable. C'est certainement en raison de ces incohérences que la jurisprudence judiciaire l'a de moins en moins utilisé pour justifier l'inexistence d'un lien de préposition entre les médecins et l'hôpital public (5), au profit d'un second critère, jusqu'alors cumulatif à celui étudié, constitué par l'absence de subordination.

(1) C.E. 11 décembre 1908, Chalmette, Rec. p.1023.

(2) Ibid.

(3) C.E. premier décembre 1922, 1^o espèce, Rec. p.899. Voir également, sanctionnant des tricheries constatées dans le déroulement d'un concours, C.E. 23 décembre 1955, Dr. Lévy, D.P. 1956.p.27, concl. Lasry.

(4) Voir sur ce point, A. Moulet, Essai sur le statut du médecin hospitalier, Thèse Clermont-Ferrand, 1964, p.150.

(5) Le premier arrêt à avoir abandonné ce critère paraît émaner de la Cour d'appel de Paris et est daté du 13 novembre 1933 (D.H.1934 somm.p.24). Voir également, par exemple, Douai, 16 mai 1936, D.H.1936 p.435 ; Paris 18 mars 1938, D.H. 1938 p.377. Sur le déclin de ce critère, qui ne s'est pas limité au domaine de la responsabilité hospitalière, voir Flour, La responsabilité du commettant ..., op.cit. p.91-108.

2)° Le médecin ne saurait être un subordonné de l'hôpital

Le premier arrêt à avoir statué sur l'existence d'un lien de subordination entre un hôpital public et un médecin semble émaner de la Cour d'appel de Poitiers, et est daté du 28 décembre 1892 (1). Les circonstances de cette espèce étaient assez particulières, puisqu'elles concernaient une demande d'indemnité formée par une nourrice contaminée par un nouveau-né syphilitique, contre l'hospice qui le lui avait confié. Après avoir constaté qu'aucune faute ne pouvait être imputée à l'hospice, la Cour s'est interrogée sur le point de savoir si celui-ci pouvait être déclaré responsable de l'éventuelle erreur de diagnostic commise par un médecin inspecteur de l'assistance chargé d'examiner le nourrisson. Si, sur ce point, l'arrêt rendu par la Cour n'est pas très riche d'enseignements, ce n'est pas, semble-t-il, parce que le médecin concerné n'est pas un "médecin d'hôpital type" (2), mais bien parce que son contenu est assez obscur. Certes, on peut lire dans cet arrêt que "Les hospices de Niort ne sauraient être rendus responsables ... le médecin inspecteur n'agissant pas sous leur direction". Mais il serait tout à fait abusif, selon nous, de considérer que ceci revient à admettre qu'un médecin ne peut être considéré comme un préposé dans l'exercice de son art. La solution retenue par la Cour d'appel de Poitiers n'est pas justifiée, en effet, par l'impossibilité d'existence d'un tel lien de subordination, mais bien par le fait que le médecin, qui est rattaché aux services de l'assistance, est "nommé par le préfet ... et rétribué sur les fonds de ce département". C'est ainsi que le Tribunal civil de la Seine n'a pas hésité, dans une décision du 5 avril 1886, à décider que "l'assistance publique doit être déclarée responsable du dommage causé par la faute de ses agents" (3).

C'est, en réalité, l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 6 février 1900 qui marque une réelle évolution sur ce point (4). Il s'agissait de déterminer, dans cette espèce, qui d'un médecin chef d'un hospice, ou de l'hospice lui-même, devait répondre des fautes commises par un individu non habilité à pratiquer des opérations, mais néanmoins régulièrement admis dans le service du médecin en cause. En dehors des considérations relatives à l'absence de choix, la Cour relève que le médecin chef "ne reçoit ... aucun traitement", et que l'administration n'a sur lui "ni autorité ni pouvoir dont elle puisse user pour intervenir dans le service dont il est chargé, et régler le mode et la pratique de son enseignement". La

(1) D.P. 1893.II.p.349, S.1893.II.p.103. Voir cependant, la décision non publiée du Tribunal civil de la Seine du 10 avril 1856, citée par M. Langlais *in Médecine de service public et compétence juridictionnelle*, op.cit. p.28. Voir également une espèce similaire à celle étudiée, mais qui ne semble pas avoir statué sur l'existence d'un lien de subordination, Montpellier, 23 mai 1910, G.P., Tables 1907-1912.II.p.78-79, n°31.

(2) *Médecine de service public et compétence juridictionnelle*, op.cit. p.28.

(3) Décision reproduite *in Jur.gèn.* Dalloz, 1892, n°253 note 1. Précisons cependant que la même juridiction a ultérieurement rendu, dans le même type d'espèce, une décision en sens contraire, dans laquelle les juges ont refusé de reconnaître l'existence d'un lien de subordination entre l'assistance publique et l'un de ses médecins inspecteurs (Tribunal civil de la Seine, 14 décembre 1920, D.P. 1921.II.p.27).

(4) Arrêt précité supra p.116 note 1.

Cour décide ainsi, annulant la décision du Tribunal administratif de Bordeaux (1), qu'on ne peut appliquer aux rapports existant entre ce médecin et l'hospice les dispositions de l'article 1384.5 C.civ. Seule la responsabilité personnelle du médecin qui a commis une faute dans l'organisation de son service est susceptible d'être engagée.

Certes, on a déjà eu l'occasion d'évoquer la situation particulière du médecin en cause qui était un universitaire (2). Mais cela n'a pas empêché l'application ultérieure de cette jurisprudence à différents types de médecins hospitaliers (3), au moins jusqu'à ce que la Cour de cassation intervienne en vue de tenter d'imposer aux juridictions inférieures le principe de compétence issu de l'arrêt Blanco (4).

On omettra ici de rappeler les décisions concernant le cas particulier des médecins-inspecteurs de l'assistance publique dont l'activité de préposé de cette institution ne permet pas d'engager la responsabilité des hôpitaux. Pour le reste, si la décision du Tribunal civil de Bordeaux du 22 juin 1898 reconnaît l'existence d'un lien de subordination (5), y compris dans le domaine médical, elle a été, comme on l'a vu, réformée par l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 6 février 1900 (6). Précisons toutefois qu'il existe une décision statuant dans le même sens qui a, semble-t-il, échappé à M. Langlais (7). Cette décision reconnaît qu'il peut exister un lien de subordination entre deux hommes de l'art, en l'espèce des dentistes exerçant dans un cabinet privé, l'un directeur du cabinet, l'autre simple salarié. Mais il s'agit bien là de la seule décision -qui plus est de première instance- que l'on peut opposer au courant jurisprudentiel dominant. En effet, la seconde décision évoquée par M. Langlais, un arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 10 mars 1903 (8), ne concerne que les fonctions administratives remplies par un médecin. Dans le cadre particulier de ce type de fonctions, la jurisprudence judiciaire n'a jamais douté, à partir d'une certaine époque, que le médecin puisse être le préposé de l'hôpital dans lequel il exerce.

(1) Décision reproduite sous Paris, 8 mars 1905, S. 1909.III. p.49.

(2) Voir supra p. 116.

(3) Voir les arrêts précités supra p.116 note 3.

(4) Cass. civ. 19 mars 1935, précité supra p.114 note 4.

(5) décision précitée supra note 1.

(6) Arrêt précité supra p.116 note 1.

(7) Tribunal civil d'Avesnes, 16 juillet 1930, G.P.1930.I.p.127.

(8) D.P.1904.II.p.134. ; G.P. 1930.I.p.127.

B- Le médecin peut être considéré comme un préposé dans l'exercice de ses fonctions administratives

Le rôle du médecin, dans le cadre hospitalier, ne se limite pas à l'exercice de son art. Il doit également, entre autres tâches, s'assurer du bon fonctionnement de son service, surveiller ses collaborateurs, visiter ses malades ... Son indépendance, dans l'ensemble de ces domaines, ne saurait être totale. Le médecin se trouve en effet astreint, pour ces missions, à la réglementation établie par la commission administrative de l'hôpital. Au demeurant, comme l'a écrit fort justement un auteur, "Si nous pouvions imaginer un chef de service assez négligent pour manquer à certaines de ses obligations, il est probable que l'administration s'en inquiéterait et rappellerait ses collaborateurs à plus de conscience dans l'exercice de leur tâche" (1). Même si cela a pu être contesté, les juges judiciaires ont estimé que la responsabilité de l'hôpital pouvait être engagée, dans ce cadre précis, sur le fondement de l'article 1384.5 C.civ.

1)° La contestation de la séparation des domaines administratif et médical de l'activité des praticiens

Cette contestation vise à dénier l'existence d'une frontière entre ces deux sphères de l'activité des praticiens. Ainsi, selon M. Bardoul (2), dont l'opinion semble être demeurée isolée, les tâches administratives confiées aux médecins ne constitueraient, en réalité, que l'accessoire, ou bien encore la contrepartie nécessaire de leur activité médicale. Foncièrement, ce constat n'est pas inexact. On ne peut nier, en effet, que l'activité administrative des médecins n'existe que dans la mesure où elle concourt à la réalisation des prestations de type médical pour lesquelles le patient s'est fait admettre à l'hôpital. Mais si le constat dressé par cet auteur est exact, les conséquences qu'il en tire sont pour le moins contestables. Admettre que l'activité administrative des praticiens découle de leur activité médicale ne signifie pas nécessairement, en effet, que ces derniers soient indépendants dans chacun de ces secteurs (3). Prétendre une telle chose reviendrait, en fait, à nier tout assujettissement du praticien à l'indispensable discipline induite par l'exercice de la médecine à l'hôpital.

Au demeurant, un examen attentif de la jurisprudence ne corrobore en rien la thèse soutenue par M. Bardoul. On ne trouve qu'un arrêt, celui de la Cour d'appel de Bordeaux du 6 février 1900, qui semble dénier la qualité de préposé à un médecin dans l'exercice de

(1) M. Buzit, Les établissements publics hospitaliers devant les tribunaux, ... op.cit. p.23.

(2) Médecins et cliniques ... op.cit. p.131. Précisons que les réflexions de cet auteur sur les rapports médecins-cliniques valent également pour les rapports médecins-hôpitaux (Ibid. p.133).

(3) Voir ainsi, R-J Nectoux, La responsabilité des cliniques et des hôpitaux, op.cit. p.231.

ses activités administratives, en l'espèce une activité de surveillance de ses collaborateurs (1). Mais, rappelons le une dernière fois, cette espèce concernait un professeur de faculté dont l'indépendance était légalement garantie (2).

On pourrait également être tenté de voir, dans certaines formules catégoriques employées par la jurisprudence, des considérants de principe. Saisis d'actions en responsabilité contre des médecins auteurs de fautes médicales, les tribunaux judiciaires ne précisent pas, lorsqu'ils dénie la qualité de préposé de ces médecins, qu'une différence doit être faite entre leurs deux sphères d'activités (3). Ils se contentent de relever, par exemple, que "les médecins et chirurgiens ne sont à aucun titre les préposés de l'Assistance publique (et des hôpitaux en général)" (4). Ce n'est, en fait, qu'à partir du moment où le juge judiciaire aura accepté de reconnaître dans ces médecins des agents publics, en limitant les effets de leur subordination à l'hôpital au cadre de leur activité administrative, que le juge judiciaire opposera de façon systématique ces deux types d'activités (5). A vrai dire, il n'existe, avant cette reconnaissance, qu'un seul arrêt statuant sur la responsabilité d'un médecin, dans le cadre de ses activités, qui précise que celui-ci demeure lié à l'hôpital par un lien de préposition, pour le reste des missions mises à sa charge (6). On peut lire, en effet, dans cet arrêt, que "si un médecin, soumis au règlement d'un hôpital en devient, de ce fait, le préposé, il cesse de l'être au moment où il accomplit un acte médical pour lequel il recouvre et conserve son indépendance". Mais il n'en demeure pas moins vrai qu'à cette époque, cette distinction, certainement surabondante dans les hypothèses où seule l'activité proprement médicale est visée, réapparaît à coup sûr lorsque l'activité administrative des médecins est en cause.

2)° Une séparation consacrée par la jurisprudence

L'arrêt de la Cour d'appel de Dijon du 18 mars 1903 (7), parfois considéré à tort comme exprimant une position dissidente (8), a parfaitement posé le principe en vigueur. On peut y

(1) Arrêt précité supra p.116 note 1.

(2) Voir supra p.116.

(3) Voir les décisions précitées supra p.118-119.

(4) Tribunal civil de la Seine, 14 décembre 1920, décision précitée supra p.118 note 3.

(5) Voir notamment sur ce problème, Cass. req. 30 novembre 1938, D.P. 1939.I. p.49, note R. Savatier, G.P. 1939.I. p.236.

(6) Aix, 17 février 1938, D.H. 1938, p.296.

(7) Arrêt précité supra p.119 note 8.

(8) Voir ainsi, L. Kornprobst, La responsabilité médicale ..., op.cit. p.306.

lire que "le médecin officiant dans un hospice, lié à celui-ci par le rapport de commis à commettant, doit être considéré comme engageant la responsabilité de cet établissement pour les fautes par lui commises dans l'exercice de ses fonctions, alors, tout au moins que les faits dommageables accomplis par lui dont il est demandé réparation, sont, non pas des manquements à l'exercice technique de la médecine, que la commission administrative n'aurait pu complètement empêcher ni même critiquer, mais des négligences qu'une surveillance plus vigilante aurait empêché de se produire" (1). Pour autant, il est important de souligner que le juge judiciaire refuse d'admettre, dans de tels cas, que l'examen de la responsabilité de l'hôpital relève de la compétence du Conseil d'Etat. Les limites à l'indépendance médicale s'arrêtent à la reconnaissance d'un lien de préposition, mais ne conduisent en aucun cas à reconnaître la qualité d'agent public du médecin, ce qui aurait vraisemblablement abouti à admettre la compétence du Conseil d'Etat pour l'ensemble des activités hospitalières.

Au point où nous en sommes, il apparaît assez nettement qu'une césure est établie, depuis le début du XX^e siècle, entre les domaines administratif et médical de l'activité hospitalière. De prime abord, il semblerait pourtant hasardeux de voir dans cette césure l'origine directe de la distinction que le Conseil d'Etat opérera à l'occasion des arrêts Vve Loiseau et Philipponneau (2). L'utilisation qui en est faite par les deux ordres de juridiction ne correspond pas au même objet. Alors que les Tribunaux judiciaires cherchent à savoir qui est responsable de l'hôpital ou de son personnel, le Conseil d'Etat cherche principalement à déterminer dans quelle mesure l'administration peut être rendue responsable du fait de ses agents. Pour autant, si les buts ne sont pas les mêmes, la préoccupation majeure qui guide l'élaboration de ces règles est identique. Il s'agit, dans tous les cas d'isoler, en raison de ses spécificités, l'activité médicale du reste des activités hospitalières et de lui affecter des règles de responsabilité spéciales.

(1) Voir également, dans le même sens, Tribunal civil de Meaux, 10 février 1938, D.H.1938 p.252.

(2) Arrêts précités supra p. 3 note 4.

TITRE UN

CONCLUSION

A cette étape de notre travail, il apparaît de façon évidente que l'élaboration par les juges de l'administration des règles de responsabilité s'est déroulée dans un contexte qui lui était fortement défavorable. Naturellement, ce contexte défavorable a conduit à exclure l'objectivation de ces règles.

D'un côté, les débats sur le caractère de service public des activités hospitalières, et surtout sur la nature de ce service public -d'assistance ou de santé à l'époque des arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau (1)- ont longtemps entravé l'éclosion du contentieux devant les juges de l'administration. D'un autre côté, la spécificité de l'art médical faisait douter de la nature de ce contentieux qui aurait dû, selon les tribunaux judiciaires, se cantonner aux seuls dommages imputables aux activités strictement administratives des hôpitaux. Par ailleurs, ces mêmes tribunaux n'hésitaient pas à se déclarer compétents pour connaître des litiges occasionnés par l'activité médicale des établissements hospitaliers.

C'est pourtant dans ce contexte que le Conseil d'Etat a fini par élaborer ses propres règles de responsabilité appliquées à l'ensemble des activités des hôpitaux publics. Selon la juridiction administrative suprême, qui ne fait rien d'autre que d'appliquer en cette matière les préceptes de l'arrêt Blanco, la spécificité de ces activités ne doit en rien empêcher de les

(1) Arrêts précités supra p.3 note 4.

qualifier de service public. Ce n'est qu'une fois ce principe affirmé que cette spécificité a contribué à déterminer l'agencement de la structure de la responsabilité du fait des hôpitaux publics. Cependant, le caractère extrêmement restrictif des règles établies par la jurisprudence du Conseil d'Etat a également conduit, par d'autres voies, à exclure l'objectivation.

TITRE II

L'EXCLUSION DE L'OBJECTIVATION CONCRETISEE PAR LES REGLES DE RESPONSABILITE APPLIQUEES AUX HOPITAUX PUBLICS

La définition des règles de responsabilité appliquées aux hôpitaux publics nécessitait que soit au préalable délimitée la compétence des juges de l'administration, ce qui n'a pas manqué de poser un certain nombre de problèmes. Dès l'origine, une conception tout à fait originale de l'indépendance médicale a généré des conflits de compétence très développés entre les juges des deux ordres de juridiction. Ce conflit s'est prolongé bien après l'unification des règles de compétence appliquées aux collectivités publiques (1), puisqu'il n'a été résolu par le Tribunal des conflits que par les arrêts Chilloux et Isaad Slimane du 25 mars 1957 (2). L'idée générale longtemps défendue par les juges de l'ordre judiciaire est que la relation privilégiée existant entre le médecin et son patient, dans le cadre du colloque singulier, exclut toute possibilité d'engager la responsabilité de l'établissement hospitalier en cas de faute médicale. En d'autres termes, les relations entre le malade et son médecin, que celui-ci agisse dans un cadre libéral, en clinique, ou bien dans un établissement public hospitalier sont toujours de nature privée. Cette réticence à reconnaître le caractère public de ce qui constitue la part la plus spécifique de l'activité des établissements hospitaliers constituait un moyen d'exclure l'objectivation des règles de responsabilité. Ainsi, ce n'est que de façon très tardive, à partir des arrêts de 1957, que l'agencement des règles de compétence juridictionnelle a pu être constitué autour de la prise en compte du caractère public ou privé des activités en cause (**chapitre I**).

Les règles de fond appliquées par les juges de l'administration à la responsabilité des établissements publics hospitaliers sont également organisées autour d'une notion force, celle de faute du service public (**chapitre II**). A l'occasion des arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau (3), le Conseil d'Etat avait précisé que ces règles se déclinaient sous deux formes différentes : la preuve d'une faute lourde était exigée lorsque l'activité médicale des établissements publics hospitaliers était en cause, la preuve d'une faute simple était requise lorsque c'était le fonctionnement ou l'organisation de ces établissements qui était incriminé. A l'origine, les juges de l'administration avaient une conception extrêmement rigoureuse de ces règles, dont la constitution avait été principalement inspirée par la vieille idée d'irresponsabilité médicale (4). Cette conception les conduisait à accorder une place importante à la faute lourde. Elle les poussait également à s'opposer à toutes les tentatives d'assouplissement, qu'elles s'incrivent dans le respect du principe de la responsabilité pour faute ou, a fortiori, qu'elles tentent de mettre en place des mécanismes de responsabilité sans faute. Une telle attitude restrictive, de la part du Conseil d'Etat conduisait nécessairement à exclure toute possibilité d'objectivation des règles de responsabilité appliquées aux établissements hospitaliers.

(1) Voir sur ce point supra p.45-53.

(2) Arrêts précités supra p. 15 note 2.

(3) Arrêts précités supra p.3 note 4.

(4) Voir sur ce point supra p.101-114.

CHAPITRE UN

LA DEFINITION DES REGLES DE COMPETENCE EN FONCTION DU CARACTERE PUBLIC OU PRIVE DES ACTIVITES EN CAUSE

Si M. Chapus a justement écrit que l'arrêt Blanco a marqué la fin d'une "ère des conflits de prestige", les problèmes de compétence en matière de responsabilité hospitalière sont longtemps apparus comme une exception à cette affirmation. Jusqu'à leur résolution par le Tribunal des conflits, à l'occasion des célèbres arrêts Chilloux et Isaad Slimane du 25 mars 1957 (1), ces problèmes ont en effet davantage été sous-tendus par des motivations d'ordre politique, plutôt que par des arguments d'ordre technique.

On ne veut pas dire, par là, que le conflit entre les deux ordres de juridiction revêtait un caractère identique à celui qui s'est déroulé jusqu'à l'arrêt Blanco. Leur portée est différente, puisque cet arrêt, qui s'inscrit dans un contexte d'opposition généralisée, vaut pour l'ensemble du contentieux administratif, alors que les arrêts de 1957 ne concernent que la responsabilité des hôpitaux publics.

On ne saurait non plus occulter les enjeux purement pratiques de ce débat. Pour le juge judiciaire, la rigueur d'une jurisprudence administrative qui n'admettait la responsabilité des

(1) Arrêts précités supra p.14 note 2.

hôpitaux, dans le domaine médical, que dans les hypothèses où une faute lourde était prouvée, ce qui excluait l'objectivation de la responsabilité, pouvait sembler difficilement défendable. Il pouvait, en outre, apparaître assez anormal, surtout après l'instauration de la sécurité sociale, qu'un régime de réparation différent soit appliqué à la même catégorie d'assurés sociaux, selon que leur hospitalisation ait lieu dans un hôpital public ou bien dans une clinique privée.

Mais en dépit de l'existence de ces préoccupations légitimes, il serait tout à fait abusif d'assimiler le problème de compétence qui nous intéresse à un simple problème d'ordre technique. Pour utiliser un parallèle avec une autre question de compétence apparue à la même époque, on peut comparer les divergences existant en matière hospitalière, à celles survenues dans l'interprétation de la loi du 31 décembre 1957 sur les actions en responsabilité tendant à réparer les dommages occasionnés par les véhicules. Dans ce dernier domaine, la controverse entretenue entre les deux ordres de juridiction a été au moins aussi sévère que dans celui qui nous intéresse. Mais il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agissait ici que d'une controverse d'ordre purement technique, uniquement fondée sur des interprétations contradictoires d'un texte dont la portée est limitée, et dont le contenu est relativement imprécis (1).

Les problèmes de compétence générés par le développement du contentieux de la responsabilité hospitalière ne se posent pas dans ces termes. Les enjeux de la querelle, quoique strictement cantonnés à ce seul domaine, sont d'une toute autre importance. Derrière la question de compétence se profilent, en effet, d'autres questions : celle du statut de l'hospitalisé, celle des liens entre le médecin hospitalier et le service public et, de façon plus générale, celle de la place de l'hôpital public dans la société. En dépit d'une opposition farouche des tribunaux judiciaires, étayée par des arguments souvent renouvelés, le Conseil d'Etat a finalement réussi à imposer la notion de service public comme critère de compétence juridictionnelle (**Section I**). L'évolution subie par les modalités d'accomplissement de ce service public, vers une interpénétration croissante des interventions publiques et privées, a cependant conduit la juridiction administrative suprême à faire preuve d'un certain réalisme caractérisé par la mise en oeuvre de critères de compétence complémentaires (**Section II**).

(1) Voir notamment J-A Mazères, *Véhicules administratifs et responsabilité publique*, Bibliothèque de droit public, Tome ILVII, L.G.D.J. 1962, avec une très intéressante préface de P. Couzinet ; M. Waline, "Tableau de la jurisprudence sur les compétences contentieuses en matière d'accidents causés par les véhicules", R.D.P. 1973, p.218-232.

Section I : Compétence juridictionnelle et service public

Le problème de l'avènement du critère de service public doit être, à notre avis, envisagé selon deux angles différents, qui correspondent aux deux points sur lesquels s'est cristallisée l'opposition entre les deux ordres de juridiction. Pour soumettre l'ensemble du contentieux généré par l'activité des hôpitaux publics à la compétence des juges de l'administration, il fallait en effet admettre que le statut des différents acteurs de la responsabilité hospitalière était un statut de droit public. En d'autres termes, il fallait reconnaître que l'hospitalisé était un usager du service public, et que le médecin hospitalier, car c'est encore de son point de vue que le problème majeur se pose, était un agent du service public. Tant que ces deux idées n'ont pas été admises, les règles de responsabilité administrative ont eu du mal à se développer, et leur objectivation était nécessairement exclue.

§I- L'hospitalisé, usager du service public

Le problème de la détermination du statut de l'usager se pose principalement en fonction des évolutions qui ont marqué l'hôpital public, et en particulier par rapport à la transformation de sa clientèle. Or, dans ce domaine, si le Conseil d'Etat a rapidement reconnu la qualité d'usager des hospitalisés, le juge judiciaire a longtemps utilisé un certain nombre de biais qui lui ont permis de contester ce statut, jusqu'à l'intervention décisive du Tribunal des conflits.

A- La reconnaissance du statut d'usager de l'hospitalisé par le Conseil d'Etat

Cette reconnaissance n'a guère posé de problèmes à partir du moment où un texte ouvrait l'hôpital public à telle ou telle catégorie de malades ou d'indigents. En revanche, il en est allé tout autrement pour les malades payants, qui ne sont admis dans les établissements publics hospitaliers qu'en vertu de leur règlement.

1)° Le cas des hospitalisés admis en vertu d'un texte

A partir du moment où une loi ouvre l'hôpital à telle ou telle catégorie de personnes, il n'y a aucun obstacle à reconnaître, pour utiliser une expression consacrée, l'existence d'une situation "légale ou réglementaire de droit public" permettant de qualifier ces personnes d'usagers (1).

Dans ce cadre, l'hospitalisé "ne fait que profiter de son statut qui préexistait à sa maladie et qu'il ne lui appartient pas de modifier" (2). Aussi, la reconnaissance du statut d'usager n'a pas posé de réels problèmes à partir du moment où la population concernée se voyait légalement admise à l'hôpital. Tel est le cas, en particulier, des couches sociales traditionnellement visées que constituent les aliénés, les indigents, les enfants assistés, ou encore les malades, vieillards, infirmes et incurables (3). Avec l'évolution des conceptions hospitalières (4), le législateur n'a cependant pas tardé à ouvrir l'hôpital à des catégories de population moins socialement défavorisées. Sont ici concernés les accidentés du travail, les militaires et déjà, dès 1928, les premiers assurés sociaux (5).

En revanche, contrairement à ce que l'on peut observer ailleurs, l'ouverture des hôpitaux

(1) Voir notamment sur cette question, L. Duguit, "De la situation juridique d'un particulier faisant usage d'un service public", Mélanges Hauriou, Sirey 1929, p.241-284 ; J. Du Bois de Gaudusson, L'usager du service public administratif, Bibliothèque de droit public, Tome CXV, L.G.D.J. 1974. Voir également, dans le domaine hospitalier, E. Prévôt, La responsabilité des établissements publics hospitaliers, op.cit. p.199-207 ; J-M De Forges, L'hospitalisé, op.cit. p.42-45.

(2) E. Prévôt, la responsabilité des établissements publics hospitaliers, op.cit. p. 199.

(3) Pour les aliénés, voir la loi du 30 juin 1838 et l'ordonnance du 18 décembre 1839. Selon ces dispositions, la charge du service des aliénés appartient normalement au département. Mais dans l'hypothèse où il n'existe pas d'établissement spécialisé, le préfet est autorisé à traiter avec un établissement hospitalier du département en vue d'assurer l'accueil de ces malades.

Pour ce qui concerne les indigents, voir la loi déjà évoquée du 7 août 1851 modifiée par la loi du 15 juillet 1893.

Le sort des enfants assistés est réglé par la loi du 27 juin 1904, qui institue un système proche de celui établi par la loi du 30 juin 1838. Le département a légalement la charge du service des enfants assistés qui sont néanmoins reçus par les établissements publics hospitaliers. Précisons toutefois que les établissements "dépositaires" -tel est le terme utilisé par la loi- ne traitent pas avec le département. Ils sont en effet légalement tenus d'accueillir ce type de population.

Pour les vieillards de plus de 70 ans, les infirmes et les incurables, voir la loi déjà évoquée du 14 juillet 1905, modifiée par la loi du 31 décembre 1907.

(4) Voir supra p. 64-69.

(5) L'article 4 de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail prévoit l'admission des accidentés dans les établissements publics hospitaliers aux frais de l'employeur.

La loi du 31 mars 1919 permet aux militaires invalides de se faire admettre gratuitement dans les établissements publics hospitaliers. Sur les hôpitaux militaires, voir infra p. 193-197.

Pour ce qui concerne les assurés sociaux, voir les lois précitées du 5 avril 1928 et du 30 avril 1930.

publics aux malades payants n'était pas prévue par la loi, ce qui a conduit à s'interroger sur la qualité d'usager du service public de ces malades.

2)° Le cas particulier des malades payants admis en vertu d'un règlement hospitalier

On estimait généralement que l'admission des malades payants dans les établissements publics hospitaliers était légale, à condition toutefois qu'il y ait carence de l'initiative privée, et que la dotation réservée à l'entretien des personnes admises en vertu d'un texte, soit suffisante (1). Le Conseil d'Etat a longtemps estimé que les actions en responsabilité intentées par les malades payants contre un hôpital public relevaient de la seule compétence du juge judiciaire. Même si l'on sait que le contentieux de la responsabilité des hôpitaux publics était pratiquement inexistant durant le XIX^e siècle, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de donner un avis conforme sur une circulaire du ministre de l'intérieur du 26 juillet 1833 précisant le statut de cette catégorie de malades (2). Il ne fait aucun doute, d'après cette circulaire, que les rapports existant entre l'hôpital et les malades payants font l'objet de contrats de droit privé, identiques à ceux pouvant être conclus entre une clinique et ses clients.

D'autres indications relatives au statut des malades payants peuvent également être relevées dans le contentieux fiscal intéressant les hôpitaux. Dans un arrêt Département de la Seine du 7 février 1900, le Conseil d'Etat a ainsi décidé que ces établissements ne pouvaient prétendre à une exonération de l'impôt foncier et de l'impôt sur les portes et fenêtres grevant les bâtiments occupés par des malades payants (3). Dans un autre arrêt du 17 juin 1903, Commission administrative des hospices civils de Lille, la juridiction administrative suprême a pu également préciser qu'un tel établissement "ne peut être considéré, ni comme une propriété publique affectée à un service public et non productive de revenus, ni comme un hospice" (4).

Il faut toutefois attendre l'arrêt L'Abeille du 17 mars 1905 pour voir la juridiction administrative suprême tirer toutes les conséquences de sa conception du statut des malades payants dans le contentieux de la responsabilité (5). On peut ainsi lire, dans cet arrêt, que "les tribunaux judiciaires sont compétents pour juger les contestations qui s'élèvent entre les

(1) Voir sur ce point E. Prévôt, La responsabilité des établissements hospitaliers, op.cit. p.28-35 ; A. Moulet, Essai sur le statut des médecins hospitaliers, op.cit. p.42-43.

(2) Texte cité par E. Prévôt, Ibid. p.200.

(3) S.1903.III.p.56.

(4) S.1905.III.p.153.

(5) Rec. p.272.

hôpitaux et les personnes qui y sont admises à tout autre titre que celui d'indigents privés de ressource”.

Pourtant, dès cette époque, la position du Conseil d'Etat semblait difficilement tenable. En pratique, en effet, il n'existe pas de véritable différence de traitement entre les malades payants et les autres types de clientèle hospitalière. S'il peut exister des services spécifiques réservés aux malades payants, le bénéfice des traitements et les attentions du corps médical ne doivent en aucun cas être dispensés à leur seul profit. En fait, la seule véritable différence entre ces deux catégories de malades réside plutôt dans le fait que certains hospitalisés légalement admis bénéficient d'un service public d'assistance, dont les soins médicaux ne constituent que l'un des aspects. Au contraire, le malade payant admis à l'hôpital, comme l'assuré social ou l'accidenté du travail, ne vise à obtenir -de façon principale- que ce dernier type de prestations. Le fait que l'un soit tenu de s'acquitter d'un prix de journée, qui est payé par un tiers pour les seconds, ne différencie en rien les rapports qu'ils entretiennent avec le service : tous sont tenus de se plier à la discipline de l'hôpital public, sans jamais pouvoir prétendre modifier le statut qui leur est imposé. C'est ainsi, notamment, que le malade payant n'a aucune possibilité de choisir le praticien qui le soignera, ni de remettre en cause le tarif en vigueur. En d'autres termes, le malade payant, de la même façon que les autres malades, ne contracte pas avec l'hôpital : il ne fait que "(demander) à profiter du service public" (1). A l'opposé, la Cour de cassation a rappelé, dans deux arrêts du 17 mai 1939, que ces principes ne s'appliquent pas dans les cliniques privées (2). Dans ces établissements, les malades sont libres de choisir leur médecin, et les honoraires sont fixés par entente directe.

On voit bien quels inconvénients pratiques pouvait engendrer la position initialement défendue par le Conseil d'Etat relativement au statut des malades payants (3). Il était en effet particulièrement choquant de voir des individus, soignés au même endroit, souvent par le même personnel, et selon des traitements identiques, se voir appliquer des règles de réparation différentes. On pouvait considérer, en définitive, que la raison d'être de cette distinction résidait, non pas dans une différence foncière de statut, mais seulement dans l'origine sociale des malades.

Une telle conception allait évidemment à l'encontre du mouvement de démocratisation des soins (4). De fait, après être revenu sur sa jurisprudence antérieure dans le contentieux fiscal (5), le Conseil d'Etat n'a plus jamais fait allusion aux malades payants entre l'arrêt

(1) E. Prévôt, *La responsabilité des établissements publics hospitaliers*, op.cit. p.200. Voir également J-M Auby, *Traité de droit médical*, op.cit. p.474-475.

(2) Cass.civ. 17 mai 1939, D.P. Tables 1936-1940, p.401, n°44.

(3) Voir E. Prévôt, *La responsabilité des établissements publics hospitaliers*, op.cit. p.203-207.

(4) Voir supra p. 65-69.

(5) Voir C.E. 17 juin 1929 *Administration de l'assistance publique*, sur la possibilité de déduction des

L'Abeille du 17 mars 1905 (1) et le milieu du XX^e siècle. Ce n'est, en fait, qu'à partir du moment où le législateur et le pouvoir réglementaire ont effectivement autorisé l'exercice de certaines formes de médecine libérale au sein des hôpitaux que cette distinction, désormais conforme à la spécificité du statut des malades payants, allait pouvoir être remise en vigueur.

Si la position de la juridiction administrative suprême sur le statut de l'hospitalisé au sein des hôpitaux publics apparaît, en dépit des incertitudes que l'on vient de soulever, assez claire, celle des tribunaux judiciaires est beaucoup plus délicate à déterminer. De la part de ces derniers juges, la reconnaissance du statut d'usager de l'hospitalisé n'a été que beaucoup plus tardive.

B- La reconnaissance tardive du statut d'usager de l'hospitalisé par le juge judiciaire

Plutôt que de reconnaître l'existence de ce statut, le juge judiciaire a longtemps préféré voir dans les rapports entretenus entre l'hospitalisé et l'hôpital public un lien contractuel. On doit cependant préciser que, comme pour le Conseil d'Etat, les difficultés à admettre l'existence d'un tel statut ne concernent pas, à une exception près que l'on aura l'occasion d'évoquer ci-dessous, les individus admis à l'hôpital en vertu de dispositions légales ou réglementaires. Mais ceci ne doit pas nous étonner, dans la mesure où le désaccord réel existant entre les deux ordres de juridiction portait sur l'activité purement médicale des hôpitaux (2). De fait, à partir du moment où il peut utiliser, le cas échéant, la thèse de l'indépendance médicale pour justifier sa propre compétence, le juge judiciaire ne perd rien à admettre la qualité d'usager des hospitalisés (3).

Le triomphe d'un certain courant doctrinal aurait cependant pu remettre en cause ces solutions. Selon certains auteurs, en effet, il aurait existé entre l'hôpital et ses médecins une convention de louage de service dont l'accessoire aurait été constitué par une stipulation pour autrui souscrite par ces médecins au bénéfice des hospitalisés (4). Dans ce cadre, le malade

impôts fonciers par les établissements publics hospitaliers recueillant des malades payants, lorsque les prix de journée exigés sont inférieurs aux frais d'hospitalisation. Voir dans le même sens, C.E. 20 mai 1931, Hospices civils Lille, S.1931.III.p.26.

(1) Arrêt précité supra p.131 note 5.

(2) Voir supra p. 115-119 et infra p.138-151.

(3) Voir infra p.145-151.

(4) Voir notamment R.Rodière, note sur Cass.civ. 17 décembre 1954, D.P.1955.p.266, P.Sahut, Nature juridique de la responsabilité civile des médecins, Thèse Montpellier 1931, p.61, cité par R.J. Nectoux in La

bénéficiaire aurait pu, quelles que soient sa qualité et la nature du dommage subi, actionner soit la responsabilité administrative de l'hôpital stipulant devant les tribunaux de l'ordre administratif, soit la responsabilité contractuelle du médecin promettant devant les tribunaux judiciaires. Fort heureusement pour la sauvegarde des principes de compétence, cette solution n'a pas été retenue par la jurisprudence. Il n'existe, en effet, dans le domaine qui nous intéresse, qu'un seul arrêt qui utilise ce mécanisme de stipulation pour autrui en vue d'engager la responsabilité d'un centre de transfusion sanguine, organisme de droit privé co-contractant d'un hôpital public, envers un malade contaminé par des échantillons de sang infectés (1). En revanche, cette solution, ne sera jamais mise en avant pour permettre au malade de bénéficier d'une option entre l'hôpital et le médecin dans le choix des poursuites à engager.

Ce n'est, en réalité, que dans l'hypothèse où l'hospitalisé est un malade payant que le juge judiciaire s'est longtemps refusé à le considérer comme un usager, pour le qualifier de co-contractant de droit privé. On doit cependant réserver l'hypothèse spécifique des aliénés payants admis dans les hôpitaux publics en vertu de la loi du 30 juin 1838. Selon une Cour d'appel, dont on évoquera le point de vue dans un premier paragraphe, le contrat liant ce type de malade et l'établissement hospitalier serait, en effet, un contrat de droit public.

1)° Le contrat d'hospitalisation public souscrit par les aliénés payants

La loi du 30 juin 1838 permet aux aliénés de se faire placer volontairement dans des établissements spécialisés moyennant le versement d'une redevance, ce qui a permis à la jurisprudence de reconnaître, très tôt, la compétence du Conseil d'Etat. Le même Conseil d'Etat n'a d'ailleurs pas hésité, contrairement à ce qu'il faisait dans les autres secteurs de l'hospitalisation (2), à exonérer les établissements recevant ce type de malades de l'impôt foncier et de l'impôt sur les portes et les fenêtres (3).

De son côté, la Cour d'appel de Nîmes, saisie d'une demande en réparation formée contre un hôpital psychiatrique par un aliéné payant, s'est déclarée incompétente (4). La Cour a

responsabilité des cliniques et des hôpitaux, op.cit. p.151. Contra, R. Savatier, note sur le même arrêt, J.C.P. 1955.II.n°8490 ; M. Langlais, Médecine de service public et compétence juridictionnelle ..., op.cit. p.25-26 ; R-J Nectoux, La responsabilité des cliniques et des hôpitaux, op.cit. p.152-156.

(1) Cass. civ.17 décembre 1954, précité supra p.133 note 4.

(2) Voir supra p.131.

(3) C.E. 20 mai 1904, Ministre des finances c. Asile départemental des aliénés de Saint-yon, S.1906.III.p.108.

(4) Nîmes, 3 juillet 1933, D.H. 1933 p.517. Voir également, sur ce point, M. Langlais, Médecine de service public et compétence juridictionnelle ..., op.cit. p.26, et une note anonyme, par ailleurs citée par cet auteur sur Cass. civ. 19 mars 1935, G.P. 1935.I. p.893.

repoussé l'argument de l'appelant qui soutenait qu'une convention de droit privé avait été conclue entre l'hôpital et lui. Selon la cour, en effet, "le contrat aux termes duquel un asile d'aliénés s'engage, moyennant une rétribution, à entretenir, soigner et surveiller un malade, n'est pas un contrat de droit commun, mais un contrat qui suppose l'exercice de la puissance publique, et de pouvoirs spéciaux réglementés par des lois particulières étrangères au droit civil".

Si la compétence du Conseil d'Etat est reconnue, on voit bien qu'il était également difficile, pour la Cour d'appel de Nîmes, de ne pas préciser son point de vue sur la nature des relations entretenues entre l'hôpital et l'aliéné. Sans doute, une telle attitude aurait-elle risqué d'être traduite comme une reconnaissance implicite de la situation d'usager des malades payants. C'est pour cette raison, semble-t-il, que la Cour d'appel de Nîmes a tenu à exprimer son attachement à la thèse contractuelle, tout en prenant en compte le particularisme de la situation des aliénés payants admis à l'hôpital en vertu d'un texte. La thèse du contrat d'hospitalisation public lui permettait, dans cette optique, d'opter pour une position médiane.

On ne saurait, par conséquent, donner à la solution retenue par la Cour d'appel de Nîmes une portée significative. Cet arrêt ne peut être en aucun cas rapproché d'une certaine doctrine privatiste qui voit, justement, dans les rapports existant entre l'hôpital et les hospitalisés, quel que soit le statut de ces derniers, un contrat de droit public justifiant la compétence des juges de l'administration (1).

En réalité, l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes, qui n'a bien évidemment laissé aucune empreinte durable sur la jurisprudence administrative (2), apparaît davantage comme le dérivé de la thèse principale développée par les tribunaux judiciaires, selon laquelle les malades payants sont liés aux hôpitaux publics par un contrat d'hospitalisation de droit privé.

2)° Le contrat d'hospitalisation privé souscrit par les autres catégories de malades payants

Le premier arrêt qui retient que les rapports existant entre l'hôpital public et un malade payant sont de nature contractuelle et privée est celui, déjà cité, de la Cour d'appel de Dijon

(1) Ainsi, R. Savatier pense "que le *contrat médical* (souscrit à l'hôpital public), dans les devoirs qu'il implique envers le malade n'est pas spécial à la médecine libre ... même si dans ce cas il s'agit d'un contrat d'adhésion ... dans lequel les règles d'humanisme ... paraissent imposer les mêmes garanties que dans le contrat de médecine libre, du moment que c'est toujours la santé de l'homme qui est en jeu". Voir note sous C.E. 9 novembre 1959 Sarotte, J.C.P. 1959.II.n°11342. Voir également Flour, les rapports de commettant à préposé ..., op.cit. p.171, note 1.

(2) Voir cependant, dans ce sens, Conseil de préfecture de Marseille, 18 décembre 1936, Farel c. Hospices de Marseille, G.P. 1937.I.p.395.

du 18 mars 1903 (1). On peut y lire très clairement que “lorsqu’un hospice reçoit un malade payant, il se crée entre ce dernier et la commission administrative une obligation contractuelle qui donne à cette commission le devoir d’assurer au malade ... les visites médicales que nécessite son état”. Dans de telles hypothèses, c’est également la similitude de la situation du malade payant admis à l’hôpital public, et celle de celui admis dans une clinique privée qui sous-tend, le plus souvent, la solution retenue. C’est ainsi que la Cour d’appel de Colmar a pu relever, dans un arrêt du 26 janvier 1932, que “la convention hôpital-malade payant” donne le droit au patient de bénéficier de prestations identiques à celles qu’offre “au même titre onéreux toute clinique privée” (2). La Cour conclut que seul le juge judiciaire est compétent pour connaître des actions en responsabilité fondées sur la violation des obligations contractuelles souscrites par l’hôpital public.

On ne reviendra pas sur les failles que présente un raisonnement identique à celui qu’on a eu l’occasion de critiquer dans les développements précédents consacrés à l’étude de l’arrêt l’Abeille (3). Il est cependant intéressant de noter que dès le début du siècle, une Cour d’appel n’hésitait pas à considérer qu’un “médecin attaché à un hospice ou à un hôpital n’a aucun droit de réclamer directement les honoraires aux malades qui sont admis dans un établissement, qu’ils soient indigents ou qu’ils paient des frais de séjour ou de traitement” (4).

En fait, on peut ici observer, une fois encore, que ce n’est pas la situation réelle des deux catégories d’hospitalisés, mais leur situation respective par rapport à la loi qui justifie la solution retenue. Car en effet, contrairement au Conseil d’Etat, les juges de l’ordre judiciaire ont très longtemps soutenu que ces malades, dont la situation n’était pas légalement réglementée, étaient liés à l’hôpital par un contrat d’hospitalisation privé.

Dès 1935, la Cour de cassation, cassant l’arrêt de la Cour d’appel de Colmar du 26 janvier 1932, avait pourtant clairement pris position en faveur du caractère statutaire du lien unissant l’hôpital public et ses malades payants (5). Selon la Cour de cassation, en effet, que le malade soit payant ou qu’il appartienne à une autre catégorie de patients, “l’hospice (l’hôpital en général) assure, dans l’un et l’autre cas, l’exécution d’un service public dans des conditions non assimilables à celles où fonctionnerait une entreprise privée”.

Il serait néanmoins tout à fait abusif de considérer que cet arrêt a mis fin à la controverse entretenue dans ce domaine. Contrairement au Conseil d’Etat, juge de droit commun en

(1) Voir supra p.119 note 8.

(2) G.P. 1932.I.p.729.

(3) Arrêt précité supra p.131 note 5.

(4) Montpellier, 26 mars 1900, S.1902.II.p.204.

(5) Cass.civ. 19 mars 1935 précité supra p.114 note 4.

premier et dernier ressort jusqu'à la réforme du contentieux de 1953, la Cour de cassation n'avait pas les moyens de contraindre les juges du fond à épouser ses thèses. La chambre civile dut ainsi, à l'occasion d'un arrêt du 23 décembre 1952, censurer la Cour d'appel de Riom qui avait tenté de ressusciter la thèse du contrat d'hospitalisation (1).

Dans l'ensemble, les juges de l'ordre judiciaire semblent toutefois s'être ralliés à la thèse défendue par la Cour de cassation et cela quand bien même ce ralliement a généralement été implicite. La Cour d'appel de Colmar a ainsi admis, dans un arrêt du 2 décembre 1953 (2), que si "en principe la responsabilité du médecin a pour origine le contrat médical par lequel (il) s'oblige à donner des soins diligents au malade qu'il a choisi", ces règles ne s'appliquent pas dès lors que ce médecin a agi "non pas comme un médecin privé, mais en vertu des fonctions qui lui ont été conférées à l'hôpital". La position de l'hospitalisé par rapport à l'hôpital n'est donc pas directement envisagée, bien qu'il soit tout à fait clair, dans cette hypothèse, que la solution retenue par la Cour prend en compte la qualité d'usager de cet hospitalisé.

Ceci étant, d'autres juges judiciaires n'ont pas hésité, à l'opposé, à se fonder sur l'évolution de la clientèle hospitalière en vue de revendiquer leur propre compétence. Dans ce cadre, et même si cet argument n'a été clairement adopté que par le seul Tribunal civil de Colmar à l'occasion d'une décision du 27 février 1951 (3), c'est justement le nouveau statut de l'hôpital public ouvert aux assurés sociaux, qui l'aurait rapproché de la clinique privée, et aurait ainsi justifié une extension de la compétence judiciaire. Cet argument est identique à celui utilisé par l'avocat du Docteur Chilloux à l'occasion des arrêts du Tribunal des conflits du 25 mars 1957 (4). Selon cet avocat, en effet, "le fonctionnement du service hospitalier dans son ensemble n'est pas différent de celui d'une clinique privée" (5). Or, ajoute le défenseur de Chilloux, "la vieille notion de service d'assistance médicale gratuite est périmée, comme d'ailleurs la notion de service public elle-même" (6).

Cette position était cependant minoritaire et le Tribunal des conflits, en l'écartant implicitement à l'occasion des arrêts Docteur Chilloux et Isaad Slimane (7), n'a fait que

(1) Riom 20 janvier 1947, cassé par Cass. civ. 23 décembre 1952, D.P. 1953.p.161.

(2) D.P.1953 somm.p.37. Voir également, prenant en compte la "gestion publique" d'un hôpital, Tribunal civil de Lille, D.P.1953 p.762, G.P. Tables 1958.I.p.115, n°5-6.

(3) D.P. 1951 p.374.

(4) Arrêts précités supra p.14 note 2.

(5) Ce point de vue est reproduit dans les conclusions de Chardeau sur les arrêts Docteur Chilloux et Isaad Slimane (D.P. 1957 p.397).

(6) Ibid.

(7) Arrêts précités supra p.14 note 2.

conforter la jurisprudence dominante. Mais si, dans ce domaine, le Tribunal des conflits ne faisait, en dépit des réserves que l'on a pu formuler, que rejoindre le point de vue exprimé par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, il n'en est pas allé de même lorsqu'il s'est agit de tirer toutes les conséquences de la qualité d'agent public des médecins hospitaliers.

§II- Le médecin hospitalier, un agent public

Si la question du statut des malades hospitalisés, mis à part le problème des malades payants, n'a jamais réellement revêtu une importance primordiale dans l'opposition entretenue entre les deux ordres de juridiction, c'est avant tout parce que le principal enjeu du conflit de compétence se situait ailleurs, dans la définition des rapports existant entre l'hôpital public et ses médecins.

Un auteur a pu cependant prétendre que les problèmes posés par l'existence de ces rapports n'ont pas "à intervenir dans le domaine de la responsabilité des services publics envers les usagers" (1). Mais selon nous, cette opinion est erronée, notamment dans la mesure où elle fait dire à certains auteurs, parmi lesquels figurent MM. Benoît et Auby, ce qu'ils ne disent pas (2). Dans ce sens, si F-P Benoît a effectivement pu écrire que "ce n'est pas ... à raison du lien de carrière qui existe entre un fonctionnaire et l'administration qui l'emploie que prend naissance la responsabilité de celle-ci du fait de son agent" (3), cela ne signifie certainement pas que l'existence d'un tel lien est indifférente.

Ce point de vue ne concerne, en réalité, que le juge administratif dans l'application des règles du droit public. La question du statut du médecin hospitalier réapparaît, en revanche, dès lors que le juge, administratif ou judiciaire, s'interroge sur le point de savoir si la situation du médecin par rapport à l'administration justifie que la responsabilité du service public soit engagée du fait de son activité. Or, de ce point de vue, la position des deux ordres de juridiction a été radicalement opposée. D'un côté, le juge administratif admettait, en effet, que la responsabilité de l'hôpital public pouvait être engagée du fait de l'activité des médecins hospitaliers. Par là-même, en rattachant ce contentieux à sa compétence et à l'empire des règles du droit administratif, c'est la garantie du service public que ce juge

(1) M. Langlais, *Médecine de service public et compétence juridictionnelle ...*, op.cit. p.77.

(2) F.P. Benoît, "La responsabilité du service et la responsabilité personnelle des agents non fonctionnaires des services publics hospitaliers et d'assistance ...", op.cit. ; J-M Auby, "Une divergence des jurisprudences administrative et judiciaire : la responsabilité des médecins et chirurgiens des hôpitaux publics", S.1957 Chron. p.1-4.

(3) Ibid. p.51.

entend assurer. Mais d'un autre côté, pour le juge judiciaire, le problème ne se pose pas dans ces termes. Selon ce juge, en effet, la garantie du service public n'est concevable qu'à partir du moment où elle ne met pas en danger l'indépendance du médecin.

A- Le Conseil d'Etat et la garantie du service public

La garantie de l'intégrité du service public a constitué le véritable enjeu de la détermination du statut des médecins hospitaliers. Si les arrêts Blanco et Pelletier ont fait admettre la compétence des juges de l'ordre administratif pour connaître des litiges relatifs à l'exécution des services publics, cette affirmation aurait été en effet dénuée de toute portée, dans le domaine qui nous intéresse, si le caractère d'agent public des médecins hospitaliers n'avait pas également été reconnu. A défaut, l'essentiel du contentieux hospitalier aurait été dévolu au juge judiciaire, et la conception du service public assuré par l'hôpital serait demeurée cantonnée à son ancienne mission d'assistance.

C'est surtout dans le contentieux opposant l'hôpital à ses médecins que le problème de la détermination de la nature du lien existant entre eux est abordé de front. Dans le contentieux de la responsabilité relatif aux usagers, cette question est en effet seulement résolue de façon implicite dans la mesure où elle n'est pas déterminante, de ce point de vue, pour l'application des règles du droit administratif par le Conseil d'Etat.

En outre, à notre avis, seule la qualification d'agent public était susceptible d'offrir une assise suffisante à l'édiction d'un corps de règles spécifiques adapté à la responsabilité des hôpitaux publics. Certes, on aurait pu imaginer, si l'hôpital public était encore voué à une mission d'assistance entendue *stricto sensu*, de qualifier les médecins hospitaliers de "collaborateurs" de l'hôpital public. Mais ceci apparaît impossible à partir du moment où les médecins hospitaliers exercent leur profession au sein de l'hôpital, et sont employés par lui (1). Il restait donc au Conseil d'Etat, comme unique solution visant à préserver l'intégrité du service public, d'affirmer la qualité d'agent public des médecins hospitaliers.

La thèse récente de Mme. Moquet-Anger, fondée sur une étude jurisprudentielle approfondie, fournit un grand nombre de renseignements sur le sujet qui nous intéresse (2). Il nous semble toutefois qu'il n'est pas superflu d'étudier ce problème du point de vue de la

(1) Voir sur ce point, M.L. Moquet-Anger, Le statut des médecins publics hospitaliers, Les grandes thèses du droit français, P.U.F. 1994, p.55. Sur la situation du médecin hospitalier sous l'Ancien Régime, voir supra p.57.

(2) Le statut des médecins public hospitaliers ..., op.cit. p. 54-56. Voir également, pour une étude cantonnée à l'époque récente, M. Ladhari, La médecine service public, op.cit. p.336.

compétence juridictionnelle, lequel point de vue n'a été qu'effleuré par cet auteur (1). Sous cet angle, on étudiera d'abord comment le Conseil d'Etat a reconnu -de façon souvent implicite- le statut d'agent public des médecins hospitaliers dans le contentieux opposant ces médecins aux hôpitaux. On s'intéressera ensuite, dans un second point, à la reconnaissance inconditionnelle de ce statut.

1)° Les prémices de la reconnaissance du statut d'agent public des médecins hospitaliers dans le contentieux les opposant aux hôpitaux

Le fait que cette reconnaissance se soit d'abord produite dans ce type de contentieux n'est guère surprenant. Compte tenu de la position sociale des médecins comparée à celle des indigents qui ont longtemps été les principaux clients de l'hôpital public "dépotoir social", il était en effet parfaitement logique que le contentieux de la responsabilité hospitalière se développe dans cette direction. On ne manquera pas non plus de faire remarquer que l'ancien critère de compétence interdisant aux tribunaux judiciaires de connaître des actes administratifs était tout autant favorable au développement de ce contentieux. On a pu en effet noter, en étudiant l'arrêt Gilles du 10 mars 1858, que le conflit survenu entre les deux ordres de juridiction, sur une demande de réparation formée par un hospitalisé, n'avait pas remis en cause le principe de la compétence au fond du juge judiciaire (2). Dans cette espèce, le Conseil d'Etat a seulement jugé que l'examen des règlements de l'hôpital, rendu nécessaire par les circonstances de l'espèce, doit d'abord lui être dévolu au titre d'une question préjudicielle.

A l'évidence, le contentieux opposant les médecins aux hôpitaux, et en particulier le contentieux disciplinaire, ne pouvait connaître une telle solution : le fait que l'action soit fondée, dans cette dernière hypothèse, sur un acte administratif de révocation ou de sanction, réclamait de façon certaine la compétence des juges de l'administration. Ceci explique pourquoi le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent, dès 1852, pour contrôler la légalité d'un acte de révocation d'un médecin hospitalier (3).

Dans le même ordre d'idées, on aurait pu également penser que l'arrêt Blanco allait favoriser une reconnaissance plus explicite de la qualité d'agent public de ces médecins. L'évolution de l'interprétation de la règle de séparation des autorités administratives et judiciaires, de l'interdiction faite au juge judiciaire de connaître des actes administratifs, vers l'interdiction de s'immiscer dans l'activité des services publics (4), aurait dû logiquement

(1) Le statut des médecins publics hospitaliers ..., op.cit. p.61.

(2) Arrêt précité supra p.63 note 3.

(3) C.E. 14 juin 1852, Dumoutier, Rec. p.231, cité par Mme. Moquet-Anger.

(4) Voir sur ce point supra p.43-44.

permettre de caractériser leur situation statutaire vis-à-vis de l'administration. Or, il n'en fut rien. La persistance de l'indépendance médicale, la conception encore étroite des missions de l'hôpital service public, ont conduit le Conseil d'Etat à laisser perdurer les solutions en vigueur avant l'arrêt Blanco.

C'est toujours, par conséquent, dans le contentieux opposant l'hôpital et ses médecins que l'on trouve les indices de la reconnaissance du statut d'agent public des praticiens hospitaliers. En 1903, le Conseil d'Etat a ainsi eu l'occasion d'appliquer la théorie des droits acquis dans une affaire opposant un praticien et une commission administrative accusée de violer une de ses délibérations (1). Mais c'est surtout avec la loi du 22 avril 1905, sur les garanties assurées aux fonctionnaires, que la situation des médecins hospitaliers allait être plus clairement définie. Dans un arrêt sieur Journès du 23 mars 1927 (2), le Conseil d'Etat décide ainsi qu'un médecin hospitalier, même irrégulièrement nommé, peut bénéficier des garanties offertes aux fonctionnaires par l'article 65 de cette loi, et en particulier de la communication préalable de son dossier. Mais ce n'est qu'avec l'arrêt Archimbaud du 4 mai 1928 que cette reconnaissance, à mots couverts, sera nettement affirmée par la juridiction administrative suprême qui décide qu'un médecin chef de service "faisait partie des fonctionnaires et employés des administrations publiques auxquels est applicable l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 (3).

2°) L'affirmation inconditionnelle du statut d'agent public des médecins hospitaliers

Le caractère d'agent public des médecins hospitaliers a d'abord été affirmé par l'arrêt Woimant du 22 février 1933 (4). Selon cet arrêt, un chirurgien chef de service "(fait) partie des fonctionnaires et employés des administrations publiques". Cette solution a ensuite été confirmée par le Conseil d'Etat, quelque mois avant l'édiction du premier statut des médecins hospitaliers par la loi du 21 décembre 1941. On peut ainsi lire, dans l'arrêt Docteur Gerbier du 13 juin 1941 que le praticien en cause a exercé "les fonctions de médecin de l'hospice municipal de Sangués et qu'à ce titre il touchait régulièrement une

(1) C.E. 7 août 1903, Sieur Douriez c. commission administrative des hospices civils d'Abbeville, Rec. p.636, également cité par Mme. Moquet-Anger.

(2) Rec. p.374.

(3) Rec. p.559. Voir dans le même sens, C.E. 14 mai 1932, Sieur Bertrand, Rec. p.492 ; C.E. 22 février 1933, Woimant, Rec. p.840 ; C.E. 4 juillet 1934, Sieur Marteville, Rec. p.764. Notons, par ailleurs, que le bénéfice des garanties définies par la loi du 22 avril 1905 n'a été accordé aux internes, qu'à l'occasion d'un arrêt Sieur Chalard du 18 mai 1938 (Rec. p.427). Ce retard semble toutefois ne pas avoir été motivé par le caractère particulier des activités médicales, mais bien par le fait que les internes ne sont "nommés qu'à titre provisoire".

(4) Arrêt précité supra note 3.

indemnité annuelle ; que dès lors, et bien qu'il n'ait pas été investi de ses fonctions par une décision de nomination régulière, il avait la qualité d'agent public" (1).

Il est très intéressant de noter que cette reconnaissance était sous-tendue par un problème de compétence. L'affaire Gerbier posait en effet la question de l'application éventuelle du décret du 5 mai 1934 portant extension de la compétence en premier ressort des Conseils de préfecture aux litiges d'ordre individuel concernant les fonctionnaires des collectivités locales. A une époque où le juge judiciaire tentait de justifier sa propre compétence par la spécificité des relations entretenues entre l'hôpital public et ses médecins, il aurait été fort néfaste, pour la juridiction administrative suprême, de refuser de leur appliquer un texte édicté pour l'ensemble des agents publics.

De fait, le Conseil d'Etat n'hésita pas à réitérer, au moins à deux reprises, des formules proches de celles de l'arrêt Gerbier. Dans un arrêt sieur Hamon du 27 février 1952 (2), il qualifie ainsi un médecin hospitalier de "fonctionnaire communal", avant d'utiliser, à l'occasion d'un arrêt Dame Cochet du 14 mai 1954 (3), l'appellation de "fonctionnaire d'un établissement public local".

L'attachement à reconnaître le statut d'agent public des médecins hospitaliers se manifeste également dans un arrêt sieur Ratié et autres du 24 décembre 1943 (4). A l'occasion d'une affaire de contentieux disciplinaire, le Conseil d'Etat fait allusion à "l'article 35 de la loi du 21 décembre 1941" qui prévoit "(qu'un) règlement d'administration publique devra déterminer notamment le statut du personnel médical". Si, de fait, ce règlement d'administration publique ne vit jamais le jour (5), cet arrêt, comme ceux déjà cités, demeure inspiré par l'idée selon laquelle les médecins hospitaliers sont des agents publics soumis aux obligations générales imposées aux autres agents de l'Etat et des collectivités locales.

L'évolution de la jurisprudence administrative allait se montrer favorable à un renforcement de la position du Conseil d'Etat. A l'occasion de ses conclusions sur les célèbres arrêts de Section Vingtain et Affortit du 4 juin 1954, le commissaire du gouvernement Chardeau avait en effet eu l'occasion de faire admettre à la juridiction administrative suprême que "relèvent du droit public tous les agents (en l'espèce des agents contractuels de l'administration) qui ont pour mission d'assurer le fonctionnement du service public administratif dont ils font partie (et) qui collaborent au but poursuivi par ce

(1) Rec. p.109.

(2) Rec. p.136, cité par Mme Moquet-Anger.

(3) Rec. p.277, cité par Mme. Moquet-Anger.

(4) Rec.p.304.

(5) Voir sur ce point, M. Ladhari, La médecine service public, op.cit. p.336.

service" (1).

Il apparaissait évident que ce qui était valable pour des agents contractuels devait l'être également pour les agents statutaires, et en particulier pour les médecins hospitaliers. De fait, il fallut attendre moins de deux ans, et l'arrêt *Sieur X ...* du 7 janvier 1956 (2), pour voir la juridiction administrative suprême appliquer le critère de participation au service public à ce type de personnel. Enfin, quelques mois après cet arrêt, le Tribunal des conflits pouvait préciser de façon on ne peut plus claire, dans l'arrêt *Hospices civils du Puy* du 25 mars 1957, que "les rapports entre un hôpital public et un médecin participant à l'exécution des missions assumées par cet établissement sont des rapports de droit public, et relèvent, dès lors, en cas de litige, de la compétence de la juridiction administrative" (3).

Au terme de l'évolution de la jurisprudence administrative, il apparaît donc certain que les médecins hospitaliers sont des agents publics. Pour les juges de l'ordre judiciaire, en revanche, la solution retenue est longtemps demeurée beaucoup plus incertaine. D'une façon générale, on note, de leur côté, une grande réticence à appliquer les principes issus des jurisprudences *Blanco* et *Pelletier*. Selon ces juges, ces principes doivent en effet s'effacer devant la nécessité impérieuse de garantir l'indépendance médicale.

B- Le juge judiciaire et la garantie de l'indépendance médicale

Cette volonté de garantir l'indépendance médicale ne se caractérise pas nécessairement par une tendance, déjà observée, à séparer les domaines administratif et médical de l'activité des praticiens hospitaliers (4). Une telle conception, qui aboutit à un dédoublement fonctionnel du médecin, préposé de l'hôpital dans le cadre de ses activités administratives, et en quelque sorte, professionnel libéral dans celui de ses activités d'homme de l'art, apparaissait fort critiquable.

C'est pour cette raison, semble-t-il, que le juge judiciaire a fini par prôner une nouvelle conception de l'indépendance médicale fondée sur la nature des activités exercées. Dans ce cadre, c'est l'indépendance même de l'activité médicale des médecins hospitaliers, dont la qualité d'agent public est implicitement admise, qui justifie la compétence des juges de

(1) Rec. p.342, concl. Chardeau.

(2) Rec.p.139.

(3) Rec. p.817 ; Rev. adm. 1957 p.247, note *Liet-Veaux*. Voir également, annonçant cette jurisprudence, deux arrêts concernant respectivement le médecin d'une prison et le médecin d'une maison d'éducation surveillée, C.E. 10 février 1950, *Thouvenel*, Rec. p.94 ; C.E. 29 juillet 1950, *Sieur Blouin*, Rec. p.485.

(4) Voir supra p.114-122.

l'ordre judiciaire (1).

1)° *L'indépendance des médecins hospitaliers*

L'indépendance des médecins hospitaliers, telle qu'elle était envisagée par les tribunaux judiciaires, conduisait ces derniers à ne pas s'interroger sur l'éventuelle qualité d'agents publics de ces médecins. En réalité, le problème ne se situait pas sur ce plan, mais sur celui de la détermination des circonstances dans lesquelles le médecin hospitalier pouvait être considéré comme un préposé de l'hôpital public. En d'autres termes, les tribunaux ne se demandaient pas s'ils étaient ou non compétents, mais seulement qui, du médecin ou de l'hôpital, pouvait être déclaré responsable en application des seules règles du Code civil.

Un tel mépris des principes élémentaires du droit administratif était difficilement acceptable. Mais au moins pouvait-on estimer qu'il s'agissait ici d'une réponse appropriée à l'inertie du juge administratif avant les arrêts Vves Loiseau et Philipponeau du 8 novembre 1935 (2). En pratique, en effet, seul le juge judiciaire était susceptible de donner satisfaction aux victimes d'accidents survenus dans les hôpitaux publics. Il semble, par ailleurs, que le principe de la compétence judiciaire n'ait longtemps posé aucun problème à l'administration active. Durant toute la première moitié du XX^e siècle, le contentieux de la responsabilité des hôpitaux public ne connut ainsi qu'une seule intervention du Tribunal des conflits, à l'occasion de l'affaire Mascaras c. Séné et Chiché du 15 mars 1902 (3). L'arrêt rendu à cette occasion est d'ailleurs tellement obscur qu'il est pratiquement impossible d'en déceler la signification. En effet, si le Tribunal des conflits se prononce en faveur de la compétence judiciaire en raison des fautes personnelles commises par des médecins attachés à un lazaret, on ne sait pas si les fautes en question se sont vues affecter leur caractère en raison de leur gravité, ou bien de leur rattachement à des activités de type médical. A priori, la gravité des fautes relevées par le Tribunal -notamment une erreur de diagnostic aboutissant à confondre les symptômes de la fièvre jaune et les signes d'un accouchement imminent- nous inciterait à pencher pour la première hypothèse (4). En revanche, l'absence d'influence de cet arrêt sur la jurisprudence administrative et judiciaire, le fait qu'il soit passé inaperçu, ainsi que le contexte dans lequel il a été rendu nous ferait plutôt pencher en faveur de la

(1) Sur ce point, voir par exemple, M. Buzit, *La responsabilité des établissements publics hospitaliers devant les tribunaux ...*, op.cit. p.24-25 ; J. Bardoul, *Médecins et cliniques ...*, op.cit. p.133 ; M. Langlais, *Médecine de service public et compétence juridictionnelle ...*, op.cit. p.37.

(2) Arrêts précités supra p.3 note 4.

(3) Rec. p.209, D.P.1903.III.p.93.

(4) Voir notamment dans ce sens M. Buzit, *Les établissements publics hospitaliers devant les tribunaux ...*, op.cit. p.39 ; R. Savatier, note sur Cass.civ. 15 janvier 1957, J.C.P. 1957.II.n°9827.

seconde interprétation (1). Ce sont d'ailleurs ces incertitudes qui ont conduit le commissaire du gouvernement Chardeau à se défier, dans ses conclusions sur les arrêts Chilloux et Isaad Slimane, d'une référence trop marquée à ces arrêts dont on peut effectivement "tirer des arguments en sens divers" (2).

Mais quoiqu'il en soit, ces arguments qui justifiaient plus qu'ils n'expliquaient la compétence judiciaire, n'étaient certainement plus valables à partir des arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau du 8 novembre 1935 (3), par lesquels le Conseil d'Etat reconnaissait sa propre compétence. En effet, si la jurisprudence administrative exigeait la preuve d'une faute lourde, elle permettait au moins, à la différence de la jurisprudence judiciaire, de garantir les victimes contre l'insolvabilité des médecins, en autorisant la mise en jeu de la responsabilité de l'hôpital public en raison de l'activité de ses agents. De fait, quelques mois après ces arrêts, la première chambre civile de la Cour de cassation semblait également admettre la compétence du Conseil d'Etat pour connaître de l'ensemble des activités de "service public" des établissements hospitaliers (4).

C'est pourtant la même chambre civile qui allait, dans un arrêt du 30 juin 1936 (5), régénérer la thèse de l'indépendance des médecins. Cet arrêt concernait une demande d'indemnité présentée par un chirurgien-assistant contre un chirurgien-chef qui l'avait blessé avec un porte-aiguille et contre l'hôpital public qui l'employait. la Cour d'appel d'Alger avait accepté d'engager conjointement la responsabilité du chirurgien-chef, en tant que gardien du porte-aiguille, et de l'hôpital public, en tant que commettant de ce chirurgien. La Cour de cassation décida de casser cet arrêt. Mais en se contentant de réfuter la possibilité d'un cumul de responsabilité des articles 1384.1 et 1384.5 C.civ., la Cour semblait implicitement considérer que les rapports entre les médecins et les hôpitaux pouvaient être envisagés sous l'angle de l'existence d'un rapport de préposition, et relever ainsi de la compétence du juge judiciaire.

Contrairement à M. Langlais, on ne pense pas que ce défaut de précision était involontaire (6). Si cela avait été effectivement le cas, la Cour, prenant en compte les critiques formulées dans sa note par M. Savatier, aurait certainement précisé son point de vue dans son arrêt de renvoi sur la même affaire. Or, bien au contraire, la Cour de cassation

(1) Voir dans ce sens M. Waline, "De l'irresponsabilité personnelle des fonctionnaires et des moyens d'y remédier", R.D.P. 1948 p.5-18, et plus spécialement, p.9-10.

(2) D.P. 1957 p. 397.

(3) Arrêts précités supra p.3 note 4.

(4) Cass.civ. 19 mars 1935, précité supra p.114 note 4.

(5) D.P. 1937.I.p.5, rapport Josserand, note R. Savatier ; S.1937.I.p.137, note Mazeaud.

(6) Médecine de service public et compétence juridictionnelle ..., op.cit. p.29.

confirma l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix qui avait décidé, après s'être reconnue compétente, que les établissements publics hospitaliers ne pouvaient être rendus responsables de l'activité médicale de leurs médecins (1).

Ces hésitations semblent avoir encouragé un certain nombre de juges du fond, et en particulier la Cour d'appel de Paris, à fonder leur compétence sur l'idée d'indépendance des médecins hospitaliers (2). On peut ainsi lire, dans un arrêt de cette même Cour d'appel du 5 mai 1942 (première espèce) que "les médecins et chirurgiens des hôpitaux qui exercent leur activité professionnelle dans ces établissements hospitaliers ne sauraient être tenus pour les préposés ou les fonctionnaires de l'administration, alors qu'à cet égard ils sont pleinement indépendants" (3).

Pourtant, cette position semblait de moins en moins soutenable. La loi du 21 décembre 1941, qui prévoit l'édiction d'un statut des médecins hospitaliers, rendait même indéfendable toute tentative visant à dénier la qualité d'agent public de ces médecins. Cependant, ces objections n'empêchèrent pas un certain nombre de juridictions du fond à continuer de fonder leur compétence sur l'indépendance des praticiens hospitaliers (4). En revanche, pour la Cour de cassation, la cause était d'ores et déjà entendue. Dans un important arrêt du 23 décembre 1952 (5), la haute juridiction judiciaire avait en effet -cette fois-ci- clairement précisé que le juge administratif était seul compétent pour connaître du contentieux de la responsabilité générée par l'activité des hôpitaux publics.

Mais tout en posant ce principe, la Cour réservait la compétence judiciaire pour une hypothèse bien précise, conforme en apparence à la jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'Etat : celle où la faute à l'origine du dommage a un caractère personnel. Anodine en apparence, cette précision peut être perçue, a posteriori, comme un rappel de la nouvelle forme prise, depuis quelques années, par la thèse de l'indépendance médicale. Sous cette forme, l'indépendance n'est plus celle, à proprement parler, du médecin, mais celle de l'activité médicale. En d'autres termes, les juges judiciaires ont majoritairement fini par admettre la qualité d'agents publics des médecins hospitaliers, tout en estimant, lorsqu'une faute commise dans le cadre de leur activité médicale est en cause, que cette faute revêt de façon systématique un caractère personnel.

(1) Cass.civ. 26 décembre 1947, D.P. 1948 p.127, S.1948.I.p.88. Voir dans le même sens, Cass.civ. 15 novembre 1950, Bull.civ. 1950.I.p.174 n°226, cité par M. Langlais.

(2) Voir notamment, Paris, 18 mars 1938, D.H. 1938, p.377 et 16 janvier 1950, D.P. 1950, p.169.

(3) D.P. 1942, p.62.

(4) Voir Paris, 16 janvier 1950 précité supra note 2, et 20 avril 1953, J.C.P. 1953.II.n°7663, note R. Savatier, D.P. 1953, p.394, S.1953.II.p.169 ; Tribunal civil de la Seine, 23 juin 1953, G.P. 1953.II.p.229 et 7 juillet 1953, G.P. 1953.II.p.137.

(5) G.P. 1953.I.p.41 ; Rev. adm. 1953, p.160.

2)° L'indépendance des activités médicales

Ce nouveau moyen employé par le juge judiciaire pour justifier sa compétence ne manque pas d'habileté, et pas uniquement du strict point de vue de la technique juridique. Il est ainsi aisé de déceler, dans les arguments utilisés par certains détracteurs de la thèse de l'indépendance des médecins, le fondement même de cette jurisprudence. C'est qu'en effet, ces détracteurs ont eu souvent tendance à évoquer, en vue de contester la validité de cette thèse, ce qu'ils estimaient être la véritable signification de l'indépendance médicale. Il s'agit, selon A. Heilbronner, d'une certaine "attitude scientifique et morale" qui "ne saurait être regardée comme un fondement juridique suffisant de l'irresponsabilité administrative" (1). Même si cette "attitude" ne permet pas d'exonérer l'administration de sa responsabilité, sa spécificité permet de la détacher assez nettement des autres types d'activité des médecins. Par là même, cette conception de l'indépendance médicale peut tout autant être invoquée à l'appui de la thèse de la compétence judiciaire, et la faute médicale être assimilée à une faute personnelle. Au demeurant, cette solution pouvait sembler être confortée par la jurisprudence du Tribunal des conflits, et en particulier par l'une des interprétations possibles de l'arrêt Mascaras du 15 mars 1902 (2).

On rencontre, une nouvelle fois, à l'origine de cette thèse, la même idée de séparation des activités médicales et administratives des médecins hospitaliers. Mais alors que la thèse de l'indépendance des médecins aboutissait, en priorité, à une règle de fond, celle de l'indépendance des activités médicales conduit avant tout à l'édiction d'une règle de compétence. Dans la première hypothèse, comme on a pu l'exposer (3), le juge judiciaire recherche si les règles du Code civil sur la responsabilité du fait d'autrui sont ou non applicables aux rapports entre médecins et hôpitaux. Mais du point de vue de la compétence juridictionnelle, il est indifférent que le comportement fautif se rattache au domaine administratif plutôt qu'au domaine technique des activités du médecin. Dans tous les cas, en effet, le juge judiciaire se reconnaît compétent. Avec la thèse de l'indépendance des activités médicales, le problème change de nature. Le juge judiciaire assimile le domaine administratif de l'activité des médecins à l'activité du service public d'assistance et admet, dans cette hypothèse, le principe de la compétence des juges de l'administration (4).

On allait pouvoir observer les manifestations de cette nouvelle thèse dans trois arrêts de la Cour de cassation rendus entre 1934 et 1935 (5). La Cour décide, dans ces trois affaires,

(1) Note sur les arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau, précités supra p.3 note 4.

(2) Voir supra p.144.

(3) Voir supra p.144-146.

(4) Voir notamment, F-P Benoît, "La responsabilité du service et la responsabilité personnelle des agents non fonctionnaires des services publics hospitaliers et d'assistance", D.P. 1951, chron. p.49-51.

(5) Cass. Civ. 28 mars 1934, D.H. 1934 p.268 ; S. 1934.I. p.228 ; G.P. 1934.I. p.935 ; Cass.civ. 17 février

que les fautes relevées par les juges du fond sont toutes relatives à “une mauvaise organisation du service” ou à un “fonctionnement défectueux de l’administration”, et que, par conséquent, seuls les juges de l’ordre administratif sont compétents pour en connaître (1). En revanche, la même juridiction estime, dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 novembre 1938 que les tribunaux judiciaires demeurent compétents lorsque “la faute imputée (aux) praticiens ne se (rattache) en rien au fonctionnement du service public de l’assistance médicale de l’hôpital mais uniquement à l’exercice technique de leur art ...” (2). L’intégration du médecin hospitalier au service public se limite donc, qu’il soit considéré comme un préposé ou bien comme un agent de l’hôpital, à la facette la moins spécifique de ses activités.

Cette jurisprudence a continué à se développer jusqu’en 1957 (3), la thèse de l’indépendance médicale supplantant peu à peu, sans pour autant la faire disparaître, celle de l’indépendance des médecins. Dans sa forme la plus poussée, cette thèse a conduit une Cour d’appel à se déclarer compétente pour connaître d’une demande relative à des dommages occasionnés par une infirmière dans l’exécution “des directives médicales ou chirurgicales post-opératoires” (4).

On ne croit pas, cependant, que ce critère ait subi une réelle modification depuis l’arrêt de la Cour de cassation de 1938. Selon M.Langlais, en revanche, le juge judiciaire aurait d’abord séparé les domaines administratif et technique de l’activité des médecins hospitaliers, avant d’affirmer le caractère nécessairement personnel des fautes médicales (5). Pour notre part, on ne voit pas où se situerait cette évolution. En effet, à partir du moment où le juge judiciaire entendait connaître des dommages causés par l’activité médicale des praticiens hospitaliers, c’est bien qu’il estimait que les fautes que pouvaient commettre ces praticiens étaient des fautes personnelles.

Ceci étant précisé, on n’ira toutefois pas jusqu’à nier qu’une certaine évolution s’est produite, non plus dans la signification de la thèse de l’indépendance des activités médicales,

1935, G.P. 1935.I.p.688 ; Cass.civ. 19 mars 1935, D.H. 1935 p.267, S.1935.I.p.183, G.P. 1935.I.p.893.

(1) Voir dans le même sens, Poitiers, 17 juillet 1954, D.P. 1954 p.260 ; Lyon, 12 juillet 1954, D.P. 1955, p.114, note R. Savatier ; G.P. 1954.II.p.138.

(2) D.P. 1939.I.p.49, note R. Savatier ; G.P. 1939.I.p.236.

(3) Voir par exemple Aix, 7 mai 1951, D.P.1952 Somm.p.8, J.C.P.1951.II. n°6447, note Rodière, G.P.1951.II.p.49 ; Paris, 20 avril 1953, D.P.1953.p.394, S.1953.II.p.169, J.C.P.1953.II.n°7663 note R.Savatier. Voir également un arrêt assez surprenant de la Cour d’appel d’Angers qui assimile thèse de l’indépendance des activités médicales et “principes généraux du droit”, J.C.P. 1953.II.n°3499.

(4) Nancy, 31 octobre 1951, G.P. 1952.I.p.41.

(5) Médecine de service public et compétence juridictionnelle ..., op.cit. p.44.

mais dans sa formulation. Or, si cette formulation a évolué, c'est seulement, à notre avis, en raison de l'intervention du Tribunal des conflits dans deux arrêts du 19 mars 1954. Dans le premier arrêt, Dame vve. Gagnon (1), la haute juridiction a clairement rappelé que le juge judiciaire est incompétent lorsque le médecin n'a pas commis "dans son comportement à l'égard (d'un) malade une faute personnelle détachable de l'accomplissement du service de santé dont il avait la charge". La portée de cet arrêt est cependant difficile à déterminer, dans la mesure où le médecin en question exerçait sa profession dans un établissement pénitentiaire, et qu'il n'était pas certain, par conséquent, que le Tribunal des conflits réserverait le même sort aux praticiens hospitaliers. Le second arrêt Soavi et Atlan rendu le même jour (2), aurait dû logiquement dissiper ces doutes, puisqu'il concernait le chirurgien-chef d'un établissement public hospitalier. On peut y lire que "la juridiction civile a seule compétence pour se prononcer sur les actions en indemnité dirigées contre les agents du service public en réparation du préjudice résultant pour elle des fautes personnelles de ces agents".

C'est, à notre avis, cette jurisprudence qui a conduit la Cour d'appel de Lyon, dans son arrêt du 12 juillet 1954 (3), à préciser davantage la thèse de l'indépendance en tâchant de caractériser, de façon beaucoup plus nette, la nature personnelle des fautes médicales. Car en effet, si les arrêts du Tribunal des conflits paraissent suffisamment tranchés dans leur formulation, rien n'indique, dans ces espèces, que la faute médicale ne peut être systématiquement considérée comme une faute personnelle.

Cela n'empêche certes pas la Cour d'appel de Lyon de se retrancher, dans un premier considérant, derrière une conception des médecins hospitaliers très proche de celle rappelée par le Tribunal des conflits dans l'arrêt Soavi et Atlan. Selon cette Cour d'appel, en effet, "les fonctionnaires ne répondent pas, envers les particuliers lésés, du préjudice causé par leurs fautes lorsque celles-ci ne sont que la manifestation des vices d'organisation ou des défauts de marche du service public". Mais ce rappel ne permet que de mieux délimiter le domaine de la faute médicale qui "constitue une faute personnelle qui ne se dilue pas dans l'anonymat de la responsabilité collective". En d'autres termes, le juge judiciaire est compétent, et les articles du Code civil doivent s'appliquer "quand l'activité du service s'exerce sous la forme d'une atteinte imposée à la personne humaine qui peut retentir sur l'intégrité physique, la santé ou la vie du patient, et que celui à qui il a été confié a été choisi en raison de sa compétence technique et qu'il doit observer avant tout les règles que sa profession lui impose dans la pratique de son art".

On aboutit, par conséquent, à la reconnaissance par le juge judiciaire du statut d'agent

(1) Rec. p.704 ; A.J.D.A. 1954, n°310, p.329.

(2) Rec. p.703 ; A.J.D.A. 1954 n°311, p.330 ; Rev. adm. 1954, p.400. Comp. T.C. 26 mai 1954, Moritz, Rec. p.708 ; S.1954.III. p.35, concl. Letourneur ; D.P. 1955, p.385, note Chapus.

(3) Arrêt précité supra p.148 note 1.

public du médecin hospitalier pour l'ensemble de ses activités, cette affirmation étant contrebalancée, en quelque sorte, par le déclassement systématique de la faute de service de type médical en faute personnelle. Il s'agit donc ici, selon nous, non pas d'un nouveau critère de compétence, mais d'une tentative de reformulation de la thèse de l'indépendance médicale en vue d'une adaptation à la jurisprudence du Tribunal des conflits.

La majeure partie des décisions judiciaires rendues entre 1954 et 1957 dénote un souci identique d'étayer la thèse de la compétence des juges civils et pénaux par une argumentation détaillée qui ne se borne plus à rappeler le seul principe de l'indépendance médicale. Quelques mois avant l'intervention du Tribunal des conflits, cette méthode est encore utilisée par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 janvier 1957 (1). Selon la Cour, en effet, "lorsqu'un médecin chargé du service public commet un manquement à ses devoirs purement médicaux constitutif d'une faute personnelle détachable de ses fonctions administratives, il appartient aux tribunaux judiciaires de connaître de la demande en dommages intérêts formée contre le médecin par la victime de cette faute".

Il restait, en fait, au Tribunal des conflits, pour finir d'épuiser la controverse, à briser le lien établi entre faute médicale et faute personnelle en affirmant clairement, ce qui avait été fait, ni par l'arrêt Mascaras (2), ni par les arrêts Dame veuve Gagnon, Soavi et Atlan (3), que ces fautes médicales se rattachent, par principe, à l'exécution d'un service public. Les arrêts Chilloux et Isaad Slimane ont comblé cette lacune. On peut ainsi lire, dans la première de ces espèces "que les fautes (médicales) imputées aux deux médecins et à la sage-femme, si elles étaient démontrées, se rattacheraient à l'exécution du service public dont ces deux médecins et la sage-femme avaient respectivement la charge". Dans l'arrêt Isaad Slimane le Tribunal des conflits précise que "les faits allégués, s'ils étaient établis par l'expertise ... ne constitueraient pas une faute personnelle détachable de l'accomplissement du service public de santé ...". En somme, les juges de l'ordre administratif sont compétents parce que les activités des médecins constituent, quelle que soit leur nature, des activités de service public. Conformément aux jurisprudences Blanco et Pelletier, la faute commise ne leur sera personnelle que dans la mesure où elle se détache, non pas de leurs fonctions administratives, mais de l'exécution même du service public envisagé dans son ensemble. C'est ce point de vue qui s'imposera très vite à des juges judiciaires à court de nouveaux arguments (4).

(1) Cass.civ. 15 janvier 1957, D.P. 1957 p.146 ; J.C.P. 1957.II.n°9827 ; G.P. 1957.I.p.19 n°24 ; Rev. adm. 1957, p.137. Voir également, par exemple, Cass.civ. 9 octobre 1956, G.P. 1956.II.p.386 ; Angers, 5 janvier 1955, J.C.P. 1955.II.n°8499.

(2) Arrêt précité supra p.144 note 3.

(3) Arrêts précités supra p.149 note 1 et p.149 note 2.

(4) Selon les auteurs d'une note publiée sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 novembre 1957, cet arrêt aurait été le premier à appliquer à la lettre la toute nouvelle jurisprudence du Tribunal des conflits (Rev. de l'aide sociale 1958, p.177, note C.G. et L.D). Voir également les arrêts de principe Cass. Ass.plénière, 18 juin 1963, p.601, concl. Lindon ; S. 1963 p.281 ; J.C.P. 1963.II. n°13454, note Pépy ; G.P. 1963.II. p.244

Pourtant, les problèmes de compétence posés par la responsabilité des hôpitaux publics ne se limitent pas à la difficile reconnaissance du critère de service public. Dans sa thèse soutenue en 1966 (1), M. Langlais s'est ainsi montré très critique vis-à-vis de l'arrêt du Tribunal des conflits du 20 novembre 1961 Centre régional de lutte contre le cancer Eugène Marquis c. Dr. Bourget (2). Dans cette espèce, la haute juridiction avait admis que les rapports existant entre le centre et ce médecin relevaient du droit privé et ce, en dépit du fait que cet établissement assumait "une mission de service public". Ce qui pouvait apparaître, à cette époque, comme une anomalie révélait, en fait, une lacune importante du critère de service public. "La rencontre du public et du privé" dans le domaine des activités hospitalières avait en effet conduit à ruiner, pour partie, la coïncidence existant jusqu'alors entre service public et compétence des juges de l'ordre administratif (3). En vertu d'un certain réalisme juridique, le Tribunal des conflits, suivi en cela par le Conseil d'Etat, s'est adapté à ces innovations en élaborant des critères de compétence spécifiques et dérogoires à celui de service public.

et Cass. crim. 15 janvier 1959, Bull. crim. p.83, n°46. Voir enfin les quelques rares décisions contradictoires des juges du fond, toutes fondées sur la thèse de l'indépendance des activités médicales, citées par M. Langlais, *in Médecine de service public et compétence juridictionnelle ...*, op.cit. p.85-88.

(1) *Médecine de service public et compétence juridictionnelle ...*, Ibid. p.84 et p.95-101.

(2) Rec. p.879, R.D.P. 1962 p.964 note Waline, D.P.1962.p.389 note De Laubadère, Rev.adm. 1961 p.621 note Liet-Veaux, A.J.D.A. 1962 p.39 n°7 et p.17, chron. Galabert et Gentot ; J.CP. 1962.II.n°12572, note J-M Auby.

(3) Voir supra p. 32.

Section II : Compétence juridictionnelle et réalisme juridique

L'expression du réalisme juridique se retrouve, à différents niveaux, dans les domaines où il existe un décalage entre les définitions matérielle et organique du service public. On veut dire par là que le critère de service public ne permet de résoudre les problèmes de compétence que dans la mesure où le service public est effectivement assuré par des personnes morales de droit public. Au demeurant, même si cette condition est remplie, la nature particulière de certains types de relations médecin-hospitalisé peut également mettre en échec ce critère de compétence. Dans ces différentes hypothèses, le critère de service public est incapable, à lui seul, de rendre compte des situations particulières visées. C'est, par conséquent, en examinant les relations existant entre les établissements d'hospitalisation privés (1) et le service public, que l'on pourra observer le souci de réalisme dont ont su faire preuve le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits dans l'édiction des règles de compétence juridictionnelle. Dans les hypothèses où les juges de l'administration sont incompetents, les mécanismes d'objectivation créés par eux ne pourront recevoir application.

§I - Les établissements d'hospitalisation privés et le service public

La participation des établissements d'hospitalisation privés au service public est organisée de façon précise par la loi depuis la réforme hospitalière du 30 décembre 1970 créant le service public hospitalier (2). Les réformes ultérieures, et en particulier celle réalisée par la loi du 31 juillet 1991 (3), n'ont pas fondamentalement remis en cause ce

(1) On préférera cette expression plutôt que celle, seulement utilisée par la loi du 31 juillet 1991, d'établissements de santé privés dont on limitera l'emploi à la description actuelle du service public hospitalier.

(2) Voir notamment, A. De Laubadère, "La réforme hospitalière ...", op.cit. ; J-A Mazères, "Le service public hospitalier à la croisée des interventions publiques et privées", op.cit. ; M. Ladhari, "La réforme hospitalière", R.D.P. 1972, p.7-47. Voir par ailleurs supra p.69-75.

(3) Voir sur cette loi, J-M Clément, Lire la nouvelle loi hospitalière, op.cit ; D. Truchet, "La réforme

principe de participation. Il est cependant important de noter qu'il existait déjà, avant cette intervention législative, d'autres formes de participation d'établissements privés au service public. Les relations entre ces deux éléments se sont donc développées selon des modalités diverses qu'il est nécessaire d'étudier, si l'on veut comprendre la raison d'être des règles de responsabilité spécifiques qui existent en la matière.

A- Les différents modes de participation des établissements d'hospitalisation privés au service public

Il est aisé d'établir, sur ce point, une césure marquée par la loi du 31 décembre 1970. Avant cette loi, en effet, la participation des établissements d'hospitalisation privés au "service public de santé" (1) s'opère de façon relativement mal définie, sans qu'aucune politique globale ne soit précisément mise en oeuvre. Avec la loi hospitalière, en revanche, ces établissements ne se contentent plus d'une collaboration plus ou moins informelle au service public. Ils sont clairement intégrés à ce service public dont il apparaissent comme une composante essentielle.

1)° Les établissements d'hospitalisation privés et le service public de santé

Avant la réforme hospitalière de 1970, les structures de concertation entre ces établissements d'hospitalisation et les établissements publics hospitaliers étaient assez peu développées. L'absence d'une véritable politique globale et de planification, l'inexistence d'une définition positive des activités du service public, rendent difficile toute tentative de coordination, non seulement entre ces deux catégories d'établissements, mais également entre les différents établissements publics.

L'évolution des conceptions hospitalières plaideait pourtant en faveur d'une telle intégration. Après tout, l'instauration de la sécurité sociale ne venait-elle pas déjà réduire la spécificité des établissements hospitaliers privés en les incluant dans son système ? Cette nécessité de coordonner des actions publiques et privées inscrites dans la même logique a, très tôt, retenu l'attention des auteurs (2).

Pourtant, cette coordination s'est longtemps limitée à la conclusion, entre l'administration

hospitalière", A.J.D.A. 1992, p.130-139 ; D. Cristol, Le service public hospitalier français, R.D.P. 1997, p.801-840.

(1) Sur cette expression, voir supra p.68-69.

(2) Voir les références des nombreux projets de lois élaborés dans ce domaine entre 1948 et 1957 dans l'article de J. Imbert, "La réforme hospitalière", Droit social 1958, p.496-505 et plus spécialement p.496 note 1.

et des établissements privés, de conventions particulières visant à permettre une meilleure exécution du service public. C'est ainsi que le préfet était habilité par la loi du 30 juin 1838, lorsque son département n'était pas doté d'un hôpital psychiatrique, à passer des accords avec un établissement privé en vue de l'exécution, par ce dernier, du service public. Plus indirectement le législateur, en créant des établissements de soins dont le caractère privé ou public n'est pas défini, mais dont la participation au service public n'en demeure pas moins certaine, allait donner à la jurisprudence l'occasion de sanctionner l'interpénétration des secteurs publics et privés de l'hospitalisation en affirmant que ces établissements sont de nature privée (1).

Ce n'est cependant qu'avec la "charte" hospitalière du 21 décembre 1941 que ces tentatives ponctuelles de coordination commenceront à être relayées à un échelon national. Les progrès de l'organisation sanitaire demeurent cependant modestes. Comme l'a écrit un auteur, si "une notion de hiérarchie des établissements et une planification nationale" (2) sont effectivement mises en place, leur état est encore "embryonnaire" (3). Au demeurant, cette loi ne vise que les seuls établissements publics hospitaliers, et ne prévoit en rien, par conséquent, la participation d'établissements privés au service public.

Un progrès important dans la reconnaissance de cette participation sera néanmoins accompli par les trois ordonnances des 11 et 30 décembre 1958. En même temps qu'ils renforcent la planification, créent les centres hospitaliers universitaires et le plein-temps des médecins hospitaliers, ces textes, et plus spécialement la seconde ordonnance du 11 décembre 1958, précisent, pour la première fois que "le ministre des affaires sociales assisté par une commission nationale et des commissions régionales, assure la coordination de tous les établissements comportant hospitalisation, quel que soit leur statut public ou privé, à but lucratif ou non lucratif" (4). Ce dispositif sera renforcé par une ordonnance du 23 septembre 1967 qui soumet l'ouverture des établissements d'hospitalisation privés à l'autorisation du ministre chargé des problèmes de santé publique. Le même texte précise, en outre "(qu'en) vertu de conventions passées avec l'Etat, certains établissements privés peuvent participer à l'exécution du service public (5).

(1) Voir infra p.157.

(2) E. Rossini, Les établissements de santé privés à but non lucratif, op.cit. p.24.

(3) Ibid. p.24.

(4) Voir art. L.734.2 ancien du Code de la santé publique. Sur le contenu et la portée de ces dispositions, ainsi que sur l'étude des différents organismes de coopération qu'elles ont institués, voir notamment J. Imbert, "Les ordonnances de décembre 1958 sur les établissements de soins", Droit social 1959, p.356-364 ; E. Rossini, Les établissements de santé privés à but non lucratif, op.cit. 24-29 ; M. Ladhari, La médecine service public, op.cit. p.220-230.

(5) Art. L.735 ancien du Code de la Santé publique.

Mais quoiqu'il en soit, l'existence de ces conventions et de ces structures ne dénote pas encore, loin de là, une véritable intégration des établissements d'hospitalisation privés au service public. De fait, les défauts de cohérence et l'empirisme des politiques de santé publique, l'inefficacité des tentatives de planification, ont continué à être dénoncés par la doctrine (1). A l'évidence, comme le laissent à penser les nombreux projets de lois élaborés durant cette période, la réforme de fond opérée par la loi hospitalière du 31 décembre 1970 s'imposait comme une impérieuse nécessité.

2)° L'intégration des établissements d'hospitalisation privés au service public hospitalier

A partir de la loi hospitalière du 31 décembre 1970, le législateur a multiplié les organismes de concertation entre les établissements d'hospitalisation privés et les hôpitaux publics. Il a également précisé la nature des relations existant entre ces établissements et le service public hospitalier. En revanche, si ces lois ont intégré les établissements d'hospitalisation privés aux structures de ce service public, elles leur ont également permis de préserver l'intégrité de leurs propres structures internes.

a- Les modalités de l'intégration :

Selon la terminologie employée par la loi hospitalière du 31 juillet 1991, le service public hospitalier est assuré par les établissements publics de santé, y compris les établissements de type militaire et les établissements psychiatriques, et par des établissements de santé privés. Ces derniers sont tenus, à la différence des établissements publics, d'adhérer au service public hospitalier pour pouvoir y participer. L'adhésion au service public hospitalier est réalisée en fonction de modalités différentes, selon qu'elle concerne le fonctionnement ou bien l'exécution du service (2).

Dans la première hypothèse, l'adhésion donne lieu à la signature d'un accord d'association conclu entre l'établissement privé et les établissements publics concernés, après approbation de l'autorité de tutelle. Cet accord pourra porter sur une ou bien sur plusieurs missions extérieures à l'activité sanitaire du service public hospitalier.

Dans la seconde hypothèse, qui concerne directement ces missions (3), il convient de distinguer les établissements de santé privés à but non lucratif des établissements de santé

(1) Voir, par exemple, M. Ladhari, *La médecine service public*, op.cit. p.441-443.

(2) Voir J-M Marie Clément, *Lire la nouvelle loi hospitalière*, op.cit. p.63 ; J. Chevallier, "L'association au service public", J.C.P. 1974.n°22667.

(3) Voir infra p.73 note 3.

privés à but lucratif. Les organes dirigeants des premières structures visées sont tenus de remplir une demande formalisée, sur laquelle statuera un décret du premier ministre contresigné par le ministre chargé de la santé. Les seconds types de structures peuvent, de leur côté, se voir attribuer la concession totale ou partielle du service public hospitalier, ce qui constitue la forme la plus poussée de l'intégration de ces établissements au service public.

Enfin, on ne manquera pas de souligner que la cohérence de la politique appliquée au service public hospitalier est favorisée par un certain nombre de structures visant à permettre la concertation et la coopération entre ses différents composants. On se contentera de citer, sans aller plus avant dans les détails, les divers pôles de rapprochement que constituent les conférences sanitaires de secteur, les communautés d'établissements de santé, les groupements de coopération sanitaire et les syndicats interhospitaliers (1).

Cependant, tout en privilégiant cette volonté de rapprochement entre les interventions publiques et privées, le législateur n'a cependant pas voulu aller jusqu'à imposer une uniformisation des structures internes des établissements d'hospitalisation privés participant au service public.

b- la préservation de la spécificité des structures internes des établissements d'hospitalisation privés :

Les différentes lois hospitalières n'ont entendu régir que le fonctionnement des établissements d'hospitalisation publics. Aux termes de la loi du 31 juillet 1991, il n'existe plus que deux types d'établissements : les centres hospitaliers -qui comportent aussi bien les hôpitaux classiques que, par exemple, les hôpitaux psychiatriques- et les anciens hôpitaux ruraux devenus hôpitaux locaux (2). Il n'est cependant pas nécessaire de s'attarder sur le caractère public de ces établissements dont la structure interne, qui s'organise nécessairement autour d'un conseil d'administration et d'un directeur nommé par le ministre chargé des problèmes de santé publique, est très précisément décrite par la législation en vigueur.

A l'opposé, le législateur n'a pas voulu régir l'organisation interne des établissements d'hospitalisation privés participant au service public. En fait, comme le note M. Rossini, ces établissements "ne sont que des structures matérielles gérées par des personnes morales

(1) Sur ces différents éléments, voir J-M Clément, *Mémento de droit hospitalier*, op.cit. p. 50-57.

(2) Sur les hôpitaux locaux voir *infra* p.165-166.

obéissant à des statuts juridiques très divers” (1). Cette défiance vis-à-vis d’un interventionnisme trop marqué est d’ailleurs relativement récente. Elle n’existait certainement pas à l’époque où l’exposé des motifs de l’ordonnance du premier octobre 1945, sur les centres de lutte contre le cancer, spécifiait que “la situation juridique de ces centres demeure encore mal définie” et qu’il “faudrait les doter d’une organisation plus précise”. C’est d’ailleurs ce à quoi ce texte s’est ingénié, sans pour autant dissiper les doutes sur la nature publique ou privée de ces centres (2).

En comparaison de cette volonté de structurer fortement les centres de lutte contre le cancer, l’article L. 751.1 C.S.P. se borne à viser “les établissements privés, quel que soit leur statut”. Il importe peu, en effet, que ces établissements soient dirigés, comme les centres de lutte contre le cancer, par un “conseil d’administration”, ou bien par un “conseil de surveillance”, ou encore par “les organes qui en tiennent lieu”. En fait, le législateur envisage seulement ces établissements sous l’angle de la participation au service public, tout en limitant son intervention en vue de préserver la dualité des secteurs de l’hospitalisation.

L’intégration des établissements d’hospitalisation privés au service public hospitalier, comme c’était déjà le cas avant l’entrée en vigueur de la loi hospitalière du 31 décembre 1970, ne leur a donc pas fait perdre toute spécificité par rapport aux établissements soumis au droit administratif. C’est justement la qualité de personnes morales de droit privé participant au service public de ces établissements qui justifie leur soumission à un régime de responsabilité particulier.

B- Le régime de responsabilité appliqué aux établissements d’hospitalisation privés

Le régime de responsabilité appliqué à ces établissements dénote de façon particulièrement marquée l’inadaptation du critère de compétence tiré de la notion de service public. C’est cette inadaptation, directement liée à l’évolution des structures du service public, qui a conduit la jurisprudence à rechercher d’autres types de critères qui, tout en permettant de lever les ambiguïtés liées à la notion de service public, seraient davantage conformes aux modalités pratiques de l’activité des établissements de santé privés. Cette recherche a conduit à compléter ce critère par une référence à la notion, moins diffuse et univoque, de prérogatives de puissance publique.

(1) E. Rossini, Les établissements de santé privés à but non lucratif, op.cit. p.98.

(2) Voir sur ce point, Y. Bourhis, Les centres anticancéreux, Thèse Rennes 1975 ; E. Rossini, Les établissements de santé privés à but non lucratif, op.cit. p.114-141 ; J-M Clément, Mémento de droit hospitalier, op.cit. p.191-193. Voir également infra p. 219-221.

1)° L'inadaptation du critère tiré de la notion de service public

Cette inadaptation se situe à deux niveaux différents qui correspondent aux deux types de significations, organique et matérielle, que peut revêtir la notion de service public. Ainsi, ni le statut de personne morale de droit public, ni la participation effective aux activités de service public ne constituent des critères de compétence juridictionnelle dans le domaine qui nous intéresse.

La perte de valeur du critère organique de service public n'appelle guère de commentaires, dans la mesure où cette perte semble constituer le corollaire nécessaire des mutations qui ont frappé les modalités même de l'exécution de ce service public, dans le sens d'une intervention croissante des personnes morales de droit privé (1). Ainsi, comme l'a relevé le commissaire du gouvernement Fournier, dans ses conclusions sur le célèbre arrêt du Conseil d'Etat Magnier du 13 janvier 1961 : "La nature publique ou privée de la personne morale en cause reste sans influence sur la détermination de la juridiction compétente pour connaître des actes de ces organismes" (2). On notera, cependant, dans le domaine qui nous intéresse, qu'une position contraire à celle-ci avait été soutenue par le commissaire du gouvernement Ordonneau, dans ses conclusions rendues sur le premier arrêt Eugène Marquis du Conseil d'Etat (3). On peut en effet interpréter la position de M. Ordonneau qui voit, dans la participation au service public de ces centres un élément parmi une "série d'indices concordants" dénotant leur qualité de personnes morales de droit public, une réhabilitation indirecte du critère organique. Ce point de vue ne sera cependant pas adopté par le Conseil d'Etat qui préfère renvoyer l'affaire au Tribunal des conflits. Ce dernier, en estimant que la participation au service public des centres de lutte contre le cancer ne suffisait pas à leur attribuer la qualité de personnes morales de droit public allait, de façon implicite, clore le débat (4).

On pourrait estimer, en revanche, que la participation matérielle de ce type d'établissements au service public devait justifier la compétence des juges de l'ordre administratif. Cette solution avait déjà été préconisée par R. Savatier, à propos des centres

(1) Voir les articles de J. Rivero, "La rencontre du public et du privé", op.cit. ; J-A Mazères, "Le service public hospitalier à la croisée des interventions publiques et privées", op.cit.

(2) Conclusions publiées à la R.D.P. 1961, p.155. Voir également, A.J.D.A. 1961 p.142 note F.C., Droit social 1961, p.335, note Teitgen.

(3) C.E. Ass. 9 juin 1961, Centre régional de recherche et de lutte contre le cancer Eugène Marquis c. Dr. Bourguet, A.J.D.A. 1961, p. 600, chron. Galabert et Gentot, Rev. adm. 1961, p.64 note Liet-Veaux.

(4) T.C. 20 novembre 1961, Centre régional de recherche et de lutte contre le cancer Eugène Marquis, Rec. p.879 ; D.S. 1962, p. 389, note de Laubadère ; R.D.P. 1962, p.964, note M. Waline ; J.C.P. 1962.II. n°12572, note J-M Auby ; A.J.D.A. 1962, p.17, chron. Galabert et Gentot ; Rev. adm. 1961, p.621, note Liet-Veaux.

de transfusion sanguine (1). Selon cet éminent auteur, il est "impossible de distinguer ... selon les caractères propres de la personne morale à laquelle le service public aura confié la gestion d'un centre départemental. Ces établissements sont en effet investis d'une mission de service public ; et la nature de ce dernier ne saurait dépendre, du point de vue du droit, et de la compétence administrative, du caractère de la personne juridique dans la dépendance de laquelle le centre a été formé. Dans son centre, cette personne, quelle qu'elle soit, est toujours un collaborateur du service public".

D'un point de vue pratique, une telle solution pourrait effectivement sembler souhaitable : elle créerait un bloc de compétence au profit de la juridiction administrative et éviterait que des établissements qui pratiquent les mêmes activités soient soumis à des régimes de responsabilité différents. Nous ne sommes pourtant pas d'accord avec ce raisonnement. En fait, on ne voit pas pourquoi cette critique, que n'ont pas manqué de formuler un certain nombre d'auteurs (2), se limiterait au dualisme des règles de compétence appliquées aux hypothèses dans lesquelles l'interpénétration des interventions publiques et privées est, ou semble être, légalement ou réglementairement consacrée. Dans la pratique, en effet, l'immense majorité des hypothèses de responsabilité provient d'activités qui ne sont pas spécifiquement réservées aux établissements d'hospitalisation publics, ni même aux établissements privés participant au service public. Ceci est d'ailleurs parfaitement observable dans les différentes lois hospitalières dans lesquelles, par exemple, les activités "d'examen de diagnostic", de "surveillance" et de "traitement" visées actuellement par l'article L.711.1 C.S.P., concernent l'ensemble des établissements de santé, qu'ils appartiennent ou non au service public hospitalier (3). En poussant jusqu'au bout la logique des partisans de l'application du critère matériel du service public, on en viendrait très vite à dénier toute compétence au juge judiciaire, y compris dans le domaine d'activité des établissements d'hospitalisation privés non intégrés au service public hospitalier.

C'est, d'ailleurs, la proximité des missions assurées par ces différents types d'établissements qui a conduit la jurisprudence à décider, de longue date, que les établissements d'hospitalisation privés pouvaient également participer au service public, sans pour autant être intégrés, d'une manière ou d'une autre, aux structures administratives (4). Cette solution, qui avait déjà été retenue pour les centres de lutte contre le cancer à l'occasion de l'arrêt Eugène Marquis du Tribunal des conflits, a connu une fortune certaine après la réforme hospitalière et la création du service public hospitalier. De fait, le Tribunal

(1) Voir note sur Cass. civ. 17 décembre 1954, J.C.P. 1955.II.n°8490.

(2) Voir notamment M. Lalignat, "De quelques conséquences ignorées de la loi du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière", R.D.S.S. 1982, p.533-564 ; E. Rossini, Les établissements de santé privés à but non lucratif, op.cit. p.191-197.

(3) Voir sur ce point supra p.73 note 3.

(4) Voir sur ce point E. Rossini, Les établissements de santé privés à but non lucratif, op.cit. p.58-64.

des conflits, après avoir confirmé que les centres de lutte contre le cancer participaient effectivement au "service public", à l'occasion d'un arrêt Das Neves du 6 juin 1975 (1), a rendu une solution identique dans un litige concernant un établissement psychiatrique (2), cette même solution étant appliquée par le Conseil d'Etat à un centre de transfusion sanguine dépendant d'une personne morale de droit privé (3).

On ne pense pas, cependant, que le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat aient réellement entendu consacrer, dans ces différentes espèces, l'existence d'un service public de santé spécifique, à côté du service public hospitalier. Ces deux juridictions n'utilisent d'ailleurs pas, dans l'ensemble des espèces visées, et contrairement à ce qu'indique un auteur (4), l'expression de service public de santé, mais uniquement celle de "service public" ce qui signifie bien, en fait, que les différents types d'activités visés sont matériellement identiques.

En définitive, le législateur, comme la jurisprudence, semblent inscrire leur action dans une même démarche prenant en compte la caractéristique essentielle du service de santé publique français que constitue la dualité des secteurs d'hospitalisation public et privé. C'est, à notre avis, le respect de cette dualité qui constitue le véritable fondement des règles de compétence en vigueur. Or, à l'évidence, le critère du service public était inapte -comme dans les autres domaines où l'interpénétration des activités publiques et privées est observable- à rendre compte, à la fois de la spécificité du statut des établissements visés, et de l'effectivité de leur participation au service public. D'un côté, en effet, l'utilisation de ce critère dans son acception matérielle aurait conduit à la compétence systématique des juges de l'administration. De l'autre côté, en revanche, l'utilisation d'une telle notion dans son acception organique aurait conduit à réfuter la possibilité de l'exécution, par des établissements privés, d'une mission de service public. En d'autres termes, l'utilisation du critère de service public aurait amené à ne pas prendre en compte, soit la nature juridique des établissements privés, soit la nature publique de leurs activités.

Jusqu'en 1978, la jurisprudence est cependant demeurée fidèle à ce critère, mais sans jamais, pour autant, opter en faveur de l'une ou l'autre des définitions du service public. Dans certaines espèces, le juge se prononce ainsi en faveur de la compétence administrative

(1) R.T.D.S.S. 1977 p.39, note Dubouis.

(2) T.C. 6 novembre 1978, Bernardi c. Association hospitalière Sainte-Marie, Rec. p.652 ; R.T.D.S.S. 1979, p.91 note Moderne ; D.S. 1979 p.249 note Amselek et J.Waline.

(3) C.E. 15 octobre 1975, Dame Alépée, R.D.P. 1976, p.1067 ; R.T.D.S.S. 1976, p.178 note Moderne. Cette solution sera étendue, de façon implicite à l'ensemble des centres des transfusion sanguine par trois arrêts d'Assemblée du 9 avril 1993 M.D., M. G., Mme. D. Rec. p.110 ; A.J.D.A. 1993, p.344, note Maugüé et Touvet.

(4) E. Rossini, Les établissements de santé à but non lucratif, op.cit. p.58.

parce que l'établissement privé participe au service public (1). Dans d'autres espèces, c'est au contraire la nature privée de ces établissements que la jurisprudence prend en compte pour attribuer compétence au juge judiciaire (2). Ce sont de tels inconvénients qui ont conduit, selon nous, le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat à proposer un critère de compétence complémentaire tiré de la notion, plus adaptée, de prérogatives de puissance publique.

2)° L'adoption d'un critère de compétence complémentaire tiré de la notion de prérogatives de puissance publique

Comme le critère découlant de la notion de service public, celui issu de la notion de prérogatives de puissance publique présente à la fois un caractère organique et un caractère matériel. Son utilisation est cependant plus adaptée au problème qui nous retient dans la mesure où, contrairement au critère de service public, ces deux aspects demeurent ici complémentaires. En d'autres termes, la jurisprudence n'est pas tenue, dans ce cadre, d'opérer un choix entre ces deux acceptions. Elle peut prendre en compte, à la fois, l'existence de prérogatives de puissance publique dévolues à une personne morale de droit privé, et leur exercice effectif dans le cadre des missions de service public dont est chargé cet établissement.

Dans un premier temps, la jurisprudence semble cependant s'être orientée en faveur d'une définition seulement organique des prérogatives de puissance publique (3). C'est ainsi que le Tribunal des conflits a décidé, à l'occasion d'un arrêt Dlle. Nicolet du 5 juillet 1982, que les juges de l'ordre judiciaire étaient compétents pour connaître d'une action en responsabilité intentée contre "des écoles privées autorisées à préparer des candidats au brevet d'Etat d'infirmier ... (assurant) une activité d'intérêt général pour laquelle elles sont investies

(1) Voir parmi de nombreux exemples C.E. 6 octobre 1944 Sassot, S.1945.II.p.33 ; T.C. 21 juillet 1949 Hauptmann, Rec. p.613 ; Cass.civ. 7 octobre 1975, J.C.P. 1976.II.n°18468 note Plouvin, D.S. 1976 p.389 note Moderne. Ces arrêts concernent respectivement : un groupement interprofessionnel, un comité central de ravitaillement et une fédération sportive.

(2) On peut également citer, sur ce point, des arrêts émanant du Tribunal des conflits et des juridictions suprêmes de l'ordre administratif et judiciaire. Voir ainsi, C.E. 19 décembre 1969, Etablissements Delannoy, sur la responsabilité d'une société de patronage participant au service public de l'éducation surveillée, R.D.P. 1970, p.1220, concl. Grévisse, note M. Waline ; D.S. 1970, p.268 note Garrigou-Lagrange ; A.J.D.A. 1970 p.125 et p.99, note Dewost et Denoix de Saint-Marc ; R.T.D.S.S. 1970, p.178 note Moderne. Voir également C.E. 6 juin 1975, Das Neves précité supra p.160 note 1. Voir enfin sur la responsabilité d'un syndicat d'initiative, Cass.civ. 7 février 1963, Bull.civ.II. n°132 p.97 et Cass.civ. 3 décembre 1968, D.S.1969, p.253 note Couvrat ; J.C.P. 1969.II.n°15787 note R.L.

(3) C.E. Sect. 13 octobre 1978, Association départementale pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles du Rhône, Rec. p.368 ; D.S. 1979, p.249, note J.Waline et P. Amselek ; R.D.P. 1979 p.899, concl. Galabert, note Robert ; A.J.D.A. 1979, p.22, note Dutheillet de Lamothé et Robineau ; D.1978.I.R. p.478 obs. Delvolvé.

d'une prérogative de puissance publique" (1). Ce n'est, en fait, qu'avec l'arrêt S.A. Bureau Veritas du 23 mars 1983 que le Conseil d'Etat aura l'occasion de préciser que le fait qu'un établissement privé soit doté de prérogatives de puissance publique ne suffit pas à déterminer la compétence administrative (2). Il faut, en outre, que le dommage dont il est demandé réparation ait été occasionné par l'exercice de ces prérogatives.

Ceci étant, le problème résolu par l'arrêt Bureau Veritas ne se pose, bien évidemment, que dans les hypothèses où l'établissement privé en cause est effectivement doté de telles prérogatives. Or, il n'a jamais été douteux, dans le domaine qui nous intéresse, que les établissements d'hospitalisation privés n'en ont jamais disposé. Ces établissements n'ont en effet aucune possibilité de prendre, selon la formule de l'arrêt Magnier du 13 janvier 1961, "des décisions individuelles qui s'imposent ... aux usagers" (3). Il suffit, dès lors, au juge de constater, comme dans l'arrêt Bernardi, que la "mission de service public" assurée par un hôpital psychiatrique ne lui confère "aucune prérogative de puissance publique" pour en déduire que seuls les juges de l'ordre judiciaire sont compétents (4).

Même si, on l'a vu, une telle solution permet au juge de mieux adapter sa jurisprudence aux réalités du système hospitalier, ses conséquences pratiques peuvent sembler assez fâcheuses. M. Laligant, parmi de nombreux auteurs, s'est ainsi élevé contre la "dénaturation des rapports de responsabilité" à laquelle aboutirait la multiplication des actions récursoires complexes que ne manque pas d'entraîner une telle jurisprudence (5). Certes, cet aspect du problème n'est pas contestable mais, à notre avis, ce qui nuit dans ce domaine à l'administration, profite largement à l'hospitalisé. N'est-ce pas, en effet, vers le juge judiciaire que la victime du dommage subi dans une clinique privée se retournera naturellement ? En réalité, il semble qu'il n'existe, de ce point de vue, aucune raison valable qui commande que les inconvénients pratiques induits par ce qui est, en fait, la complexité même du système de santé public français, soient portés à la charge des victimes plutôt qu'à celui de l'auteur du dommage. Comme on va pouvoir l'observer, ce sont des considérations pratiques du même ordre qui permettent de justifier les règles de compétence appliquées en cas de dommages liés à l'exercice de la médecine libérale à l'hôpital public.

(1) Rec. Tables p.563.

(2) Rec. p.134 ; D.S.1984.I.R. p.345 obs. Moderne ; C.J.E.G. 1983 p.313, note Dupiellet.

(3) Arrêt précité supra p.158 note 2.

(4) Arrêt précité supra p.157 note 2. Voir dans le même sens, sur la responsabilité d'un centre d'orthopédie et de traumatologie, T.C. 26 octobre 1987 Schermann, D.S.1989.Somm.p.83, obs. Prétot. Voir également à propos de la responsabilité d'un centre hospitalier administré par la Croix-rouge, T.C. 25 janvier 1981, Bunelier c. Portugal, D.S. 1988.I.R. p.75, obs. Prétot ; A.J.D.A. 1988, p.408.

(5) "De quelques conséquences ignorées de la loi du 31 décembre 1970 ...", art. précité.

§II- Médecine libérale et service public

On ne visera, dans les présents développements, que les hypothèses dans lesquelles l'activité libérale est exercée par un médecin dans le cadre d'un établissement d'hospitalisation public. On ne fera donc pas allusion aux autres types d'intervention de médecins, et plus spécialement de médecins libéraux, dans l'exécution d'autres missions relatives, notamment, au service public de la justice. On signalera simplement que ce sont de tels problèmes de responsabilité, survenus dans le cadre d'une expertise médicale, qui ont donné lieu au célèbre arrêt de la Cour de cassation du 23 novembre 1956, docteur Giry (1). Pour le problème qui nous intéresse, l'étude de l'exercice de la médecine libérale au sein des établissements hospitaliers publics commande que soient d'abord examinées ses modalités, avant que l'on étudie le régime de responsabilité en vigueur.

A- Les modalités de l'exercice de la médecine libérale dans les établissements d'hospitalisation publics

Strictement réglementé, l'exercice de la médecine libérale dans les établissements d'hospitalisation publics peut principalement se développer au sein de trois types de structures, que l'on étudiera dans l'ordre de leur création : les cliniques ouvertes, le secteur privé des médecins hospitaliers à plein-temps, les hôpitaux ruraux devenus les hôpitaux locaux depuis une loi du 31 décembre 1970 (2).

1)° Les cliniques ouvertes

Selon la définition proposée par l'actuel article L. 714-36 C.S.P., issu d'une ordonnance

(1) A.J.D.A. 1957 p.91 chron. Fournier et Braibant ; D.P. 1957 p.34, Concl. Lemoine ; J.C.P. 1956, n°9681 note P. Esmein ; R.D.P. 1958, p.298 note M. Waline. Voir sur les procédures de réquisition du médecin et sur l'expertise, L. Melennec et J. Sicard, Traité de droit médical, Maloine 1981, Tome VII : l'expertise médicale, le médecin devant la justice, p. 13-50, et la bibliographie citée par les auteurs.

(2) On ne fera qu'évoquer deux autres formes d'exercice de la médecine libérale à l'hôpital public. La première, visée par la loi du 6 janvier 1986 relative à l'aide médicale urgente et aux transports sanitaires permet aux médecins libéraux de participer aux centres de réception et de régulation des appels au sein des hôpitaux publics (Voir N. Gombault, La responsabilité civile en médecine libérale à l'hôpital public, Thèse Paris 1994, p.29-31). La seconde forme d'exercice de la médecine libérale à l'hôpital concerne les conventions de co-utilisation des équipements et matériels lourds, qui permettent à des médecins libéraux de soigner leurs patients avec des appareils appartenant à un hôpital public (Voir N. Gombault, Ibid. p.25-29). Notons, par ailleurs, que dans l'arrêt Glogowski du 13 octobre 1989, le Conseil d'Etat a décidé que le principe d'égalité interdisait au directeur d'un établissement hospitalier d'exclure certains praticiens de l'utilisation d'appareils faisant l'objet d'une convention, dans la mesure où les exigences de la santé publique ne justifient pas de telles discriminations (Rec. p.455).

du 24 avril 1996, "les établissements de santé peuvent être autorisés ... à créer et faire fonctionner des cliniques ouvertes dans lesquelles les malades, blessés ou femmes en couches admis à titre payant peuvent faire appel aux médecins, chirurgiens, spécialistes de leur choix" (1). Selon le décret du 17 avril 1943, la création de ces cliniques est soumise à trois conditions de fond, dont les deux premières sont identiques à celles que posait déjà la jurisprudence pour apprécier la légalité de l'admission des malades payants dans les hôpitaux publics (2). Selon ce texte, en effet, la clinique ouverte doit nécessairement pallier de réelles carences de l'initiative privée. Par ailleurs, la priorité que constitue la satisfaction des besoins de la clientèle hospitalière "classique" ne doit pas être négligée. Enfin, un chirurgien, au moins, parmi ceux exerçant en clinique ouverte, doit résider dans la localité où celle-ci est située ou, à défaut, dans un périmètre fixé par un arrêté préfectoral. Le non-respect de l'une ou l'autre de ces conditions permet de soutenir une demande d'annulation de l'arrêté préfectoral créant la clinique ouverte, voire même, si postérieurement à cette création elles venaient à faire défaut, une demande de fermeture ultérieure (3).

En fait, la clinique ouverte apparaît comme une structure spécifique, obéissant pour une part aux principes de la médecine libérale, et pour une autre partie aux principes de la médecine hospitalière. Dans les relations existant entre le malade et le médecin, ce sont les principes de la médecine libérale qui l'emportent. C'est d'ailleurs la principale caractéristique des cliniques ouvertes que de permettre de réhabiliter, dans le cadre hospitalier public, les relations contractuelles existant entre ces deux parties. Ce qui a été condamné dans ce domaine par le Conseil d'Etat au nom de la garantie du service public a été, en quelque sorte, remis en vigueur par décret. C'est ainsi que l'hospitalisé en clinique ouverte, que rien ne différencie, en pratique, des anciens malades payants, pourra choisir le praticien, négocier ses honoraires, et effectuer un paiement direct.

La clinique ouverte n'est cependant pas la seule structure permettant l'exercice de la médecine libérale au sein de l'hôpital public. Celle-ci peut en effet également se développer dans le secteur privé des médecins hospitaliers.

(1) Sur les cliniques ouvertes, voir notamment, N. Gombault, La responsabilité civile en médecine libérale ..., op.cit. p.19-22 ; J. L'Hour, La médecine libérale dans les hôpitaux publics, Thèse Rennes 1962, p.27-76 ; M. Dran, "Un exemple de collaboration entre service public et service privé : les cliniques ouvertes", A.J.D.A. 1957, p.514-527 ; J. Montador, La responsabilité des services publics hospitaliers, op.cit. p.29-35.

(2) Voir supra p.132.

(3) Voir notamment C.E. Ass. 11 janvier 1963 Min. de la Santé publique c. Leonetti, Rec. p.20, A.J.D.A. 1963, p.434. Notons également qu'il n'est pas nécessaire que l'une ou plusieurs de ces trois conditions ne soient plus réunies pour que la commission administrative d'un hôpital public décide de fermer une clinique ouverte. Voir C.E. 6 avril 1973, G.P. 1974.I.Somm.p.51. Voir sur ces différents points les décisions citées par MM. Dran ("Un exemple de collaboration entre service public et service privé ...", op.cit.) et Moderne ("La légalité de la suppression des cliniques ouvertes dans les hôpitaux publics, R.T.D.S.S. 1967, p.352).

2)° Le secteur privé des médecins hospitaliers

La création de ce secteur privé par l'ordonnance du 11 décembre 1958 apparaît comme une contrepartie de la mise en place, par ce même texte, du plein temps hospitalier (1). Selon la formulation de l'actuel article L. 714-31 C.S.P. l'existence de ce secteur privé nécessite ainsi "que les praticiens exercent personnellement et à titre principal une activité de même nature dans le service hospitalier public". Ce système constitue, en quelque sorte, une concession accordée aux syndicats de médecins qui craignaient que le système de plein-temps ne constitue la première étape d'une fonctionnarisation de la profession médicale jugée inacceptable. Même si cela ne concerne pas directement notre sujet, on voit bien que ce problème est avant tout de nature politique, ce qui permet d'expliquer les nombreuses réformes subies par ce système au gré des changements de majorité parlementaire (2).

Comme dans le cadre des cliniques ouvertes, le législateur et le pouvoir réglementaire ont néanmoins entendu préserver le bon fonctionnement du service public en limitant l'exercice de l'activité libérale. Ainsi, l'hôpital public n'a pas le droit de réserver un certain nombre de lits, ni d'affecter spécialement au secteur privé des installations médico-techniques. De son côté, le praticien hospitalier n'a pas la possibilité de consacrer à ce secteur privé plus d'un cinquième de la durée de son service hebdomadaire. Par ailleurs, il ne peut exercer l'activité libérale qu'au sein de l'établissement dans lequel sa nomination a été prononcée.

Comme dans les cliniques ouvertes, le patient est libre de choisir son médecin dont les honoraires sont fixés par entente directe. Mais à la différence de ces établissements, le secteur privé des praticiens hospitaliers peut difficilement être perçu comme le relais d'initiatives privées défailtantes. Il s'agit, de façon plus prosaïque, et même si cet argument n'est pas non plus indifférent par rapport aux cliniques ouvertes, de conserver un certain attrait aux carrières hospitalières, et de tenter ainsi, par la perspective de rémunérations supplémentaires, d'attacher à l'hôpital public les services de personnels de qualité. Dans le cadre des hôpitaux locaux, cet objectif est, en revanche, beaucoup moins recherché.

3)° Les hôpitaux ruraux devenus hôpitaux locaux

Créés par l'ordonnance du 11 décembre 1958, les hôpitaux ruraux se sont vus transformer en hôpitaux locaux par la loi du 31 décembre 1970 en raison d'un accroissement de leurs tâches. Depuis un décret du 6 juillet 1960, modifié par un décret du 13 novembre 1992, ces

(1) Voir N. Gombault, la responsabilité civile en médecine libérale ..., op.cit. p.16-19.

(2) Voir sur ce point, M-L Moquet-Anger, Le statut du médecin hospitalier, op.cit. p.90-91.

établissements peuvent en effet être ouverts en milieu urbain (1). En revanche, la loi du 31 juillet 1991 a mis un terme aux activités chirurgicales et obstétricales des hôpitaux locaux (2).

Les missions de ces hôpitaux se rapprochent de celles dévolues aux cliniques ouvertes, et cela même si elles ne sont pas exactement identiques. Les cliniques ouvertes visent en effet, principalement, à permettre à l'hôpital public de pallier les carences de l'initiative privée, alors que dans le cadre des hôpitaux ruraux, c'est -de façon générale- l'insuffisance des structures hospitalières qui est en cause. Le but de ces hôpitaux est de permettre à des médecins libéraux, ainsi qu'à des sages-femmes résidant dans les communes voisines de ces établissements, de venir y soigner leurs malades dans de bonnes conditions. En d'autres termes, ces établissements ont pour objet, même si la formule utilisée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 13 mai 1977 peut paraître réductrice, "d'améliorer l'état sanitaire des campagnes" (3).

Il ne s'agit donc pas, dans ce cadre, d'assurer au malade la possibilité d'exercer un libre choix entre les deux secteurs de l'hospitalisation, mais uniquement de lui permettre d'être hospitalisé. Ceci explique pourquoi ces hôpitaux ne comportent pas de personnel médical propre, ni de services très spécialisés. Les hôpitaux locaux ne sont, en effet, autorisés à posséder, au mieux, qu'un service de médecine et un service de maternité. Par ailleurs, l'ouverture d'un service de maternité est subordonnée à l'existence d'une convention passée avec un centre hospitalier, qui doit prévoir les conditions de transfert des mères et des enfants vers ce centre.

Comme dans les hypothèses précédentes, on aboutit ici, par détermination de la loi, à une superposition d'une activité libérale et du cadre public dans lequel est exercée cette activité. Cette superposition entraîne, dans tous les cas, la mise en oeuvre d'un régime de responsabilité spécifique.

B- Le régime de responsabilité appliqué à l'exercice de la médecine libérale au sein des établissements d'hospitalisation publics

Dans ce domaine, l'interpénétration des activités publiques et privées est sanctionnée, comme elle l'est également au niveau des structures hospitalières, par un régime de compétence dualiste. Les juges de l'ordre judiciaire sont compétents lorsque le dommage

(1) Voir N. Gombault, La responsabilité civile en médecine libérale ..., op.cit. p.22-25.

(2) Sur les détails de cette réforme, voir M. Duport, C. Esper, L. Muzzin, C. Paire, Droit hospitalier, Dalloz 1997, p.96.

(3) G.P. 1979 Tables p.124 n°12.

dont il est demandé réparation est imputable au praticien, les juges de l'ordre administratif pouvant seuls apprécier les fautes imputables au service.

On évitera d'établir, sur ce point, de distinctions fondamentales entre les trois types de structures que l'on vient d'examiner. A une époque, un auteur a pourtant prétendu que les hôpitaux locaux devaient être soumis à un régime spécifique nécessitant la compétence des seuls juges de l'administration (1). Lorsqu'on étudie la structure de ces établissements, on voit bien, en effet, que celle-ci présente une réelle spécificité, dans la mesure où les hôpitaux locaux, à la différence des cliniques ouvertes et des secteurs privés des médecins hospitaliers, ne constituent pas d'enclaves privées au sein d'établissements publics préexistants. En revanche, cette unité structurelle des hôpitaux locaux, qui constitue leur principale originalité, ne saurait éclipser l'identité profonde de leur mode de fonctionnement et de celui des autres structures visées. Dans tous les cas, en effet, le législateur, ou le pouvoir exécutif, ont entendu autoriser et définir les limites de l'activité libérale au sein d'établissements régis par un statut de droit public, ce qui conduit, globalement, à soumettre l'ensemble de ces établissements à des règles de compétence juridictionnelle identiques (2). Ce régime de compétence juridictionnelle présente un caractère dualiste, dont on examinera la valeur, après en avoir étudié le contenu.

1)° Un régime de compétence dualiste

Ce régime de compétence a été précisé par le Conseil d'Etat dans le célèbre arrêt de Section du 4 juin 1965 Hôpital de Pont-à-Mousson, rendu à propos de la responsabilité d'une clinique ouverte (3). La juridiction administrative suprême, après avoir rappelé les spécificités des relations médecin-malade dans ces établissements estime "que les rapports qui s'établissent entre les malades admis en clinique ouverte et les médecins, chirurgiens, spécialistes auxquels ils font appel et qui peuvent appartenir ou non au corps médical hospitalier relèvent du droit privé". Une solution similaire a été retenue par le Conseil d'Etat à propos du secteur privé des médecins hospitaliers dans l'arrêt Dlle. de Saint-Louvent du 10 avril 1973 (4). Selon le Conseil d'Etat, "les rapports qui s'établissent entre les malades admis à l'hôpital et les médecins, chirurgiens, spécialistes à temps plein auxquels ils font appel ... relèvent du droit privé ; que l'hôpital où ils sont admis ne saurait, dès lors, être rendu responsable des dommages causés aux malades privés de ces praticiens lorsque ces

(1) L'Hour, La médecine libérale au sein des hôpitaux publics, op.cit. p.169-172.

(2) Voir notamment, J-M Deforges, L'hospitalisé, op.cit. p.162 note 1 ; J. Moreau, Dommages résultant du fonctionnement du service public hospitalier, op.cit. n°132 p.13.

(3) Rec. p.351 ; A.J.D.A. 1965 p.410, Concl. Galmot ; D.S.1965 p.746 note M. Piquemal ; J.C.P. 1966.II.n°14665, chron. J-M Raynaud ; R.T.D.S.S. 1966, p.80, note J. Imbert ; R.H.F. 1966, p. 777, note Degardin.

(4) Rec. p.556.

dommages trouvent leur origine dans un agissement prétendument fautif imputé aux médecins, chirurgiens ou spécialistes auxquels ces malades se sont confiés”.

Il importe peu que soit déterminée la nature juridique des rapports existant entre les praticiens et leurs malades. Il s’agit, bien évidemment, de relations de type contractuel, les principes dégagés par la Cour de cassation dans son arrêt du 20 mai 1936 étant intégralement appliqués aux cliniques ouvertes, et aux autres structures permettant l'exercice de l'activité libérale au sein des hôpitaux publics (1). La chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion d'exprimer très précisément son point de vue dans un arrêt rendu à propos d'une action en responsabilité intentée contre un médecin hospitalier à raison de fautes commises dans le secteur privé de son activité (2). Selon cette juridiction, une Cour d'appel a justement "écarté les conclusions tendant à faire déclarer les juridictions de l'ordre judiciaire incompétentes pour statuer sur la responsabilité civile" en appréciant "qu'un contrat de droit privé avait été conclu entre le chirurgien et la patiente" et retenu "que l'utilisation de l'équipement hospitalier et du personnel soignant d'un hôpital public, pour l'opération effectuée par ce chirurgien ne modifiait en rien la nature du contrat conclu entre le malade et le praticien de son choix". Pour la Cour de cassation, il résulte effectivement de ces éléments "que les fautes imputées au prévenu avaient été commises en dehors de l'exercice de ses fonctions hospitalières", ce qui justifie la compétence du juge judiciaire.

Ce que la Cour de cassation n'évoque pas dans cette espèce, et qui a été précisé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Hôpital de Pont-à-Mousson (3), c'est que la responsabilité de l'hôpital peut elle-même être engagée "au cas où il est établi que (les) dommages ont pour cause un mauvais fonctionnement du service public résultant soit d'un matériel défectueux, soit d'une faute commise par un membre du personnel auxiliaire de l'hôpital mis à la disposition du praticien ...". Dans les hypothèses où le dommage dont il est demandé réparation est imputable au service public, les juges de l'ordre administratif seront seuls compétents.

Simple en apparence, ces règles de compétence ne vont pas sans poser un certain nombre de problèmes au niveau de leur mise en oeuvre, ce qui nous amène tout naturellement à nous interroger sur leur valeur.

2)° Valeur du régime de compétence

Une fois encore, la jurisprudence fait indéniablement preuve, dans ce domaine, d'une

(1) Sur ces règles, voir supra p.15-16

(2) Cass.crim. 28 octobre 1981, Bull.crim. p.749.

(3) Arrêt précité supra p.167 note 3.

remarquable adaptation aux spécificités du système hospitalier français, et en l'occurrence à l'exercice de la médecine libérale au sein de l'hôpital public. La superposition du cadre public dans lequel s'exerce l'activité libérale, et la nature privée de cette activité semble en effet pleinement justifier la mise en oeuvre du régime de compétence dualiste évoqué.

Il apparaît, cependant, que cette solution n'était pas aussi évidente qu'on serait tenté de le penser de prime abord. Le commissaire du gouvernement Galmot avait parfaitement vu, dans ses conclusions sur l'arrêt Hôpital de Pont-à-Mousson (1), que le réalisme indéniable de ces règles risquait de s'opposer à l'intérêt des malades hospitalisés. Contrairement à ce que l'on a eu l'occasion d'observer dans le domaine de l'intervention des établissements d'hospitalisation privés, la mise au second plan du critère de service public contribue ici, en fait, à accroître les problèmes de compétence. Plus concrètement, il existe dans l'hypothèse décrite, un risque non négligeable d'erreur, pouvant entraîner la saisine d'un juge incompetent, à cause d'une mauvaise appréciation du rôle respectif joué par le praticien et par le service dans la survenance du dommage. Or justement, selon M. Galmot, de tels inconvénients pratiques nécessitaient le sacrifice de la solution "conforme aux conditions réelles du fonctionnement des cliniques ouvertes" qu'aurait représenté le régime de compétence dualiste.

En soit, cette volonté de faciliter l'action des victimes n'est pas condamnable. Par ailleurs, les arguments théoriques avancés par M. Galmot en vue d'étayer sa thèse n'apparaissent guère plus contestables. Après avoir constaté que le fonctionnement des cliniques ouvertes interdisait de les assimiler aux cliniques privées, M. Galmot relève, au contraire, que les similitudes existant entre ces structures et celles des hôpitaux publics sont nombreuses. Les malades hospitalisés en clinique ouverte sont soignés, le plus souvent, par le même personnel que les autres malades. Ils bénéficient également, la plupart du temps, et ce en contravention avec les textes en vigueur, des mêmes chambres. Enfin, les malades admis en cliniques ouvertes sont opérés dans les mêmes salles que les autres catégories d'hospitalisés. Ces diverses observations amènent M. Galmot à conclure que "l'activité du médecin de clinique ouverte, activité privée, est indissociable de l'activité de service public assurée par l'établissement d'hospitalisation", ce qui devrait entraîner la compétence des juges de l'administration pour l'ensemble des dommages occasionnés par l'activité des cliniques ouvertes.

Cependant, on ne croit pas, contrairement à un auteur (2), que M. Galmot ait entendu ici prétendre que les cliniques ouvertes constituaient un service public au sens organique de l'expression. On voit bien, en réalité, que c'est l'existence d'un lien, même ténu, entre l'activité privée exercée dans le cadre des cliniques ouvertes et l'activité de service public des hôpitaux qui justifie, selon le commissaire du gouvernement, la compétence administrative. Indirectement, et même si M. Galmot se garde bien de l'affirmer, cela revient

(1) Conclusions précitées supra p. 167 note 3.

(2) Voir la note précitée de M. Piquemal sous l'arrêt Hôpital de Pont-à-Mousson, précité supra p. 167 note 3.

à dire que l'activité libérale au sein des hôpitaux publics est matériellement une activité de service public.

Le Conseil d'Etat a cependant choisi de ne pas emprunter la voie indiquée par son commissaire du gouvernement. La volonté exprimée par le législateur de dissocier nettement l'activité libérale de celle de service public semble, de ce point de vue, avoir emporté la décision de la juridiction administrative suprême.

A notre avis, cependant, le choix de la solution réaliste peut paraître regrettable, et cela quand bien même les inconvénients occasionnés aux victimes peuvent être compensés par une certaine souplesse des juges des deux ordres de juridiction dans l'appréciation de la règle de compétence (1). En pratique, un conflit est en effet toujours susceptible de survenir dans l'hypothèse où chacun des deux juges apprécierait de façon contradictoire l'origine du dommage. Ainsi, il est longtemps demeuré incertain que le juge compétent pour connaître des dommages occasionnés par un anesthésiste, agent public auxiliaire d'un médecin agissant à titre libéral, soit effectivement le juge de l'administration. Bien que cette solution pouvait sembler réaliste, certains juges du fond de l'ordre judiciaire s'étaient néanmoins déclarés compétents pour connaître de ces litiges (2). Ce n'est, en fait qu'en 1990, avec l'arrêt Mathieu, que le Tribunal des conflits tranchera nettement ce problème en faveur du juge administratif (3).

On peut également voir, dans la règle de compétence en vigueur, certains risques de survenance de conflits négatifs aboutissant à des dénis de justice. En pratique, cependant, la procédure du renvoi obligatoire au Tribunal des conflits instituée par le décret du 25 juillet 1960, limite grandement de tels risques. La Cour de cassation, elle-même, n'a pas hésité, en dehors de toute obligation réglementaire ou légale, à saisir la Haute juridiction à l'occasion d'une affaire où elle estimait devoir faire face à "une difficulté sérieuse mettant en jeu la séparation des autorités administrative et judiciaire" (4). Il s'agissait, dans cette espèce, de

(1) Voir notamment C.A.A. Nancy, Ass. 21 novembre 1989, J.C.P. 1990.IV. p.37 : bien que la victime ait versé directement ses honoraires à un médecin hospitalier, le fait qu'elle n'ait pas formulé par écrit sa volonté d'être admise dans le secteur privé de ce médecin conduit à la considérer comme un usager du service public. Les juges de l'ordre administratif qui avaient été effectivement saisis par cette victime pour la réparation d'une faute médicale commise par le praticien hospitalier sont donc bien compétents. Comp. Cass.civ. 28 décembre 1981, Bull.civ. 1981 p.749.

(2) Voir notamment T.G.I. Lyon, 28 novembre 1973, J.C.P. 1974.II n°17652 note R. Savatier.

(3) T.C. 19 février 1990 Mathieu, J.C.P. 1990.II. n°21532, note Chabas ; R.F.D.A. 1990, p.457, concl. Stirn ; A.J.D.A. 1990 n°60 p.556 note Moreau. Voir également une espèce dans laquelle il s'agissait de savoir si un dommage avait pour origine le vice interne d'un appareil, ou une mauvaise utilisation de cet appareil par un chirurgien opérant en clinique ouverte. Les juges de l'administration sont seulement compétents dans la première hypothèse (C.A.A. Nancy, 4 mars 1997, Mme. Christine André n°NC00096, et n°94NC000272).

(4) Cass. civ. 17 octobre 1978 Bull.civ. 1978.I.p.237. n°307.

déterminer quel était le juge compétent pour connaître de la responsabilité d'un médecin radiologue dans un hôpital public, pour les dommages occasionnés à un patient admis en clinique ouverte sur les recommandations de son médecin traitant. Le Tribunal des conflits, après avoir relevé que "le décret du 2 décembre 1963 précise que l'hospitalisé peut faire exécuter les examens ... soit à l'extérieur de l'hôpital, soit dans le service hospitalier ..." décide que "les examens pratiqués par un radiologue de l'hôpital au profit d'un malade admis en clinique ouverte le sont en dehors des fonctions médicales hospitalières de ce spécialiste, même si les honoraires y afférant sont soumis par la réglementation à des règles de calcul et de reversement particulières" (1). Par conséquent, seul le juge judiciaire est compétent pour connaître d'un tel litige.

Si des conflits de compétence semblent devoir se produire assez rarement, les risques de divergence dans l'appréciation du rôle joué dans la survenance du dommage par le service et par le praticien dans les hypothèses de partage de responsabilité sont beaucoup plus présents. Rien ne garanti, en effet, que la victime, indemnisée pour une part de son préjudice par un premier juge, obtiendra le complément exact du montant de sa réparation auprès du second juge (2).

On peut cependant se demander dans quelle mesure la solution de la compétence administrative pour l'ensemble du contentieux occasionné par l'exercice d'une activité libérale au sein du service public constituerait un réel avantage pour la victime. Est-il réellement logique d'estimer, en effet, que cette victime, qui aura signé un formulaire spécial d'admission et expressément choisi son médecin se retournera, en cas de dommage, devant le juge administratif ? Rien n'est moins sûr et comme l'a relevé le Tribunal administratif de Caen, à l'occasion d'une décision rendue avant l'arrêt Hôpital de Pont-à-Mousson : "si l'institution ou le maintien d'une clinique ouverte ne se justifie, en raison de l'insuffisance de l'initiative privée, que par des considérations d'intérêt général, qui impriment à l'organisation même des cliniques ouvertes le caractère d'un service public, les modalités de gestion, de fonctionnement et les rapports avec la clientèle ne permettent pas de les distinguer des institutions de droit privé" (3). On voit bien ici que la solution du juge unique, qui apparaît pratique de prime abord, pourrait également poser de sérieux problèmes de compétence et ce, quand bien même, ces problèmes seraient certainement moins importants que dans le système actuel (4).

(1) T.C. 19 mars 1979 Babsky, G.P. 1979 Tables, p.125 n°24.

(2) Voir par exemple C.E. 31 mars 1971 Bailleul, Rec. p.766, R.T.D.S.S. 1972, p.70 obs. Moderne. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat a estimé que la mort d'une patiente à la suite d'un accouchement était dû pour 75% aux fautes médicales ayant occasionné un choc obstétrical traumatique, et pour 25% au retard apporté par une sage-femme du service à alerter le praticien de l'aggravation de l'état de santé de la parturiente.

(3) T.A. Caen 24 mai 1960, Sieur Dauge, Rec. p. 787.

(4) Le juge administratif pourrait ainsi estimer, en cas de partage de responsabilité, que la faute du médecin n'est pas dépourvue de tout lien avec le service, et accorder ainsi une réparation intégrale à la victime qui

En fait, aucun des systèmes envisagé n'est pleinement satisfaisant du point de vue de l'intérêt des victimes, et il apparaît finalement assez légitime que la jurisprudence ait choisi de conserver une certaine logique interne de ses solutions en refusant d'abandonner la voie du réalisme. Au moins, l'aspect rationnel des solutions retenues permet-il de conserver un certain équilibre entre les deux ordres de juridiction, et de permettre, dans une certaine mesure, d'aboutir à une réelle conciliation au niveau des règles de fond mises en oeuvre.

En complétant le critère de service public par un nouveau critère plus précis, la jurisprudence s'est ainsi adaptée à l'évolution des structures hospitalières. Ce souci d'adaptation se retrouve également, comme on va pouvoir l'observer, dans le cadre de l'édiction des règles de fond. A l'origine, cependant, ces règles étaient articulées autour de la seule notion de faute, ce qui a conduit, en raison de la fermeté de la jurisprudence, à exclure leur objectivation.

n'aurait pas à se retourner devant un autre juge. A l'inverse, le médecin condamné par le juge judiciaire pour une faute de service pourrait, en application de la jurisprudence Pelletier, agir en garantie contre l'administration devant les juges de l'ordre administratif.

CHAPITRE DEUX

L'ARTICULATION DES REGLES DE FOND AUTOUR DE LA NOTION DE FAUTE

A l'occasion des arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau du 8 novembre 1935 (1), le Conseil d'Etat a clairement rattaché la responsabilité des hôpitaux publics à la responsabilité pour faute. Il est cependant intéressant de noter que l'apport respectif de ces deux décisions n'est pas le même. Ainsi, dans l'arrêt Vve. Loiseau, le Conseil d'Etat ne fait allusion "s'agissant d'un traitement chirurgical", qu'à "la faute lourde susceptible d'engager la responsabilité de l'hôpital".

En fait, seul l'arrêt Vve. Philipponeau rendu le même jour fait référence au célèbre dyptique faute lourde - faute simple. Le Conseil d'Etat statuait, dans cette espèce, sur une demande présentée par la requérante pour la réparation du préjudice résultant des affections dont elle avait été atteinte postérieurement à sa sortie d'un établissement public hospitalier. L'origine mal déterminée de ces affections a conduit la juridiction administrative suprême à envisager successivement les deux sources possibles du dommage. Le Conseil d'Etat "considérant que l'intéressée ne justifie pas, d'une part, d'une faute commise par les agents du service administratif de l'hôpital, et que d'autre part, elle n'établit pas à la charge du service médical l'existence d'une faute lourde dans le traitement dont elle a été l'objet ..." décide que "la requérante n'est pas fondée à demander l'annulation de la décision attaquée".

(1) Arrêts précités supra p.3 note 4.

Il apparaît on ne peut plus clairement que le Conseil d'Etat rattachait, à l'occasion de ces arrêts, la responsabilité des hôpitaux publics à la notion de faute, indépendamment de toute référence à celle de risque. La réforme du contentieux du 5 mars 1934, attribuant compétence aux conseils de préfecture pour connaître en premier ressort des actions en responsabilité extra-contractuelle -y compris celles dirigées contre les hôpitaux- allait permettre à la juridiction administrative suprême de réaffirmer sa position.

Car en effet, si les juges du fond avaient semblé se ranger à la position du Conseil d'Etat (1), le Conseil de préfecture de Marseille avait, au contraire, tenté de faire valoir une position différente à l'occasion d'un arrêt du 18 décembre 1936, Farel contre Hospices civils de Marseille (2). Or, comme on le sait, les arrêts rendus par cette juridiction en matière hospitalière étaient parfois assez peu orthodoxes. On retrouve ainsi, dans la décision qui nous retient, l'idée fort contestable de l'existence d'un contrat d'hospitalisation public conclu entre l'hôpital et ses "administrés" (3). Mais nonobstant les réserves que l'on a eu l'occasion de formuler, cette décision demeure remarquablement motivée du point de vue de la justification de la compétence administrative. Sur ce point précis, la clarté des considérants employés par le Conseil de préfecture mérite qu'on les cite. On peut y lire qu'il faut "admettre la responsabilité de l'établissement public, non pas secondairement, mais principalement comme gérant du service ; c'est pourquoi, même dans l'hypothèse où l'accident serait dû à une faute imputable au médecin (telle une erreur de diagnostic), ladite faute personnelle ne saurait être détachée du service, lequel a procuré le moyen de la commettre et exposé la victime à des conséquences regrettables".

Conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat quant à la motivation de la compétence administrative, la décision du Conseil de préfecture de Marseille s'en détache assez nettement du point de vue de la solution retenue au fond. Selon cette juridiction, en effet, "L'action contre la personne publique gérante du service, introduite devant la juridiction administrative, peut s'exercer sans qu'il soit besoin d'apporter la preuve d'aucune faute, et ce, contrairement aux principes qu'applique l'autorité judiciaire, en vertu de l'article 1384 : en effet les administrations publiques et notamment l'administration hospitalière, doivent être considérées comme contractant vis-à-vis des administrés une véritable obligation d'assurer la marche normale de leurs services, à raison des risques redoutables que comporte le traitement médical".

Fidèle à sa conception de la responsabilité pour faute, le Conseil d'Etat allait censurer l'arrêt du Conseil de préfecture de Marseille en affirmant que "la responsabilité de l'administration publique ne peut être engagée à l'égard d'un malade qui se prétend victime

(1) Notons cependant, qu'à notre connaissance, un seul arrêt a été publié dans ce sens. Voir, Conseil de préfecture de Lille, Lemaire c. Préfet du Nord, G.P. 1937.I.p.396.

(2) Arrêt précité supra p.135 note 2.

(3) Voir sur ce point supra p.134-135.

d'un traitement médical défectueux que si l'intéressé établit l'existence d'une faute grave à la charge du service ..." (1).

Le Conseil d'Etat restait donc fidèle, à l'occasion de cet arrêt, à un système de responsabilité pour faute articulé autour des notions de faute lourde et de faute simple (**Section II**). Mais avant d'étudier le contenu de ce système, on s'interrogera en premier lieu sur ses origines et la façon dont il s'est constitué, dans certains secteurs très particuliers de l'activité hospitalière (**Section I**).

(1) C.E. 18 mai 1938, Hospices civils de Marseille, G.P. 1938 p.90.

Section I : Les origines de la faute du service public dans le domaine hospitalier

Les origines de la faute du service public dans le domaine qui nous intéresse peuvent être décelées dans deux secteurs particuliers de l'activité hospitalière : l'activité psychiatrique et l'activité du service de santé des armées. En parlant de ces secteurs particuliers, on veut faire référence à des ensembles jurisprudentiels élaborés, à défaut d'être toujours cohérents, et non à des espèces isolées dépourvues de réelle signification. Ainsi, on ne fera que citer l'arrêt Dame vve. Bouzid Abdallah du 24 juillet 1929 (1), dans lequel le Conseil d'Etat refuse d'engager la responsabilité de l'administration en raison d'une erreur commise par l'infirmier d'une prison dans la délivrance d'un médicament à un détenu malade. On ne fera également que mentionner les arrêts Véra du 5 novembre 1931 (2), et Epoux Balin du 2 novembre 1932 (3), rejetant des demandes d'indemnité fondées sur un défaut de surveillance dont se serait rendu coupable le personnel d'hôpitaux non spécialisés dans le traitement de maladies mentales.

Or, en dehors de ces hypothèses, si l'influence des règles développées dans le domaine de la responsabilité des hôpitaux psychiatriques est admise (4), le rôle joué par la jurisprudence établie dans le secteur de l'activité du service de santé des armées n'a pratiquement jamais été relevé. En tout et pour tout, un seul auteur a fait allusion à un arrêt Paillat du 6 juillet 1934 (5), qui est présenté, "encore qu'il concerne le service médical des armées ... comme le seul précédent qui puisse être trouvé aux arrêts Vves. Loiseau et Dame Philipponeau" (6). Or, on le verra, cet arrêt constitue, en fait, l'aboutissement d'une

(1) Rec. p.831.

(2) Rec. p.952.

(3) Rec. p.899.

(4) Voir en particulier, J. Montador, La responsabilité des services publics hospitaliers, op.cit. p.81-87 ; F-P Bénéoit, La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative, Thèse Paris, Sirey 1946, p.48-51 ; J. Lafon, La responsabilité du fait des malades mentaux, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J. 1960, Tome XX, p.181-184.

(5) Rec. p.788.

(6) M. Deguerge, Jurisprudence et doctrine ..., op.cit. p. 219-220. D'autres auteurs ont cependant cité cet

jurisprudence qui est venue alimenter les tables du recueil Lebon depuis le début du XX^e siècle. On précisera également qu'il n'y a pas lieu de réserver un sort particulier aux règles développées dans ce domaine. En effet, les activités assurées par le service de santé des armées étaient matériellement identiques à celles réalisées par les hôpitaux publics. Mais surtout, il existait une intégration importante entre les structures de ce service public et les structures hospitalières classiques. Il n'était ainsi pas rare de voir des militaires soignés dans des hôpitaux civils et, à l'inverse, des civils être soignés dans des hôpitaux militaires (1).

L'intérêt présenté par l'étude des règles de responsabilité dans les deux secteurs évoqués se manifeste également du point de vue de l'évolution des conceptions hospitalières. De fait, si la responsabilité des hôpitaux psychiatriques a été très tôt admise -et on verra que l'arrêt Feutry s'applique à un type d'affaire déjà résolu, au fond, par le juge judiciaire- elle ne s'est longtemps organisée que par rapport à une activité pratiquement limitée, dans son objet, à la surveillance des aliénés. En fait, dans ce cadre, c'est moins une activité de nature thérapeutique qui sert de support à l'élaboration des règles de responsabilité, qu'une activité plus traditionnellement liée au fonctionnement des services publics.

Le problème se pose en d'autres termes pour le service de santé des armées. Si l'aspect organisation des services publics est présent dans les règles de fond dégagées dans ce domaine, c'est également, en raison du statut spécial de ces malades non-indigents, l'activité thérapeutique qui est susceptible d'être mise en cause. On verra cependant, dans ce domaine, comme dans celui de la responsabilité des hôpitaux psychiatriques, que le Conseil d'Etat s'est inspiré de la difficulté présentée par ce type d'activités pour édicter des règles de fond particulièrement restrictives des droits des victimes, et exclusives de toute tentative d'objectivation.

§I- La responsabilité des hôpitaux psychiatriques et la difficulté de l'activité administrative de surveillance

Les règles en vigueur dans ce domaine, avant les arrêts Vve. Loiseau et Philipponneau (2), sont adaptées aux spécificités de l'action des hôpitaux psychiatriques et

arrêt, sans toutefois relever, à l'image de Mme. Deguegue, son aspect apparemment novateur. Voir notamment, J-F Couzinet, "La faute lourde administrative", R.D.P. 1977, p.283-334 et plus spécialement p.322.

(1) Voir infra p.194-197.

(2) Arrêts précités supra p.3 note 4.

aux missions, assez différentes de celles dévolues aux autres types d'établissements d'hospitalisation, qui leur sont confiées. Dans ce cadre c'est, de façon principale, un défaut de surveillance qui sera susceptible de constituer une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital.

A- L'adaptation des règles de responsabilité aux spécificités de l'activité des hôpitaux psychiatriques

Un aliéniste français a fort justement écrit que "l'histoire de la psychiatrie est non seulement l'inventaire du développement d'une pratique et du savoir qui la justifie, mais plus encore l'étude des sensibilités et des réponses successives de l'individu et du groupe social à l'égard de la maladie, de la souffrance psychique, de la folie et du rêve" (1). On peut ainsi avancer que l'histoire des hôpitaux psychiatriques s'est longtemps confondue avec celle des hôpitaux non spécialisés considérés dans leur ancien rôle de "dépotoir social". En revanche, on doit préciser que le sort réservé aux malades mentaux était souvent beaucoup plus sévère que celui réservé aux autres catégories de clientèle hospitalière, et n'était envisagé que dans une seule optique répressive. L'idée d'assistance aux malades mentaux s'est en effet développée beaucoup plus tardivement que dans les autres domaines. En outre, même durant cet essor, l'idéal d'assistance a continué de coexister, en partie à cause de la médicalisation tardive de l'activité psychiatrique, avec une vision policière du traitement des aliénés.

1)° L'ère de la répression

La perception sociale du "fou" est longtemps demeurée notoirement plus négative que celle, déjà guère enviable, des autres catégories d'hospitalisés. Déjà, dans la Rome antique, l'aliéné était enchaîné et jeté en prison (2). Au Moyen-Age, sa situation était encore moins favorable, puisque c'est souvent à son encontre que se sont développés les procès en sorcellerie (3).

Ce n'est, semble-t-il, qu'à partir du XVI^e siècle que la folie commencera à être réellement

(1) Y. Pélicier, Histoire de la psychiatrie, Que sais-je ? n°1448, P.U.F. 1971, 4^e éd. 1990, p.3.

(2) Renseignement recueilli in, G. Mémeteau, "Remarques sur les aspects médicaux de l'internement abusif des malades mentaux", R.T.D.S.S 1975, p.141-163, et plus spécialement p.142. Voir également, sur le droit romain appliqué aux aliénés : L. Bouvard, De l'état juridique des aliénés, Thèse Paris, Imprimerie J-B Gros 1855, p.17-151.

(3) Sur les rapports entre répression de la sorcellerie et maladies mentales, Voir l'article très documenté de M. Boucher, "Sorcellerie et psychiatrie", Conférences de l'institut d'histoire de la médecine de Lyon, Cycle 1991-1992, p.167-188.

perçue comme une maladie au sens le plus commun du terme et, par voie de conséquence, comme une affection dont le traitement est digne de justifier le recours à la charité privée. C'est à cette époque qu'est créé l'ordre de Saint-Jean-de-Dieu, dont l'action se concrétisera par la construction d'hôpitaux partiellement réservés à l'accueil des aliénés : l'hôpital de la Charité créé en 1601 et l'hôpital Charenton -actuel hôpital Esquirol- ouvert en 1642. Cependant, comme on le sait, les effets de la charité privée n'ont pas permis, certainement moins encore que dans les autres domaines, d'améliorer le sort des malades mentaux.

Selon M. Mémeteau, la première initiative publique intervenue en faveur de l'amélioration du traitement des aliénés remonte à 1785, et à une instruction de l'inspecteur général des hôpitaux Colombier, "sur la manière de gouverner les insensés et de travailler à leur guérison dans les asiles qui leur sont destinés" (1). En pratique, cependant, les interventions du pouvoir central sont longtemps demeurées limitées à la protection de l'ordre public : de toute façon, la manière dont les aliénés étaient traités dans les hôpitaux ne différait guère de celle qui pouvait leur être réservée en prison.

De ce point de vue, un litige survenu en 1780 entre l'Hôpital général et l'Hôtel-Dieu de Rouen est tout à fait révélateur du sort réservé aux fous (2). Cette affaire concernait une femme, victime de fortes fièvres, qui avait été admise à l'Hôtel-Dieu -lieu réservé aux malades- en vue de se faire soigner. L'évolution néfaste de sa maladie la rendant "folle, méchante et scandaleuse ...", les administrateurs de l'Hôtel-Dieu décidèrent de solliciter son transfert à l'Hôpital général qui était un lieu réservé, comme on le sait, au "renfermement" des indigents et des individus jugés nuisibles pour la société (3). Or, si la demande de l'Hôtel-Dieu a été rejetée, c'est uniquement en raison du fait que l'Hôpital général n'était pas en mesure, faute de place, d'accueillir la malade dans une de ses "loges" spécialement réservées aux aliénés. Mais il faut bien comprendre, qu'en fait de loges, il s'agissait de véritables cellules dans lesquelles les aliénés, aux fers pour la plupart, étaient laissés sans soins particuliers.

On voit bien, à partir de cet exemple, que les aliénés n'étaient pas considérés, à proprement parler, comme des malades. Dans l'hypothèse contraire, l'Hôpital général aurait certainement pu opposer à la demande d'admission l'insuffisance de ses propres structures sanitaires. Car en effet, contrairement, par exemple, à l'Hôpital général de Paris, l'Hôpital général de Rouen n'était investi que d'une simple mission de police (4). Ainsi, dans

(1) "Remarques sur les aspects médicaux de l'internement abusif des malades mentaux", art. précité p.142. Voir cependant, sur les tentatives ponctuelles d'amélioration de la condition des aliénés menées dans le cadre des municipalités, infra p. 361.

(2) Archives départementales de Seine-Maritime, carton 1B 5515.

(3) Voir supra p.60.

(4) D'après son règlement, l'Hôpital général de Paris regroupait à la fois un hospice, une maison de correction, une prison et un asile d'aliénés (voir, *Misère et société du Moyen-Age à la Révolution*, Archives départementales de Seine-Maritime 1995, p.62).

l'hypothèse où un indigent "renfermé" venait à tomber malade, il devait être transféré à l'Hôtel-Dieu (1).

Ce n'est réellement qu'à partir de la fin du XVIII^e siècle que l'aspect carcéral des établissements accueillant les aliénés tendra à s'estomper, et que ceux-ci finiront par être reconnus comme des malades à part entière. L'oeuvre du grand aliéniste Pinel a été, de ce point de vue déterminante (2). C'est en effet sur l'impulsion de ce médecin que les commissions administratives de plusieurs hôpitaux décidèrent de cesser d'enchaîner les malades mentaux. Mais surtout, indirectement, ce sont deux disciples de Pinel, les docteurs Esquirol et Broussais qui ont été à l'origine de la fameuse loi du 30 juin 1838 qui marque une sorte de compromis, que l'on qualifiera d'assistance policière, entre un idéal nouveau d'assistance et de cure des malades, et une tendance encore vivace à la répression.

2° *L'ère de l'assistance policière*

L'idée maîtresse que l'on peut ressortir de la loi du 30 juin 1838 est celle de l'isolement des aliénés dans des établissements spécialisés organisés au niveau départemental. Dans ce cadre, l'isolement est conçu à la fois comme une méthode thérapeutique et comme une mesure de protection de la société (3).

Dans les théories de Pinel et de ses disciples, c'est bien évidemment le premier aspect de l'isolement qui est privilégié. Selon ces théories, c'est en effet dans le milieu familial et social de l'aliéné que se situent les germes de la maladie mentale (4). L'isolement, qui favorise également l'observation des malades en les séparant des autres catégories d'hospitalisés, apparaît alors comme une mesure thérapeutique indispensable.

Mais d'un autre côté, dans la société libérale du XIX^e siècle, l'isolement est également perçu comme une mesure de protection. L'idée selon laquelle le malade mental est un danger, non seulement pour lui-même, mais également pour les tiers et pour leurs biens, est primordiale. Ces préoccupations continuent de justifier la soumission des malades à un régime disciplinaire strict, et transparaissent à la fois au niveau des politiques publiques

(1) Misère et société ..., op.cit. p.63.

(2) 1745-1826 : sur l'oeuvre de Pinel et les conceptions défendues par ses disciples et ses contradicteurs, voir L. Sueur, "Les psychiatres français de la première moitié du XIX^e siècle face à l'isolement des malades mentaux dans les hôpitaux spécialisés", Rev. historique 1995, p.299-314. Voir également, du même auteur, "La fragile limite entre le normal et l'anormal : lorsque les psychiatres français essayaient, au XIX^e siècle, de reconnaître la folie", Rev. historique 1994, p.31-51.

(3) Voir l'étude détaillée de la loi du 30 juin 1838 réalisée par P. Uzel in, La responsabilité des hôpitaux psychiatriques et leur assurance, Thèse Lyon 1982, p.4-9.

(4) Voir L. Sueur, "Les psychiatres français de la première moitié du XIX^e siècle ...", op.cit. p.303.

mises en oeuvre et des traitements appliqués.

Sur le premier point, la loi de 1838 ne connaissait que deux modes d'admission des malades : le placement volontaire et le placement d'office dans des hôpitaux spécialisés. Il n'existait pas encore, par conséquent, de méthodes libérales de traitement des maladies mentales en dehors de l'hôpital (1).

On ne saurait non plus passer sous silence le fait que l'organisation sanitaire décrite par la loi de 1838 a tardé à être mise en oeuvre. Ainsi, selon M. Imbert, il n'existait, vers la fin du XIX^e siècle, que 47 établissements psychiatriques publics, alors que la loi prévoyait que chaque département devait en être doté (2). Selon le même auteur, l'ensemble des établissements publics et privés réservés au traitement des maladies mentales ne dépassait pas la centaine en 1941 (3). Il est ainsi surprenant de constater que l'article 24 de la loi du 30 juin 1838 ne permettait l'accueil, par défaut, des malades mentaux dans d'autres types d'hospices et d'hôpitaux qu'à titre provisoire. Ces dispositions ont d'ailleurs été rappelées de façon très ferme par le ministre de l'intérieur dans deux circulaires du 5 mai 1852 et du 4 août 1866 qui recommandent, par ailleurs, que la durée des traités conclus entre ces établissements et les départements n'excède pas un an (4). On comprend dès lors aisément pourquoi la responsabilité des établissements accueillant les malades mentaux est engagée en raison de défaillances ou d'inadaptations relevées dans l'organisation ou le fonctionnement du service.

En outre, on doit préciser que ce sont de telles difficultés matérielles, ajoutées à la volonté d'isoler les malades mentaux des autres catégories d'hospitalisés, qui a très longtemps justifié la survivance d'un véritable régime carcéral (5). La sévérité du régime disciplinaire réservé aux aliénés ne doit cependant pas être mise sur le seul compte des difficultés matérielles générées par les lacunes des différentes politiques publiques mises en oeuvre. On ne croit pas se tromper en affirmant que l'essentiel des thérapeutiques utilisées a longtemps présenté un caractère coercitif marqué. Ainsi, avant l'apparition des méthodes de traitement psychanalytique et chimique des maladies (6), le traitement des aliénés, et en

(1) Sur ces méthodes, voir *infra* p.361.

(2) Histoire des hôpitaux en France, *op.cit.* p.348.

(3) *Ibid.* p.348

(4) Voir respectivement, D.P. 1852.III.p.36 et D.P. 1866.III.p.194.

(5) Voir sur ce point les critiques exposées par G. Cros-Mayreville, *in* Traité d'assistance hospitalière, *op.cit.* Tome II. p.416-420. Précisons également qu'avant la loi de 1838, les individus ne pouvaient être internés qu'après un jugement d'interdiction. Dans l'attente de leur jugement, ces individus étaient incarcérés. Renseignement recueilli *in* G. Mémeteau, "Remarques sur les aspects médicaux de l'internement abusif", art. précité p.143.

(6) Ce n'est, par exemple, qu'en 1952 que sont apparus les premiers neuroleptiques qui ont commencé à

particulier celui des aliénés dangereux se résumait à l'alitement, voire à l'utilisation de moyens dont l'aspect répressif est marqué : la mise au cachot, l'utilisation de camisoles de force, de douches glacées ou, plus tard, de séances d'électrochocs.

L'objet thérapeutique de ces méthodes n'est, bien évidemment pas, contestable, mais celles-ci ne pouvaient être perçues, pour la société du XIX^e et du début du XX^e siècle, que comme des moyens participant au but de police également assigné aux hôpitaux psychiatriques. Cette perception sociale du rôle joué par ce type d'hôpitaux trouve son reflet dans la jurisprudence des tribunaux administratifs et judiciaires. Dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat Département des Basses-Pyrénées c. Prat du 19 janvier 1945 (1), le commissaire du gouvernement Lefas, s'adressant aux membres de la juridiction administrative suprême, leur faisait encore observer que "(leur) jurisprudence continue à assimiler les services des aliénés aux services de police du point de vue de la responsabilité" (2). C'est d'ailleurs à l'occasion de cet arrêt que le Conseil d'Etat a accepté, pour la première fois, d'envisager l'existence d'une faute lourde médicale dans ce domaine. Le retard de la jurisprudence administrative s'explique par le fait que le contenu de l'activité des hôpitaux a longtemps été ramené à l'aspect policier de leurs missions, la prédominance de cet aspect étant matérialisée par le recours à la notion d'obligation de surveillance des malades.

B- La définition du contenu de la responsabilité des hôpitaux psychiatriques autour de la notion de défaut de surveillance

La notion de défaut de surveillance, apparue en droit administratif, dans le domaine qui nous intéresse, à l'occasion de l'arrêt du Tribunal des conflits Feutry du 29 février 1908 (3), trouve ses racines dans la jurisprudence judiciaire de la fin du XIX^e siècle. Précisons cependant que cette notion n'est pas la seule à matérialiser la conception d'assistance policière. Lorsque l'aliéné n'est pas enfermé, le juge judiciaire a en effet très tôt estimé que la responsabilité de l'Etat pouvait être mise en jeu pour un retard ou bien pour l'inertie constatée dans la procédure d'internement d'office devant être mise en oeuvre par le préfet (4). Mais pour ce qui nous concerne, ce n'est qu'à partir de l'arrêt Feutry que le

remplacer avantageusement les camisoles de force.

(1) Rec. p.20 ; D.P. 1946 p.39.

(2) Cette assimilation est également patente dans la thèse de F-P Bénoit, La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative, op.cit.

(3) Arrêt précité supra p.27 note 2.

(4) Voir sur ce point l'arrêt fondateur de la Cour d'appel de Grenoble du 24 mars 1892, D.P. 1892 p.340. Le Conseil d'Etat s'est ensuite reconnu compétent pour connaître de telles affaires à l'occasion d'un arrêt du 23

Conseil d'Etat a utilisé de façon presque systématique la notion de défaut de surveillance, dont il a fait la source la plus importante de la responsabilité des hôpitaux psychiatriques.

1)° Les origines de la notion de défaut de surveillance dans la jurisprudence judiciaire

Un litige qui a fait l'objet d'un arrêt de la Cour d'appel d'Agen le 16 mars 1872 (1) présente de fortes similitudes avec l'affaire jugée 36 ans plus tard par le Tribunal des conflits à l'occasion de l'arrêt Feutry (2). La Cour devait statuer, dans l'affaire qui lui était soumise, sur une demande en indemnité présentée par un particulier dont la grange avait été incendiée par un aliéné évadé d'un asile psychiatrique. La question se posait de savoir sur quel fondement pouvait être engagée la responsabilité du directeur de l'hôpital, sachant que le demandeur, qui était un tiers par rapport au contrat d'hospitalisation conclu entre le directeur de l'établissement et le malade ou ses ayants cause, ne pouvait se porter que sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle.

Or, plutôt que d'utiliser l'article 1382 C.civ., la Cour d'appel a préféré se référer à une conception extensive des anciennes dispositions de l'article 1384 C.civ., relatives à la responsabilité des instituteurs du fait des dommages occasionnés par les élèves dont ils sont tenus d'assurer la surveillance (3). Comme dans le cadre scolaire, la Cour a en effet estimé que la responsabilité du père de l'aliéné mineur est dégagée à partir du moment où la surveillance de cet aliéné a été confiée au directeur d'un établissement psychiatrique. Ce dernier est alors investi d'une obligation de surveillance dont la violation sera susceptible d'entraîner la mise en jeu de sa responsabilité.

De façon certainement un peu excessive, un auteur n'a pas hésité à qualifier cette décision d'aberrante (4). Cependant, d'un strict point de vue juridique, cette opinion n'est pas inexacte, dans la mesure où la jurisprudence et la doctrine ont toujours entendu limiter

janvier 1931, Consorts Garcin (S.1931.III. p.97, concl. Latournerie, note Bonnard). Voir un exemple récent de cette jurisprudence, C.A.A. Nancy, 10 octobre 1996, M. Albrecht, L.P.A. 28 mars 1997, p.18, obs. Tifine.

(1) D.P. 1872.II.p.153.

(2) Arrêt précité supra p.27 note 2.

(3) Sur ces dispositions, abrogées par la loi du 20 juillet 1899 relative à la responsabilité des instituteurs, voir P. Boschet, De la responsabilité à raison du fait d'autrui, Thèse Caen, Hommais 1872, p.54-58.

(4) J. Lafon, La responsabilité civile du fait des malades mentaux, Bibliothèque de droit privé, Tome XX, L.G.D.J. 1960, p.86. On peut penser, à l'encontre de ce que soutient cet auteur, que l'assimilation de la situation du directeur de l'hôpital et de l'instituteur est bien réelle même si elle n'apparaît, en fait, qu'à la fin de l'arrêt, lorsque la Cour d'appel d'Agen précise quelles sont les possibilités d'exonération ouvertes au responsable. Il est également intéressant de noter que jusqu'en 1877, les tables du recueil Dalloz ont classé ce type d'affaires dans la rubrique "responsabilité des instituteurs quant aux faits de leurs élèves".

le champ d'application de l'article 1384 C.civ. aux seules hypothèses visées par ce texte (1). Ceci étant, l'arrêt de la Cour d'appel d'Agen est bien le premier, à notre connaissance, à avoir tenté de préciser le régime de responsabilité applicable aux dommages occasionnés par des aliénés internés dans des établissements spécialisés. Au demeurant, l'arrêt étudié apparaît certainement moins aberrant si on le rapproche des dispositions alors en vigueur de l'ancien article 475.7 C.P. qui punissait d'amende -au même titre que les propriétaires d'animaux potentiellement dangereux laissés en liberté- "ceux qui ont laissé divaguer des fous et des furieux étant sous leur garde". En droit pénal, en effet, et même si ce texte semble n'avoir jamais été appliqué à un directeur d'établissement psychiatrique, c'est bien une faute des individus "tenus d'exercer une surveillance sur l'aliéné en vertu de leurs fonctions ou d'un devoir de famille" qui est visée (2).

Mais quoiqu'il en soit, l'utilisation de l'article 1384 C.civ. en matière civile n'entraînait pas des conséquences très heureuses pour les victimes. Ainsi, selon la Cour d'appel d'Agen, le directeur de l'hôpital peut "au même titre que les père et mère ou instituteurs qu'il remplace invoquer la disposition du dernier paragraphe de l'article 1384 et prouver l'impossibilité où il a été d'empêcher l'incendie" (3). Or, il apparaît clairement, pour la Cour, que le dommage occasionné à la grange du demandeur ne constitue pas la conséquence directe d'un défaut de surveillance dont la réalité est pourtant avérée. La Cour va même jusqu'à affirmer, de façon tout de même très étonnante, que "les circonstances qui ont accompagné l'évasion ... n'ont aucune relation avec l'incendie" (4). En fait, il semble que ce soit surtout l'éloignement, tant spatial que temporel, du lieu du dommage et de celui de son fait générateur qui constitue le véritable motif d'exonération de la responsabilité du directeur. En l'espèce, la Cour relève, effectivement, la "grande distance" séparant ces deux lieux, ainsi que les 8 jours qui se sont écoulés entre les deux événements. Mais quoiqu'il en soit, cette position aboutit à une solution extrêmement restrictive, sur le plan pratique, et contestable sur le plan théorique, qui ne pouvait manifestement pas être reprise par la jurisprudence ultérieure.

Le fait est, cependant, que les juges ont continué de se référer à la notion de défaut de surveillance, tout en utilisant moins fréquemment les dispositions de l'article 1384 C.civ, au profit de celles de l'article 1382 C.civ. A ce titre, un arrêt de la Cour d'appel

(1) Cette solution a pour origine un arrêt Cass.civ I. du 24 mai 1855 déclarant inapplicable l'article 1384 C.civ. aux oncles et tantes d'un mineur (D.P. 1855.I.p.426). Ajoutons que le caractère restrictif des dispositions de l'article 1384 C.civ. a encore été très fermement rappelé par la seconde chambre civile de la Cour de cassation à l'occasion d'un arrêt du 24 novembre 1977, décidant que cet article est inapplicable au service de l'aide sociale à l'enfance pour les mineurs placés sous sa surveillance (D.S. 1977, p.595, note Larroumet).

(2) Cass. crim. 28 juin 1913, D.P. 1915.I. p.39.

(3) Arrêt du 16 mars 1872 précité supra p. 183 note 1.

(4) Comp. C.E. 5 janvier 1906, Dame Vve. Cour c. L'Etat, Rec. p.13.

de Grenoble du 11 décembre 1874 marque une étape importante dans cette évolution (1). Cette espèce concernait une demande en indemnité présentée par les ayants cause d'une malade mentale victime d'un viol. Plutôt que de se placer délibérément sur le terrain de l'article 1384 C.civ. la Cour a d'abord envisagé si la responsabilité du directeur de l'asile pouvait être engagée sur le fondement de l'article 1382 C.civ. Ce n'est effectivement qu'après avoir relevé que le directeur n'avait commis "aucun fait personnel, aucune faute, aucune inobservation des règlements ou des devoirs officiels" que cette juridiction envisage l'application éventuelle de l'article 1384 C.civ. La Cour d'appel de Grenoble, observant qu'aucune "des personnes placées sous les ordres, la surveillance ou la garde du directeur" n'a été poursuivie devant les tribunaux répressifs exonère le défendeur de toute responsabilité.

Si la notion de défaut de surveillance semble toujours être rattachée à l'article 1384 C.civ., elle ne constitue donc plus la seule source de responsabilité du directeur de l'hôpital psychiatrique. Celui-ci peut également répondre de ses faits personnels ainsi que des agissements de ses préposés. La notion de défaut de surveillance paraît cependant toujours devoir être ramenée à la relation directeur - malade mental. Comme dans le cadre du colloque singulier, la jurisprudence semble vouloir consacrer l'existence d'une sorte de contrat moral qui n'admet guère l'idée de responsabilité juridique. Ainsi, aucune des deux décisions citées ne se réfère, à l'opposé des décisions postérieures rendues par le Conseil d'Etat, à des notions plus matérielles de "mauvaise organisation ou de mauvaise exécution du service" : en pratique, tout est ramené aux rapports personnels existant entre le directeur, le personnel de l'asile psychiatrique et l'aliéné.

Néanmoins, la jurisprudence judiciaire aurait peut être pu trouver dans l'article 6 de l'ordonnance du 18 décembre 1839 "portant règlement sur les établissements publics et privés consacrés aux aliénés" une invitation à donner une assise plus large à la responsabilité des directeurs de ces établissements. Selon cet article, en effet, le directeur est "exclusivement chargé de pourvoir à tout ce qui concerne le bon ordre et la police de l'établissement". En revanche, et c'est certainement cet élément qui a constitué un frein au développement de la responsabilité de ces directeurs, ceux-ci ne disposaient d'aucun pouvoir les autorisant à régler eux-mêmes l'organisation de l'hôpital. Ils devaient seulement s'assurer que les prescriptions du règlement intérieur édicté par la commission de surveillance étaient respectées. Au demeurant, c'est cette même commission qui était normalement chargée de désigner, parmi ses membres, un mandataire chargé d'administrer les biens de l'aliéné, ce qui lui permettait ainsi de veiller à la protection de son patrimoine (2).

(1) D.P. 1875.II.p.103.

(2) Sur le régime de tutelle et de curatelle mis en place par la loi du 30 juin 1838, voir L. Bouvard, De l'état juridique des aliénés, op. cit. p.116-149.

En fait, ce n'est qu'à partir du moment où les tribunaux judiciaires, fortement encouragés par la doctrine, récuseront la personnalité juridique des asiles d'aliénés, pour déclarer responsables les préfets, représentants du département, que ces hypothèses de responsabilité apparaîtront (1). Une affaire jugée par le Tribunal civil, puis par la Cour d'appel de Lyon le 2 août 1893 et le 14 juillet 1894 est très révélatrice de cette évolution (2). Cette espèce concernait, comme celle jugée par la Cour d'appel de Grenoble en 1875 (3), un viol commis dans un établissement psychiatrique. La réalisation de ce viol avait été facilitée par une décision de la commission de surveillance de l'établissement qui avait autorisé certains aliénés de sexe masculin à servir d'auxiliaires à des buandières également internées. Le défaut de surveillance n'apparaît plus ici comme une faute susceptible d'être individualisée, mais comme la conséquence d'une décision collective mal adaptée à une situation de fait "qui eût appelé une surveillance exceptionnelle et de tous les instants". La référence à la relation personnelle que sous-tendait l'utilisation de l'article 1384 C.civ. est ici écartée, au profit d'une conception plus matérielle de la faute touchant à l'organisation du service et pouvant entraîner la mise en jeu de la responsabilité du département du fait de ses agents, du simple infirmier jusqu'au directeur.

A cette occasion, le défaut de surveillance est devenu une notion susceptible de caractériser différents types de défaillances ou de carences survenues dans le cadre des hôpitaux psychiatriques. Elle constitue, en fait, une variété particulière de faute pouvant engager la responsabilité du département sur le fondement des articles 1382 et 1383 C.civ. C'est cette conception du défaut de surveillance que l'on retrouve déjà, adaptée aux principes de la responsabilité administrative, dans la jurisprudence du Tribunal des conflits et dans celle du Conseil d'Etat.

2)° Le défaut de surveillance dans la jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'Etat consacrée à la responsabilité des hôpitaux psychiatriques

Les circonstances qui ont donné lieu à l'arrêt Feutry sont connues (4). Le Tribunal des conflits devait se prononcer sur la détermination du juge compétent pour connaître d'une

(1) Voir notamment Batbie, Droit public et administratif, Larose et Forcel, Paris 1885, 2^e éd. Tome V, n°267. De son côté, le Conseil d'Etat avait implicitement admis l'absence de personnalité juridique de ces établissements à l'occasion d'un arrêt Hospices civils de Dieppe du 30 août 1845 (Rec. p.458). Selon Batbie, ce point de vue avait déjà été exprimé dans un avis du 6 avril 1842 précisant que seuls les préfets étaient habilités à acquérir des immeubles pour le compte d'un asile d'aliénés.

(2) Voir respectivement, G.P. 1893.II.p.633 ; G.P. 1894.II. p.494. Voir également Bourges, 20 mars 1912, G.P. Tables 1912-1920.II.p.422 n°560-561. Voir enfin, dans l'hypothèse où le dommage a été occasionné à un tiers, Tribunal civil de Toulouse, 13 juin 1912, G.P. Tables 1912-1920.I. p.57 n°1-3.

(3) Arrêt précité supra p.185 note 1.

(4) Arrêt précité supra p.27 note 2.

action en responsabilité intentée contre un département responsable, selon le demandeur, des dommages causés par un aliéné évadé d'un asile psychiatrique. Si l'expression de défaut de surveillance n'est pas utilisée dans l'arrêt, les circonstances de l'espèce telles qu'elles sont rapportées dans les conclusions de Teissier ne laissent aucun doute sur l'origine réelle du dommage. Etendant, à cette occasion, le principe de la responsabilité de l'Etat du fait des activités du service public aux départements, la haute juridiction décidait que le Conseil d'Etat était seul compétent pour connaître des demandes mettant en cause "l'organisation et le fonctionnement du service".

Le principe énoncé à cette occasion allait cependant tarder à être appliqué par la juridiction administrative suprême. Or, on sait que la responsabilité des collectivités publiques ne peut être engagée, contrairement à la responsabilité civile des personnes privées, pour une faute quelconque commise dans l'exercice de leur activité. Depuis l'arrêt Rotschild du 6 décembre 1855 il est en effet constant " que, notamment, en ce qui touche la responsabilité de l'Etat en cas de faute, de négligence ou d'erreur commise par un agent de l'administration, cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; qu'elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service" (1). Il manquait donc, à la juridiction administrative suprême, une occasion de préciser le type de faute susceptible d'engager la responsabilité du département pour des dommages occasionnés par l'activité des asiles d'aliénés.

Deux arrêts, rendus dans un domaine proche de celui qui nous intéresse, pouvaient toutefois laisser présager la solution qui sera ultérieurement appliquée à ce problème. A l'occasion des affaires Duchesne et Zulemaro jugées le 4 janvier 1918, toutes deux relatives à une demande de réparation de dommages occasionnés par des prisonniers évadés, le Conseil d'Etat n'avait ainsi relevé "aucune faute manifeste et de particulière gravité qui, dans les circonstances de l'affaire, soit de nature à engager la responsabilité de l'Etat" (2). A l'évidence, l'exigence d'un tel degré de gravité de la faute du service public (3), était justifié par les difficultés d'une activité de surveillance, assez semblables, dans leur nature, à celles rencontrées dans le cadre du même type d'activités exercé au sein d'établissements psychiatriques. Elle constitue, à l'évidence, un frein à l'objectivation de la responsabilité.

Ceci peut contribuer à expliquer pourquoi le Conseil d'Etat a décidé, à l'occasion d'un arrêt Lupiac du 24 juin 1921, que la responsabilité de l'administration, en cas de dommages occasionnés à un tiers par un aliéné évadé, ne pouvait être engagée qu'en cas de "faute

(1) Arrêt précité supra p.27 note 3.

(2) Rec. p.10.

(3) Il n'y a qu'en matière fiscale où le Conseil d'Etat a posé, à une époque, l'exigence d'une "faute d'une gravité exceptionnelle", que la qualification de la faute du service public était encore plus restrictive du droit des victimes à obtenir réparation (voir C.E. premier juillet 1927, Dumoreuil, Rec. p.739).

manifeste et d'une particulière gravité ... dans l'organisation ou l'exécution du service" (1). La même solution sera appliquée, quelques années plus tard, aux dommages subis par les aliénés eux-mêmes, dans une affaire Ludemann du 12 avril 1924 relative à un suicide (2).

On peut s'étonner, de prime abord, que cette jurisprudence semble faire un sort commun à la faute survenue dans l'exécution du service public, c'est à dire l'exécution matérielle du service par ses agents, et celle, anonyme, survenue dans le cadre de l'organisation du service. En fait, ces notions, déjà sous-jacentes dans la jurisprudence judiciaire, semblent ne jamais avoir été utilisées par le Conseil d'Etat pour leur signification intrinsèque, mais seulement par rapport au défaut de surveillance qu'elles peuvent contribuer à caractériser. Ainsi, dans l'affaire Ludemann, à la prétendue insuffisance de surveillance relevée par le requérant, correspond l'absence de faute manifeste et de particulière gravité relevée par le Conseil d'Etat.

La seule différence que l'on peut opérer entre ces deux données consisterait à voir dans une mauvaise exécution du service la concrétisation même du défaut de surveillance, alors que la mauvaise organisation du service en constituerait seulement l'origine (3). Cette différence extrêmement subtile, et dépourvue de réel intérêt pratique, permet d'expliquer pourquoi ces expressions ne sont qu'assez rarement utilisées séparément par la jurisprudence. Dans certaines espèces, la parenté de ces deux notions est d'ailleurs rappelée par une référence à des fautes commises "dans l'organisation de l'exécution du service" (4), ou bien "dans l'organisation de la surveillance des aliénés" (5). En revanche, la signification différente de ces expressions peut se concrétiser, dans certains cas, par le remplacement de la notion de mauvaise exécution du service par celle de défaut de surveillance (6), alors que le défaut d'organisation du service est toujours cité en tant que tel dans les différents arrêts du Conseil d'Etat.

Comme l'a fort justement relevé M. Montador, dans une étude seulement consacrée au

(1) Rec. p.632.

(2) Rec. p.409.

(3) Voir cependant l'arrêt Dame vve. Pannetier du 21 décembre 1934, dans lequel le défaut de surveillance d'un aliéné revêtu d'une camisole de force a également pour origine la façon défectueuse dont un infirmier a utilisé cet instrument de contention (Rec. p.1224).

(4) C.E. 2 décembre 1936, Dame vve. Brun, Rec. p.1054.

(5) C.E. 3 février 1937, Hospices civils de Montpellier, Rec. p.149.

(6) Voir les conclusions de Teissier sur l'arrêt Feutry, précité supra p.27 note 2. Voir également C.E. 14 juin 1933, Dame Rivoal, Rec. p.630 ; C.E. 29 janvier 1936, Rec. p.139.

suicide à l'hôpital public (1), ces deux données ne sont pas les seules utilisées par la juridiction administrative suprême en vue d'apprécier la faute du service public. Ainsi, on se gardera bien d'affirmer que le caractère prévisible du dommage, en raison de l'état ou de l'agitation du malade, suffit, dans la majorité des cas, à emporter la conviction du juge. C'est, encore une fois, sur la définition des modalités de l'obligation et du degré de la faute de surveillance qu'influera ce qui demeure un simple facteur d'appréciation (2).

On le voit, si le système élaboré par la jurisprudence administrative revient toujours à la notion de défaut de surveillance -que celle-ci apparaisse ou non dans les considérants des arrêts- sa mise en oeuvre semble devoir être assez complexe et laisser, de toute façon, une large part à l'appréciation des circonstances de fait présentées par chaque espèce. Or, justement, il semble que ce soit cette casuistique qui soit directement à l'origine de nombreuses imprécisions que l'on peut relever dans la qualification même du type de faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration. Ainsi, si la référence à la faute manifeste et de particulière gravité a souvent été opérée depuis les arrêts Lupiac et Ludemann (3), le Conseil d'Etat s'est parfois contenté d'évoquer l'existence d'une faute grave (4), d'une faute particulièrement grave (5), ou d'une faute lourde (6), certains arrêts allant même jusqu'à l'absence de toute référence à l'une ou l'autre de ces différentes

(1) Le suicide à l'hôpital public, A.J.D.A. 1972, p.195-205 (voir plus spécialement p.200-201). Voir également, du même auteur, La responsabilité des services publics hospitaliers, op.cit. p.91-92.

(2) Sur le critère d'appréciation de la faute du service public tiré de la prévisibilité du dommage rapporté à l'état de la victime, voir infra p.215-219. Précisons également que contrairement à M. Montador, on ne réduira pas non plus la notion de mauvaise organisation du service à ses aspects strictement matériels représentés, par exemple, par l'absence de protection aux portes et fenêtres d'un hôpital (C.E. 18 mai 1960, Hôpital de Châtellerault, R.D.P. 1960, p.1250), ou bien par une clôture en mauvais état (voir les conclusions Teissier sur l'arrêt Feutry, précité supra p.27 note 2). Cette notion semble également concerner la façon même dont est conçue l'organisation du service et, par là-même, la façon dont est assurée la surveillance des malades. Dans ce cadre, "l'organisation défectueuse de l'asile" permettant l'exercice de sévices par un infirmier sur un malade mental (C.E. 22 janvier 1936, Dame Duxent, Rec. p.101), ou le viol d'une aliénée par un ouvrier auxiliaire d'un établissement psychiatrique (C.E. 14 juin 1933, Dame Rivoal précité supra p.188 note 6) sont également concernés.

(3) Arrêts précités supra p. 188 note 1 et 2. Voir, par exemple, C.E. Sect. 2 novembre 1933, Dame Guillaumie, Rec. p.974 ; C.E. 21 décembre 1934, Dame vve. Pannetier, précité supra p.188 note 3 ; C.E. 29 janvier 1936, Consorts Chatry, Rec. p.139 ; C.E. 2 décembre 1936, Dame vve. Brun, précité supra p.188 note 4. La faute manifeste et de particulière gravité a été évoquée pour la dernière fois à l'occasion de l'arrêt Hôpital de Châtellerault du 18 mai 1960, précité supra note 2.

(4) C.E. 22 décembre 1936, Dame vve. Appard, Rec. p.1144.

(5) C.E. 4 janvier 1952, Dame Roustan, Rec. Tables p.823.

(6) C.E. Sect. 27 janvier 1933, Sieur de Bony, Rec. p.135, D.H. 1933 p.242, S.1933.III.p.95, Rev. crit. et de legisl. 1935, p.87, note Weens ; C.E. 3 février 1937, Hospices civils de Montpellier, précité supra p. 188 note 6.

qualifications de la faute du service public (1).

L'imprécision et le caractère souvent sybillin des arrêts du Conseil d'Etat, rendent particulièrement délicate leur interprétation et semble devoir condamner toute tentative de systématisation. On peut simplement avancer que les expressions "faute grave" et "faute particulièrement grave", doivent certainement être entendues comme des synonymes de la faute manifeste et de particulière gravité. Ainsi, l'arrêt Dame vve. Brun du 2 décembre 1936 assimile très clairement ce dernier type de faute utilisé dans le corps de l'arrêt et la faute grave dont la référence est opérée dans le résumé placé à sa tête, ainsi que dans les tables du recueil Lebon (2).

Pour le reste, les tentatives de classification menées par F-P Benoît (3) et J. Lafon (4) ne semblent pas avoir été concluantes. Selon le premier de ces auteurs, la jurisprudence aurait de longue date effectué une distinction entre les différentes catégories de victimes. Pour obtenir réparation, les tiers auraient seulement dû prouver l'existence d'une faute lourde, alors que les usagers seraient demeurés astreints à la preuve d'une faute manifeste et de particulière gravité. Cette opinion émise par le futur initiateur d'une nouvelle approche de la responsabilité administrative fondée sur le prise en compte de la qualité de la victime, n'est guère étonnante (5). Pourtant, un examen complet de la jurisprudence permet d'observer que cette opinion est erronée dans le domaine qui nous intéresse. En effet, au contraire de ce qu'affirme F-P Benoît, c'est parfois la preuve d'une faute manifeste et de particulière gravité qui est mise à la charge des tiers (6), alors qu'un aliéné victime d'un dommage peut très bien n'avoir à prouver que l'existence d'une faute lourde (7).

Dans le même ordre d'idées, l'opinion de J. Lafon selon laquelle le Conseil d'Etat se référerait à la faute lourde lorsqu'il accueille la demande de réparation, et à la faute manifeste et de particulière gravité lorsqu'il la rejette, ne concorde pas non plus avec la jurisprudence. Dans certaines espèces, la juridiction administrative suprême a ainsi rejeté

(1) C.E. 8 janvier 1931, Sieur Devaux, Rec. p.5 ; C.E. 14 juin 1933, Dame Rivoal, précité supra p.188 note 2 ; C.E. 22 janvier 1936, Dame Duxent, précité supra p.189 note 2. Voir également la référence tout à fait contestable faite par le Conseil d'Etat aux "fautes personnelles commises dans l'exercice de leurs fonctions par les agents de l'asile", dans l'arrêt C.E. 10 janvier 1934, Consorts Dénoyelle, Rec. p.48.

(2) Arrêt précité supra p. 188 note 4.

(3) La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative, op.cit., p.48-51.

(4) La responsabilité du fait des malades mentaux, op.cit. p.181-184.

(5) Voir en particulier, "La régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", art. précité.

(6) C.E. 24 juin 1921 Lupiac, précité supra p.188 note 1.

(7) C.E. 3 février 1937, Hospices civils de Montpellier, arrêt précité supra p.189 note 6.

une demande en se référant seulement à une faute non qualifiée (1) alors qu'il lui est arrivé, au contraire, de réparer un dommage en retenant l'existence d'une faute manifeste et de particulière gravité (2). Au demeurant, on ne manquera pas de souligner que la proposition de J. Lafon est également contestable sur le plan théorique. Elle aboutit, en fait, à dire que les notions évoquées servent moins à qualifier la faute de l'administration, qu'à marquer, de façon purement formelle, les limites de sa responsabilité.

Or, ces notions, en raison même du caractère casuistique de la jurisprudence, ne peuvent être perçues autrement que comme des notions fonctionnelles. On peut penser, en effet, que la référence à ces différents types de fautes ne correspond pas réellement à une modification du degré de la responsabilité de l'administration qui serait fonction de tel ou tel type de circonstances nettement déterminées. C'est, de façon parfaitement empirique, en fonction de chaque espèce, et non pas en fonction de chaque type d'espèce, que le juge détermine ce degré de responsabilité. Or, justement, le fait que le Conseil d'Etat ne fait que très rarement allusion aux circonstances particulières de ces espèces rend impossible les tentatives de systématisation. Si la faute manifeste et de particulière gravité est certainement un degré "au-dessus" de la faute lourde, qui se situe elle-même un échelon plus haut que la faute non qualifiée, il est impossible de tirer d'autre conclusion de cette jurisprudence que l'activité de surveillance des hôpitaux psychiatriques est considérée comme suffisamment difficile pour aboutir à un refus quasi-systématique de réparation.

A l'opposé, le juge judiciaire s'est très tôt montré plus favorable à accueillir de telles demandes. C'est déjà ce qui ressort d'un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 14 décembre 1926 (3), dans lequel la responsabilité d'un asile d'aliénés privé est engagée dans des circonstances assez proches de celles qui avaient conduit le Conseil d'Etat à rejeter une demande de réparation à l'occasion de l'arrêt *Sieur Devaux* du 8 janvier 1931. Dans ces deux espèces, le défaut d'aménagement d'une pièce ayant permis l'évasion et le suicide d'un aliéné, n'est pas apprécié de la même façon par les deux juridictions suprêmes, et la faute n'est retenue que par la Cour de cassation.

Il serait vain, pour nous, de multiplier des exemples de ces divergences dont les plus frappants ont déjà été relevés par MM. Moderne (4), Montador (5) et De Forges (6). On

(1) C.E. 29 janvier 1936, Consorts Chatry, précité supra p.189 note 3.

(2) C.E. 8 janvier 1931, *Sieur Devaux*, précité supra p. 190 note 1.

(3) S.1927.II. p.105, note Esmein.

(4) Note sur T.A. Nantes, 11 janvier 1966, deux décisions, *Guillaud c. C.H.U. de Nantes et Epoux Perherin c. Hôpital de Pontivy*, D.S. 1968, p.640.

(5) *La responsabilité des services publics hospitaliers*, op.cit. p.102-107.

(6) *Le statut de l'hospitalisé en France*, Thèse Paris 1972, p.399.

peut seulement préciser qu'avant l'arrêt Hawezack du 5 janvier 1966 (1), qui marque l'abandon de la faute qualifiée pour les activités non-médicales des établissements psychiatriques, ces divergences s'expliquaient autrement. Elles tenaient non pas à une différence de nature de l'obligation mise à la charge des ces établissements psychiatriques, mais simplement au degré de gravité de la faute requise pour engager la responsabilité de l'établissement ou de l'administration. Comme le laissait déjà pressentir l'arrêt de la Chambre des requêtes du 14 décembre 1926 (2), la jurisprudence judiciaire estimait que les cliniques privées recevant des malades mentaux étaient redevables d'une obligation contractuelle de garde et de surveillance, accessoire au contrat principal de soins (3). Dans ce cadre, les auteurs s'accordaient pour constater que l'obligation imputable à la clinique était une obligation de moyens (4). Il était, par conséquent, tout à fait logique que cette jurisprudence ait été davantage favorable aux victimes que celle du Conseil d'Etat qui exigeait, pour engager la responsabilité de l'administration, que soit rapportée la preuve d'une faute manifeste et de particulière gravité.

Ceci étant, cette rigueur de la jurisprudence administrative ne se trouve pas seulement dans ce domaine. On la retrouve également, encore qu'elle touche plus spécialement à l'activité médicale des hôpitaux, dans celui de la responsabilité du service de santé des armées.

§II- L'activité médicale et la responsabilité du service de santé des armées

Le développement d'une jurisprudence administrative particulièrement précoce dans ce domaine s'explique essentiellement par les spécificités du service de santé des armées, qui sont elles-mêmes étroitement liées aux spécificités de l'activité militaire. En pratique, cependant, la reconnaissance de la responsabilité du service de santé des armées n'a pas abouti à l'établissement de règles de réparation favorables aux victimes, et conduisait par conséquent à exclure l'objectivation.

(1) Rec. p.6 ; D.S. 1966 p.317, note Moderne.

(2) Arrêt précité supra p. 188 note 3.

(3) Voir par exemple, Cass. civ. I. 12 avril 1983, J.C.P. 1983.IV. p. 27.

(4) Voir notamment, R. Savatier, *Traité de droit médical ...*, op.cit. p.406-408.

A- Les spécificités du service de santé des armées

Ces spécificités tiennent avant tout au fait que l'activité militaire ne peut être dissociée d'une activité de soins qui apparaît comme son corrolaire indispensable. Elles se manifestent également par l'existence de structures hospitalières particulières, dont la superposition au cadre hospitalier civil n'a cependant jamais exclu le développement d'un certain nombre d'interférences.

1)° L'activité sanitaire est indissociable de l'activité des armées

Alors que les structures hospitalières civiles ne se sont réellement vues investies d'une mission sanitaire qu'à partir du XX^e siècle (1), cette mission semble de tout temps avoir été dévolue aux hôpitaux militaires, ou du moins aux divers modes d'assistance aux combattants (2). Avant même l'apparition de ces hôpitaux, c'est en effet sous la forme de l'entraide entre les belligérants d'un même camp que s'exprimait un idéal d'assistance déjà non dénué de préoccupations d'ordre sanitaire. L'exemple d'Achille initié à la médecine par le centaure Chéron, de Machaon et Podalire, fils d'Asclépios et combattants des cités grecques liguées contre Troie, font de l'Illiade un récit suffisamment éloquent sur ce point.

Ce n'est cependant qu'à partir du V^e siècle av. J-C, que l'on trouve les traces d'un embryon d'organisation dans ce domaine. Mais si les médecins publics des cités grecques suivent les armées, ils n'y sont pas pour autant intégrés (3). Ils obéissent, avant tout, à un devoir civique, ainsi qu'aux prescriptions d'Hippocrate qui voyait dans cette activité un moyen efficace d'initiation à la chirurgie.

C'est pourtant à cette époque, que sont apparues les premières structures permanentes de soins sous la forme des sanctuaires guérisseurs (4). Cependant, ces sanctuaires n'ont jamais été exclusivement réservés aux militaires blessés, même si ceux-ci constituaient la clientèle la plus nombreuse (5).

En réalité, les premières véritables réalisations, dans le domaine qui nous intéresse, semblent remonter au début de l'Empire romain, et plus précisément au règne d'Auguste.

(1) Voir supra p.64-75.

(2) Voir J. Guillermand, "La tradition hospitalière militaire", Médecine et armées 1980, p.817-826.

(3) J. Guillermand (dir.), Histoire de la médecine aux armées, éd. Charles Lavauzelle, Paris-Limoges 1982, Tome I, p.89 ; P. Roesch, "Médecins publics dans les cités grecques à l'époque hellénistique", art. précité.

(4) Histoire de la médecine aux armées, op.cit. p. 68-73.

(5) Ibid. p.71.

Pour la première fois, en effet, l'armée a été dotée de médecins militaires ainsi que d'hôpitaux spécialisés -les valetudinaria- installés dans les campements des garnisons situées aux zones frontalières de l'Empire (1).

Ces réalisations n'allaient cependant pas résister à la chute de l'Empire romain. A l'organisation allait succéder l'empirisme déjà en vigueur à l'époque des cités grecques. Les médecins et chirurgiens n'ont plus été intégrés au personnel d'armées qui, elles-mêmes, n'ont plus présenté un caractère de permanence. Les hôpitaux militaires, comme ceux réservés aux indigents, n'ont continué à exister que grâce à la charité -fut-elle royale (2)- ou bien au dévouement d'ordres hospitaliers comme celui de Saint-Jean de Jerusalem.

Il faut, en fait, attendre le XVI^e siècle et un certain renouveau des techniques et de l'organisation militaires, pour voir apparaître des formes plus poussées d'assistance aux combattants (3). Dans ce domaine, l'armée espagnole a joué un rôle précurseur en favorisant la création d'hôpitaux de campagne vers la fin du XV^e siècle, puis en intégrant un corps d'officiers de santé à ses troupes au début du XVI^e. Enfin, dès 1585, les Flandres espagnoles et la ville de Malines étaient dotées du premier hôpital militaire permanent de l'ère moderne.

L'armée française a connu une évolution sensiblement identique, mais souvent à plus d'un siècle de distance. Ce n'est, en effet, que le 17 janvier 1608 qu'un Edit de Louis XIII a créé le service de santé des armées. Sous le règne de Louis XIV, les garnisons stationnées aux frontières du royaume se sont vues dotées d'hôpitaux permanents sous l'impulsion de Vauban. Dès cette époque il existe donc, parallèlement aux structures hospitalières civiles, des structures de type militaire. Mais bien souvent, cette distinction demeure théorique, et la superposition de ces structures n'interdit pas le développement d'un certain nombre d'interférences entre elles.

2)° Superposition et interférences des cadres hospitaliers civils et militaires

A priori, les missions respectives dévolues aux hôpitaux militaires et civils paraissaient interdire toute possibilité de coopération. Il semblait exister, entre le rôle sanitaire des hôpitaux militaires et celui, à mi-chemin entre la police et l'assistance, des hôpitaux civils, un degré irréductible d'antinomie. Pourtant, certaines circonstances historiques ont fait que ces interférences se sont développées de manière continue et croissante (4).

(1) J. Guillermand, Histoire de la médecine aux armées, Tome I., op.cit. p.117-126 et p.129-140.

(2) Voir supra p.57 note 1.

(3) J. Guillermand, "Histoire de la médecine aux armées", art. précité p.315-325.

(4) Voir sur ce point, G. Cros-Mayreville, Traité d'assistance hospitalière, Tome II., op.cit. p.543-544. On

Il est ainsi apparu que le succès de certains types d'opérations militaires était non seulement conditionné par un soutien sanitaire des troupes, mais également par celui de la population civile. Tel était le cas, en particulier, des opérations de conquête coloniale. Ainsi, dès le XVII^e siècle, les hôpitaux militaires du Canada et de la Louisiane accueilleraient indistinctement soldats et colons (1). On voit bien, ici, que ces mesures correspondaient moins à des préoccupations humanitaires qu'à des motifs visant à assurer le succès d'une politique de conquête.

Le même phénomène s'est reproduit, à deux siècles de distance, lors de la colonisation de l'Algérie. Une première implantation de colons avait tout d'abord échoué au début du XIX^e siècle, en raison d'une épidémie de dysenterie dont le développement avait été favorisé par l'absence de structures sanitaires (2). Les leçons de cet échec ont été retenues, et lorsque une expédition militaire est décidée en 1830, le chirurgien chef Mauriceau-Beaupré adresse à ses subordonnés l'ordre de porter assistance médicale aux populations civiles européennes et indigènes (3). Ce qui pouvait alors apparaître comme une solution provisoire allait néanmoins perdurer, en raison même des carences de l'organisation sanitaire. Au milieu du XIX^e siècle, il n'existe ainsi en Algérie que quatre hôpitaux civils à Alger, Bône, Constantine et Mustapha (4). Il n'est donc pas étonnant de constater que les premières directives ponctuelles émanant de l'autorité militaire n'ont pas tardé à être reprises par le pouvoir central, et plus spécialement par le ministre de la guerre. Dans ce sens, deux arrêtés pris en 1845 et 1847 méritent d'être cités. Le premier ouvre expressément les établissements militaires à la population indigène et aux colons, alors que le second prévoit la gratuité des soins (5).

Dans le même esprit, le service de santé des colonies a mis en oeuvre, dès le milieu du XIX^e siècle, de véritables programmes de santé publique (6). D'abord intégré à la marine,

n'évoquera pas, dans les présents développements, le point culminant de ces interférences que constitue la participation des établissements de santé militaires au service public hospitalier, telle qu'elle est organisée par un décret du 14 mai 1974. Voir sur ce point, B. Ferrier, "La coopération du service de santé des armées et du service public hospitalier", R.T.D.S.S. 1979, p.169-188.

(1) J. Guillermand, Histoire de la médecine aux armées, op.cit., Tome I. p.386-389.

(2) Renseignement recueilli in A. Gros, Le devenir du service de santé des armées, Thèse Paris 1976, p.9.

(3) Voir A. Fabre (dir.), Histoire de la médecine aux armées, éd. Charles Lavauzelle, Tome II. p.159.

(4) Ibid. p.159

(5) Ibid. p.161.

(6) Voir ainsi l'action de l'Institut Pasteur de Saïgon créé en 1891 et dirigé par A. Calmette -futur découvreur du vaccin contre la tuberculose- dans le domaine de la lutte antivaricelleuse. En dix années de travaux, l'Institut a enrayer l'épidémie et a indirectement permis à la population de la Cochinchine de croître

ce service n'a réellement été organisé que par le décret du 7 janvier 1901 créant le corps de santé des colonies et des pays de protectorat. En pratique, cependant, aucune distinction n'était opérée entre les services civils et militaires des colonies, et les médecins en place sont demeurés, dans la majeure partie des cas, des officiers de marine. Même si une telle distinction a été établie par un décret du 4 juin 1903, peu de postes de médecins civils ont été créés alors que, dans le même temps, la multiplication des troubles nécessitait un renforcement des armées coloniales et, par voie de conséquence, de leur encadrement médical.

Comme on pourra le vérifier plus loin, c'est de l'activité foisonnante du service de santé des colonies que naîtra la grande majorité du contentieux. Pourtant, du point de vue de l'organisation sanitaire, l'admission de civils dans les hôpitaux militaires était beaucoup moins répandue que l'admission des militaires dans les hôpitaux civils. Ainsi, avant même l'apparition du service de santé des armées, ces établissements étaient-ils tenus, par un édit de 1629, de recueillir à titre gratuit les militaires malades ou blessés. Plus tard, un édit du 17 janvier 1708, a modifié ce système en faisant de ces hospitalisés la première catégorie de malades payants, les administrateurs des hospices étant invités, dans ce but, à conclure des conventions avec les représentants du pouvoir royal (1). En outre, la construction ainsi que la direction et la gestion de ces établissements étaient soumis au régime de l'entreprise ce qui fait, en pratique, que même les militaires soignés dans des hôpitaux spécialisés demeuraient des malades payants.

Un règlement du 18 mai 1788 aurait normalement dû mettre un terme à cette situation en dotant chaque garnison, au minimum, d'un hôpital régimentaire. Mais ce texte ne fut jamais appliqué, les révolutionnaires ayant préféré maintenir un système assez proche de celui organisé par l'édit de 1708. Allant plus loin dans la confusion entre les structures hospitalières civiles et militaires, Bonaparte décréta la suppression d'un nombre important d'établissements spécialisés à l'occasion d'un arrêté consulaire du 24 thermidor an VIII.

Cette confusion n'était cependant que relative, puisque les militaires sont demeurés des malades payants. Plus tard, une distinction fut opérée par le règlement général du service de santé du premier avril 1831, entre les hôpitaux civils dotés de salles militaires, et ceux qui mélangeaient leur population.

L'instauration du service militaire obligatoire en 1872 allait encore contribuer à l'interpénétration des structures sanitaires militaires et civiles. La création de dix-huit corps d'armées supplémentaires, plutôt que de susciter la construction d'établissements spécialisés allait, au contraire, entraîner la suppression, par l'article premier de la loi du 7 juillet 1877,

de 25 %. Renseignement recueilli in A. Fabre, Histoire de la médecine aux armées, Tome II., op.cit. p.356. Voir également les nombreux autres exemples cités par D. Bouche in Histoire de la colonisation française, Fayard 1991, Tome II : flux et reflux, p. 234-243.

(1) Voir G. Cros-Mayreville, Traité d'assistance hospitalière, Tome II., op.cit. p.548-549.

des hôpitaux militaires situés dans des villes où des hôpitaux civils existaient déjà (1).

Cependant, la nature des relations entre les commissions administratives des hôpitaux civils et les autorités militaires a été mieux définie. L'article 7 de la loi de 1877 prévoit notamment que les contestations relatives aux conventions conclues entre le ministre de la guerre et les hôpitaux devront être portées devant la juridiction administrative, ce qui donna naissance à un contentieux relativement important (2). Il est également précisé, par l'article 23 de cette même loi, que si "les malades militaires sont traités à tous égards comme les malades civils, et soumis au régime général de l'établissement ... (ceux-ci) ne sont placés dans les salles civiles que s'il est impossible de leur affecter une salle spéciale". Même si l'hôpital public se médicalise, on ne veut pas réserver un sort commun aux indigents et aux militaires, ces derniers ne pouvant, en outre, "n'être en aucun cas conservés dans l'hospice lorsque leur traitement est terminé" (3).

Ce sort spécifique réservé aux militaires doit bien évidemment être mis en relation avec la mission sanitaire dévolue au service de santé des armées. Dans ce sens, peu importe la structure dans laquelle ces militaires sont soignés. La réelle différence n'est pas établie entre les hôpitaux militaires et les hôpitaux civils ou mixtes, mais entre les différents types de population qui y sont admis. Dans ce cadre, l'établissement de diagnostics, l'application de traitements médicaux, ont d'abord bénéficié aux militaires. Il en allait naturellement de même pour ce qui concerne l'accès à la justice, et la reconnaissance du principe de la responsabilité des établissements hospitaliers pour les dommages occasionnés par leur activité médicale.

B- L'établissement de règles de responsabilité peu favorables aux victimes

Si le juge administratif a très tôt évoqué la possibilité d'une faute médicale du service de santé des armées pouvant mettre en jeu la responsabilité de l'Etat, la conjonction de deux facteurs a entravé le développement de la jurisprudence, et a ainsi conduit à exclure l'objectivation des règles appliquées. Le premier de ces facteurs touche à une limitation préalable du principe même de responsabilité. Selon le Conseil d'Etat, dans les domaines où le législateur ou le gouvernement ont mis en oeuvre des régimes de pension, les victimes ou leurs ayants-droits ne sont pas recevables à exiger le versement d'une indemnité. Le second facteur évoqué tient à la sévérité d'une jurisprudence qui, tout en reconnaissant l'existence

(1) Ces dispositions ne concernaient cependant ni les hôpitaux régionaux, ni les hôpitaux militaires de Paris et de Lyon, ni les hôpitaux militaires thermaux.

(2) Voir notamment, C.E. 5 janvier 1907, Commission administrative des hospices civils de Limoges, Rec. p.8, concl. Teissier.

(3) Art. 24 de la loi du 7 juillet 1877.

de fautes médicales pouvant engager la responsabilité de l'Etat, n'a jamais abouti à sa condamnation.

1)° La restriction du domaine de la responsabilité liée à l'existence de régimes de pension

La limitation du principe de responsabilité aux dommages qui ne peuvent faire l'objet, au titre de différents textes (1), du versement d'une pension, résulte d'une jurisprudence fermement établie depuis un arrêt Demoulin du 21 juin 1907 (2). Cette espèce concernait une demande présentée par un militaire victime d'un accident "dont les conséquences auraient été aggravées par l'absence de soins médicaux appropriés". La demande de ce militaire comportait deux volets. A titre principal, la victime demandait que lui soit accordée une pension en application des dispositions du décret du 15 mai 1889. Or, selon ce texte -et également la loi du 11 avril 1831 qui n'est pas ici visée- l'octroi d'une pension est subordonnée à deux conditions appréciées de façon plutôt restrictive par la jurisprudence. Il faut, tout d'abord, que l'accident à l'origine du dommage ait été occasionné dans le cadre du service, ce qui n'était pas contesté en l'espèce. En revanche, la seconde condition posée par la législation suscite davantage de problèmes dans l'affaire qui nous retient. Pour obtenir une pension, la victime -dans l'hypothèse où elle n'est pas décédée- doit avoir subi une affection incurable et suffisamment grave pour ne plus être en mesure de subvenir elle-même à sa propre subsistance ni à celle de sa famille (3). Or, tant au regard de la jurisprudence antérieure à 1907 que de sa propre infirmité, il était loin d'être certain que le requérant aurait pu obtenir une pension (4).

C'est probablement une telle incertitude qui a poussé la victime à présenter une demande subsidiaire au cas où le Conseil d'Etat ne lui reconnaîtrait pas ce droit. Cette demande est fondée sur "la faute des médecins militaires qui ne lui ont pas appliqué un traitement approprié". Cette faute "ayant été commise dans la gestion des services publics", le requérant estime "qu'elle est susceptible d'engager la responsabilité pécuniaire de l'Etat".

(1) Les différents arrêts que l'on aura l'occasion de citer se réfèrent ainsi à la loi du 11 avril 1831, au décret du 15 mai 1889, à la loi du 17 août 1915, ou bien à la loi du 31 mars 1919. Voir sur ces différents régimes, E. Bordenave, Les pensions militaires d'invalidité, Thèse Bordeaux, Imprimerie régionale de Toulon 1920.

(2) Rec. p.580. Voir dans le même sens, C.E. 8 juillet 1921, Dame Lechevallier, Rec. p.584 ; C.E. 23 janvier 1923, Dubrey c. Ministre de la guerre, Rec. p.96 ; C.E. 7 mars 1924, Sieur Leroy c. Ministre de la guerre, Rec. Tables p.1269 ; C.E. 4 juin 1924, Sieur de Pessiot c. Ministre de la guerre, Rec. Tables p.1269.

(3) Cette condition a été abandonnée par la loi du 31 mars 1919.

(4) Cette incertitude résulte notamment de deux arrêts du Conseil d'Etat du 5 janvier 1907, Carpentey et Fournier (Rec. p.45). Dans des circonstances similaires -relatives à une fracture du tibia entraînant respectivement une gêne dans la marche et le raccourcissement d'une jambe- le Conseil d'Etat a reconnu le droit à pension dans la première affaire, et l'a refusé dans la seconde.

On aurait pu imaginer que le Conseil d'Etat allait examiner les circonstances de l'espèce en vue de déterminer l'existence ou non de la faute alléguée. Or, il n'en fut rien, et la juridiction administrative suprême décida, dans un considérant de principe, "que les infirmités du requérant (auraient ouvert) si elles (avaient rempli) les conditions de gravité exigées par la loi, un droit de pension au profit du sieur Demoulin, mais qu'elles ne peuvent donner lieu à l'allocation d'une indemnité".

En d'autres termes, le Conseil d'Etat réfute le principe même de la mise en jeu de la responsabilité de l'administration pour les fautes médicales éventuellement commises dans l'exercice du service de santé des armées. Seule importe la gravité de l'affection dont souffre la victime, et non pas la gravité de la faute commise dans la façon dont a été traitée cette affection. Dans ce sens, ce système est parfaitement objectif, puisqu'il ne prend pas en compte le comportement des agents de l'administration, mais seulement le dommage et son évolution. En fait, comme le note de façon tout de même assez cynique le Conseil d'Etat, il ne reste plus à la victime, comme unique issue, que d'attendre une aggravation de son état de santé pour reformuler une demande de pension.

Cette solution sera implicitement confirmée par un arrêt Loiseau du 7 juillet 1911 (1), dans lequel le Conseil d'Etat accepte de statuer sur une demande d'indemnité présentée par les ascendants d'un militaire qui, selon eux, aurait été victime de fautes commises par un infirmier et un médecin-major. Les ascendants d'un militaire blessé ou tué ne pouvant bénéficier, avant la loi du 31 mars 1919, d'un régime de pension, la solution apparaît fondée. En revanche, après cette loi, conformément à la jurisprudence Demoulin, ce type de requête sera logiquement rejeté par le Conseil d'Etat (2).

Le rejet du principe de responsabilité, lorsqu'il existe un régime de pension, ne constitue cependant pas la seule entrave au développement de la responsabilité du service de santé des armées. La faute médicale, elle-même, n'est envisagée que de façon très restrictive.

2)° La restriction de la mise en oeuvre de la responsabilité tenant au degré de la faute

L'étude de la jurisprudence de la première moitié du XX^e siècle consacrée à la responsabilité du service de santé des armées permet de constater le caractère tout à fait novateur de certaines solutions retenues. Selon Mme. Deguegue, ce contentieux aurait permis au Conseil d'Etat de rendre un arrêt Paillat du 6 juillet 1934 qui constituerait le

(1) Rec. p.814.

(2) Voir C.E. 4 juin 1924, Sieur de Pessiot c. Ministre de la guerre, précité supra p.195 note 2 ; C.E. 9 janvier 1935, Epoux Méjane, Rec. p.1539.

véritable précurseur de la jurisprudence Vves. Loiseau et Philipponeau (1). On peut effectivement lire dans cet arrêt que l'erreur d'appréciation d'un conseil de révision qui avait reconnu un appelé apte au service ne constitue pas "une faute de service d'une suffisante gravité pour engager la responsabilité de l'Etat".

Pourtant, un examen approfondi du recueil Lebon prouve que cet arrêt n'a rien de précurseur, et qu'il ne constitue qu'une application d'une jurisprudence plus ancienne. A l'origine, cependant, la juridiction administrative suprême semblait être assez réticente à engager la responsabilité de l'Etat en raison d'une faute médicale. Dans un arrêt Dame vve. Cornu du 5 janvier 1906, relatif au suicide d'un sergent-major admis dans un hôpital militaire, le Conseil d'Etat a ainsi décidé "que l'Etat ne saurait être responsable des conséquences d'une erreur de diagnostic commise par (un) médecin militaire" (2).

En dépit de ce refus d'engager la responsabilité de l'Etat, cet arrêt marque toutefois un progrès considérable, notamment par rapport aux affaires du même type que l'on a pu relever dans le domaine de la responsabilité des hôpitaux psychiatriques. Dans ce cadre, en effet, la seule faute qu'acceptait d'envisager le Conseil d'Etat était le défaut de surveillance (3). Jusqu'aux conclusions du commissaire du gouvernement Lefas sur l'arrêt Département des Basses-Pyrénées c. Prat (4), il n'était donc pas question de faute médicale. Dans ce sens, l'arrêt Dame vve. Cornu présente un caractère novateur incontestable et ce, d'autant plus, que la demanderesse ne faisait allusion qu'au seul défaut de surveillance ayant entraîné, selon elle, la mort de son fils. Or, si le Conseil d'Etat estime "(qu'un) défaut de surveillance n'est pas la cause directe et immédiate du décès", il ne s'en tient pas à cette observation. Il procède également, dans cette espèce, à une sorte de "médicalisation" du défaut de surveillance, en rattachant ses origines à une erreur de diagnostic qu'aurait éventuellement pu commettre un médecin militaire sur l'état mental de la victime. Implicitement, le Conseil d'Etat semble considérer qu'une telle erreur "intellectuelle" sur les risques que présente le malade pour sa propre santé, a pu aboutir, matériellement, à la mise en place d'un dispositif de surveillance insuffisant.

Ceci étant, les limites de cette jurisprudence demeurent importantes, puisque la juridiction administrative suprême refuse le principe même de l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour une faute médicale commise par un médecin militaire. Le même refus de connaître d'une activité médicale peut également être observé dans le domaine des

(1) Voir supra p.176-177.

(2) Rec. p.13.

(3) Voir sur ce point supra p.189.

(4) Arrêt précité supra p.182 note 1.

recours en cassation contre des décisions des conseils de révision (1). Dans un arrêt *Sieur Salzes* du 6 juillet 1906 (2), le Conseil d'Etat a ainsi décidé "(qu'alors) même que (des) renseignements médicaux ... eussent été inexactement relevés par le commandant de recrutement, ce fait ne serait pas de nature à rendre irrégulière la décision attaquée ...". On notera cependant que, dans cette espèce, c'est moins une faute du médecin qui est visée, qu'une erreur dans la rédaction du procès-verbal du conseil de révision qui aboutit elle-même à une autre erreur sur l'appréciation de la santé du demandeur. Mais quoiqu'il en soit, cette espèce illustre bien la réserve du Conseil d'Etat quant à l'appréciation d'éventuelles fautes médicales.

C'est pourtant dans ce domaine de l'activité des conseils de révision qu'une évolution de la jurisprudence s'est très tôt produite, à l'occasion d'un arrêt *Dame Durand* du 23 juin 1911, qui constitue le véritable "ancêtre" de la faute médicale imputable à l'activité des établissements publics hospitaliers (3). Cette espèce concernait une erreur de diagnostic commise par un médecin-major qui avait autorisé l'affectation dans un régiment colonial d'un militaire pourtant déjà affaibli par une maladie épidémique. Acceptant de statuer sur cette demande, le Conseil d'Etat décida, qu'en raison des circonstances de l'espèce -et notamment de l'absence de réclamations formulées par le malade- que "la dame Durand n'est pas fondée à soutenir que les conditions dans lesquelles le départ de son fils a été ordonné, aient pu engager la responsabilité de l'Etat".

Le Conseil d'Etat ne s'est cependant pas contenté de retenir l'erreur de diagnostic en tant que source unique de la responsabilité médicale. A la même époque, l'arrêt *Loiseau* du 7 juillet 1911 a également envisagé de mettre à la charge de l'Etat des fautes commises dans l'administration des soins (4). Dans l'un et l'autre cas, cependant, la façon dont était appréciée la faute médicale ne laissait guère d'espoirs aux requérants. A cet égard, le fait que la gravité de la faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration ne soit précisée ni par l'arrêt *Dame Durand*, ni par l'arrêt *Loiseau*, ne doit pas nous tromper. Il était en effet impensable que le Conseil d'Etat, qui faisait preuve d'une grande sévérité dans l'appréciation des conditions d'octroi d'une pension, pût soumettre un type d'action qu'il considérait comme subsidiaire à des conditions de fond moins restrictives. De fait, lorsque l'arrêt *Paillat* du 6 juillet 1934 se réfère à une "faute de service de gravité suffisante pour engager la responsabilité de l'Etat", c'est une nouvelle fois pour écarter la mise en jeu de cette responsabilité (5).

(1) Voir sur ce point, M. Biffe, *Des conseils de révision*, Thèse Paris 1904.

(2) Rec. p.597.

(3) Rec. p. 722.

(4) Arrêt précité supra p.199 note 1.

(5) Arrêt précité supra p.176 note 5.

Ce n'est, en réalité, qu'à l'occasion d'un arrêt *Sieur Delahaye* du 26 décembre 1945 (1), que le Conseil d'Etat précisa que seule une faute lourde peut permettre d'engager la responsabilité de l'Etat du fait de l'activité médicale du service de santé des armées. Cependant, il ne s'agissait pas ici d'une jurisprudence novatrice, mais seulement de l'application, dix années après, du système de responsabilité élaboré à l'occasion des arrêts *Vves. Loiseau et Philipponeau* (2).

(1) Rec. p.271.

(2) Arrêts précités supra p.3 note 4.

Section II : L'articulation de la responsabilité des hôpitaux publics autour des notions de faute lourde et de faute simple

Par rapport à la jurisprudence que l'on vient d'étudier, les arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau marquent un indéniable progrès en traçant une limite clairement énoncée entre la faute dans l'organisation du service et la faute dans le traitement médical ou chirurgical des usagers des hôpitaux publics (1). Mais surtout, conformément aux principes de la responsabilité administrative, ces arrêts permettent au Conseil d'Etat d'affecter à ces deux types de faute une qualification différente précisant le degré de gravité exigé pour engager la responsabilité de l'administration : dans le premier cas la preuve d'une faute simple suffit, alors que la preuve d'une faute lourde est exigée dans le second. A l'origine, la façon dont a été appliquée cette jurisprudence a conduit à exclure toute possibilité d'objectivation. Cependant, parce qu'ils ont assoupli de façon considérable les conditions exigées pour engager la responsabilité des hôpitaux publics, ces arrêts ont permis de fonder la jurisprudence administrative dans le domaine hospitalier, et ce, comme on le verra en premier lieu, en dépit du fait que la distinction entre les deux catégories de fautes envisagées est longtemps demeurée imprécise.

§I- Une distinction imprécise

Claire dans sa formulation, la distinction entre la faute lourde et la faute simple est longtemps demeurée affectée par une certaine imprécision. L'emploi d'un critère de répartition des hypothèses de responsabilité de type matériel, n'a effectivement pas permis de dissiper quelques doutes relatifs à certains cas particuliers.

(1) Arrêts précités supra p.3 note 4.

A- Le choix d'un critère de type matériel permettant de différencier les activités médicales des activités administratives des services hospitaliers

Le choix d'un critère de type matériel semble avoir été principalement conditionné par le contexte de concurrence entre les deux ordres de juridiction dans lequel est née la responsabilité administrative des hôpitaux publics. Utilisé pour affirmer la compétence des juges de l'administration, ce critère a par la suite été transposé au fond.

1)° Un critère qui trouve son origine dans les règles de compétence

Les juges de l'ordre judiciaire utilisaient déjà le critère matériel pour répartir la compétence entre les deux ordres de juridiction. Ainsi, lorsque les activités accomplies par un médecin étaient en cause, une distinction était opérée entre ses activités médicales, qui ne pouvaient engager sa responsabilité que devant les juges de l'ordre judiciaire, et ses activités administratives dont ne pouvaient connaître que les seuls juges de l'ordre administratif (1).

En vue de contrer ce raisonnement fondé sur une distinction entre les différents types d'activités hospitalières, le Conseil d'Etat et le Tribunal des conflits ne pouvaient, à l'évidence, qu'affirmer que l'ensemble de ces activités ne devaient pas être distinguées. L'utilisation du critère de service public, bien qu'il ait été marqué, à cette époque, par une coïncidence entre ses acceptions organique et matérielle, doit être comprise dans ce sens. Ainsi, lorsque les arrêts Isaad Slimane et Chilloux du 25 mars 1957 marquent le terme de la controverse, c'est avant tout parce qu'ils affirment que "l'ensemble des activités des hôpitaux publics ... sont des activités de service public" (2). Il faut bien comprendre, en effet, que l'utilisation d'un critère de type organique n'aurait jamais suffi à justifier cette position, puisque le juge judiciaire avait lui-même admis le statut d'agent public des personnels des hôpitaux, y compris les médecins hospitaliers (3). En fait, le bien-fondé de la distinction opérée par le juge judiciaire n'était nullement en cause. Seule était contestée l'exploitation de cette distinction en tant que critère de compétence.

2)° Un critère utilisé pour la détermination des règles de fond

Par rapport à l'élaboration des règles de fond, en revanche, la transposition de la distinction établie par le juge judiciaire ne présentait que des avantages puisqu'elle permettait, une fois précisé le degré de la faute exigé pour chaque catégorie d'activité, d'appliquer le principe de variabilité de la responsabilité des personnes publiques. Or, justement, ce principe est bien apprécié par rapport au contenu d'une activité administrative,

(1) Voir supra p.114-122.

(2) Arrêt précité supra p.14 note 2.

(3) Voir supra p.144-146.

ou plus précisément par rapport au degré de difficulté d'une telle activité. A l'opposé, l'utilisation d'un critère de type personnel, qui aurait conduit à opérer une distinction entre l'activité des médecins et celle des autres agents hospitaliers n'aurait vraisemblablement pas permis une telle modulation. Elle n'aurait guère correspondu, en tout cas, à une vision réaliste de l'activité médicale pratiquée en milieu hospitalier. Comme l'affirmait déjà A.Heilbronner dans sa note sur les arrêts Vves. Loiseau et Philipponneau (1), il ne fallait pas perdre de vue que "Le rôle des médecins des hôpitaux n'est pas ... purement médical. En tant que chefs de service, il leur appartient d'assurer le bon fonctionnement de ce service, de surveiller leurs collaborateurs, de régler et de diriger le travail de ces derniers ... L'examen régulier des malades, la tenue des cahiers de visite, la gestion du matériel et des médicaments qui leur sont confiés, tout cela constitue une besogne purement administrative. Autant de points par lesquels le personnel médical s'identifie à un personnel administratif". Par ailleurs, l'utilisation de la faute lourde permettait de répercuter, sur les règles de responsabilité, les difficultés de l'activité médicale.

Pour ces différentes raisons, il apparaissait évident que le Conseil d'Etat ne pouvait utiliser qu'un critère de type matériel fondé sur une distinction opérée, non pas entre différents types de professionnels de la santé, mais entre différents types d'activités hospitalières. L'adoption de ce critère n'a cependant pas dissipé certaines incertitudes relatives au classement de telle ou telle activité dans l'une ou l'autre des catégories susvisées. Pour diverses raisons, la subsistance d'un certain nombre de zones d'ombres a longtemps atténué la portée d'une distinction apparemment précise. Mais dans l'ensemble de ces hypothèses, ces imprécisions ont uniquement bénéficié à l'extension du champ de la faute lourde, ce qui va dans le sens de l'exclusion de l'objectivation.

B- Les insuffisances du critère matériel et l'extension du champ de la faute lourde

Ces insuffisances du critère matériel de distinction entre les activités médicales et les activités non médicales des hôpitaux publics relèvent de deux causes que l'on peut séparer de façon assez nette. La première de ces causes touche aux carences inhérentes à l'emploi d'un critère unique de distinction, et au domaine spécifique de la responsabilité des internes et des externes des hôpitaux (2). La seconde cause évoquée tient, plus simplement, à une précision insuffisante de la définition des termes de la distinction, touchant à la qualification

(1) Note précitée supra p.3 note 4.

(2) Les règles de responsabilité que l'on se propose d'exposer touchent effectivement à ces deux catégories de personnels. Pour la clarté de nos propos, on utilisera simplement le terme d'interne, la situation de cette catégorie de personnels les amenant à effectuer des actes médicaux de façon plus fréquente, et à être mis en cause plus souvent devant les tribunaux. Voir sur ce point, R.J. Nectoux, La responsabilité des cliniques et des hôpitaux ..., op.cit. p.216.

de différents types d'activités.

1)° Les insuffisances inhérentes à l'emploi d'un critère unique : le problème des internes et des externes

D'une façon générale, ce type d'insuffisances se révèle lorsque la nature médicale d'une activité ne correspond pas à la qualité de médecin de son auteur. On serait tenté de penser, de prime abord, qu'une telle situation est, par nature, anormale, et qu'elle doit certainement permettre d'engager la responsabilité de l'administration. La loi du 30 novembre 1892 sur l'organisation des professions médicales disposait ainsi, dans le premier paragraphe de son article 16 "(qu'exerce) illégalement la médecine toute personne qui, non munie de diplôme de docteur en médecine, d'officier de santé, de chirurgien-dentiste ou de sage-femme, prend part, habituellement ou par une direction suivie au traitement des maladies ou des affections chirurgicales ainsi qu'à la pratique de l'art dentaire ou des accouchements, sauf les cas d'urgence avérée". Selon ce même article, il existe cependant une hypothèse dans laquelle ces dispositions devront être écartées. Elles ne doivent pas s'appliquer, en effet, "aux élèves en médecine qui agissent comme aide d'un docteur".

Comme on peut l'observer, la licéité de l'intervention des internes et des externes, qui sont indirectement visés par ce texte, demeure subordonnée, pour la réalisation d'actes médicaux, à l'activité d'un médecin hospitalier. Le décret du 17 avril 1943 sur le service des hôpitaux est d'ailleurs encore plus sévère, puisqu'il prévoit que ces personnels ne peuvent "dispenser (des) soins que sous la responsabilité du chef de service" (1)

La jurisprudence judiciaire a ainsi très tôt admis que cette subordination permet de qualifier les internes de préposés de l'hôpital public ou des cliniques : en cas de survenance d'un dommage, l'établissement pourra être mis en cause en tant que commettant sur le fondement de l'article 1384 C.civ (2). Mais si l'hôpital ou la clinique seront susceptibles d'être attraités devant le juge judiciaire, le requérant pourra également mettre en cause la faute éventuelle commise par le médecin dans la surveillance de son aide (3).

La responsabilité personnelle de l'interne pourra éventuellement être engagée concurremment à celle du médecin et de la clinique. En revanche, compte tenu de l'étroite surveillance qui doit normalement être exercée sur eux, leur responsabilité personnelle ne pourra être engagée, indépendamment de la responsabilité du médecin et de l'hôpital ou de

(1) Sur ce texte et sur son application, voir infra p.278-282.

(2) Voir notamment une décision du Tribunal civil de Marseille du 2 juin 1909 et un arrêt de la Cour d'appel de Nancy, cités par M. Buzit, in *Les établissements publics hospitaliers devant les tribunaux ...*, op.cit. p.54. Voir également, dans le même sens, Aix, premier décembre 1949, D.H.1950 p.82.

(3) Voir Paris, 16 janvier 1950, D.H. 1950 p.169, S. chron.p.31.

la clinique, que s'ils commettent une faute suffisamment grave pour quelle puisse être détachée de l'activité médicale qui leur est dévolue (1). En pratique, ces hypothèses seront donc rarissimes et, du fait même de l'importance primordiale réservée à l'examen des rapports de préposition, la nature de l'activité pratiquée est naturellement passée au second plan, au profit de la prise en considération du fait que son auteur n'est pas docteur en médecine.

En privilégiant le critère matériel d'appréciation des fautes commises par les agents hospitaliers, les juges de l'administration allaient cependant être portés à tenir un raisonnement relativement proche de celui des juges judiciaires. Dans l'arrêt Vve. Loiseau, le Conseil d'Etat estime ainsi que "s'agissant d'un traitement chirurgical, la responsabilité des Hospices ne pouvait être engagée que dans le cas où une faute lourde aurait été commise par le chirurgien ou l'interne opérant sous sa direction" (2). Dans cette espèce, le Conseil d'Etat n'avait pas manqué de relever que l'interne était intervenu dans le respect des dispositions de la loi du 30 novembre 1892, en agissant en tant "qu'aide d'un docteur".

Par ailleurs, dans les hypothèses où l'interne, ou bien l'externe, n'agit pas dans ce cadre légal, la responsabilité de l'établissement hospitalier ne sera pas engagée lorsque l'urgence commandait son intervention (3). Mais si l'on met de côté ce cas particulier, le Conseil d'Etat a soumis l'engagement de la responsabilité des établissements hospitaliers, dans de telles hypothèses, à la preuve d'une faute lourde (4). Ce n'est donc pas en application d'un critère personnel, mais bien toujours d'un critère matériel qu'ont continué à être caractérisées les activités accomplies par cette catégorie de personnels. Dans les années immédiatement postérieures aux arrêts Vves Loiseau et Philipponneau, il existe effectivement une tendance générale à limiter le champ de la faute simple, comme on peut l'observer dans d'autres domaines, où une définition insuffisante des termes de la distinction a également favorisé le développement de la faute lourde médicale.

2° La définition insuffisante des catégories de la distinction

Ce type de problème concerne essentiellement deux catégories d'actes, dont la nature spécifique ne permet pas de les classer dans l'une ou l'autre des branches de la distinction : le

(1) Cette affirmation ne concerne cependant pas le cas particulier prévu par l'article 6 de la loi du 30 novembre 1892. Selon cet article, en effet, les internes et externes sont habilités à "exercer la médecine pendant une épidémie ou à titre de remplaçants de docteurs en médecine ou d'officiers de santé". S'il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence dans ce domaine, il est probable que ce texte aurait pu uniquement servir de fondement à la mise en jeu de la responsabilité personnelle des internes et externes.

(2) Arrêt précité supra p.3 note 4.

(3) C.E. 8 juillet 1946, Sieur Dougnac, Rec. p.194. Sur la notion d'urgence appliquée aux internes, voir infra p.223-224.

(4) C.E. 12 janvier 1943, Compagnie d'assurances "La Norwich union", Rec. p.41. Sur l'évolution de cette jurisprudence, voir infra p. 278-282.

consentement , lorsqu'il n'a pas été requis et les actes de soins.

a- Le défaut de consentement à l'accomplissement d'un acte médical :

La notion de défaut de consentement est étroitement liée à celle de mauvaise information des malades. Mais s'il ne fait pas de doute que dans la seconde hypothèse, une faute simple suffit à engager la responsabilité des établissements hospitaliers (1), les auteurs se sont divisés au sujet du défaut de consentement, jusqu'à l'abandon de la faute qualifiée par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt Epoux V. (2). Le débat est pourtant relativement récent, puisque le premier arrêt à avoir statué sur ce problème remonte à 1961 (3), et que le Conseil d'Etat n'a accepté d'engager la responsabilité de l'administration dans ce domaine qu'à l'occasion d'un arrêt Mme. Morette Bourny du 17 février 1988 (4). La classification apparaît malaisée : si le fait d'obtenir le consentement de patient ne constitue visiblement pas un acte médical, cette obligation, édictée par les articles 7, 22, 37 et 42 du Code de déontologie (5), lui est étroitement liée.

De prime abord, le refus quasi-systématique du Conseil d'Etat d'engager la responsabilité

(1) Il est cependant intéressant de noter que l'existence d'une faute, dans ce domaine, n'a été que très rarement admise par les juges de l'administration, alors que la Cour de cassation a récemment établi une présomption de faute dans ce domaine (voir sur ce point supra p.17-18). Elle trouve néanmoins une illustration intéressante en cas de naissance non désirée, lorsque le praticien a omis d'informer sa patiente des risques d'échecs d'une stérilisation tubaire (C.A.A. Nancy, 30 avril 1997, Mme. Mannheim, n°94NC00922) ou de la marge d'erreur afférente à un examen d'amniocentèse (C.E. Sect, 14 février 1997, Centre hospitalier régional de Nice c. Epoux Quarez, R.F.D.A. 1997, p.374, concl. Péresse, note Mathieu ; J.C.P. 1997.II. n°22828, note Moreau ; A.J.D.A. 1997, p. 430, chron. Chauvaux et Girardot ; Quot. jur. 1997, n°37, p.5). En revanche, la faute simple est notamment écartée dans les hypothèses où le défaut d'information porte sur les risques exceptionnels présentés par un traitement (voir par exemple, C.E. 16 décembre 1964, Dlle. Le Bré, Rec. p.71 ; A.J.D.A. 1964 p.576, note Moreau ; C.E. 6 juillet 1984, G.P. 1985.I. Somm. p.132 ; C.E. 9 avril 1986, Cielsa, Rec. p.85 ; C.E. premier mars 1989, Centre hospitalier régional de Clermont-Ferrand c. Gelineau, Rec. p.65, D.S. 1989. I.R. p.106, obs. Moderne et Bon, R.H.F. 1990, p.678 ; C.A.A. Bordeaux, 11 juin 1991, Guignard, Rec. Tables, p.1185. Voir au contraire, reconnaissant l'existence d'une faute, en raison du caractère prévisible des risques du traitement mis en oeuvre : T.A. Nancy, 11 juillet 1985, G.P. 1985.II. p. 435 ; C.A.A. Nancy, 9 juillet 1991, Mme Devresse et autres, Rec. Tables, p.1185. Enfin, la faute est écartée dans les hypothèses d'urgence : C.E. 19 mai 1973, Moudjahed, Rec. Tables, p.856 ; C.E. 6 décembre 1978, Giral, D.S. 1979, I.R. p.111, obs. Moderne et Bon.

(2) Arrêt précité supra p.3 note 5.

(3) C.E. 13 juillet 1961, Delanoé, Rec. p.1175.

(4) Rec. p.73 ; D.S. 1989, somm. p.122, note Moderne et Bon ; Droit adm. 1988 n°202. Cette solution avait déjà été retenue par une décision du Tribunal administratif de Nancy, Landri c. C.H.R. de Nancy, G.P. 1985.II. somm. p.436.

(5) La nécessité de requérir le consentement du patient est également un droit statutaire pour le malade depuis un décret du 14 janvier 1974.

hospitalière semblerait donner raison aux partisans de la faute lourde (1). On pourrait imaginer, quand bien même la jurisprudence ne s'est jamais développée dans ce sens, qu'une telle violation des principes fondateurs de l'activité médicale pourrait justifier la mise en jeu de la responsabilité personnelle du praticien fautif (2). En tout cas, on pourrait trouver dans ce domaine un terrain favorable à la réhabilitation de ce type de faute.

La sévérité de la jurisprudence administrative semble pouvoir être expliquée, non seulement par le degré de la faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration, mais aussi par les limites même de l'obligation du praticien (3). Un tel cas est visé par une décision Bouaoure du Tribunal administratif de Marseille rendue 19 avril 1983, dans laquelle il est fait référence, selon les termes utilisés par l'article 42 du Code de déontologie, à "des raisons légitimes" justifiant le fait que le consentement du malade n'ait pas été recueilli (4).

Par ailleurs, il n'est pas exigé que le consentement de la victime ou de ses ayants cause ait été donné de façon explicite. A l'occasion de l'arrêt Delanoé, le Conseil d'Etat a ainsi estimé que le fait, pour les parents d'un enfant hospitalisé, d'avoir accepté son transfert vers un centre anticancéreux valait consentement à un traitement par radiothérapie (5). A l'opposé la preuve du défaut de consentement sera souvent difficile à réunir, ce qui pourra avoir pour effet d'aboutir au rejet de la demande d'indemnité (6).

Si de telles restrictions existaient également dans la jurisprudence judiciaire, la Cour de cassation et les juges du fond faisaient peser une responsabilité moins lourde sur les cliniques que le Conseil d'Etat sur les hôpitaux (7). En effet, la juridiction administrative

(1) Voir notamment, J. Montador, "Le défaut de consentement et la responsabilité des établissements des services publics hospitaliers", R.T.D.S.S. 1971, p.180-192 ; L. Dubouis, "Le juge administratif, le malade et le médecin", Mélanges Waline, L.G.D.J. 1974, Tome II, p.389-406 ; L. Mélenec et G. Mémeteau, Traité de droit médical, Tome II, op.cit. p.153.

(2) Voir sur ce point, L. Melennec et G. Mémeteau, traité de droit médical, Tome II, op.cit. p.153. ; J. Montador, La responsabilité des services publics hospitaliers, op.cit. p.62.

(3) Voir notamment F. Moderne, note sous C.E. 17 février 1988, Mme. Morette Bourny, précité p.205 note 3 ; J. Moreau, Dommages résultant du fonctionnement du service hospitalier, op.cit. n°48. Voir également, D. Truchet, Hôpitaux (Responsabilité des services hospitaliers), op.cit. n°86.

(4) R.H.F. 1984 p.200. Voir, en revanche, une espèce dans laquelle, "l'état psychique de la victime n'était pas tel qu'elle ne puisse être prévenue à l'avance" des conséquences d'un traitement (T.A. Besançon, 6 juin 1984, Centre hospitalier de Belfort c. Labidi, R.H.F. 1985 p.367).

(5) Arrêt précité supra p. 208 note 3.

(6) Voir par exemple, C.E. 7 février 1969, M'Barek, Rec. p. 96 ; C.E. 9 janvier 1970, Carteron et autres, Rec. p.17, R.T.D.S.S. 1971, p.98, obs. Moderne.

(7) Voir les comparaisons établies par J. Montador *in* La responsabilité des services publics hospitaliers,

suprême, dans un arrêt Epoux Tazé du 30 octobre 1974, curieusement passé inaperçu, a clairement indiqué que la responsabilité de l'hôpital ne pouvait être engagée que pour faute lourde (1). Dans cette affaire, la victime avait subi des dommages consécutifs à une aortographie, alors qu'elle avait seulement consenti à que soit pratiquée une artériographie. Après avoir relevé que les risques présentés par une aortographie sont plus importants que ceux présentés par une artériographie, le Conseil d'Etat estime "(qu'en) décidant de modifier la nature de l'examen demandé, sans en référer ni au médecin qui l'avait prescrit, ni au malade, et alors que cet examen ne présentait, sur le plan médical aucun caractère d'urgence, le médecin-radiologue a commis une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'hôpital".

Le fait est, cependant, que le Conseil d'Etat n'a opéré une telle qualification que dans cette seule espèce, et qu'il a semblé, par la suite, s'orienter vers une admission de plus en plus large de la responsabilité administrative dans ce domaine (2). Pour autant, et contrairement à ce que semblent indiquer MM. Moderne et Moreau (3), le Conseil d'Etat n'a jamais clairement indiqué qu'il n'exigeait plus que la preuve d'une faute simple "dans l'organisation ou le fonctionnement du service". Ainsi, par exemple, le Tribunal administratif de Nancy qui s'était référé à une telle faute dans sa décision du 11 juillet 1985 (4), a utilisé la notion de faute lourde dans la décision Centre hospitalier régional de Nancy c. Bordg du 7 mai 1987 (5). On pourrait même se demander si cette obstination à refuser de choisir l'une ou l'autre des qualifications de la faute du service public, ne préfigure pas, en dépit d'une tendance certaine à l'assouplissement des conditions d'engagement de la responsabilité administrative, la solution qui sera ultérieurement reprise à l'occasion de l'arrêt Epoux V. du 10 avril 1992 (6).

op.cit. p. 60-64 ; J-M de Forges, *L'hospitalisé*, op.cit. p.257-259 ; L. Dubouis "Le juge administratif, le malade et le médecin", art. précité p. 389-406.

(1) Rec. 526. Par ailleurs, l'exigence d'une faute lourde est explicitement visée par deux décisions de juges du fond (T.A. Grenoble, 13 février 1987, Centre hospitalier régional de Grenoble c. Commenoz, R.H.F. 1988, p.82 ; T.A. Nancy, 7 mai 1987, Centre hospitalier régional de Nancy c. Bordg, R.H.F. 1988, p.83)

(2) Voir ainsi, C.E. 17 février 1988, Mme. Morette Bourny, précité supra p. 208 note 4 ; T.A. Besançon, 6 juin 1984, Centre hospitalier de Belfort c. Labidi, précité supra p.209 note 4 ; T.A. Lyon, 17 mai 1989, Hospices civils de Lyon c. Burlat, R.H.F. 1990, p.911 ; T.A. Grenoble, 9 juin 1989, Centre hospitalier régional d'Annecy c. Collomb-Clerc, R.H.F. 1990, p.780,

(3) J. Moreau, "Dommages résultant du fonctionnement du service public hospitalier", op.cit. n°88 ; F. Moderne, note sous C.E. 17 février 1988, Mme. Morette Bourny, précité supra p.208 note 4.

(4) Décision précitée supra p.208 note 1.

(5) Décision précitée supra note 1.

(6) Arrêt précité supra p.3 note 5.

Demeurée irrésolue dans ce domaine, la classification des actes de soins dans la catégorie des actes relevant de la faute simple a fini par être clarifiée, et cela quand bien même la jurisprudence est longtemps demeurée hésitante.

b- La confusion entretenue entre les activités médicales et les activités de soins :

Si l'on met de côté leurs activités purement administratives, communes à l'ensemble du "Tiers-Etat hospitalier" (1), les personnels infirmiers sont avant tout les auxiliaires des médecins. S'ils ne réalisent pas d'actes médicaux, ils participent indéniablement au succès des traitements mis en oeuvre en réalisant la majeure partie des tâches annexes qui ne relèvent pas du domaine scientifique réservé au seul praticien. Ainsi, une infirmière sera naturellement habilitée à pratiquer des piqûres, à panser les malades, ou bien encore à ôter des fils recouvrant une cicatrice post-opératoire.

Les règles de responsabilité administrative ont longtemps été, dans ce domaine, on ne peut plus confuses. Si le Conseil d'Etat a parfois accepté d'engager la responsabilité de l'hôpital pour un "défaut d'organisation du service" (2), c'est le plus souvent une faute lourde qui a été exigée (3). La plupart des auteurs se sont bornés à constater cette confusion, voire même à la nier (4). La seule explication de ce phénomène a été, à notre connaissance, formulée par Mme. Deguergue (5). Selon cet auteur, il doit être opéré un lien entre ces incertitudes et celles que l'on a pu relever dans le domaine de la responsabilité des établissements réservés aux malades mentaux (6). On se souvient, en effet, que la

(1) Cette expression du docteur F. Peigné s'applique à la fois au personnel soignant et au personnel administratif des hôpitaux -secrétaires, ouvriers, cuisiniers ...- le type d'activité visé étant bien accessoire du point de vue des médecins (Notre système hospitalier et son avenir, E.N.S.P. 1992, p.111).

(2) C.E. 21 juillet 1939, Sieur Lemaire, Rec. p.510 (dommages occasionnés par des compresses brûlantes apposées par une "fille de salle inexpérimentée") ; C.E. 17 novembre 1954 Dame Boyer, Rec. p.890 (dommages occasionnés par une bouillotte) ; C.E. 7 octobre 1955, Hôpital de Bayeux, Rec. p.470 (dommages occasionnés par une injection intraveineuse) ; C.E. 20 mai 1949, Daret, Rec. p.234 (dommages occasionnés par l'emploi d'un produit pharmaceutique contre-indiqué).

(3) C.E. 13 mai 1936, Smyth, Rec. p.538 (brûlures provoquées par des bouillottes) ; C.E. 26 janvier 1938, Hospices civils de Strasbourg, Rec. p.91 (faute lourde non précisément identifiée commise par une infirmière). Deux arrêts publiés aux tables du recueil Lebon de 1943 font également référence à une faute manifeste et de particulière gravité, et à une faute grave du service public. Ils n'est toutefois pas indiqué si ces arrêts visent une activité médicale ou une activité de soins. Voir respectivement C.E. 26 février 1943, Dame Vve. Leroy et 19 mars 1943, Hôpital hospice de Flers, Rec. Tables p.409.

(4) Voir M. Buzit, Les établissements publics hospitaliers devant les tribunaux ... op.cit. p.60.

(5) Jurisprudence et doctrine ..., op.cit. p.220-221.

(6) Voir supra. p189-192.

jurisprudence a longtemps hésité sur la détermination du degré de la faute susceptible d'engager la responsabilité des asiles psychiatriques. Il semble cependant que cette explication ne peut être retenue, en raison du particularisme de cette matière et d'une difficulté qui ne saurait être comparée à celle d'une activité purement technique de soins. Par ailleurs, le Conseil d'Etat n'a jamais contesté qu'un défaut de surveillance d'un malade ne présentant pas de troubles mentaux pouvait engager la responsabilité de l'administration pour faute simple (1).

La seule explication que l'on soit en mesure d'avancer est spécifique à la matière étudiée, et consiste à mettre en avant une certaine confusion entretenue par la jurisprudence entre deux activités, médicale et de soins, qui demeurent techniquement liées de façon indissociable. Tout se passe, en fait, comme si aucune distinction n'était établie entre ce qui relève de l'art médical, et ce qui relève seulement de l'exécution des prescriptions du praticien. Certaines formules jurisprudentielles sont, de ce point de vue, on ne peut plus éloquentes. Ainsi, l'arrêt Smyth vise les "soins médicaux" que constitue la pose de bouillottes dans le lit d'un malade (2). L'arrêt Sieur Lemaire, s'il ne relève qu'une faute simple dans "l'organisation du service", se réfère également aux "brûlures graves dues à un traitement médical" (3). La confusion ne cessera, en fait, qu'à partir du moment où le Conseil d'Etat précisera, à l'occasion du fameux arrêt de section Rouzet du 26 juin 1959, le critère de distinction entre les actes médicaux et les actes non-médicaux, en se référant à une nomenclature n'incluant pas les actes de soins (4).

§II- Le développement des règles de responsabilité en dépit de L'imprécision

Les imprécisions du critère de distinction des deux catégories de fautes pouvant être imputées aux hôpitaux publics n'ont pas véritablement permis d'entraver le développement de la jurisprudence dans ce domaine, même si elles ont conduit à exclure leur objectivation. En réalité, à l'époque des arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau (5), la distinction était déjà

(1) C.E. 26 octobre 1938, Hospices de Bordeaux, Rec. p.797.

(2) Arrêt précité supra p. 211 note 3.

(3) Arrêt précité supra p. 211 note 2.

(4) Rec. p.405 ; D.S. 1960, p.113, note Robert ; A.J.D.A. 1959.II. p.273 et 160, concl. Fournier, obs. Galabert. Sur cet arrêt, voir infra p.269-274.

(5) Arrêts précités supra p.3 note 4.

suffisamment tranchée pour permettre l'émergence des deux branches de la responsabilité hospitalière. On ne s'attachera pas, dans les développements subséquents, à tenter seulement de préciser le contenu respectif de ces deux branches. Une telle tâche n'aurait revêtu, à l'évidence, guère d'utilité, compte tenu, notamment, des synthèses exemplaires réalisées par MM. Moreau et Truchet (1).

On tentera plutôt de préciser ce qui, en dehors de la différence induite par leur degré de gravité respectif, réunit et sépare ces deux types de faute. La séparation se situe, bien évidemment, dans l'existence même de la dualité des activités se rattachant à la pratique de la médecine dans les hôpitaux. On verra cependant, dans un premier point, que les critères de qualification -et non plus de distinction- de la faute des services hospitaliers n'en demeurent pas moins, dans les deux hypothèses, pratiquement identiques.

A- L'identité des critères de qualification de la faute lourde et de la faute simple

En vue de qualifier la faute des services hospitaliers, les juges de l'administration utilisent une grille d'interprétation relativement précise, qui leur permet de moduler l'exigence d'une faute lourde ou d'une faute simple en fonction des circonstances de chaque espèce. Le premier élément retenu est constitué par le comportement des agents hospitaliers, envisagé par rapport à la difficulté de l'activité en cause. Le second élément est relatif à la prévisibilité du dommage, et plus précisément à la prévisibilité du dommage par rapport à l'état de la victime. Le troisième élément pris en compte par le juge touche à la situation matérielle dans laquelle s'est produit le dommage, c'est à dire aux moyens mis à la disposition du service. Enfin, le dernier élément retenu se rapporte aux circonstances temporelles du dommage.

1)° *Le comportement des agents hospitaliers rapporté à la difficulté de l'activité en cause*

Dans certaines hypothèses, la faute du service public a clairement pour origine un agissement déterminé d'un agent hospitalier. Ceci est observable, par exemple, lorsqu'un chirurgien se rend coupable d'une négligence (2), ou d'une faute technique grave dans

(1) Voir respectivement J. Moreau, "Dommages résultant du service public hospitalier", art. précité. ; D. Truchet, "Hôpitaux (Responsabilité des services hospitaliers)", art. précité.

(2) Voir par exemple, C.E. 11 décembre 1991, Adm. gén. de l'Assistance publique à Paris, R.D.P. 1993 p.252 ("intervention excessivement mutilante" pratiquée en dépit de l'insuffisance des examens pratiqués) ; C.E. 27 septembre 1989, Mme. Karl, Rec. p.176 ; D.S 1990. somm. p.299, obs. Bon et Terneyre ; D.S. 1991, p.80, note Verpeaux ; R.D.P. 1991, p.1164 ; G.P. 1990.I. p.19, concl. Fornacciari ; R.F.D.A. 1991 p.

l'exercice de son art (1). Mais cela concerne également d'autres catégories de personnels, et l'engagement de la responsabilité des établissements hospitaliers pour faute simple. Tel est le cas, par exemple, d'une infirmière-anesthésiste qui pratique seule une anesthésie générale, sans même avoir prévenu le médecin compétent (2).

Cependant, plus une activité présente de difficultés, plus la responsabilité des établissements hospitaliers sera malaisée à engager. La chose paraît évidente, et l'on pourrait se borner à constater "qu'à l'impossible nul n'est tenu". L'arrêt Dame Marion rendu par le Conseil d'Etat le 15 janvier 1988 constitue une illustration frappante de ce phénomène (3). Dans cette affaire, le requérant se plaignait d'avoir subi une paralysie du nerf radial gauche, consécutive à la section de ce nerf par un chirurgien orthopédique. En dépit de l'erreur commise par le praticien, le Conseil d'Etat a décidé "(qu'un) accident, survenu au cours d'une opération rendue difficile par la présence d'un tissu scléreux autour de la plaque d'ostéosynthèse et malgré les précautions particulières prises par le praticien, ne constitue pas, dans les circonstances de l'espèce, une faute lourde, seule de nature à engager la responsabilité de l'hôpital".

Pour apprécier l'existence d'une faute commise par un praticien, les juges de l'administration peuvent également prendre en compte "les données de la science médicale à l'époque des faits". L'emploi d'une méthode de diagnostic ou de traitement présentant des risques importants pour le patient peut constituer une faute lorsque une méthode moins dangereuse peut être utilisée (4). En revanche, le juge ne retiendra pas l'existence d'une faute lorsqu'il apparaît que la méthode en cause était, à l'époque des faits, la seule qui pouvait être employée (5), où lorsque les dangers qu'elle présente étaient alors

316, obs. Delvolvé, et p.325, note Deswarte ; A.J.D.A. 1989, p.776, chron. Honorat et Baptiste (absence d'examen appropriés en vue de vérifier le résultat d'une interruption volontaire de grossesse) ; C.E. 6 juillet 1988, Centre hospitalier de Fort-de-France, R.D.P. 1989, p.536 (réduction d'une fracture et pose d'un plâtre alors que la plaie dont était atteinte la victime n'avait pas été suffisamment nettoyée).

(1) Voir par exemple, C.E. 27 septembre 1989, Mme. Le Quer, R.D.P. 1990, p.1164 (prélèvement réalisé au moyen d'un bistouri alors qu'il aurait dû être fait à l'aiguille) ; C.E. 11 janvier 1985, Rafik, R.D.P. 1986, p.898 (méconnaissance par un chirurgien des règles de la technique opératoire utilisée) ; C.E. 4 mars 1988, Mme Peche, R.D.P. 1989, p.536 (erreur technique d'un gynécologue qui a insuffisamment redressé le col de l'utérus d'une patiente après une interruption volontaire de grossesse par aspiration).

(2) C.E. 19 février 1986, M et Mme. Aubert c. Caisse de mutualité sociale agricole du Loiret, R.D.P. 1987 p.465.

(3) R.D.P. 1989, p.888.

(4) Voir sur ce point infra p.231.

(5) Voir par exemple, C.A.A. Nancy, 16 mai 1989, Centre hospitalier régional de Reims c. Gras, R.H.F. 1990 p.779 ; T.A. Strasbourg, 27 juillet 1983, Hospices civils de Strasbourg c. Mattioni, R.H.F. 1984, p.381 ; T.A. Paris, 11 janvier 1984, R.H.F. 1984 p.689.

inconnus (1).

2)° La prévisibilité du dommage rapportée à l'état de la victime

De façon assez peu explicable, les auteurs appliquent souvent ce critère aux seules hypothèses de responsabilité des hôpitaux psychiatriques du fait des dommages occasionnés par les malades mentaux (2). L'un de ces auteurs voit même dans la "probabilité de l'évasion ou du suicide" l'unique critère de qualification de la faute simple dans ce domaine (3).

Certes, on n'ira pas jusqu'à nier que ce critère revêt ici une importance primordiale. Son exploitation n'est d'ailleurs pas étonnante, compte tenu des problèmes structurels qui se sont longtemps posés dans ce domaine (4). Il permet notamment de vérifier que la surveillance exercée sur l'aliéné, le lieu dans lequel il a été placé, étaient adaptés à son état. Si les espèces qui se sont référées à cet élément sont longtemps demeurées extrêmement rares, c'est avant tout en raison du laconisme, longtemps entretenu, des arrêts du Conseil d'Etat. Pourtant, il est possible de voir, dans certains de ces arrêts qui se rapportent pour la plupart à des affaires de suicide, des indices permettant de déceler l'existence de l'élément de prévisibilité. C'est notamment le cas dans les affaires Ludemman du 12 avril 1924 (5) et Dame Vve. Apard du 22 décembre 1936 (6), dans lesquelles "le défaut ou l'insuffisance de surveillance" est apprécié, sans plus de précisions, en fonction des "circonstances propres à (chaque) espèce". On citera, dans le même ordre d'idées, l'arrêt Sieur Deveaux du 8 janvier 1931 qui fait allusion aux "conditions où s'est produit le décès" (7). En dehors de ces

(1) Voir dans ce sens, C.A.A. Bordeaux, 9 juillet 1991, Consorts Guignard (Rec. Tables p.1186) : "des doses excessives d'irradiation administrées en 1971 en vue d'un traitement radiologique d'une affection cancéreuse, reconnues excessives actuellement mais admises à l'époque ne sont pas constitutives d'une faute lourde". Voir également C.A.A. Nancy, 16 mai 1989, Centre hospitalier régional de Reims c. Gras, R.H.F. 1990, p.779 (utilisation de la technique de l'ostéomie de Chiari). Sur l'admission de la responsabilité sans faute en cas de dommages liés à l'utilisation d'une technique thérapeutique nouvelle dont les risques sont inconnus, voir infra p.369-376.

(2) Voir par exemple, F. Moderne, note sur T.A. Nantes, 11 juillet 1966, deux décisions, Guillaud c. C.H.U. de Nantes et Epoux Perherin c. Hôpital de Pontivy, précitées supra p. 188 note 4 ; J. Montador, "Le suicide à l'hôpital public", art. précité.

(3) Voir J-J Thouroude, La faute qualifiée dans la responsabilité administrative, Thèse Caen 1974, p.203.

(4) Voir supra p. 181

(5) Arrêt précité supra p.188 note 2.

(6) Arrêt précité supra p.189 note 4.

(7) Arrêt précité p.190 note 1.

affaires, l'arrêt Consorts Chatry du 29 janvier 1936 a longtemps constitué la seule application concrète du critère de prévisibilité (1). A cette occasion, le Conseil d'Etat avait clairement rapproché le fait qu'un aliéné décédé accidentellement était un récidiviste de l'évasion et l'insuffisance de la surveillance exercée par les agents chargés de le reconduire à l'asile. Ce ne sera, en fait, qu'à partir de l'arrêt Dame Vve. Nasi du 9 janvier 1957 (2), que ce critère apparaîtra de façon presque systématique dans les considérants des arrêts consacrés à la responsabilité des hôpitaux psychiatriques pour permettre d'engager, ou au contraire d'écarter leur responsabilité (3).

L'importance revêtue par le critère de prévisibilité dans ce domaine, ne doit cependant pas nous laisser penser qu'il n'est jamais employé dans les autres secteurs de l'activité hospitalière. C'est d'ailleurs à l'occasion de l'arrêt Dame vve. Cornu du 5 janvier 1906 (4), relatif au suicide d'un sous-officier dans un hôpital militaire que ce critère a d'abord été utilisé. Il s'agissait effectivement de savoir, dans cette espèce, si la surveillance exercée par le personnel était ou non suffisante compte tenu des risques que le malade -qui souffrait d'une simple grippe gastrique- pouvait présenter pour sa propre santé. La requérante prétendait notamment que la victime avait pu quitter l'hôpital alors "que sa tenue et son allure (révélaient) des troubles cérébraux". Cette argumentation a été contestée par le Conseil d'Etat qui a estimé, en fait, que l'état du malade ne pouvait laisser présager la survenance d'un dommage, ce qui exclut non seulement le défaut de surveillance, mais également l'erreur de diagnostic qui l'aurait entraîné.

En revanche, dans d'autres hypothèses, des hôpitaux civils non spécialisés ont été condamnés à réparer des dommages subis par des malades présentant des troubles mentaux. Dans de tel cas, une surveillance insuffisante (5), où le placement d'un malade dans une salle rendant difficile cette activité (6), peuvent permettre d'engager la responsabilité de

(1) Arrêt précité supra p. 189 note 3.

(2) "L'état (du Sieur Nasi) à son arrivée dans l'hôpital ne justifiait pas l'adoption, par le chef responsable du service, des mesures plus rigoureuses que celles qui ont été prises ..." (Rec. p.23, A.J.D.A., 1957 p.76, note Coulet).

(3) Voir par exemple, C.E. premier février 1985, Centre hospitalier de Niort c. Jault, R.H.F. 1986, p.812 ; C.E. 20 février 1989, Hôpitaux civils de Thiers c. Mme. Pinay, Rec. Tables p.910 ; C.E. 29 janvier 1993, Centre hospitalier régional de ..., R.H.F. 1993, p.411 ; C.A.A. Lyon, 6 mars 1991, Mme. Marotta, Rec. Tables p.1185 ; T.A. Marseille, 2 décembre 1983, Centre hospitalier psychiatrique Montperrin c. Benchadi, R.H.F. 1984 p.601 ; T.A. Versailles, 22 juin 1984, Centre hospitalier d'Eaubonne c. Balissat, R.H.F. 1985, p.470 ; T.A. Clermont-Ferrand, 7 septembre 1989, Centre hospitalier régional de Clermont-Ferrand c. Chonier, R.H.F. 1990, p.603.

(4) Arrêt précité supra p.200 note 2.

(5) Voir par exemple C.E. 10 novembre 1961, Dame Eveillard (Rec. p.639), sur le suicide d'une malade dépressive qui "eût du faire l'objet d'une surveillance particulière".

(6) Voir par exemple, C.E. 18 mai 1961, Hôpital de Chatelleraut, arrêt précité supra p.189 note 2.

l'administration. Celle-ci trouvera cependant moyen d'être exonérée dans deux hypothèses particulières. Il s'agit, bien entendu, de l'hypothèse dans laquelle le juge estime que les mesures prises par l'établissement en cause étaient suffisantes (1). Mais cela concerne également le cas dans lequel les troubles présentés par la victime n'étant pas apparents, aucune information relative à leur existence n'a été révélée par sa famille ou par elle-même (2).

Ainsi, c'est dans l'ensemble des secteurs hospitaliers, mais également pour tous les types de faute pouvant être commises dans ce cadre, que le critère de prévisibilité du dommage rapporté à l'état de la victime est susceptible d'être utilisé. On se contentera de corroborer cette affirmation par quelques exemples.

Dans le domaine de la faute simple, le Conseil d'Etat a d'abord jugé, à l'occasion d'un arrêt Dame Hugonnier du 26 janvier 1938 (3), que le fait de confier une motocyclette à un sourd-muet débile léger constituait une faute du service public. Le fait de ne pas sangler un vieillard particulièrement faible sur une table de radiothérapie (4), de ne pas aider une femme âgée et très corpulente à se lever de son lit pour uriner (5), ou encore, parmi de multiples exemples, le défaut d'examen préalable nécessaires à l'anesthésie d'une parturiente obèse (6), constituent des éléments permettant de qualifier des fautes survenues dans l'organisation ou le fonctionnement du service. Mais d'un autre côté, le manque d'information sur l'état non-apparent du malade pourra également constituer une faculté d'exonération pour l'administration (7).

Du point de vue de la faute lourde, le critère de prévisibilité n'est explicitement apparu dans le corps des arrêts qu'assez tardivement. Lorsqu'il s'applique à des erreurs de diagnostic, il permet de prendre en compte les dispositions de l'article 29 du Code de déontologie qui impose au praticien de rechercher "par les méthodes scientifiques les plus appropriées" la nature de l'affection dont souffre le malade. La responsabilité de

(1) Voir par exemple, C.E. 26 juillet 1985, Centre hospitalier spécialisé de Chezal-Benoît c. Cendrier, R.D.P. 1986, p.897 ; T.A. Clermont-Ferrand, 7 septembre 1989, Centre hospitalier régional de Clermont-Ferrand c. Chonier, R.H.F. 1990, p.603.

(2) C.E. 8 mars 1967, Vernet, Rec. Tables p.929.

(3) Rec. p.90.

(4) T.A. Marseille, 15 mai 1987, Centre hospitalier d'Aubagne c. Sabran, R.H.F. 1988, p.405.

(5) C.E. 30 mai 1986, C.H.R. de Dijon c. Meunier, R.H.F. 1988, p.279.

(6) C.A.A. Paris 2 octobre 1990, G.P. 1991.II. Panor. droit adm. p.82. En revanche, l'état d'un blessé difficilement manipulable pourra également justifier l'absence d'examen (C.E. 10 novembre 1976, Sieur André, R.D.P. 1977, p.1096).

(7) C.E. 13 mai 1987, C.H.R. de Nice c. Faure-Vincent, R.H.F. 1988, p.86.

l'établissement peut ainsi être engagée lorsque le praticien ne prend pas suffisamment en compte les symptômes présentés par le malade (1), ou lorsqu'il utilise une méthode de diagnostic présentant des dangers inutiles pour son patient (2).

Le critère de prévisibilité s'applique également dans les hypothèses où c'est une erreur commise dans le cadre d'un traitement qui est en cause. Dans certaines hypothèses, le juge peut refuser de sanctionner le choix d'une méthode thérapeutique au motif que l'état de la victime rendait la probabilité de survenance d'un dommage tout à fait incertaine. Tel était le cas, en particulier, dans l'arrêt Dlle. Le Bré du 16 décembre 1964, dans lequel le Conseil d'Etat a estimé que le risque mineur présenté par une opération réalisée sur une personne jeune, ne pouvait permettre d'engager la responsabilité de l'hôpital pour une faute lourde commise dans le choix d'une thérapeutique (3). Au demeurant, la spécificité des symptômes présentés par la victime, certaines particularités anatomiques, peuvent permettre de ne pas qualifier une erreur médicale de faute lourde. Ainsi, dans l'arrêt Mme. Marion du 15 janvier 1988, le Conseil d'Etat a estimé que la section d'un nerf au cours de l'ablation d'une plaque d'ostéosynthèse ne constituait pas une faute lourde, dans la mesure où, en dépit des précautions prises, la présence d'un tissu scléreux autour de cette plaque rendait l'opération particulièrement difficile (4).

Dans tous les domaines, par conséquent, le critère de prévisibilité du dommage, apprécié en fonction de l'état de la victime, permet de mieux préciser le contenu de l'obligation pesant sur l'hôpital public. Cette responsabilité ne dépend cependant pas uniquement d'un tel critère

(1) Voir par exemple, T.A. Lille, 4 novembre 1987, Centre hospitalier de Valenciennes c. Bertez, R.H.F. 1988, p.790 (les praticiens d'un établissement hospitalier auraient dû faire procéder à de nouveaux clichés radiographiques alors que les premiers clichés, quoique difficilement lisibles, montraient "des images qui auraient dû attirer leur attention") ; T.A. Montpellier, 25 mai 1989, Centre hospitalier de Perpignan c. Leroy, R.H.F. 1990, p.910 (absence d'un bilan radiographique complet d'un malade accidenté qui aurait permis "d'établir un diagnostic correct"). Voir également, à propos d'un refus de prendre en compte le contenu du dossier médical d'un malade, C.A.A. Paris, 15 juin 1990, Mme. Manicacci, Rec. Tables, p.975, Droit adm. 1990, n°411.

(2) Voir par exemple, C.E. 26 juillet 1985, Centre hospitalier régional de Rennes c. Epoux Lohier, Rec. p.57, R.D.P. 1986, p.897 (l'affection présentée par la victime ne justifiait pas le recours à une artériographie vertébrale).

(3) Arrêt précité supra p.206 note 2. Voir dans le même sens, mais concernant une personne âgée, C.E. 6 juillet 1984, G.P. 1985.I. somm.p.132 ; C.E. 6 mai 1985, Hospices civils de Strasbourg c. Consorts Béguin et autres, R.D.S.S. 1986 p.71, note Vareille. Voir au contraire, à propos d'une faute lourde commise par un médecin utilisant une méthode thérapeutique dont l'emploi antérieur sur la victime avait démontré son caractère dangereux, T.A. Nantes 11 octobre 1984, G.P. 1985.I. somm p.64.

(4) R.D.P. 1988, p.888 ; R.H.F. 1988, p.100. Voir également, C.E. 10 mai 1989, C.H.R. de Lille, R.D.P. 1990, p.1166, ; C.E. 14 décembre 1984, Dlle. Quignon, Rec. Tables, p. 735 G.P. 1985.II. somm. p.271, R.D.S.S. 1985, p.160, note D.F. ; C.E. 8 avril 1987, Mme. Schincariol, R.D.S.S. 1987, p.621, note F.V ; T.A. Strasbourg, 8 juin 1982, Reblo, R.H.F. 1983, p.412 ; T.A. Clermont-Ferrand, 13 septembre 1988, Centre hospitalier régional et universitaire de Clermont-Ferrand c. Juerys, R.H.F. 1989, p.221.

de type personnel. L'examen des moyens dont dispose l'hôpital permet également au juge, dans le même ordre d'idées, d'apprécier de façon minutieuse les faits des espèces qui lui sont soumises.

3)° Les moyens mis à la disposition du service

Ce critère d'appréciation de la faute du service public est très souvent utilisé, comme le critère précédent, dans le domaine de la responsabilité du fait des aliénés. Son exploitation n'est d'ailleurs pas étonnante, compte tenu des problèmes structurels qui se sont longtemps posés dans ce domaine (1).

On notera, par exemple qu'eu égard aux moyens dont disposait l'hôpital et aux précautions prises, le suicide de l'un des pensionnaires ne peut lui être imputé (2). L'illustration la plus frappante de l'utilisation de ce critère ressort certainement de l'arrêt Dame Vve. Senée du 22 décembre 1976 (3). Cette espèce était également relative à la mort d'un individu qui manifestait des tendances suicidaires, après avoir été placé dans la chambre commune d'un hôpital non spécialisé dont la disposition rendait l'activité de surveillance relativement difficile. Le Conseil d'Etat, considérant que "le centre hospitalier ne disposait pas de moyens de surveillance analogues à ceux des établissements comportant des services de soins réservés aux malades mentaux" et que, dans ces conditions, "l'installation du malade dans une chambre commune (rendait) la surveillance plus aisée", décida finalement de ne pas retenir l'existence d'une "faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service susceptible d'engager la responsabilité du centre hospitalier".

La référence à l'insuffisance des moyens du service ne permet cependant pas toujours d'exonérer l'administration de sa responsabilité. C'est par exemple le cas dans un arrêt Mourat du premier mars 1974, dans lequel le Conseil d'Etat a estimé que le fait de placer un individu qui manifestait des tendances suicidaires dans une chambre d'hôpital psychiatrique dépourvue de barreaux pouvait constituer l'indice d'une faute commise dans l'organisation ou l'exécution du service (4). Mais dans de telles espèces, ce manque de moyens doit être rapporté à l'état du malade. Ainsi, l'établissement qui a placé un malade qui "n'avait jamais

(1) Voir sur ce point supra p.181.

(2) Voir par exemple, C.E. 17 novembre 1965, Hôpital-hospice d'Autun, Rec. Tables p.1054 ; C.E. 13 octobre 1967, Consorts ... Rec. p.929.

(3) Rec. p.114 ; R.D.P. 1977, p.1094.

(4) Rec. p.161. Voir également, se référant à un mauvais aménagement des locaux, C.E. 17 février 1988, Assistance publique à Marseille c. Mme. Bois, R.D.P. 1989, p.538 ; T.A. Rennes, 7 janvier 1987, Centre hospitalier régional de Brest c. Berthou, R.H.F. 1988, p.861 ; T.A. Nice, 10 août 1987, Centre hospitalier régional de Nice c. Le Droff, R.H.F. 1988, p.407 ; T.A. Versailles, 16 décembre 1988, Centre hospitalier de Colommières c. Crapard, R.H.F. 1989, p.679.

manifesté de prédispositions agressives et suicidaires" dans une chambre démunie de toute protection spéciale à ses fenêtres ne commet pas de faute susceptible d'engager sa responsabilité (1). De même, la faute doit être écartée dans l'hypothèse où un hôpital non spécialisé a refusé de transférer un malade dépressif vers un établissement psychiatrique qui ne disposait pas de chambre pour l'accueillir (2). Mais dans une telle hypothèse, la surveillance du malade doit être particulièrement stricte.

Dans les hypothèses où l'accomplissement d'un acte médical est en cause, le critère tiré de l'insuffisance des moyens du service pourra également être utilisé. Souvent, dans les espèces où une mauvaise organisation du service est relevée, notamment lorsqu'un acte médical a été pratiqué par une personne non habilitée, ce critère n'apparaît qu'en filigrane. Il sera toutefois clair que derrière l'interne non habilité à pratiquer tel ou tel acte médical (3), derrière la sage-femme qui procède seule à un accouchement particulièrement délicat (4), se dissimulent très souvent des problèmes touchant à la gestion et à l'insuffisance des ressources humaines de l'hôpital. C'est ce qu'a d'ailleurs indirectement estimé la jurisprudence en indiquant que la responsabilité de l'hôpital pouvait être engagée, dans de telles hypothèses pour une faute simple. Très fréquemment, il sera fait référence à l'insuffisance des "garanties médicales que le patient est en droit d'attendre" (5).

Dans le même ordre d'idées, le juge pourra relever l'existence de difficultés matérielles identiques à celles existant dans les hôpitaux psychiatriques, en vue de mieux apprécier l'existence de fautes médicales. Ce cas de figure s'est présenté notamment dans un arrêt du Conseil d'Etat centre hospitalier d'Evreux c. Epoux Louis du 13 novembre 1981 (6). Cette espèce mettait en cause la responsabilité d'un hôpital pour la cécité occasionnée à un prématuré par la suroxygénation qui lui avait été appliquée. Conformément à sa jurisprudence, la juridiction administrative suprême considéra que le fait que "le centre n'était pas doté des équipements nécessaires" ne constituait pas -certainement en raison de

(1) T.A. Versailles, 22 juin 1984, Centre hospitalier d'Eaubonne c. Balissat, R.H.F. 1985, p.47. T.A. Bastia, 24 mars 1987, Centre hospitalier de Bastia c. Amore, R.H.F. 1988, p.947.

(2) C.E. 11 décembre 1970, Centre hospitalier de Brest, Rec. Tables p.1193.

(3) Voir sur ce point infra p.278-279.

(4) C.E. 3 novembre 1982, Hôpital de Sainte-Foy-lès-Lyon, Rec. Tables p.742 ; C.A.A. Nantes, 29 novembre 1989, Centre hospitalier régional universitaire de Caen c. Epoux Abraham, Rec. Tables p.909, Droit adm. 1990, n°130.

(5) Voir par exemple, C.E. 25 mai 1954, Dame Forcina, Rec. p.388 (acte médical complexe réalisé par un interne), Rec. p.388 ; T.A. Lyon, 28 mars 1990, Mme Adams, Rec. Tables p.974 (défaut de remplacement d'un anesthésiste par un médecin qualifié) ; C.A.A. Nantes plénière 22 avril 1989, C.H.R. D'Orléans c. Fichon, Rec. p.300 (absence d'un médecin anesthésiste).

(6) Rec. p.903.

sa petite taille- “une faute de service”. De façon indirecte, cet élément a également permis d’écarter la faute lourde qu’aurait pu constituer l’absence d’examen ophtalmologiques préalables, puisque l’oxygénation du nouveau-né n’aurait pu, en raison des insuffisances du matériel employé, être convenablement modulée. En fait, la présence d’un troisième élément d’appréciation de la faute, relatif aux circonstances temporelles du dommage, a également contribué, dans cette espèce, à exonérer l’administration de toute responsabilité. On peut en effet estimer qu’une faute aurait certainement pu être relevée si l’intervention des médecins n’avait pas été urgente, et si le transfert vers un centre suffisamment équipé avait été possible (1).

4)° Les circonstances temporelles du dommage

Selon M. Georges Dupuis “Le temps peut être considéré tour à tour comme moment, durée et conjoncture de l’activité administrative” (2). Cependant, pour cet auteur, seules les deux dernières acceptions de la notion de temps présenteraient une réelle importance. Le temps-durée se rapporterait alors “au temps qui passe” et le temps-conjoncture “au temps qu’il fait”. En revanche, le droit positif serait “assez indifférent” à la donnée “historiquement incontestable” que constituerait le temps-moment. En fait, il apparaîtrait plus juste d’avancer que cette dernière donnée ne pose guère d’autres problèmes que celui des conflits de loi dans le temps. Il demeure néanmoins vrai qu’en dehors de ces problèmes, pour ce qui concerne la qualification de la faute du service public, ce sont les données contingentes de temps-durée et de temps-conjoncture qui seront utilisées.

a- *Le temps-durée* :

L’élément de temps-durée permet au juge d’apprécier dans quelle mesure le délai mis par l’administration pour exécuter telle ou telle prestation peut, ou ne peut être regardé comme étant à l’origine d’une faute du service public. A l’image des autres critères d’appréciation de la faute, cette donnée est susceptible d’être utilisée dans l’ensemble des secteurs de l’activité hospitalière.

Ainsi, dans le domaine des actes médicaux, un délai trop long dans l’établissement d’un diagnostic (3), un retard injustifié dans l’exécution d’une opération (4), peuvent permettre de

(1) Voir C.E. 8 avril 1987, Centre hospitalier de Gonesse, R.D.S.S. 1987, p.621, note F.V.

(2) G. Dupuis, Préface de la thèse de P-L Frier, L’urgence, Bibliothèque de droit public, Tome CL, L.G.D.J. 1987, p.II.

(3) C.E. 6 mai 1988, Administration générale de l’assistance publique à Paris c. consorts Leone, Rec. p.186 ; C.E. 9 juillet 1975, Grand-Clément, Rec. p.421.

(4) C.A.A. Bordeaux, 6 juin 1989, Centre hospitalier de Guèret, Rec. Tables p.911 ; C.E. 3 novembre 1989,

déceler la présence d'une faute. Mais il ne faut pas perdre de vue, dans ce cadre, que le critère de temps-durée ne constitue qu'un élément, parmi d'autres, d'appréciation de la faute du service public. Ainsi, l'état du malade peut-il justifier l'arrêt d'un traitement, voire même son absence (1). En revanche, le retard du transfert d'un individu dépressif vers un service approprié de l'hôpital (2), le fait que des infirmières n'aient pas prévenu en temps utile un chirurgien de l'aggravation de l'état de son patient (3), ou bien qu'un médecin ait laissé sortir de l'établissement un malade insuffisamment rétabli (4), pourront contribuer à rechercher de façon efficace l'existence d'une faute.

A l'évidence, la notion de temps-durée ne saurait être considérée comme une valeur absolue : un retard de l'administration sera fautif, non pas en fonction de sa durée intrinsèque, mais seulement en fonction de cette durée rapportée aux circonstances particulières de chaque espèce. En revanche, s'il ne s'agit pas d'une valeur absolue, le critère de temps-durée constitue bien une donnée concrète et quantifiable. En pratique, si le juge ne précisera qu'assez rarement le délai jugé excessif (5), la variabilité de ce critère apparaîtra clairement dans les hypothèses où le retard à effectuer une prestation tendra à l'inertie (6).

L'appréciation de la faute, dans ce domaine, suppose donc que soient rapprochés deux éléments : un dommage, le temps d'inertie de l'administration. Le juge appréciera ensuite si, compte tenu des circonstances de l'espèce, une relation de cause à effet peut être établie entre ces deux éléments. Dans le cadre de l'utilisation de la donnée temps-conjoncture, en revanche, le schéma diffère, cette utilisation ne correspondant pas au même objet.

b- *Le temps-conjoncture* :

A la différence de l'élément temps-durée, l'élément temps-conjoncture n'est pas

Centre hospitalier de Melun, R.D.P. 1990, p.1164 ; C.A.A. Lyon, 29 mai 1990, Sieur Germonprez et autres, Rec. Tables, p.974.

(1) Voir par exemple deux arrêts, l'un relatif à l'interruption d'une perfusion, l'autre relatif à son absence : C.E. 27 septembre 1989, Combélic, R.D.P. 1990, p.1165 ; C.E. 18 mars 1988, Mme. Fleury, R.D.P. 1989, p.537.

(2) C.A.A. de Nantes, 24 mai 1989, Centre hospitalier de Chateaubriand c. Epoux Gilet, Rec. Tables p.910.

(3) C.A.A. Lyon, 12 octobre 1989, Centre hospitalier général d'Aix-en-Provence, Rec. Tables p.909. Comp. : C.E. 31 mars 1971, Bailleul, Rec. p.766, R.T.D.S.S. 1973, p.71, obs. Moderne.

(4) C.E. 8 décembre 1989, Mme. Caro, R.D.P. 1990, p.1165.

(5) Voir cependant, par exemple, C.A.A. Paris, 13 juin 1989, Consorts Lahouel, Rec. Tables, p.909.

(6) Voir par exemple, C.A.A. Nancy, plénière, 13 juin 1989, Centre hospitalier de Roubaix, Rec. Tables, p.911 (absence totale de diagnostic) ; C.E. 10 novembre 1976, C.P.A.M. de Montbéliard c. Sieur Rivalland, R.D.P. 1977, p.1094 (absence d'examen).

précisément utilisé en vue d'apprécier si l'existence d'un dysfonctionnement est ou non susceptible d'être couvert, du fait des circonstances de temps particulières dans lesquelles il s'est révélé. De façon plus concrète, le juge déterminera si la violation des obligations de l'administration peut ou non être excusée par des motifs tenant à l'urgence.

On doit pourtant se garder de considérer l'urgence comme un facteur univoque d'appréciation de la faute du service public : si l'urgence peut absoudre, l'absence d'urgence peut constituer un indice important de l'existence d'une faute. Au demeurant, il ne faut pas non plus perdre de vue qu'il ne s'agit ici que d'un élément d'appréciation parmi d'autres. Par conséquent, même dans les hypothèses où l'urgence est avérée, la responsabilité de l'administration pourra quand même être engagée. C'est ainsi que dans un arrêt Hôpital civil d'Antibes c. Tortel du 12 décembre 1941, le Conseil d'Etat a estimé que l'opération d'un patient ne pouvait être pratiquée, quelle que soit l'urgence de la situation, sans qu'aucun diagnostic n'ait été établi (1).

En dehors de ce type d'hypothèses, on peut trouver des exemples d'application du critère de temps-conjoncture dans l'ensemble des domaines de la responsabilité hospitalière. Ainsi, en l'absence d'urgence, l'utilisation d'une méthode de diagnostic dangereuse est constitutive d'une faute du service public (2). En revanche, le fait qu'une opération pratiquée dans un service insuffisamment équipé ait revêtu un caractère d'urgence, permet d'écarter l'existence d'une faute simple qui aurait pu être décelée dans le refus de transférer ce patient vers un établissement spécialisé (3). Mais à l'opposé, un tel transfert pourra être considéré comme fautif si l'urgence nécessitait que l'opération soit pratiquée sur place (4).

Le défaut de consentement à une opération d'un patient, ou des ayants droit d'un patient (5), pourra également être absoute par l'urgence. En revanche, le Conseil d'Etat a pu décider, dans un arrêt Mme. Juyoux du 18 février 1987 que le défaut d'urgence d'une opération délicate et imparfaitement menée constituait un indice de la faute lourde commise par un chirurgien (6).

En dehors de ces exemples, le critère de temps-conjoncture présente un intérêt tout

(1) Rec. p.968.

(2) C.E. 6 juillet 1984, Centre hospitalier régional de Rennes c. Mouflet, R.D.S.S. 1985, p.49.

(3) C.E. 13 novembre 1981, Centre hospitalier d'Evreux c. Epoux Louis, précité supra p. 217 note 5.

(4) C.E. 20 mars 1991, C.H.R. de Toulouse c. consorts Oulié, R.D.P. 1991, p.1146.

(5) Voir respectivement C.E. 19 mai 1983, Moudjahed, Rec. Tables p.856 ; R.D.P. 1989, p.540 ; C.E. 6 décembre 1978 Giral, Rec. Tables p.935.

(6) Rec. Tables p.934.

particulier dans le domaine de l'activité médicale des internes. Selon l'article L. 106.6 du décret du 17 avril 1943 sur le service des hôpitaux, cette activité est théoriquement subordonnée au contrôle et à la surveillance exercée par les médecins hospitaliers (1). Cependant, l'article 106.2 de ce même texte, qui est sur ce point plus sévère que la loi du 30 novembre 1892, autorise les internes à "dispenser des soins urgents sous la responsabilité du chef de service". Du point de vue des règles de responsabilité, le Conseil d'Etat a ainsi pu estimer, à l'occasion de l'arrêt *Sieur Dougnac* du 5 juillet 1946, qu'une opération pratiquée par un interne dans un contexte temporel d'urgence pouvait permettre d'exonérer l'hôpital de toute responsabilité (2).

A l'époque de l'arrêt *Sieur Dougnac*, la responsabilité de l'administration du fait de l'activité des internes semblait ne pouvoir être engagée que pour une faute lourde (3). Or, en dépit de l'évolution de la jurisprudence, dans le sens d'un accroissement considérable du domaine de la faute simple, pour les hypothèses dans lesquelles l'interne n'était pas habilité à agir, le rôle du critère de temps-conjoncture n'a en rien été modifié. Ainsi, selon l'arrêt *Fresnais* du 18 décembre 1953, qui marque le revirement jurisprudentiel, "les cas de force majeure où l'intervention ... (s'imposant) en raison de l'urgence par suite de l'absence des chirurgiens et de leurs assistants" permettent d'écarter la faute simple commise dans l'organisation du service (4).

Les différents critères que l'on vient d'examiner sont donc susceptibles d'être utilisés par les juges de l'administration en vue d'apprécier l'existence d'une faute du service public, dans l'ensemble des domaines de l'activité hospitalière. La prise en compte de la nature particulière de ces activités, et de leur difficulté respective, conduira cependant les juges à les répartir dans l'une ou l'autre des catégories de la distinction.

B- La classification des fautes en fonction de leur nature

A partir des arrêts *Vves Loiseau et Philipponeau* (5), la juridiction administrative suprême a classé les fautes du service public dans le domaine hospitalier en deux catégories : les fautes simples commises dans l'organisation ou bien dans l'exécution du service, les fautes lourdes commises dans le cadre d'une activité médicale.

(1) Voir sur ce point supra p. 206-207.

(2) Arrêt précité supra p. 207 note 3.

(3) Sur l'évolution de cette jurisprudence, voir infra p.278-279.

(4) Rec. p.506 ; Droit social 1954, p.203, note Donnedieu de Vabre.

(5) Arrêts précités supra p.3 note 4.

1)° La faute simple commise dans l'organisation ou l'exécution du service

D'un point de vue pratique, la jurisprudence n'a jamais semblé vouloir établir de différence entre les notions d'organisation et d'exécution du service. On aurait pu cependant supposer que l'organisation du service se réfère prioritairement à des fautes anonymes, alors que la mauvaise exécution viserait plutôt une faute dont l'auteur a pu être identifié. Mais quoiqu'il en soit, le fait demeure que la jurisprudence administrative emploie ces expressions comme des synonymes (1), et qu'elles ne peuvent, par conséquent, constituer une distinction permettant de classer de façon fiable les divers types de fautes simples susceptibles d'être relevés dans le domaine hospitalier. Si l'on écarte ces deux expressions, il semble toutefois qu'il soit possible d'opérer un autre type de distinction, en différenciant les défaillances matérielles du service, et les défaillances du personnel du service.

a- *Les défaillances matérielles du service :*

Les défaillances matérielles du service semblent a priori aisées à caractériser : le mauvais état de dispositifs de sécurité dans les hôpitaux psychiatriques, ou plus généralement des problèmes liés à l'usure du matériel employé, ou bien à la mauvaise utilisation de locaux, sont ici concernés. Pourtant, force est de constater que la jurisprudence ne voit jamais, à proprement parler, de faute du service public dans de telles défaillances. C'est, plus généralement, la mauvaise utilisation du matériel par des agents du service qui sera visée, qu'il s'agisse, par exemple, d'un appareil de radiothérapie (2), d'une camisole de force (3), ou bien encore d'un plâtre trop serré (4). Il s'agira plutôt, en fait, d'apprécier les éléments matériels relevés, en fonction d'autres éléments de type personnel constitués par le comportement des agents de l'administration et celui de la victime (5). Ainsi, une porte non fermée (6), un grillage trop facilement enfoncé par un malade mental (7), un mur d'enceinte trop petit (8), pourront constituer des indices permettant de caractériser l'existence d'un

(1) Voir sur ce point supra p.188.

(2) C.E. 21 décembre 1938, Commission administrative des hospices civils de Marseille c. Dame Torchio, Rec. p.968 ; C.E. 21 décembre 1958, Commission administrative des hospices de Rouen, A.J.D.A. 1958.I. p.367.

(3) C.E. 21 décembre 1934, Dame Vve. Pannetier, arrêt précité supra p.188 note 3.

(4) C.E. 8 décembre 1989, Centre hospitalier de Rambouillet, R.D.P. 1990, p.1164.

(5) Sur l'inexistence d'une responsabilité du fait des choses en droit administratif, voir supra p.79-80.

(6) C.E. 29 octobre 1980, Dame Besset, Rec. p.873.

(7) C.E. 17 juin 1974, Caisse de mutualité sociale et agricole de Charentes-Maritimes et Marsais, Rec. Tables p.1154.

(8) T.C. 29 février 1908, Feutry, précité supra p.27 note 2 (voir les conclusions du commissaire du

défaut de surveillance.

Un problème demeure cependant posé, dans l'hypothèse où la défaillance matérielle ne peut être rattachée à des erreurs de manipulation ou de maintenance commises par le personnel hospitalier. Tel est le cas, en particulier, lorsque l'origine du dommage se situe dans un défaut de conception d'une machine.

Le formidable développement du parc technique hospitalier depuis 1945, la complexité croissante des appareils utilisés, ne pouvaient que contribuer à poser de façon de plus en plus marquée un problème qui sera résolu par le Conseil d'Etat à l'occasion d'un arrêt Centre hospitalier de Meulan du 14 décembre 1985 (1). Dans cette espèce, la juridiction administrative suprême a estimé que "le défaut de conception (d'un) appareil dont le fonctionnement de relais électriques suffisamment isolés a provoqué la mise à feu ..." ne pouvait, "en l'absence d'erreur de manipulation ... commise par le personnel hospitalier ..." permettre d'engager la responsabilité de l'administration hospitalière. Cette responsabilité ne pourra être mise en oeuvre, dans de tels cas, et en dehors de la survenance d'une erreur de manipulation, que dans la mesure où le vice de conception de l'appareil avait déjà pu être détecté en raison d'accidents antérieurs survenus dans son utilisation. Ainsi, le Tribunal administratif de Tours a-t-il pu estimer, à l'occasion d'un arrêt Bon c. Hôpital de Montfermeil du 15 février 1984, "qu'un hôpital est responsable des conséquences dommageables de la brûlure subie par un patient lors d'une intervention chirurgicale ... qui a pour origine un accident d'électrisation à l'occasion de l'utilisation d'un bistouri électrique ... des brûlures ayant été constatées à la même époque, avec une moindre gravité, sur plusieurs patients ..." (2).

Ce qui frappe, dans l'ensemble de cette jurisprudence, c'est le rattachement systématique de la défaillance de l'appareil incriminé à des comportements plus ou moins individualisés d'agents hospitaliers. Il semble que le Conseil d'Etat refuse d'envisager que la responsabilité de l'administration puisse être engagée si une telle référence à une erreur de manipulation ou de maintenance de l'appareil n'est pas réalisable, ce qui peut apparaître défavorable pour les victimes qui devront se retourner contre le fabricant devant le juge judiciaire (3).

gouvernement Teissier (Rec. p208).

(1) R.D.S.S. 1985, p.357, concl. Stirn ; R.D.P. 1985, p.1374 ; D.S. 1986 I.R. p.250, obs. Moderne et Bon ; G.P. 1985.II. Panor. droit adm. p.271, obs. Graveleau.

(2) G.P. 1984.II. somm. p.459.

(3) Voir sur ce point, C.E. 4 mars 1987, Godoy, R.D.P. 1989, p.536 . Dans cette espèce, le Conseil d'Etat relève que "les causes habituelles des ruptures de guide des sondes utilisées lors des cathéters vasculaires ... sont généralement dues à un défaut de fabrication ou à une utilisation du matériel pour un nombre trop élevé d'examen". Or, étant donné que l'accident dont il est demandé réparation ne peut être imputé (ni) à une faute lourde commise par le médecin dans l'utilisation de la sonde (ni) à la mise à disposition de celle-ci par l'établissement hospitalier", la responsabilité de cet établissement ne peut être engagée.

Il semble cependant que ces considérations pratiques se soient longtemps effacées derrière la nécessité de respecter le partage de compétences entre les deux ordres de juridiction. Plus précisément encore, on peut déceler dans cette jurisprudence une volonté de préserver la nature même de la responsabilité administrative pour faute, en tant que type de responsabilité indirecte du fait des agents publics. On entend par là que la responsabilité pour faute administrative se rapporte essentiellement à son fondement individuel (1), dans le sens où la référence à des comportements plus ou moins individualisés des agents publics, si elle n'apparaît pas toujours clairement dans le corps des arrêts, est indispensable à son existence. Accepter de voir dans l'utilisation d'une machine affectée d'un défaut de conception une faute de l'administration serait apparu, de ce point de vue, comme un non-sens flagrant (2). En fait, on pouvait penser que seule l'idée selon laquelle l'administration doit garantir les usagers contre l'ensemble des risques présentés par l'activité hospitalière permettrait d'assurer la réparation de tels dommages. Mais, comme on aura l'occasion de l'observer, le Conseil d'Etat a toujours refusé de généraliser un tel type de responsabilité objective. La solution passera par l'utilisation de présomptions : dans l'arrêt Epoux Peyres du premier mars 1989, le Conseil d'Etat a décidé que l'existence de dommages pouvait révéler une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital lorsqu'il apparaît que seule une défaillance du matériel utilisé peut être mise en cause (3). De telles règles ne sont pas appliquées lorsque ce sont des défaillances du personnel du service qui sont directement en cause.

b- Les défaillances du personnel du service :

Ces défaillances du personnel du service peuvent d'abord concerner des erreurs commises dans le cadre d'opérations strictement administratives, c'est à dire d'opérations qui ne présentent aucune spécificité par rapport à celles qui existent dans les autres secteurs où agissent les personnes publiques. Les hypothèses de retard ou d'inertie de l'administration sont ici particulièrement visées, qu'il s'agisse, par exemple, de documents importants non communiqués (4), communiqués en retard (5), ou perdus (6). Dans le même ordre d'idées, un manque de diligence dans la transmission d'informations indispensables à la bonne

(1) Voir supra partie I, titre I, chapitre II, section I.

(2) Contra : J-M Auby, Statut des objets et appareils en droit de la santé, R.D.S.S. 1986, p.1-15, et plus spécialement p.14-15.

(3) Rec. p.85. Sur ces problèmes, voir également infra p. 299-301.

(4) C.E. 11 janvier 1980, Epoux Pichery, Rec. p.872, (défaut de transmission d'une lettre d'un médecin traitant libéral informant un hôpital psychiatrique des tendances suicidaires de son patient).

(5) C.E. 16 mars 1977, Griset, R.D.P. 1977, p.1096.

(6) T.A. de Clermont-Ferrand, 27 février 1990, G.P. 1991.II. panor. droit adm. p.65.

marche du service pourra être sanctionné (1).

En dehors de ces hypothèses, la spécificité des règles de responsabilité appliquées aux services hospitaliers, transparait dans le cadre du défaut de surveillance dont l'utilisation, permet de moduler le contenu de l'obligation en fonction des critères généraux de qualification de la faute hospitalière que l'on a eu l'occasion d'évoquer plus haut. Rappelons cependant que les juges de l'administration ont longtemps dressé une barrière rigide, de ce point de vue, entre la faute relevée dans le fonctionnement des hôpitaux psychiatriques, et celle relevée dans le fonctionnement des établissements non spécialisés. Dans la première hypothèse, le juge exigeait la preuve d'une faute manifeste et de particulière gravité, alors qu'une faute simple était seulement requise dans la seconde (2). Il fallut attendre l'abandon de cette distinction pour voir les hypothèses de responsabilité se répartir plus clairement en deux catégories dont l'existence a parfaitement été mise en lumière par M. Montador : le défaut de surveillance matérielle et le défaut de surveillance médicale (3). En pratique, le défaut de surveillance matérielle se rapportera effectivement à une mauvaise utilisation d'instruments ou de locaux (4), alors que le défaut de surveillance médicale concernera le plus souvent une mauvaise adaptation des soins médicaux à l'état de santé d'un malade.

Il n'est d'ailleurs pas inutile de préciser que le défaut de surveillance ne se résume pas uniquement à une obligation appréciée en fonction de l'état mental ou bien physique du malade. Cette notion peut également servir à caractériser la violation d'obligations se détachant assez nettement du rôle spécifique dévolu aux hôpitaux. Ainsi, les juges de l'administration ont pu estimer qu'un défaut de surveillance était à l'origine de l'enlèvement d'un nourrisson dans une maternité (5), ou bien encore d'un vol pratiqué dans des services hospitaliers (6). On se situe, en fait, dans de telles hypothèses de défaut de surveillance, à la frontière entre les tâches administratives de l'hôpital et des tâches plus spécifiques, davantage en rapport avec l'activité médicale des praticiens hospitaliers.

(1) C.E. 10 octobre 1990, G.P. II. panor. droit adm. p.65.

(2) Voir supra p. 186-192.

(3) La responsabilité des services publics hospitaliers, op.cit. p.68-69.

(4) Voir supra p.225-227.

(5) C.E. 24 avril 1964, Hôpital-hospice de Voiron, Rec. p.689.

(6) C.A.A. Nantes plénière, 20 juin 1990, Bellanger, Rec. p.452, R.T.D.S.S. 1990, p.365, concl. Cadenat (détournement de fonds commis par un gérant de tutelle nommé par le conseil d'administration d'un centre hospitalier). Voir également, rejetant la responsabilité d'un établissement hospitalier : C.A.A. Paris, 19 septembre 1989, Administration générale de l'Assistance publique à Paris, Rec. Tables p.910.

2)° La faute lourde médicale

L'étude des différents types d'erreurs médicales susceptibles d'engager la responsabilité de l'administration peut être très commodément abordée selon une approche chronologique. Si l'on excepte les hypothèses controversées des activités de soins et du défaut de consentement (1), cette responsabilité pourra, en effet, être recherchée dans le diagnostic du praticien ou bien dans l'exécution du traitement prescrit.

a- *La faute liée à l'établissement du diagnostic :*

La jurisprudence est longtemps apparue extrêmement réticente à considérer qu'une erreur de diagnostic pouvait être constitutive d'une faute lourde susceptible d'engager la responsabilité d'un établissement public hospitalier (2). Dans l'arrêt Dame Vve. Cornu du 5 janvier 1906, la juridiction administrative suprême estimait ainsi que "l'Etat ne saurait être responsable des conséquences d'une erreur de diagnostic commise par un médecin ..." (3).

En fait, l'idée dominante à cette époque, que l'on retrouvera également dans le domaine des erreurs thérapeutiques (4), est que l'erreur commise par le praticien ne suffit pas, par elle-même, à engager la responsabilité de l'administration. Pourtant, comme on aura l'occasion de l'observer plus loin, la jurisprudence s'est beaucoup moins rapidement développée dans le domaine qui nous intéresse que dans les autres secteurs de la responsabilité hospitalière. Assez rarement invoquée par le demandeur (5), la faute lourde commise dans l'établissement d'un diagnostic a toujours été rejetée par le Conseil d'Etat jusqu'à un arrêt Cie d'assurance "La France" du 11 octobre 1963 (6).

Il ne faut pas perdre de vue, sur ce point, qu'il sera souvent difficile de déceler une faute

(1) Voir supra p.208-211.

(2) Sur l'erreur de diagnostic, Voir principalement, J. Montador, La responsabilité des services publics hospitaliers, op.cit. p.55 ; F. Moderne, note sur C.E. premier décembre 1978, Artéon, D.S. 1979, p.330 ; G. Darcy, note sur T.A. Strasbourg 17 juillet 1990, Epoux S. c. Hôpital Notre-dame-de-Bon-Secours, A.J.D.A. 1991, p.218.

(3) Arrêt précité supra p.200 note 2.

(4) Voir infra p. 231-233.

(5) De 1906 à 1955, l'erreur de diagnostic est mentionnée à seulement trois reprises dans les considérants des arrêts du Conseil d'Etat publiés au recueil Lebon (C.E. 5 janvier 1906, Dame vve. Cornu précité supra p.200 note 2 ; C.E. 6 juillet 1934, Paillat, précité supra p.176 note 5 ; C.E. 4 novembre 1955, Dlle. Magnan, Rec. p.522).

(6) Rec. p.485.

dans une opération dont les aspects "intellectuels" apparaissent prépondérants (1). Or, justement, lorsque la faute lourde est retenue, ces aspects intellectuels sont assez rarement visés. Les seules espèces que l'on soit en mesure de citer concernent des hypothèses dans lesquelles un praticien a commis une erreur d'appréciation grossière. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un médecin confond les symptômes d'une fracture du crâne avec des signes d'ébriété (2), ou lorsqu'il décide de plâtrer le bras d'un accidenté alors que ses radiographies ne laissaient apparaître aucune fracture (3).

Pour ce qui concerne les autres hypothèses de responsabilité, la jurisprudence s'accorde parfaitement aux prescriptions du Code de déontologie. En effet, selon l'article 29 de ce Code, "Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec la plus grande attention, sans compter avec le temps que lui coûte ce travail et, s'il y a lieu, en s'aidant ou en se faisant aider, dans la mesure du possible des conseils les plus éclairés et des méthodes scientifiques les plus appropriées".

On pourrait dire, de concert avec les juges de l'ordre judiciaire, que les juges de l'administration ne prescrivent pas, à l'encontre des médecins hospitaliers, d'obligation de résultat dans l'établissement d'un diagnostic. Il semble que les juges aient toujours pris en compte la difficulté de ce qu'un auteur du début du siècle qualifiait de "portion la plus conjecturale de l'activité du médecin" (4). En effet, on est bien obligé de constater que les principes posés par la Cour d'appel de Metz dans un arrêt du 21 mai 1867, n'ont guère varié (5). En principe, "un médecin ne peut être déclaré responsable de ce qu'il a manqué d'un certain degré de pénétration dans ses diagnostics et laissé, par suite, un malade exposé à des périls qu'un praticien plus expérimenté aurait peut-être conjuré". En revanche, la Cour vérifie que le médecin a employé un "appareil usité" et "qu'il a constamment veillé à la fabrication et à l'application de cet appareil ; et qu'il l'a levé après un délai non contraire aux règles, alors même qu'avec une plus grande expérience, il aurait peut-être pu apercevoir et prévenir les accidents qui ont nécessité l'amputation dont la responsabilité est prévenue contre lui".

Le fait qu'un diagnostic soit erroné ne pourra suffire, en tant que tel, à permettre de déceler l'existence d'une faute. Cette restriction s'est d'ailleurs concrétisée, à une époque,

(1) L'expression est employée par M. Truchet *in* "Hôpitaux (responsabilité des services hospitaliers)", *op.cit.* n°126.

(2) T.A. Clermont-Ferrand, 17 décembre 1982, *Turot*, R.H.F. 1982, p.833.

(3) T.A. Nancy, 29 novembre 1988, Centre hospitalier régional de Nancy *c. Niquel*, R.H.F. 1989, p.320.

(4) E.E. Perreau, note sur Rouen, 21 avril 1923, S.1924.III.p.17. Voir également sur ce point, P. Brouardel, *La responsabilité médicale*, *op.cit.* p.57.

(5) D.P. 1867.II.p.110.

par l'exigence d'une faute lourde en matière civile (1). En revanche, la faute pourra être décelée dans les moyens mis en oeuvre par le praticien, l'article 29 du Code de déontologie servant, dans ce cadre précis, de texte de référence pour les juges de l'ordre judiciaire ainsi que pour les juges de l'administration.

A l'image du juge judiciaire, le Conseil d'Etat refuse de voir une faute dans le seul fait qu'un praticien a commis une erreur de diagnostic (2). Si l'on écarte l'hypothèse de l'erreur grossière, il apparaît que les hypothèses dans lesquelles une faute lourde dans l'établissement d'un diagnostic a été retenue peuvent être classées en deux catégories. La première de ces catégories se rapporte à des manquements aux devoirs moraux du médecin, tels qu'ils peuvent apparaître lorsque celui-ci n'a pas agi avec "la plus grande attention", et semble "(avoir compté) avec le temps que lui coûte ce travail" (3). La seconde catégorie de fautes lourdes en matière de diagnostic se rattache plutôt à des hypothèses dans lesquelles le praticien n'a pas employé les "méthodes scientifiques les plus appropriées". L'absence ou l'insuffisance d'examens indispensables (4), les risques injustifiés que présentait, compte tenu de l'état du malade et de l'absence d'urgence de son cas, l'emploi de méthodes de diagnostic dangereuses (5), peuvent ainsi être constitutifs d'une faute lourde. Dans ce cadre, ce n'est pas un manquement aux devoirs moraux du médecin, mais une carence technique qui est en cause, similaire à celles que l'on peut relever lorsque une erreur de traitement est incriminée.

b- La faute liée au traitement :

A l'image de l'erreur de diagnostic, ou du défaut de consentement, l'erreur effectuée par un médecin ou par un chirurgien hospitalier dans la réalisation d'un traitement ne suffit pas à engager, à elle seule, la responsabilité de l'administration. Essayant de déterminer les grands principes d'une responsabilité administrative hospitalière naissante, E. Prévôt estimait déjà, en 1937, que "les tribunaux administratifs -de même que les tribunaux ordinaires- ne pourront entrer dans la discussion des théories et des méthodes médicales et ne pourront déclarer la responsabilité (les premiers) de l'administration ou (les autres) du médecin pris

(1) Voir sur ce point supra p.112.

(2) Voir par exemple, C.E. 13 juillet 1961, Delanoé, précité supra p.208 note 3 ; C.E. 19 mars 1971, Centre hospitalier régional de Besançon, Rec. p.453 ; C.E. 24 avril 1976, C.R.A.M. Mutuelle agricole d'Ile-et-Vilaine, Rec. Tables p.1210 ; C.E. 19 décembre 1984, Dlle. Boehrer, Rec. p.433, concl. Stirn, G.P. 1985.II. Somm. p.345, A.J.D.A. 1985 p.11 et p.90, chron. Schoettel et Hubac.

(3) Voir par exemple, C.E. 18 novembre 1966, Consorts Gojat, Rec. p.613.

(4) Voir par exemple, C.E. 18 octobre 1989, R.D.P. 1990, p.1164 ; C.A.A. Lyon plénière, Epoux Quarez c. C.H.R. de Nice, Rec. Tables p.1186.

(5) Voir par exemple C.E. 27 mai 1977, Assistance publique à Paris c. Dame Plumel, R.D.P. 1977, p.1093 ; C.E. 26 juillet 1985, Centre hospitalier régional de Rennes c. Epoux Lohier, arrêt précité supra p.218 note 2.

personnellement que pour les fautes qu'ils auront pu caractériser en dehors de toute discussion scientifique" (1). Cette conception de l'activité médicale, qui n'est guère éloigné de celle défendue par l'avocat général Dupin dans ses conclusions sur l'affaire Thouret-Noroy (2), n'allait bien évidemment pas favoriser le développement de la jurisprudence, l'administration ne commençant à être condamnée de façon relativement fréquente qu'à partir du milieu des années 1950 (3).

Il est cependant moins délicat de déceler une faute du praticien dans la réalisation d'un acte de traitement que dans celui d'un acte de diagnostic. Alors que l'acte de diagnostic constitue une opération essentiellement intellectuelle (4), l'acte de traitement est avant tout une opération de type matériel qui pourra plus aisément permettre de déceler les carences techniques du praticien, ou bien un manquement à ses devoirs moraux.

Mais fondamentalement, les modalités de l'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics ne divergent pas. Ainsi, la partie intellectuelle du traitement que constitue le choix d'une thérapeutique ne permettra d'engager la responsabilité de l'administration que de façon très peu fréquente (5). A l'image de l'erreur de diagnostic, un mauvais choix thérapeutique n'autorisera l'engagement de la responsabilité de l'administration qu'en présence de certaines circonstances aggravantes. Tel sera le cas, justement, lorsque ce choix aura été opéré à partir d'un diagnostic pratiqué dans des circonstances anormales (6).

La mise en oeuvre de la thérapeutique autorisera néanmoins de façon plus fréquente la recherche d'une faute lourde. Les exemples sont nombreux, et il serait tout à fait malvenu

(1) La responsabilité des établissements publics hospitaliers, op.cit. p.286.

(2) Voir sur ce point supra p.111.

(3) Souvent cité par les auteurs, l'arrêt Compagnie d'assurances la "Norwich union" du 12 février 1943 concerne, en fait, la faute lourde médicale commise par un externe non habilité à réaliser l'acte à l'origine du dommage (arrêt précité supra p.207 note 4). C'est, en réalité, l'arrêt Administration générale de l'Assistance publique à Paris C. Dame Baty du 12 juin 1953 qui engage le premier la responsabilité de l'administration pour une faute lourde commise par un chirurgien hospitalier (en l'espèce l'oubli d'un champ opératoire dans le corps d'un opéré). Voir Rec. p.283 ; J.C.P. 1953.II.n°7706, note Savatier.

(4) Voir supra p.230.

(5) Voir sur ce point les conclusions du commissaire du gouvernement Lefas sous l'arrêt de Section du Conseil d'Etat du 19 janvier 1945, Département des Basses-Pyrénées, précité supra. p.182 note 1. Voir également, par exemple : C.E. 21 juillet 1972, Dame Rabus, Rec. p.594, R.T.D.S.S. 1973 p.71, obs. Moderne ; C.E. 15 octobre 1982, Centre hospitalier régional et universitaire de Grenoble c. Epoux Berichilo, Rec. Tables p.742, D.S. 1983, Somm. p.317, obs. Moderne et Bon ; C.E. 2 décembre 1987, Commissaire de la République délégué pour la police de Paris c. Mme. Achard, G.P. 1988.I. Somm. p.240 ; T.A. Versailles, 13 avril 1988, Centre hospitalier de Lagny c. Pidoux, R.H.F. 1989, p.205.

(6) Voir ainsi C.E. Artéon, premier décembre 1978, précité supra p.229 note 2.

d'en dresser une liste (1). Il est cependant utile de remarquer que de la même façon que la faute en matière de diagnostic, la faute thérapeutique peut être constituée par deux types d'infractions. Dans la majeure partie des affaires, les requérants mettront en cause les carences techniques du praticien. Mais cela ne sera pas automatiquement le cas, et dans certaines espèces, la violation des obligations morales du médecin, notamment dans des hypothèses de négligence, pourra être visée (2).

Comme dans les autres domaines de la responsabilité du fait d'actes médicaux, il ne faut cependant pas perdre de vue que l'exigence de la faute lourde rend particulièrement délicate la réparation des dommages subis par les victimes. La preuve même de la faute du praticien sera difficilement établie, et quand bien même une erreur pourra être décelée, celle-ci ne sera pas nécessairement assez grave pour engager la responsabilité de l'administration.

(1) Voir les nombreux exemples relevés dans les différents secteurs de l'activité médicale par MM. Montador, Truchet et Moreau. Voir respectivement, "La responsabilité des services publics hospitaliers", op.cit. p.58 ; "Hôpitaux, (Responsabilité des services hospitaliers)", op.cit. n°132-140 ; "Dommages résultant du fonctionnement du service public hospitalier", op.cit. n°82-90.

(2) Voir par exemple sur des négligences relevées dans le suivi médical des malades : C.E. 20 mars 1957, Hospices de Perpignan c. Sieur Sourza, Rec. p.190 ; C.E. 6 février 1974, Gomez, R.D.P. 1974, p.1854. Sur l'oubli d'objets dans le corps de malades, voir entre autres, C.E. 12 juin 1953, Assistance publique c. Dame Baty, précité supra p.232 note 3 ; C.E. 3 février 1963, Impagliazzo, Rec. Tables p.985 ; C.E. 6 octobre 1976, Centre hospitalier de Châlons-sur-Marne, R.T.D.S.S 1976, p.524, obs. Moderne.

TITRE DEUX

CONCLUSION

Le fait que les règles de responsabilité des hôpitaux publics se soient développées de façon très tardive ne constitue pas, en soit, une donnée originale. Dans de nombreux autres domaines, l'émergence de règles également très restrictives des droits des victimes s'est opérée de la même façon. Tel a été le cas, entre autres exemples, dans le cadre des activités des services de police (1), des services des impôts (2), ou bien encore dans celui de la

(1) La responsabilité du fait de la police administrative n'a été reconnue qu'à partir de l'arrêt Tomaso Grecco du 10 février 1905 (arrêt précité supra p.77 note 2). A cette époque, le Conseil d'Etat exigeait que la preuve d'une faute lourde soit apportée par la victime. Dans la jurisprudence récente, l'exigence d'une faute lourde n'est plus requise que pour les activités présentant un certain degré de difficulté. Voir sur ce point, F-P Bénoit, *La responsabilité des personnes publiques du fait de la police administrative*, op.cit. ; F. Vincent, "Responsabilité en matière de police", J-C adm. 1996, fasc. 912.

(2) Le principe de la responsabilité administrative a été admis, dans ce domaine, à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 février 1913, *Cie parisienne des tramways* (Rec. p.248). Après avoir un temps estimé que la responsabilité de l'administration ne pouvait être engagée qu'à l'occasion d'une faute manifeste et d'exceptionnelle gravité (C.E. premier juillet 1927, *Demoreuil*, précité supra p.187 note 3), le Conseil d'Etat n'a plus ensuite exigé que la preuve d'une faute manifeste et de particulière gravité, pour engager la responsabilité du service de l'assiette (C.E. 16 janvier 1951, *Renard*, Rec. p.50), et du service de recouvrement (C.E. 30 octobre 1959, *Min. des affaires économiques c. Murat*, Rec. p.566). Par la suite, la juridiction administrative suprême s'est référée à la faute lourde (voir, pour le service de recouvrement, C.E. 13 février 1963, *Richelet*, Rec. p.986 et pour le service de l'assiette, C.E. 10 octobre 1964, *De Loriol*, Rec. p.475, A.J.D.A. 1965, p.177, note Moreau). Enfin, dans la jurisprudence récente, c'est la preuve, soit d'une faute lourde, soit d'une faute simple qui est exigée, en fonction du degré de difficulté de l'activité pratiquée. Sur ces problèmes, voir notamment, J. Demouliez, *La responsabilité du fisc*, Thèse Montpellier 1942 ; J. Moreau, "Responsabilité du fait des services financiers et fiscaux", J-C adm. 1993, fasc. 882.

responsabilité du fait des lois (1). Par rapport à ces différents domaines, la responsabilité hospitalière présente une originalité marquée du point de vue des conditions dans lesquelles elle s'est développée. Elle ne touche pas, contrairement aux trois hypothèses susvisées, à une activité se rattachant aux prérogatives régaliennes de l'Etat puissance publique. La responsabilité de l'administration n'a pas été établie, dans le domaine qui nous intéresse, à partir du renversement d'un principe initial d'irresponsabilité. Bien au contraire, l'émergence des règles de responsabilité appliquées aux hôpitaux publics coïncide avec l'apparition de l'Etat-providence et de ses nouvelles prérogatives.

L'exclusion de l'objectivation de la responsabilité des établissements hospitaliers découle non pas des spécificités de l'activité administrative, comparée notamment aux activités de nature privée, mais au contraire d'un particularisme provenant de l'identité des missions accomplies avec celles traditionnellement dévolues à des personnes privées. Bien évidemment, cette identité concerne essentiellement les activités médicales accomplies par les médecins et les chirurgiens.

La transformation de l'Etat exigeait que la juridiction administrative puisse connaître de ces nouvelles activités. Mais cela n'impliquait certainement pas que les juges de l'administration devaient adopter une conception de l'étendue de la responsabilité du fait d'activités médicales, différente de celle, extrêmement rigoureuse, prônée par la jurisprudence judiciaire.

(1) Les juges de l'ordre administratif n'ont accepté de réparer certains dommages subis par les particuliers, ou par les entreprises du fait des lois, qu'à partir du célèbre arrêt d'Assemblée du 14 janvier 1938, Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette" (Rec. p.25 ; D.P. 1938.III. p.41, concl. Rojou, note Rolland ; R.D.P. 1938 p.87, concl. Rojou, note Jèze ; S.1938.III. p.25, concl. Rojou, note Laroque). Dans ce domaine, le régime mis en place est un régime de responsabilité sans faute. Sur ces règles, voir F. Vincent, "Responsabilité sans faute", J-C adm. 1994, fasc. 824.

PREMIERE PARTIE

CONCLUSION

Le développement des activités sanitaires des établissements publics hospitaliers a suscité deux séries de questions auxquelles nous nous sommes efforcés de répondre : la spécificité des activités hospitalières -et plus spécialement des activités médicales accomplies dans le cadre de ces établissements- autorise-t-elle le développement d'un système spécifique de responsabilité administrative ? Les règles établies dans ce domaine reflètent-t-elles la particularité des activités auxquelles elles se rapportent ?

On a pu répondre à ces deux questions de façon affirmative en observant, toutefois, la rigueur des règles de fond établies en cette matière. Cette rigueur, qui conduit à exclure l'objectivation de la responsabilité hospitalière, apparaît commandée à la fois par le statut de l'institution et, ce qui est plus original, par le statut des médecins hospitaliers.

La faute lourde hospitalière présente, de ce fait, un particularisme très marqué. Contrairement aux autres types de fautes lourdes, elle ne manifeste d'aucune façon un assouplissement d'une irresponsabilité se rattachant à des activités régaliennes, mais au contraire une limitation inhérente à une activité traditionnellement perçue comme étant de nature privée.

On pourrait alors se demander pour quelle raison les juges judiciaires n'ont pas eu besoin, de leur côté, en vue de limiter la mise en jeu de la responsabilité des médecins, d'exiger la

preuve d'une faute lourde (1). On peut en effet estimer que la nature conjecturale de l'art médical suffisait à rendre particulièrement délicate la preuve d'une faute commise par le praticien. A notre avis, cependant, dans le cadre de la responsabilité administrative, une telle précision pouvait apparaître incontournable. Comme type de responsabilité indirecte, la responsabilité administrative ne permet, en effet, que de faire supporter à une personne morale de droit public la réparation de dommages occasionnés par ses agents ou, plus généralement, par ses divers collaborateurs. De part son caractère objectif, ce mécanisme marque indubitablement un éloignement entre l'origine matérielle du dommage -l'activité d'un agent- et son imputation sur le patrimoine des hôpitaux. L'exigence d'une faute lourde, dans le domaine hospitalier, permet de compenser cet éloignement en rétablissant un lien direct entre la difficulté de l'activité pratiquée par les agents hospitaliers et le dommage occasionné. Mais surtout, dans le contexte de concurrence dans lequel sont nées ces règles, affirmer que seule une faute lourde permet d'engager la responsabilité des hôpitaux publics, revient à clairement caractériser ce type de faute par rapport à la faute personnelle non qualifiée retenue par les juges de l'ordre judiciaire. Par là même -et on ne fait ici qu'appliquer les enseignements de la jurisprudence Blanco à l'ultime "conflit de prestige" (2)- l'affirmation du caractère spécifique de la faute médicale hospitalière permet de justifier la compétence administrative.

Le fait que la détermination de leur compétence ait constitué le problème majeur posé aux juges de l'administration contribue à expliquer l'imprécision avec laquelle le domaine de la faute lourde est défini. Ainsi, comme on l'a vu, certaines activités se situent à la frontière entre la faute médicale et la faute commise dans l'organisation et le fonctionnement du service (3). Or, dans les années immédiatement postérieures aux arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau du 8 novembre 1935 (4), la balance a nettement pesé en faveur de la faute lourde. Ceci peut s'expliquer par le fait que la référence à la faute qualifiée permettait de mieux marquer le caractère spécifique d'activités hospitalières intimement liées à l'accomplissement d'actes médicaux, et de justifier ainsi la compétence des juges de l'administration. Mais cette préférence donnée à la faute lourde dénotait également une volonté évidente de la juridiction administrative suprême de ne pas aller plus avant dans l'objectivation de la responsabilité.

Cette politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat était parfaitement adaptée, en 1935, aux missions dévolues à l'institution hospitalière, ainsi qu'à l'ancienne conception de l'irresponsabilité médicale. Mais à partir du milieu du XX^e siècle, elle n'est plus du tout conforme à un droit de plus en plus tourné vers l'amélioration du sort des victimes.

(1) Voir sur ce point supra p.112.

(2) Voir sur ce point supra p.127-128.

(3) Voir sur ce point supra p.205-212.

(4) Arrêts précités supra p.3 note 4.

L'hôpital est devenu un véritable centre de soins qui accueille des malades issus de toutes les catégories sociales. L'échec d'un traitement n'est plus accepté, et les actions en justice se sont multipliées.

Le législateur est intervenu à différentes reprises en vue de faciliter la réparation de certains types de dommages occasionnés par l'activité des hôpitaux (1) et de leur côté, les juges ont été tenus de suivre une évolution qui s'est concrétisée, techniquement, par l'objectivation des règles de responsabilité hospitalière. Il ne s'agissait pas, cependant, de passer directement d'un système qui excluait l'objectivation vers un système de responsabilité objective : l'existence d'un dommage ne suffit toujours pas à engager la responsabilité des établissements hospitaliers. De fait, l'objectivation des règles établies par la jurisprudence du Conseil d'Etat est nécessairement passée par l'utilisation de concepts juridiques -la faute, le risque, le dommage- qui ont conduit, dans le cadre de la responsabilité pour faute, mais également dans le cadre de la responsabilité sans faute, à son atténuation.

(1) Voir sur ce point supra p.18-21.

SECONDE PARTIE

L'ATTENUATION GRADUELLE DE L'OBJECTIVATION DANS LE CADRE DES RESPONSABILITES POUR FAUTE ET SANS FAUTE

Ce n'est pas tant la sévérité des règles établies dans le domaine de la responsabilité hospitalière -elles peuvent être tout autant rigoureuses dans d'autres secteurs de l'activité administrative- que la raison d'être de cette sévérité qui marque la véritable spécificité des règles établies par le Conseil d'Etat. Cette raison est effectivement tout autant liée à la conception originelle de l'irresponsabilité médicale, qu'à des considérations plus spécifiques au droit administratif, relatives à la nature de l'Etat et des autres collectivités publiques.

Les conflits de compétence ont bien évidemment joué un rôle important dans ce domaine en plaçant le médecin hospitalier au centre des débats. Les victimes, dans ce contexte, étaient reléguées au second plan, ou n'étaient prises en considération qu'en fonction de la qualité d'usager qui leur était apposée. Les règles de fond, telles qu'elles étaient appliquées par les juges de l'administration, les privaient pratiquement de toute chance d'obtenir réparation lorsque était en cause un acte médical.

Cette rigueur ne pouvait cependant guère résister à l'évolution de la société et du droit. Comme l'a observé M. Carbonnier, "au droit libéral et individualiste que nous avons hérité du XIX^e siècle (s'est substitué), de plus en plus, un droit de socialisme et d'autorité" (1). D'une façon générale, comme l'a relevé M. Sousse, "l'objet du droit n'est plus tant de garantir la liberté des individus mais de les protéger contre les atteintes sociales" (2).

Il n'est bien évidemment pas dans notre propos de retracer les étapes de cette tendance générale, telles qu'elles se sont déroulées dans les différentes branches du droit français (3). En revanche, il est particulièrement intéressant de constater à quel point la responsabilité hospitalière semblait prédestinée à subir une telle évolution. En prenant davantage en compte l'intérêt de la victime, les juges ne pouvaient plus se contenter du système élaboré à l'occasion des arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau du 8 novembre 1935 (4). En effet, autant la tradition de l'indépendance et de l'irresponsabilité médicale incitait à une grande sévérité de la part des juges, autant la prise en compte de la situation des victimes d'erreurs médicales devait les pousser à assouplir les règles en vigueur.

A l'évidence, les progrès techniques de la médecine constituaient un facteur favorable à cette évolution. En effet, si ces progrès ont permis une amélioration de la qualité des soins,

(1) Flexible droit, L.G.D.J. 1979, 4^e éd. p.131.

(2) M. Sousse, La notion de réparation de dommages ..., op.cit. p.16.

(3) Sur ce phénomène, on se contentera de renvoyer aux études déjà réalisées. Voir notamment, pour ce qui concerne le droit privé, B. Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité ..., op.cit. ; H. et L. Mazeaud, A. Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, Tome I., op.cit.p.76-99 ; J. Penneau, Faute et erreur en matière médicale, op.cit p.84-120. Pour le droit administratif, voir J-F Davignon, La responsabilité objective de la puissance publique, op.cit. ; M. Sousse, La notion de réparation de dommages ..., op.cit. p.37-42.

(4) Arrêts précités supra p. 3 note 4.

ils ont nécessité, en contrepartie, une maîtrise de plus en plus grande de leur art par les praticiens. En fait, à mesure que la médecine s'est dotée de moyens efficaces de combattre les maladies, les risques de survenance de dommages liés à l'activité médicale se sont multipliés : l'erreur médicale n'était plus nécessairement la conséquence directe d'une faute, mais la résultante d'un ensemble de données souvent aléatoires et parfois peu maîtrisables.

De tels traits ne sont certes pas spécifiques au droit médical et hospitalier. On les retrouve dans l'ensemble des domaines marqués par l'évolution des techniques. En réalité, la véritable particularité, dans le domaine qui nous intéresse, réside dans le statut privilégié dont ont longtemps bénéficié les médecins, qu'ils exercent dans le cadre libéral, ou bien dans le cadre hospitalier. L'existence de ce statut, caractérisé par l'indépendance et par une certaine conception de "l'irresponsabilité médicale" (1), n'a jamais profité aux autres utilisateurs de techniques modernes comme les entrepreneurs (2). Ceci explique en grande partie pourquoi la remise en cause des règles de la responsabilité pour faute a été, dans ce secteur, beaucoup plus tardive qu'ailleurs. On doit préciser, en outre, qu'il était logique que ce phénomène se développe d'abord dans le cadre de la médecine libérale, dans la mesure où les hôpitaux n'ont été investis que de façon tardive d'une mission sanitaire (3).

La multiplication des procès intentés aux médecins, que dénonçait déjà, à la fin du XIX^e siècle, le docteur Brouardel (4), constituait le résultat de l'évolution générale de la société qui se traduit, dans le domaine juridique, par l'objectivation des règles de responsabilité. Mais cette objectivation n'a pas abouti à la mise en place d'un système de responsabilité objective généralisé : tous les dommages occasionnés par l'activité des établissements hospitaliers ne sont pas systématiquement réparés. Ainsi, le phénomène d'objectivation présente un double visage. Il permet l'amélioration du sort des victimes, mais également de contrôler et d'atténuer les effets d'une pression de la société qui exige la réparation de l'ensemble des dommages occasionnés par l'activité de l'administration. Cette fonction de contrôle et d'atténuation de l'objectivation transparaît de façon très nette lorsque l'évolution des règles de responsabilité s'opère toujours dans le cadre de la responsabilité pour faute. L'exigence d'une faute pose des limites évidentes à l'objectivation, dans la mesure où elle empêche de prendre en compte directement les dommages dont il est demandé réparation. Mais cette fonction de contrôle et d'atténuation de l'objectivation existe également lorsque les juges abandonnent le terrain de la faute. Dans le cadre de la responsabilité sans faute, la référence à un risque, plus encore que la référence à certains types de dommages, revêt la même fonction et permet aux juges d'éviter d'avoir à

(1) Voir supra p.101-114.

(2) Voir supra p.110.

(3) Voir sur ce point supra p.64-69.

(4) La responsabilité médicale, op.cit. p.43.

réparer tous les préjudices occasionnés par l'activité de l'administration.

Titre I : L'objectivation de la responsabilité des hôpitaux publics atténuée par l'exigence d'une faute

Titre II : L'objectivation de la responsabilité des hôpitaux publics atténuée par la référence à un risque

TITRE I

L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX PUBLICS ATTENUEE PAR L'EXIGENCE D'UNE FAUTE

La rigueur des règles de responsabilité appliquées aux hôpitaux publics tient tout autant au contenu de ces règles, articulées autour des notions de faute lourde et de faute simple, qu'à la façon dont elles ont été appliquées. Dans les années immédiatement postérieures aux arrêts Vves Loiseau et Philipponeau du 8 novembre 1935 (1), le Conseil d'Etat utilise une conception extensive de la faute lourde. On peut certes estimer qu'il existait un domaine irréductible de la faute lourde, au moins pour ce qui se rattache directement, dans les activités des hôpitaux, à la pratique de leur art par les médecins et chirurgiens. Or, justement, la faute lourde ne se rattachait pas seulement, à l'origine, à ce domaine. D'une part les actes relevant de la faute lourde n'étaient pas tous des actes médicaux (2). D'autre part, certains actes médicaux accomplis par des personnels qui ne sont pas habilités à les pratiquer relevaient également de la faute lourde (3).

Il existait, par conséquent, une possibilité de rendre les règles plus favorables aux victimes sans toucher, pour autant, au dyptique faute lourde-faute simple établi par la jurisprudence Vves. Loiseau et Philipponeau. Cette possibilité était complétée par la faculté ouverte aux juges de faire jouer la ligne de partage entre la faute personnelle et la faute du service public en faveur de ce second type de faute. Cette faculté leur a permis d'appliquer à un nombre croissant de victimes les règles de responsabilité issues de la jurisprudence administrative, tout en les garantissant de l'éventuelle insolvabilité de l'agent hospitalier à l'origine du dommage. En d'autres termes, l'objectivation des règles de la responsabilité hospitalière a pu s'opérer, dans un premier temps, dans le respect du formalisme issu la jurisprudence du Conseil d'Etat (**chapitre I : l'objectivation masquée par le formalisme**).

Il est indéniable, par conséquent, que le formalisme des règles en vigueur autorisait un certain nombre d'aménagements. On voit bien, toutefois, quelles sont les limites inhérentes à ce type de procédé. Ces limites concernaient, tout d'abord, le degré de la faute requise pour engager la responsabilité du service public. L'exigence de la faute lourde, même si son domaine avait subi une réduction importante, constituait toujours un obstacle sérieux au succès des demandes présentées par les victimes. En outre, celles-ci pouvaient se heurter à des difficultés de preuve parfois insurmontables. En effet, même si les dommages subis présentaient un caractère de gravité incontestable, il pouvait arriver que les requérants soient incapables de prouver l'existence d'une faute à l'origine de ces dommages qu'il s'agisse, d'ailleurs, d'une faute lourde ou d'une faute simple. Enfin, l'existence d'un préjudice et d'une faute prouvée ne permettait pas aux demandeurs d'obtenir réparation dans les hypothèses où il n'avait pas été établi de lien de causalité entre ce préjudice et cette faute.

(1) Arrêt précités supra p.3 note 4.

(2) Voir sur ce point supra p. 211-212.

(3) Voir sur ce point supra p. 206-207.

En vue de pallier ces inconvénients, les juges de l'administration ont mis en oeuvre un certain nombre de mécanismes, et en particulier des mécanismes de présomption. A terme, l'évolution de la jurisprudence a conduit à l'abandon de la faute lourde. Ainsi, l'objectivation des règles de la responsabilité administrative est passée par la remise en cause directe du formalisme issu de la jurisprudence Vves. Loiseau et Philipponeau (1), sans pour autant que les juges aient abandonné le cadre de la responsabilité pour faute (**chapitre II : l'objectivation à l'encontre du formalisme**).

(1) Arrêts précité supra p.3 note 4.

CHAPITRE UN

L'OBJECTIVATION MASQUEE PAR LE FORMALISME

Le respect scrupuleux des principes énoncés par les arrêts Vves Loiseau et Philipponeau du 8 novembre 1935 (1) n'a pas empêché une certaine évolution de la jurisprudence en faveur de la réparation des dommages subis par les victimes des dysfonctionnements des hôpitaux publics. Cette évolution s'est d'abord manifestée, non par une remise en cause directe des catégories juridiques issues de cette jurisprudence, mais par une modification de leur agencement. En effet, ces catégories, qu'il s'agisse du couple faute lourde - faute simple, ou même du couple faute de service - faute personnelle, sont intimement liées entre elles. D'une part, l'extension du domaine de la faute simple a abouti au rétrécissement de celui de la faute lourde. D'autre part, le développement de la faute de service a réduit le recours à faute personnelle. Dans ces deux hypothèses, l'évolution de la jurisprudence a conduit à une amélioration du sort des victimes, qui ont vu s'accroître leurs chances d'obtenir réparation

On pourrait certes estimer que le déplacement de la frontière entre la faute personnelle et la faute de service ne constitue pas, à proprement parler, une manifestation de l'objectivation des règles de responsabilité. Ce déplacement n'aboutit pas, en effet, à une transformation du contenu de ces règles, mais à une extension de la compétence des juges de l'administration. La principale manifestation de l'évolution jurisprudentielle conduit à une

(1) Arrêt précité supra p.3 note 4.

application plus fréquente des règles de responsabilité administrative, au détriment de celles mises en oeuvre par les juges de l'ordre judiciaire. Il n'est pas contestable, cependant, que cette extension, qui se traduit également par l'ouverture d'une action devant les juges des deux ordres de juridiction, permet de faciliter la réparation des dommages subis. Par ailleurs, les victimes qui mettront en cause un hôpital public ne risqueront pas de se heurter à l'éventuelle insolvabilité de l'agent hospitalier à l'origine du dommage. Il s'agit donc bien ici d'une transformation des règles jurisprudentielles conditionnant l'engagement de la responsabilité de l'administration. Ainsi, le déplacement de la frontière entre la faute de service et la faute personnelle constitue bien une technique d'objectivation de la responsabilité (**Section I**).

Le déplacement de la frontière entre la faute lourde et la faute simple pose moins de problèmes d'appréciation. Il est évident que ce déplacement constitue une technique d'objectivation de la responsabilité : l'avantage concédé aux victimes, qui bénéficient de l'abaissement du degré de la faute de nature à engager la responsabilité des établissements hospitaliers, est en effet indéniable (**Section II**). Le maintien d'une référence à la faute constitue, cependant, dans les deux hypothèses envisagées, un moyen d'atténuer cette objectivation.

Section I : le déplacement de la frontière entre la faute personnelle et la faute du service public

Le déplacement de la frontière entre la faute personnelle et la faute du service public peut s'observer de deux points de vue : celui de l'obligation à la dette, et celui de la contribution à la dette. Le premier problème revient à déterminer "si (la) faute engage, au profit de la victime, la responsabilité de la personne publique dont l'agent relève ou la seule responsabilité personnelle de cet agent, ou encore l'une et l'autre de ces responsabilités, au choix de la victime" (1)

Le second problème comporte deux aspects différents, mais complémentaires, selon que c'est la responsabilité de l'agent public ou de l'administration qui a été engagée par les juges des deux ordres de juridiction. Il s'agit de déterminer, d'un côté, "si la responsabilité incombe à la personne publique ...", si celle-ci est "tenue d'en supporter définitivement la charge, (ou) après avoir indemnisé la victime, la reporter sur l'agent auteur de la faute" (2). Mais il s'agit également de savoir, d'un autre côté, "si la faute de l'agent a engagé sa propre responsabilité ..." si celui-ci est "tenu de la supporter définitivement ... "ou s'il peut "exercer une action récursoire contre la personne publique" (3).

Du point de vue de l'obligation à la dette, le droit de la responsabilité des hôpitaux publics est marqué par ce qu'un auteur n'a pas hésité à qualifier "d'impérialisme" de la faute du service public (4). Cet impérialisme s'exerce, mais cela est évident, au détriment de la faute personnelle. Du point de vue de la contribution à la dette, l'utilisation des mécanismes créés par la jurisprudence du Conseil d'Etat paraît devoir conduire à la quasi immunité des agents hospitaliers.

(1) R. Chapus, *Droit administratif général*, Tome II., op.cit. p.1210.

(2) *Ibid.* p.1210.

(3) *Ibid.* p.1210.

(4) C. Devès, "La responsabilité pour faute en raison de l'activité du personnel médical à l'hôpital public", *Annales de la faculté de droit et de sciences politiques de Clermont-Ferrand*, L.G.D.J. 1979, p.251-279, et plus spécialement p.268. Voir également, M. Guillaume-Hofnung, "La faute personnelle du fonctionnaire : extinction d'une centenaire ?", *Droits* 1987, p.97-106.

§I - “L’impérialisme” de la faute du service public

Par principe, les agents des services publics répondent personnellement, devant les juges de l’ordre judiciaire, de leurs fautes personnelles détachables du service, c’est à dire des fautes qui n’ont, en principe, aucun lien avec le service. En revanche, les juges de l’administration sont compétents pour connaître des fautes qui ne sont pas détachables du service. L’étude de la jurisprudence judiciaire permet de relever que depuis les arrêts du Tribunal des conflits Chilloux et Isaad Slimane du 25 mars 1957 (1), la responsabilité personnelle des agents publics hospitaliers est très rarement relevée par les juges de l’ordre judiciaire. D’un autre côté, les juges de l’ordre administratif tendent à avoir une appréciation très large de la faute du service public. Dans ce cadre, les mécanismes de la responsabilité administrative exercent un pouvoir d’attraction très important qui relativise le poids de la faute personnelle.

A- La rareté des fautes personnelles détachables relevées par les juges de l’ordre judiciaire

A partir des arrêts Chilloux et Isaad Slimane, les juges de l’ordre judiciaire ont très peu condamné des agents hospitaliers pour des fautes commises dans le cadre de leur profession. Les quelques arrêts que l’on est en mesure de relever ne sanctionnent pas des défaillances d’ordre technique, mais plutôt des comportements contraires à un devoir d’humanisme qui ne se rattachent pas spécifiquement à l’exercice de professions médicales. En outre, conformément aux principes de la responsabilité administrative, le caractère pénal de la faute commise par l’agent hospitalier ne lui fera pas nécessairement perdre sa qualité de faute du service public.

1)° La faute technique médicale n’est jamais une faute personnelle détachable

En moins d’un siècle, la jurisprudence judiciaire est passée d’un extrême à l’autre : de l’affirmation que toutes les fautes médicales sont des fautes personnelles, à la considération implicite que les fautes médicales techniques ne sont jamais des fautes personnelles. On se souvient que la première affirmation avait notamment été fondée par le refus de voir dans les médecins et les chirurgiens des hôpitaux des agents publics (2). Peu avant les arrêts Chilloux et Isaad Slimane du Tribunal des conflits, et alors que cette qualité d’agents publics

(1) Arrêts précités supra p.14 note 2.

(2) Voir supra p.115-119.

ne pouvait plus leur être contestée, les juges de l'ordre judiciaire avaient affiné leur thèse. Tout en admettant majoritairement cette qualité d'agents publics des médecins hospitaliers, ils n'estimaient pas moins que les fautes commises dans le cadre de leur activité médicale revêtaient de façon systématique un caractère personnel (1).

Dans ses conclusions sur l'arrêt *Administration de l'Assistance publique à Paris c. Dame Baty* du 12 juin 1953, le commissaire du gouvernement Guionin avait pourtant affirmé que "même si l'activité professionnelle des médecins et chirurgiens ... n'a point d'analogue dans l'administration, l'indépendance qui la caractérise ne peut affranchir de toute responsabilité l'administration pour le compte de qui elle est exercée" (2). En effet, "le fondement de la responsabilité, c'est le fonctionnement dommageable du service, lequel consiste, en fait, dans l'accomplissement par les agents du service d'actes dommageables ayant un lien avec ce service. Le service, en l'occurrence, n'est pas représenté par le supérieur de la hiérarchie administrative. C'est le médecin, le chirurgien, qui le personnifie et qui l'accomplit ... Il est bien évident qu'en cette qualité il peut engager sa responsabilité personnelle. Mais il n'est pas moins naturel que, tant qu'il est en service, il n'agisse point sous sa seule responsabilité, mais que, comme tout supérieur hiérarchique, comme tout agent public, il engage aussi la responsabilité du service dont il est techniquement le chef, même s'il n'a sur ce point de comptes à rendre à personne".

Un tel point de vue, qui allait s'imposer aux juges de l'ordre judiciaire à partir des arrêts *Chilloux* et *Isaad Slimane* du 25 mars 1957 (3), impliquait, en principe, que les actes médicaux ne pouvaient, dans la mesure où leur réalisation constitue l'objet même du service public, engager la responsabilité personnelle des médecins hospitaliers. Ainsi, dans ces deux arrêts, le refus de donner des soins nécessités par l'état de santé d'un malade ne constitue pas une faute personnelle détachable du service. Dans un arrêt *Préfet de la Haute-Corse* du 15 décembre 1980, le Tribunal des conflits a également décidé qu'une carence dans les soins, ainsi qu'une investigation clinique insuffisamment poussée n'étaient pas constitutives de fautes personnelles (4). Enfin, une solution similaire a été retenue par la même juridiction à l'occasion d'un arrêt *Bekkat c. N'Guyen Vantra et autres* du 27 mai 1980, qui mettait en cause des fautes commises dans l'administration de soins (5).

Il restait cependant à déterminer, du point de vue des juges de l'ordre judiciaire, dans quelle mesure une faute commise à l'occasion d'un acte médical pouvait être qualifiée de faute personnelle détachable. Le premier arrêt que l'on soit en mesure de relever semble

(1) Voir supra p.147-151.

(2) Rec. p.283 ; D.P. 1954 p.130. Voir plus spécialement p.130-131.

(3) Arrêts précités supra p.14 note 2.

(4) Rec. Tables p. 508.

(5) Rec. Tables p. 508.

favorable à une conception extensive de cette compétence. Selon cet arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 20 février 1958 (1), un défaut de consentement à une opération non urgente, et présentant des dangers importants, compte tenu de l'état du malade, constitue une faute personnelle. Bien qu'il soit cité par de nombreux auteurs (2), cet arrêt ne semble pourtant guère conforme à l'évolution ultérieure de la jurisprudence. Il semble, en effet, que les erreurs commises par le praticien, en dépit de la gravité des dommages qu'elles ont occasionnés ne soient pas assez caractérisées pour constituer des fautes personnelles détachables. En fait, les quelques mois qui séparent l'arrêt de la Cour d'appel d'Amiens des arrêts Chilloux et Isaad Slimane, une certaine survivance des théories relatives à l'indépendance médicale, sont sans aucun doute en mesure d'expliquer une solution assez peu orthodoxe.

Dans un arrêt du 11 juillet 1962, la première chambre civile de la Cour de cassation est allée à l'encontre de la thèse défendue par la Cour d'appel d'Amiens (3). Selon la haute juridiction judiciaire, "encourt la cassation l'arrêt qui a retenu la compétence judiciaire pour le motif que la faute alléguée était d'une exceptionnelle gravité, ne se rattachait en rien au fonctionnement du service public, mais uniquement à l'exercice de l'art médical". Le fait que la faute laissait "apparaître l'homme avec ses faiblesses autres que celles susceptibles d'être normalement commises dans le délicat exercice de l'art médical" ne suffit pas à établir "le caractère détachable de la faute alléguée contre le médecin de l'hôpital". Ainsi, même une faute technique "d'exceptionnelle gravité" commise par le praticien dans le cadre d'un traitement ou d'une opération n'est pas constitutive d'une faute personnelle détachable de l'agent hospitalier.

Pourtant, cela ne signifie nullement que des fautes personnelles détachables ne peuvent être décelées dans l'activité médicale des hôpitaux. Mais dans ces très rares hypothèses, ce n'est jamais une faute technique qui est directement en cause mais, comme l'ont avancé les magistrats de la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 2 avril 1992 "un manquement caractérisé du praticien à ses obligations d'ordre personnel et déontologique" (4). Cette idée est traduite par des formules utilisées dans d'autres arrêts de la Cour de cassation. Parfois, c'est l'agent public qui "a agi dans une intention malveillante ou pour satisfaire un intérêt personnel étranger au service public" qui est visé (5). Cette

(1) G.P. 1958.I. p.131 ; J.C.P. 1958.II. n°10538.

(2) Voir par exemple, M-L Moquet-Anger, *Le statut des médecins hospitaliers*, op.cit. p.107 ; M. Langlais, *Médecine de service public et compétence juridictionnelle ...*, op.cit. p.228.

(3) Bull.civ.I.p.319 ; G.P. 1962.II.p.219.

(4) Bull. crim. p.367. Comp. T.A. Marseille, premier octobre 1984, Centre hospitalier de Gap c. Société d'assurance le "Sou médical", R.H.F. 1985, p.699 ("manquement inexcusable à ses obligations d'ordre professionnel et déontologique" commis par un médecin en service de garde à son domicile qui a refusé de se déplacer à l'hôpital pour soigner un malade).

(5) Cass.civ.I. 9 décembre 1986, D.S. 1987 I.R. p.5. (Ne constitue pas une faute personnelle la rédaction par

définition de la faute personnelle détachable est cependant trop étroite et, parfois, ce sera plutôt l'existence d'une "faute personnelle lourde" qui sera recherché par les juges de l'ordre judiciaire (1).

Mais dans toutes ces hypothèses, ce type de faute ne concerne pas, contrairement à la faute lourde administrative, la pratique même de l'activité médicale. Ainsi, par exemple, " un défaut de surveillance médicale postopératoire ... (qui) s'inscrit dans le cadre d'une intervention chirurgicale sans gravité particulière dans son déroulement ... (des) opérations de réanimation exécutées dans les règles ne permettent pas de voir dans le comportement (d'un médecin anesthésiste) une faute professionnelle détachable du service" (2). En revanche, le médecin qui " a voulu accélérer à tout prix (un) accouchement de façon à le faire coïncider avec son propre emploi du temps" et qui a ensuite délaissé sa cliente dont le réveil était anormalement retardé, se rend coupable d'une telle faute (3). De même, le refus d'un praticien de se déplacer au chevet d'une patiente dont l'état exigeait sans aucun doute possible son intervention (4), l'abandon d'une malade à un incendie provoqué par la maladresse d'une sage-femme (5), sont constitutifs de fautes personnelles détachables du service.

Comme on peut l'observer dans ces différents arrêts, qui sont pratiquement les seuls publiés, la faute personnelle détachable du service revêt, dans le cadre hospitalier, une forte coloration pénale. Dans la plupart de ces affaires, les agents publics en cause sont poursuivis soit pour omission de porter secours à une personne en danger, soit pour homicide involontaire. Il est cependant important de relever que la faute pénale n'est pas exclusive de la faute du service public. En effet, la faute pénale de l'agent n'est pas nécessairement une faute personnelle détachable du service susceptible d'engager sa responsabilité pécuniaire.

2)° La faute pénale n'est pas nécessairement une faute personnelle détachable

Des années durant, le principe accepté par les juges des deux ordres de juridiction et par le Tribunal des conflits a été celui de l'identité de la faute personnelle et de la faute

un agent public d'un rapport confidentiel à l'intention de la hiérarchie de l'hôpital sur une infirmière qui lui est subordonnée. Précisons également qu'aucun arrêt publié ne se réfère à une faute personnelle résultant de "malveillances" d'un médecin dans la pratique de son art).

(1) Cass. crim 25 mai 1982, Bull. crim. p.368 ; R.D.S.S. 1982, p.626, chron. De Forges ; J.C.P. 1982.IV. n°275.

(2) Dijon, 17 mars 1989, D.S. 1991, Somm. p.177.

(3) Cass. crim. 9 juillet 1977, Bull.crim. p.533.

(4) Cass. crim. 2 avril 1992, précité supra p.251 note 4.

(5) Cass. crim. 2 octobre 1958, G.P. 1958.II.p.299 ; J.C.P. 1958.II.n°10834.

pénale (1). Ceci était tout à fait logique du point de vue des juges de l'ordre judiciaire qui s'estimaient compétents pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre les collectivités publiques, sur le fondement de l'article 1384 du Code civil. Or, dans le domaine de la responsabilité privée, le principe posé est celui de l'identité entre la faute pénale et la faute civile (2).

Mais, peu à peu, les jurisprudences du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits ont évolué dans le sens d'une dissociation entre la faute pénale et la faute personnelle. Dans le domaine des travaux publics, le Tribunal des conflits a d'abord estimé, à l'occasion d'un arrêt du 2 mai 1914, Provost c. Cornu (3), que la demande en réparation de la victime d'un délit commis par un cantonnier dans le cadre d'un travail public relevait, en vertu des dispositions spécifiques de la loi du 28 pluviôse an VIII, de la compétence des juges de l'administration. Cette solution a ensuite été étendue en dehors du cadre des travaux publics, à partir de l'arrêt Vve Lemetti du 26 mai 1924 (4). Mais cela n'a pas empêché les juges de l'ordre judiciaire de continuer à affirmer leur compétence (5), et en dépit d'une nouvelle intervention du Tribunal des conflits, à l'occasion du célèbre arrêt Thépaz du 14 janvier 1935 (6), il fallut attendre un arrêt de la chambre criminelle du 23 avril 1942 pour voir la Cour de cassation se rallier à cette jurisprudence (7).

L'admission de la dissociation entre la faute personnelle et la faute pénale ne doit cependant pas nous faire oublier le particularisme des activités médicales des établissements hospitaliers. Les juges judiciaires se reconnaissant exclusivement compétents pour connaître de telles activités, l'exclusion de la responsabilité pécuniaire de l'établissement hospitalier aboutissait fatalement à ne pas tenir compte de la distinction entre la faute pénale et la faute personnelle, du point de vue du partage de compétence entre les deux ordres de juridiction. De ce fait, ce n'est qu'à partir des arrêts Chilloux et Isaad Slimane du 25 mars 1957 que la jurisprudence Thépaz a pu s'appliquer aux activités médicales des établissements

(1) Voir respectivement Cass. crim. 12 janvier 1849, Vandemarq, D.P. 1849.I. p.39 ; C.E. 20 avril 1847, Dubochet, Rec. p.209 ; T.C. 30 mai 1850, Dion-Lambert, Rec. p.510. Sur l'évolution de la jurisprudence, voir M. Deguerge, *Jurisprudence et doctrine ...*, op.cit. 68-71.

(2) J. Penneau, *Faute pénale et faute civile en matière de responsabilité médicale*, Travaux de recherches de l'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, série sciences criminelles, P.U.F. 1975.

(3) Rec. p.531.

(4) Rec. p.502 ; S.1924.III.p.49, note Hauriou ; D.P. 1924.III.p.53.

(5) Cass. crim. 28 mai 1930, S.1930.I. p.293, note Bonnard ; Cass. crim. 20 novembre 1931, D.P.1932.I. p.16, note Appleton.

(6) Rec. p.224, S. 1935.III. p.17, note Alibert.

(7) Cass. crim. 23 avril 1942, D.P. 1942 p.136, note M. Waline ; J.C.P. 1942.II. n°1953, note Brouhot.

hospitaliers (1).

En dehors des décisions déjà citées (2), un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 21 mai 1985 apparaît très clair sur ce point (3). Cette espèce concernait des poursuites pour homicide involontaire engagées contre un chef de service hospitalier, un interne et deux infirmières. La Cour confirme la relaxe prononcée en faveur du chef de service qui "dans l'impossibilité de prévenir (les) défaillances (de ses subordonnés), n'avait personnellement commis aucune faute d'imprudence ni de négligence". Elle relève, en revanche, que l'interne qui a établi "une prescription insuffisante", l'infirmière qui a appliqué "un traitement ... sans prescription médicale et avec un médicament délivré sans prescription par la pharmacie", l'infirmière surveillante qui a reporté "une erreur commise sur la fiche infirmière, sans consultation préalable de la fiche interne" ont commis des fautes constitutives du délit d'homicide involontaire. Pourtant, les fautes pénales relevées à l'encontre de ces agents publics ne permettent pas d'engager leur responsabilité pécuniaire, puisque, comme on peut l'observer, "l'interne et les infirmières condamnées sur l'action publique n'avaient commis aucune faute personnelle détachable de leur fonction".

Cette réserve des juges de l'ordre judiciaire vis-à-vis de la reconnaissance de fautes personnelles détachables ne constitue cependant pas la seule manifestation de "l'impérialisme" de la faute du service public. De leur côté, les juges de l'administration prônent une conception très extensive de la faute pouvant engager la responsabilité du service public, qui est favorisée par le caractère attractif de la responsabilité administrative.

B- Le caractère attractif de la responsabilité administrative

Le caractère attractif de la responsabilité administrative peut être observé, d'une façon générale, dans les mécanismes de répartition des responsabilités pécuniaires publique et privée. Ce caractère semble cependant renforcé lorsque des actes médicaux sont en cause, les juges de l'administration se montrant alors extrêmement réticents à déceler des fautes personnelles détachables du service.

(1) Arrêt précité supra p.253 note 6.

(2) Voir supra p.249-252.

(3) D.S. 1987, I.R. p.27, obs. Penneau.

1)° Un caractère inhérent aux mécanismes de répartition des responsabilités pécuniaires publique et privée

L'existence d'une faute personnelle commise par un agent de l'administration n'est pas nécessairement exclusive d'une faute du service public. Depuis l'arrêt Anguet du 3 février 1911 (1), il est admis qu'un dommage peut avoir pour origine à la fois une faute du service public et une faute personnelle. Ce système de cumul des fautes a été perfectionné à l'occasion de l'arrêt Lemonnier du 26 juillet 1918 (2), dans lequel le Conseil d'Etat a envisagé la possibilité d'un cumul de responsabilités. A partir de cet arrêt, il est admis qu'une faute personnelle commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions peut engager soit la responsabilité pécuniaire de cet agent devant les juges de l'ordre judiciaire, soit la responsabilité du service public devant les juges de l'administration. Ainsi, "à côté de la faute de service proprement dite, qui tient à une mauvaise organisation du service, et qui existe soit seule soit accompagnée d'une faute personnelle (cumul de fautes), il y a aujourd'hui une faute de service qui n'a d'effet qu'à l'égard de la victime, pour laquelle elle constitue en quelque sorte une garantie ou une assurance, mais qui disparaît dans les rapports entre l'administration et son agent" (3).

Une illustration du cumul de faute, dans le domaine hospitalier, nous est fournie par l'arrêt du Conseil d'Etat Dame Rivoal du 10 juin 1933 (4). Cette espèce concernait une demande en réparation présentée par une malade mentale tombée enceinte des oeuvres d'un ouvrier auxiliaire de l'établissement dans lequel elle était internée. Le Conseil d'Etat accepte ici de réparer le dommage occasionné à la victime, bien qu'il soit également imputable à une faute personnelle de l'agent, dans la mesure où ce dommage a "son origine dans une mauvaise organisation du service".

Par ailleurs, le cumul de responsabilité a été étendu aux fautes personnelles commises en dehors de l'exercice des fonctions de l'agent mais qui, selon la formule consacrée, ne sont pas "dépourvues de tout lien avec elles" (5). Dans ces différentes hypothèses, la victime a le choix entre attaquer l'administration devant la juridiction administrative, ou bien attaquer l'agent public devant la juridiction judiciaire. Il apparaît évident, à première vue, que la victime aura intérêt, pour des raisons de solvabilité, à actionner l'administration

(1) Rec. p.146.

(2) Arrêt précité supra p.97 note 2.

(3) M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op.cit. p.483.

(4) Arrêt précité supra p.188 note 6. Voir également C.E. 4 janvier 1934, Consorts Dénoyelle, précité supra p.190 note 1.

(5) Cette évolution a été consacrée par les arrêts d'Assemblée du Conseil d'Etat du 18 novembre 1949, Mîmeur, Defaux et Besthelsemer, précités supra p.98 note 3.

plutôt que son agent. Mais en réalité, ce choix est essentiellement lié au degré de développement de la responsabilité administrative. Ainsi, comme l'a observé M. Moreau, "si celle-ci est embryonnaire, le recours de la victime contre le fonctionnaire, même aléatoire, demeure la voie de droit la plus efficace. Si, au contraire, la responsabilité de la puissance publique devient générale, sinon absolue, la responsabilité personnelle ne peut être qu'un palliatif dont l'application sera rare, voire exceptionnelle" (1). Or, justement, l'évolution de la responsabilité hospitalière semble conforme à ce schéma, et favoriser, plus que dans d'autres domaines, "l'impérialisme" de la faute du service public.

2)° *Un caractère renforcé dans le domaine hospitalier*

Pour la majorité des auteurs il ne fait guère de doutes que les juges de l'administration se déclareraient incompétents pour connaître des dommages occasionnés par des fautes nettement détachables des fonctions de l'agent, tels que des vols, des viols ou des actes de diffamation. Tel est le point de vue de M. Moreau qui estime que les actes criminels et les actes délictueux volontaires commis par des agents publics constituent nécessairement des fautes personnelles détachables du service, en dehors de circonstances justificatives (2).

Cette opinion apparaît confortée par la jurisprudence du Tribunal des conflits, et en particulier par un arrêt Picot du 12 juin 1961 (3). Il s'agissait, dans cette espèce, de déterminer le juge compétent pour connaître d'une demande en réparation présentée par un médecin faussement accusé par le directeur de son hôpital d'avoir détérioré volontairement un appareil de radiologie. Pour le Tribunal des conflits il ne fait pas de doute que "les faits allégués, s'ils étaient établis, constitueraient une faute personnelle ... détachable des fonctions du directeur d'hôpital", et que le déclinaoire de compétence du préfet doit être rejeté.

De leur côté, cependant, les juridictions administratives ne semblent guère disposées à reconnaître l'existence de fautes personnelles détachables du service. A notre connaissance, seule la décision du Tribunal administratif de Marseille du premier octobre 1984, Centre hospitalier de Gap c. Société d'assurance le "Sou médical" rejete l'action intentée par l'assureur d'un médecin condamné au civil au motif que celui-ci avait commis une faute personnelle détachable du service (4). A l'opposé, dans des espèces similaires, les juges de

(1) "Responsabilité personnelle des agents et responsabilité de l'administration", J-C adm 1993, fasc. 806, n°5.

(2) "Responsabilité personnelle des agents et responsabilité de l'administration", Ibid. n°85-86. Voir également dans ce sens M-L Moquet-Anger, Le statut du médecin hospitalier public, op.cit. p.107.

(3) R.D.P. 1961, p.1075.

(4) Arrêt précité supra p.251 note 4.

de l'administration n'hésitent pas à reconnaître, à côté de la faute personnelle commise par l'agent, une faute dans l'organisation du service. Comme on l'a vu, cette hypothèse du cumul des fautes a notamment été utilisée par le Conseil d'Etat à l'occasion des arrêts Dame Rivoal du 10 juin 1933 (1) et Consorts Dénoyelle du 14 janvier 1934 (2). Mais l'exemple le plus frappant, dans ce domaine, est très certainement celui constitué par un arrêt du Conseil de préfecture de Versailles du 11 décembre 1942, Dame Vve. Hugnin c. Hospice d'Orsay (3). Cette espèce était relative à l'assassinat, par des infirmières, de vieillards malades qui n'avaient pu être évacués avant l'arrivée des troupes allemandes en 1940. A cette occasion, le Conseil de préfecture a accepté d'engager la responsabilité de l'établissement hospitalier, les agissements visés n'ayant "été rendu(s) possible(s) que par l'extrême confusion et la complète désorganisation qui régnaient à l'hôpital".

Les juges de l'administration peuvent ainsi justifier leur compétence en considérant que le comportement fautif de l'agent s'inscrit dans le fonctionnement du service, ce qui permet, en fait, d'occulter complètement la faute personnelle. Ceci est parfaitement observable dans un arrêt de Section du Conseil d'Etat du 6 mai 1988, Centre hospitalier de Beauvais c. Mme. Cozette (4). Dans cette affaire, la juridiction administrative suprême a estimé que "constitue une faute d'un service hospitalier l'impossibilité de joindre un anesthésiste de garde" et cela, comme le précisent M.M Moderne et Bon dans leurs observations "compte non tenu de la faute personnelle éventuellement commise par l'intéressé". En réalité, comme l'admettent ces auteurs, la solution paraît justifiée du seul "fait que l'intéressée n'avait pu bénéficier des garanties médicales qu'elle était en droit d'attendre du service public hospitalier".

Une décision du Tribunal administratif de Nice du 19 avril 1989, Salvadori c. Centre hospitalier régional de Nice est également très caractéristique de la réticence des juges de l'administration à reconnaître l'existence de fautes personnelles détachables (5). Cette espèce était relative à une demande en réparation présentée par une consultante qui avait été grièvement blessée par un malade mental, en présence d'un médecin qui n'avait pas daigné intervenir. Saisis par la victime, les juges de l'ordre judiciaire avaient condamné le praticien à une peine de prison avec sursis, et au versement de dommages et intérêts. Ils estimaient ainsi, de façon on ne peut plus logique, que le médecin en cause s'était rendu coupable d'une faute pénale qui justifiait leur compétence. Mais une telle faute ne constitue pas nécessairement une faute personnelle détachable, et le Tribunal administratif de Nice a ainsi

(1) Arrêt précité supra p.188 note 6.

(2) Arrêt précité supra p. 190 note 1.

(3) Rec. d'études et de jurisprudence administratives 1943, p.124 (Arrêt cité par M. Langlais *in* Médecine de service public et compétence juridictionnelle ..., op.cit. p.222).

(4) D.S. 1989, Somm. p.123, obs. Moderne et Bon.

(5) R.H.F. 1989, p.778.

décidé que “l’inefficacité prolongée du service à faire face à une situation dangereuse pour les patients qu’il accueille en consultation relève, dans les circonstances de l’espèce, un défaut dans son organisation eu égard à sa vocation propre”.

Ce phénomène d’occultation de la faute personnelle est encore plus patent dans le domaine médical. Comme on a déjà pu le noter, les juges de l’ordre judiciaire n’hésitent pas à se référer, en vue de justifier leur compétence, aux “fautes lourdes personnelles” commises par un praticien hospitalier (1). En revanche, ces fautes ne visent jamais, à proprement parler, la pratique de leur art, mais plutôt des manquements à leurs obligations d’ordre déontologique (2).

De leur côté, les juges de l’administration paraissent vouloir ramener ces différents manquements à la pratique de l’art médical. Un arrêt du Conseil d’Etat du 6 novembre 1976, Centre hospitalier de Châlon-sur-Saône est très révélateur sur ce point (3). Dans cette espèce, le Conseil d’Etat a relevé à l’encontre d’un centre hospitalier une faute lourde constituée par l’oubli par un chirurgien d’une pièce métallique qu’il n’avait pas réussi à extraire de la jambe d’un patient durant une opération. Apparemment, la décision n’a rien de scandaleux, dans la mesure où le comportement du médecin dans le déroulement de l’opération ne semblait pas particulièrement négligent. En revanche, le fait, pour ce praticien, de ne pas avoir averti de son oubli les médecins chargés de la rééducation du malade, est beaucoup plus condamnable, et semblait pouvoir constituer une faute personnelle détachable (4).

D’autres décisions, qui relèvent une faute lourde à l’encontre d’établissements hospitaliers, semblent également devoir prêter à discussion. Cependant, il est difficile d’être catégorique sur ce point, dans la mesure où, justement, les juges de l’administration ne viseront que l’acte médical lui-même, ainsi que ses conditions matérielles d’exécution dans le cadre du service public. Ils éviteront, en revanche, de se référer aux éléments d’ordre psychologique qui auraient pu contribuer à expliquer le comportement du praticien. Tel est le cas, en particulier, dans les hypothèses où une faute lourde a été reconnue, alors que le praticien paraissait avoir agi avec précipitation ou bien avec une coupable légèreté (5). Si ces agissements, comme on peut le penser dans les différentes espèces citées, ont été guidés

(1) Voir sur ce point supra p.252.

(2) Voir sur ce point supra p.251.

(3) R.D.P. 1977, p.524.

(4) Voir également, T.A. Lyon, premier février 1989, Hospices civils de Lyon c. Vest, R.H.F. 1989, p.778. Dans cette espèce, l’établissement hospitalier a été condamné alors que les erreurs commises dans la conduite d’une opération d’anesthésie ont pour origine la faute d’un médecin-anesthésiste qui a chargé une infirmière de procéder à cette opération.

(5) Voir par exemple, C.E. 29 janvier 1982, Dlle. Ciacci, Rec. p.742 ; C.E. 9 juillet 1975, Sieur

par une volonté délibérée d'alléger une charge de travail importante, sans considération du bien-être du patient, la responsabilité personnelle de l'agent en cause devrait être engagée.

Les explications du caractère attractif de la responsabilité administrative sont, en fait, assez simples. On a déjà eu l'occasion d'évoquer l'avantage pratique que présente ce système pour les victimes, qui ne risquent pas de se heurter à l'insolvabilité des collectivités publiques. Au demeurant, si les juges de l'administration devaient se déclarer plus souvent incompétents, cela nuirait nécessairement à ces victimes qui verraient, le cas échéant, la réparation de leurs dommages retardée.

On rappellera également qu'il est difficile de séparer, particulièrement dans le domaine des activités médicales, ce qui relève de la faute personnelle de l'agent, de ce qui relève de la faute du service public (1). A l'évidence, vouloir séparer de façon tranchée ces deux domaines aboutirait à la mise en place de solutions extrêmement pointilleuses et casuistiques, ce qui ne semble pas du tout conforme à l'évolution générale de la jurisprudence du Tribunal des conflits (2).

Mais surtout, il ne faut jamais perdre de vue le conflit de compétence qui a opposé les deux ordres de juridiction jusqu'aux arrêts Chilloux et Isaad Slimane du 25 mars 1957 (3). On peut penser que la durée de ce conflit, la multiplicité des arguments présentés par les juges de l'ordre judiciaire ont joué, ultérieurement sur le fonctionnement des mécanismes de répartition de la responsabilité. Il ne faut pas oublier, en effet, que ces juges fondaient essentiellement leur compétence sur les spécificités de l'art médical, et que c'est justement sur ce point qu'ils se sont opposés au Conseil d'Etat et au Tribunal des conflits. De façon très ferme, ces deux juridictions ont dû affirmer que les activités médicales des établissements hospitaliers sont des activités de service public, mais aussi, et surtout, que les fautes éventuelles commises par les praticiens hospitaliers ne sont pas, par nature, des fautes personnelles (4).

Ce phénomène d'occultation des fautes personnelles commises par les agents hospitaliers serait cependant mineur si ces établissements avaient réellement la possibilité d'exercer une

Grandclément, Rec. p.421 (à propos d'opérations de diagnostic manifestement bâclées) ; C.E. 15 mars 1974, Centre hospitalier Sainte-Anne, Rec. p.190 (reconnaissance d'une faute lourde dans une espèce où un médecin hospitalier avait refusé de dispenser les soins manifestement requis par l'état du malade).

(1) Voir sur ce point supra p.147-151.

(2) Voir notamment, en faveur d'une simplification des critères de qualification des agents publics, T.C. 25 mars 1966, Préfet de la Région Rhône-Alpes c. Conseil des prud'hommes de Lyon, A.J.D.A. 1996, p.391, note J-H Stahl et D. Chauvaux.

(3) Arrêts précités supra p.14 note 2.

(4) Voir supra p.147-151.

action récursoire contre leurs agents. Or, force est de constater, justement, que les mécanismes de contribution à la dette bénéficient de façon très large à ces agents.

§II- L'utilisation des mécanismes de contribution à la charge de la dette en faveur des agents hospitaliers

L'agent hospitalier qui s'estime injustement condamné par les juges de l'ordre judiciaire a la faculté de demander aux juridictions administratives d'être couvert des condamnations pécuniaires prononcées contre lui. A l'opposé, il est très difficile, pour l'administration hospitalière condamnée, mais aussi pour les sociétés d'assurance, d'exercer une action contre l'agent auteur d'une faute commise dans le cadre du service.

A- La faculté pour l'agent hospitalier de demander à être couvert de ses condamnations par l'administration

Le recours de l'agent condamné au civil par les juges de l'ordre judiciaire en vue d'obtenir la contribution de l'administration à la charge de la dette peut être exercé dans deux cas de figures : celui de la faute exclusive du service public, lorsque l'agent estime ne pas avoir lui-même commis de faute, et celui du cumul de fautes, lorsque l'agent soutient que le dommage a également été occasionné par une faute de l'administration.

1)° L'action de l'agent hospitalier condamné en raison d'une prétendue faute personnelle

Les articles 23 et 24 de l'acte dit loi du 14 septembre 1941, portant statut général des fonctionnaires civils prévoyait, lorsqu'un fonctionnaire a été condamné par les tribunaux judiciaires pour avoir commis ce qui constitue, en réalité, une faute de service, que l'administration doit le couvrir des condamnations prononcées contre lui. Ces dispositions ont été reprises par le statut général des fonctionnaires institué par la loi du 10 octobre 1946, puis par le statut général édicté par l'ordonnance du 4 février 1959. Enfin, l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, actuellement en vigueur, précise que "lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour une faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui".

Ces dispositions, qui ne visent que les agents de l'Etat, avaient déjà fait l'objet d'une consécration par la juridiction administrative suprême, pour l'ensemble des agents des collectivités publiques : le principe énoncé par ces différents textes est devenu un principe général du droit à l'occasion de l'arrêt de Section du 26 avril 1963, Centre hospitalier de Besançon (1). Cette affaire, qui est intéressante à plus d'un titre, mettait en cause un médecin hospitalier auquel il était reproché d'avoir trop tardé à réduire une fracture, et de ne pas avoir pris en compte, dans l'accomplissement de cet acte médical, d'éventuelles complications dont la survenance était extrêmement rare. En dépit du fait que le praticien n'avait commis aucune faute personnelle, les juges de l'ordre judiciaire l'avaient néanmoins condamné, ce qui a conduit ce praticien à exercer contre l'administration une action visant à le garantir des conséquences pécuniaires de cette condamnation.

Or, il se posait, sur ce point précis, un important problème de droit. En effet, l'inexistence d'une faute personnelle commise par le praticien ne signifiait nullement qu'une faute lourde pouvait être mise à la charge du service. Dans l'espèce visée, le commissaire du gouvernement Chardeau pouvait ainsi estimer, de façon tout à fait justifiée, que l'absence de faute lourde était certaine (2). Pour autant, il convenait de ne pas perdre de vue que le respect des principes posés par la jurisprudence du Conseil d'Etat aurait présenté l'inconvénient fâcheux de refuser à un fonctionnaire injustement condamné la garantie de l'administration. Cette solution serait apparue d'autant plus injuste qu'elle aurait pu aboutir à traiter plus sévèrement les fonctionnaires condamnés en raisons de fautes vénielles, pour lesquelles une défaillance du service sera parfois difficilement décelable, que les fonctionnaires auteurs de fautes beaucoup plus graves, mais ne constituant pas pour autant des fautes personnelles.

Une telle décision aurait été à l'évidence inacceptable, mais son rejet devait nécessairement entraîner, d'une façon ou d'une autre, la remise en cause de principes fermement établis. Sur ce terrain, deux solutions étaient envisageables. La plus simple aurait consisté à reconnaître, comme l'avaient fait les premiers juges, l'existence d'une faute lourde. Mais à l'évidence, une telle solution ne pouvait que laisser penser à une décision d'espèce fondée sur l'équité, alors que le problème posé méritait une décision de principe. C'est pour cette raison que le commissaire du gouvernement Chardeau a proposé de reconnaître que "contrairement au principe général de l'autonomie de la responsabilité des personnes publiques ... le juge administratif se trouve lié par l'appréciation faite par le juge judiciaire, en ce qui concerne l'existence et l'étendue de la responsabilité "sur le dos" de la collectivité publique, lorsqu'il est en présence d'un recours en garantie des fautes du service, présenté soit en vertu des dispositions législatives expresses du statut des fonctionnaires de l'Etat ou des communes, soit en vertu d'un principe général du droit de la fonction publique applicable même dans les cas où ces dispositions législatives ne peuvent jouer" (3).

(1) Rec. p.242, concl. Chardeau.

(2) Ibid. p. 244.

(3) Ibid. p.252-253. A propos de ce principe général du droit, voir G. Vedel, "L'obligation de

Comme on déjà eu l'occasion de l'évoquer, l'existence de ce principe général du droit a été reconnu par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Centre hospitalier de Besançon (1), ce qui entraîne une conséquence remarquable dans le droit de la responsabilité des hôpitaux publics. En effet, à partir du moment où l'administration est tenue, en tout état de cause, de couvrir l'agent injustement condamné pour faute personnelle, la distinction entre la faute lourde et la faute simple n'avait plus aucune utilité et était implicitement abandonnée dans ce domaine.

Pourtant, sur ce point précis, il faut éviter de donner à l'arrêt Centre hospitalier de Besançon plus d'importance qu'il n'en revêt réellement. Il ne faut pas oublier que la décision judiciaire contestée a été rendue avant les arrêts Chilloux et Isaad Slimane du 25 mars 1957 (2), à une époque où la haute juridiction judiciaire s'estimait compétente pour connaître des activités médicales des praticiens hospitaliers. La conception trop extensive de la faute personnelle défendue par les juges de l'ordre judiciaire justifiait la solution retenue, mais celle-ci perdait de son intérêt après le ralliement à la position du Tribunal des conflits. Il est ainsi intéressant de constater que depuis l'arrêt de 1963, il n'y a plus eu aucune décision publiée dans laquelle les juges de l'administration auraient pu faire jouer cette jurisprudence. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que l'hypothèse visée est, par nature, selon l'expression de M. Maestre, "irrespectueuse" (3), dans la mesure où elle souligne des erreurs grossières commises par les juges de l'ordre judiciaire dans la détermination de leur compétence. Or, de telles erreurs ne sont pas susceptibles de se produire de façon fréquente et, le plus souvent, l'action récursoire aboutira non pas à la mise hors de cause de l'agent condamné mais, en vertu des règles du cumul, à un partage de responsabilité entre cet agent et l'administration.

2)° L'action de l'agent hospitalier condamné en cas de cumul d'une faute personnelle et d'une faute du service public

En cas de cumul de fautes, lorsque la victime a choisi d'attaquer l'agent hospitalier fautif devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, celui-ci conserve la possibilité d'intenter un recours devant les juges de l'administration afin que soit déterminée la contribution finale à la dette des coauteurs du dommage. On assiste ici à une application des principes posés par le célèbre arrêt d'Assemblée Delville du 28 juillet 1951 (4) : les juges de l'ordre judiciaire

couvrir les agents publics des condamnations civiles pour faute de service", Mélanges R. Savatier, Dalloz 1963, p.921-939, et plus spécialement p.936-938.

(1) Arrêt précité supra p.261 note 1.

(2) Arrêts précités supra p.14 note 2.

(3) La responsabilité pécuniaire des agents publics en droit français, op.cit. p.291.

(4) Rec. p.464 ; D.P. 1951 p.620, note Nguyen Do ; S.1952.III.p.25, note Mathiot ; R.D.P. 1951, p.1087,

réparent la totalité du préjudice subi, mais l'agent public a la possibilité d'exercer une action devant les juges de l'administration qui demeurent seuls compétents pour fixer le montant de la contribution à la dette des collectivités publiques.

Sur ce point, la responsabilité hospitalière ne présente aucune spécificité. Il est cependant intéressant de relever que l'action engagée par l'agent public n'aboutira pas nécessairement à un partage de responsabilité. Sur ce point, un arrêt de l'Assemblée du Conseil d'Etat du 4 juillet 1990, Société d'assurance le "Sou médical" c. Centre hospitalier de Gap (1), est riche d'enseignements. Cette espèce concernait une action intentée contre un établissement hospitalier par un médecin condamné par des juges de l'ordre judiciaire en raison du refus réitéré de ce médecin de se déplacer hors de son domicile, où il assurait un service de garde, au chevet d'une malade blessée par balle à l'abdomen (2). Dans son arrêt, le Conseil d'Etat estime que "la circonstance que le médecin se trouvait en service lorsqu'il a commis la faute personnelle qui lui est reprochée ne saurait, par elle seule, ouvrir droit à la garantie des indemnités versées ...". Or, "le choix d'assurer la nuit le service de garde de chirurgie à domicile et non au sein de l'établissement ne constitue pas une faute dans l'organisation du service public hospitalier. Aucune faute n'a été commise tant lors de l'admission ... que dans la surveillance et les soins qui ... ont été donnés ... par l'interne de garde au service des urgences". Ainsi, "Eu égard à la nature et à la gravité de la faute personnelle ainsi commise, c'est à bon droit que le Tribunal administratif a laissé au médecin l'entière charge des condamnations prononcées par le juge pénal".

B- Les difficultés à obtenir la contribution des agents hospitaliers

Dans la plupart des affaires où elle a été condamnée par le Conseil d'Etat ou bien par les autres juges de l'ordre administratif, l'administration n'exerce pas, pour diverses raisons que l'on aura l'occasion d'exposer, d'action récursoire contre ses agents. On pourrait imaginer, en revanche, que l'assureur de l'établissement hospitalier condamné aurait tout intérêt à actionner l'agent public coupable d'une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service. Or, dans la pratique, cette possibilité lui est refusée par la jurisprudence administrative.

1°) Les difficultés de l'administration hospitalière à actionner l'agent public auteur d'une faute personnelle

Avant 1951, la personne publique condamnée n'était pas en mesure, même en présence d'une

note M. Waline ; J.C.P. 1952.II. n°6734, note Eisenmann ; J.C.P. 1952.II. n°6532, note J.J.R.

(1) Rec. p.972.

(2) Cass. crim. 25 mai 1982, précité supra p. 262 note 4.

faute personnelle commise par un agent public, d'agir directement contre lui (1). Il lui était seulement possible d'être subrogé dans les droits de la victime devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. Bien que cette possibilité ait rarement été utilisée par les juges de l'administration, on la trouve néanmoins mentionnée dans l'arrêt du Conseil d'Etat Rivoal du 14 juin 1933 (2). On se souvient que la juridiction administrative suprême avait estimé qu'il y avait, dans cette espèce, cumul de faute de l'agent public auteur d'un viol, et du département auquel il avait été imputé la mauvaise organisation d'un établissement psychiatrique. A cette occasion, le Conseil d'Etat pouvait préciser que la responsabilité du service public était engagée "sous réserve ... que le paiement (des sommes allouées aux victimes) soit subordonné à la subrogation du département par les dame et demoiselle Rivoal, jusqu'à concurrence desdites sommes, aux droits résultant pour elles des condamnations prononcées à leur profit".

Cet état du droit, qui tendait à faire des fonctionnaires une "caste des intouchables" (3), a été vivement contesté par les auteurs (4). L'autre critique majeure que l'on pouvait formuler à l'encontre de cette solution, résidait dans le fait qu'elle n'était plus guère compatible avec l'évolution des rapports entre la faute personnelle et la faute du service public. En effet, à partir du moment où le Conseil d'Etat acceptait d'engager la responsabilité de l'administration pour des fautes personnelles non dénuées de tout lien avec le service (5), la nécessité de recourir contre son agent s'imposait avec une force accrue.

En fait, le problème était identique à celui qui existait dans l'hypothèse du cumul des fautes, et de la condamnation de l'agent public par les juges de l'ordre judiciaire. Il était nécessaire de corriger, par les mécanismes de répartition de la charge indemnitaire, le rapprochement entre la faute personnelle et la faute du service public constaté au niveau de la détermination de l'obligation à la dette. Or, la nécessité de cette correction était encore plus impérative, pour l'administration, que pour l'agent public condamné, dans la mesure où les mécanismes de détermination de l'obligation à la dette incitaient la victime à agir devant les juges de l'administration, plutôt que devant les juges de l'ordre judiciaire. C'est ainsi que le même jour que l'arrêt Delville du 28 juin 1951 (6), le Conseil d'Etat a décidé, à l'occasion

(1) C.E. 28 mars 1924, Poursines, Rec. p.357 ; D.P. 1924.III. p.49, note Appleton ; S. 1926.III. p.17, note Hauriou ; R.D.P. 1924, p.601 note Jèze.

(2) Arrêt précité supra p.188 note 6.

(3) Cette expression est emprunté au titre du célèbre article de G. Liet-Veaux, "La caste des intouchables ou la "théorie" du délit de service", D.P. 1953, chron. p.133-136.

(4) Ibid. Voir également M. Waline, "De l'irresponsabilité des fonctionnaires et des moyens d'y remédier", R.D.P. 1948, p.5-18.

(5) Voir les arrêts d'Assemblée du 18 novembre 1949, Mimeur, Defaux et Besthelsemer, précités supra p.98 note 3.

(6) Arrêt précité supra p.259 note 4.

du tout aussi célèbre arrêt Laruelle, que "si les fonctionnaires et agents des collectivités publiques ne sont pas pécuniairement responsables envers les dites collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service, il ne saurait en être ainsi quand le préjudice qu'ils ont causé à ces collectivités est imputable à des fautes personnelles détachables de l'exercice de leurs fonctions" (1). L'arrêt Laruelle ouvre ainsi à l'administration une action récursoire contre son agent auteur d'une faute personnelle. Techniquement, cette action va être exercée par un état exécutoire envoyé à l'agent qui, soit s'incline, soit conteste cet état exécutoire devant le juge administratif.

La viabilité de ce système a très tôt posé des problèmes. On pouvait craindre, en effet, que l'administration ait quelques hésitations à poursuivre ses agents les plus hauts placés, et n'éprouve, au contraire, guère de scrupules à poursuivre ses autres agents. Cette difficulté, qui tient au fait qu'au "sommet de la hiérarchie il n'y a plus de distinction possible entre l'agent et la fonction" (2), n'est nullement résolue par les mécanismes de contribution à la dette. Pourtant, force est de constater que l'on ne trouve pas plus, à notre connaissance, de décisions publiées statuant sur des actions récursoires exercées à l'encontre de ces agents, que de décisions relatives à des médecins hospitaliers.

Plus encore que dans n'importe quel autre domaine de l'activité des collectivités publiques, il existe ainsi une tendance certaine de l'administration hospitalière à ne pas poursuivre ses agents. En revanche, on pourrait imaginer que l'assureur de l'établissement hospitalier n'éprouverait pas de tels scrupules, et serait beaucoup plus enclin à poursuivre l'agent qu'il estimerait fautif. Mais dans de telles hypothèses, ce sont les règles de la jurisprudence administrative qui rendent très difficiles l'action subrogatoire de l'assureur de l'établissement public hospitalier.

2)° Les difficultés de l'assureur de l'établissement hospitalier condamné à actionner l'agent public auteur d'une faute personnelle

A l'opposé de l'administration, l'assureur de l'établissement public hospitalier ne dispose d'aucun droit d'émettre un titre exécutoire à l'encontre de l'agent fautif. Ainsou, comme le précise le Tribunal administratif de Chalons-sur-Marne dans sa décision du 14 novembre 1972, S.H.A.M. c. Sieur Assemat, l'action récursoire de l'administration n'est pas transmissible à l'assureur "du fait qu'elle implique une appréciation hiérarchique du comportement administratif (de l'agent)" (3). Une fois l'hôpital condamné, il pourrait

(1) Références identiques à celles de l'arrêt Laruelle, précité supra p.262 note 4.

(2) J. Kahn, conclusions précitées sur l'arrêt Jeannier (Rec. p.196, concl. Kahn ; D.P. 1957, p.749, concl. Kahn, note Weil ; S.1957 p.32, concl. Kahn ; J.C.P. 1957.II.n°10303 bis, note Louis-Lucas ; A.J.D.A. 1957.II. p.186, chron. Fournier et Braibant). Voir également P. Huet, "Observations sur le recours de l'administration contre l'agent public ou la faute du lampiste", Rev. adm. p.523-529.

(3) A.J.D.A. 1973 p.549, note Legrand.

seulement lui être reconnu, à défaut d'une action directe, la possibilité d'être subrogé dans les droits de l'hôpital contre cet agent. Bien qu'une telle action oppose deux personnes privées -l'agent public dont on recherche la responsabilité personnelle et l'assureur- il est admis que l'exercice par le subrogé des droits du subrogeant relève de la juridiction administrative qui aurait normalement été compétente pour connaître de l'action ouverte au subrogeant (1).

Il est, par conséquent, on ne peut plus logique que la question de l'existence de cette action ait été tranchée par le Conseil d'Etat, à l'occasion de l'arrêt Société d'assurances mutuelles c. héritiers Assemat du 5 février 1975 (2), sur appel de la décision du Tribunal administratif de Chalons-sur Marne du 14 novembre 1972 (3). Mais si, à première vue, il apparaissait légitime d'autoriser la société d'assurances qui a indemnisé la victime à se retourner contre l'agent public auteur d'une faute personnelle, un obstacle législatif s'y opposait. En effet, selon l'article 36.3 de la loi du 13 juillet 1930, le recours de l'assureur contre le préposé de l'assuré est écarté, en dehors de malveillances commises par ces préposés. Or, il n'y avait plus de doutes, à l'époque où a été rendu l'arrêt, que les agents hospitaliers, et parmi eux les médecins, pouvaient être considérés, en quelque sorte, comme des préposés de l'administration, dans le sens où ils sont désormais intégrés dans la catégorie des fonctionnaires et agents publics (4). Ainsi, en vertu des dispositions susvisées, le Conseil d'Etat a logiquement rejeté la demande présentée par l'assureur de l'établissement hospitalier.

Bien que tout à fait fondée en droit, cette solution a été vivement critiquée par la doctrine. Ainsi, pour M. Gabolde, cet arrêt "porte un coup inattendu à la jurisprudence moralisatrice Delville et Laruelle" (5). Il semble, en effet, à la lecture de cet arrêt, qu'une "nouvelle catégorie d'intouchables est ... née : celle des fonctionnaires qui ont la chance d'être les agents d'une administration couverte par une assurance" (6). A l'opposé, dans les hypothèses où l'hôpital demeure son propre assureur, l'action de l'assureur contre l'agent demeurerait toujours possible en cas de contestation, par celui-ci, de l'état exécutoire établi contre lui.

On ne manquera pas d'observer, cependant, que cette appréciation est quelque peu excessive. Ainsi, la juridiction administrative suprême n'a pas écarté toute possibilité de

(1) Voir sur ce point, Y. Madiot, "La subrogation en droit administratif", A.J.D.A. 1971, p.325-344.

(2) Rec. p.87 ; D.S. 1975 p.289, note Gabolde ; A.J.D.A. 1976, p.99, note Moderne

(3) Décision précitée supra p.265 note 3.

(4) Voir sur ce point supra p. 138-143.

(5) Note sur l'arrêt Société d'assurance mutuelle c. héritiers Assemat, précité supra note 2.

(6) Ibid.

subrogation de la part de l'assureur. En effet, selon les termes mêmes de l'arrêt du 5 février 1975 l'action de l'assureur demeure ouverte dans l'hypothèse où l'agent public a fait preuve de "malveillance". Mais on conçoit bien, cependant, que cela ne peut recouvrir que des hypothèses extrêmement rares.

On voit bien qu'il existe, toutefois, une paralysie partielle des mécanismes de répartition de la charge indemnitaire, qui ne permet pas de rétablir le déséquilibre en faveur de la responsabilité administrative que l'on a pu observer au niveau de la détermination de l'obligation à la dette. Ces deux aspects apparaissent pourtant complémentaires, dans la mesure où tous deux se caractérisent par un bénéfice accordé à une personne physique au détriment d'une personne morale publique ou privée. Ainsi, d'un côté, les règles de détermination de la contribution à la dette bénéficient aux agents publics, au détriment de l'administration ou d'une société d'assurances. De l'autre côté, les règles de détermination de l'obligation à la dette incitent les victimes à attaquer l'administration, de préférence à un agent public.

Pour la victime, cependant, le bénéfice ne peut réellement exister qu'à la condition impérative que les règles établies par les juges de l'administration ne soient pas plus sévères que celles appliquées par les juges de l'ordre judiciaire. Or, le problème se posait justement dans le domaine hospitalier, où la preuve d'une faute lourde pouvait apparaître comme un obstacle insurmontable. Sans que cette faute soit directement remise en cause, on a cependant pu observer une évolution dans l'équilibre du système de responsabilité, qui se manifeste par l'accroissement du champ de la faute non qualifiée. Cette évolution a permis l'objectivation des règles de responsabilité, mais le maintien du recours à la faute en a atténué les effets.

Section II : le déplacement de la frontière entre la faute lourde et la faute simple

En dépit d'une certaine imprécision, la jurisprudence immédiatement postérieure aux arrêts Vves. Loiseau et Philipponneau du 8 novembre 1935 avait accordé une place importante à la faute lourde, au détriment de la faute simple (1). Ce n'est qu'à partir des années 1950 que le domaine de cette faute s'est peu à peu réduit pour ne plus concerner, en fait, que les actes médicaux accomplis par des agents hospitaliers habilités à les pratiquer (2). De fait, cette réduction du domaine de la faute lourde concerne des hypothèses dans lesquelles l'activité en cause est intimement liée à la pratique de l'art médical et où, par conséquent, la détermination du régime de responsabilité applicable a longtemps posé problème.

On se souvient également que la jurisprudence consacrée à la responsabilité des établissements psychiatriques était marquée par une extrême sévérité, notamment en raison des difficultés présentées par l'activité de surveillance des malades internés (3). De façon progressive, ces règles particulières ont toutefois fini par évoluer dans un sens favorable aux victimes, à la faveur d'un alignement sur la distinction entre la faute lourde et la faute simple appliquée aux autres établissements hospitaliers. Dans ces différents domaines, l'objectivation n'est plus exclue, mais seulement atténuée par le maintien de la référence à une faute.

§ I- La restriction du domaine de la faute lourde aux actes médicaux accomplis par des agents hospitaliers habilités à les pratiquer

Cette restriction du domaine de la faute lourde s'est opérée de deux façons. En premier

(1) Voir sur ce point supra p. 205-212.

(2) On verra plus loin que cette définition s'est encore restreinte avec le recours aux présomptions : la faute lourde, avant son abandon, n'était plus appliquée qu'aux actes médicaux accomplis par des agents hospitaliers habilités à les pratiquer, et ne présentant pas le caractère d'une intervention courante et de caractère bénin. Voir sur ce point infra p.295-299.

(3) Voir sur ce point supra p. 177-192.

lieu, la jurisprudence a dû déterminer si les actes de soins accomplis par les agents hospitaliers devaient conditionner l'engagement de la responsabilité du service public par la preuve d'une faute lourde, ou bien par la preuve d'une faute simple. En d'autres termes, il s'est agit de savoir si ces actes devaient être considérés comme des actes médicaux, ou bien s'ils devaient constituer une catégorie à part, soumise au même régime juridique que la catégorie des actes touchant à l'organisation et au fonctionnement du service. Alors que la jurisprudence antérieure était très indécise, c'est en faveur de la faute simple que s'est prononcé le Conseil d'Etat à l'occasion du célèbre arrêt Rouzet du 26 juin 1959 (1)

En second lieu, les juges de l'administration ont considérablement étendu le champ de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, en séparant ce qui relève de l'accomplissement de l'activité médicale proprement dite, de ce qui relève des garanties médicales dues aux usagers.

A- La restriction du domaine de la faute lourde par la référence aux actes de soins

La recherche d'un critère fiable permettant de distinguer les actes médicaux des actes de soins a longtemps posé un important problème à la jurisprudence administrative. Ce n'est qu'à l'occasion de l'arrêt de Section Rouzet du 26 juin 1959 que le Conseil d'Etat a adopté un critère de distinction qui a conduit à un rétrécissement du domaine de la faute lourde.

1)° La difficulté de trouver un critère permettant de différencier l'acte médical de l'acte de soins

Comme on a pu l'observer plus haut, la jurisprudence postérieure aux arrêts Vves. Loiseau et Philipponneau n'avait pas clairement précisé le type de faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration pour la réparation de dommages occasionnés par l'accomplissement d'actes de soins (2). Dans des espèces souvent similaires, le Conseil d'Etat s'était parfois référé à la faute simple (3), et parfois à la faute lourde (4). Cette

(1) Arrêt précité supra p.221 note 4.

(2) Voir supra p. 208-209.

(3) Voir les arrêts cités supra p.211 note 2.

(4) Voir les arrêts cités supra p. 211 note 3.

imprécision pouvait en partie être expliquée par le fait qu'il n'existait pas de critère permettant de distinguer les actes médicaux des actes de soins. Néanmoins, l'imbrication existant entre ces deux types d'actes ne pouvait qu'inciter les juges à les soumettre au même régime, plutôt qu'à celui réservé aux défaillances relevées dans l'organisation et le fonctionnement du service.

Mais quoiqu'il en soit, la solution qui se présentait aux juges de l'administration s'est longtemps résumée à une simple alternative : il s'agissait de classer les actes de soins, soit dans la catégorie des actes médicaux, soit dans la catégorie des actes relatifs à l'organisation et au fonctionnement du service. La création d'une catégorie spécifique n'était pas même envisagée, comme le relève le premier arrêt qui a retenu une faute simple mettant en cause un acte de soins, qualifié de "défaut d'organisation du service" (1).

L'évolution vers la reconnaissance d'une catégorie particulière "d'actes de soins" est seulement perceptible à partir de l'arrêt Daret du 20 mai 1949 (2). A cette occasion, le Conseil d'Etat avait engagé la responsabilité d'un établissement hospitalier pour faute simple. L'espèce visée concernait des dommages occasionnés par une infirmière qui avait utilisé de l'éther avant la vaccination d'un enfant contre la variole, alors qu'elle avait été avertie que ce produit lui était contre-indiqué. On pouvait ainsi penser que la responsabilité de l'administration devait être engagée pour une faute simple, s'agissant d'un acte paramédical et non d'un acte s'intégrant dans un traitement médical, pour lequel seule une faute lourde aurait été susceptible d'engager la responsabilité des établissements hospitaliers.

L'arrêt de Section Rouzet du 26 juin 1959 allait permettre de préciser cette jurisprudence et surtout de déterminer un critère suffisamment fiable permettant de distinguer l'acte médical de l'acte de soins (3). Cette espèce mettait en cause le traitement pratiqué par un interne sur un nouveau-né qui souffrait, selon les termes employés par le commissaire du gouvernement Fournier, d'une "toxicose sévère avec déshydratation extrême". En dépit de l'urgence de la situation, l'interne avait établi un diagnostic exact et prescrit la perfusion qui s'imposait. Malheureusement, il devait ensuite commettre une erreur en piquant une artère du nouveau-né ce qui entraîna, quelques jours après, la perte d'un bras.

L'application des principes posés par la jurisprudence du Conseil d'Etat ne permettait pas de déceler une faute lourde dans le comportement du praticien. Le diagnostic était exact, et le traitement prescrit avait permis de sauver le nouveau-né dont l'affection était pourtant mortelle dans 60 à 84 % des cas. S'il était possible, en revanche, de déceler une faute dans l'erreur commise au moment de la perfusion, les circonstances de l'espèce ne permettraient certainement pas de la qualifier de faute lourde. En effet, deux éléments

(1) C.E. 13 mai 1936, Smyth, précité supra p.211 note 3.

(2) Arrêt précité supra p. 211 note 2.

(3) Arrêt précité supra p.221 note 4.

conduisaient à écarter cette qualification : l'élément de temps-conjoncture (1) et l'élément de prévisibilité du dommage rapportée à l'état de la victime (2). Sur le premier point, l'urgence de la situation pouvait permettre de couvrir, en partie, l'erreur commise par le praticien. Sur le second point, il était incontestable que l'état de l'enfant, qui était inerte et visiblement mourant, nécessitait une intervention extrêmement rapide. Au demeurant, la confusion commise par le praticien entre une artère et une veine pouvait être expliquée par le très jeune âge de l'enfant.

Il n'existait, par conséquent, que deux moyens d'accorder satisfaction au requérant : abandonner la faute lourde, ou bien restreindre son domaine. La première possibilité a été écartée par le commissaire du gouvernement Fournier qui estimait que les particularités du fonctionnement des hôpitaux publics devaient justifier le maintien de ce type de faute et que rien, dans la jurisprudence administrative, ne laissait présager son abandon. La seconde possibilité, en revanche, pouvait se décliner en deux alternatives.

La première alternative aurait consisté à présumer l'existence de la faute lourde. Mais à l'époque où a été rendu l'arrêt Rouzet, le Conseil d'Etat avait retenu l'utilisation de présomptions seulement pour la réparation des dommages occasionnés par des vaccinations obligatoires (3). Par ailleurs, le mécanisme présomptif n'a jamais été utilisé en vue révéler l'existence d'une faute lourde (4).

La seconde alternative, qui a finalement été retenue, consistait à distinguer, dans l'espèce visée, l'acte de diagnostic de l'acte de soins qui l'a suivi. Mais à moins d'accepter de ne rendre qu'une décision d'espèce, il appartenait au Conseil d'Etat de préciser un critère de distinction fiable entre ces deux types d'actes, qu'il s'agisse d'un critère de type personnel, ou bien d'un critère de type matériel.

L'utilisation d'un critère personnel de distinction aurait conduit à considérer que constitue un acte médical l'acte pratiqué par un médecin hospitalier. En revanche, les actes pratiqués par les autres catégories de personnels auraient relevé, dans leur ensemble, de la faute non qualifiée.

Or, comme l'a noté le commissaire du gouvernement Fournier, il aurait été on ne peut plus illogique de soumettre au régime de la faute lourde les dommages occasionnés par les médecins hospitaliers en dehors du cadre de leur activité médicale. Mais si l'affirmation de J.Fournier est exacte sur ce point, on ne peut plus le suivre lorsqu'il soutient, à l'opposé,

(1) Voir sur ce point supra p.222-224.

(2) Voir sur ce point supra p.215-219.

(3) Voir sur ce point infra p. 295.

(4) Voir sur ce point infra p. 298.

que des actes médicaux accomplis par des personnels qui ne seraient pas habilités à les pratiquer ne pourraient engager la responsabilité des hôpitaux qu'à la condition qu'une faute lourde ait été commise. En effet, dans de telles hypothèses, la jurisprudence retient une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service (1).

Si le critère matériel de qualification, en application duquel les actes médicaux relèveraient, dans leur ensemble, de la faute lourde, trouve ici ses limites, celles-ci ne jouent pas lorsque ce sont des actes de soins qui sont en cause. En application de ce critère, ces actes se voient appliquer un régime de faute simple. Mais si le choix d'un critère matériel semblait apte à permettre de distinguer les actes de soins des actes médicaux, encore fallait-il préciser ses modalités d'application.

Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Fournier a envisagé deux possibilités. La première aurait consisté à distinguer "les actes intellectuels et les actes matériels, la conception et l'exécution, l'art et la technique" (2). Mais cette possibilité n'était guère satisfaisante, dans la mesure où elle propose une vision beaucoup trop caricaturale et réductrice de l'activité médicale des hôpitaux. Dans certaines hypothèses, en outre, ce n'est pas l'aspect intellectuel de l'activité du praticien qui apparaît le plus difficile, mais les actes matériels qui les suivent. Ainsi, une affection peut être facilement décelée par le praticien qui prescrira sans hésitation la thérapeutique la plus appropriée. Mais cela ne signifie pas, pour autant, que la mise en oeuvre de cette thérapeutique ne sera pas délicate.

La seconde possibilité envisagée par le commissaire du gouvernement Fournier permettait de contourner cet obstacle. Il s'agissait de considérer "comme médicaux tous les actes, qu'il soient intellectuels ou matériels, dont l'accomplissement présente des difficultés sérieuses et requiert des connaissances spéciales acquises au prix d'études prolongées" (3). Mais une fois cette règle posée, encore fallait-il déterminer de quelle façon de tels actes pouvaient être définis.

2)° La précision du critère et le rétrécissement corrélatif du domaine de la faute lourde

Leur méconnaissance de l'art médical devait logiquement conduire les juges de l'administration à rechercher un moyen fiable de différencier, en application du critère matériel retenu, les actes de soins des actes médicaux. Dans une chronique publiée en 1957, un auteur avait pressenti la solution qui allait être retenue par la juridiction administrative

(1) Voir sur ce point infra p.278-282.

(2) Conclusions sur l'arrêt Rouzet du 26 juin 1959, précité supra p.221 note 4. (voir plus spécialement, A.J.D.A. 1959, p.275).

(3) Ibid. p.275

suprême (1). Selon cet auteur, il suffisait de se référer à un arrêté du ministre de la santé publique du 31 décembre 1947 -qui sera par la suite notamment modifié par un arrêté du 6 janvier 1962- qui précise quels sont les actes professionnels pouvant être accomplis dans le cadre de l'activité médicale des établissements hospitaliers. Selon ce texte, quatre types d'actes doivent être distingués.

Les trois premières catégories concernent des actes pouvant être accomplis par les médecins, mais également -sous certaines conditions- par des auxiliaires médicaux au premier rang desquels figurent les internes et les externes des hôpitaux. La première catégorie comprend "les actes qui peuvent être exécutés par un auxiliaire médical qualifié, sur prescription qualitative et quantitative du médecin mais sans la présence de celui-ci". Cette définition vise notamment les injections sous-cutanées et intramusculaires, les massages et les pansements simples. La seconde catégorie concerne "les actes qui peuvent être exécutés par un auxiliaire, après que le médecin traitant se soit personnellement assuré de la possibilité de lui confier lesdits actes, du fait de sa compétence et des possibilités inhérentes à chaque cas". On trouve notamment, dans cette catégorie, les injections intraveineuses et les pansements complexes. La troisième catégorie vise "les actes qui ne peuvent être accomplis par des auxiliaires médicaux, sauf sous la responsabilité et la surveillance directe du médecin traitant". Il s'agit, en particulier, des actes de radiologie et d'anesthésie. Enfin, la quatrième catégorie comprend "les actes qui ne peuvent être exécutés que par un médecin", tels que la prise de tension artérielle, ou certains massages complexes.

En fonction de cette classification, le Conseil d'Etat allait décider que "si la responsabilité de l'administration hospitalière n'est susceptible d'être engagée que sur le fondement de la faute lourde en ce qui concerne les dommages corporels causés par des actes médicaux qui ne peuvent être exécutés que par un médecin ou un chirurgien ou par ceux qui ne peuvent être exécutés par un auxiliaire médical que sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin, dans des conditions qui lui permettent d'en contrôler l'exécution et d'intervenir à tout moment, ladite administration est responsable des conséquences dommageables des fautes, quel qu'en soit le degré, commises lors de la prestation de soins qui ne se rattachent pas aux catégories ci-dessus mentionnées ..." (2). Cela signifie, à l'opposé, que les actes visés par les deux premières catégories peuvent engager la responsabilité de l'administration dans les hypothèses où une faute simple a été commise.

Si la distinction apparaît fiable, sa portée doit cependant être relativisée. Ainsi, la classification opérée par le ministre de la santé n'a aucun caractère obligatoire pour les juges qui demeurent tout à fait libres de s'en affranchir. Cette faculté pourra notamment être utilisée dans des hypothèses où l'acte incriminé n'aura pas encore été répertorié. Mais surtout, les juges seront tout à fait libres de moduler l'engagement de la responsabilité des établissements hospitaliers en fonction des circonstances de l'espèce qui leur est soumise.

(1) F. Coulet, note sur C.E. 9 janvier 1957, Dame vve. Nasi (arrêt précité supra p.216 note 2).

(2) C.E. Sect. 26 juin 1959, Rouzet, précité supra p. 221 note 4.

Seront alors pris en compte les critères de qualification de la faute lourde et de la faute simple : le comportement des agents hospitaliers rapporté à la difficulté de l'activité en cause, la prévisibilité du dommage rapportée à l'état de la victime, les moyens mis à la disposition du service, les circonstances temporelles du dommage (1). Ainsi par exemple, n'entraîne pas, en cas de dommage, une responsabilité pour faute simple, le fait, pour un interne, de pratiquer un acte médical pour lequel il n'est pas habilité, dans les hypothèses d'urgence (2). Cela ne remet pas en cause, cependant, le rétrécissement du domaine de la faute lourde, même si le juge dispose, dans ce domaine d'une grande liberté.

La distinction entre les actes de soins et les actes médicaux ne constitue cependant pas l'unique moyen de modifier la frontière entre la faute lourde et la faute simple. En effet, lorsqu'un acte médical a été accompli dans des conditions qui ne permettent pas d'offrir à l'usager toutes les garanties qui lui sont conférées par son statut, les juges de l'administration pourront également retenir une faute simple engageant la responsabilité de l'établissement hospitalier.

B- La restriction de la faute lourde par le recours aux garanties médicales dues aux usagers

Si elle n'apparaît pas nécessairement en toutes lettres dans le corps des arrêts, la notion de garanties médicales dues aux usagers joue un rôle important dans la détermination de la responsabilité des hôpitaux publics (3). D'une façon générale, on peut affirmer que cette notion est utilisée dans des cas où un acte médical a été accompli dans des conditions qui ne sont pas conformes aux règles de fonctionnement des hôpitaux, telles que ces règles sont définies par le législateur et par le pouvoir réglementaire. Il s'agit ici de la principale manifestation de ce que certains auteurs ont appelé "un mouvement protecteur des droits de l'homme-patient" (4).

(1) Voir sur ce point supra p.213-224.

(2) Voir sur ce point supra p.224.

(3) Voir ainsi, parmi des affaires récentes à l'occasion desquelles il a été fait appel à cette notion : C.E. 8 octobre 1986, Langlet c. C.H.G. de Château-Thierry, R.D.P. 1987, p.464 (absence d'un médecin anesthésiste au moment d'un accouchement difficile) ; T.A. Lyon, 28 mars 1990, Mme. Adams, Rec. Tables, p. 974, R.H.F. 1991, p.257 (défaut de remplacement d'un médecin) ; T.A. Lyon, 16 octobre 1990, Centre hospitalier de Châlon-sur-Saône c. Camus, R.H.F. 1991, p.632 (défaut de surveillance et mauvaise coordination entre un médecin et une sage-femme) ; C.A.A. Lyon, 21 septembre 1992, Hospices civils de Lyon C. Ruiz, R.H.F. 1994, p.490 (réalisation par un interne d'un acte médical dans des circonstances ne l'y autorisant pas).

(4) J-J Thouroude, J-F Touchard, note sur C.E. 9 décembre 1988, 2 arrêts, Bazin et Cohen, D.S. 1990 p.487.

Dans de telles hypothèses, quand bien même le dommage dont il est demandé réparation a été occasionné par un acte médical, la responsabilité de l'administration peut être engagée pour faute simple. C'est d'abord dans des affaires concernant des internes que cette notion a été utilisée par le Conseil d'Etat, dans le contentieux disciplinaire à l'occasion de l'arrêt de Section Fresnais du 18 décembre 1953 (1), puis dans le contentieux de la responsabilité à l'occasion de l'arrêt de Section Dame Forcina du 25 juin 1954 (2). Cette seconde affaire mettait en cause les dommages occasionnés par un acte médical dont l'accomplissement avait été délégué à un interne en dépit de sa gravité manifeste. A cette occasion, les juges, estimant que l'hôpital ne peut "porter atteinte aux garanties médicales que les malades sont en droit d'attendre d'un établissement public hospitalier" décidait que la preuve d'une faute simple suffisait à engager la responsabilité de l'établissement hospitalier en cause. Ceci étant, les garanties médicales dues aux usagers ne visent pas seulement les hypothèses dans lesquelles la qualité du personnel est contestée. Elles concernent également, comme on pourra l'observer dans un premier point, les carences quantitatives en personnel.

1)° Les carences quantitatives en personnel

Saisis d'une demande en réparation de dommages occasionnés par un acte médical, les juges de l'administration ne manquent pas de vérifier que la victime a effectivement bénéficié du concours du personnel nécessaire à la réalisation de cet acte. De cette façon, la mauvaise organisation du service permet d'engager la responsabilité de l'hôpital pour faute simple, alors que la preuve d'une faute lourde aurait été requise si l'acte médical avait été pris en compte de façon isolée. Le cas se présente, notamment, dans des hypothèses où des membres de l'équipe médicale de l'établissement hospitalier sont partis en retraite ou en vacances, et n'ont pas été remplacés. Dans l'hypothèse la plus extrême, c'est la fermeture temporaire d'un service de l'hôpital qui peut être mise en cause (3).

La très médiatique affaire Adams jugée par le Tribunal administratif de Lyon le 28 mars 1990 constitue une illustration remarquable de cette jurisprudence (4). Hospitalisé en vue de subir une intervention chirurgicale légère, M. Adams s'était retrouvé dans un coma profond

(1) Arrêt précité supra p.224 note 4.

(2) Rec. p.388 ; R.P.D.A. 1954, p.93 ; G.P. 1954.II. p.142.

(3) T.A. Toulouse, 13 décembre 1982, Ginalac, R.H.F. 1983 p.418. Dans cette espèce l'erreur commise par un praticien dans la mise en place d'un cathéter artificiel chez un nouveau-né n'a pu être décelée en raison de la fermeture temporaire du service de radiologie d'un hôpital. La responsabilité de l'hôpital est engagée pour faute simple. Notons, cependant, que si la responsabilité de cet hôpital est engagée pour faute simple, une autre décision de juges du fond avait auparavant admis qu'une erreur médicale identique à celle commise par le praticien pouvait également être constitutive d'une faute lourde (T.A. Dijon, 4 mai 1982, Grivot, R.H.F. 1983, p.410).

(4) Arrêt précité supra p.274 note 3.

faisant suite à un accident respiratoire dû aux conditions dans lesquelles son anesthésie avait été pratiquée. Saisi par l'épouse de la victime, les juges répressifs avaient d'abord estimé que les erreurs commises par le praticien chargé de réaliser cette anesthésie étaient constitutives d'une faute pénale. Ce praticien, qui ne détenait pas encore le certificat de la spécialité, avait négligé de prévenir le seul médecin anesthésiste du service des difficultés rencontrées et avait fait preuve, durant l'opération, d'une incompétence grave. En apparence, de telles erreurs devaient également autoriser le Tribunal administratif de Lyon à retenir une faute à l'encontre de l'établissement hospitalier

Plutôt que de rechercher une hypothétique faute lourde, le Tribunal administratif s'est attaché à examiner les circonstances précises qui ont conduit à l'intervention litigieuse. Dans cette espèce, l'indisponibilité des médecins anesthésistes pouvait paraître justifiée par le nombre d'anesthésies pratiquées dans la matinée durant laquelle s'était produit l'accident. En revanche, il apparaissait que "l'intervention chirurgicale prévue ne présentait aucun caractère d'urgence". Au demeurant, "eu égard aux conditions habituelles de fonctionnement du service, au sein duquel étaient normalement affectés deux médecins anesthésistes réanimateurs qualifiés, le défaut de remplacement de l'un d'entre eux ... a privé M. Adams des garanties médicales qu'il était en droit d'attendre d'un établissement public hospitalier" (1).

La notion de garanties médicales ne doit cependant pas être comprise de façon étroite. Le cas échéant, cette notion sera appliquée à des hypothèses dans lesquelles les carences du service sont consécutives à une mauvaise coordination entre les différents agents de l'hôpital. Tel est le cas, en particulier, dans une décision du Tribunal administratif de Dijon du 16 octobre 1990, Centre hospitalier de Châlon-sur-Saône c. Camus (2). Dans cette espèce, le Tribunal a estimé que les nombreuses erreurs commises dans le déroulement d'un accouchement ont à leur origine une "mauvaise coordination évidente entre (un) médecin et (une) sage-femme" qui l'a mal informé de la gravité de la situation et a ainsi "privé l'enfant à naître des garanties médicales essentielles". Il est intéressant de noter que cette décision qualifie cette privation de faute lourde, alors qu'il aurait été plus juste de distinguer le dysfonctionnement du service, qui permet d'engager la responsabilité de l'hôpital pour faute simple, des erreurs médicales qui relèvent effectivement de la faute lourde. Dans l'espèce visée, cette confusion assez regrettable semble pouvoir être expliquée par le fait que les erreurs médicales procèdent directement de dysfonctionnements du service et qu'il est ainsi difficile de dissocier les deux types de fautes commises.

(1) Comp. C.E. 14 mars 1973, Dame Lagarde, R.T.D.S.S. 1974, p.623, obs. Moderne (interruption de la surveillance médicale d'une malade en raison du départ en vacances du chirurgien qui l'avait opérée) ; C.E. 8 octobre 1986, Langlais et Centre hospitalier général de Château-Thierry, R.D.S.S. 1987, p.399, obs. Moderne (absence d'un médecin anesthésiste privant la victime "des garanties qu'elle était en droit d'attendre").

(2) R.H.F. 1991, p.632.

En dehors des cas de mauvaise coordination du service, la notion de garanties médicales pourra également être utilisée dans des hypothèses où un auxiliaire médical a refusé d'avertir un praticien plus qualifié que lui en vue de réaliser un acte médical excédant le cadre de ses compétences. Ainsi, dans un arrêt M. et Mme. Aubert c. Centre de mutualité sociale agricole du Loiret du 19 février 1982, le Conseil d'Etat a sanctionné la faute commise par une infirmière aide-anesthésiste qui a procédé seule à une anesthésie sans qu'ait été prévenu un médecin (1).

Mais quoiqu'il en soit, l'appréciation des garanties médicales dues aux usagers varie fortement en fonction des circonstances présentées par chaque espèce. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt Caisse de mutualité sociale agricole de la Charente-Maritime et Marsais du 17 juin 1974, le Conseil d'Etat a décidé que l'interruption momentanée de la surveillance d'un malade présentant des signes d'agitation n'était pas constitutive d'une faute de service, dès lors que cette interruption devait permettre à l'infirmière chargée de la surveillance de contacter le médecin de garde (2). De même, le fait que deux accouchements difficiles se soient déroulés simultanément, permet d'exonérer l'hôpital de toute responsabilité découlant du retard de l'unique médecin gynécologue prescrit par l'effectif réglementaire de l'hôpital (3). Il ne faut pas perdre de vue, en outre, comme le souligne la décision Mme. Adams du Tribunal administratif de Lyon (4), que l'urgence est susceptible de couvrir l'absence de certaines garanties médicales dues aux usagers. Au demeurant, les juges de l'administration ne sont pas tenus d'apprécier les garanties médicales devant être assurées aux usagers en fonction des textes légaux et réglementaires en vigueur. La Cour administrative d'appel de Nantes a ainsi clairement précisé, dans un arrêt Centre hospitalier régional d'Orléans c. Fichon du 22 février 1989, que même si la réglementation autorise "les médecins à effectuer leurs gardes à domicile, l'absence d'un médecin anesthésiste susceptible d'intervenir sans délai, notamment pour les besoins d'un service d'obstétrique où les urgences sont fréquentes, constitue une faute dans l'organisation du service" (5). S'il ne s'agit que de l'un des motifs de l'arrêt visé, on ne peut être que tout à fait sceptique vis-à-vis de l'utilisation faite par les juges nantais de la notion de garanties médicales dont elle fait un usage implicite. Estimer qu'il y a faute, dans une telle espèce, revient à dire, en fait, que l'hôpital peut être condamné parce qu'il n'est pas allé au-delà des prescriptions légales et

(1) R.D.P. 1987, p.465. Voir également, T.A. Nice, 10 juillet 1980, Centre hospitalier de Bastia, R.H.F. 1981, p.478 (faute simple retenue pour réparer les dommages occasionnés par une sage-femme qui a procédé seule à un accouchement particulièrement difficile, et a refusé à de multiples reprises de faire appel à la sage-femme en chef et au médecin chef de service).

(2) Arrêt précité supra p.225 note 7.

(3) C.E. 20 janvier 1989, Centre hospitalier de Compiègne Hôpital Saint-Joseph c. Tavares, Rec. Tables p.910.

(4) décision précitée supra p.274 note 3.

(5) Rec. p.300.

réglementaires qui lui sont imposées.

Le recours à la notion de garanties médicales dues aux usagers donne ainsi aux juges de l'administration la possibilité de pallier, dans une large mesure, l'absence de faute lourde commise dans le cadre des activités médicales hospitalières. Cette notion ne vise d'ailleurs pas seulement les cas dans lesquels un tel type d'acte a été pratiqué en l'absence de catégories de personnel censées y prendre part. La même notion apparaît dans d'autres hypothèses où c'est la qualité du personnel qui a effectivement réalisé de tels actes qui est susceptible d'être mise en cause.

2)° Les carences qualitatives du personnel

Dans son arrêt du 12 janvier 1943, Compagnie d'assurances la "Norwich union", le Conseil d'Etat avait décidé que les dommages occasionnés par un acte médical pratiqué par un externe dans des conditions irrégulières, ne pouvaient permettre d'engager la responsabilité de l'hôpital qu'à condition qu'une faute lourde ait été commise (1). A cette occasion, la juridiction administrative suprême affirmait son attachement à l'inaltérabilité du critère matériel de distinction entre les actes médicaux et ceux relevant de l'organisation et du fonctionnement du service.

Le fait que l'auteur de l'acte médical n'était pas habilité à pratiquer l'acte incriminé ne remettait nullement en cause cette distinction. Pourtant, les textes ne laissaient subsister aucun doute sur la différence existant entre un médecin, d'une part, et les internes et les externes des hôpitaux, d'autre part. La loi du 30 novembre 1892, tout comme le décret du 17 avril 1943, n'autorisaient les internes et les externes à pratiquer des actes médicaux que pour des cas urgents "sous la responsabilité du chef de service", ou bien pour certains actes dont la réalisation leur a été déléguée "sous (la) surveillance directe et (la) responsabilité" du chef de service (2).

Sensible aux réalités du fonctionnement des hôpitaux, le Conseil d'Etat avait cependant fini par considérer que les internes bénéficiaient, de la part des chefs de service, d'une autorisation habituelle leur permettant d'accomplir des actes médicaux courants (3). La définition des prérogatives des internes et externes des hôpitaux a ainsi été reformulée par le l'arrêt Fresnais du 18 décembre 1953 : "... en dehors des cas de force majeure où l'intervention de l'interne (ou de l'externe) s'impose, en raison de l'urgence, en l'absence des chirurgiens et de leurs assistants, ceux-ci ne peuvent régulièrement se décharger sur leurs internes (et leurs externes) de l'obligation qui incombe à ces praticiens d'opérer

(1) Arrêt précité supra p.207 note 4.

(2) Voir sur ce point supra p.223-224.

(3) Voir sur ce point, J. Montador, La responsabilité des services publics hospitaliers, op.cit. p.78.

personnellement que lorsqu'une telle délégation n'est pas exclue par l'importance de l'opération et qu'ils se sont assurés, au préalable, dans chaque cas et sous leur responsabilité, que l'autorisation exceptionnelle ainsi donnée n'est susceptible de porter aucune atteinte aux garanties médicales que les malades sont en droit d'attendre du service médical des hôpitaux" (1).

Suivant cette logique, le Conseil d'Etat a décidé, dans l'arrêt Dame Forcina (2), que lorsque un interne ou un externe a pratiqué un acte médical en dehors des circonstances susvisées, la responsabilité de l'hôpital public peut être engagée pour faute simple (3). Tel est le cas dans les hypothèses où les juges estiment que l'intervention pratiquée n'était pas urgente (4), ou bien que la gravité de l'acte médical en cause excluait toute possibilité de délégation (5). Dans certaines affaires, ces deux types d'erreurs pourront d'ailleurs être cumulés (6).

Il est utile de préciser, par ailleurs, qu'une fois leur diplôme acquis, les médecins sont, en principe, habilités à réaliser des actes médicaux qui ne peuvent engager la responsabilité de l'hôpital qu'en cas de faute lourde. Cette solution a été admise par le Conseil d'Etat dans des termes très généraux s'appliquant à l'ensemble des "collaborateurs qualifiés d'un chef de service hospitalier pourvus du titre de docteur en médecine", à l'occasion de l'arrêt C.H.U. de Montpellier du 22 mars 1967 (7).

Cependant, ce critère n'est pas appliqué de façon très rigoureuse. Il serait de toute façon irréaliste d'estimer que la qualité de docteur en médecine permet d'acquiescer, du jour au

(1) Arrêt précité supra p. 275 note 1.

(2) Arrêt précité supra p.275 note 2.

(3) Cette jurisprudence s'applique, a fortiori, aux actes médicaux accomplis par des simples étudiants en médecine (C.E. 23 février 1977, Hôpital de Saint-Pierre-de-la-Réunion, R.T.D.S.S. 1977, p.528, obs. Moderne).

(4) C.E. 9 novembre 1959, Sarotte, Rec. p.591 ; C.E. 4 octobre 1968, Dlle. Doukakis, Rec. p.903, D.S. 1968, p.712.

(5) C.E. 15 mars 1963, C.H.R. de Grenoble, Rec. p.713 ; C.E. 16 avril 1980, C.H.R. de Nantes, Rec. p.174 ; C.A.A. Lyon, 22 septembre 1992, Hospices civils de Lyon c. Ruiz, précité supra p.272 note 2. Voir au contraire, estimant qu'une myélographie cervicale est une intervention qui peut être effectuée par un interne, C.A.A. Nancy, 10 juillet 1990, Marty, Rec. Tables p.975.

(6) C.A.A. Nancy, 14 novembre 1991, Mme. Lejeune, Rec. Tables p.1184.

(7) Rec. p.146. Cette espèce était relative à un acte médical réalisé par un chef de clinique, en dépit d'une promesse verbale faite à un patient par le médecin qui devait le soigner. Voir dans le même sens : C.E. 21 octobre 1970, C.H.R. de Montpellier, c. Epoux Para, Rec. p.612 ; C.E. 25 juillet 1986, Mme. Champsaur, R.D.P. 1986, p.466. Voir également, T.A. Versailles 30 mars 1984, Centre hospitalier de Montmorency c. Barboff, R.H.F. 1984, p.1155 (opération pratiquée par l'assistant d'un chef de clinique).

lendemain, l'expérience qui est censée faire défaut aux internes. Dans des affaires relatives à la réparation de dommages occasionnés par un acte médical dont la réalisation est particulièrement délicate, les juges ne manquent pas de confronter la nature de l'acte en cause et les circonstances dans lesquelles il a été pratiqué, à l'expérience du médecin. Ainsi, dans un arrêt Centre hospitalier régional de Lille du 10 mai 1989, le Conseil d'Etat a écarté la faute dans l'organisation du service après avoir observé "que le chirurgien, docteur en médecine ayant effectué un service de trois années en neurochirurgie, présentait la compétence requise ..." (1).

En revanche, dans une décision du 9 décembre 1982, Centre hospitalier de Roanne c. Michel, le Tribunal administratif de Lyon a estimé qu'un docteur en médecine, élève en C.E.S. de chirurgie "ne possédait pas la qualification requise" pour pratiquer une opération complexe sur un pouce (2). Dans ce domaine, cependant, la jurisprudence apparaît assez incertaine. Ainsi, le Conseil d'Etat a décidé, dans un arrêt Mme. Vilmot du 22 octobre 1986, qu'un élève en C.E.S. d'anesthésie pouvait valablement pratiquer une anesthésie selon un protocole défini par un spécialiste (3). Dans cette espèce, il semble toutefois que le caractère imprévisible de la bronchoplasmie dont a été victime le malade a joué un rôle déterminant dans la décision des juges. On ne saurait affirmer, par conséquent, qu'une faute simple n'aurait pas été retenue si le dommage n'avait présenté un caractère exceptionnel.

La même incertitude se retrouve dans le cas d'actes médicaux de nature complexe réalisés par un interne ou un externe. En principe, le fait qu'une opération ait été réalisée par un interne sans "aucune qualification chirurgicale" permet de décider que "même si aucune faute lourde ne peut être relevée ... le patient ne peut être regardé comme ayant bénéficié de toutes les garanties que les malades sont en droit d'attendre ..." (4). Dans ce domaine, cependant, l'expérience de l'interne est déterminante. Ainsi, dans une décision Assistance publique de Marseille C. Bordala du 7 décembre 1984, le Tribunal administratif de Marseille a décidé qu'une intervention présentant "des difficultés et des risques particuliers ... pouvait parfaitement être pratiquée par un interne habitué à ce genre d'opération" (5).

Au demeurant, la juridiction administrative suprême a déjà admis, en dehors des cas d'urgence, que la réalisation d'actes médicaux par d'autres catégories d'agents non pourvus d'un titre de docteur en médecine ne permettait pas nécessairement de relever une faute

(1) R.D.P. 1990, p.1166.

(2) R.H.F. 1983 p.737.

(3) R.D.P. 1987, p.466.

(4) C.A.A. Lyon, 29 mai 1990, Consorts Germonprez, Rec. Tables p.974. Voir également C.E. 18 janvier 1984, Vigouroux et autres, Rec. p.734 (garde du service des urgences confiée à un interne ayant moins de trois mois de stage, Rec. p.734).

(5) R.H.F. 1985, p.813 (dommage occasionné par une cathétérisation de la veine jugulaire).

dans l'organisation et le fonctionnement du service. Ainsi, le Conseil d'Etat a pu estimer, dans un arrêt Almeida Assuncao du 20 mai 1987, qu'une sage-femme titulaire d'un diplôme d'auxiliaire anesthésiste pouvait, en application de l'article 25 du Code de déontologie des sage-femmes, pratiquer une anesthésie en présence d'un médecin non spécialisé (1). Une solution identique, et tout à fait logique, est appliquée lorsqu'un accouchement qui ne présente pas de difficultés particulières est réalisé par un membre de cette catégorie d'agents hospitaliers (2).

De la même façon, l'activité des internes et des externes des hôpitaux agissant dans le cadre des compétences qui peuvent leur être reconnues, ne permet d'engager la responsabilité d'un établissement public hospitalier que pour faute lourde. Il est d'ailleurs intéressant de noter que, proportionnellement à l'ensemble des fautes lourdes reconnues dans le domaine hospitalier, celles commises par les internes et les externes occupent une place non négligeable, ce qui s'explique très bien par le manque d'expérience de ces personnels. Le plus souvent, d'ailleurs, la faute lourde sera alléguée dans le cadre d'activités médicales dont l'aspect intellectuel est prépondérant. C'est ainsi qu'une part importante des fautes lourdes relevées dans l'activité des internes et des externes des hôpitaux concernent des erreurs de diagnostic (3), ou bien des erreurs de prescription (4). En revanche, les arrêts condamnant un établissement hospitalier pour une faute lourde commise dans l'application d'un traitement sont plus rares (5).

Les différentes règles que l'on vient d'exposer ont seulement été destinées, des années durant, à déterminer la responsabilité des établissements hospitaliers à vocation générale. Comme on a pu l'évoquer, les établissements psychiatriques se voyaient appliquer, quant à

(1) R.D.S.S. 1988, p. 622.

(2) C.E. 9 avril 1975, Pisaneschi, Rec. Tables p.1250.

(3) Voir notamment C.E. 11 octobre 1963, Assurance "La France", Rec. p.485 ; C.E. 18 novembre 1966, Consorts Gojat, Rec. p.613 ; C.E. 22 novembre 1967, Ciabrini, Rec. p.439 ; C.E. 15 mars 1974, Centre psychiatrique Sainte-Anne, Rec. p.190 ; C.E. 29 octobre 1980, Marty, Rec. p.874 ; C.E. 4 août 1982, Hôpital de Thann, Rec. Tables p.742, G.P. 1983.I.p.158. Voir également, rejetant la faute lourde de médecins hospitaliers : C.E. 13 octobre 1971, Maubec, Rec. Tables p.1189 ; T.A. Lille 11 mai 1982, Centre hospitalier de Béthune c. Deffar, R.H.F. 1983 p.115 ; T.A. Versailles 18 novembre 1982, Centre hospitalier de Corbeil-Essonnes c. Hausonne, R.H.F. 1983 p.606 ; T.A. 27 septembre 1988, Centre hospitalier de Pau c. Rouxel, R.H.F. 1989 p.317. Voir enfin, refusant de reconnaître une faute lourde dans une erreur de diagnostic commise par un interne : C.E. 14 décembre 1984, Brenas, R.D.P. 1985, p.1374 ; T.A. Grenoble, 15 octobre 1986 Centre hospitalier de Die c. Terrier, R.H.F. 1987, p.362.

(4) C.E. premier décembre 1978, Artéon, arrêt précité supra p.229 note 2 (prescription d'un médicament sans recherche de contre-indication).

(5) Nous n'avons pu relever, sur ce point, qu'une seule illustration jurisprudentielle (T.A. Grenoble, 28 novembre 1984, Martin, R.H.F. 1985, p.813).

eux, un régime de responsabilité marqué par une sévérité beaucoup plus grande (1). De façon progressive, ce régime a toutefois fini par être aligné sur la distinction entre la faute lourde et la faute simple.

§II- L'alignement des règles de responsabilité appliquées aux hôpitaux psychiatriques sur la distinction entre la faute lourde et la faute simple

A l'origine, et bien que la jurisprudence ne semble pas avoir été bien fixée, les juges de l'administration estimaient que l'activité des hôpitaux psychiatriques ne permettait d'engager la responsabilité des départements que dans la mesure où une faute manifeste et de particularité gravité avait été commise dans la surveillance des aliénés (2). L'amélioration de la situation des victimes allait passer par deux séries d'aménagements dans les règles de responsabilité. En premier lieu, les juges ont distingué les activités de surveillance des établissements psychiatriques, de leurs activités thérapeutiques. Comme dans le cadre de la responsabilité des hôpitaux à vocation générale, les activités médicales de ces établissements se sont vues appliquer un régime de responsabilité pour faute lourde. En second lieu, les juges de l'administration ont progressivement abaissé le degré de la faute susceptible d'engager la responsabilité des hôpitaux psychiatriques dans le domaine de leurs activités de surveillance.

A- La distinction opérée entre les activités de surveillance et les activités thérapeutiques des hôpitaux psychiatriques

L'apparition de cette distinction est directement liée à la réalisation de l'objet thérapeutique des établissements psychiatriques. Tant que l'activité de ces établissements demeurait presque exclusivement cantonnée à la surveillance des aliénés, il apparaissait assez logique que le régime de responsabilité qui leur était appliqué ne soit pas le même que celui réservé aux hôpitaux à vocation générale. Mais à partir du moment où l'activité médicale des hôpitaux psychiatriques a pris une part prépondérante, les juges de l'administration leur ont appliqué, pour ce secteur de leur activité, un régime de responsabilité pour faute lourde.

(1) Voir sur ce point supra p.186-192.

(2) Ibid.

1)° La réalisation de l'objet thérapeutique des hôpitaux psychiatriques

La loi du 30 juin 1838 avait pour objet essentiel l'amélioration du traitement des maladies mentales et la suppression progressive du régime quasi carcéral jusqu'alors appliqué aux aliénés (1). Mais, comme on a eu l'occasion de l'observer, des problèmes structurels, un certain conservatisme idéologique lié à la perception de la folie, ont contribué à retarder l'application effective de ce texte (2).

De fait, les premiers arrêts envisageant la responsabilité du fait de l'activité de ces établissements sont directement calqués sur les solutions appliquées aux établissements pénitentiaires (3). En application de ces solutions, les juges de l'administration ont été conduits à estimer que la responsabilité des départements dont relèvent les asiles d'aliénés ne pouvait être engagée qu'à condition que la victime soit en mesure de prouver qu'une faute manifeste et de particulière gravité avait été commise. Il est d'ailleurs intéressant de noter que les premiers ouvrages consacrés à la responsabilité hospitalière ne font pas même allusion au régime de responsabilité appliqué à ces établissements (4). En revanche, la célèbre thèse de Francis-Paul Bénéoit, publiée en 1946, et consacrée à la responsabilité des services de police, comprend des développements sur ce problème (5).

La responsabilité des établissements psychiatriques n'est envisagée, en effet, que du seul point de vue de la surveillance des aliénés. Or, la façon dont est réalisée cette surveillance, paraît en tout point assimilable à celle appliquée aux détenus. Cette assimilation est d'ailleurs favorisée par le caractère rudimentaire des traitements appliqués : les séances d'électrochocs, les douches glacées, ou les camisoles de force visaient tout autant à soigner le malade, qu'à s'assurer de son calme, et à limiter, par là même, les risques d'évasion. Ainsi, il n'est guère surprenant de constater que le Conseil d'Etat a pu rechercher une faute manifeste et de particulière gravité, dans une affaire concernant un aliéné étranglé par une camisole de force (6).

La conjonction d'un certain nombre de facteurs allait cependant contribuer à atténuer le particularisme du régime appliqué à la responsabilité des hôpitaux psychiatriques. Le premier de ces facteurs est constitué par l'amélioration des structures hospitalières. Comme

(1) Voir sur ce point supra p.180-182.

(2) Voir sur ce point supra p.181-182.

(3) Voir sur ce point supra p.187.

(4) E. Prévôt, *La responsabilité des établissements publics hospitaliers*, op.cit. ; M. Buzit, *Les établissements publics hospitaliers devant les tribunaux*, op.cit.

(5) *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative*, op.cit. p.48-51.

(6) C.E. 21 décembre 1934, Dame vve. Pannetier, arrêt précité supra p.188 note 3.

on l'a évoqué plus haut, la faiblesse majeure du système organisé par la loi du 30 juin 1838, se situait dans le non-respect des termes de la loi qui prévoyait que chaque département devait être doté d'un hôpital psychiatrique (1). Ce n'est qu'entre les deux guerres mondiales que la construction de ces établissements allait connaître un véritable essor, leur nombre passant d'un cinquantaine à la fin du XIX^e siècle, à plus d'une centaine au milieu du XX^e (2).

Or, en même temps que les structures d'accueil s'amélioraient, l'enfermement des malades mentaux apparaissait de moins en moins comme une nécessité. D'un côté, la circulaire du ministre de la Santé du 28 février 1951, créant le service libre des hôpitaux psychiatriques, mettait en place une alternative au régime d'internement exclusivement visé par la loi de 1838. Cette formule devait connaître un tel succès qu'elle devint rapidement le mode de prise en charge privilégié des malades mentaux (3). D'un autre côté, l'internement a été clairement distingué de la notion d'enfermement par une autre circulaire du ministre de la santé du 4 juin 1957. Ce texte officialisait la pratique des sorties à l'essai et des autres méthodes libérales de traitement visant à réadapter les malades à la vie sociale hors de l'établissement, tout en les gardant juridiquement internés (4).

Il est également important de souligner que l'apparition de nouvelles méthodes thérapeutiques a contribué à mieux dissocier les activités de soins de ces établissements, de leurs activités de surveillance. Au demeurant, ces nouvelles méthodes ont permis de rendre cette mission de surveillance moins difficile que par le passé. La découverte des neuroleptiques en 1952 a joué un rôle déterminant dans ce sens en permettant de diminuer de façon très sensible le nombre de malades agités et potentiellement dangereux (5).

La conjonction de ces différents facteurs permettait, à l'évidence, de rendre plus efficaces les méthodes thérapeutiques appliquées aux malades mentaux, ce qui devait permettre de mieux distinguer les activités médicales des activités de surveillance des établissements psychiatriques. De ce fait, la situation de ces établissements se rapprochait de celle des hôpitaux à vocation générale, ce qui devait justifier l'application du régime de la faute lourde, pour les dommages occasionnés par leurs activités thérapeutiques.

(1) Voir supra p.181.

(2) J. Imbert, Histoire des hôpitaux, op.cit. p.308.

(3) Selon un auteur, le service libre représente de nos jours 90 % des hospitalisations. Renseignement recueilli in Xavier Lesegretain, Les activités extra-hospitalières en psychiatrie et la responsabilité des centres hospitaliers, Mémoire E.N.S.P. 1994, p.33.

(4) Sur les problèmes de responsabilité posés par l'utilisation de ces méthodes, voir infra p.361-365.

(5) Voir sur ce point, J. Imbert, Histoire des hôpitaux, op.cit. p.640. Sur les autres traitements, voir P. Uzel, La responsabilité des hôpitaux psychiatriques et leur assurance, op.cit. p.15.

2)° L'application du régime de la faute lourde aux activités thérapeutiques des hôpitaux psychiatriques

Le commissaire du gouvernement Lefas devait proposer au Conseil d'Etat d'adopter le régime de la faute lourde à l'occasion de l'arrêt Département des Basses-Pyrénées c. Prat du 19 janvier 1945 (1). Cette affaire était relative à une demande en réparation présentée par un malade blessé par un aliéné qui venait d'être transféré d'une "section d'agités" d'un hôpital psychiatrique vers une "section de malades tranquilles". L'application de la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat aurait dû conduire à estimer que seule une faute manifeste et de particulière gravité était susceptible d'engager la responsabilité du département. Mais pour le Conseil de préfecture de Pau, saisi en première instance, l'erreur commise dans le diagnostic établi par les autorités médicales de l'établissement permettait d'engager la responsabilité de cet établissement pour faute lourde.

Pour le commissaire du gouvernement Lefas, un tel assouplissement du régime de responsabilité appliqué aux hôpitaux psychiatriques était tout à fait souhaitable. L'évolution des structures de ces établissements devait permettre de remettre en cause leur assimilation aux services de police, et d'aligner leur régime de responsabilité sur celui réservé aux activités thérapeutiques des hôpitaux à vocation générale. Car, en effet, si "le problème de responsabilité diffère peu en apparence de celui qui se pose en matière de police ... si l'on creuse la question, si l'on tient compte de la nature des affections soignées dans ces hôpitaux psychiatriques, on est obligé de reconnaître que la surveillance des aliénés est étroitement liée au traitement médical". Ainsi, "on est ... conduit à penser que le véritable terrain sur lequel doit être posé le problème de la responsabilité des asiles d'aliénés ... est celui des services de santé en général".

Compte tenu des circonstances de l'espèce, les premiers juges avaient estimé qu'une faute lourde avait été commise par les autorités médicales de l'hôpital, dans l'établissement du diagnostic qui avait conduit à autoriser le transfert de l'auteur du dommage vers un service peu surveillé. Or, comme on le sait, l'établissement d'un diagnostic constitue une opération extrêmement délicate, et cela notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier l'état mental d'un malade. On ne peut estimer qu'une erreur de diagnostic est constitutive d'une faute lourde que si cette erreur apparaît grossière, ou si les conditions dans lesquelles il a été réalisé dénotent un manque de sérieux évident du praticien (2). Ainsi, l'aspect immatériel de cette activité, ajouté au fait que les manifestations de la maladie mentale ne sont pas toujours apparentes, rendent difficile l'admission d'une telle faute. Pour notre part, nous

(1) Arrêt précité supra p. 182 note 1.

(2) Voir sur ce point supra p.229-231.

n'avons relevé aucune décision retenant une faute lourde commise par le personnel médical d'un établissement psychiatrique dans le cadre d'une activité de diagnostic (1). Une faute lourde a cependant été retenue dans un domaine très proche, à l'occasion d'un arrêt du Conseil d'Etat du 14 novembre 1973, Dame Zanzi (2). Cette espèce mettait en cause le diagnostic des médecins du centre médico-psychologique d'une prison qui avaient estimé qu'un détenu, présentant des signes d'anxiété, était "peu dangereux". Ce détenu a été par la suite retrouvé pendu après avoir été "laissé sans traitement particulier pendant plusieurs semaines sans qu'ait été prise aucune précaution contre le risque de suicide alors que des tentatives antérieures de l'intéressé en montraient la gravité". Pour le Conseil d'Etat, l'erreur de diagnostic commise par les services médicaux de la prison alors que les risques d'autolyse étaient connus, constitue "une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat".

Si l'admission d'une faute lourde apparaît difficile, on pourrait penser, avec M. Uzel, qu'elle serait plus facile à admettre pour les erreurs de diagnostic commises par des médecins psychiatres sur l'état physique des malades (3). Pourtant, rien n'indique que les juges de l'administration accepteraient de reconnaître plus facilement l'existence d'une faute lourde pour des erreurs commises par un praticien en dehors de sa spécialité. On rappellera ici que le titre de docteur en médecine ne confère pas nécessairement au praticien la qualité d'accomplir n'importe quel acte (4), et cela même si de hautes autorités médicales estiment qu'un spécialiste doit être capable d'effectuer les mêmes prestations qu'un généraliste (5). En fait, dans ce domaine, si la faute lourde est plus facilement retenue, c'est seulement en raison de la moindre expérience des médecins psychiatres qui les expose à commettre des erreurs plus graves que les autres praticiens (6).

Un cas particulier doit être mis en évidence : celui dans lequel un malade mental victime d'un accident ou d'une agression n'a pas été immédiatement soumis à un examen médical. Dans de telles hypothèses, une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service

(1) Voir ainsi, refusant de reconnaître une faute lourde : C.E. premier octobre 1969, Ville de Paris et Caisse de coordination des assurances sociales de la R.A.T.P. c. Epoux Pion, Rec. p.413. ; C.E. 21 octobre 1970, Dame veuve De Soto, Rec. p.613 ; C.E. 28 mai 1971, Centre hospitalier de Reims, Rec. p.418 ; C.E. 7 décembre 1977, directeur général de l'Assistance publique à Paris, Rec. p.489 ; C.E. 26 octobre 1984, Bourgeois, R.D.P. 1985 p.1375.

(2) Rec. p.645.

(3) La responsabilité des hôpitaux psychiatriques ...,op.cit. p.19-21.

(4) Sur ce problème, voir supra p.279-280.

(5) Voir les auteurs cités par P. Uzel, La responsabilité des hôpitaux psychiatriques ..., op.cit. p.21. Notons que M. Uzel se montre lui-même défavorable à ce point de vue.

(6) Voir T.A. Nantes, 29 décembre 1983, Centre hospitalier de Cholet c. Mme. Levayer, R.H.F. 1984, p.1017.

peut être retenue (1).

Dans l'affaire Département des Basses-Pyrénées c. Prat du 19 janvier 1945 (2), le Conseil d'Etat a estimé que l'erreur de diagnostic commise par les médecins sur l'état mental de la victime ne relevait pas, compte tenu des circonstances de l'espèce, et en particulier du calme apparent du malade, une faute lourde. Sur ce point, la juridiction administrative suprême acceptait de suivre les conclusions de son commissaire du gouvernement. Elle refusait, en revanche, d'aligner sa jurisprudence sur les principes établis dans le domaine de la responsabilité des hôpitaux à vocation générale pour ce qui concerne leurs activités non médicales. Selon les juges, en effet, si la décision de transfert de l'aliéné "ne saurait être regardée comme une faute lourde au point de vue médical ... l'instruction n'a relevé dans l'organisation ou l'exécution du service aucune faute manifeste et d'une particulière gravité". Par là même, si l'arrêt Département des Basses-Pyrénées c. Prat a permis de distinguer les activités médicales des activités non médicales des hôpitaux psychiatriques, le régime de responsabilité appliqué demeurait encore partiellement dérogatoire. Ce n'est que de façon progressive que ce régime a perdu sa spécificité, par rapport au régime de responsabilité appliqué aux hôpitaux à vocation générale.

B- L'assouplissement progressif du régime de responsabilité appliqué aux activités de surveillance des hôpitaux psychiatriques

Alors qu'elle était encore exigée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Département des Basses-Pyrénées c. Prat, la faute manifeste et de particulière gravité a fini par être définitivement abandonnée, d'abord au profit de la faute lourde, puis au profit de la faute simple. Cette évolution de la jurisprudence permettait d'achever l'alignement des règles de responsabilité appliquées aux hôpitaux psychiatriques, sur celles jusqu'alors uniquement réservées aux hôpitaux à vocation générale.

1)° L'abandon de la faute manifeste et de particulière gravité

Si le Conseil d'Etat a utilisé, dans l'arrêt Département des Basses-Pyrénées c. Prat du 19 janvier 1945, la faute manifeste et de particulière gravité, cela ne signifie pas qu'il s'était uniquement référé à ce type de fautes dans les affaires qui lui avaient été antérieurement soumises. Comme on a déjà eu l'occasion de l'observer, la juridiction administrative suprême avait parfois subordonné l'engagement de la responsabilité du fait de l'activité des

(1) C.E. 5 janvier 1962, Legendre, Rec. Tables p.1105.

(2) Arrêt précité supra p. 182 note 1.

établissements psychiatriques à la preuve d'une faute lourde (1), et parfois même à la preuve d'une faute non qualifiée (2).

Ces arrêts étaient cependant demeurés isolés, puisque le Conseil d'Etat continuait de se référer, dans la plupart des affaires qui lui étaient soumises, à la faute manifeste et de particulière gravité (3). L'arrêt du Conseil d'Etat Eveillard du 10 novembre 1961 marque le véritable revirement de la jurisprudence en faveur de faute lourde (4). Cette espèce était relative à une demande de réparation formée par l'époux d'une malade admise pour "déprime nerveuse et anxiété obsessionnelle", qui avait réussi à s'enfuir de l'établissement attaqué et à se suicider. Pour le Conseil d'Etat, "l'insuffisance grave de (la) surveillance a seule permis la faute et le suicide de l'intéressée ..." et est "constitutive d'une faute lourde dans le fonctionnement du service public ...".

Si l'arrêt Eveillard marque le véritable revirement de la jurisprudence, c'est bien parce que les juges de l'administration ne se sont plus ultérieurement référés à la faute manifeste et de particulière gravité. On relève bien, avant l'arrêt Eveillard, un arrêt Département de la Somme c. Sieur Harrau du 3 février 1956 (5) dans lequel le Conseil d'Etat a estimé que le défaut de surveillance d'un aliéné coupable d'un vol après son évasion "constitue, en l'espèce, une faute lourde de nature à engager la responsabilité du département de la Somme". Mais cet arrêt n'a pas empêché le Conseil d'Etat à continuer de se référer à la faute lourde jusqu'à ce que l'affaire Eveillard lui soit soumise.

Si la juridiction administrative suprême s'était tenue à l'exigence d'une faute manifeste et de particulière gravité, dans cette affaire, le requérant n'aurait certainement pu obtenir satisfaction. En effet, dans aucune espèce publiée avant cet arrêt, le Conseil d'Etat n'a estimé qu'une surveillance mal adaptée aux symptômes présentés par le malade mental, pouvait, par elle-même, être constitutive d'une telle faute. Cette possibilité a notamment été rejetée par l'arrêt Dame Veuve Nasi du 9 janvier 1957 dans lequel la juridiction administrative suprême a estimé que l'état (de la victime) à son arrivée dans le service ne justifiait pas l'adoption, par le responsable du service, de mesures plus rigoureuses que celles qui ont été prises ..." (6). Une faute manifeste et de particulière gravité n'a pu être relevée qu'à l'occasion d'erreurs flagrantes commises dans l'organisation de cette surveillance. Mais il s'agissait d'erreurs si grossières, de légèretés tellement impardonnables, que l'appréciation

(1) Voir les arrêts cités supra p. 189 note 6.

(2) Voir les arrêts cités supra p.190 note 1.

(3) Voir les arrêts cités supra p.189 note 3.

(4) Rec. p. 639.

(5) Rec. p.50.

(6) Arrêt précité supra p.216 note 2.

de la gravité des symptômes présentés par la victime ne revêtait qu'une importance secondaire. Ainsi, dans l'arrêt Hôpital de Châtellerauld du 18 mai 1960 (1), le Conseil d'Etat a estimé que le fait de placer un malade atteint d'une crise de delirium tremens dans une pièce dépourvue de barreaux à ses fenêtres, constituait une faute manifeste et de particulière gravité susceptible d'engager la responsabilité de l'hôpital en cas de chute de l'intéressé. Dans l'arrêt Assistance publique à Marseille c. Dame vve. Filippi, du 11 février 1959 (2), ce sont les négligences d'une infirmière, qui a laissé sans surveillance un plateau de médicaments sur la table de chevet d'un malade, puis a oublié de vérifier ce plateau, tout en omettant d'administrer au malade les médicaments qui lui avaient été prescrits, qui sont en cause.

Le recours à la faute lourde permettait d'engager la responsabilité de l'administration dans des hypothèses où la nature même de la surveillance exercée apparaissait insuffisante, compte tenu des troubles psychiques présentés par la victime. Pour autant, cette solution n'apparaissait pas encore pleinement satisfaisante, dans la mesure où la référence à la faute lourde limitait encore de façon importante les chances de voir les dommages subis réparés.

2)° L'abandon de la faute lourde

Après l'arrêt Eveillard du 10 novembre 1961 (3), seul l'arrêt du Conseil d'Etat Bonnery du 31 janvier 1964 a permis d'engager la responsabilité de l'administration pour une faute lourde commise dans le cadre d'une activité de surveillance de malades mentaux (4). Dans cette espèce, relative au suicide d'un aliéné, la juridiction administrative suprême a pu relever que "le malade a été autorisé à quitter sa chambre accompagné seulement d'une aide-soignante, laquelle n'a même pas tenté d'empêcher le sieur Bonnery d'escalader et d'enjamber une rampe de 1,80 mètres de hauteur pour se jeter dans la cage d'escalier ...". Selon le Conseil d'Etat "(ces) circonstances relèvent de la part des services du centre hospitalier une faute lourde engageant la responsabilité dudit centre".

Il n'est pas certain, cependant, en dépit de ce qu'affirme M. Uzel (5), que de telles circonstances n'auraient pu également être constitutives d'une faute manifeste et de particulière gravité. Dans l'espèce visée, trois types d'erreurs étaient en cause : le manque de personnel, l'inaction coupable de l'aide-soignante et la disposition des locaux. Or, en

(1) Arrêt précité supra p.189 note 2.

(2) Rec. p.103.

(3) Arrêt précité supra p.288 note 4.

(4) Rec. p.75.

(5) La responsabilité des hôpitaux psychiatriques, op.cit. p.39.

présence de ces deux dernières données, envisagées isolément, le Conseil d'Etat avait déjà estimé qu'une faute manifeste et de particulière gravité pouvait être relevée. Certes, il aurait peut-être été difficile d'estimer que l'existence d'une rampe de 1,80 mètres de hauteur constituait un défaut d'aménagement comparable à une absence de barreaux aux fenêtres de la chambre d'un malade atteint de delirium tremens (1). Mais à tout le moins, le comportement de l'aide-soignante pouvait être rapproché de celui de l'infirmière qui avait laissé sans surveillance un plateau de médicaments dans l'affaire Assistance publique de Marseille c. Dame vve. Filippi (2).

En marge de ces affaires, au demeurant, le Conseil d'Etat a continué à estimer que ne constituait pas une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration - une faute lourde en l'occurrence - l'interruption de la surveillance d'un malade agité qui avait profité de l'absence momentanée d'un infirmier pour se jeter par la fenêtre de sa chambre (3). Pourtant, l'arrêt Dame Simonpietri du 12 février 1965 avait semblé annoncer, en dépit d'une rédaction très peu orthodoxe, un nouvel infléchissement de la jurisprudence (4). Dans cette espèce, également relative à une tentative de suicide d'une aliénée, le Conseil d'Etat avait estimé que la chute de la victime n'avait pas été "la conséquence d'un défaut dans l'organisation du service ou dans l'aménagement des locaux ..." et qu'il n'était pas en mesure, de ce fait, de relever une "faute dans l'organisation ..." ni de "faute lourde dans le fonctionnement" du service. Comme on le sait, cependant, il n'existe pas de différence réelle entre l'organisation et le fonctionnement du service (5), ce qui fait que cet arrêt demeure assez peu éclairant.

Ce n'est, en fait, qu'avec l'arrêt Hawezack du 5 janvier 1966 que le Conseil d'Etat allait définitivement abandonner l'exigence d'une faute lourde pour la réparation des dommages occasionnés par une défaillance commise dans l'organisation ou le fonctionnement des hôpitaux accueillant des malades mentaux (6). Cette espèce visait une demande de réparation présentée par le mari et l'enfant d'une malade dépressive qui s'était suicidée en se jetant dans le vide depuis une fenêtre de la cellule dans laquelle elle était enfermée. Le Conseil d'Etat relève que la cellule "était agencée de telle façon que la possibilité d'une chute ne pouvait raisonnablement être envisagée et que le fait que l'intéressée ait été laissée seule sans une surveillance particulière et constante ne pouvait être regardé, dans de telles circonstances et compte tenu des moyens dont disposait le centre hospitalier, comme constitutifs d'une faute de nature à engager la responsabilité de cet établissement".

(1) Voir C.E. 18 mai 1960, Hôpital de Châtelleraut, précité supra p.189 note 2.

(2) Arrêt précité supra p.289 note 2.

(3) C.E. 17 novembre 1965, Hospice-Hôpital d'Autun, Rec. p.1054.

(4) Rec. Tables p.1008.

(5) Voir sur ce point supra p. 188.

(6) Arrêt précité supra p. 192 note 1.

Comme le pressentait M. Moderne (1), cet arrêt marquait le revirement définitif de la jurisprudence qui ne fit plus allusion à la faute qualifiée dans le domaine étudié. Depuis l'arrêt Hawezack (2), la référence constante aux "circonstances de l'espèce" rend cependant cette jurisprudence très casuistique (3).

En abandonnant la faute qualifiée, les juges de l'administration se sont en partie détachés du formalisme qu'impliquaient les anciennes règles utilisées. Mais si l'amélioration est notable, elle n'est encore qu'imparfaite dans la mesure où l'évolution de la jurisprudence a seulement permis de calquer le régime de responsabilité appliqué aux hôpitaux psychiatriques sur l'ancienne distinction faute lourde-faute simple inaugurée par les arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau du 8 novembre 1935 (4). La faute lourde est toujours exigée lorsque des actes médicaux sont en cause et cela même, comme on l'a vu, si son domaine a été progressivement réduit. Au demeurant, la preuve d'une faute simple peut également poser des problèmes aux victimes qui ne seront pas en mesure de la rapporter.

On touche ici aux limites de l'objectivation, telle qu'elle a été opérée par les juges de l'administration dans le cadre défini par les arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau. Dans ce cadre, le formalisme des règles en vigueur permettait certains aménagements. Mais si ce système autorisait une certaine marge de manoeuvre, les difficultés induites par le degré des fautes requises, ainsi que par la preuve d'une faute lourde ou d'une faute simple, opposaient toujours de sérieux obstacles à la réparation des dommages subis par les victimes. Ce sont ces difficultés qui ont conduit les juges à aller plus loin, en remettant directement en cause les principes en vigueur, tout en restant dans le cadre de la responsabilité pour faute.

(1) Note au D.S. 1966 sur l'arrêt Hawezack du 5 janvier 1966, précité supra p.192 note 1.

(2) Arrêt précité supra p.192 note 1.

(3) Voir ainsi, retenant l'existence d'une faute simple : C.E. premier juin 1988, Centre hospitalier spécialisé de la Charente, R.D.P. 1989, p.538 ; T.A. Marseille, 31 janvier 1985, Assistance publique de Marseille c. Bindinelli, R.H.F. 1985, p.912 ; T.A. Marseille, 20 mars 1986, Centre hospitalier général de Martigues c. Ruiz, R.H.F. 1987, p.860. Voir au contraire, rejetant l'existence d'une faute simple : C.E. 26 octobre 1984, Bourgeois, précité supra p.286 note 1 ; C.E. premier février 1985, Centre hospitalier de Niort c. Jault, R.H.F. 1985, p.812 ; T.A. Bastia, 19 octobre 1984, Centre hospitalier de Castelluccio c. Cipriani, R.H.F. 1985, p.693 ; T.A. Marseille, 11 janvier 1985, Centre hospitalier spécialisé d'Aix-en-provence c. Livolsi, R.H.F. 1985, p.811.

(4) Arrêts précités supra p.3 note 4.

CHAPITRE DEUX

L'OBJECTIVATION A L'ENCONTRE DU FORMALISME

La rigueur de la distinction entre la faute lourde médicale et la faute simple des établissements publics hospitaliers n'a pas seulement été assouplie au moyen d'une modification des frontières existant entre les différentes notions juridiques en cause. Certes, d'un côté, en jouant sur la ligne de partage existant entre la faute lourde et la faute simple, mais aussi entre la faute personnelle et la faute du service public, les juges de l'administration respectaient le cadre formel instauré par les arrêts Vves Loiseau et Philipponneau du 8 novembre 1935 (1). Ainsi, l'objectivation des règles de responsabilité, dans la mesure où elle n'est pas marquée par une remise en cause du couple faute lourde - faute simple peut apparaître souterraine. Elle est nécessairement bridée, en tous cas, par le refus de remettre en cause ces règles.

Mais d'un autre côté, le cheminement vers l'abandon de la faute lourde est également marqué par une contestation plus directe de ce formalisme, qui peut revêtir différentes formes. Ainsi, il est important de mettre l'accent sur le fait que cette contestation ne va pas nécessairement jusqu'à une remise en cause du principe de la responsabilité pour faute : l'objectivation des règles de responsabilité, si elle est manifeste, n'en apparaît pas moins limitée. Les moyens de cette objectivation peuvent être classés en deux catégories. L'utilisation de mécanismes virtuels, tant du point de vue de la reconnaissance de la faute,

(1) Arrêts précités supra p.3 note 4.

que de celui de la réparation de certains types de dommages, a constitué un premier mode de remise en cause du formalisme (**Section I**). Il s'agit ici, non pas de remettre en cause le degré de la faute susceptible d'engager la responsabilité des établissements hospitaliers, mais de résoudre un problème de preuve. Il est en effet difficile, pour la victime d'un dommage, de démontrer que celui-ci a pour origine un dysfonctionnement de ces établissements. Le mécanisme présomptif jouera dans les hypothèses où le lien entre ces deux éléments -le dommage, le dysfonctionnement du service- est évident. Il pourra également jouer, dans certains cas, lorsque ce dommage ne présente qu'un caractère virtuel.

Le second mode de remise en cause du formalisme issu de la jurisprudence vves. Loiseau et Philipponeau est beaucoup plus visible. Il s'agit, bien évidemment, de l'abandon de la faute lourde par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt d'Assemblée Epoux V. du 10 avril 1992 (1). La portée de cet arrêt doit toutefois être relativisée. Si l'arrêt Epoux V. marque une étape importante dans l'évolution des règles de responsabilité hospitalière, il ne constitue que l'aboutissement logique d'une lente évolution, dans le sens d'un constant rétrécissement du domaine de la faute lourde (**Section II**).

(1) Arrêt précité supra p.3 note 5.

Section I : l'admission de la responsabilité hospitalière favorisée par l'utilisation de mécanismes virtuels

L'admission de la responsabilité pour faute nécessite que trois éléments soient réunis : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Or, la mise à jour de ces trois éléments est susceptible de poser de graves problèmes de preuve, notamment pour ce qui concerne la faute. Pour pallier ces difficultés, les juges de l'administration peuvent décider, dans les hypothèses où le dommage subi n'a aucun rapport avec le motif de l'hospitalisation de la victime, que la survenance de ce dommage révèle une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service.

Mais le problème posé aux requérants ne se résume pas à la preuve d'une faute. Dans d'autres hypothèses, c'est la preuve du préjudice subi qui pose problème. Cela concerne principalement l'hypothèse dans laquelle la faute mise à la charge de l'établissement hospitalier a fait perdre à la victime des chances de survie, ou bien des chances d'obtenir une amélioration de son état de santé. Dans ces différentes hypothèses, cependant, les juges ont institué des garde-fous qui évitent que l'objectivation aboutisse à la généralisation de la responsabilité objective.

§ I- L'utilisation des présomptions : la reconnaissance de fautes virtuelles dans le fonctionnement du service en l'absence de faute prouvée

Les présomptions qui permettent aux juges de l'administration de pallier l'absence de faute prouvée ne sont employées que dans des hypothèses strictement limitées. On pourra ainsi observer que les conditions d'utilisation de ce mécanisme sont particulièrement draconiennes. Il serait trop simple, cependant, de se tenir à un tel constat. On essaiera, par conséquent, de déceler quelles sont les raisons profondes de cette sévérité, en étudiant le problème de la valeur juridique des présomptions employées par les juges dans le domaine de la responsabilité hospitalière.

A- Le domaine restreint des présomptions

Bien qu'il s'agisse d'une opinion largement partagée (1), il est erroné d'affirmer que les juges de l'administration ne se réfèrent jamais de façon explicite à l'existence d'une présomption (2). Il est cependant exact, dans la très grande majorité des cas, que les juges se contentent de relever que les dommages subis par la victime "révèlent une faute dans le fonctionnement du service de nature à engager la responsabilité de l'administration". Le mécanisme présomptif ne s'applique pas lorsque les dommages ont pour origine directe une erreur de technique médicale dans la réalisation d'un acte relevant du régime de la faute lourde (3). En revanche, ce mécanisme peut jouer lorsque ces dommages ont été occasionnés par une intervention courante et de caractère bénin. Par ailleurs, les juges de l'administration utilisent les présomptions dans deux autres domaines : la réparation des dommages occasionnés par du matériel appartenant à l'établissement hospitalier, la réparation des dommages occasionnés par des infections nosocomiales.

1)° La réparation des conséquences anormales d'interventions courantes et de caractère bénin

C'est dans un domaine proche de la responsabilité hospitalière, celui de la responsabilité de l'Etat du fait des vaccinations obligatoires, que le Conseil d'Etat a posé les jalons de sa jurisprudence consacrée aux présomptions, à l'occasion de l'arrêt d'Assemblée Secrétaire d'Etat à la Santé publique c. sieur Dejous du 7 mars 1958 (4). Cette espèce concernait une demande de réparation présentée par les parents d'un enfant qui avait contracté un abcès tuberculeux après avoir subi une vaccination antitétanique et antidiphthérique. Il n'était pas possible, compte tenu des circonstances de l'espèce, de prouver qu'une faute simple avait été commise par l'agent chargé de procéder à la vaccination. Pour des raisons que l'on aura l'occasion d'évoquer plus loin, l'admission de la responsabilité sans faute de l'Etat n'était pas non plus envisageable (5). En revanche, bien que l'existence d'une faute n'ait pu être prouvée, certains indices ne laissaient guère de doutes sur ce point. En effet, comme l'a

(1) Voir par exemple, J-P Segade, *Le Conseil d'Etat et les hôpitaux ...*, op.cit. p.292 ; A-M Duguet, *La faute médicale à l'hôpital*, Berger-Levrault 1994, p.155.

(2) Voir ainsi, se référant expressément à une "présomption" : T.A. Clermont-Ferrand, 6 février 1986, Centre hospitalier régional de Clermont-Ferrand c. Bellard, R.H.F. 1986, p.1031. Voir également, employant l'expression "présomption de responsabilité", T.A. Lyon, 24 octobre 1980, Centre hospitalier de Roanne c. Dubost, R.H.F. 1981, p.382.

(3) Voir sur ce point, *infra* p. 298-299.

(4) Rec. p.153 ; R.D.P. 1958 p.1087, concl. Jouvin.

(5) Voir sur ce point *infra* p. 402-406.

relevé le commissaire du gouvernement Jouvin, les dommages consécutifs aux vaccinations antitétaniques et antidiphtériques sont extrêmement rares (1). Or, durant la même séance collective de vaccination, six autres enfants avaient subi des dommages comparables à ceux occasionnés au jeune Dejous. Ainsi, il ne faisait guère de doutes, bien qu'aucune preuve n'ait pu être apportée, que les "troubles constatés révèlent un fonctionnement défectueux du service public, de nature à engager la responsabilité de l'administration".

L'arrêt Demoiselle Segrettin rendu par le Conseil d'Etat le 15 juillet 1959 constitue la transposition de cette solution dans le domaine des activités hospitalières (2). Pourtant, comme l'a remarqué M. Auby (3), la formule employée par le Conseil d'Etat était plutôt maladroite, dans la mesure où elle pouvait laisser penser que la responsabilité de l'administration pouvait être engagée sans faute. En effet, on peut lire, dans cet arrêt "qu'il résulte de l'instruction et notamment de l'avis unanime des experts que la paralysie cubitale du membre supérieur gauche dont la Dlle Segrettin est atteinte est en relation directe de cause à effet avec une compression excessive subie par ce membre au cours d'une intervention chirurgicale ... qu'ainsi l'infirmité susmentionnée est de nature à engager la responsabilité de l'administration". Comme on peut l'observer, la lecture de cet arrêt laisse effectivement supposer que la responsabilité de l'hôpital est engagée en raison de la gravité du dommage subi par la victime, sans considération de la faute qui pourrait être présumée, compte tenu des circonstances de l'espèce.

Ce n'est qu'avec l'arrêt Meier du 23 février 1962 que le Conseil d'Etat a clairement précisé son point de vue (4), en utilisant une formule très proche de celle employée dans l'arrêt Dejous du 7 mars 1958 (5). Dans cette affaire, qui mettait en cause la paralysie d'un bras occasionnée par une injection intraveineuse, la juridiction administrative suprême a estimé que "s'agissant d'une intervention courante et de caractère bénin, les troubles susmentionnés ne peuvent être regardés que comme révélant une faute commise dans l'organisation ou le fonctionnement du service" (6).

(1) Voir sur ce point infra p.402.

(2) Rec. p.474 ; A.J.D.A. 1960.II.p.41, note Coulet.

(3) Note sous C.E. 22 décembre 1976, Assistance publique à Paris c. Dame Derridj et autres, J.C.P. 1958.II.n° 18792.

(4) Rec. p.122.

(5) Arrêt précité supra p.295 note 4.

(6) D'autres arrêts utilisent cette formule ou des formules proches pour qualifier d'autres types d'actes. Voir par exemple, C.E. 11 octobre 1963, Centre hospitalier de Dijon c. Dame Pernin, Rec. Tables p.985 (dommages occasionnés par une injection intraveineuse) ; C.E. 18 novembre 1966, Hôpital hospice de Poissy, Rec. Tables, p.1098 (dommages occasionnés par une injection intraveineuse) ; C.E. 16 octobre 1987, Centre hospitalier de Roanne c. Bochart, R.H.F. 1988, p.661 (dommages occasionnés par une perfusion) ; T.A. Lyon, 24 mai 1984, Centre hospitalier d'Annonay c. Odouard, R.H.F. 1985, p.230 (perforation rectale

Il est toutefois intéressant de noter que la jurisprudence utilise fréquemment, plutôt que de se référer à "une intervention courante et de caractère bénin", l'expression "d'acte de soin courant et de caractère bénin" (1). L'expression est trompeuse. En fait, le mécanisme présomptif peut s'appliquer aussi bien à des actes de soins qu'à des actes médicaux présentant peu de difficultés d'un point de vue technique, telle que, par exemple, une anesthésie locale (2).

Ceci mis à part, la formule employée par l'arrêt Meier permet d'observer que l'engagement de la responsabilité des hôpitaux est soumis à la réunion de deux éléments qui seront, en quelque sorte, mis en corrélation par le mécanisme de la présomption : l'existence de dommages anormaux, la mise en cause d'une intervention courante et de caractère bénin. En revanche, contrairement à ce qu'affirment certains auteurs (3), aucun arrêt qu'il nous a été donné de consulter ne vise expressément, parmi ces conditions, les "séquelles graves et durables" subies par les victimes. En réalité, la gravité des dommages subis n'est pas envisagée isolément, mais seulement en fonction du caractère courant et bénin de l'acte pratiqué par l'agent hospitalier. Ainsi, la mise en jeu du mécanisme présomptif dépendra-t-elle de la réponse apportée par le juge aux questions suivantes : l'intervention pratiquée présente-t-elle un caractère courant et bénin ? Les conséquences de cette intervention peuvent-elles être regardées comme anormales ?

De ces deux questions, seule la première pose de réelles difficultés. D'une façon générale, en effet, le caractère anormal du dommage pourra être aisément décelé dans une disproportion flagrante entre les risques encourus et la nature du préjudice subi. Le seul problème qui sera alors susceptible de se poser sera celui des possibilités d'exonération offertes à l'administration (4).

consécutives à un examen radiographique des intestins par lavement barité) ; T.A. Clermont-Ferrand, 6 mars 1984, Centre hospitalier de Moulins c. Brun, R.H.F. 1984, p.1016 (colectomie ayant entraîné une paralysie du nerf sciatique) ; T.A. Marseille, premier octobre 1984, Centre hospitalier d'Aix-en-Provence c. Luis, R.H.F. 1985, p.701 (perfusion intraveineuse ayant occasionné une sclérose de la peau à l'origine de séquelles cellulaires irréversibles) ; T.A. Montpellier, 20 février 1987, Centre hospitalier de Sète c. Escot, R.H.F. 1987, p.948 (nécrose consécutive à une perfusion).

(1) Voir par exemple, C.A.A. Nancy, 12 décembre 1996, M. Joseph Bernard c. Centre hospitalier régional de Nancy, L.P.A. 24 septembre 1917, p.16, obs. P. Tifine.

(2) C.E. 8 décembre 1989, Mme. Hainon-Lescure, Rec. p.251 (anesthésie loco-régionale pratiquée par du personnel para-médical). Voir sur ce point, J. Martinez, Présomption de faute et responsabilité hospitalière dans la jurisprudence du Tribunal administratif de Strasbourg", Le courrier du Tribunal administratif de Strasbourg, mars 1997, p.13-16.

(3) D. Truchet, "Dommage résultant du fonctionnement du service public hospitalier", op.cit. n°34 ; G. Petit-Bouteyre, La responsabilité du service public hospitalier ..., op.cit. p.276.

(4) Sur ce problème, voir infra p.302.

La définition des actes susceptibles de déclencher le mécanisme présomptif, en cas de survenance d'un dommage, pose davantage de problèmes. Le fait que le Conseil d'Etat se soit toujours scrupuleusement référé au caractère banal et courant de l'intervention à l'origine du dommage, n'a pas empêché certains juges du fond de mener de nombreuses tentatives d'assouplissement.

Rares, cependant, ont été les tribunaux qui ont estimé que l'ensemble des actes médicaux pratiqués dans les établissements hospitaliers pouvait se voir appliquer le mécanisme présomptif. A notre connaissance, seul le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand s'est prononcé dans ce sens dans une décision Centre hospitalier de Moulin c. Bergam du 16 octobre 1986 (1). Cette décision était relative à une demande de réparation présentée par les parents d'un nouveau-né qui avait subi des dommages occasionnés par l'emploi de forceps. Pour le Tribunal, "si l'accouchement était délicat, et l'usage du forceps qualifié de laborieux par le dossier médical, il n'était pas à ce point difficile que l'usage d'une technique classique d'accouchement ne puisse normalement aboutir à une blessure occasionnée à l'enfant c'est à dire un résultat opposé à celui que l'on pouvait normalement attendre ... que ce seul fait suffit à établir l'existence d'une faute lourde". Or, contrairement à ce que soutient un auteur, le Conseil d'Etat a admis l'application du mécanisme présomptif pour les seuls actes médicaux pouvant être considérés comme des "interventions courantes et de caractère bénin" (2). Il n'a eu de cesse, en revanche, de réaffirmer la fermeté de sa position relative à la gravité des actes pour lesquels le recours aux présomptions est admis (3).

(1) R.H.F. 1987, p.455.

(2) M. Deguegue, *Jurisprudence et doctrine* ..., op.cit. p.230. Le fait que certains agissements "révèlent l'existence d'une faute" ne signifie pas nécessairement, selon nous, que le juge fait appel au mécanisme présomptif. Dans le premier arrêt visé par Mme. Deguegue, les agents hospitaliers avaient laissé une patiente regagner son domicile alors que l'état de son bras nécessitait des soins appropriés. Le fait que la faute soit constituée par l'inaction du service, et non par une action positive plus facilement identifiable, permet, à notre avis, d'expliquer l'emploi de la formule susvisée. Elle doit être comprise, en fait, comme le synonyme "d'agissements constitutifs d'une faute lourde". Cette analyse n'est pas remise en cause par le second arrêt qui concerne la police des aliénés (voir respectivement C.E. 19 novembre 1975, Dlle. Frydman, R.D.P. 1976, p.932 ; C.E. 26 janvier 1979, Consorts Lavaud, R.D.P. 1980, p.1756).

(3) Ainsi, n'ont pas le caractère "d'interventions courantes et de caractère bénin" : une artériographie (C.E. 28 septembre 1983, Centre hospitalier de Montluçon c. Miro, R.H.F. 1984, p.473), une coronarographie (C.E. 16 mars 1984, Assistance publique à Marseille c. Chaussedent, R.H.F. 1984 p.1153) ; une biopsie rénale (C.E. 20 juin 1984, Centre hospitalier de Chambéry c. Gervasoni, R.H.F. 1985, p.231 ; T.A. Marseille, 23 décembre 1980, Assistance publique de Marseille c. Malet, R.H.F. 1981, p.751) ; un cathétérisme (C.E. 23 juin 1984, Hospices civils de Lyon c. Ferreux, R.H.F. 1985, p.695). On trouve des exemples de cette jurisprudence dans des décisions de juges du fond. Voir ainsi, à propos d'une blépharographie, T.A. Bordeaux, 27 novembre 1986, Centre hospitalier régional de Bordeaux c. Aflou, R.H.F. 1987, p.607. Voir également, à propos d'une platinectomie postérieure associée à une fermeture de la fenêtre par une membrane aponévrotique avec un rétablissement de la continuité ossiculaire par une prothèse en téflon, C.A.A. Nancy, 12 décembre 1996, M. Joseph Bernard c. Centre hospitalier régional de Nancy, précité supra p.297 note 1.

Il est utile de préciser, par ailleurs, que certains actes, qui sont en principe de caractère courant, ne le

Plutôt que de remettre en cause les principes établis par la jurisprudence du Conseil d'Etat, d'autres tribunaux administratifs ont préféré prôner une conception extensive de la catégorie des interventions courantes et de caractère bénin. Tel est le cas, notamment, du Tribunal administratif de Grenoble qui a estimé, dans une décision Centre hospitalier régional de Grenoble c. Mme. Berrichilo du 20 février 1980, qu'une exploration radiculaire pouvait répondre à cette définition (1). Mais la juridiction administrative suprême demeure, dans ce domaine, tout aussi vigilante, en annulant les jugements qui dénaturent de façon manifeste les conditions de mise en oeuvre du mécanisme présomptif. Tel est le cas dans l'affaire Berrichilo, dans laquelle le Conseil d'Etat a estimé, conformément à l'avis des experts, qu'une exploration radiculaire ne constitue pas une intervention courante et de caractère bénin (2). Une solution identique a été retenue à propos des dommages occasionnés par une lamirectomie lombaire, à l'occasion d'un arrêt du 10 mai 1989, Centre hospitalier régional de Lille c. Giraldo (3). Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a annulé une décision du Tribunal administratif de Lille après avoir estimé qu'il s'agissait "d'une délicate intervention" qui avait été compliquée "par la présence de veines dilatées dont le saignement nécessite de nombreuses coagulations au contact des racines nerveuses et de leurs vaisseaux".

Le maintien de la position du Conseil d'Etat n'a pas empêché certains tribunaux administratifs de développer un nouveau type d'argument. Il ne s'agit plus, ici, de réfuter la difficulté d'un acte médical mais de distinguer, dans sa réalisation, certaines opérations ne présentant pas de difficultés particulières. Cette jurisprudence, qui allait finalement être adoptée par la juridiction administrative suprême, vise plus précisément des hypothèses dans lesquelles des défaillances du matériel de l'établissement hospitalier peuvent être mises en cause.

2)° La réparation des dommages occasionnés par des défaillances du matériel de l'établissement hospitalier

Les règles établies dans ce domaine ont pour origine une décision du Tribunal administratif de Marseille du 16 février 1981, Assistance publique de Marseille c. Chaussedent (4). Dans cette décision, le Tribunal a décidé qu'il y avait lieu de distinguer

sont pas dans certaines hypothèses. Tel est le cas, par exemple, d'une perfusion pratiquée dans la veine jugulaire (T.A. Bastia, 31 mai 1985, Centre hospitalier de Bastia c. Caillaud, R.H.F. 1986, p.582), ou bien d'une injection sus-claviculaire (T.A. Rennes, 3 janvier 1990, Centre hospitalier régional de Brest c. Kaigre, R.H.F. 1990, p.387).

(1) R.H.F. 1980, p.1046.

(2) C.E. 15 octobre 1982, arrêt précité supra p.232 note 5.

(3) R.H.F. 1990, p.193.

(4) R.H.F. 1981, p.580.

dans une coronarographie, l'examen lui-même de la mise en place du trocart nécessaire à son déroulement. Pour le Tribunal, le fait que les dommages subis par la victime étaient liés à une implantation défectueuse du trocart permettait de faire jouer le mécanisme présomptif. Le Conseil d'Etat n'a pas admis, dans un premier temps, la validité de ce découpage séquentiel des activités médicales et chirurgicales. Selon la juridiction administrative suprême "contrairement à ce qu'ont estimé les premiers juges, si une infection s'est produite à l'endroit où avait été implanté un trocart, la mise en place de ce dernier, en vue de pratiquer une coronarographie fait partie intégrante de cet examen qui ne présente pas la nature d'un acte courant et de caractère bénin" (1).

Cependant, l'intervention du Conseil d'Etat n'a pas conduit les juges marseillais à abandonner la voie tracée par leur décision du 16 février 1981. Dans une autre décision du 7 février 1985, Assistance publique à Marseille c. Ravel, le même Tribunal administratif de Marseille a utilisé le mécanisme présomptif pour la réparation de dommages résultant de brûlures occasionnées par la désinfection d'une plaie et la pose d'un garrot durant une opération chirurgicale (2). Selon le Tribunal, "l'existence du lien de causalité entre la brûlure et le badigeonnage de la cuisse avec un produit désinfectant ne peut être sérieusement contestée ... que dès lors, s'agissant de soins courants, les troubles qui en sont résultés ne peuvent être regardés que comme révélant une faute". Une nouvelle fois, dans un arrêt du 29 janvier 1988, le Conseil d'Etat s'est opposé à ce raisonnement en estimant que "la désinfection du champ opératoire par des produits antiseptiques et la pose d'un garrot faisaient partie intégrante de l'intervention ... laquelle ne présentait pas la nature d'un acte courant et de caractère bénin" (3).

Une évolution s'est cependant manifestée dans l'arrêt du Conseil d'Etat Epoux Peyres du premier mars 1989 (4). Cette espèce était relative à une demande de réparation présentée par les parents d'un enfant prématuré victime de brûlures durant une opération chirurgicale. Les juges après avoir observé que "lors de l'examen du nouveau né auquel il a été procédé au centre hospitalier régional de Toulouse, lors de son admission dans cet établissement, aucune trace de brûlure n'avait été constatée..." décident "... que les brûlures ... n'ont pu être occasionnées que par le matériel du centre hospitalier régional de Toulouse soit lors de l'examen ayant précédé l'opération soit lors de celle-ci ; que l'existence de ces brûlures révèle par elle-même une faute dans le fonctionnement du service hospitalier de nature à engager la responsabilité de ce centre hospitalier régional". Ainsi, le mécanisme présomptif peut jouer dans les hypothèses où les dommages subis ne sont pas liés à l'intervention

(1) C.E. 16 mars 1984, R.H.F. 1984 p.1153.

(2) Décision citée et partiellement reproduite sous C.E. 29 janvier 1988, Assistance publique à Marseille c. Ravel, R.H.F. 1988 p.1025.

(3) Ibid.

(4) Arrêt précité supra p.227 note 3.

elle-même, quelle que soit sa difficulté, mais à un appareil, un produit ou à un instrument utilisé dans le cadre de cette intervention (1). En d'autres termes, ce n'est pas un aléa thérapeutique qui est réparé par les juges, mais un accident occasionné par des défauts du matériel hospitalier. Cette hypothèse, dans laquelle le traitement subi par la victime n'est pas directement mis en cause est à rapprocher de celle des infections nosocomiales. Lorsqu'un usager a été victime d'une infection sans rapport avec le motif de son hospitalisation, quel que soit ce motif, les juges de l'administration admettent de faire jouer le mécanisme présomptif sous certaines conditions.

3)° La réparation des dommages occasionnés par des infections nosocomiales

La définition de l'infection nosocomiale a été donnée par une circulaire du ministre de la solidarité et de la santé du 13 octobre 1988. Aux termes de cette définition, est considérée comme une infection nosocomiale toute maladie provoquée par des micro-organismes et contractée dans un établissement de soins par tout patient après son admission, soit pour hospitalisation, soit pour recevoir des soins ambulatoires. Les symptômes de l'infection doivent apparaître lors du séjour à l'hôpital ou après. Enfin, l'infection doit être reconnaissable aux plans clinique ou microbiologique (2).

Dans ce domaine, l'utilisation du mécanisme présomptif remonte à l'arrêt du Conseil d'Etat Savelli du 18 novembre 1960 (3). Cette espèce concernait une demande de réparation présentée par les parents d'un enfant décédé quelques jours après avoir été hospitalisé alors qu'il était atteint de rougeole. Les circonstances du décès de l'enfant sont minutieusement décrites dans l'arrêt : "Considérant ... que Sauveur Savelli ... a, faute de lit disponible dans les pavillons réservés aux enfants, été hospitalisé dans une salle pour adultes où se trouvait un malade suspect de variole et qui, le lendemain, est mort de cette maladie ; que, compte tenu de ce qu'il n'y avait encore à Marseille au milieu de février 1952 que quelques cas isolés de variole, l'apparition de cette maladie chez le jeune Sauveur Savelli huit jours après son séjour ... et son propre décès doivent être imputés à ce séjour ...". La réunion de ces différents indices permet au Conseil d'Etat de décider "que, dans les circonstances de

(1) Voir ainsi, C.E. 31 octobre 1990, Pelletier, Rec. Tables p.975, Dr. adm. 1990, n°616 ; R.F.D.A. 1990, p.1109 ; J.C.P. 1991.IV.n°61 (dommages occasionnés par un produit désinfectant utilisé dans le cadre d'une opération à un oeil) ; C.A.A. Paris, 18 avril 1989, Mme. Concalvès, Rec. Tables p.909, L.P.A. 19 juin 1989, chron. J-B Auby, J-J Israël, J. Morand-Deville (dommages occasionnés par un médicament).

(2) Cette définition, qui n'a pas été publiée au Journal officiel, a été reproduite, pour l'essentiel, par M. Auby in "La responsabilité de l'hôpital en cas d'infection nosocomiale", L.P.A. 19 février 1992, n°22, p.14-17.

(3) Rec. p.640. L'utilisation des présomptions par les juges de l'ordre judiciaire, dans le domaine des infections nosocomiales, est beaucoup plus récente, puisqu'elle remonte à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 21 mai 1996 (arrêt précité supra p. 17 note 4).

l'affaire, les conditions où Sauveur Savelli a été hospitalisé révèlent dans le fonctionnement du service public hospitalier une faute de nature à engager la responsabilité de ce dernier".

Le mécanisme présomptif peut être mis en oeuvre indépendamment de la difficulté de l'intervention pour laquelle la victime a été hospitalisée. Dans l'arrêt Cohen du 9 décembre 1988 (1), le Conseil d'Etat n'a pas hésité à s'y référer dans une espèce où la victime avait subi une sacco-radiculographie et une intervention chirurgicale de cure de la hernie discale dont l'existence avait été révélée par cet examen. Il est apparu, après cette intervention, que la victime souffrait d'une infection méningée. Pour la juridiction administrative suprême si "aucune faute lourde médicale, notamment en matière d'asepsie, ne peut être reprochée aux praticiens qui ont exécuté cet examen et cette intervention ... le fait qu'une telle infection ait pu néanmoins se produire révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier à qui il incombe de fournir au personnel médical un matériel et des produits stériles".

Le principal obstacle à la réparation des dommages subis par les victimes réside dans la preuve que l'infection a bien été contractée durant leur hospitalisation. Ainsi, dans l'arrêt Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon du 25 janvier 1974 (2), le Conseil d'Etat a rejeté, dans des circonstances très proches de celles de l'arrêt Savelli (3), la demande présentée par les ayants droit d'un usager d'un établissement hospitalier. Mais à la différence de l'affaire Savelli, il n'était pas impossible que cette infection ait pu être contractée par l'usager avant son hospitalisation. Au demeurant, si l'établissement en cause avait effectivement accueilli un autre malade atteint de poliomyélite, les juges ont estimé qu'à l'époque des faits, les précautions prises en vue d'éviter la contagion étaient suffisantes.

Cette jurisprudence, finalement assez restrictive, allait connaître une évolution favorable aux victimes, particulièrement sensible à partir des années quatre-vingt. Mais à l'évidence, l'étude descriptive que l'on vient de mener ne permet pas d'expliquer ce phénomène, dont la véritable signification n'est susceptible d'apparaître qu'après l'étude de la valeur juridique des présomptions.

B- La valeur juridique des présomptions

L'étude de la valeur juridique des présomptions employées dans le cadre de la

(1) Rec. p.431 ; D.S. 1990, p. 487, note Thouroude et Touchard ; A.J.D.A. 1989 p.405 note Moreau ; R.F.D.A. 1989 p.171.

(2) A.J.D.A. 1974, p. 202, chron. Franc et Boyon ; R.T.D.S.S. 1975, p.213, note F. Moderne.

(3) Arrêt précité supra p.301 note 3.

responsabilité hospitalière permet de formuler deux séries d'observations. Il apparaît, en premier lieu, que ces présomptions ne constituaient pas, à l'origine, des règles de preuve intangibles qui auraient permis de les qualifier de présomptions de faute. On pouvait estimer, en effet, et bien que cela mérite une analyse approfondie de la jurisprudence, qu'il s'agissait plutôt de présomptions du fait du juge, c'est à dire de mécanismes dont l'application varie en fonction de chaque espèce soumise aux juges. En second lieu, on peut observer que si l'utilisation du mécanisme présomptif constitue un avantage indéniable pour les victimes, elle constitue également un frein à l'objectivation. En effet, le recours aux présomptions permet d'éviter de réparer systématiquement les dommages occasionnés par la réalisation de risques thérapeutiques présentés par certains types d'actes médicaux.

1)° *La nature juridique incertaine des présomptions*

L'existence indéniable de présomptions du fait du juge dans le domaine hospitalier ne signifie pas nécessairement l'exclusion de toute idée de présomption de faute, c'est à dire de présomptions "quasi légales" faisant office de règle de preuve de portée générale (1). Comme on pourra l'observer, en effet, les juges de l'administration ont fini par faire usage, dans des hypothèses assez précisément circonscrites, de ce second type de mécanisme.

a- L'existence de présomptions du fait du juge :

Il ne fait pas de doute, pour la grande majorité des auteurs, que les présomptions employées dans le domaine hospitalier sont des présomptions de faute (2). Cette position est notamment celle de M. Auby qui estime que "la présomption de faute est un mode de raisonnement juridique en vertu duquel, de l'établissement d'un fait, on en induit un autre qui n'est pas prouvé" (3). Or, si cette démarche semble effectivement être celle adoptée par les juges de l'administration, il n'est pas certain qu'elle caractérise le mécanisme de la présomption de faute. En fait, comme l'a démontré M. de Gastines, la notion de présomption recouvre deux types de procédés logiques (4). Il s'agit, en premier lieu, de la présomption-induction qui est "un raisonnement par lequel on pose en matière de fait, une conclusion probable, quoique incertaine ... le raisonnement par lequel on tient un fait pour

(1) Sur cette notion, voir F. Llorens-Fraysse, *in* La présomption de faute dans le contentieux administratif français, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J. 1985, Tome CXLIX, p.215.

(2) Voir par exemple, J. Penneau, *La responsabilité médicale*, op.cit. p.264-267 ; J. Montador, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, op.cit. p.72-76 ; F. Moderne, note sur C.E. Ass. 25 janvier 1974, Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon, (arrêt précité supra p.302 note 2).

(3) Note sur l'arrêt du Conseil d'Etat 2 décembre 1976, Assistance publique à Paris c. Derridj, précité supra p.296 note 3.

(4) Les présomptions en droit administratif, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J. 1991, Tome CLVIII, p.12-22.

établi sur la preuve de faits voisins ou connexes" (1). Mais il s'agit aussi, en second lieu, de la présomption-affirmation qui consiste en "l'action de tenir une affirmation pour vraie jusqu'à la preuve ou à la démonstration du contraire ou même dans certains cas nonobstant la preuve ou la démonstration du contraire" (2). Selon M. de Gastines, les présomptions utilisées dans le domaine hospitalier s'apparentent au mode de raisonnement présomption-induction.

On peut penser, en effet, que la faute dans le fonctionnement du service est toujours induite des conséquences anormales d'un acte médical, d'un acte de soins, et plus généralement d'une hospitalisation. Mais contrairement à ce qu'affirme M. Auby (3), il ne s'agit pas ici de présomptions quasi légales, de présomptions de faute. En effet, comme le précise M. de Gastines, "s'il est certain ou très probable, qu'un dommage ne peut avoir été causé que par une certaine faute, du dommage, on a le droit de conclure à la faute ; il est inutile, et il serait irrationnel d'exiger la démonstration directe de la faute" (4). Il n'existerait ainsi, dans le cadre de la responsabilité hospitalière, que des présomptions du fait du juge qui ne seraient pas concrétisées par l'application d'une règle de preuve d'application générale, mais par l'appréciation portée par les juges sur les faits de chaque espèce qui leur est soumise.

Ce point de vue semble avoir été adopté par le Conseil d'Etat dans son arrêt d'Assemblée du 25 janvier 1974, Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon (5). On se souvient que la juridiction administrative suprême avait refusé d'appliquer le mécanisme présomptif dans une affaire où un enfant était mort de poliomyélite alors qu'il n'était pas certain que cette maladie avait été contractée durant son hospitalisation. Dans ses conclusions, citées par MM. Franc et Boyon, le commissaire du gouvernement, Mme. Questiaux, avait pourtant suggéré "lorsqu'il est difficile d'identifier l'acte précis qui est à l'origine de la défaillance du service et surtout si l'activité de l'hôpital fait courir un risque de contamination à l'usager, que l'établissement apporte la preuve de son fonctionnement normal pour s'exonérer de toute responsabilité. Il est, en effet, le seul à disposer des données et des informations nécessaires concernant à la fois sa propre organisation et les précautions à prendre face à une menace de contagion"(6). Si la juridiction administrative suprême avait suivi son commissaire du gouvernement, elle aurait implicitement admis l'existence d'une présomption

(1) Les présomptions en droit administratif, op.cit. p.15

(2) Ibid p.16.

(3) Note sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 décembre 1976, Assistance publique à Paris c. Derridj, précité supra p.296 note 3.

(4) Les présomptions en droit administratif, op.cit. p.113.

(5) Arrêt précité supra p.302 note 2.

(6) Chronique précitée à l'A.J.D.A. 1974, p.202-203, également citée par M. de Gastines.

de faute appliquée en cas de contamination hospitalière. Or, la demande de la victime a été rejetée, non pas en raison du fait que l'hôpital a démontré son absence de faute, mais bien, comme l'a observé M. Moderne (1), parce que les juges ont estimé qu'il n'y avait pas de lien de causalité prouvé entre les dommages subis et l'éventuelle faute commise (2).

Il est cependant important de souligner que le raisonnement suivi par le Conseil d'Etat dans cet arrêt ne constitue pas nécessairement, à l'opposé de ce que soutient M. de Gastines, un démenti formel à l'existence d'une présomption de faute. En effet, si le Conseil d'Etat ne se réfère pas aux "preuves du fonctionnement normal de l'hôpital", c'est peut-être qu'il estime que la présomption de faute dont bénéficient les usagers est irréfragable, et que l'établissement ne peut s'exonérer de sa responsabilité que dans l'hypothèse où un lien de causalité entre les dommages subis et l'hospitalisation n'aurait pas été établi. La façon dont est rédigé l'arrêt Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon ne permet pas de se prononcer sur ce point avec certitude (3). En revanche, il semble bien que d'autres arrêts, rendus ultérieurement, se soient prononcés en faveur d'une présomption de faute irréfragable.

b- L'émergence de présomptions de faute irréfragables :

L'arrêt du Conseil d'Etat Cohen du 9 décembre 1988 paraît marquer l'avènement d'une véritable présomption de faute, c'est à dire d'une règle de preuve d'application générale, appliquée aux hypothèses d'infections nosocomiales (4). Cette espèce était relative à une demande de réparation présentée par la victime d'une infection méningée compliquée d'une lésion de la moelle dorsale survenue après une sacco-radiculographie et une opération chirurgicale de cure d'une hernie discale. Il était établi que cette infection avait été causée par "l'introduction accidentelle dans l'organisme du patient d'un germe microbien" lors de l'une de ces deux interventions. Dans une affaire du même type, un Tribunal administratif avait estimé que le mécanisme présomptif ne pouvait jouer lorsqu'il était avéré que "dès l'apparition des signes d'infection, un traitement antibiotique et des analyses bactériologiques ont été effectuées" (5). Le Conseil d'Etat avait lui-même décidé, dans un arrêt Centre hospitalier régional de Bordeaux c. Brugie du 7 novembre 1980, que le fait qu'une infection

(1) Note sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 25 janvier 1974, Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon (précité supra p.302 note 2).

(2) Comme le relève M. Moderne, les juges ont probablement estimé que l'infection dont souffrait la victime avait été contractée avant son hospitalisation. Comp. T.A. Nice, 20 mars 1990, Centre hospitalier général de Nice c. Mme. Bachenet, R.H.F. 1991 p.389 (infection d'un coude sans rapport avec une injection).

(3) Arrêt précité supra p.302 note 2.

(4) Arrêt précité supra p. 302 note 1.

(5) T.A. Lyon, 27 août 1985, Hospices civils de Lyon c. Batisse, R.H.F. 1986, p.438. Voir dans le même sens, T.A. Grenoble, 5 février 1982, Centre hospitalier de Chambéry c. Gervasoni, R.H.F. 1982, p.687.

à bacille pyocanyque soit apparue durant une opération d'un épithélioma de la paupière ne suffisait pas à présumer l'existence d'une faute (1).

Or, dans l'arrêt Cohen, le Conseil d'Etat estime "alors ... qu'aucune faute lourde médicale, notamment en matière d'asepsie, ne peut être reprochée aux praticiens qui ont exécuté cet examen et cette intervention ... le fait qu'une telle infection ait pu néanmoins se produire révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier à qui il incombe de fournir au personnel médical un matériel et des produits stériles". Dans cette affaire, le Conseil d'Etat précise clairement que l'hôpital ne peut s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il n'a pas commis de faute. Le type de raisonnement employé n'est plus celui de la présomption-induction mais bien celui de la présomption-affirmation. Qui plus est, il s'agit ici d'une présomption de faute irréfragable : la faute de l'hôpital est établie dès lors que le demandeur a été victime d'une infection survenue durant ou postérieurement à son hospitalisation.

Très vite, cependant, certains juges du fond ont tenté de réduire la portée de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Pour ces juges, le mécanisme présomptif ne pourrait jouer que si l'infection contractée par la victime était reconnaissable par les praticiens "compte tenu de l'état des connaissances scientifiques et médicales s'imposant à tout praticien à l'époque des faits". Ce raisonnement a notamment été utilisé à l'occasion de deux affaires relatives à la contamination de transfusés par le virus du sida, par les Cours administratives d'appel de Paris et de Lyon, dans deux arrêts Assistance publique à Paris C. X. du 20 octobre 1992 et Assistance publique de Marseille et Centre hospitalier régional Font Pré de Toulon du 9 juillet 1992 (2). Ces deux juridictions ont estimé qu'il ne pouvait être reproché à des établissements hospitaliers de ne pas avoir chauffé des produits sanguins, alors que l'efficacité de ces mesures était encore inconnue, en 1984, à l'époque des contaminations. Un raisonnement proche de celui-ci a été tenu par le Tribunal administratif de Besançon, dans une décision du 17 mai 1990, Centre hospitalier de Belfort c. Grisez (3). Dans cette espèce, le Tribunal administratif de Besançon a refusé d'utiliser le mécanisme présomptif, en citant les termes du rapport d'expertise selon lequel "l'infection constatée doit être considérée comme faisant partie du pourcentage habituel malheureux des nécroses cutanées et des infections". Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy du 6 août 1996, Hospices civils de Lyon c. Epoux Didiene, présente un cas d'espèce tout aussi intéressant (4). Dans cette affaire, la victime se plaignait d'une hématoème infectieux apparu le lendemain même de sa sortie de l'hôpital. Le simple fait que cette infection existe aurait dû conduire la Cour, en application de la jurisprudence Cohen, à réparer les dommages

(1) R.H.F. 1981 p.747.

(2) Voir respectivement, Rec. p.578, Rec. p.569.

(3) R.H.F. 1991, p.552.

(4) L.P.A. 28 mars 1997, p.17, note P. Tifine.

subis sans que soit recherchée l'existence d'une faute. Or, en l'espèce, la Cour ne statue pas sur le fond et ordonne une nouvelle mesure d'expertise en vue "de se prononcer en pleine connaissance de cause sur l'existence d'une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier qui serait à l'origine des séquelles dont M. Didienne sollicite réparation..."

Cette jurisprudence n'est pas conforme à celle du Conseil d'Etat qui semble, depuis l'arrêt Cohen du 9 décembre 1988, vouloir mettre une véritable obligation de résultat à la charge des établissements hospitaliers en cas d'infection nosocomiale (1). Même si elle semble extrêmement sévère pour ces établissements, cette orientation est tout à fait conforme à une politique de santé publique qui, ces dernières années, a fait de la lutte contre les infections hospitalières l'un de ses axes majeurs (2).

En fait, la seule possibilité d'exonération ouverte à l'hôpital consiste à se placer, non plus sur le terrain de la faute, mais sur celui de la causalité. Il s'agira de prouver, comme dans l'affaire Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon, que les dommages subis par la victime ne sont pas liés à l'hospitalisation (3). Ainsi, dans l'arrêt Musset du 19 février 1992, la responsabilité d'un établissement hospitalier n'a été retenue qu'après que le Conseil d'Etat ait précisé "qu'il résulte de l'instruction ... que l'arthrite suppurée de la hanche ... a eu pour cause l'introduction accidentelle dans l'articulation de la hanche de staphylocoques dorés, à l'occasion de l'arthrographie" (4). Dans cette espèce, les juges prennent bien

(1) Arrêt précité supra p.300 note 1 ; C.E. 14 juin 1991, Maalem, Rec. Tables p.185, R.D.P. 1992, p.1445 ; Dr. adm. 1991, n°351 ; C.E. Musset, 19 février 1992, Les principales décisions de la jurisprudence hospitalière, p.38.

(2) L'intérêt des pouvoirs publics pour la lutte contre les infections nosocomiales remonte à une circulaire du 18 octobre 1973, elle-même inspirée par une recommandation du Conseil de l'Europe du 19 septembre 1972. A cette époque, le taux d'infection était compris entre 2 et 18 % des hospitalisations, mais on estimait que la mise en oeuvre de mesures efficaces de décontamination pouvait faire chuter ces chiffres des deux tiers. Cette circulaire ne revêtait cependant qu'un caractère incitatif, les hôpitaux n'étant nullement obligés de mettre en place les comités de lutte contre les infections nosocomiales (C.L.I.N.) visés par ce texte. L'intérêt présenté par ces structures a été rappelé par une nouvelle résolution du Conseil de l'Europe du 25 octobre 1984, mais il fallut attendre le décret du 6 mai 1988 relatif à l'organisation de la surveillance et de la prévention des infections dans les établissements hospitaliers, pour les rendre obligatoires au sein de chaque établissement hospitalier. Sur ces comités, voir J-M Clément, Mémento de droit hospitalier, op.cit. p.92-94 ; T. Wesolek, Mise en place des recommandations du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre les infections nosocomiales, Mémoire D.U. hygiène hospitalière, Rouen 1988.

En dépit des efforts entrepris, l'enquête d'incidence du rapport Hôpital propre menée en 1991 devait révéler que le taux de contamination atteignait toujours 7,4% des hospitalisés. Ce relatif échec des politiques entreprises a poussé le gouvernement à adopter, par un décret du 2 juin 1992, un "plan national" de lutte contre les infections, prévoyant notamment la mise en place d'un Comité technique national des infections nosocomiales (voir sur ce point, Le Monde, 10 juin 1992).

(3) Arrêt précité supra p.302 note 2.

(4) Arrêt précité supra note 1.

soin de préciser que “ni le rapport d’expertise, ni aucune autre pièce du dossier fait état de ce que M. Musset ait été porteur de ce germe avant l’intervention”.

L’émergence de présomptions de faute ne concerne pas seulement les victimes d’infections nosocomiales. Dans le cadre de la réparation des dommages occasionnés par les victimes des conséquences anormales d’interventions courantes et de caractère bénin, il semble effectivement que les juges ont fait usage de mécanismes de cette nature, en vue d’assurer l’indemnisation des victimes de deux types particuliers de dommages.

La première catégorie de présomptions de faute concerne la réparation des dommages occasionnés par la compression d’un malade sur une table d’opération. En dépit de la rédaction quelque peu défectueuse de l’arrêt Dlle. Segretin, il était admis que ces victimes bénéficiaient du jeu d’une présomption, dans la mesure, toutefois, où une intervention courante et de caractère bénin était en cause (1). En revanche, les juges de l’administration écartaient ce mécanisme lorsqu’ils estimaient que la compression avait pour origine probable un mouvement imprévisible de la victime. Cette solution avait notamment été retenue par le Tribunal administratif de Strasbourg, dans une décision du 18 octobre 1984, Hospices civils de Strasbourg c. Bochet (2). Or, sur l’appel de cette décision, jugé le premier mars 1989, le Conseil d’Etat a estimé que “cet accident révèle, alors même qu’il est impossible de définir les circonstances exactes dans lesquelles s’est produite cette compression, une faute dans le fonctionnement du service ...” (3). Dans cette affaire, le Conseil d’Etat décide que le fait que l’usager a été victime d’une compression suffit à l’engagement de la responsabilité de l’hôpital : il s’agit bien ici d’un mécanisme de présomption-affirmation, d’une règle de preuve rigide établie par le juge (4). En revanche, il est impossible d’affirmer s’il s’agit ici d’une présomption de faute simple, ou bien d’une présomption irréfragable.

La seconde catégorie de présomptions de faute établies par les juges de l’administration concerne les dommages occasionnés par des perfusions. A l’origine, il paraissait acquis que le mécanisme présomptif ne pouvait jouer, par exemple, lorsque la perfusion était pratiquée sur “un sujet agité et confus” (5). En revanche, la reconnaissance d’une faute était facilitée par l’exigence, dans ce domaine, d’une “surveillance particulièrement vigilante” du personnel hospitalier (6).

(1) Arrêt précité supra p.296 note 2.

(2) R.H.F. 1985 p.578. Voir dans le même sens, T.A. Lyon, 24 octobre 1980, Hospices civils de Lyon c. Lalfer, R.H.F. 1981 p.746.

(3) R.H.F. 1990, p.604.

(4) Cette solution a été reprise dans une décision du T.A. Clermont-Ferrand du 7 novembre 1988, Centre hospitalier de Riom c. Vindelvogel, R.H.F. 1990, p.286.

(5) T.A. Dijon, 14 février 1984, Centre hospitalier régional de Dijon c. Moine, R.H.F. 1984, p.1019.

(6) T.A. Marseille, 21 avril 1986, Assistance publique de Marseille c. Audibert, R.H.F. 1987, p.70. Voir

Déjà avantageuse pour les victimes, cette jurisprudence allait encore être assouplie par certains juges du fond. Dans une décision du 17 février 1984, Centre hospitalier de Sète c. Zarouati, le Tribunal administratif de Montpellier décidait ainsi que les troubles occasionnés par une gangrène gazeuse apparue après une perfusion "révèlent nécessairement quelle que soit la fragilité du système nerveux de la malade, l'existence d'une faute d'organisation ou de fonctionnement du service public hospitalier" (1). Dans une décision du premier octobre 1984, Centre hospitalier d'Aix-en-Provence c. Luis, le Tribunal administratif de Marseille allait adopter une solution encore plus claire (2). Cette espèce était relative à la réparation de dommages qui avaient été probablement occasionnés par la diffusion du liquide perfusé hors de la veine de la victime. Selon le Tribunal "s'agissant d'une intervention courante et de caractère bénin, les troubles résultés ne peuvent être regardés que comme révélant une faute commise dans l'organisation ou le fonctionnement du service de nature à engager la responsabilité de l'établissement hospitalier, sans que ce dernier puisse ... contrebattre utilement la présomption susvisée en excipant qu'il serait établi qu'aucune faute ne serait en l'espèce imputable au service". Ainsi, les juges marseillais admettaient explicitement l'existence d'une présomption de faute irréfragable pour la réparation des conséquences anormales de perfusions.

Pour autant, cette solution ne s'est pas imposée à l'ensemble des juges du fond. Ainsi, dans une décision Centre hospitalier de Blois c. Navereau du 29 juin 1987, le Tribunal administratif d'Orléans a écarté l'application du mécanisme présomptif dans une espèce où "aucune faute médicale n'a été mise en évidence lors de l'exécution de l'acte de soins ..." et où il n'a pu être établi "qu'un défaut de surveillance soit imputable au centre hospitalier" (3).

Pourtant, c'est incontestablement en faveur d'une présomption de faute irréfragable que le Conseil d'Etat s'est prononcé, dans un arrêt Centre hospitalier de Roanne c. Bochart du 16 octobre 1987 (4). Selon les juges, même si "aucune faute n'est établie à la charge du personnel médical ... tant dans la prescription de la perfusion que dans la décision de poursuivre celle-ci malgré la difficulté rencontrée dans la mise en place de l'aiguille ... le fait que le produit injecté dans une veine de la main ait pu se répandre dans les tissus sans que l'on s'en aperçût et sans que cet incident ne fût décelé au cours de l'hospitalisation ... révèle ... s'agissant d'un acte de soin courant ... une faute commise dans l'organisation et le fonctionnement du service".

dans le même sens, T.A. Bordeaux, 4 avril 1985, Centre hospitalier de Bordeaux c. Faucheur, R.H.F. 1986, p.349.

(1) R.H.F. 1984 p.1019.

(2) décision précitée supra p.296-297 note 6.

(3) R.H.F. 1988, p.223.

(4) R.H.F. 1988, p.661.

Cette émergence de présomptions de faute, dont la constance n'apparaît pas toujours de façon évidente, ne doit pas masquer les fins poursuivies par les juges de l'administration dans leur utilisation. S'il s'agit, bien évidemment, d'améliorer le sort des victimes, il s'agit également de limiter les effets de l'objectivation en rejetant le principe d'une responsabilité sans faute.

2)° L'objet des présomptions : une limitation de l'objectivation par le rejet de la responsabilité sans faute

Les remarques formulées par F-P Benoît à propos de l'utilisation faite par les juges, dans le domaine de la responsabilité du fait des ouvrages et des travaux publics, de la notion de défaut d'entretien normal trouvent à s'appliquer dans notre domaine (1). Comme l'expliquait cet éminent auteur le recours à cette notion, qui constitue l'une des expressions du mécanisme présomptif dans la jurisprudence administrative, présente un double aspect. Elle marque à la fois "un frein à l'apparition d'un système de responsabilité sans faute" et "le premier pas vers un système de responsabilité sans faute".

Ce double aspect se retrouve notamment dans l'arrêt Dejous du 7 mars 1958 (2). Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Jouvin s'était montré favorable à l'établissement d'un régime de responsabilité sans faute appliqué aux victimes de vaccinations obligatoires, mais le Conseil d'Etat avait décidé d'employer le mécanisme présomptif. Dans les deux hypothèses, cependant, la démarche était identique : il s'agissait avant tout de trouver une solution qui permette à la victime d'obtenir réparation, dans une espèce où l'application des règles de la responsabilité pour faute aurait inmanquablement conduit au rejet de ses prétentions. Mais d'un autre côté, l'utilisation des présomptions constitue un frein à l'objectivation. On voit bien, en effet, que l'admission de la responsabilité sans faute aurait permis de supprimer toute référence au comportement des agents de l'administration : l'existence d'un risque créé par l'activité de vaccination aurait suffi à engager la responsabilité du service public.

On sait, grâce aux conclusions de Jouvin, que les vaccinations obligatoires occasionnaient, à l'époque où a été rendu l'arrêt Dejous, entre 7 et 10 accidents par an, ce qui constitue un nombre très peu important rapporté aux millions d'actes du même type qui sont pratiqués annuellement (3). Si l'on avait admis la responsabilité sans faute dans ce domaine, cela aurait signifié que l'aléa thérapeutique lié à la réalisation des vaccinations obligatoires aurait été systématiquement réparé, sans considération du comportement des agents du service public. C'est certainement cet aspect systématique, cette automaticité de

(1) Le droit administratif français, op.cit. p.700-702.

(2) Arrêt précité supra p.295 note 4.

(3) Conclusions précitées, R.D.P. 1958, p.1097.

la responsabilité sans faute, qui a conduit le Conseil d'Etat à exiger l'existence d'une faute, tout en soulageant la victime de la charge de la preuve (1).

Il paraît toujours acquis, au demeurant, que la responsabilité pour faute demeure le principe selon lequel les dommages occasionnés par des actes médicaux réalisés par des personnels suffisamment qualifiés doivent être réparés. Ainsi, il n'est pas étonnant de constater, en dehors du cadre des vaccinations obligatoires, que le refus de réparation de l'aléa thérapeutique conduit les juges à rejeter l'emploi des présomptions pour les interventions qui ne présentent pas un caractère "banal et courant". En d'autres termes, les dommages occasionnés par la réalisation de l'aléa thérapeutique présenté par une intervention de type complexe ne peuvent être réparés sans faute. On retrouve ici la distinction entre ce type d'actes, pour lesquels la faute lourde est toujours exigée, et les interventions courantes pour lesquelles des aménagements sont autorisés.

En vertu de ces principes, les juges de l'administration refusent d'utiliser le mécanisme présomptif pour réparer les dommages occasionnés par des interventions complexes. On ne peut d'ailleurs guère critiquer la pertinence d'un tel raisonnement. On peut penser, en effet, que les dommages anormaux subis après une intervention courante ne présentant pas de risques particuliers, peuvent être regardés, du fait même de leur caractère anormal, comme révélant une faute commise par l'établissement hospitalier. Il en va de même lorsqu'un individu contracte une infection lors de son hospitalisation, dans la mesure où l'infection n'apparaît pas comme le résultat de l'acte médical ou chirurgical subi, mais comme le résultat des conditions dans lesquelles cet acte a été pratiqué. Une remarque identique peut être formulée pour ce qui concerne les dommages qui ne trouvent pas leur origine dans la réalisation d'un risque lié au traitement lui-même, mais dans le dysfonctionnement du matériel utilisé par les agents hospitaliers. En revanche, on voit mal où les juges pourraient trouver une faute dans des hypothèses où les dommages subis sont seulement liés à la réalisation d'un risque inhérent à une intervention complexe. Le fait que l'origine des dommages soit ici connue, exclut logiquement le recours à la faute présumée.

Ce type de raisonnement semble avoir été suivi par le Conseil d'Etat lorsqu'il a été saisi de demandes concernant la rétinopathie des prématurés, plus prosaïquement appelée maladie des couveuses. A l'époque où ces affaires ont été jugées, il était admis que l'oxygénation nécessaire à la survie des prématurés présentait un risque de fibroplasie de 0,001% (2), qui pouvait être regardé comme la cause principale des accidents subis. Au demeurant, l'existence d'une faute était très improbable en raison du fait que le traitement ne peut être interrompu, même dans les hypothèses où l'atteinte à la rétine a été constatée. Le cas échéant, seule une défaillance du matériel employé, ou des moyens utilisés par les

(1) Peu de temps après l'arrêt Dejous, le pas sera franchi par le législateur. Dorénavant, en application de la loi du premier juillet 1964, les victimes d'accidents occasionnés par les vaccinations obligatoires voient leurs dommages réparés en dehors de toute faute.

(2) Renseignement recueilli in J-P Segade, *Le Conseil d'Etat et les hôpitaux ...*, op.cit. p.293.

laboratoires chargés de procéder aux examens ophtalmologiques de l'enfant, auraient pu permettre d'engager la responsabilité du service public. En revanche, en raison du caractère exceptionnel des risques encourus, aucun défaut d'information ou de consentement auraient pu être regardés comme fautifs.

Dans un arrêt du 6 décembre 1978, Hospices civils de ... c. G., le Conseil d'Etat a indirectement rejeté le mécanisme présomptif, en déboutant le requérant au motif que "si le Sieur G. fait état d'une faute dans l'organisation du service, il n'apporte à l'appui de cette allégation aucune précision permettant d'en apprécier la portée" (1). Ce type de raisonnement est également employé lorsque sont en cause des dommages occasionnés par des artériographies, lesquelles présentent un risque de 0,003 %. On est bien forcé de constater, en effet, que "l'artériographie ne constitue pas ... une intervention de caractère bénin ... qu'au contraire, l'injection d'une substance opaque dans les artères est un acte médical délicat comportant des risques thérapeutiques inhérents à sa nature" (2).

Le refus de faire jouer le mécanisme présomptif, dans de telles hypothèses, constitue un obstacle souvent insurmontable pour les victimes. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Conseil d'Etat finira par accepter, dans une affaire qui concernait justement les dommages occasionnés par une artériographie, de réparer sans faute la réalisation de l'aléa thérapeutique inhérent à ce type d'acte (3).

Mais quoiqu'il en soit, les présomptions ne constituent pas le seul procédé virtuel susceptible d'être employé par les juges de l'administration. En agissant, non plus sur la faute, mais sur la causalité, les juges sont également susceptibles, au moyen de ces procédés, de réparer plus facilement les dommages subis par les victimes. Cela passe essentiellement par la théorie de la perte de chance qui permet de réparer un dommage purement virtuel.

(1) R.H.F. 1979, p.217. Voir également, dans le sens d'une responsabilité pour faute prouvée, C.E. 25 avril 1980, Centre hospitalier départemental de la Roche-sur-Yon, R.H.F. 1980, p.1050 ; T.A. Lille, 5 février 1980, R.H.F. 1980 p.1051.

(2) T.A. Nice, 21 décembre 1982, Centre hospitalier régional de Nice c. Touzani, R.H.F. 1983 p.740. Voir dans le même sens, T.A. Paris, 31 octobre 1979, Centre hospitalier intercommunal de ... c. ..., R.H.F. 1980, p. 570 ; T.A. Marseille, 10 juillet 1980 Administration de l'Assistance publique à Marseille c. ..., R.H.F. 1981 p.479.

(3) Voir sur ce point infra p.407-411.

§II- La réparation d'un dommage virtuel par le recours à la perte de chance

En principe, un préjudice ne peut être réparé que s'il présente un caractère certain ce qui peut, dans les hypothèses où ce préjudice n'est pas "né et actuel" poser un certain nombre de problèmes d'appréciation (1). Tel est le cas, notamment, lorsque ce préjudice peut être analysé comme une perte de chance. Cette notion a été pour la première fois utilisée par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt de Section Bacon du 3 août 1928 (2). Dans cette espèce, la juridiction administrative suprême avait réparé un préjudice résultant de l'application d'une décision illégale qui, en empêchant un fonctionnaire de se présenter à un concours, l'a privé "des chances d'avancement sur lesquelles il pouvait légitimement compter à cette époque". Dans le domaine hospitalier, il faut toutefois attendre l'arrêt du Conseil d'Etat Hôpital-Hospice de Voiron du 24 avril 1964 pour voir la perte de chance sanitaire réparée (3). L'étude de la jurisprudence démontre que la fonction de la perte de chance est assez mal établie, et que les juges de l'administration éprouvent de grandes difficultés à déterminer le montant du préjudice susceptible d'être réparé.

A- La fonction de la perte de chance

Dans le domaine de la responsabilité hospitalière, on entend, par perte de chance, un préjudice qui a eu des incidences sur la santé du patient. Mais, comme on a pu l'observer, ce préjudice ne présente toutefois qu'un caractère virtuel. De ce fait, le lien de causalité entre le dommage résultant de la perte de chance sanitaire et la faute commise par un agent hospitalier n'est pas matérialisé. Ainsi, la notion de perte de chance, qui concerne directement l'établissement d'un préjudice, concerne également, de façon indirecte, l'établissement d'un lien de causalité entre ce préjudice et une faute.

1)° Une influence directe sur l'établissement du préjudice

La perte de chance sanitaire concerne deux hypothèses différentes : la perte de chance de

(1) Voir sur ce point, F. de Baecque, "Règles de la jurisprudence administrative relatives à la réparation du préjudice en cas de mise en oeuvre de la responsabilité de la puissance publique", R.D.P. 1944, p.197-230 ; M. Deguergue, *Jurisprudence et doctrine ...*, op.cit. p.403-408.

(2) Rec. p.1035 ; S.1929.III. p.3. Voir sur la notion de perte de chance, F. Sallet, *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, Travaux et recherches Panthéon-Assas, Droit-économie-sciences sociales, L.G.D.J. 1994.

(3) Rec. p.289. Pour sa part, la Cour de cassation a utilisé, pour la première fois, la perte de chance dans le domaine médical à l'occasion d'un arrêt du 14 décembre 1965 (J.C.P. 1966.II.n°14753, note R. Savatier).

guérison et la perte de chance de survie. Dans ces deux cas, il ne s'agit pas de déterminer si tel acte médical, ou si telle abstention de réaliser un acte médical, constitue ou non la cause du dommage matériellement subi par la victime, mais de savoir si un acte approprié, ou réalisé dans de meilleures conditions, aurait contribué à accroître ses chances de guérison ou de survie. Cette perte de chance constitue, par elle-même, un préjudice susceptible d'être réparé.

Les juges pourront estimer, par exemple, que la présence d'un médecin réanimateur lors d'un accouchement par césarienne "aurait donné à l'opérée une chance de surmonter sa défaillance, et par suite de survivre" (1). La notion de perte de chance est également utilisée dans des hypothèses où une faute médicale, et plus précisément une faute médicale de diagnostic, a été prouvée (2). Tel est le cas, notamment, lorsque les praticiens hospitaliers n'ont pas utilisé les méthodes nécessaires à l'établissement de ce diagnostic. Ainsi, par exemple, le Tribunal administratif de Lyon a estimé, dans une décision Hospices civils de Lyon c. Jacobucci du 9 décembre 1982, que l'absence d'un examen radiologique "a pu avoir une influence sur l'état pathologique (de la victime) et sur l'évolution de son infection et notamment a été de nature à compromettre les chances qu'il avait que son oeil blessé conserve son acuité" (3). La théorie de la perte de chance est également susceptible de jouer dans des hypothèses où le diagnostic a été établi tardivement. Ainsi, dans une décision du 2 juin 1982, Centre hospitalier de Niort c. Segret, le Tribunal administratif de Poitiers a décidé qu'un retard de six jours dans l'établissement d'un diagnostic de rupture de

(1) T.A. Nantes, 26 novembre 1979, Centre hospitalier de Laval c. Coquelin, R.H.F. 1980, p.572. Un certain nombre d'autres décisions relèvent également des fautes commises dans l'organisation ou le fonctionnement du service à l'origine d'une perte de chance sanitaire. Voir ainsi, T.A. Lyon, 31 janvier 1980, Hospices civils de ... c. ..., R.H.F. 1980, p.938 (refus du personnel du service de prendre en compte les avertissements de la mère d'un nouveau-né sur les symptômes alarmants présentés par celui-ci) ; T.A. Marseille, 12 février 1982, Centre hospitalier de Perthuis c. Duval, R.H.F. 1982 p.744 (retard du transfert vers un centre spécialisé de la victime d'une lésion du nerf radial ayant entraîné la paralysie d'un bras) ; T.A. Clermont-Ferrand, 15 mars 1989, Centre hospitalier régional de Clermont-Ferrand c. Da Silva Brites, R.H.F. 1990, p.909 (orientation tardive non justifiée d'une parturiente vers un spécialiste dont l'intervention aurait pu éviter et limiter les dommages occasionnés à un nouveau-né par un accouchement dystocique) ; T.A. Lyon, 3 novembre 1989, Hospices civils de Lyon c. Daval, R.H.F. 1990, p.386 (l'incapacité d'un aide-soignant insuffisamment qualifié à déceler les premiers signes de défaillance cardiaque d'un malade placé en salle de réveil "a compromis irrémédiablement les chances de survie" de ce malade).

(2) On trouve en effet très peu de décisions faisant allusion à une faute dans l'accomplissement d'un traitement. Voir cependant, C.E. 11 janvier 1985, Centre hospitalier régional de Reims c. Rafik, R.H.F. 1985, p.911 ("la méconnaissance par le chirurgien des règles essentielles de la technique opératoire qu'il avait à juste titre choisi d'appliquer" est constitutif d'une faute lourde qui "a compromis les chances qu'avait (la victime) d'éviter une section complète du sphincter anal") ; T.A. 29 juin 1987, Centre hospitalier de Cahors c. Valarcher, R.H.F. 1988, p.409 (retard de quatre jours dans la réalisation d'une ostéosynthèse qui "a compromis les chances du blessé d'avoir une excellente réduction de sa fracture").

(3) R.H.F. 1983 p.838. Voir également C.E. 26 octobre 1984, Centre hospitalier de Perpignan c. Darde, R.H.F. 1985, p.579 (fracture non diagnostiquée).

l'oesophage "a compromis les chances de survie (de la) malade" (1).

Ainsi, il ne fait pas de doute que la perte de chance constitue un préjudice virtuel susceptible d'être réparé par les juges de l'administration. Ceci étant, la notion de perte de chance ne se limite pas à cet effet. Elle a également des conséquences indirectes sur l'établissement de la causalité.

2)° Une influence indirecte sur la causalité

La théorie de la perte de chance ne constitue pas un moyen détourné permettant de réparer la réalisation d'aléas thérapeutiques. Sur ce plan, les conditions d'utilisation de cette notion ne diffèrent pas des autres règles permettant d'apprécier l'existence d'un lien de causalité entre un dommage et son fait générateur. En premier lieu, la théorie de la perte de chance ne peut jouer que dans les hypothèses où une faute a été commise, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat dans un arrêt Hospices civils de Strasbourg c. Barbier du 10 octobre 1984 (2). On notera, cependant, que la jurisprudence n'est pas toujours très rigoureuse sur ce point. Ainsi, dans une décision du 8 août 1984, Centre hospitalier régional de Lille c. Loyez, le Tribunal administratif de Lille a décidé que "le retard mis dans l'application d'une thérapeutique appropriée, imputable aux congés de la période pascale et qui a compromis les chances de rétablissement de l'intéressé, révèle un mauvais fonctionnement du service public ..." (3). Dans cette espèce, la perte de chance contribue ainsi à présumer l'existence d'une faute.

En revanche, il n'est pas contestable que cette faute doit nécessairement avoir causé les dommages dont il est demandé réparation. Dans un arrêt Tronville du 27 avril 1984, le Conseil d'Etat a ainsi rejeté l'utilisation de la théorie de la perte de chance après avoir relevé qu'une plaie perforante à l'oeil, à l'origine de la cécité de la victime "était d'une gravité telle que la blessure eût évolué de la même façon si l'intervention des ophtalmologues avait été pratiquée plus tôt" (4).

(1) R.H.F. 1983, p.602.

(2) R.H.F. 1985, p.577. On peut lire dans cet arrêt que "le fait que le diagnostic n'a pas été porté immédiatement n'est pas constitutif d'une faute lourde médicale". Le Conseil d'Etat annule une décision du Tribunal administratif de Strasbourg du 28 juillet 1982, dans lequel les juges avaient estimé que l'existence d'un diagnostic d'une septicémie constitutive d'une faute lourde avait fait perdre à la victime la chance qu'elle possédait de se rétablir sans séquelles d'une arthrite de la hanche pour laquelle elle avait été hospitalisée.

(3) R.H.F. 1985, p.574.

(4) R.D.S.S. 1985, p.165, note Moderne. Voir également, C.E. 26 octobre 1984, Centre hospitalier de Perpignan c. Darde, R.H.F. 1985, p.579 (erreur de diagnostic d'une fracture sans influence sur l'amputation subie ultérieurement par la victime) ; T.A. Lyon 26 novembre 1981, Hospices civils de Lyon c. Charrier, R.H.F. 1982, p.686 (le retard dans l'intervention d'un médecin de garde n'aurait pu empêcher le décès d'une patiente victime d'une hémorragie consécutive à une hystérectomie).

Ainsi, comme l'explique M. Moderne, la perte de chance ne peut être assimilée à une présomption de causalité, puisque la relation faute-préjudice doit être établie avant que ne soit utilisée cette notion (1). Cette opinion n'est toutefois pas partagée par l'ensemble des auteurs. Ainsi, selon M. Boré, le mécanisme joue parfois lorsque la faute retenue "a permis ou facilité la réalisation du préjudice, mais où il est impossible d'affirmer que ce fait a été la cause génératrice, ni même si en l'absence de cette faute le dommage ne se serait pas produit" (2). De façon beaucoup plus sévère, René Savatier estimait que "ce que l'on appelle improprement chance, c'est l'insuffisance de l'information du juge sur le déroulement suivant lequel le destin a enchaîné les événements. Il est commode pour l'homme appelé à juger, d'en éviter l'effort, pour se borner à traduire, dans sa sentence, la moyenne de ses hésitations sur la vérité des faits" (3).

Ces assertions recèlent une part incontestable de vérité : le préjudice subi par la victime, parce qu'il est virtuel, conduit nécessairement le juge à spéculer sur le lien existant entre ce préjudice et la faute mise à la charge de l'établissement hospitalier. Au demeurant, en l'état des connaissances scientifiques, il est souvent impossible d'affirmer qu'un traitement plus approprié, l'absence de faute commise par un agent hospitalier, auraient été à coup sûr de nature à éviter les dommages subis. Cette incertitude est parfois traduite par la façon dont sont formulés certains jugements. Tel est le cas, par exemple, d'une décision Hospices civils de Lyon c. Charrier du 26 novembre 1981, dans laquelle le Tribunal administratif de Lyon a estimé "qu'on ne peut affirmer que l'intervention immédiate du personnel médical n'aurait pas donné une chance de survie à (une patiente)" (4).

Il est clair, cependant, que les victimes n'obtiendront pas réparation dans les hypothèses où l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice n'a pas été établi. La chance de survie ou de guérison perdue par la victime ne doit pas apparaître trop hypothétique pour être réparée. En fait, comme on va pouvoir l'observer, le véritable problème posé par l'utilisation de la perte de chance ne se pose pas sur le terrain des conditions de sa mise en oeuvre, mais sur celui des effets qu'elle est censée avoir sur la détermination de la part du préjudice susceptible d'être réparée.

(1) Note sur l'arrêt Tronville précité supra p.315 note 3 (voir plus spécialement R.D.S.S. 1985, p.168).

(2) "L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de causalité d'un fait dommageable", J.C.P. 1974.I.n°2620.

(3) "Une faute peut-elle engager la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé" ? D.P. 1970, chron. p.123-126.

(4) R.H.F. 1982, p.686. Voir également, T.A. Lyon, 9 décembre 1982, Hospices civils de Lyon c. Jacobucci, R.H.F. 1983, p.938 (la faute de diagnostic commise "a pu avoir une influence sur l'état pathologique de la victime").

B- La détermination du préjudice susceptible d'être réparé

La logique la plus élémentaire voudrait que la perte de chance endurée par la victime ne lui permette d'obtenir qu'une réparation partielle des dommages subis, proportionnelle aux chances de guérison ou de survie effectivement perdues. Cette solution pose cependant un grave problème en pratique. Il est, en effet, extrêmement difficile d'évaluer le montant de ce préjudice. Devant cette difficulté, les juges ont renoncé à la solution réaliste du calcul proportionnel pour réparer l'ensemble des dommages subis par les victimes.

1)° Les difficultés d'évaluation du préjudice subi

Selon l'expression employée par M. Moderne, il conviendrait, pour les juges, de "moduler la réparation" en fonction de la perte de chance endurée par les victimes (1). Cette solution, qui apparaît parfaitement réaliste, est appliquée par les juges de l'ordre judiciaire (2). Comme l'explique M. Chabas "on calcule les dommages et intérêts d'après ces chances, mais en prenant pour base la somme qui aurait servi à indemniser pour le décès ou la perte certaine de quelque autre enjeu. Le juge doit proportionner la réparation au coefficient des chances qu'avait la victime et qu'elle a perdues" (3).

C'est cette même solution qui a été appliquée, à l'origine, par certains juges de l'administration, comme on peut notamment l'observer dans une décision du Tribunal administratif de Nice du 27 octobre 1983, Centre hospitalier régional de Toulon c. Moliner (4). Dans cette affaire, le Tribunal avait relevé une faute lourde de diagnostic de nature à engager la responsabilité de l'établissement attaqué. Mais, "si ... l'erreur commise se trouve à l'origine ... de la perte d'une chance de bénéficier d'un traitement plus efficace et moins douloureux..." le Tribunal relève que "... l'état du dossier ... ne permet pas, du fait notamment de la non consolidation des blessures de l'intéressée, de prendre position sur la nature et l'étendue du préjudice imputable à l'erreur de diagnostic sus-analysée". Ainsi, de façon implicite, le Tribunal administratif de Nice estime que le montant de la réparation des dommages consécutifs à une erreur de diagnostic doit être calculé en fonction de la perte de chance liée à la faute commise (5).

(1) Note sur l'arrêt Tronville, précité supra p. 315 note 3.

(2) Voir par exemple, Cass. civ. I., 7 juin 1989, D.S. 1991, p.158, note J-P Couturier ; R.D.S.S. 1990, p.52 ; G.P. 1989.II.p.168.

(3) Cité par S. Hocquet-Berg, *in* Obligation de moyens ou obligation de résultat ? ... , op.cit. p.182.

(4) R.H.F. 1984, p.598.

(5) Voir dans le même sens, T.A. Lyon, 31 janvier 1980, Hospices civils de Lyon c. Haon, R.H.F. 1980, p.838 ; T.A. Strasbourg, 8 juillet 1982, Hospices civils de Strasbourg c. Barbier, R.H.F. 1983, p.603.

Cette appréciation est susceptible de poser, en pratique, des difficultés insolubles. Un exemple frappant de ces difficultés est fourni par une décision du Tribunal administratif de Marseille du 12 février 1982, Centre hospitalier de Perthuis c. Duval (1). Dans cette espèce, la victime d'une paralysie du nerf radial s'était retrouvée atteinte d'une incapacité permanente de 40% alors que, pour le même type d'affection, le taux normal était de 30 %. Il s'agissait ici de déterminer dans quelle mesure l'écart de dix points était imputable à la perte de chance sanitaire liée au retard dans la mise en oeuvre d'un traitement efficace. Plutôt que de statuer sur ce point, le Tribunal a préféré diligenter un complément d'expertise dont l'intérêt, compte tenu de l'extrême difficulté de la tâche confiée aux experts, apparaît peu évident. Ce sont ces difficultés qui ont conduit les juges, comme le notait déjà M. Charaf-Eldine dans un article publié en 1983, à réparer de plus en plus fréquemment l'intégralité du préjudice subi par les victimes (2).

2)° Le choix de la facilité : la réparation de l'intégralité du préjudice subi

Dans un arrêt Dame Rossier du 2 décembre 1977, le Conseil d'Etat s'est prononcé très clairement en faveur de la réparation de l'entier préjudice subi par la victime (3). Cette affaire concernait une faute de diagnostic commise par les médecins d'un hôpital psychiatrique qui avaient estimé qu'un malade, qui était en fait victime d'une volumineuse tumeur cérébrale, souffrait d'un "état dépressif avec hallucinations visuelles, une cécité sans substratum organique et une astasie-abasie d'origine hystérique". Selon les juges, la faute commise "(a) compromis les chances de la dame Rossier d'éviter une cécité totale ... ". Ainsi, "...le service hospitalier doit être ... regardé comme responsable de l'ensemble des troubles qui ont persisté chez le malade après l'ablation de la tumeur". Cette solution a été confirmée dans l'arrêt du Conseil d'Etat Rafik du 11 janvier 1985 (4). Dans cette espèce, la juridiction administrative suprême a décidé que "le centre hospitalier hospitalier régional de Reims doit être déclaré responsable des conséquences dommageables (d'une) opération" dans la mesure où la faute commise par le chirurgien "a compromis les chances qu'avait (la victime) d'éviter une section complète du sphincter anal".

Dans ces différentes affaires, les juges ne tiennent pas compte de l'aléa qui affecte la

(1) Arrêt précité supra p.314 note 1.

(2) "La théorie de la perte de chance sanitaire (devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat)", R.D.S.S. 1983, p.48-69. Voir plus spécialement p.67-69.

(3) Rec. p.485.

(4) Arrêt précité supra p.314 note 2. Voir dans le même sens, T.A. Lyon, 9 décembre 1982, Hospices civils de Lyon c. Jaccobucci, précité supra p.316 note 4 ; T.A. Lille, 8 août 1984, Centre hospitalier régional de Lille c. Loyez, R.H.F. précité supra p.315 note 2 ; T.A. Toulouse, 29 juin 1987, Centre hospitalier de Cahors c. Valarcher, précité supra p.314 note 2 ; T.A. Lyon, 3 novembre 1989, Hospices civils de Lyon c. Daval, arrêt précité supra p.314 note 1.

réalisation de la chance perdue. La solution est contestable, mais elle a le mérite de la simplicité. Elle s'inscrit résolument, par ailleurs, dans la ligne d'une jurisprudence qui est de plus en plus favorable aux victimes. La restriction du domaine de la faute lourde, l'utilisation de plus en plus fréquente des présomptions, permettent ainsi de relativiser l'apport de l'arrêt d'Assemblée Epoux V. du 10 avril 1992 (1). De fait, l'abandon de la faute lourde apparaît davantage comme l'aboutissement logique de l'évolution jurisprudentielle, plutôt qu'une révolution.

(1) Arrêt précité supra p.3 note 5.

Section II :L'abandon de la faute lourde -l'aboutissement d'une évolution plus qu'une révolution

L'abandon de la faute lourde dans le domaine des activités médicales et chirurgicales des établissements hospitaliers, à l'occasion de l'arrêt Epoux V. du 10 avril 1992 (1), ne peut en aucun cas être regardé comme une rupture brutale avec le passé. Comme l'a écrit M. Thouvenin, "si le mot disparaît, la chose désignée demeure puisque l'on continue de considérer l'activité médicale comme présentant des difficultés particulières" (2). A divers égards, en effet, la généralisation de la faute non qualifiée apparaît tout à fait conforme à l'évolution du droit administratif. Aussi, il n'est guère étonnant de constater que les conséquences de cet abandon, qui ne constitue pas une rupture avec le passé, demeurent assez limitées.

§ I- Un abandon conforme à l'évolution du droit administratif

La conjonction de deux facteurs pouvait laisser présager l'abandon de la faute lourde. Le premier de ces facteurs touche de façon spécifique à la responsabilité hospitalière. Comme on a pu l'observer dans nos précédents développements, la faute simple a vu son domaine s'élargir de façon progressive au détriment du domaine de la faute lourde. Au demeurant, dans le cadre même des activités médicales des hôpitaux, l'utilisation des présomptions a contribué à remettre en cause le caractère intangible de la faute lourde.

Le second facteur susceptible d'expliquer l'abandon de la faute qualifiée tient, de façon beaucoup plus large, à l'évolution de la juridiction administrative. De ce point de vue, la réforme du 31 décembre 1987, qui a fait du Conseil d'Etat le juge de cassation des arrêts des Cours administratives d'appel, a indéniablement contribué à cet abandon.

(1) Arrêt précité supra p.3 note 5.

(2) La responsabilité médicale, op.cit. p.57.

A- Un abandon conforme à l'évolution de la responsabilité hospitalière

On se gardera bien ici de retracer les différentes étapes de l'évolution jurisprudentielle, comme on a déjà été en mesure le faire plus haut. Il est toutefois important d'insister sur l'influence grandissante jouée par les considérations d'équité dans les solutions retenues, tout en notant, néanmoins, que cette influence ne s'est souvent manifestée que de façon diffuse.

1)° L'influence grandissante des considérations d'équité dans les solutions retenues

Les années précédant l'arrêt Epoux V. du 10 avril 1992 (1) ont permis d'observer, selon l'expression employée par M. Legal dans ses conclusions, "une banalisation de la faute lourde" : les juges de l'administration ont reconnu l'existence de fautes lourdes médicales dans des espèces où la responsabilité du service public était auparavant écartée (2). Cette évolution doit être mise en parallèle avec l'utilisation faite par les juges de mécanismes présomptifs. Dans ces différentes hypothèses, l'objectif est identique : il s'agit de faciliter l'engagement de la responsabilité de l'administration dans des affaires où des considérations d'équité incitent à ce que les dommages subis par la victime soient réparés (3).

On parlera bien ici d'équité, et non pas de principe d'égalité devant les charges publiques. Pourtant, il est vrai que ce principe a été évoqué par différents commissaires du gouvernement dans des affaires concernant la responsabilité hospitalière (4), et qu'on peut la considérer, avec M. Delvolvé, comme "l'explication générale" de l'ensemble des règles régissant la responsabilité de l'administration (5). Dans ce schéma, les notions de faute ou de risque constitueraient des conditions techniques de mise en oeuvre de ce principe. Elles fixeraient, par là-même, des limites au rétablissement du principe d'égalité devant les charges publiques, rompu au détriment des victimes de dommages occasionnés par l'activité de l'administration.

Sans utiliser la notion d'équité, mais sans non plus se référer à la notion d'égalité devant les charges publiques, M. Richer a avancé une autre explication de l'évolution de la responsabilité hospitalière, qui ne vise que la faute lourde médicale. Selon cet auteur,

(1) Arrêt précité supra p.3 note 5.

(2) Conclusions sur l'arrêt Epoux V., (Rec. p.177). Voir également, A-M Duguet, La faute médicale ..., op.cit. p.177-180.

(3) Sur l'importance des considérations d'équité dans les solutions retenues, voir N. Rainaud, Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J. 1996, Tome CLXXXI, p.102.

(4) Voir ainsi les conclusions de Jouvin sur l'arrêt d'Assemblée Dejous du 7 mars 1958, précité p.293 note 4, et de M. Daël sur l'arrêt d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993, précité supra p.22 note 4.

(5) Le principe d'égalité devant les charges publiques, op.cit. 234.

la faute lourde médicale aurait vu sa reconnaissance facilitée par le fait qu'elle porte presque toujours atteinte à l'intégrité physique des victimes (1).

Selon nous, cependant, un tel argument n'a de portée réelle que dans les cas où l'oubli d'une compresse dans le corps d'un opéré constitue une faute lourde. En effet, s'il n'est guère contesté que l'oubli d'instruments chirurgicaux dans le corps des patients constitue une erreur suffisamment grave pour être qualifiée de la sorte (2), cette solution apparaît beaucoup plus contestable lorsque les objets en cause sont des compresses. En effet, comme l'explique Mme. Duguet, il peut être parfois très difficile, notamment en cas d'hémorragie abondante, de repérer la totalité des compresses utilisées pour une opération lorsque celles-ci sont imbibées de sang (3). Au demeurant, une radiographie de contrôle ne permettra pas nécessairement de déceler la présence de ces corps étrangers (4). Pour autant, il serait exagéré d'affirmer que la faute lourde a toujours été systématiquement reconnue dans ce type d'affaires (5). Dans son arrêt de Section du 12 juin 1953, Administration générale de l'Assistance publique à Paris c. Dame Baty, le Conseil d'Etat avait bien précisé que l'oubli d'une compresse dans le corps d'un opéré n'était constitutif d'une faute lourde qu'en l'absence ... de toute circonstance exceptionnelle susceptible de l'excuser ..." (6). En application de cette jurisprudence, l'urgence dans laquelle a été pratiquée l'opération a longtemps constitué un motif d'exonération de la responsabilité de l'établissement hospitalier. Cette solution a encore été retenue par le Tribunal administratif de Nancy dans une décision Centre hospitalier de Verdun c. Moulet (7). Ce n'est, en fait, que sur l'appel de cette décision jugé le 8 janvier 1982, que le Conseil d'Etat est implicitement revenu sur la

(1) La faute du service public ..., op.cit. p.164-165.

(2) Voir par exemple, C.E. 9 janvier 1957, Assistance publique de Marseille, Rec. p.22 ; A.J.D.A. 1957 p.75 (oubli de compresses et d'agrafes) ; C.E. 6 octobre 1976, Centre hospitalier de Châlons, R.T.D.S.S. 1977, p.524 (oubli d'une pièce métallique) ; T.A. Grenoble, Centre hospitalier régional de Grenoble c. Bellima, R.H.F. 1981, p.206 (oubli d'une aiguille chirurgicale courbe).

(3) La faute médicale à l'hôpital, op.cit. p.85.

(4) Notons qu'il existe, à l'heure actuelle, des compresses radio-opaques qui ne sont pas encore utilisées de façon systématique dans les hôpitaux (ibid p.85). Il apparaît ainsi qu'il serait certainement plus judicieux de retenir, dans les espèces visées, une faute dans l'organisation du service public du fait de la non-utilisation de ce matériel, plutôt qu'une hypothétique faute médicale qualifiée ou non. Une telle solution serait non seulement plus conforme à la réalité, mais elle aurait encore pour avantage non négligeable d'inciter les hôpitaux à n'utiliser que des compresses radio-opaques, et d'améliorer ainsi la sécurité des usagers.

(5) Voir dans ce sens, C.E. 12 mars 1975, Hospices civils de Haguenau, Rec. Tables, p.1277 ; J.C.P. 1975.II.n°18181 note Debène ; A.J.D.A. 1975, p.423 ; R.D.P. 1975 p.1760.

(6) Arrêt précité supra p.250 note 2.

(7) R.H.F. 1979, p.1122.

jurisprudence Dame Baty et a décidé que l'oubli d'une compresse dans le corps d'un patient était, dans tous les cas, constitutif d'une faute lourde (1). Depuis cet arrêt, la responsabilité de l'établissement hospitalier n'est écartée que dans la mesure où il n'a pas été établi de lien de causalité entre l'oubli des compresses et les dommages subis (2).

Cependant, l'explication de cette évolution de la faute lourde médicale proposée par M. Richer n'est valable, de façon certaine, que dans cette hypothèse précise. C'est d'ailleurs le même type de remarque qui peut être fait à propos du point de vue formulé par M. Truchet selon lequel "le malade n'aurait pas systématiquement droit à une amélioration de son état ; mais il aurait droit à sa non-détérioration du fait de l'hôpital" (3). Comme on peut l'observer, cette affirmation n'a une portée évidente que dans le domaine des présomptions, dans les hypothèses où la victime a subi un dommage sans rapport avec le motif de son hospitalisation (4).

En revanche, l'argument développé par M. Legal dans ses conclusions sur l'arrêt Epoux V... du 10 avril 1992 est beaucoup plus convaincant (5). Selon M. Legal "dans le contentieux de la réparation, le juge ne peut être indifférent à l'évolution de la sensibilité de ses concitoyens ... Dans le calcul des indemnités comme dans le sentiment que l'on éprouve que tout a, ou n'a pas été fait pour bien traiter un usager du service public, la part de l'esprit du temps doit être faite et les attentes spontanées prises en compte dans la décision" (6). Il est fait, dans cette assertion, une référence implicite à l'équité qui est perçue, en quelque sorte, comme le guide de l'évolution de la responsabilité hospitalière. Comme on le voit, cependant, l'influence de cette notion est difficilement appréciable, et elle ne met en cause que la subjectivité des juges.

2)° L'influence diffuse des considérations d'équité dans les solutions retenues

L'influence des considérations d'équité ne passe pas nécessairement par une reconnaissance facilitée de la faute lourde. Elle peut également se traduire par l'utilisation, par les juges de l'administration, des autres mécanismes susceptibles de faciliter la

(1) R.H.F. 1982, p.813 ; G.P. 1982.II. somm. p.268.

(2) T.A. Strasbourg, 26 janvier 1984, Hospices civils de Strasbourg c. Rohé, R.H.F. 1984, p.806 ; T.A. Lille, 20 décembre 1987, Centre hospitalier régional de Lille c. Rossier, R.H.F. 1988, p.895.

(3) "Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable à le réparer", op.cit. p.1.

(4) Voir sur ce point supra p.295-303.

(5) Arrêt précité supra p.3 note 5.

(6) Conclusions précitées, Rec. p.179.

réparation des dommages subis. L'emploi des présomptions, mais également la réduction du domaine de la faute lourde médicale au profit de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, constituent autant de formes différentes d'une évolution guidée par le même souci de réparer des dommages qu'il apparaîtrait inéquitable de ne pas réparer.

Comme on aura l'occasion de l'observer plus loin, c'est ce même souci d'équité qui a inspiré la reconnaissance de régimes de responsabilité sans faute dans le contentieux hospitalier. Il existe cependant une différence de taille entre ces différents régimes, d'une part, et la responsabilité pour faute, d'autre part. Dans certains cas, en effet, l'équité pourra fonder directement des régimes de responsabilité de type objectif. En d'autres termes, dans de telles hypothèses, qui ne correspondent pas à l'ensemble des cas de responsabilité sans faute, la victime verra ses dommages réparés du seul fait qu'ils existent et qu'ils sont liés à certains types d'activités des établissements hospitaliers (1). L'influence de l'équité est directe, alors qu'elle ne l'est pas dans le cadre de la responsabilité pour faute ce qui la rend moins facilement identifiable.

Ainsi, il est très ardu, pour quelqu'un qui n'est pas docteur en médecine - et cela est autant valable pour le commentateur de la jurisprudence que pour le juge - d'analyser l'erreur technique à l'origine de la faute du service public. On pourra ainsi difficilement porter une appréciation sur l'opportunité de qualifier telle ou telle erreur médicale de faute lourde, en dehors des hypothèses où la gravité de cette faute apparaît évidente. La seule approche possible consistera alors à comparer les différentes décisions rendues à quelques années de distance pour des faits similaires : la reconnaissance d'une faute lourde dans un type d'affaires où elle était auparavant écartée rendra visible une évolution dont les nuances n'auront pas été nécessairement apparentes.

Au demeurant, il est important de souligner que le souci d'équité qui peut, dans certains cas, inciter à qualifier une erreur médicale de faute lourde, n'est que très rarement exprimé par les juges de l'administration (2). Bien au contraire, ces juges auront plutôt tendance à affirmer que "la circonstance que les conséquences dommageables (d'une opération) aient été importantes pour le malade sont sans incidence sur la responsabilité" (3). La raison de cette apparente fermeté est élémentaire : reconnaître l'importance de l'équité dans les solutions retenues constituerait un premier pas vers l'admission d'une responsabilité objective. Or, c'est justement la volonté de ne pas laisser sans réparation les victimes de

(1) Voir infra Titre II, chapitre II.

(2) A propos de la raréfaction progressive de la référence à l'équité dans la jurisprudence, voir F. Goliard, Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français, Thèse Paris, 1995, p.281-282.

(3) T.A. Grenoble, 16 novembre 1983, Centre hospitalier régional de Grenoble c. Maalem, R.H.F. 1984 p.600.

l'activité médicale des hôpitaux qui constitue le principal argument en faveur de la généralisation de ce type de responsabilité (1).

L'influence de considérations d'équité ne peut être qu'induite de l'appréciation portée par les juges sur la gravité de l'erreur commise par le praticien. On pourra relever, dans ce sens, un certain nombre de décisions qui paraissent sévères du point de vue de l'admission de la faute lourde. Tel est le cas, notamment d'un arrêt du Conseil d'Etat du 13 janvier 1988, Centre hospitalier de Grasse c. Bonnet (2). Cette espèce concernait une demande de réparation présentée par une victime de dommages occasionnés par le syndrome de Volkmann apparu après une intervention chirurgicale de réduction d'une fracture. Selon l'expert, les symptômes présentés par la victime - une douleur importante et une extension incomplète des doigts - ne laissaient pas spécialement augurer de l'apparition de cette affection extrêmement rare. Pour le Conseil d'Etat, cependant, l'erreur de diagnostic commise par les praticiens hospitaliers est constitutive d'une faute lourde.

Ceci étant, d'autres décisions rendues à la même époque paraissent toujours très attachées à ce type de faute. On peut citer, à cet égard, un arrêt du Conseil d'Etat du 29 janvier 1988, Jean Fernandes (3). Cette affaire mettait en cause une erreur commise par un médecin hospitalier qui avait diagnostiqué une entorse du genou, alors que son patient souffrait en réalité d'une fracture. Le Conseil d'Etat, estimant que cette confusion pouvait être expliquée par le fait que cette fracture n'était pas extrêmement nette, refuse de reconnaître l'existence d'une faute lourde.

Le caractère très casuistique de cette jurisprudence devait nécessairement conduire la juridiction administrative suprême à s'interroger sur la nécessité de son maintien. De ce point de vue, la nouvelle qualité de juge de cassation du Conseil d'Etat ne pouvait que l'inciter à opérer une clarification de ces règles, qui devait se traduire par l'abandon de la faute lourde.

B- Un abandon conforme à l'évolution de la juridiction administrative

La réforme du contentieux administratif opérée par la loi du 31 décembre 1987 a modifié le rôle du Conseil d'Etat : perdant pour l'essentiel sa fonction de juge d'appel au profit des nouvelles Cours administratives d'appel, il contrôle ces dernières par la voie de la cassation. Cette transformation de la juridiction administrative suprême lui imposait, à l'évidence, la

(1) Voir sur ce point infra p.404.

(2) R.H.F. 1988 p.1025. Voir également, T.A. Châlons-sur-Marne, 15 décembre 1987, Centre hospitalier de Langres c. Rousselot, R.H.F. 1988 p.99.

(3) Req. n°62369.

quasi-obligation de résoudre "l'encombrement conceptuel" qui résultait de sa jurisprudence (1), en vue de mieux délimiter la portée de son contrôle.

1)° La transformation du rôle du Conseil d'Etat juge de cassation

Depuis la loi du 5 mars 1934, le Conseil d'Etat connaissait du contentieux de la responsabilité hospitalière en tant que juge d'appel des Conseils de préfecture. Cette loi n'avait cependant en rien modifié l'étendue du contrôle qu'il exerçait déjà lorsqu'il statuait en premier et dernier ressort. Le Conseil d'Etat continuait à connaître, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, de l'ensemble des données de droit et de fait des litiges dont il était saisi. Dans ce cadre, et pour ce qui concerne la responsabilité hospitalière, le contrôle du Conseil d'Etat portait non seulement sur le respect de la répartition établie entre la faute lourde et la faute simple, mais aussi sur la définition même de ces notions. En cas d'appel, le Conseil d'Etat avait toute latitude de déterminer si tel ou tel acte litigieux était ou non constitutif d'une faute du service public. De cette façon, par sa mainmise sur l'ensemble des données du litige, la juridiction administrative suprême assurait un contrôle particulièrement étroit sur les Conseils de préfecture, puis sur les Tribunaux administratifs.

La nouvelle réforme du contentieux du 31 décembre 1987 allait cependant remettre en cause ces éléments en faisant du Conseil d'Etat le juge de cassation des Cours administratives d'appel. Pour s'exprimer simplement, on peut dire que le Conseil d'Etat n'apparaît plus, depuis cette réforme, comme un juge des faits, mais comme un juge du droit. Plus précisément, son nouveau statut de droit commun le cantonne à deux séries d'attributions qui limitent sérieusement le contrôle sur les questions qui lui sont soumises. D'une part, le Conseil d'Etat est investi d'un rôle disciplinaire qui lui permet de "censurer les solutions d'espèce fondées sur des erreurs grossières" (2). D'autre part, il exerce un contrôle juridique, ou régulateur, en vertu duquel "le juge de cassation est censé prendre en charge la cohérence et l'évolution du droit en assurant l'unité de la jurisprudence des juges du fond" (3).

Il n'est pas douteux, dans le domaine qui nous intéresse, que le contrôle exercé sur les arrêts des Cours administratives d'appel est susceptible de relever de la fonction disciplinaire de la juridiction administrative suprême. Mais ceci ne peut concerner, bien évidemment que les hypothèses dans lesquelles une Cour administrative d'appel aurait, soit dénaturé les faits

(1) Cette expression est employée par M. Legal dans ses conclusions sur l'arrêt Epoux V. du 10 avril 1992, précité supra p.3 note 4 (voir plus spécialement Rec. p.180)

(2) C. Pollmann, "L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'Etat en matière de responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques", R.D.P. 1996, p.1653-1714 (voir plus spécialement p.1654).

(3) Ibid. p.1654-1655.

de l'espèce, soit insuffisamment motivé son arrêt (1).

La nécessité d'opérer un contrôle de type juridique sur l'utilisation de la notion de faute par les juges du fond est, en revanche, beaucoup plus contestable. Il s'agit ici de savoir si la détermination de l'existence d'une faute relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, ou si elle constitue, plutôt, une opération de qualification juridique contrôlée par le Conseil d'Etat. La majorité des auteurs et des membres de la juridiction administrative suprême soutient que cette distinction est avant tout fonctionnelle, et qu'elle relève de considérations de politique jurisprudentielle. Cette analyse de la fonction du contrôle de cassation avait été formulée par G. Marty dans sa thèse publiée en 1929 (2). Elle a ensuite été reprise par MM. Combarous et Galabert, à l'occasion d'une chronique publiée sur l'arrêt Jourdan du 9 mars 1960 (3). A l'heure actuelle, la grande majorité des membres du Conseil d'Etat semble souscrire à ce type d'approche (4).

Une opinion contraire a toutefois été formulée par M. du Marais dans ses conclusions sur l'arrêt de Section Société Clichy dépannage du 18 novembre 1994 (5). Selon ce commissaire du gouvernement, il convient de préférer "au critère subjectif du *souhait* du juge ... la rationalité objective de son *raisonnement*, et de son rôle dans la société" en contrôlant chacune des étapes de l'analyse des juges du fond pour ne pas risquer "de sacrifier aucune question de droit". Comme l'évoque M. du Marais, cette méthode de type "séquentiel" se rapproche de celle qui avait été proposée par le président Odent dans son Cours, ainsi que de la démarche de la Cour de cassation. On assisterait, dans ce cadre, à un contrôle exercé sur l'ensemble des éléments du litige, mais qui serait variable dans son intensité selon que la "séquence" examinée se rapprocherait d'un problème de fait ou bien d'un problème de droit.

Il est cependant impossible d'affirmer, au regard de l'arrêt Société Clichy dépannage, que le Conseil d'Etat, bien qu'il ait adopté la solution proposée au fond par M. du Marais, soit disposé à abandonner la conception fonctionnelle du contrôle de cassation. Comme on

(1) Voir sur ce point R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Domat droit public, Montchrestien, 4^eéd. 1993, p.883-884.

(2) La distinction entre le fait et le droit, *Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fond*, Sirey 1929.

(3) A.J.D.A. 1960 p.97.

(4) Voir par exemple J-C Bonichot, conclusions sur C.E. Dubouloz, 28 juillet 1993, R.F.D.A. 1994 p.34 ; G. Le Chatelier, conclusions sur les arrêts de Section Min. de l'équipement, du logement, des transports et de la mer c. M. et Mme. Cala du 5 juin 1992, R.F.D.A. 1993, p.67 et Commune de Béthoncourt c. Epoux Barbier du 26 juin 1992, Ibid ; J. Arrighi de Casanova, conclusions sur C.E. 26 janvier 1994, M. Funel, R.F.D.A. 1995, p.675.

(5) R.F.D.A. 1995, p.679.

pourra l'observer, la juridiction administrative suprême semble au contraire très attachée à l'exercice de ce type de contrôle. Pour autant, il apparaît évident que cet exercice, pour être efficace dans le domaine de la responsabilité hospitalière, nécessitait que soit résolu "l'encombrement conceptuel" des règles jurisprudentielles en vigueur.

2)° La nécessité de résoudre "l'encombrement conceptuel" de la responsabilité hospitalière avant de déterminer l'étendue du contrôle de cassation

Avant son abandon dans l'arrêt Epoux V. du 10 avril 1992 (1), il semble que le respect de la distinction opérée entre le domaine de la faute lourde et celui de la faute simple aurait dû faire l'objet d'un contrôle de cassation de la part du Conseil d'Etat. A l'évidence, une erreur survenue sur ce point aurait eu des conséquences juridiques qui ne se seraient pas limitées à l'espèce en cause, mais auraient affecté, sur un plan plus général, la répartition entre ces deux types de fautes, et la nature juridique du régime de responsabilité appliqué. Un contrôle de la qualification juridique des faits opérée par les juges du fond aurait pu ici être justifié, sachant que ce contrôle consiste effectivement à vérifier "si les faits, souverainement et exactement retenus, sont conformes à une condition légalement instaurée en les faisant entrer, par un raisonnement juridique, dans une catégorie juridiquement délimitée" (2). Dans ce sens, le commissaire du gouvernement Jean-Claude Bonichot estimait, dans ses conclusions sur l'arrêt Consorts Dubouloz du 28 juillet 1993, que la juridiction administrative suprême" (devait contrôler) ... la définition des régimes juridiques de responsabilité : pour faute ou sans faute, pour faute simple ou lourde" (3).

On pouvait seulement se demander s'il existait un réel intérêt à maintenir une construction jurisprudentielle mise à mal par la réduction progressive du domaine de la faute lourde, dont l'existence même était sujette à contestation. Il est ainsi intéressant d'observer, avec Mme. Thouvenin (4), que l'arrêt d'Assemblée Epoux V. du 10 avril 1992 est l'un des derniers rendu par le Conseil d'Etat en tant que juge d'appel de droit commun. De fait, l'abandon de la faute lourde, en cette période de mutation de la juridiction administrative suprême, ne constitue certainement pas un hasard. En effet, si le Conseil d'Etat, nouveau juge de cassation, avait entendu jouer son rôle de régulateur de la jurisprudence, il lui aurait été nécessaire d'imposer une définition précise des notions de faute lourde et de faute simple appliquées dans le domaine hospitalier. Or, cette rigueur, qui l'aurait amené à préciser le contenu de ces deux notions, et surtout à censurer toute tentative d'assouplissement de la part des juges du fond, l'aurait manifestement inscrit à contre-courant d'une évolution

(1) Arrêt précité supra p.3 note 5.

(2) C. Pollmann, "L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'Etat ...", art. précité p.1662.

(3) Conclusions précitées supra p. 327 note 4 (voir plus spécialement R.F.D.A. 1994, p.39).

(4) La responsabilité médicale, op.cit. p.89.

favorable aux victimes dont il avait été lui-même le principal artisan. Comme l'expliquait M. Legal, il s'agissait avant tout de "transmettre aux Cours administratives d'appel un héritage qu'elles puissent recueillir sans malaise et qui soit digne de l'ingéniosité déployée par le (Conseil d'Etat) en plus d'un siècle de travail contentieux, pour édifier ... un système d'indemnisation des accidents occasionnés par l'administration et ses agents" (1).

Ceci étant, la question du contrôle devant être opéré par les juges du fond, sur la faute hospitalière, demeure entière. On peut noter, en effet, que les différents arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat s'est prononcé, à propos de fautes du service public, en faveur d'un contrôle de la qualification juridique des faits, ne sont guère significatifs, et répondent à des préoccupations spécifiques (2). Ainsi, par exemple, le contrôle opéré à l'occasion de l'arrêt *Bau-Rouge* du 28 juillet 1993 (3), vise moins à vérifier l'existence d'une faute, qu'à préciser, en termes abstraits, la façon dont il doit être procédé à la qualification juridique de cette faute (4). Ainsi, dans cette espèce, le Conseil d'Etat montrait son attachement à une définition objective de la faute, contre le mode de qualification subjectif proposé par les requérants.

On pourrait penser, en revanche, qu'il aurait été logique que le Conseil d'Etat refuse de contrôler l'existence d'une faute lorsque l'intérêt du droit ne le justifie pas, c'est à dire dans les hypothèses où l'arrêt attaqué ne tranche pas un problème susceptible d'altérer, soit les critères de définition d'une notion juridique, soit le fonctionnement d'un régime juridique déterminé. De fait, il apparaissait peu probable que le Conseil d'Etat exerce son contrôle dans des contentieux extrêmement techniques dont les règles de fond sont bien établies.

C'est ainsi, notamment, que la juridiction administrative suprême a laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond le contrôle de la notion de défaut d'entretien normal (5). D'une part, en effet, cette notion ne met en jeu que des données d'ordre technique, dans l'appréciation desquelles le rôle des experts est primordial. Mais surtout, d'autre part, elle n'a d'effet que sur le déclenchement du régime de présomption qu'elle conditionne, sans préjudice des autres régimes existant dans le domaine de la responsabilité du fait des ouvrages et des travaux publics (6). Pourtant, le Conseil d'Etat, alors que les enjeux étaient

(1) Conclusions sur l'arrêt *Epoux V.* précité supra p.3 note 5 (voir plus spécialement Rec. p.180).

(2) C. Pollmann, "L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'Etat ...", art. précité p.1684-1691.

(3) R.F.D.A. 1994, p.40.

(4) Voir également l'arrêt *Consorts Dubouloz* du 28 juillet 1993, précité supra p.327 note 4.

(5) C.E. Sect., 26 juin 1992, *Commune de Béthoncourt c. Epoux Barbier*, Rec. p.268 ; concl. Le Chatelier ; A.J.D.A. 1992, p.650, chron. Maugué et Schwartz ; D.S. 1993, Somm. p.151, obs. Terneyre ; R.F.D.A. 1993, p.71, concl. Le Chatelier ; C.J.E.G. 1993, p.519, note Degoffe.

(6) Voir sur ce point, P. Tifine, "La place des ouvrages publics exceptionnellement dangereux ...", (op.cit. p.1436-1438).

semblables, a décidé de contrôler la faute médicale à l'occasion d'un arrêt Centre hospitalier régional d'Amiens du 5 mai 1995 (1). Dans cette affaire, qui mettait en cause des dommages occasionnés par un interne qui avait accompli un acte médical alors qu'il n'y était pas habilité, la juridiction administrative suprême a décidé qu'une Cour administrative d'appel a pu "sans commettre d'erreur de droit, juger que l'intervention d'un interne pour pratiquer une anesthésie générale ... constituait une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier de nature à engager la responsabilité de ce dernier...".

Une telle solution apparaît contestable, dans la mesure où elle tend à faire du Conseil d'Etat un juge du fond du troisième degré. Elle correspond cependant au point de vue de certains commissaires du gouvernement favorables au contrôle de la faute (2), et elle présente l'avantage indéniable de préserver la cohérence de règles dont le contenu n'a pas été bouleversé par l'abandon de la faute lourde.

§ II- Un abandon dont les conséquences demeurent limitées

L'arrêt d'Assemblée Epoux V. du 10 avril 1992 qui consacre l'abandon de la faute lourde dans le domaine de la responsabilité médicale des établissements publics hospitaliers revêt une portée tout à fait relative (3). Même si cet abandon constitue un progrès en faveur de la réparation des dommages subis par les victimes, la banalisation de ce type de faute, ainsi que la réduction constante de son domaine, avaient déjà largement contribué à remettre en cause sa raison d'être. De fait, il n'est guère étonnant de constater que cette évolution n'a pas conduit les juges de l'administration, et plus spécialement les juges du fond, à remettre en cause la grande majorité des solutions qui étaient jusqu'alors retenues.

A- La portée relative de l'arrêt d'Assemblée Epoux V. du 10 avril 1992

L'abandon de la faute lourde par le Conseil d'Etat a eu un effet immédiat dans le cadre de l'arrêt susvisé : il permet de réparer les dommages subis par la victime là où l'application des

(1) Req. n°133327. Voir dans le même sens, C.E. 18 mars 1996, Dlle Durand, Rec. p.85 ; C.E. 19 mars 1997, M. Meynial et Mme. Girard, req n°147173.

(2) Voir notamment, J-C Bonichot, conclusions sur l'arrêt Consorts Dubouloz du 28 juillet 1993, précité supra p.327 note 4.

(3) Arrêt précité supra p.3 note 5.

anciennes règles aurait conduit à rejeter sa demande. Dans cette espèce, en effet, aucune des erreurs médicales commise par les agents hospitaliers n'était assez grave pour être analysée comme une faute lourde. Mais il faut bien comprendre que l'abandon de la faute qualifiée ne signifie pas que l'existence de n'importe quelle erreur médicale commise par un praticien hospitalier suffit à engager la responsabilité de l'hôpital. Il serait par là même tout à fait exagéré de prétendre que cet arrêt remet en cause l'existence d'une faute médicale spécifique dont la gravité, en dehors de tout problème de qualification, doit toujours être avérée. En revanche, le Conseil d'Etat admet que l'addition d'erreurs médicales peut être constitutive "d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital".

1)° *L'existence d'erreurs médicales ne suffit pas à engager la responsabilité de l'hôpital*

Dans l'affaire Epoux V., la survenance des dommages subis par les victimes apparaît comme la conséquence d'un certain nombre d'événements qui se sont déroulés durant un accouchement par césarienne avec placenta praevia. Selon l'expression employée par M. Legal, le coma et les séquelles graves endurées par Mme. V. ont pour origine un "enchaînement malencontreux" (1), et non un acte particulier accompli par les agents hospitaliers. En effet, si des erreurs ont été commises, elles ne peuvent être qualifiées, à moins de déformer à l'extrême cette notion, de fautes lourdes.

Si l'on retrace la chronologie des faits, la première cause des dommages dont il est demandé réparation peut être décelée dans l'emploi d'une méthode analgésique discutable. Pour certains experts, en effet, l'emploi d'une péridurale dans le cas d'une césarienne avec placenta praevia fait courir à la parturiente des risques inutiles. Mais à l'opposé, d'autres experts estimaient que la méthode employée n'était pas formellement contre-indiquée. Ainsi, à notre avis, le rappel de jurisprudence opéré par M. Legal en vue d'étayer son refus de voir dans ces faits une faute lourde n'est pas déterminant. Même s'il est exact que la jurisprudence n'admet une telle faute que dans les cas où la méthode choisie présente des risques inutiles pour la victime (2), le fait même que les experts soient en désaccord sur ce point, ne pouvait qu'inciter le Conseil d'Etat à ne pas qualifier cette hypothétique erreur dans le choix du traitement de faute lourde.

Le second point litigieux concerne la persistance du praticien dans le choix du mode opératoire contesté, après le premier malaise subi par la parturiente. En l'absence d'urgence prescrivant la poursuite de la méthode employée, l'absence de faute apparaît ici beaucoup plus discutable. Cependant, comme le relève justement M. Legal, la poursuite de cette méthode pouvait être justifiée par les mêmes arguments qui avaient été avancés en faveur de son choix (3) : le fait même que les experts soient en désaccord sur ce point tend à exclure

(1) Conclusions sur l'arrêt Epoux V., précité supra p.3 note 4 (voir plus spécialement Rec. p.175).

(2) Voir sur ce point supra p.214.

(3) Conclusions sur l'arrêt Epoux V., précité supra p.3 note 4 (voir plus spécialement Rec. p.175).

la faute lourde. Malgré tout, il est important de souligner que ce choix discutable avait eu pour effet de soumettre la victime à un risque particulier d'hypotension qui ne pouvait être qu'aggravé par les erreurs subséquentes.

Comme on a pu l'observer, l'absence de faute lourde, dans les deux hypothèses susvisées, résulte d'une incertitude qui porte sur l'existence même de la faute, et non pas sur sa gravité. Tel n'est pas le cas, en revanche, pour ce qui concerne les autres événements litigieux, pour lesquels l'existence d'une faute est avérée. Ces fautes concernent une erreur de dosage dans l'administration de doliprane, et l'utilisation de plasma insuffisamment réchauffé. Par ailleurs, l'erreur de dosage commise par les agents hospitaliers avait eu pour effet de rendre dangereuse l'injection d'une solution adrénalisée de narcaïne, laquelle présentait déjà, par elle-même, un effet hypotenseur connu.

Pour autant, l'application de la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat ne permettait pas de relever une faute lourde dans l'un ou l'autre de ces cas. Ainsi, l'erreur de dosage commise dans l'administration de doliprane ne résultait pas d'une coupable légèreté du praticien chargé de réaliser l'injection, mais seulement, comme le rapporte M. Legal, d'une simple imprudence. Au demeurant, cette imprudence, en dépit de ses conséquences fâcheuses, ne pouvait non plus être considérée comme une erreur technique grossière, seule susceptible de permettre l'engagement de la responsabilité de l'établissement hospitalier. Enfin, l'injection de plasma insuffisamment réchauffé avait été pratiquée dans une situation d'urgence de nature à justifier l'exclusion de la faute lourde, Mme. V. ayant été victime d'une hémorragie importante qui devait être arrêtée le plus tôt possible.

Ainsi, en dépit du nombre d'erreurs commises par les agents de l'établissement hospitalier, aucune d'entre elles ne pouvait raisonnablement être qualifiée de faute lourde, ni même, comme on aura l'occasion de l'observer, de faute médicale non qualifiée. De la même façon, il aurait été tout à fait illogique d'estimer, si l'on s'en était tenu à l'ancien système jurisprudentiel, que la somme des erreurs commises était constitutive d'une faute lourde. En fait, seul l'abandon de la faute lourde permet de considérer que l'addition d'erreurs médicales peut être constitutive d'une "faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital".

2)° L'apport de l'arrêt Epoux V. : l'addition d'erreurs médicales peut constituer" une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital"

M. Legal a fait allusion au problème de l'addition d'erreurs médicales en soulignant qu'il "est difficile d'admettre, sans sauter un cran, de passer de la suite d'erreurs à la faute lourde, sauf à admettre qu'il n'y a pas d'échelon entre cette erreur et cette faute lourde ..." (1). Or, comme l'observe M. Legal, "il semble bien qu'au moins dans la jurisprudence récente l'idée

(1) Conclusions sur l'arrêt Epoux V., précité supra p.3 note 5 (voir plus spécialement Rec. p.203).

d'un échelon intermédiaire s'est complètement estompée" (1).

Si ce constat nous paraît exact, il mérite toutefois d'être explicité. On ne croit pas, en effet, que l'impossibilité de passer d'un enchaînement d'erreurs à la faute lourde résulte d'une évolution de la jurisprudence. En réalité, l'essence même de la faute lourde médicale, telle qu'elle apparaît déjà dans les arrêts *Vves. Loiseau et Philipponeau* (2), s'oppose à ce type d'opération. En effet, comme on l'a vu, ce type de faute est très lié au comportement individuel des praticiens, c'est à dire à la spécificité de leur art, plus encore qu'à sa difficulté. S'il y a eu évolution, elle s'est produite dans le sens d'un resserrement de la faute lourde autour de l'acte médical pratiqué par des hommes de l'art (3). Ainsi, ce que l'on nomme, un peu légèrement, la "banalisation de la faute lourde" a tendu, en fait, à faire coïncider cette notion avec celle de faute médicale entendue à la fois dans un sens matériel, et dans un sens organique. Le déplacement de la frontière entre la faute lourde et la faute simple, la remise en cause directe de la faute lourde dans certaines hypothèses, n'ont nullement remis en cause cette spécificité. Bien au contraire, cette évolution n'a fait que confirmer la singularité de la faute médicale en lui affectant un domaine propre, de plus en plus clairement défini.

De fait, la faute lourde n'était plus admise, à la veille de l'arrêt *Epoux V.*, qu'en cas d'erreur flagrante, ou lorsque le praticien a manqué aux impératifs moraux de sa profession (4). Elle n'est en aucun cas réductible, en raison de sa nature spécifique, à une addition de simples erreurs.

En considérant que de telles erreurs "constituent une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital", le Conseil d'Etat ne faisait que contourner ce problème en vue de permettre, dans les circonstances particulières évoquées, la réparation des dommages subis par la victime. Mais quoiqu'il en soit, il est important de souligner que l'addition des erreurs commises par les agents hospitaliers ne suffit pas à en faire une faute médicale, du type de celles qui auraient pu être qualifiées de faute lourde avant son abandon. On est ainsi amené à considérer l'addition d'erreurs médicales comme un nouveau type de faute hospitalière, dont la nature diffère, à la fois de celle de la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service, et de celle de la faute médicale envisagée stricto sensu. Il apparaît ainsi qu'à l'effacement de la frontière artificielle entre la faute lourde et la faute simple s'est substituée une nouvelle frontière invisible, qui recoupe très largement l'ancienne distinction entre la faute médicale spécifique et les autres fautes susceptibles de se produire dans le fonctionnement des établissements hospitaliers. De ce fait, en raison de la proximité

(1) Conclusions sur l'arrêt *Epoux V.*, précité supra p.3 note 4 (voir plus spécialement Rec. p.203).

(2) *Ibid*, Rec. p.203.

(3) Voir sur ce point supra p.269-282.

(4) Voir sur ce point supra p.233.

entre ces deux systèmes, il n'est guère surprenant de constater que la jurisprudence postérieure à l'arrêt Epoux V. a repris, en l'adaptant à la nouvelle distinction, les grandes lignes de la jurisprudence antérieure.

B- Le respect de la jurisprudence du Conseil d'Etat par les juges du fond

Il est intéressant de constater, après l'arrêt Epoux V... du 10 avril 1992 qu'un seul arrêt du Conseil d'Etat faisant application de cette jurisprudence a été publié au recueil Lebon (1). Cette désaffectation peut être en partie expliquée par le nouveau rôle du Conseil d'Etat juge de cassation, et de l'intérêt médiocre présenté par un contrôle de l'emploi de la notion de faute par les juges du fond (2). De fait, en dehors de l'exception susvisés, les seuls arrêts publiés qui émanent de la juridiction administrative suprême concernent la définition du domaine de nouveaux régimes de responsabilité sans faute (3). L'absence de publication au recueil Lebon tendrait ainsi à démontrer que les règles de responsabilité hospitalières sont suffisamment établies pour ne pas devoir être réitérées.

On peut d'ailleurs observer, dans les rares décisions et arrêts publiés en dehors du recueil Lebon, que les juges du fond ont fait preuve d'une grande modération dans les solutions retenues : globalement, l'abandon de la faute lourde n'a pas conduit ces juges à remettre en cause les principes établis. Au demeurant, comme le démontre avec éclat l'affaire du sang contaminé, le Conseil d'Etat demeure le principal vecteur des innovations jurisprudentielles.

1)° La modération des juges du fond dans les solutions retenues

La modération dont font preuve les juges du fond peut être observée dans l'appréciation portée sur les différents types d'actes médicaux susceptibles d'engager la responsabilité des établissements hospitaliers. L'ensemble de cette jurisprudence est toujours marqué par la prise en compte de la spécificité de tels actes. Cette spécificité peut d'ailleurs transparaître dans la terminologie employée par les Tribunaux administratifs et les Cours administratives d'appel. Ainsi, précisant la formule utilisée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Epoux V., la Cour administrative d'appel de Bordeaux a estimé, dans un arrêt du 8 juillet 1992, "(qu'en) réalisant un diagnostic erroné et en ne prenant pas toutes les dispositions pour assurer un meilleur suivi médical du patient, les médecins ont commis une faute médicale de nature à

(1) C.E. 15 mars 1996, Mlle. Durand, précité supra p.330 note 1.

(2) Voir sur ce point supra p.326-328.

(3) Voir ainsi, l'arrêt d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993, précité supra p.22 note 4. Voir également, C.E. Ass. 26 mai 1995, Consorts N'Guyen, Jouan, Consorts Pavan, précité supra p.23 note 1.

engager la responsabilité de l'établissement" (1).

Cette volonté de marquer la spécificité des actes médicaux peut d'ailleurs aboutir à des résultats assez surprenants. Ainsi, on peut difficilement déceler la raison pour laquelle un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 21 juillet 1993 s'est référé à la notion de faute lourde (2). Dans cette espèce, qui était relative à un bris de dent accidentel provoqué par une endoscopie par intubation orotrachéale, la Cour a en effet rejeté la demande du requérant au motif que "la survenance de cet accident ne saurait révéler par elle-même l'existence d'une faute lourde médicale". Mais si l'on ne s'explique pas la façon dont est rédigé cet arrêt, on est toutefois obligé de reconnaître qu'il est tout à fait conforme, au fond, à la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat. Plus précisément, la Cour retient que le simple fait que les dommages subis par la victime soient imputables à un acte médical ou chirurgical ne suffit pas à révéler l'existence d'une faute commise par les agents hospitaliers.

L'exigence d'une faute médicale devant présenter un certain caractère de gravité a clairement été réitérée par le Tribunal administratif de Limoges dans une décision du 25 mars 1993 (3). Cette espèce concernait une demande présentée par une requérante qui se plaignait de l'échec d'une opération d'ablation d'une hernie discale. Il apparaissait assez clairement que cet échec avait pour origine la perte de la pointe de la lame d'un bistouri qui s'était cassé à l'intérieur de l'espace intervertébral. En dépit des efforts du chirurgien, cet objet n'avait pu être retiré. Le Tribunal, après avoir insisté sur la faiblesse du risque présenté par la présence d'un objet aussi minime dans le corps de la victime rappelle que "la circonstance que celui-ci n'aurait pas obtenu l'amélioration qu'il espérait tirer de l'opération n'est pas de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier, dès lors que ce type d'intervention laisse subsister un pourcentage incompressible de 10 à 15 % de résultats incomplets ou d'authentiques échecs".

Ainsi, la référence à une faute "de nature à engager la responsabilité de l'hôpital" constitue toujours un barrage efficace au développement de systèmes de responsabilité objective. Plutôt que de faciliter la réparation des dommages occasionnés aux victimes, certains juges du fond auraient d'ailleurs plutôt tendance à essayer de limiter la portée de la jurisprudence du Conseil d'Etat. On a pu observer ce phénomène dans le domaine des présomptions, dans lequel les Cours administratives d'appel de Paris et de Lyon (4), ont

(1) G.P. 1993.II.panor.adm. p.170.

(2) G.P. 1994.II. panor.adm. p.165.

(3) G.P. 1994.I. panor.adm. p.69. Voir également, par exemple, C.A.A. Nancy, 4 mars 1997, M. Debruyne, req. n°93NC01192.

(4) Voir respectivement C.A.A. Paris, 20 octobre 1992, Assistance publique à Paris c. X., précité supra p.306 note 2 ; C.A.A. Lyon, 2 février 1993, Hospices civils de Lyon c. Belley, précité supra p. 306 note 2.

tenté de limiter la portée de la jurisprudence Cohen (1), par la référence à “l'état des connaissances scientifiques et médicales s'imposant à tout praticien à l'époque des faits” (2). Mais ces deux affaires, parce qu'elles touchent au problème de la contamination des hémophiles et transfusés par le virus du sida, dans lesquelles le Conseil d'Etat n'a pas eu à intervenir en tant que juge d'appel, ne sont guère significatives du point de vue qui nous intéresse. Bien au contraire, l'intervention ultérieure du Conseil d'Etat dans les arrêts Consorts Pavan, Jouan et Consorts N'Guyen du 26 mai 1995 (3), démontre qu'il entend demeurer le principal vecteur des innovations jurisprudentielles.

2)° Les enseignements de l'affaire du sang contaminé : le Conseil d'Etat demeure le principal vecteur des innovations jurisprudentielles

Les premiers cas de sida ont été identifiés en 1981, et le virus a été découvert par le professeur Montagnier en février 1983. Mais si, selon le Conseil d'Etat, le risque de transmission par voie sanguine était tenu établi par la communauté scientifique dès novembre 1983, les mesures efficaces, propres à limiter la réalisation de ce risque n'ont été prises qu'en 1985. Plus précisément, le Conseil d'Etat a estimé que la diffusion, à partir du 20 avril 1985, d'une circulaire du ministre de la santé interdisant la délivrance de produits sanguins non chauffés constituait une mesure permettant de faire chuter de façon significative l'intensité du risque de contamination transfusionnelle (4).

Il est toutefois nécessaire, avant d'étudier cette jurisprudence, de rappeler les grandes lignes de l'organisation de la transfusion sanguine en France, telle qu'elle existait dans le cadre de la loi du 21 juillet 1952, modifiée par la loi du 2 août 1956 (5). Dans l'ancien régime, les centres de transfusion sanguine détiennent le monopole des opérations de collecte du sang, et ont pour mission d'assurer le contrôle médical des prélèvements, le traitement, le conditionnement et la fourniture aux utilisateurs des produits sanguins. Ces centres, dépourvus de la personnalité juridique, dépendent soit d'une personne morale de

(1) C.E. 9 décembre 1988, Cohen, précité supra p.300 note 1.

(2) Sur ce problème, voir supra p.306.

(3) Arrêts précités supra p.23 note 1.

(4) Voir sur ce point infra p.417.

(5) L'organisation de la transfusion sanguine a été modifiée par la loi du 4 janvier 1993, créant notamment les établissements de transfusion sanguine. Comme on a pu l'observer, cependant, ces dispositions n'étaient pas applicables à l'époque de l'affaire du sang contaminé. Sur la nouvelle organisation de la transfusion sanguine, voir art. L.668-1 à L.668-11 C.S.P.

droit public, soit d'une personne morale de droit privé (1).

En dépit du rôle joué par ces centres dans la contamination des hémophiles et des transfusés, il est intéressant de constater que leur mise en cause est inexistante dans l'ensemble de la jurisprudence qu'il nous a été donné de consulter, avant l'intervention du Conseil d'Etat dans ses trois arrêts d'Assemblée du 26 mai 1995, Consorts N'Guyen, Jouan, Consorts Pavan (2). Jusqu'à cette date, les juges du fond ont exclusivement dirigé leurs efforts vers la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat, pour ses activités de réglementation et de contrôle, ou des établissements publics hospitaliers, pour l'utilisation de produits sanguins contaminés. Dans ces deux domaines, le Conseil d'Etat, soucieux de réparer les dommages subis par les victimes, a été amené à mettre en oeuvre de nouvelles solutions.

Ceci est parfaitement observable dans la jurisprudence mettant en cause l'Etat, pour son retard dans l'interdiction de distribution des produits sanguins non chauffés. Le Tribunal administratif de Paris avait d'abord estimé, dans ses trois décisions MM. D., G. et B. du 20 décembre 1991, que la responsabilité de l'Etat, qui n'a pas interdit ces produits suffisamment tôt, était susceptible d'être engagée pour une faute simple dans son pouvoir de réglementation des produits sanguins et de contrôle des centres de transfusion sanguine (3). Dans ces décisions, le Tribunal avait estimé que la responsabilité pour faute de l'Etat pouvait être recherchée pour les contaminations intervenues entre l'arrêté du 23 juillet 1985, prescrivant le non remboursement des produits non chauffés par la sécurité sociale, et la circulaire du 20 octobre 1985 interdisant l'utilisation de ces produits. Deux des victimes ayant été contaminées antérieurement à la première de ces dates ne pouvaient voir leurs dommages réparés.

Saisie de ces trois affaires, la Cour administrative d'appel de Paris a été amenée, à l'occasion d'arrêts rendus le 16 juin 1992 (4), à faire une application stricte des principes posés par la jurisprudence du Conseil d'Etat en exigeant, pour sa part, s'agissant d'une activité de contrôle et de réglementation d'une activité ne présentant pas les caractères d'une activité de service public, que soit rapportée la preuve d'une faute lourde. La Cour devait par conséquent, rejeter les demandes des victimes, tout en précisant que la période de responsabilité de l'Etat devait être étendue en prenant en compte, comme point de départ, le 12 mars 1985, date à laquelle l'administration avait été avertie des risques de contamination.

L'arrêt Epoux D. a été cassé par le Conseil d'Etat qui est revenu sur l'exigence de la faute

(1) Sur les problèmes de compétence posés par l'application de ce régime, voir infra p.415 note 3.

(2) Arrêts précités supra p.23 note 1.

(3) R.F.D.A. 1992, p.552, concl. Stahlberger.

(4) L.P.A. 24 juillet 1992, p.8, concl. Dacre-Wright ; A.J.D.A. 1992, p.678, note L. Richer.

lourde en matière d'activité de réglementation et de contrôle qu'exigeait jusqu'alors sa jurisprudence (1). La juridiction administrative suprême, prenant en compte le caractère de service public de la transfusion sanguine, "l'étendue des pouvoirs" de l'Etat et les "buts en vue desquels ces pouvoirs (lui) ont été attribués" estime que sa responsabilité peut être "engagée pour toute faute". Par ailleurs, le Conseil d'Etat étend une nouvelle fois la période de responsabilité de l'Etat, en prenant en compte, comme point de départ, le rapport Brunet du 22 novembre 1984 qui était censé avertir les pouvoirs publics des dangers de contamination.

Les innovations jurisprudentielles concernent également la responsabilité des établissements hospitaliers et des centres de transfusion sanguine. A l'origine, cependant, seule la responsabilité des établissements hospitaliers était en cause. A notre connaissance, c'est le Tribunal administratif de Paris qui, le premier, a statué sur une affaire de ce type à l'occasion d'une décision Mme. Ojalvo du 4 mai 1988 (2). En vertu des principes jurisprudentiels applicables à cette époque, le Tribunal estime "(qu'à) supposer même que l'affection, cause du décès de Mme. Ojalvo, ait son origine dans la transfusion sanguine du 3 janvier 1983, dont il n'est pas contesté qu'elle était nécessaire, il ne peut en rien être reproché à l'Administration générale de l'Assistance publique de faute lourde dès lors qu'il est constant qu'à cette date il n'existait aucun moyen de déceler le virus du sida dans le sang des donneurs". Une solution similaire a été retenue par le Tribunal administratif de Marseille, dans une décision P... c. hôpital de Cavaillon du 15 avril 1991 dans lequel il a été décidé qu'il ne peut "être considéré que l'hôpital de Cavaillon aurait commis une faute en ne prenant pas de sa propre initiative la décision de vérifier ou de traiter le sang utilisé alors que la réglementation même ne l'imposait pas ..." (3).

De telles décisions, qui impliquaient le rejet quasi systématique des demandes des victimes, ont rapidement été remises en cause. Dans une décision Nothelfer du 11 juin 1991, le Tribunal administratif de Marseille opérait ainsi un spectaculaire revirement de jurisprudence, en estimant que le malade transfusé "encourt un risque de contamination dont les conséquences excèdent très largement les limites de celles qui résultent normalement de leur activité, et (qu'un) tel risque entraîne la responsabilité de l'hôpital indépendamment de toute faute du service public hospitalier" (4). De son côté, plutôt que la responsabilité sans

(1) Arrêt M. D. précité supra p. 160 note 3. La faute lourde avait été exigée par un arrêt de l'Assemblée du Conseil d'Etat du 29 mars 1946, Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle (Rec. p.100 ; R.D.P. 1946 p.490, concl. Lefas, note Jèze ; S.1947.III. p.73, note Mathiot).

(2) Décision non publiée rapportée par A. Holleaux, *in* "Transfusion sanguine, séropositivité et responsabilité juridique", L.P.A., 16 octobre 1991, p.4-9.

(3) Décision non publiée citée par C. Esper *in* "Responsabilité de l'Etat et des hôpitaux liés à la transfusion sanguine", G.P. 11-12, janvier 1995, p.9-15.

(4) J.C.P. 1992.IV. n°2019. Une solution identique a été retenue par ce même Tribunal dans la décision Pavan du 3 juillet 1992. Cette décision n'a pas été publiée.

faute, le Tribunal administratif de Paris a utilisé, en vue de retenir la responsabilité d'établissements hospitaliers, le mécanisme présomptif (1).

Ce grand libéralisme des tribunaux administratifs n'a pas tardé à être battu en brèche par les Cours administratives d'appel. C'est d'abord l'engagement de la responsabilité sans faute des établissements hospitaliers qui a été censuré par la Cour administrative d'appel de Lyon dans l'affaire Pavan (2). Dans cette espèce, la Cour admettait toutefois que la responsabilité des établissements hospitaliers pouvait être engagée "sur le terrain de la faute établie ou présumée". Le recours au mécanisme présomptif a toutefois fini par être également censuré, d'abord par la Cour administrative d'appel de Paris dans l'arrêt du 20 octobre 1992, Administration générale de L'assistance publique à Paris c. x... (3), rendu dans l'affaire Jouan, puis par la Cour administrative d'appel de Lyon elle-même dans l'arrêt Hospices civils de Lyon et C.H.G. de Belley du 2 octobre 1993 (4). Comme on le sait, ces solutions étaient motivées par le fait que des mesures efficaces visant à enrayer les contaminations ne pouvaient être prises "compte tenu de l'état des connaissances médicales s'imposant à tout praticien à l'époque des faits".

Les solutions retenues par ces Cours administratives d'appel, qui s'inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence du Conseil d'Etat ne permettaient, en aucun cas, la réparation des dommages subis par les victimes. Saisi en tant que juge de cassation, dans les affaires, Consorts N'Guyen, Consorts Pavan et Jouan (5), le Conseil d'Etat était nécessairement tenu d'innover s'il voulait permettre aux victimes d'obtenir satisfaction. C'est ce qu'il fit en engageant, dans les deux premières affaires visées, la responsabilité sans faute des centres de transfusion sanguine qui avaient délivré les produits sanguins contaminés aux établissements hospitaliers mis en cause. Mais ces décisions, justement parce qu'elles touchent à la responsabilité sans faute, ne concernent plus nos actuels développements. Elles visent les modalités de l'exploitation de la notion de risque par les juges de l'administration, comme moyen de l'objectivation de la responsabilité des établissements hospitaliers.

(1) T.A. Paris, 11 janvier 1991, M. Jouan, A.J.D.A. 1992, p.85 ; T.A. Paris, 8 février 1991, N'Guyen, décision non publiée.

(2) C.A.A. Lyon, plénière, 9 juillet 1992, Assistance publique de Marseille c. Centre hospitalier régional Font pré de Toulon, Rec. p.578.

(3) Arrêt précité supra p.306 note 2.

(4) Arrêt précité supra p. 306 note 2.

(5) Arrêts précités supra p. 23 note 1.

TITRE UN

CONCLUSION

L'engagement de la responsabilité pour faute des établissements hospitaliers est incontestablement moins difficile à obtenir que par le passé. Le domaine de la faute lourde a été considérablement réduit, avant que cette notion même soit abandonnée. Les juges ont multiplié le recours aux présomptions. Par ailleurs, cette évolution de la jurisprudence favorable aux victimes est complétée par l'octroi d'indemnités de plus en plus importantes aux victimes (1).

L'exigence d'une faute prouvée, lorsque sont en cause des dommages occasionnés par des activités médicales qui ne présentent par le caractère d'interventions courantes et de caractère bénin, et qui sont pratiquées par des hommes de l'art, constitue néanmoins une limite importante à l'objectivation de la responsabilité hospitalière. Ainsi, l'établissement d'un lien de causalité entre un fait de service et un dommage ne dispense pas la victime de prouver le caractère fautif de ce fait, ce qui constitue un moyen d'atténuer l'objectivation des règles de responsabilité hospitalière. A défaut, cela reviendrait à réparer sans faute les dommages subis. Ainsi, par exemple, dans une décision Centre hospitalier général de Saint-Denis c. Fernandes du 21 janvier 1987, le Tribunal administratif de Paris a estimé "qu'en admettant l'existence d'un lien de cause à effet entre les séquelles invoquées ... et les dommages subis ... cette circonstance ne saurait à elle seule faire preuve d'un fonctionnement défectueux du service public qui ne peut être tenu de réparer les conséquences dommageables de cette opération que s'il est établi une faute de nature à

(1) Voir sur ce point P. Sandevor, "Unité et diversité du contentieux administratif et judiciaire ...", op.cit. p.470-471.

engager la responsabilité du centre hospitalier” (1).

Ce type de problème se pose notamment dans les hypothèses où le dommage dont il est demandé réparation a pour origine la réalisation d'un risque thérapeutique. Dans de tels cas, le Conseil d'Etat est longtemps demeuré inflexible, comme le prouve, notamment, l'arrêt Centre hospitalier de Chambéry c. Castagne du 18 février 1987 dans lequel il a refusé de réparer les dommages subis par une parturiente (2). Dans cette affaire, l'origine des dommages subis ne résidait pas dans une faute commise par les agents hospitaliers, mais dans le risque présenté par la pose d'un étrier, qui avait été rendue nécessaire en raison des difficultés apparues lors de l'accouchement. Dans cette hypothèse, l'existence du lien de causalité entre les dommages subis et la pose de l'étrier apparaît évidente, mais les juges ne peuvent engager, en l'absence de faute, la responsabilité de l'établissement hospitalier.

Dans de telles hypothèses, seul l'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration sera susceptible de permettre de réparer les conséquences d'un tel risque thérapeutique. L'admission de la responsabilité sans faute ne permet cependant pas de réparer l'ensemble des dommages subis par les victimes. Plutôt que de se référer directement à ces dommages, les juges de l'administration préféreront, le plus souvent, utiliser la notion de risque, ce qui permettra d'atténuer l'objectivation de la responsabilité des établissements hospitaliers.

(1) R.H.F. 1986, p.485.

(2) R.H.F. 1987, p.947.

TITRE DEUX

L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX PUBLICS ATTENUÉE PAR LA REFERENCE A UN RISQUE

L'utilisation de la notion de risque autorise les juges de l'administration à restreindre, de diverses manières, le développement de systèmes de responsabilité de type objectif. Mais avant d'expliquer les raisons de ces restrictions, et les mécanismes en vertu desquels elles ont pu être mises en oeuvre, il est utile de circonscrire le cadre de notre travail en précisant qu'il ne concernera que la responsabilité des hôpitaux publics envers ses usagers et les tiers.

On mettra donc de côté la question de la réparation des dommages ou des maladies professionnelles subies par les agents hospitaliers. Ce contentieux nécessite effectivement l'application de textes spéciaux applicables aux agents publics dont l'étude nous conduirait à sortir du cadre de notre travail. Pourtant, il s'agit bien ici de systèmes objectifs : le déclenchement des mécanismes d'indemnisation est seulement conditionné, comme pour le système jurisprudentiel qui avait été antérieurement mis en place par le Conseil d'Etat, par la réalisation d'un risque inhérent à l'activité des services publics (1). En d'autres termes, il suffit, en principe, que la victime ait subi un dommage dans le cadre de son travail pour qu'elle perçoive une indemnité.

On ne fera également que mentionner les dommages subis par les collaborateurs bénévoles des hôpitaux publics, non pas qu'il n'existe aucune jurisprudence sur ce problème, mais bien parce que, à une exception près (2), leur résolution n'obéit à aucune règle particulière (3).

En revanche, l'étude de l'objectivation de la responsabilité des établissements

(1) Rappelons simplement que le principe selon lequel les dommages subis par un collaborateur permanent de l'administration du fait de ses activités devaient être réparés, même en l'absence de faute du service public, a été consacré par l'arrêt Cames du 21 juin 1895 (arrêt précité supra p. 91 note 2). Comme le soutenait Romieu dans ses conclusions "la justice veut que l'Etat soit responsable vis-à-vis de la victime des dangers que lui fait courir sa coopération au service public". Cette jurisprudence continue à être appliquée aux collaborateurs permanents des services publics qui, de plus en plus rares, ne bénéficient d'aucun régime légal d'indemnisation. A notre connaissance, la jurisprudence Cames n'a plus fait l'objet, dans le domaine de la responsabilité hospitalière, que d'une seule application à un collaborateur permanent, à l'occasion d'une demande de réparation présentée par un interne (C.E. 2 mars 1932, Beteau c. Département de l'Oise, Rec. p.249).

(2) Cette exception concerne la responsabilité de l'Etat pour les dommages occasionnés aux donneurs de sang bénévoles. Voir sur ce point infra p.406.

(3) Les règles établies par la jurisprudence Cames ont continué à être appliquées dans les domaines où les personnes agissant pour le compte de l'administration n'étaient pas couvertes par des régimes légaux d'indemnisation. Si, comme on l'a vu plus haut, le régime jurisprudentiel de responsabilité sans faute établi par le Conseil d'Etat a parfois profité à certaines catégories d'agents publics, il a d'abord bénéficié aux collaborateurs bénévoles de l'administration. Comme l'explique M. Chapus, l'application du régime visé est soumise au respect de trois conditions. L'intervention doit être justifiée, même s'il n'est pas strictement nécessaire qu'elle ait été dictée par l'urgence. La collaboration doit ensuite avoir été apportée à un service public. Enfin, la victime doit réellement avoir collaboré à ce service public : le collaborateur occasionnel ne peut donc être ni un usager du service public, ni une personne qui n'a pas effectivement participé à l'activité en cause. Voir Droit administratif général, Tome II, op.cit. p.1183-1184. Voir également J. Moreau,

hospitaliers du fait des dommages occasionnés aux usagers et aux tiers présente, à défaut d'une totale spécificité, un intérêt beaucoup plus marqué.

Dans certaines hypothèses, ce n'est pas la survenance d'un dommage, mais la création de risques spéciaux qui constitue la condition technique d'engagement de la responsabilité des établissements hospitaliers. Ces risques spéciaux ne sont pas inhérents à l'activité des services publics : il sont liés à l'emploi d'une méthode particulière qui présente des risques supérieurs à ceux normalement liés à l'activité en cause. Tel est le cas, dans le domaine hospitalier, lorsque les praticiens choisissent d'utiliser une méthode thérapeutique qui, nonobstant son efficacité, présente des risques supérieurs à un autre traitement appliqué au même type d'affection. La référence à ces risques "spéciaux", qui conditionnent l'engagement de la responsabilité sans faute des hôpitaux publics, constitue un premier moyen d'atténuer l'objectivation de la responsabilité des établissements hospitaliers (**chapitre un**).

Dans d'autres hypothèses, les régimes de responsabilité sans faute appliqués aux établissements hospitaliers se rapprochent de ceux réservés aux collaborateurs permanents ou occasionnels des services publics. Il s'agit de régimes de responsabilité de type objectif dont le déclenchement est lié à la survenance de dommages occasionnés par la réalisation de risques inhérents à l'activité de l'administration. Dans ce cadre, l'engagement de la responsabilité sans faute des services publics est généralement conditionné par la qualité des dommages subis, et notamment par leur gravité. Mais tous les dommages liés à l'activité administrative, même s'ils présentent un caractère d'extrême gravité, ne sont pas réparés

"Responsabilité de l'administration du fait d'actes de collaboration occasionnelle au service public", J-C adm. 1993, fasc. n°942 ; J.C Bonichot, "Collaborateurs occasionnels", Encyclopédie Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, 1986.

Voir ainsi, dans le domaine hospitalier, sur la réparation d'un dommage subi par un ambulancier stagiaire non rémunéré, C.E. 18 janvier 1984, Centre hospitalier régional et universitaire de Grenoble c. Ferlin, Rec. Tables p.729 ; D.S.1985 I.R. p.94, obs. Moderne et Bon. Voir également, sur une personne accueillant chez elle un malade mental : T.A. Orléans, 25 novembre 1977, Thomas, Rec. p.641. L'application d'un régime de responsabilité sans faute demeure cependant subordonnée au respect de certaines conditions. Voir ainsi, rejetant la demande d'une victime dont le concours n'avait pas été requis, et en l'absence d'urgence, C.E. 14 décembre 1982, Guinard, Rec. Tables p.901; D.S.1982.I.R. p.444, obs. Moderne et Bon.

De même, dans certaines circonstances, la victime peut être reconnue comme un collaborateur occasionnel, non plus de l'établissement hospitalier, mais du service public de police. Tel est le cas, en particulier, d'un individu qui a tenté de sauver de la noyade un malade mental en service libre (C.E. 14 octobre 1988, Le Goff c. Centre psychothérapique départemental de Saint-Gemme-sur-Loire, Rec. p.341; D.S. 1989, somm. p.353, obs. Moderne). En revanche, un médecin psychiatre ne peut être regardé comme un collaborateur du préfet, autorité de police, pour des décisions relatives à la sortie définitive des malades internés (C.E. 31 décembre 1976, Hôpital psychiatrique de Sainte-Egrève, R.T.D.S.S. 1977, p.258 ; D.S. 1977, p.191).

Voir enfin, à propos du service de santé des armées, C.E. 17 janvier 1962, Min. des armées c. Christianini, Rec. p.44. Dans cette espèce, assez particulière, les juges de l'administration ont estimé que les dommages occasionnés par les soins assurés à titre bénévole par le service de santé des armées à la victime d'un accident de plongée sous-marine ne permettaient d'engager sa responsabilité que pour faute lourde.

sans faute. Une définition précise des risques dont la réalisation est susceptible d'engager la responsabilité objective des établissements hospitaliers limite son domaine, et permet également d'atténuer l'objectivation (**chapitre deux**).

CHAPITRE UN

LA RESPONSABILITE SANS FAUTE CONDITIONNEE PAR UN RISQUE SPECIAL CREE PAR L'ACTIVITE DES ETABLISSEMENTS HOSPITALIERS

Dans la jurisprudence administrative, réparer les conséquences de la réalisation d'un risque ne revient pas exactement à réparer un dommage. Dans la première hypothèse, l'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration est conditionné par l'existence d'un risque présentant certaines qualités. Ce risque sera généralement qualifié de "spécial", et la nature des dommages subis ne sera pas prise en compte pour déclencher l'application de ces mécanismes. Dans la seconde hypothèse, c'est la survenance d'un dommage, qui présente également certaines caractéristiques, qui conditionne l'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration. Dans la plupart des hypothèses, il sera fait allusion à un dommage "anormal et spécial". En revanche, les juges n'exigeront pas, pour réparer ces dommages, que le risque dont ils constituent la réalisation présente un caractère "spécial". Ces deux types de responsabilité sans faute doivent être clairement distingués : la première hypothèse concerne la responsabilité pour risque - ou plus exactement la responsabilité conditionnée par le risque -, la seconde concerne la responsabilité objective, c'est à dire la responsabilité dont l'engagement est conditionné par la nature des dommages subis. Ainsi, l'utilisation par la jurisprudence de mécanismes de responsabilité sans faute conditionnée par le risque conduit à l'exclusion de la responsabilité objective (**section I**).

Cet aspect négatif de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque ne doit cependant pas nous faire perdre de vue le progrès que ce type de mécanisme représente par rapport à ceux de la responsabilité pour faute. Les victimes bénéficiant de l'application d'un tel régime de responsabilité voient les dommages subis par eux plus facilement réparés. Il n'est plus question, ici, de se heurter aux difficultés de preuve posés dans le cadre de la responsabilité pour faute. Il suffira, en effet, que les dommages dont il est demandé réparation constituent la réalisation d'un risque spécial pour que la responsabilité de l'administration soit engagée. Ainsi, même si elle n'aboutit pas aux mêmes effets que la responsabilité objective, la responsabilité sans faute conditionnée par le risque constitue un moyen d'objectivation de la responsabilité des établissements hospitaliers (**Section II**).

Section I : Le risque spécial envisagé comme un moyen d'exclusion de la responsabilité objective

Lorsque les juges de l'administration font référence à un risque, comme condition d'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration, celui-ci n'est jamais pris en compte de façon abstraite. Ce qui est envisagé, c'est toujours un risque créé par l'administration. De ce fait, cette notion présente, à l'image de la faute, un caractère subjectif qui permet de la distinguer très nettement de la notion de dommage, telle qu'elle est utilisée dans les régimes de responsabilité de type objectif. Ainsi, dans le domaine de la responsabilité hospitalière, les juges n'engageront la responsabilité sans faute de l'administration que dans les seules hypothèses où une méthode thérapeutique crée un risque spécial qui n'est pas inhérent à l'activité pratiquée. Un tel raisonnement, qui en principe ne prend pas en compte les caractères des dommages subis, revient à mettre en rapport le risque que crée "normalement" cette activité et le risque "spécial" créé par la méthode employée. Ce régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque, dont la spécificité apparaît évidente, bénéficie à la fois aux usagers et aux tiers victimes des dysfonctionnements des établissements hospitaliers.

§I - Le caractère subjectif de la notion de risque créé par l'administration

De part son caractère subjectif, la notion de risque doit être clairement distinguée, dans le cadre de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque, de celle de dommage. On doit également, en vue de mieux cerner le domaine de ce type de responsabilité, distinguer le risque inhérent à une activité de l'administration et le risque lié à l'emploi, dans le cadre de cette activité, d'une méthode particulière créant des risques spéciaux.

A- La distinction entre la notion de risque créé par l'administration et la notion de dommage

On est obligé de constater que, bien souvent, pour les auteurs, la preuve de l'existence d'un dommage présentant, en général, un caractère anormal et spécial (1), est assimilée à la preuve d'un risque "spécial" susceptible d'engager la responsabilité de l'administration. En somme, la réalisation du risque -le dommage donc- est assimilée au risque lui-même. Ainsi, pour Charles Blavoet, le mot "danger" comme son synonyme, le mot "risque" signifie "possibilité d'accident, de dommage et de perte". Or, toute chose contient une telle virtualité ... Qu'est-ce que cette possibilité ? C'est l'éventualité prévisible d'un dommage" (2). Le même type de raisonnement est tenu par P-L Josse à propos de la responsabilité du fait des ouvrages et des travaux publics (3). Selon cet ancien président de section du Conseil d'Etat, "dès lors que le travail public a créé un risque, les conséquences du risque doivent être supportées par la collectivité administrative qui a construit l'ouvrage" (4). Cette assimilation, souvent implicite, de la notion de risque créé par l'administration à la notion de dommage est également le fait d'auteurs plus récents. Ainsi, pour M. De Forges, "Il n'y a ... lieu à indemniser (dans le cadre de la responsabilité sans faute) que lorsque le dommage excède les inconvénients normaux de toute société" (5).

On trouve le même type d'assimilation du risque créé aux dommages subis dans le cadre de la responsabilité médicale. Ainsi, selon M. Basté, "l'aléa médical, c'est à dire les conséquences du pur hasard dans la pratique médicale, n'est en réalité que la réalisation du dommage dont la possibilité de survenance est méconnue par la communauté médicale à l'instant de la pratique de l'acte incriminé. Dès sa réalisation, il perd sa qualité d'aléa pour devenir un risque ..." (6). Or, en fait, on serait plutôt tenté de penser que l'aléa médical est par essence un risque thérapeutique, inconnu ou mal connu, dont la réalisation ne peut être envisagée autrement que comme les dommages subis par les victimes.

Ce type d'analyse qui revient à assimiler le risque créé par l'administration et le dommage subi par la victime a été dénoncé, à son époque, par Maurice Hauriou (7), puis clairement

(1) Sur la notion de dommages anormal et spécial, voir supra p.21-23.

(2) "L'anormal devant les hautes juridictions civiles et administratives", J.C.P. 1946.n°560.

(3) Sur ces règles, voir supra p.100-101.

(4) Travaux publics et expropriation, Sirey 1958, p.357.

(5) Droit administratif, op.cit. p.287.

(6) "L'aléa médical : évolution du concept en droit public", in L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, Sirey 1995, Coll. droit sanitaire et social, p.19-24, et plus spécialement p.19.

(7) Voir en particulier la note sur l'arrêt Regnault-Desrozières du 28 mars 1919, S.1918-1919.III. p. 25.

combattu par M. Jean-Marie Cotteret (1). Comme l'explique très bien ce dernier auteur, "il y a (souvent) confusion sur le mot risque : le risque c'est le danger couru et non le dommage. Dire que le risque c'est le dommage, c'est confondre la cause et la conséquence. Le risque couru peut être très grand et le dommage très faible" (2).

Il convient toutefois de reconnaître que cette fréquente confusion est grandement favorisée par la jurisprudence. Ainsi, dans certaines espèces, les juges de l'administration n'hésitent pas à se référer à l'existence, prétendue, d'un "risque anormal et spécial", alors que la réparation accordée aux victimes n'est justifiée que par les caractères des dommages subis (3). Mais surtout, la jurisprudence récente utilise parfois la notion de risque, non plus pour désigner un risque spécial créé par une méthode employée par l'administration, mais à propos de la réalisation d'un risque inhérent à un type d'activité donné (4). Or, la réalisation d'un risque, c'est bien un dommage. Il s'agit là, non plus de responsabilité sans faute conditionnée par le risque, mais de responsabilité objective.

B- La distinction entre le risque inhérent à une activité de l'administration et le risque lié à l'emploi d'une méthode particulière

La responsabilité sans faute conditionnée par le risque n'est susceptible de jouer que dans les hypothèses où les risques créés par l'administration présentent, intrinsèquement, un certain degré d'intensité. De part son caractère subjectif, le risque spécial pris en compte par les juges de l'administration permet de rapprocher le type de responsabilité envisagé de la responsabilité pour faute.

1)° La prise en compte de risques présentant un certain degré d'intensité

Le degré d'intensité des risques auxquels font référence les juges de l'administration ne saurait être apprécié en fonction d'un type d'activité administrative envisagé dans son ensemble. Ce qu'il convient ici de prendre en compte, c'est la méthode particulière employée par l'administration dans le cadre de cette activité, et les risques spéciaux que crée l'emploi de cette méthode.

(1) Le régime de la responsabilité pour risques ..., op.cit. p.404-405.

(2) Ibid. p.394.

(3) Voir notamment la jurisprudence consacrée à la réparation des dommages subis par l'enfant à naître d'un agent hospitalier contaminé par la rubéole, infra p.397-400.

(4) Voir sur ce point infra chapitre deux.

Ainsi, l'activité des hôpitaux psychiatriques crée, par essence, c'est à dire du fait même qu'il s'agisse d'une activité, un certain nombre de risques. Pourtant, dans la majorité des cas, les victimes des dysfonctionnements de cette activité ne peuvent bénéficier d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque. On peut observer, notamment, que les dommages occasionnés par un malade mental évadé, ou bien par un malade placé en service libre, ne peuvent être réparés qu'en application d'un régime de responsabilité pour faute (1). Il en va tout autrement, en revanche, lorsque ces dommages ont été occasionnés par un malade bénéficiant de méthodes libérales de traitement (2). Dans le cadre des activités des hôpitaux psychiatriques, ces méthodes se caractérisent par le fait que le malade, juridiquement interné, bénéficie d'un régime qui le maintient, au moins une partie du temps, en dehors de l'établissement. C'est l'existence d'un risque spécial créé par l'administration qui justifie, dans ce cadre, l'application d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque.

On peut formuler les mêmes observations à propos de l'arrêt Gomez rendu par la Cour administrative d'appel de Lyon, le 21 décembre 1991 (3). Dans cette espèce, la Cour a accepté de faire bénéficier d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque la victime de dommages occasionnés par l'emploi d'une méthode thérapeutique nouvelle. On voit bien ici que cette hypothèse de responsabilité est très proche de celle où il est demandé réparation de dommages mettant en cause l'emploi de méthodes libérales de traitement des maladies mentales. Ainsi, dans l'arrêt Gomez, la Cour administrative d'appel de Lyon prend en compte l'existence d'un "risque spécial" créé par l'emploi d'une méthode thérapeutique nouvelle dont "les conséquences ne sont pas entièrement connues" pour engager la responsabilité sans faute d'un établissement hospitalier. Cette référence à un élément subjectif que constitue le risque spécial créé par l'administration permet de rapprocher la responsabilité sans faute conditionnée par le risque de la responsabilité pour faute.

2)° La responsabilité sans faute conditionnée par le risque est liée à la responsabilité pour faute

Dans les hypothèses de responsabilité sans faute conditionnée par le risque, il n'est certes pas question de prétendre que l'administration commet une faute en employant une méthode qui comporte des risques supérieurs à ceux inhérents à un type d'activité donné. Ainsi, la réadaptation progressive des malades mentaux à la vie en société, si elle comporte des risques non négligeables, est certainement plus bénéfique qu'une mesure pure et simple

(1) Voir sur ce point *infra* p.367-369.

(2) Sur ces méthodes, voir *supra* p.284 et *infra* p.362-364.

(3) Rec. p.498 ; A.J.D.A. 1991 p.126, *chron.* Jouguelet et Loloum ; J.C.P. 1991.II.n°21698, note Moreau ; R.D.S.S. 1991, p.258, note Medouze ; R.F.D.A. 1991, p.466, note C.B. Sur cet arrêt, voir *infra* p.370-377.

d'enfermement. De même, l'emploi d'une nouvelle méthode opératoire comporte, en dépit de son efficacité plus grande, des risques d'accidents supérieurs à ceux présentés par une méthode plus ancienne, mais moins efficace d'un point de vue thérapeutique. De prime abord, l'idée conductrice qui inspire ces systèmes de responsabilité est celle de risque-danger : c'est la création d'une situation dangereuse par l'administration qui constitue la justification des mécanismes de responsabilité sans faute conditionnés par le risque (1).

Cependant, il ne fait pas de doute, dans de telles hypothèses, que l'appréciation du risque créé par une méthode employée par les agents de l'administration revient, comme lorsqu'il s'agit d'apprécier une faute, à examiner la façon dont a fonctionné le service. Certes, l'appréciation portée par les juges sur l'existence d'un risque spécial est différente de celle portée sur l'existence d'une faute. Il ne s'agit pas de constater, in concreto, la violation d'une obligation préexistante, mais de définir, in abstracto, quels sont les risques "spéciaux" susceptibles de déclencher les mécanismes de la responsabilité sans faute. En principe, l'ensemble des victimes de dommages liés à la réalisation d'un tel risque obtiendront réparation.

Cependant, une définition étroite des risques spéciaux limite le bénéfice accordé aux victimes. Au demeurant, d'un strict point de vue technique, il n'y a pas de rupture entre les régimes de responsabilité pour faute et les régimes de responsabilité sans faute conditionnée par le risque. La structure de ces régimes est identique : c'est un élément subjectif -la faute commise par les agents de l'administration, le risque spécial créé par l'emploi d'une méthode particulière- qui conditionne l'engagement de la responsabilité des services publics. Par ailleurs, les régimes de responsabilité sans faute conditionnés par le risque, à l'image des régimes de responsabilité pour faute, bénéficient à la fois aux tiers et aux usagers de l'administration.

§II- L'application de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque aux tiers et aux usagers

Historiquement, les régimes de responsabilité sans faute conditionnés par le risque ont

(1) Sur cette notion, voir J-P Gilli, "La responsabilité d'équité de la puissance publique", D.P. 1971 chron. p.125-130. A notre avis, cependant, le régime de responsabilité sans faute conditionnée par le risque appliqué aux usagers d'un ouvrage public exceptionnellement dangereux est inspiré par la notion de risque-profit. Dans cette jurisprudence, en effet, c'est moins le danger présenté par une voie publique qui est en cause, que le choix, opéré par l'administration, de construire un ouvrage public à moindre frais (voir sur ce point P. Tifine, "La place des ouvrages publics exceptionnellement dangereux ...", op.cit. p.1434).

d'abord bénéficié aux tiers. A l'opposé, les usagers, et notamment les usagers des établissements hospitaliers, se sont longtemps vu refuser l'application de tels régimes, jusqu'à une évolution récente de la jurisprudence.

A- Un type de responsabilité d'abord appliqué aux tiers

Le célèbre arrêt Regnault-Desrozières du 28 mars 1919 se place incontestablement à l'origine de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque (1). Pourtant, c'est bien la relative imprécision de la rédaction de cet arrêt qui semble devoir expliquer certaines inexactitudes relevées dans l'appréhension de ce type de responsabilité, et cela notamment dans le domaine hospitalier. On peut effectivement croire, à la lecture de l'arrêt Regnault-Desrozières, que la réalisation d'un risque quelconque permet d'engager la responsabilité de l'administration, pourvu que la victime ait subi un dommage. Cependant, à partir de l'arrêt Colas du 20 mai 1920 (2), le Conseil d'Etat s'est attaché à réparer ce défaut initial, en précisant que seuls certains types de risques, présentant un degré d'intensité supérieur à ceux inhérents à l'activité visée, peuvent permettre d'engager la responsabilité sans faute conditionnée par le risque d'une collectivité publique.

1)° L'imprécision de la notion de risque dans l'arrêt Regnault-Desrozières du 28 mars 1919

La lecture de l'arrêt Regnault-Desrozières ne permet pas de déterminer avec certitude la place exacte que la juridiction administrative suprême entendait réserver à la responsabilité sans faute. Cette espèce visait, rappelons-le, une demande d'indemnité présentée par les ayants droit des victimes d'une explosion survenue dans un fort situé en centre ville servant d'entrepôt à munitions. Selon cet arrêt, "l'explosion qui s'est produite, en dehors de tout fait de guerre, dans (un) magasin de grenades organisé sommairement, engage, indépendamment de toute faute, la responsabilité de l'Etat". On pouvait légitimement s'interroger sur la portée de cette décision : est-ce l'existence du risque créé par un type d'activité administrative, ou bien les circonstances particulières dans lesquelles a été pratiquée cette activité qui permet de déclencher la responsabilité sans faute de l'administration ?

La référence à l'accumulation d'une grande quantité d'explosifs en centre ville, à l'organisation sommaire d'un magasin de grenades, pouvaient certes inciter à pencher en faveur de la première alternative. En revanche, d'autres éléments, certainement plus

(1) Rec. p.329 ; S. 1918-1919.III. p.25, note Hauriou ; D.P. 1920.III. p.1, note Appleton ; R.D.P. 1919, p.239, concl. Corneille, note Jèze.

(2) Rec. p.532 ; R.D.P. 1921, p.407, note Jèze.

déterminants en l'espèce, semblaient plutôt conduire à privilégier la seconde.

Le premier de ces éléments se rapporte à la rédaction même de l'arrêt qui semble engager la responsabilité de l'administration du seul fait de l'existence de dommages occasionnés par une explosion. En apparence, il s'agit donc bien ici de responsabilité objective : comme en matière de réparation des dommages permanents occasionnés par des travaux publics, la preuve d'un dommage imputable à une activité de l'administration suffit à engager sa responsabilité (1). Ainsi, pour Gaston Jèze, il ne faisait pas de doute que "le Conseil d'Etat a généralisé le principe de responsabilité admis en matière de travaux publics et d'ouvrages publics" (2). Comme dans ce domaine, le risque de voisinage auquel ont été exposées les victimes paraît justifier le recours à la responsabilité sans faute.

L'existence d'un débat doctrinal sur le fondement de la responsabilité administrative constitue un second élément de réponse. Pour un auteur comme Jèze, il était évidemment tentant de voir dans l'arrêt Regnault-Desrozières une consécration de sa doctrine favorable à la généralisation du principe d'égalité devant les charges publiques comme fondement de la responsabilité administrative. Pour un partisan de la faute comme Hauriou, au contraire, il ne pouvait s'agir ici que d'une "jurisprudence dangereuse" pour des principes juridiques qu'il estimait fermement établis (3).

En raison de ces incertitudes, il peut apparaître assez dangereux d'affirmer que l'arrêt Regnault-Desrozières constitue, non seulement l'origine, mais aussi le fondement de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque de l'administration. Une telle assertion peut effectivement laisser penser que l'existence d'un dommage suffit, quelles que soient la nature et l'intensité du risque créé par une collectivité publique, à engager sa responsabilité. De cette façon se produit, en quelque sorte, une objectivation du risque, cette donnée s'effaçant alors derrière l'autre élément objectif constitué par le dommage dont il est demandé réparation.

C'est certainement, en grande partie, l'importance réservée à l'arrêt Regnault-Desrozières qui a conduit un certain nombre d'auteurs, non pas vraiment à confondre, mais plutôt à

(1) Notons toutefois que l'arrêt Regnault-Desrozières ne fait aucune référence au caractère anormal et spécial des dommages, normalement exigé dans le cadre de la responsabilité sans faute objective (voir sur ce point supra p.346).

(2) Note sur l'arrêt Regnault-Desrozières, R.D.P. 1919 p.240 (arrêt précité supra p.353 note 1). Précisons également que Maurice Hauriou, tout en notant cette similitude, voyait plutôt dans cette décision une extension de la jurisprudence Cames relative au risque professionnel. De notre point de vue, cette divergence ne revêt cependant guère d'importance, puisqu'il s'agit bien, dans ces deux hypothèses, de responsabilité objective, dans la mesure où c'est la nature des dommages subis qui justifie l'engagement de la responsabilité de la collectivité publique en cause (voir note sur l'arrêt Regnault-Desrozières, S.1918-1919.III. p.25).

(3) Note sur l'arrêt Regnault-Desrozières, S. 1918-1919.III. p.26.

assimiler les notions de risque et de dommage (1). Pourtant, dès 1920, à l'occasion de l'arrêt Colas, le Conseil d'Etat avait précisé son point de vue en affirmant, de façon on ne peut plus claire, l'autonomie de la notion de risque comme condition d'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration.

2)° La mise au point réalisée à l'occasion de l'arrêt Colas du 20 mai 1920

Dans sa note sur l'arrêt Regnault-Desrozières, Maurice Hauriou n'avait pas totalement écarté la possibilité de réserver une place à la responsabilité sans faute de l'administration "si (toutefois) l'on s'appliquait à déterminer rigoureusement les caractères de la responsabilité objective, sans perdre de vue sa nature exceptionnelle .." (2). Il est probable que la juridiction administrative suprême, consciente de l'imprécision de l'arrêt Regnault-Desrozières, et du problème qu'elle posait du point de vue de l'organisation de l'ensemble du système de responsabilité, ait profité de la première occasion qui se présentait à elle pour affiner sa position (3).

Cette occasion allait se présenter quelques mois après l'arrêt Regnault-Desrozières, dans une affaire Colas relative aux dommages occasionnés par l'explosion d'un cuirassé. Le Conseil d'Etat pouvait préciser que "le voisinage des stocks de poudre de combat emmagasinés dans les soutes du cuirassé ... en vue de manoeuvres navales, dans les conditions où les poudres étaient emmagasinées et utilisées, constituait par lui-même un risque exceptionnel susceptible, en cas d'accident, d'engager la responsabilité de l'Etat à l'égard des tiers". Quoiqu'ait pu en dire le commissaire du gouvernement Corneille (4), le triomphe de cette "doctrine intermédiaire" concrétisé par la référence à un risque qualifié "d'exceptionnel" est fondamental. Cela signifie que le fait qu'une activité administrative présente certains risques ne suffit pas à engager la responsabilité sans faute de l'administration. Encore faut-il, en effet, que ces risques présentent un degré d'intensité supplémentaire à ceux qui sont normalement inhérents au type d'activité visé. Ainsi, le stockage de munitions constitue une activité présentant, dans l'absolu, des risques importants, mais ne justifiant pas le recours à un régime de responsabilité sans faute. En revanche, les conditions particulières dans lesquelles il a été procédé à cette activité peuvent créer des risques supplémentaires susceptibles de permettre aux victimes de bénéficier de l'application d'un tel régime de responsabilité.

En d'autres termes, lorsque le Conseil d'Etat accepte d'actionner les mécanismes de la

(1) Voir sur ce point supra p. 349-350.

(2) Note précitée sur l'arrêt Regnault-Desrozières, S. 1918-1919.III. p.26.

(3) Dans ce sens, voir M. Deguergue, Jurisprudence et doctrine ... , op.cit. 126.

(4) Conclusions sur l'arrêt Colas, précité supra p.353 note 2.

responsabilité sans faute conditionnée par le risque, ce n'est pas le risque présenté par une activité en général qui est visé, mais un risque spécial précisément défini. Ainsi, d'après l'arrêt Consorts Lecomte du 24 juin 1949, "la responsabilité de la puissance publique se trouve engagée même en l'absence d'une faute ... dans les cas où le personnel de la police fait usage d'armes ou d'engins comportant des risques exceptionnels" (1). Pour citer un autre exemple, le Conseil d'Etat a admis, à l'occasion d'un arrêt d'Assemblée S.N.C.F. du 16 mars 1945 que "l'accumulation de ... quantités exceptionnelles d'explosifs constitue un risque excédant les risques normaux du voisinage" (2). En revanche, on peut lire, dans l'arrêt de Section Moisan du 30 mars 1979 que "c'est à tort (qu'un) tribunal administratif se fonde sur les risques particuliers que comportent les feux d'artifice pour déclarer (une) commune entièrement responsable des conséquences dommageables de l'accident subi par un spectateur" (3). Dans cet arrêt, dont la rédaction laisse quelque peu à désirer, l'absence de risques spécifiques, supérieurs en intensité à ceux normalement générés par l'activité visée, ne permet pas d'engager la responsabilité sans faute de l'administration.

En revanche, dans le domaine de la responsabilité hospitalière, l'existence de tels risques ne fait aucun doute. Ainsi, les tiers victimes de malades mentaux bénéficiant de méthodes libérales de traitement sont exposés, du fait de l'emploi de ces méthodes, à des risques supérieurs à ceux créés par l'enfermement des aliénés (4). De même, le patient qui se voit appliquer une méthode thérapeutique nouvelle est exposé à des risques supérieurs à ceux résultant d'un traitement utilisé de façon habituelle (5).

Certes, on pourrait soutenir, comme le commissaire du gouvernement Lefas, que "(la théorie du risque) repose sur l'idée que certains services publics engendrent par leur seul fonctionnement, en dehors de toute notion de faute, des risques exceptionnels dont, en cas d'accident, les conséquences dommageables ne peuvent être laissées à la charge des victimes sans porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques" (6). C'est notamment le point de vue exprimé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Lecomte du 24 juin 1949. On peut effectivement lire, dans cet arrêt, que l'existence de risques exceptionnels crée "des dommages (qui) excèdent, par leur gravité, les charges qui doivent normalement être supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence (du) service public". Mais il ne s'agit ici, selon nous, que d'une explication générale de

(1) Rec. p.307 ; S.1949.III.p.61 concl. Barbet ; J.C.P. 1949.II.n°5092, concl. Barbet, note George ; R.D.P. 1959, p.583, note M. Waline ; D.P. 1950, chron. Morange et Berlia.

(2) Rec. p.54 ; D.P. 1946, p.290, concl. Lefas, note M. Waline ; J.C.P. 1945.II.n°2903, note Charlier.

(3) Rec. p.143.

(4) Voir sur ce point infra p.362-366.

(5) Voir sur ce point infra p.372-373.

(6) Conclusions sur l'arrêt S.N.C.F. précité supra note 2.

l'évolution de la responsabilité administrative, dont l'influence apparaît assez diffuse et limitée. Il semble, en fait, que "l'égalité devant les charges publiques ... ne joue pour entraîner la responsabilité sans faute, que dans le cadre de notions plus précises qui conditionnent, et par là même, limitent son application" (1). En effet, si l'on veut bien que l'admission de nouveaux cas de responsabilité sans faute puisse être expliquée par l'application de ce principe, ceci n'exclut pas la mise en place de conditions restrictives pour la réparation de dommages subis par les victimes. Plus précisément, dans l'ensemble des hypothèses de responsabilité sans faute conditionnée par le risque développées à partir de l'arrêt Colas, l'existence d'un dommage, quelles que soient ses caractéristiques, ne suffit pas à engager la responsabilité de l'administration. Si tel était le cas, en fait, les conditions d'engagement de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque ne seraient pas différentes de celles de la responsabilité sans faute objective, et il n'y aurait plus lieu, dès lors, de les distinguer. Une telle remarque est valable pour l'ensemble des régimes de responsabilité sans faute conditionnés par le risque, qu'ils s'appliquent aux usagers, ou bien aux tiers.

B- Un type de responsabilité étendu aux usagers

L'application de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque aux usagers des services publics est un phénomène récent. Cependant, ces régimes de responsabilité demeurent rarement appliqués à ces catégories de victimes, et continuent de bénéficier de façon prioritaire aux tiers.

1)° L'extension récente de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque aux usagers

Si l'arrêt Regnault-Desrozières vise davantage une méthode, plutôt qu'une activité ou des choses dangereuses, ce qui peut donc concerner l'activité des hôpitaux publics, il n'était pas sûr, à l'origine, que cette jurisprudence pouvait bénéficier à leurs usagers. Ainsi, pour M. Le Corre, "l'idée dominante est que les dangers inhérents à de nombreux actes médicaux sont, en général, largement compensés par les dangers que ces actes ont pour but de combattre ... On ne doit pas oublier que les services hospitaliers fonctionnent dans l'intérêt des malades, qui tirent un certain profit des traitements qui leur sont appliqués" (2). Ceci permet d'expliquer pourquoi "les dangers que peuvent comporter les traitements médicaux ou les interventions chirurgicales pratiqués dans les hôpitaux ne sont pas pris en considération par

(1) A. De Laubadère, *Traité de droit administratif*, op.cit., Tome I, p.859.

(2) La notion de chose dangereuse dans le cadre de la notion de puissance publique, Thèse Rennes, 1959, p.160. Voir dans le même sens, F.P Bénéoit, "La responsabilité de la puissance publique du fait des explosions", J.C.P. 1953 n°1072.

le Conseil d'Etat pour faciliter à l'égard des victimes de dommages la responsabilité administrative puisque celle-ci n'est admise que pour faute lourde ou grave, et qu'en l'absence de faute du service la puissance publique ne saurait, en aucune façon, être déclarée responsable" (1).

Il s'agit ici, ni plus ni moins, de ce que M. Chapus dénomme la corrélation entre les avantages retirés du service et le risque encouru (2). Selon cet auteur, les usagers, parce qu'ils bénéficient des avantages du service public, ne peuvent se voir appliquer un régime de responsabilité aussi favorable que celui réservé aux tiers.

Certains auteurs ont pourtant relevé, à juste titre, que la jurisprudence n'a jamais expressément exclu l'application de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque aux usagers du service public (3). Dans l'arrêt Walther du 24 décembre 1926, le Conseil d'Etat paraît même vouloir les faire bénéficier d'un tel régime (4). Ce qui compte, en fait, c'est la situation de la victime, tiers ou usager, par rapport au risque créé, son degré d'exposition au danger (5). Cela ne devrait d'ailleurs plus soulever de doutes depuis l'arrêt d'Assemblée Dalleau du 6 juillet 1973, qui a appliqué un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque aux usagers d'un "ouvrage public exceptionnellement dangereux" (6). Enfin, la jurisprudence Regnault-Desroziers a fait l'objet d'une application récente en faveur de l'usager d'un hôpital public victime d'un accident survenu lors d'une opération chirurgicale durant laquelle avait été employée une méthode thérapeutique nouvelle (7). Il ne s'agit cependant ici que des deux seules hypothèses dans lesquelles des usagers ont bénéficié d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque.

2° La responsabilité sans faute conditionnée par le risque est rarement appliquée aux usagers

Dans l'ensemble des hypothèses de responsabilité sans faute conditionnée par le risque, la

(1) La notion de chose dangereuse ..., op.cit. p.161.

(2) Responsabilité publique et responsabilité privée ..., op.cit. p.261.

(3) Voir les conclusions de Jouvin sur l'arrêt Dejous du 7 mars 1958, R.D.P. 1958 p.1088 (voir plus spécialement p.1095).

(4) Rec. p. 1140. Cette espèce était relative à une demande présentée par un particulier dont l'immeuble avait été détruit par la propagation d'un incendie volontairement provoqué par des pompiers dans l'intention d'enrayer le développement d'une épidémie. Selon le commissaire du gouvernement Jouvin, bien que la victime n'avait pas requis l'intervention de ces pompiers, son voisinage immédiat avec le foyer de l'épidémie lui donnait quelque intérêt dans l'opération, ce qui rendait assez incertaine sa qualité de tiers.

(5) Voir dans ce sens, J-M Cotteret, "Le régime de la responsabilité pour risque ...", op.cit. p.400-401.

(6) Arrêt précité supra p. 86 note 1.

(7) C.A.A. Lyon, 21 décembre 1991, Gomez, précité supra p.251 note 3.

responsabilité de l'administration n'est pas engagée en raison des risques que présente, de façon générale, l'activité administrative. Cette responsabilité ne peut exister que dans la mesure où ces risques sont supérieurs à ceux que les usagers sont censés devoir supporter en contrepartie des avantages qu'ils retirent du service public. Il faut bien voir, sur ce point, que ce qui est pris en compte, ce n'est pas une activité en tant que telle -activité thérapeutique ou activité de travaux publics- mais une méthode utilisée par l'administration qui présente des risques spéciaux. Ainsi, dans l'affaire Dalleau, l'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration n'est pas justifiée par le seul danger présenté par la route sur laquelle s'est produit l'accident. A y regarder de plus près, en effet, le Conseil d'Etat paraît avoir voulu sanctionner un risque spécial créé par l'administration, qui avait préféré, lors de la construction de l'ouvrage en cause, choisir un tracé présentant un moindre coût, mais exposant les usagers à des dangers plus importants (1). De même, dans l'affaire Gomez, la Cour administrative d'appel de Lyon n'engage pas la responsabilité de l'hôpital en raison des risques présentés par toute intervention chirurgicale, mais bien parce que, en l'espèce, la méthode employée présente des risques spéciaux, supérieurs à ceux que les usagers sont normalement censés avoir acceptés (2).

Cette conception du risque, qui limite de façon importante la responsabilité sans faute conditionnée par le risque appliquée aux usagers des services publics, ne diffère nullement de celle qui s'applique aux tiers. Dans ce cadre, cependant, le fait que les victimes ne tirent aucun bénéfice direct de l'activité incriminée amènera les juges de l'administration à apprécier de façon moins sévère le degré des risques susceptibles de permettre d'engager ce type de responsabilité. Si cette assertion peut apparaître difficile à vérifier, elle semble pouvoir être corroborée par l'étude quantitative comparée des arrêts faisant application d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque à des tiers et à des usagers. En effet, si on ne relève, dans les tables du recueil Lebon, qu'une vingtaine d'arrêts concernant les tiers, seuls les arrêts Dalleau et Gomez autorisent -si l'on écarte les hypothèses dans lesquelles la qualité de la victime est discutée (3)- l'application d'un tel régime aux usagers.

Dans ces différentes hypothèses, il n'est pas contestable que la référence à un risque spécial constitue un moyen d'exclusion de la responsabilité objective. Cependant, en dépit de son cantonnement à des hypothèses précises, la responsabilité sans faute conditionnée par le risque constitue un moyen d'objectivation de la responsabilité hospitalière.

(1) Voir sur ce point, supra p.352 note 1.

(2) Voir sur ce point infra p.370-375.

(3) Voir sur ce point supra p.358.

Section II : L'objectivation de la responsabilité hospitalière dans le cadre de la responsabilité sans faute conditionnée par un risque spécial

Le Conseil d'Etat n'a jamais admis que les activités thérapeutiques des services hospitaliers - envisagées dans leur ensemble - pouvaient permettre d'engager, du fait des risques qui leurs sont inhérents, la responsabilité sans faute des établissements hospitaliers. Une telle position aurait eu pour effet de généraliser la responsabilité sans faute objective de ces établissements. En effet, toute activité présente, par essence, un certain nombre de risques, et à partir du moment où un dommage est occasionné à l'occasion de cette activité, on peut estimer qu'il est la conséquence de l'un de ces risques. Cela concerne, bien évidemment, les hypothèses où la réalisation d'un risque thérapeutique est en cause. Mais cela vise également les hypothèses où c'est une faute qui est incriminée. En effet, on peut considérer que l'admission d'un malade dans un établissement hospitalier comporte le risque de survenance d'une faute commise par un agent de l'administration.

En revanche, comme on vient de le voir, des méthodes particulières utilisées dans le cadre de ces activités sont susceptibles, en raison des risques spéciaux qu'elles créent, d'entraîner la mise en oeuvre des mécanismes de responsabilité sans faute. Une telle restriction de la responsabilité sans faute à des risques spéciaux constitue un moyen d'atténuer l'objectivation. Ces risques spéciaux se rapportent aux méthodes thérapeutiques libérales employées dans les hôpitaux psychiatriques, et aux méthodes thérapeutiques nouvelles utilisées dans le cadre des activités chirurgicales.

§I- Les risques spéciaux créés par les méthodes libérales de traitement des maladies mentales

Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a accepté d'engager la responsabilité sans faute conditionnée par le risque des établissements psychiatriques que pour les dommages occasionnés à des tiers par des malades mentaux bénéficiant de méthodes libérales de traitement. Cette position restrictive a conduit les juges à exclure la réparation des dommages subis par les usagers eux-mêmes, ainsi que celle des dommages occasionnés par l'emploi d'autres méthodes de traitement.

A- Un régime de responsabilité dont le domaine est clairement défini

Les malades mentaux bénéficiant de méthodes thérapeutiques libérales présentent la particularité d'être juridiquement internés sans être enfermés. Il apparaît ainsi, de façon évidente, que le placement de ces malades en dehors de l'établissement psychiatrique constitue une méthode qui intensifie les risques présentés pour les tiers par les activités de traitement des maladies mentales. Dès lors, dans de telles hypothèses, l'application d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque apparaît justifié.

1)° Un type de responsabilité lié à la situation particulière des malades internés sans être enfermés

La loi du 30 juin 1838 ne prévoyait pas d'alternative à l'enfermement des aliénés, que ceux-ci aient été internés d'office ou bien de façon volontaire (1). Ces malades mentaux n'étaient censés quitter l'établissement psychiatrique qu'à partir du moment où leur médecin les estimait guéris ce qui, à l'évidence, pouvait apparaître comme assez aléatoire. Il n'était pas établi, en particulier, de procédure permettant de réadapter progressivement le malade à la vie en société (2). Pour cette raison, il est vite apparu qu'il était important de développer, avant la sortie définitive du malade, des procédures de "sorties à l'essai".

Les premières circulaires relatives à l'application de la loi du 30 juin 1838 pouvaient déjà laisser présager de cette possibilité. On peut ainsi lire, dans une circulaire du ministre de l'intérieur du 5 août 1839, "qu'il ne faudrait pas ... trouver dans la crainte de l'abus, un motif de ne ménager aucun secours aux aliénés paisibles les plus nécessiteux de cette catégorie, et particulièrement ceux dont la raison n'est pas irrévocablement détruite, afin qu'ils obtiennent un traitement immédiat et complet". On comprend aisément, compte tenu du manque de place dans les asiles, que la création d'un régime aménagé pour ces "aliénés paisibles" apparaissait incontournable (3).

De fait, un règlement-type établi en 1857 prévoyait déjà des possibilités de "sortie à l'essai" des malades mentaux. La procédure était intéressante, dans la mesure où il était entendu que le malade, qui demeurait juridiquement interné, pouvait être de nouveau

(1) Voir supra p.180-182.

(2) Précisons toutefois que, contrairement à une opinion répandue, ce type de procédure avait déjà été utilisé dans des régimes antérieurs à celui instauré par la loi de 1838. On trouve ainsi, dans les archives de l'Hôtel-Dieu de Rouen un arrêt de Parlement de Normandie du 4 septembre 1733 faisant référence à un régime de placement des "débiles d'esprit" auprès de familles bourgeoises. Voir Inventaire sommaire des archives de l'hospice civil de Rouen, Imprimerie E. Cognard, Rouen 1866, p.206.

(3) Sur les carences de la politique de construction d'établissements psychiatriques, voir supra. p.181.

enfermé sur simple décision de son médecin. En raison de son intérêt manifeste, cette pratique a finalement été consacrée par une circulaire du 4 juin 1957 qui encourage le développement des sorties à l'essai (1).

Mais ce développement, on le conçoit bien, n'est pas allé sans poser de sérieux problèmes du point de vue de la responsabilité administrative. En effet, comme le note M. Montador, s'il "n'est pas question de mettre en doute ... (les) vertus curatives" de cette méthode, "elle n'en constitue pas moins une sorte de pari sur les chances de réadaptation du malade, un pari raisonnable, mais comportant tout de même un certain coefficient d'incertitude" (2). En raison de sa difficulté, la méthode employée pouvait évidemment occasionner des dommages à la personne des tiers ainsi qu'à leurs biens. Tout du moins, le risque créé par cette méthode est supérieur à celui qui existe lorsque le malade demeure enfermé. Ainsi, il était assez malaisé, compte tenu du statut particulier de l'auteur du dommage, juridiquement interné mais libre, de déterminer le régime de responsabilité applicable.

Une première solution, proposée par M. Montador, aurait consisté à engager la responsabilité personnelle de l'aliéné (3). Mais si l'on peut effectivement avancer que les "sorties d'essais ne sont accordées que lorsque l'état du malade présente une amélioration telle que l'on peut envisager une libération à terme" (4), la survenance d'un dommage semblerait plutôt à même de révéler l'erreur commise par les autorités médicales sur l'état mental de l'aliéné. Il serait ainsi tout à fait abusif de faire supporter au malade ce qui constitue, en fait, une erreur de diagnostic.

Or, si une erreur de diagnostic peut être révélée par la production d'un dommage, cela ne signifie nullement, s'agissant d'un acte médical, que celle-ci sera nécessairement constitutive d'une faute lourde, ou bien même d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration. Bien au contraire, on a pu voir que la jurisprudence est extrêmement réticente sur ce point et il ne fait guère de doute que sa sévérité aurait encore été accrue par le fait que l'opération "intellectuelle" de diagnostic porte justement sur l'appréciation de

(1) Sur la généralisation de ces méthodes, voir les textes cités par F. Moderne dans sa note sur l'arrêt Département de la Moselle du 13 juillet 1967, D.P. 1967, p.675 (voir plus spécialement p.678). Sur les méthodes libérales de traitement des maladies mentales, Voir également, P. Bon, "La responsabilité des services publics d'activités sanitaires et sociales utilisant des méthodes libérales", R.D.S.S. 1984 p.440 ; V. Bru, "Les problèmes relatifs au traitement des maladies mentales", op.cit ; C. Jonas, "La réparation des dommages causés aux tiers par les malades mentaux", R.D.S.S. 1990, p.1-20.

(2) La responsabilité des services publics hospitaliers, op.cit. p.98.

(3) Ibid. p.98.

(4) Ibid. p.98.

l'état mental du patient (1).

La seconde solution envisageable aurait consisté à engager la responsabilité de l'hôpital pour une faute commise dans la surveillance de l'aliéné. Cependant, à l'époque où les juridictions administratives étaient saisies de leurs premières demandes de réparation, le Conseil d'Etat exigeait toujours que soit rapportée la preuve d'une faute qualifiée (2). Mais, de toutes façons, il serait apparu assez inconcevable de déceler une faute dans le relâchement de la surveillance qui constitue, justement, la caractéristique majeure des sorties à l'essai !

De façon heureuse pour les victimes, la jurisprudence allait s'éloigner de ce type de solutions en acceptant d'engager la responsabilité sans faute de l'administration. Elle applique, dans ce cadre, un système de responsabilité conditionné par le risque qui apparaît tout à fait conforme aux hypothèses antérieurement développées par la jurisprudence.

2)° Un système de responsabilité conforme aux autres hypothèses de responsabilité sans faute conditionnée par le risque

L'application d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque aux victimes de dommages occasionnés par l'emploi de méthodes thérapeutiques libérales remonte à une décision du Tribunal administratif de Pau du 18 mars 1964, rendue dans une affaire Sempé (3). Dans cette affaire, le Tribunal décidait que "(les) méthodes thérapeutiques nouvelles créent un risque spécial pour les tiers résidant dans le voisinage, lesquels ne bénéficient plus des garanties qui résultaient pour eux des méthodes d'internement antérieurement en vigueur ; qu'il suit de là que la responsabilité du département ne saurait être subordonnée à la preuve d'une faute commise par l'administration, mais découle des conditions mêmes dans lesquelles fonctionne le service ...".

L'application de la responsabilité sans faute aux victimes de dommages occasionnés par l'activité des hôpitaux psychiatriques avait déjà fait l'objet de propositions en doctrine. Ainsi, dès 1935, un commentateur de l'arrêt de Bony relatif à des dommages occasionnés dans l'enceinte même d'un établissement soulignait que le fonctionnement (du) service (des hôpitaux psychiatriques) comporte certains risques pour les tiers ..." et que "... s'agissant de

(1) Sur la difficulté de prouver l'existence d'une faute médicale en matière de diagnostic, voir supra p.229-231.

(2) Voir les arrêts précités supra p. 186-192. Sur l'évolution de cette jurisprudence, voir supra p.287-291.

(3) D.P. 1965, p.312, note Moderne.

risque social, il est juste que celui-ci soit supporté par la collectivité" (1). Mais selon nous, il ne s'agit ici, contrairement à ce que semble penser M. Moderne (2), que d'une proposition visant à établir une responsabilité sans faute objective, le risque visé étant inhérent à l'activité des hôpitaux psychiatriques, et non particulier à certaines méthodes employées.

C'est, en fait, dans le célèbre arrêt *Ministre de la justice c. Thouzellier* du 3 février 1956 (3), relatif aux dommages provoqués par des mineurs délinquants bénéficiant d'un régime d'éducation surveillée, qu'il faut trouver les prémices de la jurisprudence appliquée aux victimes de dommages occasionnés par des malades mentaux bénéficiaires de méthodes libérales de traitement. La rédaction de cet arrêt est effectivement identique, dans ses grandes lignes, à celle de la décision du Tribunal administratif de Pau. On peut y lire que "le législateur a entendu mettre en oeuvre des méthodes nouvelles de rééducation, caractérisées par la substitution, au régime antérieur d'incarcération, d'un système plus libéral d'internat surveillé, que lesdites méthodes créent ... un risque spécial pour les tiers résidant dans le voisinage, lesquels ne bénéficient plus des garanties qui résultaient pour eux des méthodes d'internement antérieurement en vigueur ; qu'il suit de là que la responsabilité du service public ... ne saurait être subordonnée à la preuve d'une faute commise par l'administration, mais découle des conditions dans lesquelles fonctionne le service".

Plusieurs auteurs n'ont pas manqué de relever, se fondant certainement sur les similitudes existant entre les deux domaines envisagés, l'utilisation qui pouvait être faite de cette solution pour la réparation des dommages occasionnés par les malades mentaux bénéficiant de méthodes libérales de traitement (4). Dans l'ensemble de ces hypothèses, comme d'ailleurs dans celles où un dommage a été occasionné par un détenu bénéficiant d'une permission (5), c'est l'utilisation de méthodes nouvelles, dont les avantages, pour l'usager, sont contrebalancés par les risques supplémentaires qu'elles créent vis-à-vis des

(1) C. Weens, note sur C.E. Sect. 27 janvier 1933, *Sieur de Bony* (arrêt précité supra p.189 note 6).

(2) Note sur C.E. 13 juillet 1967, *Département de la Moselle*, D.P.1967, p.676, (arrêt précité supra p.362 note 1).

(3) Rec. p.49 ; D.P. 1956 p.597, note Auby ; R.D.P. 1956, p.854, note M. Waline.

(4) J. Lafon, *La responsabilité civile des malades mentaux*, op.cit. p.185 ; Fournier et Braibant, A.J.D.A. 1957, p.187 (voir plus spécialement p.188).

(5) Dans de telles hypothèses, la responsabilité de l'administration peut également être engagée dans le cadre d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque (voir C.E. 2 décembre 1981, *Garde des sceaux c. Theys*, Rec. p.456, D.S. 1982 p.550, note Tedeschi et I.R. p.447, obs. Moderne et Bon ; J.C.P. 1982.II.n°19905, note Pacteau). Cette jurisprudence prolonge de façon intéressante le parallélisme que l'on déjà eu l'occasion d'évoquer entre les règles appliquées aux victimes de dommages occasionnés par des détenus, et celles appliquées aux victimes de dommages occasionnés par des malades mentaux. Voir sur ce point supra p.187.

tiers, qui justifie le recours à des mécanismes de responsabilité sans faute conditionnée par le risque.

La solution retenue par le Tribunal administratif de Pau allait être reprise par le Conseil d'Etat dans une affaire similaire, à l'occasion de l'arrêt de Section Département de la Moselle du 13 juillet 1967 (1). Dans cet arrêt, la juridiction administrative suprême reprenait trait pour trait la motivation des juges du fond, en écartant toutefois la référence à la notion de voisinage. Cette précision n'était certainement pas anodine puisque cette condition, qui existait à l'origine dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, venait d'être abandonnée dans le cadre de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque à l'occasion de l'arrêt *Ministre de la justice c. Trouillet* du 9 mars 1966 (2).

Il fallut toutefois attendre une vingtaine d'années pour voir cette jurisprudence s'appliquer à des méthodes libérales autres que les sorties à l'essai. Ainsi, le Tribunal administratif de Pau, dans une décision *Dame Claridge* du 21 décembre 1986, a étendu cette solution à la réparation de dommages occasionnés par un aliéné dans le cadre d'une sortie en groupe surveillée (3). La solution retenue dans cette affaire pouvait d'ailleurs prêter à discussion. Dans cette espèce, en effet, il semble que la responsabilité de l'administration aurait pu tout aussi bien être engagée pour faute, dans la mesure où c'est, en fait, un relâchement de la surveillance exercée sur l'aliéné qui paraissait être à l'origine du dommage. En revanche, le Conseil d'Etat, à l'occasion d'un arrêt *Dame Piollet et autres* du 13 mai 1987, a logiquement fait bénéficier d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque, un tiers victime de déprédations commises par un malade mental faisant l'objet d'une mesure de placement familial (4).

Ainsi, comme on peut l'observer, les hypothèses d'engagement de ce type de responsabilité sans faute des établissements hospitaliers demeurent assez rares. Cette rareté peut être expliquée par le fait que les juges de l'administration se sont toujours fermement opposés à l'extension de tels mécanismes de responsabilité, en dehors du champ d'application qui lui a été originellement reconnu.

(1) Arrêt précité supra p.362 note 1.

(2) Rec. p.201 ; J.C.P. 1966.II.n°14811, concl. Braibant, note Moderne ; A.J.D.A. 1966 p.520, note de Laubadère.

(3) Rec. p.323.

(4) D.S. 1988 Somm. p.163, chron. Moderne et Bon ; A.J.D.A. 1987 p.454, chron. Azibert et de Boisdeffre.

B- Le refus de l'extension de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque

Les juges de l'administration ont entendu limiter précisément le domaine de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque. Ils ont ainsi refusé d'étendre ce type de responsabilité aux dommages créés par l'emploi d'autres méthodes thérapeutiques, ainsi qu'aux dommages occasionnés au malade lui-même. Or, si de telles solutions apparaissent juridiquement fondées, elles n'aboutissent pas moins à établir une discrimination entre les différentes victimes des dysfonctionnements des établissements psychiatriques.

1)° Un type de responsabilité réservé aux tiers

Le type de responsabilité envisagé concerne exclusivement la réparation des dommages subis par les tiers. Il ne s'applique pas, notamment, aux ayants droit de malades mentaux qui se sont suicidés alors qu'ils bénéficiaient d'une méthode libérale de traitement. Pour de nombreux auteurs, cette solution peut être expliquée par le bénéfice que ces malades sont censés tirer des méthodes thérapeutiques qui leur sont appliquées (1). Pourtant, comme on l'a vu, la qualité d'usager du service public ne suffit pas à priver la victime d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque (2). Dans de tels cas, cependant, il semble que le risque doit présenter une intensité particulièrement importante - être "exceptionnel" selon la jurisprudence Dalleau (3)- ce qui n'est certainement pas le cas dans les hypothèses visées, où le malade est censé être en voie de guérison. Au demeurant, il n'est pas non plus impossible que cette jurisprudence prenne en compte la situation particulière du malade. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que celui-ci est à l'origine du dommage qui lui a été infligé, et qu'il apparaît, par conséquent, comme un élément déterminant dans la réalisation du risque créé par l'activité de l'établissement en cause.

Le refus de l'extension de la responsabilité pour risque doit également être apprécié en fonction de la définition étroite des "méthodes thérapeutiques nouvelles" qui est donnée par les juges de l'administration. Certaines solutions rendues dans ce domaine ne sont guère contestables. Ainsi, le Conseil d'Etat a indiqué, à l'occasion d'un arrêt Ville de Paris c. Epoux Pion et Caisse de coordination des assurances sociales du premier octobre 1969, qu'une décision de remise en liberté d'un aliéné "ne constituait pas l'application d'une méthode thérapeutique poursuivie sous la surveillance de l'hôpital" (4). La solution est

(1) Dans ce sens, voir notamment, J. Montador, La responsabilité des services publics hospitaliers, op.cit. p.101 ; P. Arthur de la Villarmois, La responsabilité sans faute à l'hôpital public, op.cit. p.110 ; F. Moderne, note sous T.A. Pau, 18 mars 1964, Sempé, D.P. 1965, p.313 (décision précitée supra p.363 note 3).

(2) Voir sur ce point supra p.357-359.

(3) Arrêt précité supra p.86 note 1.

(4) R.T.D.S.S. 1970, p.211, chron. Moderne.

logique, dans la mesure où le malade a été déclaré guéri. Dans de tels cas, seule la responsabilité de l'administration en raison de la faute de diagnostic commise par les médecins de l'établissement peut être recherchée.

Dans le même ordre d'idées, il est logique d'estimer que les dommages occasionnés par un aliéné évadé d'un hôpital psychiatrique ne peuvent être réparés que dans le cadre de la responsabilité pour faute. On pourrait seulement observer, comme le fait un auteur, que la survenance d'une évasion peu justement avoir été facilitée par l'assouplissement du régime auxquels sont soumis les malades internés (1). Mais selon nous, aller plus loin dans la comparaison avec les méthodes libérales serait absurde, puisque cela reviendrait à affirmer, au bout du compte, que l'évasion a été sciemment favorisée par l'administration hospitalière !

Si ces différentes hypothèses ne posent guère de problèmes, il en va autrement pour ce qui concerne les dommages occasionnés par les malades qui ne sont pas internés, mais bénéficient d'un placement en service libre. Le refus d'utiliser la responsabilité conditionnée par le risque, dans un tel cas, s'il semble juridiquement fondé, n'en apparaît pas moins contestable du point de vue de l'équité, en raison de la proximité existant entre la situation des malades en service libre, et celles des malades bénéficiant de méthodes thérapeutiques libérales.

2)° La distinction opérée entre les malades bénéficiant de méthodes thérapeutiques libérales et les malades placés en service libre

La solution retenue par le Conseil d'Etat à propos du régime de responsabilité appliqué aux victimes de dommages occasionnés par des malades placés en service libre a été clairement exposée dans un arrêt de Section du 30 juin 1978, Hôpital psychiatrique départemental de Rennes c. Dame Clotault (2). Selon la juridiction administrative suprême, ce mode d'hospitalisation "ne constitue pas une méthode thérapeutique créant un risque spécial pour les tiers et susceptible d'engager sans faute la responsabilité de l'administration".

D'un strict point de vue juridique, la solution apparaît fondée. Si un malade a été admis en service libre, et non pas interné d'office, c'est effectivement en raison du fait qu'il semblait ne présenter aucun danger pour les tiers. A l'opposé, le malade bénéficiant de méthodes libérales de traitement demeure juridiquement interné. La mesure qui lui est appliquée demeure temporaire et son octroi n'est pas subordonné à sa complète guérison. Il aurait dès lors été tout à fait illogique, sur un plan strictement juridique, d'engager la responsabilité sans faute de l'administration en raison des risques spéciaux présentés par le traitement en service

(1) P. Artur de la Villarmois, La responsabilité sans faute ..., op.cit. p.111.

(2) C.E. Sect. 30 juin 1978, Hôpital psychiatrique départemental de Rennes c. Dame Clotault, Rec. p.289 ; D.S. 1979 I.R. p.112, obs. Moderne ; R.T.D.S.S. 1979, p.380, note Moderne ; A.J.D.A. 1978, p.556 et 590, chron. Dutheillet de Lamothe et Robineau.

libre (1).

De nombreux auteurs n'ont cependant pas manqué de critiquer une solution qui pouvait apparaître contestable dans la pratique. M. Artur de la Villarmois a ainsi dénoncé "l'artifice du raisonnement juridique ..." visant à établir "...une distinction entre le malade mental qui est normalement en liberté et celui qui devrait normalement en être privé" (2). Selon cet auteur, "les certitudes qui semblent animer le juge sont étrangères à la psychiatrie contemporaine qui se caractérise par ses doutes, se construit par ses recherches, se recherche par ses expériences" (3). En somme, les aléas présentés par le diagnostic psychiatrique devraient justifier l'adoption d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque.

Il n'est toutefois par certain que cet argument soit suffisant à justifier une telle solution. Il est difficile d'affirmer, tout d'abord, que c'est précisément le traitement en service libre qui fait courir des risques aux tiers, alors que l'inspiration générale des méthodes utilisées dans les hôpitaux psychiatriques, vise à la guérison et à la réadaptation sociale du malade. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, qu'il y a de nos jours plus de malades en service libre que de malades internés. En poussant la logique à son terme, il faudrait alors estimer que les dommages occasionnés par un malade évadé d'un établissement sont imputables à l'amélioration du sort de cette catégorie d'aliénés, et de l'atténuation du régime quasi-carcéral qui leur était autrefois réservé (4).

On peut souligner, en second lieu, le danger que présenterait l'adoption de la responsabilité conditionnée par le risque pour la pérennité du service libre. En effet, on ne vise plus ici de simples méthodes thérapeutiques, et un certain nombre de malades internés en voie de réadaptation sociale, mais un pan entier de l'hospitalisation psychiatrique, et de nombreux malades pour lesquels ni l'internement, ni l'enfermement, ne sont en principe nécessaires. L'engagement trop fréquent de la responsabilité administrative semblerait ne devoir contribuer qu'à remettre en cause l'existence même du service libre. Pour ces différentes raisons, il apparaît souhaitable de circonscrire les cas de responsabilité sans faute conditionnée par le risque à des hypothèses exceptionnelles, telles qu'elles ont également été développées pour les méthodes thérapeutiques nouvelles employées dans le domaine des activités chirurgicales.

(1) Voir dans ce sens, F. Moderne, note sur l'arrêt Hôpital psychiatrique de Rennes c. Dame Clotault (arrêt précité supra p.367 note 2).

(2) P. Artur de la Villarmois, La responsabilité sans faute ... op.cit. p.111-112.

(3) Ibid. p.112.

(4) Voir sur ce point supra p.283-285 et p.361-362.

§II- Les risques spéciaux créés par l'emploi de méthodes thérapeutiques nouvelles dans le domaine chirurgical

Dans l'arrêt Gomez, la Cour administrative d'appel de Lyon accepte de réparer, en dehors de toute faute, les conséquences dommageables de la réalisation d'un risque thérapeutique (1). Cette solution, qui apparaît novatrice constitue, en réalité, parce qu'elle se réfère à des risques spéciaux, une application extrêmement classique de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque. Le fait que le Conseil d'Etat n'ait pas eu l'occasion de confirmer l'arrêt Gomez ne change rien à l'affaire. Cependant, pour avantageuse qu'elle soit pour les victimes, cette jurisprudence n'en est pas moins extrêmement restrictive.

A- Une solution à la fois novatrice et classique

Le caractère novateur de la jurisprudence Gomez se rapporte au domaine dans lequel la Cour administrative d'appel de Lyon a accepté de faire jouer la responsabilité sans faute conditionnée par le risque. Il s'agit, en effet, de la première application de ce type de responsabilité à des dommages liés à l'accomplissement d'activités médicales et chirurgicales. Pour autant, le mécanisme utilisé par la Cour, qui prend en compte des risques spéciaux créés par l'administration, ne présente guère de spécificités.

1)° Une solution novatrice dans le domaine des activités médicales et chirurgicales

L'arrêt Gomez concernait une demande en indemnité présentée contre les Hospices civils de Lyon par un malade demeuré hémiplégique après une opération du dos. En première instance, le Tribunal administratif de Lyon avait rejeté la demande du requérant en faisant une application stricte des principes établis par la jurisprudence du Conseil d'Etat dans le domaine de la responsabilité hospitalière.

Il n'était nulle part allégué, tout d'abord, que le médecin auteur de l'opération avait commis une faute technique dans l'exercice de son art. Au demeurant, quand bien même une telle faute aurait été invoquée, il aurait certainement été difficile de prouver son existence, ainsi que, à l'époque où l'affaire a été jugée, le degré de gravité exigé. En outre, la conception restrictive du mécanisme de présomption pour les dommages occasionnés par une activité médicale ou chirurgicale, ne laissait guère d'espoirs à la victime. En effet, comme on a pu l'observer, ce mécanisme ne s'applique que pour la réparation des

(1) Arrêt précité supra p.351 note 3.

conséquences anormales d'interventions courantes et de caractère bénin (1). Si les conséquences de l'opération pouvaient apparaître très graves, puisque la victime s'était retrouvée paralysée, cette opération ne présentait certainement pas de tels caractères.

Il ne semble pas, ensuite, que l'organisation du service ait été mise en cause. En revanche, la victime soutenait que le choix d'une méthode thérapeutique nouvelle- "la méthode de Luqué"- dont les effets étaient encore mal connus lors de son utilisation, suffisait à engager la responsabilité de l'établissement hospitalier. Mais, comme on le sait, une erreur commise dans le choix d'une thérapeutique n'est jamais constitutive, par elle-même, d'une faute lourde médicale (2). Sauf erreur grossière, une faute ne pourra éventuellement être décelée que dans les circonstances dans lesquelles ce choix a été pratiqué. Ainsi, un défaut d'information du patient sur les risques présentés par l'opération peut être constitutive d'une faute simple susceptible d'engager la responsabilité de l'établissement hospitalier (3). De même, le choix d'une thérapeutique entraînant, compte tenu de l'état du malade, des risques trop importants est susceptible, en dehors des cas couverts par l'urgence, de constituer une faute lourde (4). Mais dans ces différentes hypothèses, on sanctionne moins le choix exercé, que certaines carences d'ordre technique, voire même une légèreté dont le médecin ou le chirurgien s'est rendu coupable dans la pratique de sa profession.

Il n'était pas question, dans l'affaire Gomez, de telles carences, ou d'une telle légèreté, ce qui devait logiquement conduire la Cour à écarter, implicitement, la responsabilité pour faute. Mais si l'arrêt Gomez demeure parfaitement orthodoxe sur ce point, il apparaît néanmoins tout à fait novateur dans la mesure où il accepte d'engager sans faute la responsabilité des Hospices civils de Lyon, en raison du risque créé par l'utilisation d'une méthode thérapeutique nouvelle. La Cour considère ainsi "que l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque ses conséquences ne sont pas entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier". Incontestablement, cette solution est novatrice, puisqu'elle permet d'engager la responsabilité sans faute d'un établissement hospitalier pour la réparation de dommages occasionnés dans le cadre d'une activité chirurgicale. L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon n'est cependant pas révolutionnaire, dans la mesure où il apparaît conforme à la jurisprudence relative aux méthodes dangereuses.

(1) Sur les présomptions, voir supra partie II, titre I, chapitre II, section I.

(2) Voir supra p.232.

(3) Voir sur ce point supra p.208 note 1.

(4) Voir sur ce point supra p.232.

2)° Une solution conforme à la jurisprudence sur les méthodes dangereuses

L'adoption d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque ne constituait pas la seule voie ouverte à la Cour administrative d'appel de Lyon en vue de faciliter le succès de la demande formée par le requérant. On aurait pu éventuellement considérer que les patients qui bénéficient de thérapeutiques nouvelles sont des collaborateurs occasionnels du service, dans la mesure où ils contribuent, en s'exposant aux risques présentés par ces traitements, à une meilleure connaissance de leurs effets par le corps médical (1). A cet égard, un rapprochement entre la situation de ces patients et les personnes participant à des recherches bio-médicales aurait pu se révéler riche d'enseignements. Depuis une loi du 20 décembre 1988, les victimes de ces recherches bénéficient effectivement d'un régime de présomption de faute ou de responsabilité sans faute, en fonction du caractère direct ou indirect de leur finalité thérapeutique (2).

Mais, en dépit de ces similitudes, deux arguments, plus ou moins convaincants, auraient pu être opposés à cette analyse. Le premier argument consiste à considérer que la situation de la victime ne serait pas conforme à la condition d'urgente nécessité de la collaboration occasionnelle (3). Le fait, cependant, qu'il s'agisse d'une condition posée par la jurisprudence ne constitue pas un obstacle insurmontable. En effet, la Cour, si elle avait réellement entendu s'inspirer de la loi du 20 décembre 1988, aurait certainement écarté cette condition qui n'est nulle part visée par ce texte. Le second argument apparaît, en revanche, beaucoup plus déterminant. En effet, comme on pourra l'observer dans la jurisprudence consacrée aux vaccinations obligatoires, les juges de l'administration refusent généralement de voir dans des usagers du service public des collaborateurs occasionnels de ce même service public (4).

Un tel inconvénient ne se présentait pas dans le cadre de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque. En effet, si on a longtemps pu hésiter sur l'application éventuelle de ce type de responsabilité aux usagers du service public, les doutes entretenus sur ce point ont été dissipés par l'arrêt Dalleau du 6 juillet 1973 (5). A cette occasion, le Conseil d'Etat acceptait, sans contestation possible, d'engager la responsabilité de l'administration pour des dommages subis par un usager, en raison des risques présentés par un "ouvrage public exceptionnellement dangereux".

(1) Voir sur ce point, J. Moreau, note au J.C.P. 1991 sur l'arrêt Gomez, précité supra p.351 note 3 ; A. de Lajartre, "La responsabilité hospitalière relative aux "premières" médicales (jurisprudence Gomez et loi Huriet)", A.J.D.A. 1997, p.562-569.

(2) Art. L.209-7 C.S.P.

(3) J. Moreau, note précitée au J.C.P. 1991

(4) Voir sur ce point infra p 405-406.

(5) Arrêt précité supra p.86 note 1.

La qualité de la victime ne posant plus de problème majeur, cette solution pouvait parfaitement être transposée aux hypothèses dans lesquelles l'utilisation d'une méthode thérapeutique nouvelle dont les "conséquences ne sont pas entièrement connues" est à l'origine d'un dommage. La solution doit être rapprochée de la jurisprudence consacrée à la réparation des dommages occasionnés par l'emploi de méthodes libérales de traitement des maladies mentales. On se souvient que, dans ce cadre, le principal obstacle à la réparation des dommages subis par l'usager lui-même, résidait dans le fait qu'il était à l'origine de la survenance du dommage (1). Or, quand bien même il a consenti à l'emploi d'une méthode thérapeutique nouvelle, le patient, dans la jurisprudence Gomez, joue un rôle totalement passif sur le plan de la réalisation du risque.

Il est toutefois assez étonnant de constater que l'arrêt Gomez ne semble pas avoir nuancé ce lien entre la victime et les dommages subis. En effet, la Cour administrative d'appel de Lyon, ne semble pas vouloir mettre en rapport la réalisation du dommage et l'état de santé initial du patient, comme moyen d'exonération de la responsabilité de l'établissement hospitalier. Mais peut-être peut-on estimer, dans un tel cas, que les dommages subis ne présenteraient pas le caractère de "complications exceptionnelles et anormalement graves" nécessaire, selon l'arrêt Gomez, à leur réparation

Quoiqu'il en soit, il n'est guère contestable que la situation du patient, par rapport au risque créé par l'administration, ne diffère guère de celle du tiers victime d'un malade mental bénéficiant de méthodes libérales de traitement. Dans ces deux hypothèses, c'est l'emploi d'une méthode de traitement particulière, qui a pour effet de soumettre la victime à des risques plus importants que ceux présentés par un type d'activité donné qui justifie la mise en oeuvre d'un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque. Le fait que cette jurisprudence vise une méthode thérapeutique particulière aboutit à circonscrire de façon très précise son domaine d'application.

B- Une solution très restrictive

La Cour administrative d'appel de Lyon a adopté une définition extrêmement étroite, mais néanmoins imprécise, du risque spécial résultant de l'emploi d'une méthode thérapeutique nouvelle dont la réalisation est susceptible de permettre l'engagement de la responsabilité sans faute de l'établissement en cause. Cette restriction peut également être observée au niveau de la définition des dommages susceptibles d'être réparés. Ces dommages doivent, en effet, présenter le caractère de "complications exceptionnelles et anormalement graves".

(1) Voir sur ce point supra p.367.

1)° Une définition étroite mais imprécise du risque spécial lié à l'utilisation d'une méthode thérapeutique nouvelle

Le risque spécial dont la réalisation permet d'engager la responsabilité sans faute des établissements hospitaliers doit résulter, selon l'expression employée par la Cour administrative d'appel de Lyon de "l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle (dont) les conséquences ne sont entièrement connues ...". Cette définition du risque spécial est formulée de façon plus restrictive que celle du risque thérapeutique. Ainsi, selon M. Daël, constitue un risque thérapeutique "le risque dont la survenance est exceptionnelle au regard du risque habituel du traitement ..." (1).

Cette restriction s'explique par le fait que le risque thérapeutique, tel qu'on vient de le définir, est normalement inhérent aux activités chirurgicales des établissements hospitaliers. Or, jusqu'à l'arrêt d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993 (2), les juges de l'administration ont toujours refusé de réparer les conséquences dommageables liées à la réalisation de ce type de risques.

Un tel inconvénient ne se présentait pas dans l'affaire Gomez, dans la mesure où le risque visé était un "risque spécial" produit par l'utilisation d'une méthode particulière de traitement. Les victimes des dommages occasionnés par l'emploi de méthodes thérapeutiques nouvelles pouvaient donc se voir appliquer, puisqu'elles étaient soumises à des risques plus importants que ceux normalement inhérents aux activités médicales et chirurgicales des hôpitaux, un régime de responsabilité sans faute conditionné par le risque.

Mais si l'appréciation de la nature du régime mis en oeuvre par la Cour administrative d'appel de Lyon ne pose guère de problèmes, la détermination de son champ d'application suscite davantage de questions. Il apparaît assez malaisé, notamment, de définir ce qu'est une thérapeutique nouvelle. Selon MM. Jouguelet et Loloum, cette définition pourrait être opérée de deux façons (3). On pourrait privilégier, tout d'abord, une approche statistique du problème : une thérapeutique ne serait plus considérée comme "nouvelle" à partir du moment où le traitement aurait été appliqué un certain nombre de fois. On voit bien, cependant, à quel point une telle méthode serait contestable, et il n'est pas besoin d'être médecin pour déceler le caractère arbitraire de la définition d'un standard juridique qui serait, le cas échéant, appliqué sans distinction à l'ensemble des thérapeutiques nouvelles.

On pourrait alors se fonder, plutôt que sur une approche statistique, sur la connaissance

(1) Conclusions sur l'arrêt d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993, précité supra p.22 note 4 (voir plus spécialement Rec. p.131).

(2) Ibid.

(3) Chron. sur l'arrêt Gomez, précité supra p.351 note 3. Voir également, J.P. Basté, "L'aléa médical, évolution du concept de droit public", op.cit. p.21.

par le corps médical des risques encourus par les bénéficiaires du traitement. Cette méthode apparaît nettement plus satisfaisante que la précédente, dans la mesure où elle permet d'individualiser le traitement incriminé, en fonction des informations disponibles sur les risques que celle-ci présente. Au demeurant, elle apparaît plus conforme à la jurisprudence Gomez, dans la mesure où elle se rapporte, de façon assez claire, à une thérapeutique nouvelle dont "(les) conséquences ne sont pas entièrement connues". Si le problème de définition n'est pas entièrement résolu, il n'est guère différent de celui qui se pose pour l'appréciation des fautes commises par les praticiens hospitaliers. S'agissant également de problèmes relatifs à l'exercice de l'art médical, l'intervention des experts devrait certainement être déterminante, et plus souhaitable, en tout cas, que l'application par le juge d'un critère d'appréciation intangible (1).

Le second problème posé par la détermination du champ d'application de la jurisprudence Gomez concerne une restriction à la responsabilité sans faute conditionnée par le risque introduite par la Cour administrative d'appel de Lyon. Selon cette juridiction, en effet, les victimes ne peuvent bénéficier d'un tel régime que dans la mesure où "le recours à une (méthode) thérapeutique (nouvelle) ne s'impose pas pour des raisons vitales". Si elle peut apparaître contestable, cette restriction est conforme à l'ensemble de la jurisprudence administrative dans le domaine de la responsabilité des établissements hospitaliers, et plus spécialement aux hypothèses d'urgence. Dans ce cadre, en effet, un défaut de consentement, une opération ne présentant pas toutes les garanties de sécurité pour le patient, ne constituent pas nécessairement des fautes assez graves pour permettre d'engager la responsabilité de l'établissement en cause (2).

Mais si l'arrêt Gomez constitue une illustration classique de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque, elle présente néanmoins une certaine similitude avec la responsabilité objective. En effet, la référence à un risque qualifié est complétée par la mise en oeuvre d'une seconde condition de l'engagement de la responsabilité de l'établissement hospitalier relative à la nature des dommages subis. Selon l'arrêt Gomez, en effet, les dommages subis doivent présenter, pour être réparés, le caractère de "complications exceptionnelles et anormalement graves".

2)° La référence à des dommages présentant le caractère de "complications exceptionnelles et anormalement graves"

Les hypothèses de responsabilité sans faute conditionnée par le risque développées dans

(1) Contra : M.M. Jouguelet et Loloum, chron. sur l'arrêt Gomez, précité supra p.351 note 3. Selon ces membres du Conseil d'Etat, les deux modes possibles de définition de la thérapeutique nouvelle conduisent nécessairement les juges à s'immiscer dans des questions d'ordre médical. En réalité, une telle assertion paraît assez exagérée, en ce qu'elle réserve à l'arrêt Gomez des critiques qui pourraient s'appliquer à l'ensemble des questions de responsabilité médicale.

(2) Voir sur ce point supra p.223.

le sillage de la jurisprudence Regnault-Desroziers n'impliquent pas, en principe, la référence à des dommages présentant un caractère particulier de gravité (1). L'existence d'un risque spécial lié à l'emploi d'une méthode particulière suffit, normalement, à engager la responsabilité de l'administration.

En dehors de la jurisprudence Gomez, il n'existe, à notre connaissance, qu'une seule exception à ce principe. Il s'agit des hypothèses dans lesquelles des dommages ont été occasionnés par des engins dangereux, dans le cadre d'activités de police. Ainsi, dans l'arrêt d'Assemblée Lecomte du 24 juin 1949, le Conseil d'Etat a estimé que "... la responsabilité de la puissance publique se trouve engagée même en l'absence (de) faute dans le cas où le personnel de la police fait usage d'armes ou d'engins présentant des risques exceptionnels pour les personnes et les biens et où les dommages subis dans de telles circonstances excèdent, par leur gravité, les charges qui doivent normalement être supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence de ce service public" (2). Une telle restriction à la responsabilité sans faute conditionnée par le risque apparaît extrêmement contestable. En effet, comme l'expliquent les auteurs des grands arrêts de la jurisprudence administrative "... on peut se demander si la condition de l'anormalité du dommage, caractérisée par sa gravité, a lieu d'être maintenue à propos d'armes à feu. Dès lors que celles-ci présentent un risque exceptionnel, la réalisation de ce risque justifie la réparation du préjudice qui en résulte, sans condition supplémentaire, comme c'est le cas pour d'autres choses, activités ou situations dangereuses. Pourrait-on admettre que l'usage d'armes à feu n'ouvre droit à aucune réparation à la victime d'une blessure légère ? La légèreté de la blessure justifierait le faible montant de la réparation, non l'absence de réparation" (3).

Si l'on ne peut qu'adhérer à ces critiques, on pourrait être tenté de voir, dans la restriction de même nature opérée par la Cour administrative d'appel de Lyon dans l'arrêt Gomez, la prise en compte de la qualité de la victime. Si l'on admet, en effet, que l'utilisateur tire profit de l'activité de l'administration, on pourrait envisager de restreindre la responsabilité sans faute conditionnée par le risque à la réparation de dommages qui "excèdent par leur gravité les charges qui doivent normalement être supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence (du) service public". Cela pourrait également expliquer pourquoi cette jurisprudence ne se réfère pas seulement à un dommage anormal et spécial, mais à des "complications exceptionnelles et anormalement graves".

Pour séduisante qu'elle soit, cette hypothèse est toutefois démentie par l'absence de

(1) Arrêt précité supra p.353 note 1.

(2) Arrêt précité supra p.356 note 1. Voir également, utilisant une formule similaire, C.E. premier juin 1951, Jung, Rec. p.312 ; C.E. 27 avril 1953, Nicol, J.C.P. 1953.I.n°1113, chron. Gazier.

(3) op.cit. p.418.

cette condition relative à la nature des dommages subis dans l'autre hypothèse de responsabilité sans faute conditionnée par le risque appliquée aux usagers. En effet, dans l'arrêt d'Assemblée Ministre de l'équipement et du logement c. Dalleau du 6 juillet 1973 (1), le Conseil d'Etat ne se réfère nullement à la nature des dommages subis par la victime, mais seulement à l'intensité du risque créé par l'administration.

L'explication de ce "doublonnage" des conditions de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque opéré par la Cour administrative d'appel de Lyon semble être plus prosaïque. Elle résulte, très probablement, de la nouveauté de la solution proposée par la Cour qui permet, pour la première fois, de réparer la réalisation d'un risque thérapeutique subi par un usager. Craignant la censure du Conseil d'Etat, qui n'admettait pas encore la réparation de risques de ce type, la Cour paraît avoir voulu circonscrire le plus possible la solution retenue, et cela quitte à utiliser une condition d'engagement de la responsabilité de l'administration qui n'existe, en principe, que dans le cadre de la responsabilité sans faute objective. Dans ce cadre, également, l'objectivation de la responsabilité est limitée. Mais elle ne s'opère plus, bien évidemment, par un rejet de la responsabilité objective, mais par une délimitation de son domaine opérée à partir de la définition précise de certains risques thérapeutiques.

(1) Arrêt précité supra p. 86 note 1.

CHAPITRE DEUX

LA RESPONSABILITE SANS FAUTE OBJECTIVE RESTREINTE A LA REALISATION DE CERTAINS RISQUES THERAPEUTIQUES INHERENTS A L'ACTIVITE DES ETABLISSEMENTS HOSPITALIERS

Dans le cadre de la responsabilité sans faute objective, la notion de risque revêt une autre signification que lorsqu'elle est employée dans les mécanismes de responsabilité sans faute conditionnée par le risque. Il ne s'agit plus, ici, de prendre en compte un risque spécial créé par l'administration résultant de l'emploi de certaines méthodes thérapeutiques, sachant qu'un tel risque n'existe pas lorsque ces méthodes ne sont pas choisies. Le risque auquel il est fait allusion, lorsqu'il s'agit de responsabilité sans faute objective, est indissociable de l'activité pratiquée, dans le sens où toute activité humaine présente un risque. Ceci est valable, dans le domaine de la responsabilité hospitalière, même pour ce qui concerne les techniques médicales les mieux maîtrisées. En général, cependant, ce risque ne sera que très rarement réalisé. Ainsi, par exemple, le risque thérapeutique lié à l'accomplissement d'une artériographie vertébrale est égal à 0,003%. Ce chiffre est comparable pour ce qui concerne le risque de contamination par le virus HIV lié à l'activité transfusionnelle, depuis la mise en

place de mesures de protection efficaces en 1985 (1). Enfin, le risque thérapeutique lié à la réalisation d'une anesthésie est compris entre 0,0127% et 0,007%.

La faible fréquence de réalisation de ces risques ne justifie cependant pas la généralisation de la responsabilité objective. En fait, la responsabilité sans faute objective n'est appliquée que pour la réparation des dommages liés à la réalisation de certains risques thérapeutiques précisément qualifiés. La référence à de tels risques permet ainsi de délimiter le domaine de la responsabilité objective, et d'atténuer ainsi l'objectivation des règles de responsabilité hospitalière (**Section I**).

Mais si les juges de l'administration ont longtemps été réticents à utiliser de tels mécanismes dans le domaine de la responsabilité hospitalière, leur mise en oeuvre a rapidement généré un certain nombre de problèmes. Il est vite apparu qu'il était assez difficile, en pratique, de faire bénéficier certaines victimes de régimes de responsabilité sans faute objective, tout en excluant de leur application d'autres victimes qui avaient subi, dans certains cas, des dommages tout aussi graves que les premières. Sensibles à des considérations d'équité, les juges n'ont pas tardé à exploiter de façon tout à fait immodérée la notion de risque, ce qui a conduit à une extension difficilement contrôlée de la responsabilité objective et, au-delà, de l'objectivation des règles de responsabilité (**Section II**).

(1) Sur ces mesures, voir *infra* p. 416.

Section I : Le risque envisagé comme un moyen de délimitation du domaine de la responsabilité sans faute objective

La délimitation du domaine de la responsabilité sans faute objective est justifiée par un certain nombre d'arguments. Tous ces arguments n'ont d'ailleurs pas été exclusivement utilisés à l'encontre de ce type de responsabilité : certains ont été avancés en défaveur de l'assouplissement des règles de responsabilité pour faute, d'autres en défaveur de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque. Il est clair, cependant, que les auteurs qui les ont utilisés entendaient combattre, avant tout, le développement de la responsabilité sans faute objective, c'est à dire la réparation systématique des dommages subis par les victimes.

Ces arguments qui, on le verra, sont assez diversifiés, visent tous à démontrer, à divers égards, la supériorité de la responsabilité pour faute sur la responsabilité sans faute objective. Pourtant, les différents auteurs à s'être prononcés dans ce sens, ne se sont que très rarement montrés favorables à une complète exclusion de la responsabilité sans faute. Il s'agissait plutôt de combattre une extension de ce type de responsabilité qui apparaissait défavorable à la fois aux intérêts de l'administration et à celui de ses usagers. Cependant, les justifications à la délimitation du domaine de la responsabilité objective, qu'elles soient d'ordre pratique, ou bien d'ordre juridique, ne revêtent, envisagées isolément, qu'une valeur explicative partielle.

§I- Une délimitation de la responsabilité sans faute objective en partie justifiée par des raisons d'ordre pratique

Les raisons d'ordre pratique militant en faveur de la restriction du domaine de la responsabilité objective des hôpitaux publics se résument essentiellement à deux facteurs. Il s'agit, en premier lieu, d'un facteur financier constitué par une volonté rarement dévoilée d'économie des deniers publics. Il s'agit, en second lieu, d'un facteur technique qui réside dans la nécessité d'assurer le maintien d'une certaine qualité de l'action administrative.

A- La raison financière : l'économie des deniers publics

Pour importante qu'elle soit, cette explication des restrictions apportées à la responsabilité objective des hôpitaux publics ne présente guère de spécificités : l'argument financier dépasse, par sa portée, le débat concernant la remise en cause de la responsabilité pour faute. En fait, cet argument est susceptible d'être soulevé à chaque fois qu'il est question de faire évoluer ces règles dans un sens plus favorable aux victimes, qu'il s'agisse d'établir un régime de responsabilité sans faute, ou bien seulement d'assouplir les règles déjà en vigueur en abaissant, par exemple, le degré de la faute requise pour engager la responsabilité de l'administration. On ne saurait toutefois envisager cet argument comme une limite au développement de la responsabilité objective. Si cet aspect négatif a longtemps constitué un frein à ce développement, il n'est plus guère utilisé, de nos jours, qu'en vue de justifier le cantonnement de la responsabilité sans faute objective à certains domaines.

1)° Un argument utilisé en défaveur de la généralisation de la responsabilité objective

Les problèmes financiers susceptibles d'être entraînés par la responsabilité sans faute objective ont notamment été soulevés par Maurice Hauriou, dans sa note sur l'arrêt Regnault-Desroziers du 28 mars 1919 (1). Comme l'exposait le doyen de Toulouse, "toute extension des principes sur lesquels repose la responsabilité de l'Etat doit être surveillée avec soin. L'application des principes anciens, appliqués de tous, entraîne déjà des conséquences budgétaires telles qu'il convient d'y regarder à deux fois, avant d'admettre un principe nouveau dont la puissance d'expansion est encore inconnue". L'argument tiré de la nécessaire économie des deniers publics n'occupe cependant pas une place centrale dans la démonstration menée par Hauriou, qui entend d'abord apporter la preuve que la théorie de la faute est techniquement supérieure à celle du risque (2). Les deux arguments apparaissent néanmoins très liés pour le grand auteur, notamment lorsqu'il formule le souhait "qu'on ne confondît pas le sentiment avec le droit, l'équité avec la justice, qu'on n'oublîât pas qu'il existe des catégories juridiques au-delà desquelles restent toujours possibles, soit les dispositions légales, soit les indemnités gracieuses" (3).

Cette opposition entre le droit et l'équité n'a plus guère cours de nos jours. L'argument financier sera assez rarement utilisé en vue de justifier une limitation de l'engagement de la responsabilité de l'administration, ce qui est conforme à l'évolution même de ce type de responsabilité. Différents auteurs ont ainsi relevé, des années avant que le Conseil d'Etat

(1) S. 1918-1919.III. p.25 (arrêt précité supra p.353 note 1).

(2) Voir sur ce point infra p. 391-392.

(3) Voir dans le même sens, la note de Maurice Hauriou sur l'arrêt Tomaso Grecco du 10 février 1905, S. 1905 .III. p.113 (arrêt précité supra p.77 note 2).

n'abandonne la faute qualifiée, que les problèmes financiers posés par la multiplication des condamnations n'empêchaient pas la juridiction administrative suprême d'assouplir sensiblement les règles de fond issues de la jurisprudence Vves. Loiseau et Philipponeau (1). Au demeurant, l'argument financier n'apparaît plus, en tant que facteur de limitation de la responsabilité objective des établissements hospitaliers, ni dans les conclusions des commissaires du gouvernement ni, a fortiori, dans le corps des arrêts. On peut au contraire observer, dans des hypothèses assez précisément circonscrites, que les commissaires du gouvernement favorables à un assouplissement des règles de la responsabilité hospitalière ont tendu à divertir l'argument financier de sa fonction limitatrice.

2)° Un argument susceptible d'être utilisé en faveur du cantonnement de la responsabilité sans faute objective à certains domaines

Le procédé consistant en l'utilisation de l'argument financier en vue de justifier la mise en place de régimes de responsabilité de type objectif est notamment très reconnaissable dans les conclusions du commissaire du gouvernement Jouvin sur l'arrêt d'Assemblée Dejours du 7 mars 1958 (2). Favorable à la mise en place d'un régime de responsabilité sans faute applicable aux victimes de vaccinations obligatoires, Jouvin note que "le nombre d'accidents enregistrés à l'occasion de la vaccination antidiphthérique et antitétanique a été d'environ 60 de 1922 à 1930 ; or ces accidents doivent normalement diminuer encore car leur cause la plus probable a été décelée, puis supprimée en 1952 par la mise en application de prescriptions plus sévères concernant la stérilisation des seringues de vaccination. Le contentieux des indemnisations ne saurait donc faire peser sur l'Etat une charge exagérée eu égard au nombre d'accidents et à l'importance des dépenses publiques" (3). Ce type d'argument, lorsqu'il est évoqué par les commissaires du gouvernement, n'a pas été pris en compte par le Conseil d'Etat, qui a longtemps refusé de faire bénéficier les usagers des hôpitaux publics de régimes de responsabilité sans faute de type objectif, en dépit de leur faible incidence sur les finances publiques.

De façon paradoxale, il est d'ailleurs assez intéressant de constater qu'à l'occasion de l'apparition d'un régime de cette nature, dans l'arrêt d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993, le commissaire du gouvernement Daël n'a pas insisté sur l'impact financier relativement faible de la réparation de risques "dont la réalisation est exceptionnelle" (4). Bien au

(1) Voir sur ce point supra partie II, titre I, chapitre I, section II.

(2) Arrêt précité supra p.295 note 4.

(3) Conclusions précitées R.D.P. 1958. Voir également, dans le même sens, les conclusions du commissaire du gouvernement Tricot à propos d'une espèce relative à la contamination d'un patient par une maladie contractée durant son hospitalisation (C.E. 15 juillet 1957, Département de la Sarthe c. Dlle. Artus, A.J.D.A. 1957.II. p.320).

(4) Arrêt précité supra p.22 note 4.

contraire, ce sont les dangers que la solution retenue ferait peser sur les finances des établissements hospitaliers qui ont été relevés par certains annotateurs de l'arrêt (1).

En fait, cet aspect financier est beaucoup plus souvent évoqué par les auteurs favorables à une législation réparant l'aléa thérapeutique, ou prévoyant sa couverture par les mécanismes de l'assurance. En effet, l'une des questions les plus ardues à résoudre dans ce domaine consiste à déterminer "qui paiera lorsque l'aléa se réalise dans un sens défavorable au malade ..." (2).

Ainsi, en définitive, s'il apparaît difficile de déterminer la place exacte occupée par les données financières dans l'évolution de la jurisprudence, leur importance n'en demeure pas moins certaine, et semble devoir jouer en défaveur de la généralisation de la responsabilité sans faute objective. De ce point de vue, ces données doivent être rapprochées de la seconde raison apparente du maintien de la responsabilité pour faute, qui serait constituée par l'encouragement d'un service public de qualité.

B- La raison technique : l'encouragement d'un service public de qualité

La principale critique formulée à l'encontre des systèmes de responsabilité de type objectif à longtemps résidé dans "l'immoralité" qui les caractériserait. Les auteurs qui ont employé cette expression estimaient que la remise en cause de la responsabilité pour faute, liée à une réparation apparemment systématique des dommages occasionnés par le fonctionnement des services publics, ne pouvait qu'aboutir à démobiliser les agents employés par l'administration, et nuire ainsi à la qualité de ces services. Toutefois, à y regarder de plus près, il semble plutôt, si l'on prend en compte l'ensemble des règles actuellement appliquées à la responsabilité des collectivités publiques, que l'existence de régimes de responsabilité sans faute constitue, au contraire, un encouragement au maintien de la qualité des services publics.

1)° La supposée "immoralité" de la responsabilité sans faute

A l'époque des grandes controverses doctrinales sur le fondement de la responsabilité administrative, Maurice Hauriou a beaucoup insisté sur l'incidence que pourrait avoir la

(1) Voir les notes de M. Paillet à la R.D.P. 1993 (voir plus spécialement p.352) et de M. Tourvet et Mme. Maugué à l'A.J.D.A. 1993 (voir plus spécialement p.1110).

(2) D. Truchet, Avant-propos à L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, Collection droit sanitaire et social, Sirey 1995, p.2. Voir également, M. Germond, "l'indemnisation de l'aléa thérapeutique par les compagnies d'assurance", Ibid. p.55-71, et plus spécialement p.57-67.

généralisation de la responsabilité sans faute sur le fonctionnement de l'administration. Selon le grand auteur, "la théorie des risques à un côté immoral ... Il n'est pas douteux que la législation sur les accidents industriels ne tende à la multiplication des accidents : à l'insouciance des ouvriers, assurés d'une pension d'invalidité correspondra celle des patrons couverts par la prime d'assurance. Si maintenant nous envisageons spécialement la responsabilité administrative, nous constatons que l'administration, devant être son propre assureur, c'est à dire en somme ne devant être couverte par aucune assurance, a tout intérêt à conserver la théorie de la faute. D'une part, elle sera appréciée *in concreto* d'après les habitudes de diligence du service ; d'autre part, elle pourra stimuler la diligence de ses agents de façon à ce qu'ils ne la mettent pas en faute, c'est à dire qu'elle pourra relever le niveau du service public, tandis que la théorie du risque ne pourra que l'abaisser " (1).

Le caractère "immoral" de la responsabilité sans faute continue d'être évoqué par un certain nombre d'auteurs. Ainsi, pour M. Delvolvé, le recours à la notion de faute "empêche (l'administration) de se livrer à des actes ou d'adopter des comportements répréhensibles" (2). Pour M. Auby, "(on peut) voir dans l'existence d'une faute du service public une simple condition réductrice aboutissant à limiter pour des raisons pratiques les charges d'une responsabilité générale et absolue (et) ayant en outre l'avantage de "moraliser" l'administration en prenant du point de vue moral l'allure d'une sanction " (3).

Ce qui est ici souligné, c'est ce qu'un autre auteur a appelé les risques de la "maladministration" (4). La responsabilité sans faute encouragerait un relâchement des personnels hospitaliers qui s'avèrerait, au bout du compte, extrêmement préjudiciable pour la qualité du service assuré, et par voie de conséquence, pour les usagers de ce service. En revanche, même si la responsabilité pour faute amenuise les chances de ces victimes de voir les dommages subis réparés, elle aurait pour avantage de limiter les accidents en contraignant ces personnels à être plus vigilants dans l'exercice de leur activité.

Ces observations d'ordre général peuvent également s'appliquer au domaine de la responsabilité hospitalière. Ainsi, pour le doyen Savatier, "voulant être généreuse ... une telle conception (du risque) déshumaniserait (les médecins) ... parce qu'elle les couperait (de leur) responsabilité personnelle.(Ils) y perdraient leur condition d'hommes libres, donc répondant de leurs fautes, et l'acte médical y serait traité en mécanisme, le meilleur médecin

(1) Note sur l'arrêt Tomaso Grecco, précité supra p.77 note 2.

(2) Le principe d'égalité devant les charges publiques ... , op.cit. p.342.

(3) Préface de la thèse de M. Paillet, La faute du service public ... , op.cit. p.15. Voir également F. Llorens-Fraysse, "Le poids de la faute dans la responsabilité administrative", Droits 1987, p.65-75.

(4) J-F Davignon, La responsabilité objective de la puissance publique, op.cit. p.120.

contribuant à la réparation du mal causé par les plus mauvais (1).

Le docteur Melennec s'est élevé contre une telle conception de l'activité médicale en relevant, de façon tout à fait justifiée, selon nous, que "ce sont d'autres considérations qui guident (la) conduite (du médecin)" (2). En effet, selon cet auteur, "la sanction (qu'il) redoute le plus n'appartient pas à l'ordre juridique, mais à l'ordre moral : la censure interne est bien plus redoutable que la crainte d'un procès" (3). La critique apparaît pertinente en ce qu'elle dénonce le caractère prétendument bénéfique de la conscience de la sanction sur la qualité de l'acte médical. En fait, cet élément est bien pris en compte. Mais on peut estimer que contrairement à l'effet escompté, la peur du procès pourra rendre le médecin "timoré, et le conduire à des initiatives fâcheuses, préjudiciables à l'exercice d'une médecine saine" (4).

Ainsi, le maintien de la responsabilité pour faute ne constitue certainement pas, au moins dans le domaine de la responsabilité hospitalière, un gage de qualité des services publics. Or, comme on va pouvoir l'observer, la responsabilité sans faute objective n'est guère moins incompatible avec de telles préoccupations.

2)° Une responsabilité sans faute objective pouvant être compatible avec un service public de qualité

Pour que la responsabilité pour faute soit efficace et constitue, pour les agents publics, un encouragement à une certaine qualité, encore faudrait-il que ces derniers puissent être directement frappés. De ce point de vue, M. Paillet a démontré que la fonction "sanctionnatrice" de la responsabilité administrative, c'est à dire sa fonction de peine privée, est nettement moins marquée qu'elle ne peut l'être en droit civil (5). Or, à supposer que cette fonction existe (6), elle ne s'appliquerait pas directement aux agents publics, mais à l'administration elle-même (7).

(1) Traité de droit médical, op.cit. p.220.

(2) "La responsabilité médicale doit être fondée sur le risque", art. précité p.181.

(3) Ibid. p.181.

(4) Ibid. p.181.

(5) La faute du service public ..., op.cit. p.381-383. Voir également sur ce point, L. Richer, La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, op.cit. p.170-171.

(6) Voir notamment, déniait toute fonction sanctionnatrice à la faute administrative, C. Eisenmann, "Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle ...", art. précité.

(7) M. Paillet cite l'exemple dans lequel l'administration est condamnée à verser une somme symbolique à la victime (La faute du service public ..., op.cit. p.483). Or, si l'on peut admettre que cette fonction est susceptible de viser le comportement d'un agent public déterminé, elle ne l'atteint qu'indirectement, et ce

Dans ce sens, il semble même possible, à notre avis, de prendre le contrepied de la position couramment admise et d'estimer que c'est moins la responsabilité pour faute que la responsabilité sans faute qui encourage au maintien d'un service public de qualité. Car, en effet, l'efficacité de la responsabilité pour faute suppose, de ce point de vue, que les médecins hospitaliers puissent craindre d'être condamnés en cas de faute personnelle. Or, comme on a pu l'observer, la conception très extensive de la faute du service public dans le domaine hospitalier permet pratiquement d'écarter cette crainte. De cette façon, ce système peut apparaître, du point de vue des agents hospitaliers, comme une garantie des fautes commises dans l'exercice de leur activité (1).

Certes, il est bien entendu que l'administration aura alors intérêt à exercer un contrôle étroit sur cette activité. Mais cet intérêt sera tout aussi réel dans le cadre de la responsabilité objective, où le moindre dysfonctionnement du service occasionnant un dommage sera susceptible d'engager la responsabilité de l'administration. Les établissements hospitaliers auront alors intérêt, plus encore que les hypothèses où leur responsabilité pour faute peut être engagée, à limiter les risques de survenance de dommages en veillant à la qualité du service public.

Il n'existe, par conséquent, aucune raison d'ordre pratique susceptible d'expliquer, à elle seule, les restrictions au développement de la responsabilité objective des établissements hospitaliers. Sur un plan plus strictement juridique, il nous appartient maintenant de vérifier dans quelle mesure le maintien de la responsabilité pour faute a pu être justifiée par la nécessité d'exercer un contrôle juridictionnel efficace de l'activité des hôpitaux.

§II- Une limitation du domaine de la responsabilité sans faute objective en partie justifiée par des raisons d'ordre juridique

En exigeant que la victime d'un dommage occasionné par les activités d'un hôpital public rapporte la preuve, soit d'une faute lourde ou d'une faute simple, soit d'une "faute de nature à engager la responsabilité du service public", le Conseil d'Etat a établi une condition technique d'engagement de la responsabilité de l'administration. La recherche de l'existence de ces deux catégories de faute permet aux juges de l'administration de mieux préciser la nature des obligations que doit remplir l'hôpital, et de déterminer s'il y a eu, ou non, violation de ces obligations. Cette fonction de contrôle des services publics assurée par la

d'autant plus que, compte tenu du montant de la condamnation, l'administration n'aura aucun intérêt à exercer une action récursoire contre cet agent.

(1) Voir sur ce point supra p.249-260.

notion de faute apparaît nécessaire à l'exercice d'un contrôle juridictionnel efficace de l'administration. Cette fonction n'est cependant pas inhérente à la notion de faute, et on pourra observer qu'elle est également assurée, avec une efficacité certainement plus grande, par la notion de risque.

A- La nécessité d'opérer un contrôle juridictionnel du fonctionnement des services hospitaliers

Le contrôle juridictionnel de l'activité des services hospitaliers, par son efficacité, permet non seulement d'assurer le maintien de la qualité du service public, mais également d'améliorer son fonctionnement dans certains domaines. Toutefois, lorsque des activités médicales sont directement en cause, l'exercice de ce contrôle est largement subordonné à l'intervention des experts.

1)° Un contrôle juridictionnel souvent efficace

La fonction de contrôle du fonctionnement des services publics remplie par les juges de l'administration a parfaitement été mise en lumière par Mme. Loschak. Selon cet auteur, l'existence de cette fonction "tient en partie à la structure même du droit administratif, mais également aux caractères propres de la juridiction administrative, dont l'activité reste marquée par l'origine hiérarchique du contrôle qu'elle exerce sur l'administration" (1). Ainsi, "le juge administratif se préoccupe plus que le juge civil des conséquences pratiques de ses décisions, et ceci l'incite à tenir un plus grand compte des circonstances de fait dans lesquelles elles interviennent" (2).

La fonction de contrôle de l'activité administrative ne concerne pas spécifiquement les problèmes de responsabilité. Pour Marcel Waline, cette fonction trouve sa principale raison d'être dans le contentieux de la légalité, par le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration (3). Comme l'explique de façon plaisante l'éminent auteur, "Il ne doit y avoir dans l'administration ni caprice, ni fantaisie ... et l'on n'administre pas comme on choisirait un bouquet de fleurs ou le menu d'un repas" (4).

(1) Le rôle politique du juge administratif français, L.G.D.J. 1970, p.121.

(2) Ibid. p.121.

(3) "Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel", R.D.P. 1930, p.197-223.

(4) Ibid. p.206.

On ne saurait nier, cependant, que cette fonction joue un rôle tout aussi important dans le cadre de la responsabilité pour faute. Ainsi, comme l'a noté M. Paillet, "la définition même de la faute du service public comme violation d'une obligation administrative implique pour le juge le pouvoir de contrôler l'exécution par l'administration de ses obligations, et donc la possibilité de canaliser son action en déterminant les limites à ne pas enfreindre (1). Pour F-P Benoît, "la faute administrative est constituée ... par un fonctionnement défectueux du service, le caractère concret ou défectueux de ce fonctionnement étant apprécié par rapport à ce que doit être le fonctionnement du service en application des lois et des règlements qui le définissent" (2). A défaut de standards juridiques précis, les juges de l'administration créeront de nouvelles normes d'appréciation qui seront généralement dérivées de la législation en vigueur. On a ainsi pu relever, notamment, que les règles établies dans le domaine du défaut de consentement sont inspirées par différents articles du Code de déontologie (3). De même, la notion de manquement "aux garanties normalement offertes aux usagers" se réfère, souvent de façon implicite, aux prescriptions légales et réglementaires touchant à l'organisation du personnel dans les établissements hospitaliers (4).

La référence faite à ces prescriptions, voire la création de normes nouvelles par les juges de l'administration, peuvent contribuer, dans la mesure où ces procédés permettent de fixer le contenu des obligations incombant aux établissements hospitaliers, à l'amélioration des services publics. La responsabilité pour faute permet ainsi non seulement la création de normes de qualité, mais également le contrôle et la sanction du respect de ces normes par les juges de l'administration.

Cet aspect de la responsabilité pour faute apparaît de façon implicite dans les observations de M. Bon publiées sur l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon Hôpital Joseph-Imbert d'Arles du 20 septembre 1993 (5). Critiquant l'arrêt rendu, M. Bon estimait que les juges, plutôt que d'engager sans faute la responsabilité de l'établissement pour les dommages subis par la victime d'une anesthésie, auraient très bien pu relever une faute simple commise dans le fonctionnement ou l'organisation du service. Selon cet auteur, l'absence de salle de réveil permettant une surveillance constante du patient constituait une faute du service public. Si l'établissement avait été condamné en raison d'un tel type de faute, on aurait pu voir, dans la sanction infligée à l'établissement hospitalier, non seulement un moyen de réparer les dommages subis par la victime, mais également une façon

(1) La faute du service public ..., op.cit. p.124.

(2) Le droit administratif français, op.cit p.709.

(3) Voir supra p.208-211.

(4) Voir supra p.274-282.

(5) Rec. p.470 ; R.F.D.A. 1994, p.99, note Bon.

d'indiquer l'une des causes possibles de ce dommage, et de prévenir ainsi des accidents futurs. Cette possibilité n'a pourtant pas été retenue par la Cour, certainement en raison du caractère non obligatoire, à l'époque où s'est produit l'accident, de l'existence de ce type de salles.

Quoiqu'il en soit, il nous semble que les observations formulées par M. Bon doivent être relativisées. En effet, l'adoption d'un régime de responsabilité sans faute, à l'occasion de l'arrêt Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, est seulement de quelques mois antérieure au décret du 5 décembre 1994 imposant aux établissements hospitaliers la mise en oeuvre de mesures nouvelles visant à rendre plus sûres les anesthésies. Plus spécialement, le nouvel article D.712-46 du Code de la santé publique dispose que "la surveillance qui suit le transfert du patient est mise en oeuvre dans une salle de surveillance post-transfusionnelle". Or, si l'on peut regarder l'évolution de la jurisprudence hospitalière, comme l'une des influences des auteurs du décret, celle-ci concernait, comme on a pu l'observer, un arrêt retenant la responsabilité sans faute d'un établissement hospitalier. Il semble ainsi que l'engagement de la responsabilité hospitalière, qu'elle ait pour origine, soit un régime de responsabilité sans faute, soit le renforcement des obligations des hôpitaux, peut contribuer à rendre efficace le contrôle juridictionnel effectué par les juges de l'administration. On peut seulement estimer qu'il serait logique que l'adoption du décret du 5 décembre 1994 qui renforce justement les obligations des hôpitaux, ait pour conséquence, dans le cadre des accidents liés à des anesthésies, l'engagement de leur responsabilité pour faute, dans l'hypothèse où ils ne disposeraient pas de salle de réveil. On pourrait en effet estimer, dans de tels cas, que la victime n'a pas bénéficié des garanties médicales auxquelles elle a le droit (1).

On ne doit pas se leurrer, cependant, sur la nature du rôle joué par les juges dans l'exercice du contrôle effectué sur l'activité de ces établissements. En effet, pour ce qui concerne la substance même de l'activité hospitalière, à savoir l'accomplissement des actes médicaux, leur influence ne sera pas nécessairement déterminante. Dans les faits, le véritable pouvoir d'appréciation ne sera pas exercé par les juges, mais par des experts techniquement compétents qui détermineront, compte tenu des règles de l'art, si une faute peut être décelée dans l'acte médical à l'origine du dommage.

2)° *Un contrôle dont l'exercice est largement subordonné à l'intervention des experts dans le domaine médical*

En théorie, comme l'a écrit M. Penneau, "il faut ... que le juge s'efforce de circonscrire sans ambiguïtés la mission de l'expert au domaine strictement technique, qu'il soit scientifique ou déontologique" (2). Selon un autre auteur, "la technicité justifie le principe

(1) Sur cette notion, voir supra p.274-282.

(2) Faute et erreur ..., op.cit. p.47.

de l'expertise. Elle en détermine aussi les limites, l'expert est un technicien appelé comme tel à devenir un auxiliaire de justice" (1). Ainsi, en théorie, la sanction des dysfonctionnements de l'administration hospitalière sera seulement appliquée par les juges, l'expertise ne devant les éclairer que sur certains points précis du litige, des zones d'ombres que les limites de leurs connaissances dans le domaine médical ne leur permet pas de dissiper. La limite entre ce qui relève du droit et ce qui relève de la technique est pourtant difficile à apprécier, que l'on se place du point de vue des juges, ou bien de celui des experts.

D'un côté, les juges demeurent maîtres de la qualification à apporter aux comportements en cause, et ils n'ont strictement aucune obligation de suivre les propositions formulées par les experts. Ces divergences d'appréciation apparaîtront, de façon plus ou moins marquée, sous deux formes différentes. Les juges pourront d'abord relever, à l'appui de leur décision, un certain nombre d'éléments matériels qui ne faisaient pas l'objet de la mission d'expertise. Notamment, l'absence de faute médicale, n'empêchera pas nécessairement les juges de retenir une faute commise dans le cadre de l'organisation ou du fonctionnement du service. Ainsi, dans un arrêt Centre hospitalier régional c. M. et Mme. Serrot du 6 juin 1985, le Conseil d'Etat a pu estimer, dans le cadre d'une affaire relative à la réparation de dommages occasionnés à un enfant prématuré, que "même si la dose d'oxygénation administrée pendant dix jours ne pouvait être regardée comme excessive, le défaut de contrôle et de surveillance dans l'application d'un traitement dont les dangers étaient connus est en lui même fautif" (2). Dans d'autres hypothèses, les juges pourront aller jusqu'à s'opposer directement à la proposition des experts, en reconnaissant ou en refusant de reconnaître le caractère fautif des actes incriminés. La jurisprudence consacrée à l'oubli de compresses dans le corps des opérés constitue, sur ce point, un exemple significatif (3).

Il est intéressant de constater que les critiques qui peuvent être ici adressées aux juges ne font que prolonger l'ancien débat sur l'étendue de la responsabilité médicale (4). Par ailleurs, on peut noter qu'à la différence du juge pénal ou du juge civil, les juges de l'administration auront certainement moins à suspecter une certaine complaisance des experts vis-à-vis de leurs confrères, dans la mesure où les conséquences des dommages occasionnés par les actes médicaux pratiqués ne seront pas directement imputées aux praticiens hospitaliers. En revanche, ces juges pourront très bien être confrontés à des "querelles d'écoles" portant, de façon très générale, sur le bien-fondé des traitements et des méthodes employées par le praticien. Tel est le cas, notamment, dans l'affaire Epoux V. , lorsqu'il s'est agi de savoir si le recours à une anesthésie péridurale durant un

(1) R. Vouin, "Le juge et son expert", D.P. 1955, chron. p.131-134.

(2) R.D.S.S. 1985, p.509.

(3) Sur cette jurisprudence, voir supra p.322-323.

(4) Voir sur ce point supra p. 101-114.

accouchement par césarienne avec placenta praevia était ou non constitutif d'une faute (1).

D'un autre côté, il arrive de façon extrêmement fréquente que le rapport des experts fonde directement la solution retenue par les juges. Un exemple très frappant de cette tendance peut être observé dans un arrêt M. et Mme. Auger du 19 avril 1986 (2). Dans ses conclusions, M. Stirn s'est effectivement référé au rapport d'un groupe d'experts qui a constaté "l'absence d'un service d'anesthésie structuré et d'un personnel médical spécialisé", et indiqué qu'un centre hospitalier est responsable de l'absence de personnel qualifié réglementaire".

Si l'on met de côté ce problème, il n'en apparaît pas moins évident que l'utilisation de la notion de faute permet aux juges de sanctionner les dysfonctionnements de l'institution hospitalière par un contrôle méticuleux de l'ensemble de ses activités. Mais les réflexions que l'on a pu formuler à propos de l'arrêt Hôpital Joseph Imbert d'Arles (3), et de l'utilisation de la responsabilité sans faute, doivent cependant nous conduire à nous demander si cette notion de faute est seule susceptible de permettre l'exercice d'un contrôle juridictionnel efficace des activités des services publics. En fait, il apparaît assez clairement que la notion de risque permet, à l'égal de la notion de faute, un contrôle juridictionnel efficace.

B- Un contrôle dont l'efficacité n'est pas subordonnée à l'utilisation de la notion de faute : l'utilisation possible de la notion de risque

La notion de risque, si elle n'implique pas, en principe, la violation d'obligations mises à la charge des établissements hospitaliers, permet de sanctionner, de façon plus générale, les dangers spécifiques que fait courir aux usagers -voire même aux tiers dans certains cas (4)- un type d'activité précisément défini. A l'image de la faute l'utilisation de la notion de risque par les juges du fond devrait justifier l'exercice d'un contrôle de cassation par le Conseil d'Etat. De même, le respect caractère exceptionnel des régimes de responsabilité sans faute objective devrait être assuré par l'exercice d'un tel contrôle.

(1) Voir sur ce point, supra p.331.

(2) R.D.S.S. 1986, p.987. Voir également, des décisions reprenant expressément les termes d'un rapport d'expertise comme motif principal : T.A. Rennes 4 avril 1987, Centre hospitalier de Quimper c. Garmer, R.H.F. 1988 p.221; T.A. Besançon, 25 novembre 1987, Centre hospitalier de Belfort c. Blum, R.H.F. 1988, p.663.

(3) Voir supra p.387-388.

(4) Voir sur ce point supra p. 357-359.

1)° *La notion de risque et la sanction des dommages occasionnés par certaines activités de l'administration*

L'engagement de la responsabilité sans faute objective d'une collectivité publique n'est pas subordonné à la violation de l'une de ses obligations par les agents de cette collectivité. Mais bien entendu, cela ne signifie nullement que les dommages dont il est demandé réparation ne trouvent pas également leur origine dans l'activité visée. Dans ce cadre, cependant, ce n'est pas, à proprement parler, un dysfonctionnement qui en cause : l'activité générée par elle même des risques suffisamment importants pour que l'on accepte que les dommages qu'elle est susceptible d'occasionner soient réparés sans faute.

On pourrait ainsi être tenté de croire que la référence au risque ne saurait pourvoir à l'objectif de contrôle juridictionnel de l'administration, dans la mesure où elle ne vise pas à sanctionner un manquement à ses obligations. Une telle assertion serait pourtant inexacte, cet objectif étant assuré par d'autres moyens dans le cadre de la responsabilité sans faute, qu'il s'agisse d'ailleurs de responsabilité sans faute objective ou bien de responsabilité sans faute conditionnée par le risque.

Dans ce cadre, le contrôle de l'activité de l'administration résulte indirectement du cantonnement de ce type de responsabilité à certaines catégories de risques. Comme on a pu l'observer, la référence au risque n'est jamais imprécise. Dans toutes les hypothèses de responsabilité sans faute qui font appel à cette notion, le risque, et par là même le régime auquel il se rapporte, sont précisément qualifiés. De ce point de vue, l'existence de régimes de responsabilité sans faute est autant liée à la nature particulière des risques encourus par la victime, que la responsabilité pour faute est liée à un manquement de l'administration à ses obligations. Le contrôle juridictionnel de l'administration présentera ainsi des caractères communs dans les deux hypothèses, les notions de faute et de risque servant, en quelque sorte, de pivot à son exercice. On pourrait même affirmer que l'efficacité de ce contrôle est mieux assurée dans le cadre de la responsabilité sans faute, dans la mesure où le risque, fait générateur de la responsabilité, est beaucoup plus précisément défini que la faute. La raison de ce phénomène est d'ailleurs aisément discernable : elle provient du caractère exceptionnel présenté par les régimes de responsabilité sans faute, dont le domaine est nécessairement clairement circonscrit.

On pourrait nous objecter, sur ce point, que ce type de responsabilité n'a toujours pour objet de sanctionner des manquements de l'administration à ses obligations. Mais il faut bien voir, cependant, que les effets de ces deux types de responsabilité seront similaires. Dans les deux hypothèses, en effet, une première condamnation prononcée contre une personne publique l'incitera à prendre les mesures nécessaires en vue d'éviter une nouvelle condamnation. Ceci peut être observé dans le cadre de la responsabilité pour faute, par la mise en place de mesures d'organisation du service plus strictes. Mais cela l'est tout autant dans le cadre de la responsabilité sans faute, dans lequel l'administration aura tout intérêt, au moins lorsque cela est réalisable, à tenter d'éradiquer le risque spécifique déclencheur de

ce mécanisme. Certes, la suppression d'un risque thérapeutique est souvent difficilement envisageable, dans la mesure où il existe un degré irréductible de risque lié à toute activité. Cependant, il est indéniable que l'existence de régimes de responsabilité objectifs incitera l'administration à tout mettre en oeuvre en vue de limiter le plus possible ce risque. On a déjà vu, sur ce point, le rapport qu'il pouvait y avoir entre la jurisprudence Hôpital Joseph-Imbert d'Arles sur les victimes d'anesthésies et l'obligation récente faite aux hôpitaux de se doter de salles de réveil (1). Ceci est également très visible dans la décision du Tribunal administratif de Versailles du 3 juillet 1997 qui engage la responsabilité sans faute de l'Etat, pour les dommages occasionnés à un praticien contaminé par le virus du sida au cours d'une opération chirurgicale (2). Cette décision est effectivement justifiée par le fait que l'Etat est "chargé de définir par voie légale ou réglementaire, les conditions de l'exercice professionnel et de la pratique chirurgicale des praticiens hospitaliers". De ce fait, l'administration aura tout intérêt à édicter les mesures de sécurité les plus strictes en vue d'empêcher l'engagement de sa responsabilité.

De cette façon, il n'est pas exagéré d'affirmer que la notion de risque permet, au même titre que la notion de faute, d'assurer l'efficacité du contrôle juridictionnel des activités de l'administration. Par ailleurs, le Conseil d'Etat, en tant que nouveau juge de cassation, devrait assurer le respect du caractère exceptionnel de la responsabilité sans faute objective.

2)° Le contrôle du caractère exceptionnel de la responsabilité sans faute objective par le juge de cassation

Jusqu'à la réforme du 31 décembre 1987, le Conseil d'Etat constituait, pour ce qui concerne ses compétences de droit commun, un juge du second degré. Il connaissait, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, de l'ensemble des éléments de droit et de fait présentés par les litiges qui lui étaient soumis. Ainsi, le problème de la nature du contrôle exercé par le Conseil d'Etat dans ses compétences de juge d'appel ne se posait pas. Il apparaissait, en tant que juridiction administrative suprême, autant comme le garant du respect du droit, que comme un contrôleur de l'activité administrative.

En revanche, des difficultés devaient nécessairement être entraînées par la réforme du contentieux de 1987, conférant au Conseil d'Etat la qualité de juge de cassation de droit commun. La fonction de contrôleur de l'activité administrative devait alors logiquement s'effacer devant celle de garant du respect du droit. Pourtant, on a pu voir que le Conseil d'Etat a accepté de contrôler la faute hospitalière à l'occasion de l'arrêt Centre hospitalier

(1) Voir sur ce point supra p. 388.

(2) Le Monde, 11 juillet 1997.

régional d'Amiens du 5 mai 1995 (1), comme il contrôlerait certainement l'utilisation de la notion de risque par les juges du fond.

Il est également fort probable que le Conseil d'Etat s'assurerait que ces juges n'ont pas fait une application trop extensive des régimes de responsabilité sans faute conditionnés par le risque. Sur ce point, il transposerait très certainement les solutions adoptées dans le cadre de la responsabilité du fait des ouvrages et des travaux publics. On se souvient que dans l'arrêt de Section Consorts Barbier c. Commune de Béthoncourt du 26 juin 1992 (2), le Conseil d'Etat avait estimé que l'utilisation de la notion de défaut d'entretien normal relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. Cette solution venait compléter un autre arrêt de section Cala du 5 juin 1992 (3), dans lequel la juridiction administrative suprême avait décidé qu'il lui appartenait, au titre du contrôle de la qualification juridique des faits, d'apprécier l'utilisation faite par les juges du fond du régime de responsabilité sans faute objectif applicable lorsque les dommages dont il a été demandé réparation ont été occasionnés par un ouvrage public exceptionnellement dangereux. Dans les deux hypothèses visées sont en cause des régimes qui présentent un même caractère d'exception par rapport à la responsabilité pour faute, ou à un régime de présomption. Dans le cadre de la responsabilité pour faute, une mauvaise application de la notion de défaut d'entretien normal, ou de la notion de faute médicale, n'a qu'un impact limité sur le plan du droit. Cette mauvaise application ne préjudicie qu'à la définition de ces notions, et non pas à l'agencement des régimes de responsabilité entre eux. En d'autres termes, une application erronée de la notion de défaut d'entretien normal, ou de la notion de faute médicale, ne porte pas atteinte aux régimes de responsabilité sans faute existant dans les domaines évoqués.

En revanche, l'utilisation par les juges du fond des régimes de responsabilité sans faute, en dehors du champ d'application qui leur est normalement assigné, entraînerait des conséquences beaucoup plus fâcheuses. Une remise en cause de leur caractère exceptionnel aurait nécessairement, par contrecoup, un impact important sur les régimes de responsabilité pour faute normalement applicables. Ainsi, dans l'affaire Cala, c'est tout autant la conception traditionnelle de la notion d'ouvrage public exceptionnellement dangereux, que l'intégrité même de la structure dans laquelle cette notion est contenue qu'entend préserver le Conseil d'Etat en opérant un contrôle de la qualification juridique des faits (4).

La même remarque peut être formulée au sujet du contrôle exercé sur les systèmes de

(1) Arrêt précité supra p.330 note 1.

(2) Arrêt précité, supra p. 329 note 5.

(3) Rec. p.155 ; R.F.D.A. 1993, p.67, concl. Le Chatelier ; A.J.D.A. 1992, p.650, note Maugué et Schwartz ; L.P.A. 1992, n°94, p.33, note Celerier ; J.C.P. 1992.IV.n°2099, note Rouault.

(4) Voir sur ce point, P. Tifine, "La place des ouvrages publics exceptionnellement dangereux ...", art. précité p.1436-1438.

responsabilité sans faute qui ne font plus appel à la notion de risque, mais à celle de dommage anormal et spécial. Dans un arrêt de Section Lavaud du 31 mars 1995, le Conseil d'Etat a en effet décidé qu'il lui appartenait d'exercer un contrôle de la qualification juridique des faits (1).

Il n'y a donc aucune raison de penser que l'utilisation des régimes de responsabilité sans faute dans le domaine hospitalier ne ferait pas l'objet d'un contrôle de même nature. Dans les deux hypothèses visées, l'intérêt de ce contrôle est, en effet, le même : il s'agit de faire respecter la ligne de partage existant entre un régime de responsabilité pour faute de droit commun, et un régime de responsabilité sans faute de type objectif d'application exceptionnelle. Ainsi, il apparaît que l'efficacité du contrôle juridictionnel exercé par le Conseil d'Etat n'a rien à redouter, bien au contraire, de la mise en place de régimes de responsabilité sans faute objectifs.

Il est cependant important de s'interroger jusqu'à quel point les juges de l'administration entendent faire bénéficier les victimes des dysfonctionnements des établissements hospitaliers de tels régimes de responsabilité. Or, il apparaît justement, à la lumière de la jurisprudence récente, qu'il est difficile de cantonner à certains domaines précis la responsabilité objective, en raison d'une utilisation tout à fait immodérée de la notion de risque.

(1) Rec. p.155 ; A.J.D.A. 1995, p.384, chron. Tiberghien et Stahl ; L.P.A. 5 juillet 1995, p.5, concl. Bonichot.

Section II : L'exploitation immodérée de la notion de risque et l'extension difficilement contrôlée de la responsabilité sans faute objective

Les différents arrêts que l'on se propose d'étudier se rapportent tous à des situations dans lesquelles la victime a subi des préjudices extrêmement graves dont la réparation ne semble pouvoir être assurée, ni dans le cadre de la responsabilité pour faute, ni dans le cadre de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque. On ne peut relever, dans aucune de ces espèces, de faute commise par l'administration hospitalière, ni de risques particuliers, supérieurs à ceux normalement inhérents à l'activité thérapeutique des établissements hospitaliers. La réparation accordée aux victimes est uniquement dictée par des raisons d'équité : le dommage apparaît suffisamment grave pour permettre l'engagement de la responsabilité sans faute. On conçoit bien, cependant, les dangers que présente une telle jurisprudence et la part d'arbitraire qu'elle recèle. On voit mal, en effet, pour quelle raison d'autres dommages, dont la gravité est souvent avérée, ne pourraient faire bénéficier les victimes d'un tel régime de responsabilité sans faute dont l'application demeure exceptionnelle.

Dans ces hypothèses, les juges de l'administration utilisent justement la notion de risque, rapportée à certains types d'activités thérapeutiques, en vue de limiter, mais également de justifier, l'influence directe de considérations d'équité. La réparation n'est pas accordée en raison des risques spécifiques présentés par une méthode particulière d'accomplissement d'une activité hospitalière, mais parce que le risque, précisément circonscrit, est susceptible d'occasionner, en se réalisant, des dommages particulièrement graves. On voit bien, cependant, le danger que représente un tel système dont le déclenchement prend en compte la gravité des dommages subis. Comme le démontre la jurisprudence, les juges ont utilisé la notion de risque en vue de justifier juridiquement l'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration.

Dans ces différentes hypothèses, le risque n'apparaît plus comme une condition d'engagement de la responsabilité sans faute : il n'intervient qu'en fonction des caractères présentés par le dommage, sans, par ailleurs, que celui soit nécessairement qualifié "d'anormal et spécial". La qualification du risque, opérée soit en fonction de la faible fréquence de sa réalisation, soit en fonction de son impact limité dans le temps pour les risques sériels, permet ainsi de limiter, de façon indirecte, le champ de la responsabilité sans faute objective.

§I- La qualification du risque en fonction de la situation particulière de la victime

Une définition extrêmement étroite et précise de certaines catégories de risques thérapeutiques permet de faire bénéficier les victimes de la réalisation de ces risques de régimes de responsabilité sans faute de type objectif. Dans ces différentes hypothèses, la réalisation du risque n'est susceptible de toucher qu'un petit nombre de personnes. Sa qualification s'opère ainsi, soit en fonction de la situation particulière de la victime, soit en fonction de la fréquence de sa réalisation.

A- La qualification du risque en fonction de la qualité de la victime

Les principales victimes de l'activité des établissements hospitaliers sont les usagers de ces établissements. Pour autant, comme on a déjà pu l'observer, cette activité est également susceptible d'occasionner des dommages à d'autres catégories de victimes. Tel est le cas, par exemple, des dommages permanents subis par des tiers du fait de la construction ou de l'entretien de bâtiments hospitaliers (1). Plus spécifiquement, l'activité des hôpitaux psychiatriques est susceptible, notamment lorsqu'est en cause l'emploi de méthodes thérapeutiques libérales, d'occasionner des dommages aux tiers. Mais ce dernier cas mis à part, qui concerne principalement des activités extra-hospitalières, les tiers ne sont normalement pas exposés aux risques présentés par l'activité thérapeutique des établissements hospitaliers.

Une hypothèse doit cependant être isolée. Il s'agit du cas dans lequel le tiers, qui n'est pas directement exposé au milieu hospitalier, subit, du fait des rapports particuliers qu'il entretient avec un agent hospitalier, des dommages présentant un certain caractère de gravité. Dans de tels cas, et bien que la jurisprudence utilise parfois des formules qui prêtent à confusion, la victime peut bénéficier d'un régime de responsabilité sans faute de type objectif. On vise ici le prétendu "risque anormal et spécial" encouru par l'enfant à naître d'un agent hospitalier, et les dommages subis par le conjoint d'un agent hospitalier accidentellement contaminé par le virus du sida.

1)° Le "risque anormal et spécial" encouru par l'enfant à naître d'un agent hospitalier exposé à une épidémie de rubéole.

Même si elle ne constitue qu'une maladie bénigne pour les adultes et pour les enfants, la rubéole, lorsqu'elle est contractée par une femme enceinte, peut entraîner de graves

(1) Voir sur ce point supra p.100 note 1.

malformations du fœtus. Ces risques sont accrus lorsque cette femme travaille dans un milieu professionnel qui la met en contact avec une population infantile, qui est par nature particulièrement réceptive à ce type d'affection. Les institutrices, mais aussi les agents publics hospitaliers féminins, seront ainsi spécialement exposés à contracter la rubéole.

C'est justement dans une affaire mettant en cause un hôpital public que le Tribunal administratif de Paris a pu, le premier, statuer dans ce domaine, à l'occasion d'une décision *Sieur Laynet* du 19 octobre 1965 (1). La recherche d'une solution favorable à la victime posait un grave problème. Dans un tel type d'affaire, il était évidemment malaisé de déceler une faute du service public qui, d'ailleurs, n'était pas même alléguée en l'espèce.

A cette occasion, le Tribunal administratif de Paris s'inspirait du célèbre adage civiliste *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*, en vertu duquel l'enfant est censé être doté de la personnalité juridique dès sa conception, quand son intérêt l'exige. On notera d'ailleurs, contrairement à ce qu'affirme un auteur (2), que cette solution n'est guère novatrice (3). Elle s'inscrit, en réalité, dans le prolongement d'un arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 29 juin 1955, *Union des industries métallurgiques et minières*, qui avait clairement fait sien l'ancien adage en estimant que "l'enfant simplement conçu doit être regardé comme étant déjà né en tant que son intérêt l'exige" (4). Or, il existait, dans l'affaire *Sieur Laynet*, un réel intérêt à considérer l'enfant comme un tiers. En effet, en application d'une jurisprudence ancienne, le Conseil d'Etat refusait de faire bénéficier d'un régime de pension les agents publics victimes d'une épidémie contractée dans le cadre de l'exercice de leur profession (5).

En revanche, la reconnaissance de la qualité de tiers de l'enfant à naître semblait autoriser le Tribunal administratif de Paris à lui appliquer un régime de responsabilité sans faute. Cette juridiction considère que " (le service des malades contagieux) présente un risque exceptionnel pour les tiers ... qu'il suit de là que la responsabilité de la puissance publique est, même en l'absence de faute, engagée lorsque les dommages subis dans de telles circonstances excèdent, par leur gravité, les charges qui doivent être normalement supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant du service public".

(1) R.D.P. 1966, p.957, note M. Waline.

(2) J. Montador, *La responsabilité des services publics hospitaliers*, op.cit. p. 125-126.

(3) Précisons que selon un auteur, une décision demeurée inédite du Tribunal administratif de Lyon *Dame Donzelle* du 3 février 1963, avait auparavant refusé de voir dans l'enfant victime de la rubéole contractée par sa mère un tiers par rapport à celle-ci. Voir J-P Chaudet, note sous C.E. 6 novembre 1968 *Dame Saulze*, *Rev. adm.* 1969, p.174, et plus spécialement, p.177.

(4) *Rec.* p.363.

(5) Telle était la solution adoptée à l'occasion d'un arrêt *Arrighi* du 22 juin 1882 (*Rec.* p.614), et notamment confirmée par un arrêt *Deyts* du 25 mai 1955 (*Rec.* p.293).

Il n'est pas dans notre propos de contester le fond de cette décision, et l'avantage consenti à la victime. Mais force est de constater que l'argumentation juridique développée par le Tribunal administratif de Paris n'est guère convaincante. On ne voit pas, tout d'abord, quelle est la nature exacte de cette décision, puisque le Tribunal se réfère à la fois à la théorie du risque et au principe d'égalité devant les charges publiques. Il est contestable, ensuite, que la responsabilité sans faute conditionnée par le risque soit applicable en l'espèce (1). Il est loin d'être sûr, en effet, que les risques créés par l'administration soient véritablement exceptionnels, c'est à dire supérieurs aux risques normalement inhérents au type d'activité visé. En fait, prétendre une telle chose revient à affirmer que le regroupement de malades contagieux dans un même service constitue une méthode dangereuse pour les tiers, ce qui est totalement absurde et diamétralement opposé à la réalité. Enfin, la création du risque auquel est exposé l'enfant à naître peut difficilement être imputé à l'administration. Comme l'a relevé Marcel Waline, il est fort probable que la mère de la victime, et a fortiori l'administration, ne savaient pas que celle-ci était enceinte au moment de la contamination, la rubéole frappant généralement les femmes dans les premiers mois de leur grossesse (2). En somme, le recours à la responsabilité sans faute est moins motivé par la nature et par le degré de gravité du risque créé par l'administration, que par la nature et la gravité des dommages occasionnés par la réalisation de ce risque : il ne s'agit donc pas d'une hypothèse de responsabilité sans faute conditionnée par le risque, mais bien d'une hypothèse de responsabilité sans faute objective.

Les approximations que l'on a eu l'occasion de relever se retrouvent, de façon plus frappante encore, dans l'arrêt du Conseil d'Etat Dame Saulze du 6 novembre 1968 relatif à des dommages subis par l'enfant à naître d'une institutrice (3). Toute référence explicite au principe d'égalité devant les charges publiques est ici bannie, au profit d'une formulation encore plus ambiguë. Selon le Conseil d'Etat "dans le cas d'une épidémie de rubéole le fait, pour une institutrice en état de grossesse, d'être en permanence exposée aux dangers de la contagion comporte pour l'enfant à naître un risque spécial et anormal qui, lorsqu'il entraîne des dommages graves pour la victime, est de nature à engager, au profit de celle-ci, la responsabilité de l'Etat" (4). La proximité entre l'expression de "risque spécial et anormal" et celle de "dommage anormal et spécial" doit être relevée. Si l'on examine de plus près les faits de l'espèce, elle apparaît remarquable, dans la mesure où le risque créé semble ne pas présenter les qualités requises pour être regardé comme une condition de fond de la responsabilité sans faute. Si le risque existe, il ne provient effectivement pas des conditions particulières de l'exercice de l'activité, mais de la vulnérabilité propre de la victime. Cela

(1) Contra : J. Montador, La responsabilité des services publics hospitaliers, op.cit. p.125-126 ; J.P. Chaudet, note sur l'arrêt Dame Saulze précité, supra p. 397 note 3 ; M. Waline, note sur T.A. Paris, 19 octobre 1965, Sieur Laynet (décision précitée supra p. 397 note 1).

(2) M. Waline, note sur T.A. Paris, 19 octobre 1965, Sieur Laynet (décision précitée supra p.397 note 1).

(3) Arrêt précité supra p.397 note 3.

(4) Sur le problème de l'assimilation entre le risque créé et le dommage subi, voir supra p.349-350.

nous semble d'autant plus vrai que l'épidémie s'est déclarée en milieu scolaire, lequel n'a aucune vocation, contrairement au milieu hospitalier, à regrouper des malades contagieux. Au demeurant, la classe dans laquelle se situait le principal foyer d'infection n'était pas celle où enseignait la dame Saulze, qui n'assurait la surveillance de l'ensemble des classes que durant les récréations. En somme, non seulement le risque créé n'avait pas pour origine l'emploi d'une méthode particulière dans le cadre de l'activité du service public de l'enseignement, mais encore, contrairement à l'hypothèse de la jurisprudence Laynet, n'apparaît-il nullement inhérent à cette activité.

C'est, en réalité, la réalisation du risque défini par les juges, et plus précisément la gravité des dommages que celle-ci est susceptible d'occasionner, qui justifie l'existence d'un régime de responsabilité sans faute. De ce fait il s'agit bien ici d'une hypothèse de responsabilité objective inspirée par des considérations d'équité : les juges veulent avant tout éviter le scandale que constituerait le rejet de la demande de réparation présentée par la mère de la victime. Dans ce cadre, le recours à la notion de risque ne vise qu'à circonscrire le champ d'application de ce type de responsabilité. Longtemps cantonnée aux hypothèses de dommages causés à l'enfant à naître d'un agent hospitalier contaminé par une épidémie de rubéole, cette jurisprudence a connu une extension récente, dans un cas de transmission du virus du sida au conjoint d'un agent hospitalier accidentellement contaminé.

2)° *Les dommages subis par le conjoint d'un agent hospitalier accidentellement contaminé par le virus du sida*

La jurisprudence Dame Saulze n'a guère eu de postérité. Ainsi, il n'existe pas, à notre connaissance, d'arrêt publié ultérieurement faisant application de cette jurisprudence à d'autres cas de malformations imputables à une épidémie de rubéole. On n'a pas non plus été en mesure de relever, en dépit de ce que souhaitait un auteur (1), une extension de la solution retenue à d'autres types de maladies jusqu'à une très intéressante décision Epoux B. du Tribunal administratif de Paris du 20 décembre 1990 (2).

Cette espèce était relative à une requête présentée par une infirmière et son conjoint contaminés par le virus du sida. Mme. B. avait été victime d'un malade mental, qui lui avait volontairement renversé sur les mains un tube de son sang, alors que la séropositivité de ce malade était encore inconnue. Mme. B., également ignorante de sa séropositivité, avait ensuite contaminé son conjoint par voie sexuelle. La demande présentée par les époux B. visait à réparer les dommages matériels et moraux subis par eux-mêmes et par leurs enfants qui, heureusement, n'avaient pas contracté le virus du sida (3).

(1) J.P. Chaudet, note sur l'arrêt Dame Saulze du 6 novembre 1968, (arrêt précité supra p. 397 note 3).

(2) Rec. p.514 ; R.F.D.A. 1992, p.592, concl. Monchambert ; J.C.P. 1991.IV. p.395.

(3) Selon une statistique récente, il y a existé 35 cas d'infections VIH présumées professionnelles en France,

Le Tribunal administratif de Paris demeure inflexible pour ce qui concerne la réparation des dommages subis par Mme. B. L'accident dont elle a été victime s'étant produit dans le cadre de son activité professionnelle, elle ne saurait bénéficier d'indemnités autres que celles prévues par la législation sur les pensions (1). De ce fait, également, les enfants de Mme. B ne sont pas recevables à demander réparation de leurs préjudices propres résultant de la maladie de leur mère. Il est toutefois intéressant de relever que cette solution vient d'être remise en cause par une décision du Tribunal administratif de Versailles du 3 juillet 1997 (2). Dans cette affaire, le Tribunal a en effet condamné l'Etat, et non pas l'hôpital, à réparer les dommages subis par un médecin hospitalier contaminé par le virus du sida lors d'une opération chirurgicale.

Cette logique qui consiste à condamner l'Etat pour une faute commise dans le cadre de ses activités de contrôle et de surveillance n'a pas été suivie par le Tribunal administratif de Paris. Par ailleurs, il est à peu près certain que la solution appliquée aux enfants B. aurait été étendue à M. B. si celui-ci n'avait pas été contaminé par le virus du sida. Une solution de cette nature a été retenue par le Tribunal administratif de Paris dans deux décisions non publiées rendues en 1992 (3). En revanche, le fait que M. B. ait été contaminé par le virus du sida permet de le faire bénéficier d'un régime de responsabilité sans faute objective. A cette occasion, le Tribunal administratif de Paris adaptait à l'affaire qui lui était soumise les motifs de l'arrêt Dame Saulze, "considérant ... que le fait pour une infirmière d'être exposée en permanence aux dangers de la contagion comporte pour son mari, lorsque la maladie contagieuse se transmet notamment à l'occasion des relations sexuelles, un risque spécial et anormal, qui lorsqu'il entraîne des dommages graves pour la victime est de nature à engager au profit de celle-ci la responsabilité de la personne publique dont relève son épouse" (4).

La rédaction de cette décision appelle les mêmes remarques que celles formulées à propos de l'arrêt Dame Saulze : à travers la référence à un risque anormal et spécial, c'est en fait la réalisation d'un risque dont les conséquences sont extrêmement graves qui est visée.

dont 9 séroconversions professionnelles prouvées. Voir le quotidien du médecin, 17 avril 1996.

(1) Le principe de la prise en charge par la législation sur les accidents du travail du type de dommage visé a été admis par une circulaire DSS/AT n°89-45 du 9 octobre 1989. Par la suite, un décret du 18 novembre 1993 portant modification du barème d'invalidité en matière d'accidents du travail, a prévu que "l'infection par le virus de l'immunodéficience humaine est prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail comme conséquence d'un fait accidentel se produisant aux temps et lieu de travail et contaminant eu égard aux circonstances dans lesquelles il survient".

(2) Arrêt précité supra p.392 note 2.

(3) Décisions citées par C. Esper, "Responsabilité des hôpitaux publics et de l'Etat liées à la transfusion sanguine", art. précité p.14.

(4) Par ricochet, le Tribunal administratif de Paris fait logiquement bénéficier les enfants du couple de la réparation des dommages subis du fait de la maladie de leur père.

Au regard des circonstances de l'espèce, on ne pouvait effectivement affirmer que les risques auxquels étaient soumis la victime apparaissaient supérieurs à ceux normalement inhérents à l'activité thérapeutique des hôpitaux. Ceci était d'autant plus contestable que l'administration n'était nullement informée de la séropositivité de l'auteur du dommage, qui l'ignorait certainement de la même façon.

Le champ de cette décision généreuse paraît cependant implicitement limité par le Tribunal qui estime "qu'il résulte des principes généraux du droit, et notamment du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère la constitution du 4 octobre 1958, que les nationaux ont le droit de mener une vie familiale normale ; que les relations sexuelles entre époux sont une manifestation de ce droit ...". A priori, on voit mal ce que vient faire une telle déclaration de principe dans une décision de première instance et dans l'affaire visée. Il s'agit peut-être d'utiliser un principe d'origine constitutionnelle qui, à l'égal du principe d'égalité devant les charges publiques, pourrait solidement fonder le régime de responsabilité objective mis en oeuvre par le tribunal.

Cependant, les avantages présentés par l'utilisation de ce principe paraissent bien minces au regard des inconvénients qu'il est susceptible d'entraîner. Car, en effet, si l'on veut rapporter ce considérant aux circonstances de l'espèce, cela pourrait signifier que la réparation du type de dommages visés ne pourrait être accordée qu'à des individus mariés de nationalité française ! Certes, il serait absurde, pour un tribunal, de refuser de faire bénéficier de cette jurisprudence des concubins et des étrangers. Mais une question demeure beaucoup plus incertaine : que se passerait-il si la demande émanait, non plus de personnes mariées, ni même de concubins hétérosexuels, mais de concubins homosexuels ? La référence à une "vie familiale normale" constituerait certainement, si elle devait être maintenue, un obstacle difficilement surmontable pour les victimes.

Mais quoi qu'il en soit, la référence à la situation particulière de la victime ne constitue pas le seul moyen de qualifier le risque dont la réalisation est susceptible d'engager la responsabilité sans faute objective de l'administration. Dans certaines hypothèses, cette qualification est opérée en fonction du caractère exceptionnel de sa réalisation.

B- La qualification du risque en fonction de la fréquence de sa réalisation

La parfaite maîtrise d'une technique thérapeutique, en l'absence de fautes commises par les agents de l'hôpital, permet de limiter fortement les risques de survenance d'un dommage, mais elle ne permet jamais de les éliminer totalement. Il existe toujours, inhérent à tout traitement employé, un degré plus ou moins important, mais nécessairement incompressible, de risques auxquels seront soumis l'ensemble des usagers bénéficiant de ces traitements. Il est très tôt apparu à des membres éminents du Conseil d'Etat, et en particulier au

commissaire du gouvernement Jouvin, qu'il serait inéquitable de ne pas réparer les conséquences de la réalisation de ces risques. Ainsi, selon Jouvin, les dommages consécutifs à des vaccinations obligatoires doivent être réparés sans faute, sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques. Dans son arrêt d'Assemblée Dejours du 7 mars 1958, le Conseil d'Etat s'est opposé à cette analyse et a maintenu le principe de la responsabilité pour faute (1). Il fallut, de ce fait, attendre l'arrêt d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993 pour voir la juridiction administrative suprême accepter d'engager la responsabilité des hôpitaux publics pour la réparation de "risques dont la réalisation est exceptionnelle".

1)° Le rejet initial de la réparation des risques dont la réalisation est exceptionnelle : le problème des dommages occasionnés par les vaccinations obligatoires

En traitant de ce problème, on s'éloigne quelque peu du domaine de la responsabilité hospitalière envisagé stricto sensu. En effet, depuis une loi du 15 juillet 1902, certaines vaccinations sont normalement pratiquées dans des centres agréés au niveau départemental. En cas de dommages, le Conseil d'Etat a décidé que la responsabilité découlant de l'activité de ces centres permettait aux victimes d'attaquer soit le département en cause, soit l'Etat (3). Mais, ce particularisme mis à part, les activités visées sont bien de nature sanitaire et peuvent également être pratiquées au sein des établissements publics hospitaliers (4).

Le fait que certaines de ces vaccinations présentaient, d'après la loi, un caractère obligatoire, a permis à certains juges du fond d'estimer que les victimes du dysfonctionnement du service public pouvaient obtenir réparation sans avoir à prouver l'existence d'une faute. Implicitement, cela revenait à inclure de ce type d'affaires dans les hypothèses de responsabilité du fait des lois (5). Ainsi, selon une décision Meunier rendue par le Tribunal administratif de Bordeaux le 29 février 1956 "lorsque (la vaccination obligatoire) résulte d'un texte de loi qui n'a prévu ou refusé aucune indemnisation, les individus, victimes d'un préjudice anormal et spécial, rompant l'égalité des citoyens devant

(1) Arrêt précité supra p.295 note 4.

(2) Arrêt précité supra p. 22 note 4.

(3) C.E. Ass. 13 juillet 1962, Min. de la Santé publique et de la population c. Lastrajoli, Rec. p.507 ; R.D.P. 1962, p.775, concl. Méric ; D.S. 1962, p.726, note Lemasurier ; A.J.D.A. 1962, p. 553, chron. Galabert et Gentot.

(4) Voir ainsi, C.E. 20 mai 1949, Daret (arrêt précité supra p.211 note 2). Voir aussi, niant l'existence d'une faute lourde ou d'une faute simple, cette fois-ci dans le cadre de l'activité de transfusion sanguine exercée dans un centre de détention, C.E. 7 mai 1952, Vve. Chassagnac, Rec. p.230.

(5) Dans ce sens, voir P. Delvolvé, Le principe d'égalité devant les charges publique, op.cit. p.327-328. Sur la responsabilité du fait des lois, voir supra p.235 note 1.

les charges publiques peuvent en demander réparation” (1). Le doyen René Savatier voyait dans cette décision une solution équitable, justifiée par l’intérêt que l’ensemble de la population pouvait tirer de la pratique des vaccinations obligatoires (2). Le commissaire du gouvernement Jouvin partageait ce point de vue bien que, selon lui, la décision était assez mal motivée par les juges du fond qui ne proposaient qu’une lecture trop étroite du principe d’égalité devant les charges publiques (3). Selon Jouvin, la reconnaissance de l’existence d’un dommage anormal dépend du “sentiment de scandale et d’indignation que provoque l’énoncé des circonstances qui l’ont entraîné” (4). Or, ce sentiment s’exprimerait, en droit, par “la notion juridique d’égalité devant les charges publiques” (5). En définitive, selon Jouvin, “Le dommage anormal ... n’est pas le dommage subi par un voisin, (ni) le préjudice dû à l’emploi d’engins ou de procédés dangereux, c’est celui qui implique une rupture de l’égalité des citoyens devant les charges publiques à l’occasion d’un fonctionnement du service tel que l’activité administrative se trouve détournée de son objet par un concours de circonstances qui sont inhabituelles sans offrir pour autant le caractère de force majeure” (6).

Mais pour brillante qu’elle fut, la démonstration de Jouvin n’en était pas moins contestable, notamment dans la mesure où elle conduisait à éclipser un élément important de la responsabilité sans faute pour rupture de l’égalité devant les charges publiques : le fait que les dommages subis ne trouvent pas leur source dans le détournement de l’activité administrative, mais au contraire dans le fonctionnement normal des services publics. Ainsi en va-t-il, par exemple, des conséquences d’une loi interdisant la pratique d’une activité (7), ou des dommages permanents résultant d’une décision de détruire plusieurs immeubles (8).

On peut également préciser que la position du commissaire du gouvernement Jouvin ne prenait en compte que le dommage subi, et non le risque créé par l’administration. Or, de toutes façons, ce dernier élément ne pouvait servir à justifier la mise en oeuvre d’un régime

(1) D.P. 1956, p.462. Voir également T.A. Lyon, 14 juin 1963, Giraud, note Savatier. Voir enfin, refusant d’engager la responsabilité de l’Etat, T.A. Nantes, 31 mai 1963, D.S. 1964, p.343.

(2) Note sur T.A. Lyon 14 juin 1963, Giraud (arrêt précité supra note 1). Contra : J-M Auby, note sur T.A. Bordeaux, 21 octobre 1955, Dame Mauvy, D.P. 1956, p.619 ; F.P. Bénéot, “Le cas fortuit dans la jurisprudence administrative”, J.C.P. 1956.I. n°1328 (voir plus spécialement n°30-31).

(3) Conclusions sur l’arrêt Dejous précité supra p.295 note 4.

(4) Conclusions sur l’arrêt Dejous (voir plus spécialement R.D.P. 1958 p.1094).

(5) Ibid. p.1094.

(6) Ibid. p.1094-1095.

(7) Sur la responsabilité du fait des lois, voir supra p.235 note 1.

(8) Voir notamment C.E. Section 31 mars 1995, Lavaud, précité supra p.394 note 1.

de responsabilité sans faute, en raison du fait qu'il n'était pas lié à l'emploi d'une méthode en particulier, mais inhérent à l'activité en cause (1). C'est certainement pour ces différentes raisons que le Conseil d'Etat a rejeté la proposition de son commissaire du gouvernement à l'occasion de l'affaire Dejous, et a préféré opter en faveur d'un régime de présomption (2).

Plus nuancé que la proposition de Jouvin, un avis de la Section sociale du Conseil d'Etat du 30 septembre 1958 semblait davantage conforme à la jurisprudence administrative. Selon cet avis "en rendant lesdites vaccinations obligatoires pour des raisons d'hygiène et de salubrité publique, la loi a créé dans un intérêt général un risque spécial pour les personnes victimes desdits accidents". Comme l'a relevé M. Delvolvé, la formule, en dépit de son orthodoxie apparente, pouvait apparaître contestable dans la mesure où, en pratique, ce n'est pas le risque créé qui est spécial, puisqu'il est inhérent à toute activité de vaccination, mais le préjudice subi par la victime (3). D'une façon assez insidieuse, la proposition de la Section sociale revenait, en fait, à réintroduire l'idée d'une responsabilité sans faute objective, l'existence d'un dommage consécutif à une vaccination suffisant, dans ce cadre, à ouvrir à la victime un droit à réparation.

La Section contentieuse du Conseil d'Etat semble ne pas avoir accepté de se ranger à cet avis, l'arrêt Lastrajoli du 13 juillet 1962 (4) reprenant la notion de présomption déjà utilisée à l'occasion de l'arrêt Dejous. Il fallut, en fait, attendre l'intervention du législateur, à l'occasion d'une loi du premier juillet 1964, pour voir l'établissement d'un régime de responsabilité sans faute dans le cadre des dommages occasionnés par les vaccinations obligatoires. Le fait, ici, que "tout dommage imputable directement à une vaccination obligatoire ... est supporté par l'Etat" indique clairement que le régime appliqué est un régime de responsabilité de type objectif.

L'intervention du législateur répondait, de cette façon, à l'attente des victimes, tout en permettant au Conseil d'Etat de maintenir intact son système de responsabilité traditionnel conditionné par la notion de faute. Il est toutefois difficile de savoir avec certitude si l'évolution de la jurisprudence administrative aurait conduit exactement aux mêmes résultats. De ce point de vue, la jurisprudence relative aux dommages occasionnés par les vaccinations non obligatoires, qui ne sont toujours pas indemnisés par le législateur, n'est guère révélatrice. Dans ce domaine, en effet, et cela en dépit des critiques formulées

(1) Voir supra p.350-351.

(2) Arrêt précité supra p.295 note 4.

(3) Le principe d'égalité devant les charges publiques, op.cit. p.329. Voir également les remarques formulées par le commissaire du gouvernement Meric dans ses conclusions sur l'arrêt Lastrajoli précité, p.402 note 3, (voir plus spécialement R.D.P. 1962 p.978-980).

(4) Ibid.

par certains auteurs (1), le Conseil d'Etat est demeuré indéfectiblement attaché aux notions de faute lourde et de faute simple jusqu'à l'arrêt d'Assemblée Epoux V. du 10 avril 1992 (2), y compris dans des hypothèses où une loi prescrivant le caractère obligatoire d'un vaccin était intervenue entre la date de survenance du dommage et celle de la décision (3).

On notera simplement qu'une décision du Tribunal administratif de Marseille du 22 avril 1980, Mme. Bouchagour et autres, a établi un régime de responsabilité sans faute en faveur de la victime d'un médicament anticholérique dont la prescription avait été rendue obligatoire pour les voyageurs à destination de l'Algérie (4). Bien qu'il ne s'agisse pas ici de vaccination obligatoire, la situation n'en demeure pas moins très proche, et le Tribunal a pu estimer que "l'autorité administrative a créé dans l'intérêt général un risque spécial pour les personnes victimes d'accidents imputables à l'ingestion (du médicament), lesquels engagent la responsabilité de l'Etat". Cette décision, qui établit un système de responsabilité sans faute objectif, semble dictée par la volonté de ne pas laisser sans réparation des dommages survenus dans des circonstances analogues à ceux occasionnés par les vaccinations obligatoire. Pour autant, on ne saurait affirmer qu'une solution identique aurait fini par être retenue dans ce cadre. Dans la jurisprudence Bouchagour, en effet, l'influence de la loi du premier juillet 1964 est trop marquée pour que l'on puisse avancer que la solution de l'espèce étudiée est réellement significative.

Il existe cependant une dernière possibilité en vertu de laquelle les victimes de vaccinations obligatoires auraient pu bénéficier d'un régime jurisprudentiel de responsabilité sans faute. Cette possibilité avait déjà été envisagée par Jouvin dans ses conclusions sur l'arrêt Dejous, et elle consistait à voir dans la victime d'un accident vaccinateur un collaborateur occasionnel du service public (5). Cependant, Jouvin avait lui-même écarté cette solution en mettant en valeur les problèmes que ne manquerait pas de poser une telle extension de la responsabilité sans faute pour l'équilibre de l'ensemble de la responsabilité administrative (6).

La notion de collaboration occasionnelle a pourtant été employée par la majorité de la

(1) Voir ainsi D. Truchet, "Hôpitaux (Responsabilité des services hospitaliers)", op.cit. n°152.

(2) Arrêt précité supra p.3 note 5. Voir ainsi, exigeant la preuve d'une faute lourde, C.E. Sect. 4 mai 1979, Min. de la Santé c. De Gail, Rec. p.190.

(3) Voir ainsi, C.E. 28 janvier 1983, Dlle. Amblard, Rec. p.32 ; D.S. 1984.I.R., obs. Moderne et Bon ; G.P. 1983.II. Somm. p.443 ; C.E. 14 décembre 1984, Consorts Gauchon, Rec. Tables p.735, D.S. 1986 I.R. p.261, obs. Moderne et Bon.

(4) Rec. p.532.

(5) Sur la notion de collaboration occasionnelle, voir supra p.343 note 3.

(6) Voir les conclusions sur l'arrêt Dejous, précité supra p.295 note 4. (voir en particulier, R.D.P. 1958, p.1091-1092).

doctrine dans le domaine, assez proche des vaccinations obligatoires, du don du sang (1). Ces opinions ont d'ailleurs été confortées par la jurisprudence, à partir d'une décision du Tribunal administratif de Dijon du 20 mai 1964, Pautras et Caisse de la mutualité sociale agricole de la Côte d'Or (2). Il est loin d'être certain, toutefois, que cette solution aurait pu être appliquée aux victimes de dommages liés aux vaccinations obligatoires. Il existe effectivement une différence de fond entre les deux catégories de victimes envisagées bien que, dans ces deux cas, pour reprendre l'expression de Jouvin, celles-ci ne soient pas des "bénéficiaire(s) pur(es) et simple(s) du service public" (3). En revanche, si ces activités présentent, de façon principale, un intérêt pour l'ensemble de la collectivité, les modalités de participation au service public paraissent assez dissemblables dans les deux hypothèses visées. A l'opposé du donneur de sang, la victime d'une vaccination obligatoire peut difficilement apparaître comme un bénévole. Pour que cela puisse être admis, il faudrait, selon la jurisprudence, que le "concours apporté à l'exécution du service (par l'usager) ne dépasse pas la contribution qui peut normalement être attendue ... en contrepartie des avantages que lui apporte le service public" (4). Or, on le voit bien, cette définition ne cadre certainement pas avec la situation envisagée et aboutirait à l'adoption d'une conception extensive de la collaboration occasionnelle susceptible d'être utilisée dans les autres domaines de la responsabilité.

En poussant le raisonnement jusqu'à l'absurde, on pourrait d'ailleurs presque dire qu'une solution possible aurait consisté à voir dans ce type de victime un collaborateur requis susceptible de se voir appliquer le régime de responsabilité pour risque professionnel élaboré par la jurisprudence Cames (5). Mais on conçoit bien, du point de vue de la cohérence de la jurisprudence administrative, qu'une telle solution ne pouvait être envisagée. En fait, l'élément déterminant sur lequel pouvait être bâti le régime de responsabilité sans faute objective, devait nécessairement induire le caractère exceptionnel de ce régime. Au contraire de la référence à la qualité de la victime, la référence à un risque "dont la survenance est exceptionnelle" était susceptible de jouer ce rôle. Pour autant, cette possibilité, écartée par le Conseil dans l'affaire Dejous, n'a été que très tardivement admise par le Conseil d'Etat, à l'occasion de l'arrêt d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993 (6).

(1) Voir par exemple, R. Savatier, "De sanguine jus", D.P. 1954, chron. p.141-146 ; F. Moderne, note sur l'arrêt Dame Alépée du 15 octobre 1975, R.T.D.S.S. 1976, p.178, note Moderne. Contra : D. Truchet, "Hôpitaux (responsabilité des services hospitaliers)", op.cit. n°156.

(2) A.J.D.A. 1965, p.174, obs. Vaucouloux. Cette solution a été confirmée par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'arrêt du Conseil d'Etat du 15 octobre 1975, Dame Alépée (précité supra p.160 note 2).

(3) Conclusions sur l'arrêt Dejous, précité supra p. 295 note 4 (voir plus spécialement R.D.P. 1958 p.1090).

(4) C.E. 27 octobre 1961, C.P.S.S. de Mulhouse c. Kormann, Rec. p.602.

(5) Voir sur ce point supra p.343 note 1.

(6) Arrêt précité supra p.22 note 4.

2)° L'arrêt d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993 et la réparation des risques dont la réalisation est exceptionnelle

M. Bianchi avait été hospitalisé à l'hôpital de la Timone de Marseille pour subir une artériographie vertébrale. L'intervention avait provoqué la paralysie du patient, mais en dépit de la gravité du dommage subi, le Tribunal administratif de Marseille, en l'absence de faute lourde prouvée, avait refusé d'engager la responsabilité de l'établissement (1). Saisi en appel, le Conseil d'Etat avait également estimé qu'aucune faute ne pouvait être mise à la charge de l'hôpital, mais avait néanmoins ordonné une expertise en vue de déterminer si le produit injecté au patient avant l'opération pouvait avoir joué un rôle dans la survenance des dommages subis. Selon l'expert désigné par le Conseil d'Etat, cette hypothèse demeurait tout à fait incertaine. En réalité, la cause probable de l'accident consistait en "une occlusion secondaire à l'artériographie, au niveau de l'artère vascularisant la moelle cervicale, provoquée par une petite bulle ou un petit caillot libérés au cours de l'exploration ou de l'évacuation du produit".

En l'absence de faute commise dans la conduite de cet examen, les chances de la victime d'obtenir une réparation, compte tenu de la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat, étaient pratiquement nulles. Il est d'ailleurs intéressant de constater qu'aucun défaut d'information n'avait été allégué à l'encontre de l'hôpital. Quoiqu'il en soit, quand bien même la victime n'aurait pas été renseignée sur l'ensemble des risques présentés par la méthode employée, le caractère exceptionnel de la réalisation de ces risques se serait opposé à la reconnaissance d'une faute commise par le service public (2).

La victime ne pouvait non plus prétendre bénéficier d'un régime de présomption. Pour la mise en oeuvre d'un tel régime, il aurait été nécessaire d'établir un rapport entre le caractère bénin de l'activité pratiquée et les dommages subis, et en déduire qu'une faute avait nécessairement été commise (3). Mais, comme le notait M. Daël dans ses conclusions, l'artériographie constitue un acte médical qui ne présente aucun caractère bénin (4).

D'après M. Paillet, il aurait cependant été souhaitable d'étendre le champ de la

(1) Voir dans le même sens, rejetant la responsabilité d'un établissement hospitalier en l'absence de faute lourde commise dans le cadre d'une artériographie, T.A. Nice, 21 décembre 1982, Centre hospitalier régional de Nice c. Touzani, R.H.F. 1983, p.740.

(2) Voir ainsi, C.E. 28 septembre 1983, Centre hospitalier de Montluçon c. Miro, R.H.F. 1984 p.382 : "... le centre hospitalier n'était pas tenu d'avertir M. Miro du fait que l'artériographie pouvait avoir des suites fâcheuses dès lors qu'il résulte du rapport des experts que ces suites sont exceptionnelles et qu'en conséquence le risque n'était qu'éventuel".

(3) Sur les présomptions, voir supra partie II, titre I, chapitre II, section I.

(4) A propos d'actes médicaux présentant un caractère bénin et pouvant entraîner la mise en oeuvre d'un régime de présomption de faute, voir supra p.297.

jurisprudence sur les présomptions, plutôt que d'engager la responsabilité sans faute de l'administration (1). De prime abord, une telle solution apparaissait envisageable, à condition d'être limitée à l'hypothèse précise d'un traitement comportant des risques exceptionnels dont la réalisation est susceptible d'occasionner des troubles graves. Mais cette solution aurait également présenté, selon nous, un inconvénient majeur consistant en la création d'une nouvelle catégorie de présomptions difficilement limitable à l'hypothèse visée. Il existait un risque que les juges du fond utilisent ultérieurement ce mécanisme, non seulement dans cette hypothèse, mais également à chaque fois qu'un acte médical entraîne un dommage important. En somme, le fait que le mécanisme présomptif conduit à établir de façon fictive le lien entre le dommage subi et l'activité en cause, pouvait rapidement inciter les juges à oublier le caractère exceptionnel de la réalisation du risque. Par là même, l'inconvénient financier soulevé par la suite par M. Paillet, mais aussi par MM. Jouguelet et Loloum, à l'encontre de la responsabilité sans faute objective, doit être relativisé (2).

Du point de vue de la jurisprudence administrative, il n'était cependant pas certain que M. Bianchi pouvait bénéficier d'un tel régime de responsabilité. En tant qu'usager, il était d'abord difficile de le considérer comme un collaborateur occasionnel du service public, sachant qu'en principe, ces deux qualités ne peuvent être cumulées (3). Selon M. Daël, cependant, "il n'est pas excessif de prétendre que lorsqu'un acte dont les risques sont tout à fait exceptionnels est exécuté, la considération de son bénéfice statistique prend une dimension qui relativise le rapport entre ses inconvénients et ses avantages pour le malade pris individuellement : il profitera à la quasi totalité des malades et ne nuira qu'à quelques uns qui vont seuls supporter son risque" (4). L'argument est identique à celui qu'avait développé Jouvin dans ses conclusions sur l'arrêt Dejous du 7 mars 1958, mais on se souvient que ce commissaire du gouvernement avait finalement porté sa préférence sur un système de responsabilité sans faute fondé sur le principe d'égalité devant les charges publiques (5).

En apparence, le raisonnement tenu par M. Daël est différent de celui-ci, puisque ce n'est pas le "sentiment de scandale et d'indignation" suscité par le dommage qui doit permettre d'engager la responsabilité du service public, mais "rapporté au principe d'égalité, le risque exceptionnel (se détachant) du risque que comporte nécessairement tout traitement efficace". Il était pourtant évident, compte tenu des circonstances de l'espèce, que le risque

(1) R.D.P. 1993, p.1101.

(2) Voir respectivement, la note de M. Paillet sur l'arrêt Bianchi à la R.D.P. 1993, p.1110 et la note de MM. Jouguelet et Loloum à l'A.J.D.A. 1993, p.353.

(3) Voir sur ce point supra p.405-406.

(4) Conclusions sur l'arrêt Bianchi précité du 9 avril 1993, Rec. p.132.

(5) Voir supra p. 403.

présenté par une artériographie n'apparaissait pas, par lui-même, "exceptionnel", dans la mesure où il était, selon les termes mêmes de l'arrêt, "inhérent à ce genre d'examen". On se situe, par conséquent, dans une hypothèse différente de celle de l'arrêt Gomez rendu par la Cour administrative d'appel de Lyon (1). Dans cette dernière espèce, en effet, c'était bien l'existence de risques spéciaux présentés par une méthode thérapeutique nouvelle, comparés aux risques normalement encourus par les usagers, qui justifiait le recours à la responsabilité sans faute. Dans l'arrêt Bianchi, en revanche, ce qui est exceptionnel, c'est la fréquence de réalisation du risque, la survenance d'un dommage dans trois à quatre cas pour dix mille opérations.

Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'une des conditions d'application du régime de responsabilité sans faute est appréciée de façon différente dans ces deux jurisprudences : dans l'arrêt Gomez, le risque doit être inconnu, alors qu'il doit être connu selon l'arrêt Bianchi. On mesure ici toute la distance existant entre ce qui apparaît comme un risque imprévisible et de nature indéterminée dans la première hypothèse, et comme un risque irrésistible mais clairement défini dans la seconde. La solution retenue à l'occasion de l'arrêt Bianchi apparaît, de ce point de vue, tout à fait cohérente. On voit mal, en effet, comment un juge pourrait apprécier le caractère exceptionnel de la réalisation d'un risque, si ce risque n'était pas déjà connu et répertorié.

Il existait, cependant, un inconvénient majeur à exiger que cette condition soit remplie. Comme l'a noté M. Daël, qui conseillait son abandon, "il apparaîtrait anormal que les premières victimes d'un risque exceptionnel restent sans indemnisation" (2). Mais selon nous, cette critique n'a de portée que si l'on envisage la jurisprudence Bianchi de façon isolée. En revanche, elle perd pratiquement tout fondement si l'on confronte cette jurisprudence avec l'arrêt Gomez. Car, en effet, qui peuvent être les premières victimes de la réalisation d'un risque exceptionnel inconnu, sinon les bénéficiaires d'une thérapeutique nouvelle ? Certes, il pourrait s'agir des victimes d'actes diagnostics nouveaux, lesquels ne sont pas visés par l'arrêt Gomez. Selon nous, cependant, il n'y aurait aucun inconvénient à étendre cette jurisprudence, en dehors du cas d'espèce visé, à l'ensemble des actes médicaux dont les risques sont mal connus.

Les principales limitations au champ de la jurisprudence Bianchi proviennent, comme on a pu l'observer, de la définition du risque "dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle". Il ne s'agit pas, cependant, des seules restrictions apportées par le Conseil d'Etat qui s'attache également à définir le dommage susceptible d'être réparé à travers deux conditions supplémentaires.

En premier lieu, le malade ne doit pas être "particulièrement exposé" au dommage. La solution était logique, et comme l'a justement observé M. Paillet, "si le patient présente des prédispositions particulières à la consécration du risque, celui-ci devient normal et perd ainsi

(1) Arrêt précité supra p.351 note 3.

(2) Conclusions sur l'arrêt Bianchi, Rec. p.1104.

son caractère exceptionnel” (1). Il est d’ailleurs intéressant de constater que cet élément n’est apprécié qu’en tant que condition d’exonération de la responsabilité de l’établissement hospitalier. Or, comme on l’a vu, la prise en compte de l’état de santé de la victime, dans le cadre de la responsabilité pour faute, ne présentait pas nécessairement un tel caractère. Il s’agissait, non plus d’une condition de fond de l’engagement de la responsabilité de l’administration, mais d’un critère d’appréciation de la faute, puisque l’utilisation de cette notion pouvait également aboutir à déclarer l’hôpital responsable (2).

En second lieu, le dommage doit présenter “un caractère d’extrême gravité”. Même s’il semble difficile de déterminer ce que cette formule recouvre, la restriction est importante, puisqu’elle apparaît nettement plus marquée que si les juges s’étaient référés à un dommage anormal. Comme l’ont relevé Mme. Maugué et M. Touvet, le Conseil d’Etat souhaite probablement vouloir introduire une gradation parmi les préjudices susceptibles d’entraîner la responsabilité sans faute de l’administration (3). Si elle n’est pas précisée par les commentateurs de l’arrêt, la justification de cette exigence semble pouvoir être trouvée dans la qualité d’usager de ces victimes, et le bénéfice qu’elles sont censées tirer du fonctionnement du service public en cause. N’oublions pas, en effet, que l’arrêt Bianchi constitue la première illustration de l’application d’un mécanisme de responsabilité sans faute objective à un usager et que, avant cet arrêt, comme d’ailleurs dans la jurisprudence ultérieure, la condition d’anormalité du dommage n’a été appliquée qu’à des tiers.

Ainsi, la définition restrictive des dommages susceptibles d’être réparés se justifie beaucoup plus que la référence aux “complications exceptionnelles et anormalement graves” visées par l’arrêt Gomez (4). L’arrêt Bianchi concerne, en effet, une hypothèse de responsabilité objective dans laquelle l’engagement de la responsabilité sans faute de l’administration est justifiée par la nature des dommages subis. Dans la jurisprudence Gomez, au contraire, c’est l’existence d’un risque spécial qui conditionne, principalement, l’engagement de la responsabilité sans faute des établissements hospitaliers : dans ce cadre, la nature des dommages dont il est demandé réparation ne devrait logiquement pas être visée.

Comme on peut le voir, les critiques formulées à l’encontre de la validité du raisonnement juridique tenu par le Conseil d’Etat à l’occasion de l’arrêt Bianchi apparaissent assez exagérées. S’il s’agit bien d’une jurisprudence nouvelle, elle ne remet pas en cause l’économie générale du système de responsabilité auquel elle se rattache, dans la mesure où elle opère un double cantonnement de la responsabilité objective, par une

(1) Conclusions sur l’arrêt Bianchi, Rec. p.104.

(2) Voir sur ce point supra p.215-219.

(3) Voir la chronique publiée sur l’arrêt Bianchi, A.J.D.A. 1993, p.352.

(4) Arrêt précité supra p.351 note 3.

définition étroite du risque thérapeutique et des dommages susceptibles d'être réparés.

En fait, la principale objection que l'on peut formuler à l'encontre de cette jurisprudence se situe sur un plan pratique, c'est à dire sur la charge financière qu'elle risque de faire peser sur le patrimoine hospitalier. On peut pourtant se demander s'il est vraiment logique d'affirmer que le débat ne devrait pas porter sur le poids financier d'éventuelles condamnations, mais sur le fait même que les conséquences de la réalisation d'un risque sont supportées par un établissement qui ne peut nullement l'éviter (1).

Pourtant, la jurisprudence Bianchi recèle de véritables dangers, notamment dans l'utilisation qui en a été faite par les juges du fond à propos de la réparation de dommages liés à la pratique d'anesthésies (2). D'un point de vue strictement juridique, la solution était incontestable. En particulier, le risque de réalisation du dommage, en dehors de toute faute imputable au praticien, et dans la mesure où le malade n'y était pas particulièrement exposé, était encore moins important que pour les artériographies, puisqu'il se situait entre un pour dix mille et un pour treize mille (3).

C'est justement ici que se situe le danger de la jurisprudence Bianchi, et de la réparation des dommages occasionnés par la réalisation de risques inhérents à un type d'activité donné. En ne prenant en compte que la fréquence de la réalisation du risque, les juges mettent de côté la fréquence même du traitement. Or, plusieurs millions d'anesthésies sont pratiquées chaque année, ce qui fait que la jurisprudence Hôpital Joseph-Imbert d'Arles -si elle devait être consacrée par le Conseil d'Etat- pourrait conduire, en dépit de son caractère "exceptionnel", à plusieurs centaines de condamnations par an ! Il va sans dire qu'un tel cas de figure aboutirait à faire peser une charge insupportable sur les finances des hôpitaux. Cependant, on voit bien qu'aucun argument d'ordre juridique ne pourrait fonder le refus d'appliquer le système de responsabilité objective institué à l'occasion de l'arrêt Bianchi aux victimes des anesthésies.

Ainsi, une définition précise du risque dont la réalisation peut permettre la mise en oeuvre d'un système de responsabilité objective ne suffit pas nécessairement à restreindre le développement d'un tel système. De ce point de vue, une définition également étroite des dommages susceptibles d'être réparés, en fonction de leur gravité, ne change pas grand chose à l'affaire. Ce problème, qui apparaît lorsque le risque auquel sont exposées les victimes est qualifié en fonction de la faible fréquence de sa réalisation, se pose, avec tout autant d'acuité, lorsque le risque est défini en fonction de son impact limité dans le temps.

(1) Voir sur ce point infra p.418-420.

(2) Voir C.A.A. Lyon, 20 septembre 1993, Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, (arrêt précité supra p.387 note 5).

(3) Renseignement recueilli dans la note de M. Bon, R.F.D.A. 1994, p.99.

§II- La qualification du risque en fonction de son impact limité dans le temps : le problème des risques sériels

De prime abord, l'hypothèse de la réalisation de risques sériels ne remplit pas l'une des conditions d'engagement de la responsabilité sans faute objective de l'administration. Ce n'est pas la condition d'anormalité, ou disons, plus généralement, de gravité du dommage qui pose ici un problème. On pourrait certes exiger, comme dans la jurisprudence Bianchi, que la victime démontre qu'elle a subi un préjudice d'une "extrême gravité" (1). L'existence d'une condition aussi restrictive n'empêcherait toutefois pas la mise en place d'un régime de responsabilité sans faute objective. En revanche, il ne fait pas de doute que les dommages occasionnés par la réalisation de risques sériels ne satisfont pas à la condition de spécialité. Pourtant, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à faire bénéficier du régime visé les victimes contaminées par le virus du sida à l'occasion d'une transfusion sanguine. Si l'impact limité dans le temps du risque sériel envisagé permet, en partie, d'expliquer la position du Conseil d'Etat, l'affaire du sang contaminé n'en constitue pas moins l'illustration la plus frappante des inconvénients liés à l'objectivation jurisprudentielle de la responsabilité.

A- L'affaire du sang contaminé et l'application de la responsabilité sans faute objective pour la réparation des dommages occasionnés par la réalisation de risques sériels

En se référant à l'affaire du sang contaminé (2), on s'échappe quelque peu du domaine de la responsabilité hospitalière envisagée stricto sensu. Le régime de responsabilité sans faute objective établi par les juges de l'administration à l'occasion des arrêts d'Assemblée Consorts N'Guyen, Jouan, et consorts Pavan du 26 mai 1995 s'applique (3), en effet, non pas aux établissements hospitaliers eux-mêmes, mais aux centres de transfusion sanguine élaborateurs de produits sanguins. Pourtant, il va sans dire que ce problème est intimement lié à celui de la responsabilité de ces établissements. Ainsi, l'admission de la responsabilité sans faute objective des centres de transfusion sanguine a eu pour effet d'exclure partiellement une responsabilité hospitalière qui s'est vue assigner un domaine précis. Mais d'un autre côté, la transformation du risque sériel en risque dont la réalisation est exceptionnelle, à partir du moment où la principale cause de contamination a été éliminée, posait la question de la définition du domaine temporel de la jurisprudence Consorts N'Guyen, Jouan et consorts Pavan, et d'une application éventuelle de la jurisprudence

(1) Voir sur ce point supra p.410.

(2) Voir sur ce point supra p.336-339

(3) Arrêts précités supra p.23 note 1.

Bianchi aux établissements hospitaliers.

1)° L'admission de la responsabilité sans faute objective des centres de transfusion sanguine et le cantonnement de la responsabilité des établissements hospitaliers

La recherche d'une solution propre à réparer les dommages subis par les victimes de contaminations transfusionnelles par le virus du sida avait d'abord amené les juges de l'administration à n'envisager que la responsabilité de l'Etat et des établissements hospitaliers. Dans ses trois arrêts d'Assemblée du 9 avril 1993, D..., G... et Epoux B... (1), le Conseil d'Etat avait ainsi décidé, en dépit de l'existence d'un régime légal d'indemnisation (2), que la responsabilité de l'Etat pouvait être engagée pour une faute simple constituée par la carence constatée dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de police sanitaire. La juridiction administrative suprême devait également préciser que la période durant laquelle l'Etat pouvait être mis en cause était comprise entre le 22 novembre 1984, date du rapport Brunet soulignant le danger de contamination et le 20 octobre 1985, date de la diffusion de la circulaire qui, en interdisant la délivrance de produits sanguins non chauffés, a supprimé le principal facteur de risque (3).

Parmi les nombreuses décisions des juges du fond qui ont tenté d'engager, aux moyens de différentes techniques (4), la responsabilité des établissements hospitaliers, la décision Nothelfer rendue par le Tribunal administratif de Marseille le 11 juin 1991 (5), apparaît particulièrement intéressante. Dans cette affaire, le Tribunal a en effet décidé que le malade transfusé "encourt un risque de contamination dont les conséquences excèdent très largement les limites de celles qui résultent normalement de leur activité, et (qu'un) tel risque entraîne la responsabilité de l'hôpital indépendamment de toute faute du service public hospitalier".

La référence aux conséquences du risque de contamination, c'est à dire, en fait, aux dommages subis par la victime, démontre de façon très claire que le Tribunal administratif

(1) Arrêts précités supra p. 160 note 3.

(2) Voir sur le fonds d'indemnisation, S. Durfort, "Principes d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida", in *Le sida, aspects juridiques*, Economica 1995, p.110-126 ; Yvonne Lambert-Faivre, "Principes d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida", D.S. 1993, Chron. p.67-71.

(3) Sur la jurisprudence antérieure aux arrêts du Conseil d'Etat, et plus spécialement sur la fluctuation de la date de responsabilité pour faute de l'Etat, voir M. Sousse, *La notion de réparation de dommages ...*, op.cit. p.456-460.

(4) Voir sur ce point supra p. 338-339.

(5) Arrêt précité supra p.337 note 3.

entendait faire bénéficier le demandeur d'un régime de responsabilité sans faute objective. Or, à l'évidence, une telle solution n'est guère conforme à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Tout d'abord, la solution visée est antérieure à l'arrêt Bianchi du 21 avril 1993 qui, le premier, a engagé la responsabilité d'un établissement hospitalier du seul fait de la réalisation d'un risque thérapeutique (1). Ensuite, quand bien même les termes employés par la décision peuvent prêter à confusion, il est clair qu'elle n'entre pas dans le cadre de cette jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, le Tribunal administratif de Marseille ne vise pas un risque dont la réalisation est exceptionnelle, mais bien un risque sériel qui ne peut être qualifié d'exceptionnel que par l'ampleur de ses conséquences. En somme, bien que le vocable employé soit le même, l'acception retenue par le Conseil d'Etat est diamétralement opposée à celle choisie par le Tribunal administratif de Marseille.

Pourtant, la juridiction administrative suprême allait finir par admettre que la responsabilité sans faute objective de l'administration pouvait être engagée pour la réparation des dommages subis par les hémophiles et les transfusés contaminés par le virus du sida à l'occasion des trois arrêts d'Assemblée du 26 mai 1995, consorts N'Guyen, Jouan et consorts Pavan (2). Les deux premières affaires visées concernaient des demandes relatives à une contamination subie par des transfusés lors d'une opération assurée dans un hôpital dépendant de l'Assistance publique à Paris (3). Les produits sanguins avaient été fournis par le propre centre de transfusion sanguine des établissements en cause. Selon le Conseil d'Etat, "... la responsabilité encourue par l'Assistance publique, du fait d'un vice affectant le produit administré, doit être recherchée non sur le fondement des principes qui gouvernent la responsabilité des hôpitaux en tant que dispensateurs de prestations médicales, mais, au cas d'espèce, sur la base des règles propres à son activité de gestionnaire d'un centre de transfusion sanguine". Quant à la responsabilité des établissements hospitaliers, qui n'élaboraient pas le sang utilisé pour les transfusions, elle est en principe exclue, sauf en cas de "faute prouvée ou révélée par l'accident ...".

Un certain nombre de remarques peuvent être formulées sur ce point. D'abord, on doit mettre l'accent sur l'étroitesse du domaine de la responsabilité hospitalière. En principe, la contamination proviendra des vices inhérents aux produits sanguins et il sera difficile, pour la victime, de prouver qu'une faute a été commise par les agents de l'établissement hospitalier, à moins que celle-ci ne soit flagrante (4).

(1) Arrêt précité supra p.22 note 4.

(2) Arrêts précités supra p.23 note 1.

(3) Dans l'affaire Pavan, le Conseil d'Etat décide que les juges de l'administration sont incompétents, le centre de transfusion sanguine en cause relevant d'une personne morale de droit privé. Dans de tels cas, seuls les juges de l'ordre judiciaire sont compétents. La jurisprudence de la Cour de cassation, si elle se réfère toujours à la faute, aboutit de façon quasi-automatique à l'engagement de la responsabilité des personnes morales de droit privé visées, lesquelles sont redevables d'une obligation de résultat. (Voir Cass.civ. 12 avril 1995, J.C.P. 1995. n°22467, note P. Jourdain).

(4) A ce sujet, M. Moreau cite l'exemple d'une erreur commise par les agents d'un établissement hospitalier

Ensuite, la formule employée par les trois arrêts du Conseil d'Etat apparaît on ne peut plus critiquable. En se référant à une faute "révélée" par ce qui est en fait une contamination hospitalière, la juridiction administrative suprême semble admettre que la responsabilité de l'établissement hospitalier pourrait être engagée en application d'un mécanisme de présomption. Or, comme on a pu l'observer, la jurisprudence du Conseil d'Etat a établi, dans le domaine des infections nosocomiales, une présomption de faute irréfragable (1). De ce fait, si l'on devait prendre la formule employée par la juridiction administrative suprême au pied de la lettre, il serait aussi aisé pour la victime d'évoquer cette présomption, que d'engager la responsabilité sans faute de la personne morale dont dépend le centre de transfusion sanguine élaborateur des produits contaminés. Il est pourtant certain que le Conseil d'Etat n'a jamais voulu ouvrir une telle option aux victimes, le problème que l'on vient de soulever provenant vraisemblablement d'une imprécision commise dans la rédaction de l'arrêt.

Un problème du même type se pose à propos de la définition du domaine de la responsabilité sans faute objective des personnes morales de droit public dont dépendent les centres de transfusion sanguine. Selon l'arrêt consorts Pavan, "le préjudice résultant pour un malade de sa contamination par des produits sanguins transfusés est imputable à la personne morale publique ou privée qui a élaboré les produits utilisés". En revanche, selon les arrêts Jouan et consorts N'Guyen, "les centres de transfusion sont responsables, même en l'absence de faute, des conséquences dommageables de la mauvaise qualité des produits fournis".

Or, la fourniture de produits sanguins constitue une opération clairement distincte de celle de leur élaboration. Il s'agit, selon la loi du 21 juillet 1952, modifiée par la loi du 2 octobre 1961, de l'une des activités dont les centres de transfusion sanguine ont le monopole, au même titre que "les opérations de collecte de sang, de traitement et de conditionnement". Ainsi, la formule employée par les arrêts Jouan et consorts Pavan pouvait laisser penser qu'un centre de transfusion sanguine qui aurait délivré à un établissement hospitalier des produits sanguins qu'il n'aurait pas lui même élaborés pouvait se voir appliquer un régime de responsabilité sans faute objective.

Cette possibilité a toutefois été indiscutablement rejetée par la Cour administrative d'Appel de Nancy dans un arrêt consorts Engel rendu le 27 juin 1996 (2). Il résulte très clairement de cet arrêt que seule peut être recherchée la responsabilité sans faute objective des personnes morales de droit public dont dépendent les centres de transfusion sanguine qui ont élaboré les produits sanguins contaminés.

sur le groupe sanguin du receveur (note au J.C.P. 1995 sur les arrêts Consorts N'Guyen, Jouan et consorts Pavan).

(1) Voir sur ce point supra p.305-307.

(2) L.P.A. 28 mars 1997, p.12, note P. Tifine.

Si cet arrêt s'oppose à une interprétation littérale de la jurisprudence du Conseil d'Etat, il n'en est pas moins conforme à son esprit. Dans ses conclusions, M. Daël relève ainsi "(qu'il) est logique lorsqu'une collectivité publique fabrique la substance de faire porter la responsabilité sur le responsable de l'élaboration" (1). En somme, comme le note M. De Lajartre, à propos des trois arrêts susvisés, "ce n'est pas parce que l'hôpital a simplement offert le contexte pour que se produise la contamination qu'il doit en assurer la réparation ; il semble nécessaire de distinguer le fait ayant permis l'irréparable, l'intervention chirurgicale nécessitant assurément une transfusion, de la cause, pas forcément fautive, du dramatique préjudice, c'est à dire la fourniture d'un produit sanguin vicié" (2). Il apparaît évident qu'une telle affirmation concerne, a fortiori, un centre de transfusion sanguine qui n'a ni élaboré, ni même utilisé à des fins thérapeutiques les produits incriminés. Comme pour les établissements hospitaliers, il est logique de penser que la responsabilité de ces centres ne peut être engagée que pour faute prouvée.

Un autre problème soulevé par la jurisprudence Consorts N'Guyen, Jouan et consorts Pavan, concerne les rapports existant entre le régime de responsabilité sans faute objective établi à cette occasion et le régime de même nature appliqué aux établissements hospitaliers mis en oeuvre par la jurisprudence Bianchi (3). Il est en effet intéressant de savoir si la transformation du risque sériel, visé par les arrêts Consorts N'Guyen, Jouan et consorts Pavan, en risque dont la réalisation est exceptionnelle, hypothèse envisagée par l'arrêt Bianchi, permet d'établir une passerelle entre ces deux jurisprudences.

2)° L'admission de la responsabilité sans faute objective des centres de transfusion sanguine et le rejet de la responsabilité sans faute objective des établissements hospitaliers

Comme on a pu l'observer, le risque sériel généré par l'activité transfusionnelle des centres de transfusion sanguine a pour principal caractéristique d'être précisément circonscrit dans le temps. Les premiers cas de sida ont été identifiés en 1981, et le virus n'a été découvert qu'en 1983. La diffusion, à partir du 20 avril 1985, d'une circulaire du ministre de la santé interdisant la délivrance de produits sanguins non chauffés a permis de faire chuter de façon importante l'intensité du risque de contamination. A partir de cette date, le taux de réalisation du risque est estimé à 0,003%. Ce taux correspond principalement au problème présenté par les donneurs de sang en période dite "morte" de séroconversion. Cette période se situe entre la contamination du donneur et l'apparition d'une réponse immunitaire décelable par les tests de détection. Comme on peut le voir, il ne s'agit plus dans un tel cas, d'un risque de type sériel, mais bien d'un risque dont la réalisation

(1) R.F.D.A. 1995, p.757.

(2) R.D.P. 1995, p.1626.

(3) Voir sur ce point supra p.407-411.

est exceptionnelle.

Or, comme on le sait, les préjudices subis par les usagers des établissements hospitaliers peuvent, lorsque de tels risques sont en cause, permettre d'engager la responsabilité sans faute objective de ces établissements, en application de la jurisprudence Bianchi (1). On pourrait ainsi être tenté de penser que les hémophiles et les transfusés contaminés par le virus du sida, après la date du 20 avril 1985, étaient en mesure d'engager la responsabilité sans faute objective de l'établissement hospitalier dans lequel a été pratiqué la transfusion. Une telle solution aurait conduit à écarter la responsabilité sans faute objective de la personne morale de droit public dont dépend le centre de transfusion sanguine élaborateur des produits sanguins incriminés.

Cette solution ne semble pas avoir été retenue par la jurisprudence du Conseil d'Etat qui paraît vouloir privilégier, une fois encore, la mise en cause du responsable de l'élaboration des produits sanguins. Certes, les trois arrêts d'Assemblée du 26 mai 1995 n'ont pas explicitement exclu l'engagement de la responsabilité sans faute objective des établissements hospitaliers. L'arrêt Jouan, qui concerne justement une contamination survenue en 1987, c'est à dire après que le risque de contamination soit passé de l'état de risque sériel à l'état de risque dont la réalisation est exceptionnelle, semble toutefois avoir implicitement écarté cette possibilité. Comme dans l'arrêt consorts Pavan, qui concernait également l'Assistance publique à Paris, mais s'appliquait aux conséquences d'un risque sériel, le Conseil d'Etat précise que la responsabilité "doit être recherchée non sur le fondement des principes qui gouvernent la responsabilité des hôpitaux en tant que dispensateurs de prestations médicales mais, au cas d'espèce, sur la base des règles propres à son activité de gestionnaire d'un centre de transfusion sanguine".

Selon nous, la position du Conseil d'Etat est assez peu contestable. On voit mal, en effet, pour quelle raison la variation de l'intensité du risque présenté par l'activité transfusionnelle devrait influencer sur la détermination de la causalité. S'agissant, dans tous les cas, d'un risque inhérent à cette activité, et plus spécialement au processus d'élaboration des produits sanguins, rien ne justifie d'engager la responsabilité sans faute objective de l'établissement hospitalier. En effet, la modification de la nature du risque visé n'a aucune influence sur la détermination de son origine, le rôle respectif joué par l'établissement hospitalier et le centre de transfusion sanguine dans sa création étant comparable dans les deux cas.

Ainsi, la jurisprudence Bianchi connaît une exception notable lorsque les dommages dont il est demandé réparation ont été occasionnés par des produits sanguins qui n'ont pas été élaborés par l'établissement hospitalier qui en a fait l'usage. La solution est intéressante et apparaît, somme toute, on ne peut plus logique.

Il est fort possible, au demeurant, que les juges de l'administration aient entendu limiter la réparation des dommages occasionnés par la réalisation des risques sériels aux victimes

(1) Voir sur ce point supra p.407-411.

du sida. En effet, l'influence particulièrement importante, dans ce domaine, de considérations d'équité favorables à l'établissement d'un régime de responsabilité sans faute objective, incite à conférer une portée restreinte aux arrêts d'Assemblée du 26 mai 1995 (1). Par ailleurs, si l'on replace cette notion dans le cours de l'évolution jurisprudentielle, il apparaît clairement que le Conseil d'Etat pourrait difficilement aller plus loin sur la voie de l'objectivation de la responsabilité hospitalière. Sachant que les arrêts consorts N'Guyen, Jouan et consorts Pavan réparent les dommages occasionnés par la réalisation de risques sériels, la phase ultime de l'évolution consisterait à ne plus prendre en compte les caractères spécifiques des risques créés, et à établir ainsi un système généralisé de responsabilité sans faute objective. C'est en particulier pour cette raison que l'affaire du sang contaminé est révélatrice des inconvénients liés à l'objectivation jurisprudentielle de la responsabilité.

B- L'affaire du sang contaminé révélatrice des inconvénients liés à l'objectivation jurisprudentielle de la responsabilité des établissements hospitaliers

Indéniablement, les règles établies par le Conseil d'Etat présentent un caractère casuistique affirmé, ce qui confère une grande fragilité au système mis en place. Cette fragilité du système de responsabilité tient essentiellement à deux facteurs. Il s'agit, en premier lieu, du caractère empirique, et en définitive discriminatoire des modes de détermination des personnes responsables et des victimes susceptibles d'être indemnisées. Il s'agit, en second lieu, de la distorsion des mécanismes de responsabilité.

1)° Le caractère discriminatoire des modes de détermination des personnes responsables et des victimes susceptibles d'être indemnisées

Dans le cadre de la responsabilité pour faute, l'engagement de la responsabilité de l'administration est subordonnée à la violation d'une obligation. Certes, la faute que constitue cette violation n'est jamais commise - à proprement parler - par l'administration. Mais, s'agissant d'un type de responsabilité indirecte (2), le service public se voit logiquement imputer cette faute et cela, quelle que soit la nature de l'obligation violée. Naturellement, les victimes de la faute commise par l'administration pourront voir leur préjudice réparé.

Les mécanismes de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque obéissent à la même logique. Dans cette hypothèse, cependant, le service public dont la responsabilité est

(1) Arrêts précités supra p.23 note 1.

(2) Voir sur ce point supra, p. 81-85.

engagée n'a pas commis de faute. Mais l'utilisation d'une méthode créant des risques supérieurs à ceux normalement inhérents au type d'activité administrative visé justifie l'engagement de sa responsabilité (1). Les bénéficiaires d'un tel régime de responsabilité seront les victimes, tiers ou usagers, des dommages occasionnés par l'emploi de cette méthode.

La détermination de la personne responsable, dans le cadre d'un régime de responsabilité sans faute objective, n'obéit pas à une telle logique. Dans ce système, en effet, les agents de l'administration ne jouent aucun rôle actif dans la réalisation de risques qui sont inhérents à un type d'activité donné. On pourrait certes justifier l'engagement de la responsabilité de l'administration par le fait qu'elle est gestionnaire de l'activité en cause. C'est ce raisonnement qui est tenu par le Conseil d'Etat dans les arrêts consorts N'Guyen, Jouan et consorts Pavan (2), comme dans les arrêts mettant en cause la responsabilité de l'Etat dans le cadre de ses activités de surveillance (3). Ainsi, dans les arrêts d'Assemblée du 26 mai 1995, la juridiction administrative suprême n'a pas manqué de fonder l'engagement de la responsabilité sans faute objective des centres de transfusion sanguine sur "la mission qui leur est confiée" par le législateur. Plus spécialement, le Conseil d'Etat se réfère aux opérations de collecte du sang, de contrôle des prélèvements, de traitement, de conditionnement et de fourniture aux utilisateurs de produits sanguins.

Mais rien ne justifie, alors, que le même raisonnement ne soit pas tenu chaque fois qu'une activité de service public occasionne un dommage, au moins s'il présente un certain degré de gravité. Or, dans la majeure partie des cas, la jurisprudence continue d'exiger qu'une faute commise par les agents de l'administration soit prouvée par la victime. La référence aux activités du service public de transfusion sanguine ne peut dès lors être sérieusement regardée comme justifiant, en droit, l'engagement de la responsabilité sans faute objective de l'administration. Elle sert, bien au contraire, à masquer une discrimination opérée entre les différents risques inhérents à l'activité des services publics. Le fait que le risque ne se concrétise que de façon exceptionnelle, ou qu'il présente un caractère sériel, ne change rien à l'affaire, dans la mesure où leur réalisation ne dépend pas de l'emploi d'une méthode particulière, ou bien d'une faute commise par un agent de l'administration dans le cadre de l'activité de service public en cause.

Il apparaît, dès lors, qu'il n'existe pas de justification juridiquement fondée à cette discrimination. En fait, spécialement dans les arrêts Consorts N'Guyen, Jouan et Consorts Pavan, cette justification se situe dans la volonté de réparer les dommages subis par les hémophiles et transfusés contaminés par le virus du sida. L'exercice d'une forte pression

(1) Voir sur ce point supra p.350-351.

(2) Arrêts précités supra p. 23 note 1.

(3) Voir C.E. Ass. 9 avril 1993, M. G., M. B., Mme.D. précités supra p.160 note 3 ; T.A. Versailles, 3 juillet 1997, précité supra p.392 note 2.

sociale sur les juges, l'existence de dommages extrêmement graves, et les aspects scandaleux de l'affaire du sang contaminé sont seuls susceptibles d'expliquer la solution retenue. S'il n'est pas dans notre propos de critiquer les effets de cette jurisprudence généreuse, on est bien obligé de constater qu'elle conduit à la réduction progressive du domaine de la responsabilité pour faute, et à une remise en cause de son caractère de droit commun. Mais surtout, cette jurisprudence conduit à une distorsion de la notion de risque qui pourrait mettre en danger l'équilibre de l'ensemble des règles établies dans le domaine de la responsabilité hospitalière.

2)° La distorsion de la notion de risque

L'utilisation de la notion de risque par les juges de l'administration est marquée par une évolution dans la signification qui lui est attachée. La jurisprudence consacrée à la réparation de dommages occasionnés par l'emploi d'une méthode thérapeutique nouvelle, constitue une application classique de cette notion. Le risque spécial créé par la méthode utilisée apparaît comme une condition de fond de l'engagement de la responsabilité de l'administration. La référence à cette condition technique d'engagement de la responsabilité des services publics constitue, à l'image de la faute, une limitation importante à l'objectivation de la responsabilité.

L'arrêt Bianchi (1), et plus encore les arrêts Consorts N'Guyen, Jouan, Consorts Pavan (2), adoptent une nouvelle acception de la notion de risque qui présente, désormais, un double visage. Il ne s'agit plus de réparer les dommages occasionnés par un risque spécial créé par une méthode particulière utilisée par l'administration, mais de réparer les dommages inhérents à une activité donnée. Cette conception du risque a notamment été adoptée dans l'arrêt Cames relatif au risque professionnel (3), mais elle n'avait jamais été appliquée, jusqu'alors, aux usagers des services publics. Cette jurisprudence novatrice voit son champ d'application limité par une définition très stricte des risques dont la réalisation est susceptible d'être réparée, que cette restriction soit d'ordre matériel comme dans la jurisprudence Bianchi (4), ou bien d'ordre temporel, comme dans la jurisprudence Consorts N'Guyen, Jouan, Consorts Pavan (5). En principe, cette utilisation particulière de la notion de risque permet également d'atténuer l'objectivation de la responsabilité.

(1) Arrêt précité supra p.22 note 4.

(2) Arrêts précités supra p.23 note 1.

(3) Arrêt précité supra p.91 note 2.

(4) Voir sur ce point supra p. 407-411.

(5) Voir sur ce point supra p. 412-418.

On peut toutefois observer, dans la pratique, que la distorsion de la notion de risque, si elle apparaît contrôlée par les juges, ne va pas sans présenter certains dangers. Ce danger est d'abord observable dans la jurisprudence Bianchi qui permet de réparer des risques dont la réalisation est exceptionnelle. Dans ce domaine, la question de la fréquence du traitement n'a pas été prise en compte (1). Comme on l'a vu, la jurisprudence Bianchi, qui concerne les artériographies, a été appliquée par la Cour administrative d'appel de Lyon pour la réparation de dommages "d'extrême gravité" subis par les victimes, beaucoup plus nombreuses, d'anesthésies (2).

Ce même danger est ensuite observable, de manière beaucoup plus nette, dans le domaine de la réparation des dommages subis par les victimes d'une contamination par le virus du sida. Dans ce cadre, en effet, c'est la réalisation d'un risque de type sériel qui est prise en compte. Si l'on a pu observer que le risque visé est précisément circonscrit dans le temps, les possibilités d'extension de la responsabilité objective ouvertes par la jurisprudence Consorts Pavan, Jouan et Consorts N'Guyen paraissent importantes (3).

Le principal problème qui se pose dans ce domaine est celui de l'application éventuelle de cette jurisprudence aux victimes contaminées par l'hépatite C après une transfusion sanguine. Il apparaît clairement, selon nous, que les arguments juridiques que l'on pourrait avancer à l'encontre de cette extension sont dénués de toute portée : à partir du moment où la jurisprudence susvisée permet d'engager la responsabilité sans faute objective des centres de transfusion sanguine en raison des vices présentés par les produits sanguins élaborés par eux, rien ne justifie qu'une différence soit faite entre les victimes du sida et celles de l'hépatite C. La généralité de la formule employée dans les arrêts Consorts N'Guyen, Jouan et Consorts Pavan, qui se réfère à l'activité d'élaboration des produits sanguins, ne devrait pas laisser subsister de doutes sur ce point. Dans l'affaire Consorts Pavan, d'ailleurs, la victime avait développé une hépatite C, avant que la contamination par le virus du sida n'ait été établie. De leur côté, les juges de l'ordre judiciaire, et notamment la Cour d'appel de Montpellier dans un arrêt du 13 octobre 1997, tendent à condamner les cliniques à des sommes de plus importantes, comparables à celles allouées aux victimes du sida (4).

On pourrait certes nous opposer que l'hépatite C ne se contracte pas seulement par voie transfusionnelle, les deux tiers, environ, des victimes de cette affection l'ayant contractée à une autre occasion. Mais ce constat est également valable pour les victimes du sida : si la responsabilité du centre de transfusion sanguine est engagée rien ne prouve, dans de

(1) Voir sur ce point supra p.410.

(2) Ibid.

(3) Arrêts précités supra p.23 note 1.

(4) Le Monde, 21 octobre 1997.

nombreuses hypothèses, que la contamination n'était pas postérieure à l'hospitalisation (1).

En réalité, les seuls arguments recevables en faveur de la non-application de la responsabilité sans faute objective aux victimes de l'hépatite C, sont du même ordre extra-juridique que ceux qui fondent l'application d'un tel régime aux victimes du sida. Indubitablement, la perception sociale de ces deux maladies est différente, la pression exercée par l'opinion publique sur les juges et sur le législateur n'a pas la même force. Les débats précédant l'adoption de la loi du 31 décembre 1991 créant le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le virus de l'immunodéficience humaine sont, sur ce point, très éclairants (2). En dépit du souhait émis par un certain nombre d'associations, le gouvernement avait exclu de son projet de loi la réparation des dommages occasionnés par l'hépatite C (3). Il fallait croire, comme l'exprimait J-L Bianco, ancien ministre de la santé, que seule la contamination des hémophiles et transfusés par le virus du sida constituait un drame "sans équivalent" pour lequel il était nécessaire "que la solidarité nationale se manifeste à l'égard (des) victimes pour qui la voie juridictionnelle ne peut être pleinement satisfaisante" (4). Pour sa part, le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent, dans un arrêt du 27 novembre 1996, pour connaître d'une demande présentée par l'Association de défense des victimes de la transfusion sanguine, qui contestait le rejet implicite de sa demande tendant à ce que le gouvernement dépose un projet de loi assurant aux personnes contaminées par le virus de l'hépatite C le même régime d'indemnisation que celui prévu pour les victimes du sida (5).

Cette discrimination implicite réalisée entre les victimes des transfusions sanguines paraît également dictée par des raisons financières. Il est évident qu'il est beaucoup moins coûteux, pour l'Etat, d'indemniser 4000 à 6000 personnes contaminées par le virus du sida, plutôt que les 400 000 malades infectés par le virus de l'hépatite C. La même observation peut être formulée à propos de la jurisprudence consorts N'Guyen, Jouan, consorts Pavan (6). On peut même ajouter, sur ce point, que la charge financière imposée aux centres de transfusion sanguine pourra être atténuée, dans le cas où la victime a accepté l'offre d'indemnisation faite par le fonds. En effet, les juges sont tenus de déduire du montant de la condamnation les sommes versées par le fonds. Au demeurant, l'article 47 IX de la loi du 31 décembre 1991 ne permet au fonds d'exercer l'action subrogatoire qui lui est normalement ouverte

(1) Voir sur ce point, C. Debouy, "La responsabilité de l'administration française du fait de la contamination par le virus du sida", J.C.P. 1993.I.n°3646.

(2) Sur le fonds d'indemnisation, voir supra p.413 note 2 et infra p. 432-433.

(3) Le Monde, 20 novembre 1991

(4) Le Monde, 20 novembre 1991.

(5) Req. n°175197.

(6) Arrêts précités supra p.23 note 1.

contre les responsables que dans la mesure où “le dommage est imputable à une faute”. Cette disposition évite ainsi que la charge de l’indemnisation soit entièrement transférée de l’Etat vers les personnes morales de droit public dont dépendent les centres de transfusion sanguine.

On n’omettra pas de rappeler, par ailleurs, que “l’hépatite C est une maladie beaucoup plus polymorphe dans son évolution que l’infection au VIH. Schématiquement, on sait qu’un certain pourcentage de sujets infectés resteront au stade de la séropositivité, sans la moindre expression clinique et que même, pour certains d’entre eux, la séropositivité est réversible. On sait que 25% développeront une hépatite dont la traduction restera essentiellement biologique et là encore parfois réversible, que 25% seront atteints d’une hépatite chronique qui pourra évoluer vers la cirrhose (15%) et même parfois vers un cancer du foie (environ 5%)” (1).

On voit bien, cependant, à quel point il serait injuste de tirer parti de ces arguments pour refuser aux victimes de l’hépatite C ce qui a été accordé aux victimes du sida. En revanche, on pourrait imaginer une limitation de la responsabilité sans faute objective en transposant à la jurisprudence Consorts N’Guyen, Jouan, Consorts Pavan (2) la condition “d’extrême gravité” des dommages subis visée par l’arrêt Bianchi (3). Mais il ne s’agit ici que d’un pis-aller, et quelles sont les possibilités d’extension de cette jurisprudence dont la raison d’être réside uniquement dans des considérations d’équité.

(1) G. Nicolas, La responsabilité médicale, op.cit. p.93

(2) Arrêts précités supra p.23 note 1.

(3) Voir sur ce point supra p.410.

TITRE II

CONCLUSION

La notion de risque, telle qu'elle a été utilisée par les juges de l'administration, a longtemps constitué un moyen efficace d'atténuer l'objectivation des règles de responsabilité appliquées aux hôpitaux publics. En effet, dans son acception originelle, cette notion présente un caractère subjectif qui la rapproche de celle de faute : le déclenchement des mécanismes de responsabilité sans faute conditionnée par le risque suppose que soient pris en compte les comportements des agents de l'administration. De tels mécanismes permettent ainsi de conserver à la responsabilité son caractère amphibologique : même si les victimes ont davantage de chances d'obtenir réparation, la référence à des risques spéciaux liés à l'utilisation d'une méthode particulière conduit nécessairement à restreindre le domaine de la responsabilité sans faute.

L'utilisation de la notion de risque, dans le cadre de la responsabilité sans faute objective, présente une originalité beaucoup plus marquée. Ce qui est ici visé, ce n'est plus un risque envisagé en tant que tel, mais la réalisation de ce risque, c'est à dire, en fait, les dommages subis par les victimes. L'atténuation de l'objectivation passe, dans ce domaine, par une définition précise des risques dont la réalisation est susceptible d'engager la responsabilité sans faute de l'administration. Cependant, l'expérience n'a guère tardé à prouver que cette atténuation de l'objectivation ne peut être assurée de façon efficace par les régimes de responsabilité sans faute objective. La raison principale de ce phénomène tient au fait que de tels régimes sont marqués par l'effacement du caractère amphibologique de la responsabilité : l'aspect de la responsabilité relatif à l'appréciation du comportement des agents de l'administration, qui existe dans tous les autres domaines, y compris dans

celui de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque, est ici écarté. En effet, les risques visés ne se rattachent pas à l'emploi, par les agents de l'administration, d'une méthode particulière, mais ils sont inhérents à l'activité des services publics. Ainsi, en dépit de la référence à "des risques dont la réalisation est exceptionnelle", ou bien à des risques liés à la transfusion sanguine, la gravité des dommages subis est seule prise en compte en vue de justifier l'application de ces régimes.

DEUXIEME PARTIE

CONCLUSION

La référence au risque, comme la référence à la faute, ont permis d'atténuer, dans une certaine mesure, l'objectivation des règles de responsabilité appliquées aux établissements hospitaliers. L'aspiration de la société à la réparation de l'ensemble des préjudices subis par les victimes a été ainsi contrôlée par les juges de l'administration, et cela même si la situation de ces victimes a nettement été améliorée depuis les arrêts de Section Vves. Loiseau et Philipponeau du 8 novembre 1935 (1). Le symptôme le plus spectaculaire de cette évolution réside dans l'abandon de la faute lourde à l'occasion de l'arrêt d'Assemblée Epoux V. du 10 avril 1992 (2). On s'est pourtant bien gardé d'attacher une importance primordiale à cet arrêt qui constitue, en réalité, l'aboutissement d'une lente évolution caractérisée par une recherche constante de nouvelles solutions, à partir de l'exploitation des notions de faute et de risque.

L'utilisation de ces notions a cependant été opérée de manière différente par les juges de l'administration, et a eu des effets rigoureusement opposés. Tant qu'ils sont restés dans le domaine de la responsabilité pour faute, les juges n'ont fait que préciser la différence entre ce qui relève de l'art médical et ce qui relève des autres tâches dévolues aux agents hospitaliers. Cette évolution procède d'une prise de conscience du fait que l'ensemble des activités pratiquées dans un établissement hospitalier ne relève pas de la médecine. Une

(1) Arrêts précités supra p.3 note 4.

(2) Arrêts précités supra p.3 note 5.

telle distinction est bien évidemment présente, dès l'origine, dans le couple faute simple - faute lourde visé par les arrêts Vves. Loiseau et Philipponeau, mais elle a été progressivement affinée dans le sens d'une réduction constante du domaine de la faute lourde, sous-tendue par deux séries de préoccupations majeures.

En premier lieu, les juges ont opéré une distinction, au sein des activités médicales, entre celles qui relèvent de l'aspect conjectural de la médecine et celles qui ne présentent aucun caractère de difficulté. Ce raisonnement a d'abord permis de clairement distinguer les actes médicaux des actes de soins. Il a autorisé, ensuite, le développement des présomptions lorsque les dommages dont il est demandé réparation ont pour origine une intervention courante et de caractère bénin.

En second lieu, les juges de l'administration ont tendu à reconnaître l'existence d'une faute dès lors qu'un acte médical, quel que soit son degré de complexité, n'a pas été accompli dans des conditions optimales de sécurité. De telles préoccupations apparaissent très nettement dans les hypothèses où un interne, ou un externe des hôpitaux a réalisé un acte médical qu'il n'était pas habilité à pratiquer. D'une façon générale, le manque de personnel, ou le manque d'équipements portera atteinte, selon une formule consacrée en jurisprudence, aux "garanties médicales dues aux usager".

Dans ces différentes hypothèses, c'est toujours une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service qui est retenue, ce qui est révélateur d'une volonté, de la part des juges, de ne pas toucher à la substance de l'art médical. En d'autres termes, l'objectivation trouve ses limites, dans le cadre de la responsabilité pour faute, dans les hypothèses où le succès d'un acte médical apparaît aléatoire. En particulier, les différents mécanismes utilisés ne permettent pas de réparer, en l'absence de faute, les dommages imputables à un acte médical qui ne présente pas le caractère d'une intervention courante et de caractère bénin. En effet, lorsque de tels actes sont directement en cause, le Conseil d'Etat s'est toujours fermement opposé à l'utilisation du mécanisme présomptif. Ainsi, le système demeure cohérent, dans la mesure où il ne sanctionne que des dysfonctionnements de l'établissement hospitalier. Il conduit, surtout, à instaurer un équilibre entre la prise en compte de l'intérêt des victimes et celui de l'administration.

L'utilisation de la notion de risque ne présente pas nécessairement un tel souci d'équilibre. Ce souci n'est présent que dans le cadre des régimes de responsabilité sans faute conditionnée par le risque. Dans le cadre de ces régimes, la survenance d'un dommage ne suffit pas à permettre l'engagement de la responsabilité des établissements hospitaliers. Cet engagement est conditionné par l'existence d'un risque qui présente un degré d'intensité supérieur à ceux inhérents à un type d'activité administrative donné. On prend en compte à la fois un élément objectif -le dommage- et un élément subjectif -le risque créé-. En revanche, les régimes de responsabilité sans faute objective sont mis en oeuvre du seul fait de la survenance d'un dommage. De tels systèmes présentent pour désavantage majeur de rompre l'équilibre lié au caractère amphibologique des mécanismes de responsabilité.

Leur application ne se justifie pas d'un point de vue juridique, mais seulement par des considérations d'équité liées à la prise en compte des dommages subis, ce qui rend l'extension de ce type de responsabilité difficilement maîtrisable. Cette place faite à l'équité conduit, par ailleurs, à s'interroger sur la nature juridique de régimes qui paraissent s'inscrire, non plus dans une logique de répartition équilibrée de la charge des risques encourus, mais dans une logique de garantie sociale des risques (1).

(1) Sur la notion de garantie sociale, voir J-M Pontier, "Sida, de la responsabilité à la garantie sociale (à propos de la loi du 31 décembre 1991)", R.F.D.A. 1992, p.533-545 ; M. Sousse, "Quelle réforme en matière de responsabilité médicale ?", L.P.A. 12 octobre 1994, p. 24-28.

CONCLUSION GENERALE : L'OBJECTIVATION, SOURCE DE RENOUVELLEMENT ET REVELATRICE DES LIMITES DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX PUBLICS

Tous les auteurs s'accordent pour constater que la responsabilité hospitalière, comme la responsabilité médicale en droit privé, se trouve à un tournant. Il apparaît assez clairement que les mécanismes traditionnels ne sont plus adaptés aux nouveaux problèmes de responsabilité. Ainsi, selon M. Ewald, l'affaire du sang contaminé, qui marque l'apparition de risques sériels, a posé des problèmes qui sont "l'occasion d'un changement de paradigme de la responsabilité. Ils infirment d'abord notre croyance que le développement scientifique et technologique devrait nécessairement s'accompagner d'un inéluctable progrès dans la sécurité ... Au contraire, nous devons prendre conscience de nouvelles vulnérabilités : si nos pouvoirs, nos capacités d'intervention, notre puissance ne cessent sans doute de s'accroître, il est vain de croire que ce processus s'accompagne du savoir de contrôler et de maîtriser les nouvelles techniques" (1).

On peut toutefois estimer que le problème des risques sériels a surtout servi de révélateur à un mouvement beaucoup plus profond. En réalité, l'évolution de la responsabilité hospitalière, peut-être parce qu'elle remonte seulement à une soixantaine d'années, apparaît toute entière marquée par une prise de conscience progressive des limites de la science, et par une volonté de plus en plus affirmée de garantir la sécurité des malades, des tiers, ou des agents hospitaliers (2). Mais on évitera de donner au mot "science" une acception trop étroite, qui la réduirait au seul exercice de l'art médical. Il ne faut surtout pas

(1) "Philosophies de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique", *in* L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, Sirey 1995, p.35-44 (voir plus spécialement p.35).

(2) M. Ewald reconnaît d'ailleurs que "c'est aussi un vieux couple mythologique qu'il n'y a pas de force sans faiblesse : la cuirasse la plus parfaite, celle d'Achille ou de Siegfried, n'est pas sans défaut". Voir, Le problème français des accidents thérapeutiques ..., art. précité p.41.

perdre de vue que les progrès de la science entraînent l'utilisation de matériels de plus en plus lourds, nécessitent des périodes d'hospitalisation plus longues, qui multiplient les risques de survenance d'un dommage.

La prise de conscience de la "vulnérabilité" (1) de la victime rejaillit sur le droit et se traduit par le phénomène d'objectivation : au doute sur la science correspond le doute sur la responsabilité, et plus exactement sur la nature de la responsabilité. Ainsi, il n'est pas contestable que l'objectivation a permis d'adapter le droit à l'évolution de la société. Mais il apparaît surtout que ce mouvement, qui a conduit, dans une certaine mesure, à renouveler les règles appliquées, tend à remettre en cause le concept même de responsabilité, et à laisser une place de plus en plus grande à l'idée de garantie sociale des risques.

A- L'objectivation et l'adaptation des règles de responsabilité à l'évolution de la société

Il n'est plus question, de nos jours, de limiter les problèmes de responsabilité hospitalière au rapport médecin - malade. A l'époque du Code civil, une telle conception, conforme au schéma individualisé de l'article 1382 C.civ., pouvait encore être défendue. Les juges, la société du XIX^e siècle, avaient une opinion très haute, pratiquement sacerdotale, de la profession médicale. L'idée de colloque singulier avait en quelque sorte déteint sur les problèmes de responsabilité qui apparaissaient -nonobstant le problème d'une quasi "irresponsabilité médicale" (2)- comme une affaire strictement personnelle entre le médecin et son malade. Le fait qu'il n'existait pas de traitement efficace éliminait *de facto* le problème des risques thérapeutiques du débat, alors que les progrès techniques, dans d'autres domaines, conduisaient déjà certains auteurs à s'interroger sur la nécessité d'assouplir les règles de responsabilité issues du Code civil (3). Dans le cadre du contrat médical, la réalisation d'un dommage était imputée à la fatalité ou au hasard. En dehors des hypothèses où une faute caractérisée avait été commise, il n'était pas question que ce dommage soit mis à la charge d'un praticien, et encore moins à la charge de l'établissement dans lequel il exerce.

Cette conception étroite et individualisée des problèmes de responsabilité médicale explique également pourquoi les juges de l'ordre judiciaire ont longtemps refusé d'admettre

(1) Sur "l'éthique de la vulnérabilité", voir F. Ewald, *Le problème français des accidents thérapeutiques ...*, op.cit. p.41

(2) Voir sur ce point supra p. 101-114.

(3) Voir sur ce point supra p. 111-114.

la compétence des juges de l'administration pour connaître des fautes médicales commises par un médecin hospitalier. Cette position a été confortée par le fait que les établissements hospitaliers n'ont été considérés comme de véritables centres de soins qu'à partir de la seconde moitié du XX^e siècle.

Une fois le principe de la compétence des juges de l'administration reconnu, en liaison avec la transformation des missions dévolues aux hôpitaux, le problème n'était plus le même. On admettait que les praticiens hospitaliers étaient des agents publics et que leurs agissements étaient susceptibles d'engager la responsabilité de l'établissement hospitalier dans lequel ils exercent leur profession. La spécificité de l'activité médicale était traduite, dans les règles de responsabilité appliquées par les juges, par l'exigence d'une faute lourde, alors que la preuve d'une faute simple était requise lorsqu'étaient en cause l'organisation et le fonctionnement du service.

Toute l'évolution de la responsabilité des établissements hospitaliers a alors été inspirée par la volonté de renforcer la sécurité des victimes, à partir de la prise de conscience de sa vulnérabilité. Cette évolution a pu se faire, en grande partie, dans le cadre de la responsabilité pour faute, à partir de l'idée qu'une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service devait être relevée à chaque fois qu'un acte médical n'était pas pratiqué dans des conditions optimales de sécurité. Elle s'est également traduite, avant son abandon, par une limitation du domaine de la faute lourde aux activités touchant à l'aspect conjectural de la médecine.

Cet impératif de sécurité se retrouve, de façon plus évidente encore, dans le domaine de la responsabilité sans faute. On en eut l'occasion de préciser que les régimes de responsabilité sans faute conditionnée par le risque étaient tous inspirés, dans le domaine hospitalier, par l'idée de risque-danger : l'utilisation d'une méthode thérapeutique qui présente des risques plus importants que ceux inhérents à un type d'activité donné justifie l'application de ces mécanismes (1). Ainsi, les tiers victimes de malades mentaux bénéficiant de méthodes thérapeutiques libérales, les usagers opérés selon une méthode thérapeutique nouvelle dont les risques sont mal connus, bénéficient de l'application d'un régime de responsabilité sans faute.

La jurisprudence hospitalière a pu ainsi se renouveler, tout en rejetant une indemnisation systématique des dommages. En revanche, le développement de régimes de responsabilité sans faute objective, notamment depuis qu'ils ont été appliqués à des usagers par l'arrêt Bianchi (2), vient remettre en cause ce système. L'automatisme de ces régimes conduit à se demander si elle ne conduit pas les juges à transformer une logique de responsabilité en une logique de garantie sociale des victimes.

(1) Voir sur ce point supra p.352.

(2) Arrêt précité supra p.22 note 4.

B- L'objectivation et la mutation de la responsabilité en garantie sociale des victimes

La responsabilité sans faute objective ne prend en compte, comme condition d'engagement de la responsabilité des établissements hospitaliers, que la nature des dommages subis par la victime. Les éléments d'ordre subjectif que constituent la faute ou le risque créé par l'administration sont mis de côté. Ainsi, dans la mesure où ne sont pris en compte que les dommages subis, l'application de mécanismes de responsabilité objective relève uniquement de préoccupations d'équité : les juges décident qu'en raison de leur nature, certains types de dommages doivent être réparés même sans faute. Cela n'empêche d'ailleurs pas les juges de prendre soin, en général, de préciser le caractère exceptionnel de ces mécanismes, par la référence à certains types de risques et à la gravité des dommages subis. On a déjà pu relever à quel point ces mécanismes, dont l'existence est pourtant louable, sont contestables du point de vue du droit. Ils tendent à opérer une discrimination injustifiée entre les différentes victimes de l'activité des établissements hospitaliers et, parmi les personnes publiques, entre celles qui se verront imputer les dommages subis, et les autres (1). On aboutit ainsi à un singulier paradoxe en vertu duquel un système inspiré par l'équité, aboutit à un système inéquitable.

Ces critiques trouvent leur principale raison d'être dans le domaine de la réparation des dommages subis par les hémophiles et les transfusés contaminés par le virus du sida. Les arrêts Consorts N'Guyen, Jouan et Consorts Pavan, qui établissent dans ce domaine un régime de responsabilité sans faute objective, apparaissent largement inspirés par la loi du 31 décembre 1991 qui fait bénéficier ces victimes d'un fonds de garantie (2). L'objectif de cette loi a été clairement énoncé par le ministre de la santé de l'époque qui a souligné la nécessité de mettre en oeuvre "une procédure exceptionnelle pour indemniser un risque thérapeutique sans équivalent" (3). Il était également précisé que le système de garantie proposé "doit faire appel à la solidarité nationale et être dissocié de la prise en compte des risques thérapeutiques. Il ne s'agit même pas pour le législateur d'un risque thérapeutique ; c'est en quelque sorte une catastrophe naturelle" (4).

Les modalités de l'intervention du législateur n'avaient donc rien d'exceptionnel. La loi du 31 décembre 1991 s'inscrit dans la continuité d'autres dispositions légales prévoyant, selon une expression fréquemment utilisée tout au long du XIX^e siècle, l'octroi de

(1) Voir sur ce point supra p.418-420.

(2) Arrêts précités supra p.23 note 1.

(3) J.O. débats du Sénat, 17 décembre 1991.

(4) Ibid.

“secours” aux victimes de guerre, ou de catastrophes naturelles (1).

En revanche, la réparation par les juges de l'administration de dommages occasionnés par la réalisation de risques d'une telle nature catastrophique apparaît comme une nouveauté. On se situe, ici, dans un cadre différent de celui de la jurisprudence Bianchi qui ne permet que la réparation de dommages occasionnés par un risque dont la réalisation est exceptionnelle. Cela ne signifie pourtant pas, comme on pourrait le penser de prime abord, que la jurisprudence Consorts N'Guyen, Jouan, Consorts Pavan, présente davantage de traits communs avec la jurisprudence Cames relative à la réparation des risques professionnels (2). Certes, dans ces deux hypothèses, les régimes de responsabilité objective mis en place ont vocation à s'appliquer de façon fréquente. Mais dans l'affaire Cames comme, peut-être, dans la jurisprudence Bianchi, le Conseil d'Etat anticipe l'intervention du législateur et lui montre, en quelque sorte, la voie à suivre. Ainsi, l'arrêt Cames du 2 juin 1895, précède de peu la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. De même, comme l'a relevé M. Paillet, l'arrêt Bianchi du 9 avril 1993, annonce peut-être une future loi réparant les dommages occasionnés par la réalisation de risques thérapeutiques (3).

En revanche, les arrêts Consorts N'Guyen, Jouan, Consorts Pavan sont postérieurs à la loi du 31 décembre 1991 créant un fonds d'indemnisation en faveur des hémophiles et des transfusés contaminés par le virus du sida. Il ne s'agit donc pas de mettre le législateur “au pied du mur” (4). En pratique, cela signifie que la victime d'une contamination peut obtenir la condamnation de la personne morale de droit public dont dépend le centre de transfusion sanguine en cause, après avoir été indemnisée par le fonds. Certes, les effets de cette jurisprudence sont limités. D'une part, les juges sont tenus de déduire du montant de la condamnation le montant des sommes versées par le fonds (5). D'autre part, l'article 47.IX de la loi du 31 décembre 1991 ne permet au fonds d'exercer l'action subrogatoire qui lui est normalement ouverte que dans la mesure où “le dommage est imputable à une faute”. Cette disposition évite ainsi que la charge de l'indemnisation soit transférée de l'Etat vers les personnes morales de droit public dont dépendent les centres de transfusion sanguine.

Mais quoiqu'il en soit, cette jurisprudence apparaît assez critiquable, notamment en ce qu'elle élimine le seuil quantitatif d'engagement de la responsabilité sans faute des collectivités publiques que constitue la spécialité des dommages subis. Or, comme l'explique M. Truchet, il appartient normalement au législateur “(de prendre) le relais quand

(1) Voir sur ce point, H-F Koechlin, *La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats ...*, op.cit. p.99-100

(2) Arrêt précité supra p.91 note 2.

(3) Note à la R.D.P. 1993, p.1110

(4) L'expression est utilisée par Mme. Viney et M. Jourdain *in* “L'indemnisation des accidents médicaux ...”, art. précité (voir plus spécialement n°14)

(5) C.E. 15 avril 1993, Consorts Jézéquel et Vallée, Rec. p.280

un problème de responsabilité, acquérant une dimension collective, ne trouve pas une solution équitable dans l'approche individualiste de la jurisprudence ; celle-ci est en effet limitée par les règles qu'elle a forgées, par les circonstances d'espèces, par des considérations organiques et le partage des compétences contentieuses qui écartèlent des questions par nature unique ; il ne peut instituer une assurance obligatoire par exemple" (1). Ce système décrit par M. Truchet avait déjà été ébranlé par l'arrêt d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993 (2). Il ne faisait toutefois pas de doute, pour le commissaire du gouvernement Daël "que l'exigence de spécialité du préjudice exclut la prise en compte au titre de la responsabilité sans faute des catastrophes nationales. Franchir un pas supplémentaire en renonçant à l'exigence de spécialité du préjudice reviendrait à confondre responsabilité et solidarité et cette fois empiéter sur la compétence du législateur ..." (3).

En dépit des vœux formulés par M. Daël, c'est bien dans le sens d'un véritable bouleversement du concept même de responsabilité que le Conseil d'Etat s'est dirigé dans les arrêts Consorts N'Guyen, Jouan, Consorts Pavan du 26 mai 1995 (4). Cette nouvelle jurisprudence s'affranchit de l'ensemble des contraintes normalement liées à l'utilisation de concepts juridiques permettant d'apprécier les faits de chaque espèce soumise aux juges. Il ne s'agit plus, ici, de déterminer si une faute a été commise par les agents de l'administration, ni si un risque spécial a été créé par eux. Il n'est pas même fait référence, dans les trois arrêts d'Assemblée, à la gravité des dommages subis. Ces différents seuils de déclenchement des mécanismes de responsabilité sont écartés au profit de l'engagement automatique de la responsabilité des centres de transfusion sanguine du fait des dommages occasionnés par une activité déterminée. Il va sans dire qu'une telle prise en charge des risques liés à une activité ne fait pas l'objet d'une répartition équilibrée, comme dans le cadre des mécanismes de responsabilité. Une telle automaticité ne se retrouve normalement que dans les systèmes établis par le législateur, et elle met généralement en jeu, soit des fonds de garantie, soit des mécanismes d'assurance. L'objectivation, dans le domaine de la réparation des dommages occasionnés aux hémophiles et aux transfusés contaminés par le virus du sida a ainsi été poussée à l'extrême. Elle aboutit, par son automaticité, à la mutation de la responsabilité, dans ce domaine précis, en système de garantie sociale des risques.

(1) "Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable de la réparer, A propos et autour de la responsabilité hospitalière", R.D.S.S. 1993 p.1-13, et plus spécialement p.3.

(2) Arrêts précités: supra p.22 note 4.

(3) Rec. p.135.

(4) Arrêts précités supra p.23 note 1.

BIBLIOGRAPHIE

Sommaire : I- L'hôpital, la médecine et le droit

A- Ouvrages généraux

B- Thèses et monographies

1- Droit, responsabilité en général

2- Droit médical, droit hospitalier, responsabilité médicale et hospitalière

C- Articles

1- Droit, responsabilité en général

2- Droit médical, droit hospitalier, responsabilité médicale et hospitalière

D- Conclusions

1- Droit, responsabilité en général

2- Droit médical, droit hospitalier, responsabilité médicale et hospitalière

E- Notes

1- Droit, responsabilité en général

2- Droit médical, droit hospitalier, responsabilité médicale et hospitalière

II- L'hôpital, la médecine et l'histoire

A- Ouvrages généraux

B- Monographies

C- Articles et communications

L'hôpital, la médecine et le droit

ouvrages généraux, manuels :

BATBIE (Anselme), Traité théorique et pratique de droit public et administratif, Paris, éd. Larose Forcel, 2^o éd. 1885, Tome V, 672 p.

BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel), Précis de droit civil, Paris, Larose-Forcel 1883,

Tome II,

BENOIT (Francis-Paul), *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz 1968, 898 p.

BERTHELEMY (Henri), *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, éd. Rousseau 1901, 933 p.

BRAIBANT (Guy), *Le droit administratif français*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques et Dalloz, 3^e éd. 1992, 548 p.

CHAPUS (René), *Droit administratif général*, Paris, Domat droit public, Montchrestien, 9^e éd. 1995, Tome I, 672 p.

CHAPUS (René), *Droit du contentieux administratif*, Paris, Domat droit public, Montchrestien, 5^e éd. 1995, 1121 p.

DE FORGES (Jean-Michel), *Droit administratif, premier cycle*, Paris, P.U.F. 1991, 405 p.

DEMOGUE (Henri), *Traité des obligations en général, source des obligations*, Paris, Rousseau 1923, Tome V, 678 p.

DUCROCQ (Théodore), *Cours de droit administratif*, Paris, éd. Ernest Thorin, 6^e éd. 1881, Tome I, 795 p.

DUEZ (Paul), DEBEYRE (Guy), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz 1952-1955, 984 et 134 p.

DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, De Boccard, 3^e éd. 1927-1930, Tome II, la Théorie générale de l'Etat, 888 p ; Tome III, 856 p.

EISENMANN (Charles), *Cours de droit administratif*, Paris, L.G.D.J. 1983, Tome I : 786 p. ; Tome II : 908 p.

HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 3^e éd 1897, Larose-Forcel, 915 p. ; 7^e éd. 1911, Sirey 1911.

LAFERRIERE (Edouard), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1887, rééd. L.G.D.J. 1989, Tome I, 669 p ; Tome II, 675 p.

LONG (Marceau), DELVOLVE (Pierre), WEIL (Prosper), BRAIBANT (Guy), GENEVOIS (Bruno), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 10^e éd. 1993, 801 p.

MAZEAUD (Henri), MAZEAUD (Léon), TUNC (André), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Montchrestien, 6^e éd. 1965, Tome I, 1080 p.

MOREAU (Jacques), *Droit administratif*, Paris, Droit fondamental, P.U.F. 1989, 576 p.

ROUBIER (Paul), *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 2^e éd. 1951, 337 p.

ROUGEVIN-BAVILLE (Michel), DENOIX DE SAINT-MARC (Renaud),

LABETOULLE (Daniel), *Leçons de droit administratif*, P.E.S. supérieur, Hachette 1989, 639 p.

SAVATIER (René), SAVATIER (Jean), AUBY (Jean-Marie), PEQUIGNOT (Henri), *Traité de droit médical*, Paris, Librairies techniques 1956, 574 p.

VEDEL (Georges), DELVOLVE (Pierre), *Droit administratif*, Paris, Thémis, L.G.D.J., 10^e éd. 1992, Tome I, 716 p.

VINEY (Geneviève), *Traité de droit civil*, Paris, Tome V, Les obligations, la responsabilité : effets, Paris, L.G.D.J. 1988, 592 p.

WALINE (Marcel), *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 6^e éd. 1952, 641 p

thèses et monographies :

A. Droit, Responsabilité en général

BENOIT (Francis-Paul), *La responsabilité de la puissance publique du fait de la police administrative*, Thèse Paris, Sirey 1946, 159 p.

BIFFE (Maurice), *Des conseils de révision*, Thèse Paris 1904, 192 p.

BORDENAVE (Eudore), *Les pensions militaires d'invalidité*, Thèse Bordeaux, Imprimerie régionale de Toulon 1920, 91 p.

BOSCHET (Paul), *De la responsabilité à raison du fait d'autrui*, Thèse Caen, éd. Hommais 1872, 82 p.

BOURNAT (J-V), *De la personnalité juridique des communes*, Thèse Paris, Imprimerie J-B Gros 1855, 104 p.

BOUVARD (Louis), *De l'état juridique des aliénés*, Thèse Paris, Imprimerie J-B Gros 1855, 211 p.

CARBONNIER (Jean), *Flexible droit, textes pour une socialisation du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 4^e éd. 1979, 350 p.

CHAPUS (René), *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J. 1957, Tome VIII, 617 p.

CORNU (Gérard), *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Reims, Matot-Braine 1951, 298 p.

COUDEVYLLE (Andrée), *Contribution à la théorie générale du service communal*, Thèse Bordeaux, Grenoble, S.R.T. 1976, 498 p.

DARCY (Gilles), *La responsabilité de l'administration*, Paris, *Connaissance du droit, droit public*, 157 p.

DAVIGNON (Jean-François), *La responsabilité objective de la puissance publique*, Thèse Lyon, Grenoble, S.R.T. 1980, 416 p.

DE GASTINES (Louis), *Les présomptions en droit administratif*, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome CLXIII, L.G.D.J. 1991, 140 p.

DELVOLVE (Pierre), *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome LXXXVIII, L.G.D.J. 1969, 420 p.

DEMOULIEZ (Jean), *La responsabilité du fisc*, Thèse Montpellier 1942, 245 p.

DUEZ (Paul), *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Paris, Dalloz 1938, 344 p.

DUFAU (Jean), *Le droit des travaux publics*, Paris, *Actualité juridique*, éd. du moniteur 1984, 335 p.

DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), *L'usager du service public administratif*, Paris,

Bibliothèque de droit public, Tome CXV, L.G.D.J. 1974, 318 p.

DUPEYROUX (Henri), Faute personnelle et faute du service public, étude jurisprudentielle sur les responsabilités de l'administration et de ses agents, Thèse Paris, Librairie Arthur Rousseau 1922, 294 p.

FLOUR (Jacques), La responsabilité du commettant du fait de ses préposés, Thèse Caen 1933, 378 p.

FORTSTAKIS (Théodore), Conceptualisme et empirisme en droit administratif français, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome CLII, L.G.D.J. 1987, 542 p.

FRIER (Pierre-Louis), L'urgence, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome CV, L.G.D.J. 1987, 599 p.

FROSSARD (Joseph), La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome LXVII, L.G.D.J. 1965, 319 p.

GOLIARD (François), Le domaine de la responsabilité sans faute dans le contentieux administratif français, Thèse Paris 1995, 371 p.

GOUSSET (Pierre), MAGISTRY (Gérard), Le droit des établissements classés, dangereux, insalubres ou incommodes, Paris, Tome I, Dunod 1968, 613 p.

GUILLAUME (Michelle), Les problèmes de compétence juridictionnelle liés à la délinquance des fonctionnaires, contribution à l'étude des rapports entre le droit administratif et le droit pénal, Thèse Paris 1979, 380 p.

KOECHLIN (Hubert-François), La responsabilité de l'Etat en dehors des contrats de l'an VIII à 1873, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome XII, L.G.D.J. 1957, 170 p.

LALUMIERE (Catherine), La responsabilité pécuniaire des agents publics envers les collectivités publiques, Etude de jurisprudence, Thèse Rennes 1968, 478 p.

LEGENDRE (Pierre), Histoire de l'administration de 1750 à nos jours, Paris, Thémis, P.U.F. 1968, 580 p.

LLORENS-FRAYSSE (Françoise), La présomption de faute dans le contentieux administratif français, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome CXLIX, L.G.D.J. 1985, 380 p.

LOSCHAK (Danièle), Le rôle politique du juge administratif français, Bibliothèque de droit public, Tome CVII, L.G.D.J. 1972, 349 p.

LUCHET (Just), L'arrêt Blanco, la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat, Thèse Nancy, Paris, Les presses modernes 1935, 495 p.

MAESTRE (Jean-Claude), La responsabilité pécuniaire des agents publics, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome L, L.G.D.J. 1962, 354 p.

MAZERES (Jean-Arnaud), Véhicules administratifs et responsabilité publique, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome XLVII, L.G.D.J. 1962, 637 p.

MICHOUD (Léon), La théorie de la responsabilité morale et son application au droit français, Paris, 2^o éd. 1924.

MOREAU (Jacques), La responsabilité administrative, Paris, Que sais-je ? 1995, n°2292, 128 p.

MOREAU (Jacques), L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome VII, L.G.D.J. 1956, 263 p.

- PAILLET (Michel), La faute du service public en droit administratif français, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome CXXXVI, L.G.D.J. 1980, 434 p.
- PETIT-DUTAILLIS (Charles-Edmond), Les communes françaises, Caractères et évolution des origines au XVII^e siècle, Paris, L'évolution de l'humanité, Albin-Michel 1947, 400 p.
- RAINAUD (Nicolas), Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome CII, Bibliothèque de droit public, Tome CLXXXI, L.G.D.J. 1996, 195 p.
- RICHER (Laurent), La faute du service public dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, Paris, Economica 1978, 184 p.
- ROUBIER (Paul), Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales, Paris, Sirey, 2^e éd. 1951, 337 p.
- SOUSSE (Marcel), La notion de réparation de dommages en droit administratif français, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome CLXXIV, L.G.D.J. 1994, 541 p.
- STARCK (Boris), Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Paris, éd. Rodstein 1947, 503 p.
- THOUROUDE (Jean-Jacques), La faute qualifiée dans la responsabilité administrative, Thèse Caen 1974, 343 p.
- TROPER (Michel), La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome 48, L.G.D.J. 1973, 251 p.

B. Droit médical, Droit hospitalier, Responsabilité médicale et hospitalière

- ARRIGHI DE CASANOVA (Etienne), La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile, Thèse Aix, Imprimerie d'édition provençale 1946, 292 p.
- ARTUR DE LA VILLARMOIS (Philippe), La responsabilité sans faute à l'hôpital public, Thèse Dijon 1982, 387 p.
- AUBY (Jean-Marie), Le droit de la santé, Paris, Thémis, P.U.F. 1981, 508 p.
- BARDOUL (Jacques), Médecins et cliniques, Les médecins dans leurs rapports juridiques avec les cliniques, Dalloz 1951, 168 p.
- BOURHIS (Yves), Les centres anticancéreux, Thèse Rennes 1975, 220 p.
- BOYER-CHAMMARD (Georges), MONZEIN (Paul), La responsabilité médicale, Paris, P.U.F. 1974, 281 p.
- BROUARDEL (Paul), La responsabilité médicale, Paris, Librairie J-B Baillière et fils 1898, 456 p.
- BUZIT (Marcel), Les établissements publics hospitaliers devant les tribunaux administratifs et judiciaires, Thèse Rennes, Imprimeries réunies 1940, 135 p.
- CLEMENT (Jean-Marie), Lire la nouvelle loi hospitalière, Paris, Manuels B-L Santé, Berger-Levrault 1992, 242 p.

CLEMENT (Jean-Marie), Mémento de droit hospitalier, Paris, Manuels B-L Santé, Berger-Levrault, 7^e éd. 1996, 207 p.

DE FORGES (Jean-Michel), L'hospitalisé, Paris, L'administration nouvelle, Berger-Levrault 1975, 316 p.

DE FORGES (Jean-Michel), Le statut de l'hospitalisé en France, Thèse Paris 1972, 529 p.

DEMICHEL (André), Droit médical, Paris, Manuel B-L santé, Berger-Levrault 1983, 179 p.

DUBRAC (Ferdinand), Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique, Paris, Librairie J-B Baillière et fils 1882, 770 p.

DUGUET (Anne-Marie), La faute médicale à l'hôpital, Paris, Berger-Levrault 1994, 238 p.

DUPONT (Marc), ESPER (Claudine), MUZZIN (Louise), Droit hospitalier, Dalloz 1997, 479 p.

EWALD (François), Le problème français des accidents thérapeutiques, Enjeux et solutions, Paris, Ministère de la santé et de l'action humanitaire 1992, 260 p.

FROGE (Etienne), Anesthésie et responsabilité, Paris, Coll. médecine légale et toxicologie, n°65, Masson 1972, 164 p.

GUERIER (L), ROTUREAU (L), Manuel pratique de jurisprudence médicale, Masson 1890, 462 p.

GUERIN (Jean), Guide pratique de la responsabilité médicale, Paris, Coll. techniques et vulgarisation, L'argus 1975, 174 p.

GOMBAULT (Nicolas), La responsabilité civile en médecine libérale à l'hôpital public, Thèse Paris 1994, 211 p.

GROS (A.), Le devenir du service de santé des armées, Thèse Paris 1976, 132 p.

HOCQUET-BERG (Sophie), Obligation de moyen ou obligation de résultat ?, A propos de la responsabilité civile du médecin, Thèse Paris 1995, 416 p.

KORNPROBST (Louis), La responsabilité médicale, origine, fondement, limites, Paris, Librairie J-B Baillière et fils 1947, 366 p.

LACAS (Marie-Jeanne), Les obligations du médecin, Thèse Paris 1939, 331 p.

LADHARI (Mohamed), La médecine service public, Thèse Strasbourg 1967, 461 p.

LAFON (Jean), La responsabilité du fait des malades mentaux, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome XX, L.G.D.J. 1960, 259 p.

LANGLAIS (Michel), Médecine de service public et compétence juridictionnelle, Etude des problèmes de compétence contentieuse en matière de responsabilité des services publics médicaux à l'égard de leurs usagers, Thèse Rennes 1966, 299 p.

L'HOUR (Joseph), La médecine libérale dans les hôpitaux publics, Thèse Rennes 1962, 219 p.

MALICIER (Daniel), MIRAS(A), FEUGLET (P), FAIVRE (P), La responsabilité médicale, données actuelles, Lyon, éd. A. Lacassagne 1992, 492 p.

MEMETEAU (Gérard), Droit médical, Abrégé Litec, Paris, Litec 1986, 218 p.

MEMETEAU (Gérard), Droit médical, Les cours du droit, Paris, Litec 1996, 266 p.

MONTADOR (Jean), La responsabilité des services publics hospitaliers, Paris, L'administration nouvelle, Berger-Levrault 1973, 181 p.

MOQUET-ANGER (Marie-Laure), Le statut des médecins hospitaliers, Paris, Les grandes thèses du droit français, P.U.F. 1994, 319 p.

MOULET (Albert), Essai sur le statut du médecin hospitalier, Thèse Clermont-Ferrand 1964, 266 p.

NECTOUX (Robert-Jean), La responsabilité des cliniques et des hôpitaux, Thèse Paris 1957, 270 p.

NICOLAS (Guy), La responsabilité médicale, Paris, Dominos, Flammarion 1995, 126 p.

PENNEAU (Jean), Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, Paris, Bibliothèque de droit privé, Tome CXXXIII, L.G.D.J. 1973, 409 p.

PENNEAU (Jean), Faute pénale et faute civile en matière de responsabilité médicale, Paris, Travaux de recherches de l'université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Série sciences criminelles, P.U.F. 1975, 151 p.

PENNEAU (Jean), La responsabilité médicale, Paris, Sirey 1977, 331 p.

PERREAU (Etienne-Ernest), Eléments de jurisprudence médicale, Paris, L.G.D.J. 1908.

PETIT-BOUTEYRE (Geneviève), La responsabilité du service public hospitalier du fait d'actes médicaux et chirurgicaux, Thèse Montpellier 1990, 373 p.

PREVOT (Erwin), La responsabilité des établissements publics hospitaliers, Thèse Strasbourg, Paris, Les presses modernes 1937, 496 p.

ROSSINI (Eric), Les établissements de santé privés à but non lucratif, étude juridique, Paris, Bibliothèque de droit public, Tome CLXV, L.G.D.J. 1992, 297 p.

SAHUT (Paulette), Nature juridique de la responsabilité civile des médecins, Thèse Montpellier 1937, 215 p.

SALLET (Frédérique), La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique, Paris, Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, Droit-économie-sciences sociales, L.G.D.J. 1994, 100 p.

SAURY (Robert), Manuel de droit médical, Paris, Masson 1989, 539 p.

TABUTEAU (Didier), Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière, Berger-Levrault 1995, Coll. santé : méthodes et pratiques, 210 p.

THOUVENIN (Dominique), La responsabilité médicale, Coll. Médecines-sciences, Flammarion, Paris 1995, 223 p.

UZEL (Philippe), La responsabilité des hôpitaux psychiatriques et leur assurance, Thèse Lyon 1982, 223 p.

articles :

A. Droit, responsabilité en général

AMSELEK (Paul), La détermination des personnes responsables d'après la jurisprudence administrative, Etudes de droit public, Cujas 1964, p.291-376

BELIN (Jean), Le principe d'égalité devant les charges publiques à l'époque révolutionnaire

et son influence sur la jurisprudence, R.D.P. 1934, p.335-372

BENOIT (Francis-Paul), Le cas fortuit dans la jurisprudence administrative, J.C.P. 1956.I. n°1328

BENOIT (Francis-Paul), Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique, J.C.P. 1954.I. n°1178

BLAVOET (Charles), De l'inadaptation de la faute et du risque comme fondements de la responsabilité des collectivités en droit public, J.C.P. 1958.I. n°1406

BLAVOET (Charles), L'anormal devant les juridictions civiles et administratives, J.C.P. 1946 n°560

BORE (Jacques), L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de causalité d'un fait dommageable, J.C.P. 1974.I n°2620

CHAPUS (René), Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics, Mélanges Waline, L.G.D.J. 1974, Tome II, p.307-323

CHARAF-ELDINE (A.), La théorie de la perte de chance sanitaire (devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat), R.D.S.S. 1983, p.48-69

CHEVALLIER (Jacques), L'association au service public, J.C.P. 1974 n°2667

COMBATHECRA (X-S), L'Etat en tant qu'organisme, R.D.P. 1896, p.278-288

COTTERET (Jean-Marie), Le régime de la responsabilité pour risques en droit administratif, études de droit public, Cujas 1966, p.377-406

COUZINET (Jean-François), La faute lourde administrative, R.D.P. 1977, p.283-334

CRISTOL (Danièle), Le service public hospitalier français, R.D.P. 1997, p.801-840

DE BAECQUE (F.), Règles de la jurisprudence administrative relatives à la réparation du préjudice en cas de mise en oeuvre de la responsabilité de la puissance publique, R.D.P. 1944, p.197-230

DE LAUBADERE (André), Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif français, E.D.C.E. 1959, p.29-44

DUGUIT (Léon), De la situation juridique d'un particulier faisant usage d'un service public, Mélanges Hauriou, Sirey 1929, p.241-284

EISENMANN (Charles), Sur le degré d'originalité du régime de responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, J.C.P. 1949.I. n°742 et n°751

GILLI (Jean-Paul), La responsabilité d'équité de la puissance publique, D.P. 1971, chron. p.125-130

GUILLAUME-HOFNUNG (Michelle), La faute personnelle du fonctionnaire : extinction d'une centenaire ? Droits 1987, p.97-106

HAURIOU (Maurice), Les actions en indemnité contre l'Etat pour les préjudices causés dans l'administration publique, R.D.P. 1896, p.51-65

LAVIALLE (Christian), Le dommage causé au participant à l'opération de travail public, A.J.D.A. 1975, p.540-556

LIET-VEAUX (Georges), La caste des intouchables ou la "théorie" du délit de service, D.P. 1953, chron. p.133-136

MACHELON (Jean-Paul), Pouvoir municipal et pouvoir central sous la III^e République, Rev. adm. 1996, p.150-156

MADIOT (Yves), La subrogation en droit administratif, A.J.D.A. 1971, p.325-344

MAZEAUD (Henri), Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles, R.T.D.C. 1936, p.1-58

MICHOUD (Léon), De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents, R.D.P. 1897, p.41-84

MICHOUD (Léon), La responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents, R.D.P. 1895, p.251-285

MIGNON (Maxime), La socialisation du risque, D.P. 1947, chron. 37-40

MIGNON (Maxime), La socialisation généralisée de la réparation des conséquences dommageables de l'action administrative, D.P. 1950 p.53-56

MORANGE (Georges), Le préjudice moral devant les tribunaux du fond, D.P. 1948, p.105-108

MOREAU (Jacques), Détermination du patrimoine public responsable, J-C adm. 1994, fasc. 842

MOREAU (Jacques), Principes généraux et concepts fondamentaux de la responsabilité des personnes publiques, J-C adm. 1991, fasc. 700

MOREAU (Jacques), Responsabilité des services financiers et fiscaux, J-C adm. 1993, fasc. 882

MOREAU (Jacques), Responsabilité personnelle des agents et responsabilité de l'administration, J-C adm. 1993, fasc. 806

POLLMANN (Christopher), L'étendue du contrôle de cassation du Conseil d'Etat en matière de responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, R.D.P. 1996, p.1653-1714

RIVERO (Jean), La rencontre du public et du privé, Recherche sociale, n°17, 1968, p.3-10

SAVATIER (René), Une faute peut-elle engager la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé . D.P. 1970, chron.p.123-126

SOULIER (Georges), Réflexions sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique, R.D.P. 1969, p.1039-1103

TEISSIER (Georges), Responsabilité, Répertoire Béquet 1906, Tome XXIII, n°86

TIFINE (Pierre), La place des ouvrages publics exceptionnellement dangereux dans la structure de la responsabilité du fait des ouvrages publics, R.D.P. 1996, p.1405-1438

TIFINE (Pierre), L'exécution des peines contre les S.D.F., Rev. pénitentiaire et de droit pénal 1994, p.291-329

VEDEL (Georges), L'obligation de l'administration de couvrir les agents publics des condamnations civiles pour faute de service, Mélanges R. Savatier, Dalloz 1963, p.921-939

VINCENT (François), Responsabilité en matière de police, J-C adm. 1996, fasc. 912

VINCENT (François), Responsabilité sans faute, J-C adm. 1994, fasc. 824

VOUIN (Robert), Le juge et son expert, D.P. 1955, chron. p.131-134

WALINE (Marcel), De l'irresponsabilité personnelle des fonctionnaires et des moyens d'y remédier, R.D.P. 1948, p.5-18

WALINE (Marcel), Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, R.D.P. 1930, p.197-223

WALINE (Marcel), Tableau de la jurisprudence sur les compétences contentieuses en matière d'accidents causés par les véhicules, R.D.P. 1973, p.218-232

B. Droit médical, droit hospitalier, responsabilité médicale et hospitalière

- AUBY (Jean-Marie), La responsabilité de l'hôpital en cas d'infection nosocomiale, L.P.A. 19 février 1992, p.14-17
- AUBY (Jean-Marie), Statut des objets et appareils en droit de la santé, R.D.S.S. 1986, p.1-15
- BASTE (Jean-Claude), L'aléa médical : évolution du concept en droit public, *in* L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, droit sanitaire et social, Sirey 1995, p.19-24
- BENOIT (Francis-Paul), La responsabilité du service et la responsabilité personnelle des agents non fonctionnaires des services publics hospitaliers et d'assistance, D.P. 1951, chron. p.49-51
- BRU (Vincent), Les problèmes juridiques relatifs aux nouvelles méthodes de traitement des maladies mentales, R.D.S.S. 1980, p.168-210
- CATELAND (E-H), La responsabilité personnelle du médecin exerçant sur subordination administrative, Deuxième congrès de morale médicale, Paris, Ordre national des médecins 1966, Tome II, p. 56-61
- CAZAC (G.), L'indemnisation du risque thérapeutique, cinq ans d'expérience suédoise, C.M. 1980, p.5911
- CRISTOL (Danièle), Le service public hospitalier français, R.D.P. 1997, p.801-840
- DEBOUY (Christian), La responsabilité de l'administration française du fait de la contamination par le virus du sida, J.C.P. 1993.I. n°3646
- DE LAJARTRE (Arnaud), La responsabilité hospitalière relative aux "premières" médicales (jurisprudence Gomez et loi Huriet), A.J.D.A 1997, p.562-569
- DEVES (Charles), La responsabilité pour faute en raison de l'activité du personnel médical à l'hôpital public, Annales de la faculté de droit et de sciences politiques de Clermont-Ferrand, L.G.D.J. 1979, p.251-279
- DOUAT (Etienne), Aperçu rapide sur la réforme de l'hospitalisation publique et privée, J.C.P. 1996, actualités n°25
- DRAN (Michel), Un exemple de collaboration entre service public et service privé : les cliniques ouvertes, A.J.D.A. 1957, p.514-527
- DUBOUIS (Louis), Le juge administratif, le malade et le médecin, Mélanges Waline, L.G.D.J. 1974, Tome deux, p.389-406
- DURFORT (Sylvie), Principes d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida, *in* Le sida, aspects juridiques, Economica 1995, p.110-126
- ESPER (Claudine), Responsabilité des hôpitaux publics et de l'Etat liées à la transfusion sanguine, G.P. 11,12 janvier 1995, p.9-15
- EWALD (François), Philosophies de l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, *in* L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, Sirey 1995, p.35-44
- FERRIER (Bernard), La coopération du service de santé des armées et du service public hospitalier, R.T.D.S.S. 1979, p.169-188
- GERMOND (Michel), L'indemnisation de l'aléa thérapeutique par les compagnies

d'assurance, *in* L'indemnisation de l'aléa thérapeutique, Collection droit sanitaire et social, Sirey 1995, p.57-67

HARICHAUX-RAMU (Michelle), Santé, Responsabilité du médecin, Fautes se rattachant à l'exercice collectif, privé ou social de la médecine, J-C civ. 1993, fasc. 440-6

HOLLEAUX (André), Transfusion sanguine, séropositivité et responsabilité juridique, L.P.A. 16 octobre 1991, p.4-9

IMBERT (Jean), La réforme hospitalière, Droit social 1958, p. 496-505

IMBERT (Jean), Les ordonnances de décembre 1958 sur les établissements de soins, Droit social 1959, p.356-364

KIMMEL-ALCOVER (Anne), Vers l'indemnisation de l'aléa thérapeutique, Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse 1996, p.219-237

LADHARI (Mohamed) La réforme hospitalière, R.D.P. 1972, p.7-47

LALIGANT (Marcel), De quelques conséquences ignorées de la loi du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, R.D.S.S. 1982, p.533-564

LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), Principes d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida, D.S. 1993, chron. p.67-71

LLORENS-FRAYSSE (Françoise), Le poids de la faute dans la responsabilité administrative, Droits 1987, p.65-75

MAZERES (Jean-Arnaud), Le service public hospitalier à la croisée des interventions publiques et privées, R.T.D.S.S., p.271-285

MELENNEC (Louis), La responsabilité médicale doit être fondée sur la notion de risque, R.T.D.S.S. 1970, p.271-282

MEMETEAU (Gérard), Remarques sur les aspects médicaux de l'internement abusif des malades mentaux, R.T.D.S.S. 1975, p.141-163

MONTADOR (Jean), Le défaut de consentement et la responsabilité des établissements des services publics hospitaliers, R.T.D.S.S. 1971, p.180-192

MONTADOR (Jean), Le suicide à l'hôpital public, A.J.D.A. 1972, 195-205

PONTIER (Jean-Marie), Sida, de la responsabilité à la garantie sociale (à propos de la loi du 31 décembre 1991), R.F.D.A. 1992, p.533-545

RIQUET, Conscience morale, responsabilité légale et contrôle administratif dans l'exercice de la profession médicale, Deuxième congrès de morale médicale, Paris, Ordre national des médecins 1966, Tome deux, p.223-229

SANDEVOIR (Pierre), Unité et diversité du contentieux administratif et du contentieux judiciaire dans le droit de la responsabilité hospitalière, Mélanges Drago, L'unité du droit, Economica, Paris 1996, p.459-479

SARGOS (Pierre), Réflexions sur les accidents médicaux et la doctrine jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale, D.S. 1996, chron. p.365-370

SAVATIER (René), De sanguine jus, D.P. 1954, p.141

SEKKAT (Abdelrhani), La responsabilité du service public hospitalier du fait des actes médicaux, les chances d'une objectivation, L.P.A. 16 juillet 1990, p.4-17

SOUSSE (Marcel), Quelle réforme en matière de responsabilité médicale ?, L.P.A. 12 octobre 1994, p.24-28

TRUCHET (Didier), Hôpitaux (responsabilité des services hospitaliers), Encyclopédie

Dalloz, Responsabilité de la puissance publique, Fasc.

TRUCHET (Didier), La réforme hospitalière, A.J.D.A. 1992, p.130-139

TRUCHET (Didier), Tout dommage oblige la personne publique à laquelle il est imputable à le réparer, A propos et autour de la responsabilité hospitalière, R.D.S.S. 1993, p.1-13

VINEY (Geneviève), JOURDAIN (Patrice), L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? (à propos de Cass. civ. I. 7 janvier et 25 février 1997), J.C.P. 1997 n°4016

conclusions :

1. Droit administratif, responsabilité en général

ARRIGHI DE CASANOVA (Jacques), sur C.E. 26 janvier 1994, Funel, R.F.D.A. 1995, p.675

BLUM (Léon), sur C.E. 26 juillet 1918, Rec. p.761 ; D.P. 1918.III. p.9 ; R.D.P. 1919, p.41 ; S. 1918-1919.III. p.41

BONICHOT (Jean-Claude), sur C.E. 28 juillet 1993, Dubouloz, R.F.D.A. 1994, p.34

BONICHOT (Jean-Claude), sur C.E. Section 31 mars 1995, Lavaud, L.P.A. 5 juillet 1995, p.5

CORNEILLE, sur C.E. 28 mars 1919, Regnault-Desrozières, R.D.P. 1919, p.239

DAVID (René), sur T.C. 8 février 1873, Blanco, Rec. premier supplément p.61 ; D.P. 1873.III. p.17 ; S.1873.III. p.153

DAVID (René), sur T.C. 30 juillet 1873, Pelletier, Rec. premier supplément p. 117 ; D.P. 1874.III. p.5

DU MARAIS (Bertrand), sur C.E. Section, 18 novembre 1994, Société Clichy dépannage, R.F.D.A. 1995, p.679

FOURNIER (Jacques), sur C.E. 13 janvier 1961, Magnier, R.D.P. 1961, p.155

KAHN (Jean), sur C.E. Section, 22 mars 1957, Jeannier, Rec. p.196 ; S. 1957 p.32 ; D.P. 1957 p.748

LE CHATELIER (Gilles), sur C.E. Section, 5 juin 1992, Epoux Cala, et C.E. Section 26 juin 1992, Commune de Béthoncourt c. Epoux Barbier, R.F.D.A. 1993, p.67

ORDONNEAU, sur C.E. Ass. 9 juin 1961, Centre régional de recherche et de lutte contre le cancer Eugène Marquis, Rec. p.385

ROMIEU (Jean), sur C.E. 25 juin 1895, Cames, Rec. p.509 ; S.1897.III. p.33 ; D.P. 1896.III. p.65

ROMIEU (Jean), sur C.E. 13 janvier 1899, Lepreux ; S. 1900.III. p.101

ROMIEU (Jean), sur C.E. 6 février 1903, Terrier, Rec. p.94 ; S.1903.III. p.25 ; D.P. 1904.III. p.65

ROMIEU (Jean), sur C.E. 10 février 1905, Tomaso Grecco, Rec. p.139 ; D.P. 1906, p.381
TEISSIER (Georges), sur C.E. 29 mai 1903, Le Berre, Rec. p.417 ; D.P. 1905.III. p.89
TEISSIER (Georges), sur C.E. Villenave, Rec. p.768 ; D.P. 1905.III. p.29
TEISSIER (Georges), sur T.C. 29 février 1908, Feutry, Rec. p.208 ; S.1908.III. p.97 ; D.P. 1908.III. p.49

2. Droit médical, droit hospitalier, responsabilité médicale et hospitalière

CHARDEAU (Jacques), sur T.C. 25 mars 1957, deux arrêts Chilloux et Isaad Slimane, D.P. 1957 p.395 ; S.1957 p.196
CHARDEAU (Jacques), sur C.E. Section 26 avril 1963, Centre hospitalier de Besançon, Rec. p.242
DACRE-WRIGHT, C.A.A. Paris, 16 juin 1992, M.M. D., G., B., L.P.A. 24 juillet 1992, p.8
DAËL (Serge), sur C.E. 9 avril 1993, Bianchi, Rec. p.127, R.F.D.A. 1993, p.573
DAËL (Serge), sur C.E. Ass., Consorts N'Guyen, Jouan, Consorts Pavan, R.F.D.A. 1995, p.748
DUPIN, sur Cass. Req. 16 juin 1835, D.P. 1835.I. p.300 ; S. 1835.I. p.401
FORNACCIARI (Marc), sur C.E. 8 décembre 1989, Mme. Hainon-Lescure, R.D.S.S. 1991, p.65
FOURNIER (Jacques), sur C.E. Section, 26 juin 1959, Rouzet, A.J.D.A. 1959, p.273
GALMOT, sur C.E. Section 4 juin 1965, Hôpital de Pont-à-Mousson, A.J.D.A. 1965, p.410
GUIONIN, sur C.E. 12 juin 1953, Administration de l'Assistance publique à Paris c. Dame Baty, Rec. p.283, D.P. 1954 p.130
JOUVIN, sur C.E. Ass. 7 mars 1958, Secrétaire d'Etat à la Santé publique c. Sieur Dejous, R.D.P. 1958, p.1087
LATOURNERIE (Roger), sur C.E. 23 janvier 1931, Consorts Garcin, S. 1931.III. p.97
LEFAS, sur C.E. 19 janvier 1945, Département des Basses-Pyrénées c. Prat, D.P. 1946, p.39
LEGAL (Hubert), sur C.E. Ass. 10 avril 1992, Epoux V., Rec. p.171, A.J.D.A. 1992, p.355 ; R.F.D.A. 1992, p.571
MERIC (Jean), sur C.E. Ass. 13 juillet 1962, Min. de la Santé publique et de la population c. Lastrajoli, R.D.P. 1962, p.775
MONCHAMBERT (Sabine), sur T.A. Paris, 20 décembre 1990, Epoux B., R.F.D.A. 1992 p.545
ORDONNEAU, sur C.E. Ass. 9 juin 1961, Centre régional de recherche et de lutte contre le cancer Eugène Marquis, Rec. p.385
STAHLBERGER (Evelyne), sur T.A. Paris, 20 décembre 1991, MM. D., G. et B., R.F.D.A. 1992, p.522

STIRN (Bernard), sur C.E. 14 décembre 1985, Centre hospitalier de Meulan, R.D.S.S. 1985, p.1374
STIRN (Bernard), sur C.E. 19 avril 1986, M. et Mme. Auger, R.D.S.S. 1986, p.987
STIRN (Bernard), sur T.C. 19 février 1990, Mathieu, R.F.D.A. 1990, p.457
TRICOT (Bernard), sur C.E. Sect. 5 juillet 1957, Département de la Sarthe c. Dlle. Artus, A.J.D.A. 1957 p.320

notes :

1. Droit administratif, Responsabilité administrative en général

AUBY (Jean-Marie), sur T.C. 20 novembre 1961, Centre régional de recherche et de lutte contre le cancer "Eugène Marquis", J.C.P. 1962.II. n°12572
CAZALENS (B.), sur Cass. req. 3 juin 1872, D.P. 1872.I. p.385
DE LAUBADERE (André), sur T.C. 20 novembre 1961, Centre régional de recherche et de lutte contre le cancer "Eugène Marquis", D.S. 1962, p.389
HAURIOU (Maurice), sur C.E. 25 juin 1895, Cames, S. 1897.III. p.33
HAURIOU (Maurice), sur C.E. 13 janvier 1899, Lepreux, S. 1900.III. p.1
HAURIOU (Maurice), sur C.E. 6 février 1903, Terrier, D.P. 1904, p.65
HAURIOU (Maurice), sur C.E. 10 février 1905, Tomaso Grecco, S. 1905.III. p.113
HAURIOU (Maurice), sur C.E. 26 juillet 1918, Epoux Lemonnier, S. 1918-1919.III. p.41
HAURIOU (Maurice), sur C.E. 28 mars 1919, Regnault-Desrozières, S. 1918-1919.III. p.25
JEZE (Gaston), sur C.E. 28 mars 1919, Regnault-Desrozières, R.D.P. 1919, p.239
LONG (Marceau), sur C.E. Ass. 18 novembre 1949, Mimeur, Defaux, Besthelsemer, E.D.C.E. 1953, p.80
MAZEAUD (Léon), sur Cass. civ. 30 juin 1936, S. 1937.I. p.137
MODERNE (Franck), sur T.C. 6 novembre 1978, Bernardi c. Association hospitalière Sainte-Marie, R.D.S.S. 1979, p.91
RODIERE (René), sur Cass. civ. 17 décembre 1954, D.P. 1955 p.266
STAHL (Jacques-Henri) et CHAUVAUX (Didier), sur T.C. 25 mars 1996, Préfet de la région Rhône-Alpes c. Conseil des prud'hommes de Lyon, A.J.D.A. 1996, p.391
WALINE (Marcel), sur T.C. 20 novembre 1961, Centre régional de recherches et de lutte contre le cancer Eugène Marquis, R.D.P. 1962, p.964

2. Droit médical, droit hospitalier, responsabilité médicale et hospitalière

AUBY (Jean-Bernard), ISRAËL (J-J), MORAND-DEVILLERS (Jacqueline), sur C.A.A.

Paris, 18 avril 1989, Mme. Concalvès, L.P.A. 19 juin 1989
 AUBY (Jean-Marie), sur T.A. Bordeaux, 21 octobre 1955, Dame Mauvy, D.P. 1956, p.619
 AUBY (Jean-Marie), sur C.E. 22 décembre 1976, Assistance publique à Paris c. Dame Derridj et autres, J.C.P. 1978.II. n°18792
 BON (Pierre), sur C.A.A. Lyon, 20 septembre 1993, Hôpital Joseph-Imbert d'Arles, R.F.D.A. 1994, p.99
 CHABAS (François), sur T.C. 19 février 1990, Mathieu, J.C.P. 1990.II n°21532
 CHAUDET (Jean-Pierre), sur C.E. 6 novembre 1969, Dame Saulze, Rev. adm. 1969, p.174
 COULET (François), sur C.E. 15 juillet 1969, Demoiselle Segrettin, A.J.D.A. 1960, p.41
 DARCY (Gilles), sur T.A. Strasbourg, 17 juillet 1990, Epoux S. c. Hôpital Notre-dame-de-Bonsecours, A.J.D.A. 1991, p.218
 DEBENE (Marc), sur C.E. 12 mars 1975, Hospices civils de Haguenau, J.C.P. 1975.II. n°18181
 DE LAJARTRE (Arnaud), sur C.E. Ass. 26 mai 1995, Consorts N'Guyen, Jouan, consorts Pavan, R.D.P. 1995, p.1609
 FRANC (Michel), BOYON (Michel), sur C.E. 25 janvier 1974, Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon, A.J.D.A. 1974, p.202
 DENISSE (Léon), sur Cass. req. 21 juillet 1919, D.P. 1920.I. p.30
 DE LAUBADERE (André), sur C.E. 23 novembre 1959, Dlle. Santelli, D.S. 1960, p.280
 DONNEDIEU DE VABRE (Jacques), sur C.E. 18 décembre 1953, Fresnais, Droit social 1954, p.203
 GALABERT (J-M) et GENTOT (Michel), sur C.E. Ass. 13 juillet 1962, Min. de la Santé publique et de la population c. Lastrajoli, A.J.D.A. 1962, p.553
 HEILBRONNER (André), sur C.E. Sect. 8 novembre 1935, Vves. Loiseau et Philipponeau, D.P. 1936.III. p.15
 HOCQUET-BERG (Sophie), sur Cass. civ. 21 mai 1996, G.P. 3, 4 octobre 1997, p.8-10
 JACOTOT (D), sur Cass. civ. 7 janvier 1997, L.P.A. 4 mai 1997, p.25
 JOUGUELET (Jean-Pierre), LOLOUM (Jean-François), sur C.A.A. Lyon, 21 décembre 1990, Consorts Gomez, A.J.D.A. 1991, p.126
 JOURDAIN (Patrice), sur Cass. civ. 12 avril 1995, J.C.P. 1995 n°22467
 JOURDAIN (Patrice), sur Cass. civ. 21 mai 1996, R.T.D.C. 1996, p.913
 LEGRAND (André), sur T.A. Clermont-Ferrand, 14 novembre 1972, S.H.A.M. c. Sieur Assemat, A.J.D.A. 1973, p.549
 LEMASURIER (Janine), sur C.E. Ass. 13 juillet 1962, Min. de la Santé publique et de la population c. Lastrajoli, D.S. 1962, p.726
 LIET-VEAUX (Georges), sur T.C. 25 mars 1957, Hospices civils du Puy, Rev. adm. 1957, p.247
 MAUGÛE (Christine), TOUVET (Laurent), sur C.E. Ass. 9 avril 1993, A.J.D.A. 1993, p.344
 MERIGHNAC (A.), sur Aix, 22 octobre 1906, D.P. 1907.II. p.41
 MODERNE (Franck), sur C.E. 5 janvier 1966, Hawezack, D.S. 1966, p.317
 MODERNE (Franck), sur T.A. Nantes, 11 janvier 1966, deux décisions Guillaud c. C.H.U. de Nantes et Epoux Perherin c. Hôpital de Pontivy, D.S. 1968, p.640

MODERNE (Franck), sur C.E. 25 janvier 1974, Centre hospitalier Sainte-Marthe d'Avignon, R.T.D.S.S. 1975, p.213
MODERNE (Franck), sur C.E. 5 février 1975, Société d'assurances mutuelles c. héritiers Assemat, A.J.D.A. 1976, p.99
MODERNE (Franck), sur C.E. 15 octobre 1975, Dame Alépée, R.T.D.S.S. 1976, p.178
MODERNE (Franck), sur C.E. 31 décembre 1977, Dame Rovetto, R.T.D.S.S. 1978, p.500
MODERNE (Franck), sur C.E. premier décembre 1978, Artéon, D.S. 1979, p.330
MODERNE (Franck), sur C.E. 27 avril 1984, Tronville, R.D.S.S. 1985, p.574
MOREAU (Jacques), sur C.E. 16 décembre 1964, Dlle. Le Bré, A.J.D.A. 1964, p.576
MOREAU (Jacques), sur C.A.A. Lyon, 21 décembre 1990, Consorts Gomez, J.C.P. 1991.II. n°21698
MOREAU (Jacques), sur C.E. Ass. 10 avril 1992, Epoux V., J.C.P. 1992.II. n°21881
MOREAU (Jacques), sur C.E. Ass. 9 avril 1993 Bianchi, J.C.P. 1993.II. n°22061
MOREAU (Jacques), sur C.E. 26 mai 1995, Consorts N'Guyen, Jouan, consorts Pavan, J.C.P. 1995.II. n°22467
MOREAU (Jacques), sur C.E. Sect. 14 février 1997, Epoux Quarez, J.C.P. 1997.II. n°22828
PAILLET (Michel), sur C.E. Ass. 9 avril 1993, Bianchi, R.D.P. 1993, p.1099
PENNEAU (Jean), sur Cass.civ. 25 mars 1971, D.S. 1972, p.534
PERREAU (Etienne-Ernest), sur Paris, 8 mars 1905, S. 1909.II. p.49
PERREAU (Etienne-Ernest), sur Rouen, 21 avril 1923, S.1924.III. p.17
PIQUEMAL (Maurice), sur C.E. Section 4 juin 1965, Hôpital de Pont-à-Mousson, D.S. 1965 p.746
RICHER (Laurent), sur C.A.A. Paris, 20 décembre 1991, MM. D., G. et B., A.J.D.A. 1992, p.678
ROBERT (Jacques), sur C.E. Section Rouzet, 26 juin 1959, D.S. 1960, p.113
SAVATIER (René), sur Cass. civ. 30 juin 1936, D.P. 1937.I. p.5
SAVATIER (René), sur Paris, 20 avril 1953, D.P. 1953, p.394
SAVATIER (René), sur C.E. 12 juin 1953, Administration générale de l'assistance publique à Paris c. Dame Baty, J.C.P. 1953 n°7706
SAVATIER (René), sur Lyon, 12 juillet 1954, D.P. 1955, p.114
SAVATIER (René), sur Cass. civ. 15 janvier 1957, J.C.P. 1957.II. n°9827
SAVATIER (René), sur T.C. 25 mars 1957, deux arrêts Isaad Slimane et Chilloux, J.C.P. 1957 n°187
SAVATIER (René), sur C.E. 5 novembre 1959 Sarotte, J.C.P. 1959. II. n°11342
SAVATIER (René), sur T.A. Lyon, 16 juin 1963, Giraud,
STAHL (Jacques-Henri), CHAUVAUX (Didier), A.J.D.A. 1995, p.508, obs. Stahl et Chauvaux
THOUROUDE (Jean-Jacques), TOUCHARD (Jean-Louis), sur C.E. 9 décembre 1988 Cohen, D.S. 1990, p.487
TIFINE (Pierre), sur C.A.A. Nancy, 27 juin 1996, Hospices civils de Colmar c. Consorts Engel, L.P.A. 28 mars 1997, p.12
VAUCOULOUX, sur T.A. Dijon, 20 mai 1964, Pautras et Caisse de la mutualité sociale

agricole de la Côte-d'Or, A.J.D.A. 1965, p.74

WALINE (Marcel), sur Cass. req. 4 juin 1929, D.P. 1929.I. p.153

WALINE (Marcel), sur Cass. crim. 23 avril 1942, D.P. 1942 p.136

WALINE (Marcel), sur T.A. Paris, 19 octobre 1965, Sieur Laynet, R.D.P. 1966, p.957

L'hôpital, la médecine et l'histoire :

Ouvrages généraux :

BARIETY (Jean), COURY (Charles), Histoire de la médecine, Les grandes études historiques, Fayard 1963, 1121 p.

CROS-MAYREVEILLE (A.), Traité d'assistance publique, Paris, Berger-Levrault 1912, Tome I, 611 p. , Tome II. 613 p.

BOUCHE (Denise), Histoire de la colonisation française : flux et reflux, Paris, Fayard 1991, Tome II, 607 p.

GUILLERMAND (Jean), FABRE (Albert), LEFEBVRE (Pierre), Histoire de la médecine aux armées, Paris-Limoges 1982, éd. Charles Lavauzelle, Tome I : de l'Antiquité à la Révolution, 513 p. ; Tome II : de la Révolution française au conflit mondial de 1914, 491 p. ; Tome III : de 1914 à nos jours, 419 p.

IMBERT (Jean), dir., Histoire des hôpitaux en France, Toulouse, Privat 1982, 559 p.

Monographies :

FOUCAULT (Michel), Histoire de la folie à l'âge classique, Paris, Bibliothèque des histoires, N.R.F., Gallimard 1961, 621 p.

FOUCAULT (Michel), Naissance de la clinique, Une archéologie du regard médical, Paris Quadrige, P.U.F. 1963

IMBERT (Jean), Les hôpitaux en droit canonique, Paris, L'église et l'Etat au moyen-âge, Histoire des hôpitaux français, Librairie philosophique J. Vrin 1947, 366 p.

LESEGRETAIN (Xavier), Les activités extra-hospitalières en psychiatrie et la responsabilité des centres hospitaliers, Mémoire E.N.S.P. 1994, 86 p.

MAILLARD (Christian), Histoire de l'hôpital de 1940 à nos jours : comment la santé est devenue une affaire d'Etat, Paris, Dunod 1988, 200 p.

PEIGNE (Francis), Notre système hospitalier et son avenir, E.N.S.P. 1991, 290 p.

- PELICIER (Yves), Histoire de la psychiatrie, Paris, Que sais-je ? n°1448, P.U.F. 1971, 4° éd. 1990, 128 p.
- ROCHAIX (Maurice), Essai sur l'évolution des questions hospitalières de la fin de l'Ancien régime à nos jours, Contribution à l'étude des problèmes hospitaliers contemporains, Saintes, Imprimerie Delavaud 1959, 356 p.
- SASSIER (Yves), Hugues Capet, Paris, Pluriel 1987, 356 p.
- SAUNIER (Annie), "Le pauvre malade" dans le cadre hospitalier médiéval, France du nord, vers 1300-1500, Thèse lettres 1987, Paris, Arguments 1994, 278 p.
- VEXLIARD (Alexandre), Introduction à la sociologie du vagabondage, Paris, Petite bibliothèque sociologique internationale, éd. Rivière 1956, 247 p.
- WESOLEK (Thérèse), Mise en place des recommandations du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre les infections nosocomiales, Mémoire D.U. hygiène hospitalière, Rouen 1988 [n.p.]

Articles, communications :

- AVRIL (Joseph), Le statut des maison-Dieu dans l'organisation ecclésiastique médiévale, *in* Santé, médecine et assistance au Moyen-âge, Histoire médiévale et philologie, Tome I, 110° congrès national des sociétés savantes, Montpellier 1985, p.285-297
- BERNARD (Jean), Progrès de la médecine et responsabilité du médecin, Deuxième congrès international de morale médicale, Paris ordre national des médecins, 1966, Tome I, p.261-274
- BOUCHER (M.), Sorcellerie et psychiatrie, Conférences de l'institut d'histoire de la médecine de Lyon, cycle 1991-1992, p.167-188
- CARRON (R.), Histoire de l'ordre des médecins, Conférences d'histoire de la médecine, Paris, cycle 1991-1992, p.181-213
- GUILLERMAND (Jean), La tradition hospitalière militaire, Médecine et armées 1980, p.817-826
- LANCON (Bertrand), Les itinéraires de la guérison en occident dans l'antiquité tardive, *in* Archéologie et médecine, VII° rencontres internationales d'archéologie et d'histoire d'Antibes, C.N.R.S. 1986, p.39-53
- NOUGARET (Roger), Les conflits de pouvoir autour de l'assistance hospitalière à Rodez : l'exemple de l'hôpital du Pas (XIV°-XVI° siècles), *in* Santé, médecine et assistance au moyen-âge, op.cit. p.317-329
- ROESCH (Paul), Médecins publics dans les cités grecques à l'époque hellénistique, *in* Archéologie et médecine, VII° rencontres internationales d'archéologie et d'histoire d'Antibes, C.N.R.S. 1986, p.57-67
- SUEUR (Laurent), La fragile limite entre le normal et l'anormal : lorsque les psychiatres essayaient, au XIX° siècle, de reconnaître la folie, Rev. historique 1994, p.31-51
- SUEUR (Laurent), Les psychiatres français de la première moitié du XIX° siècle face à l'isolement des malades mentaux dans les hôpitaux spécialisés, Rev. historique 1995, p.299-314

Divers :

Misère et société au Moyen-Age à la Révolution, Rouen, Archives départementales de Seine-Maritime 1995, 84 p.

INDEX ALPHABETIQUE

(les chiffres renvoient aux pages)

A

- Académie de médecine : 106-107, 111
Accouchement : 104, 171, 220, 277, 298
Acte administratif : 94, 96, 140
Acte médical/ acte de soins : 211-212,
- critère de distinction :269-274
Action de l'assureur d'un établissement hospitalier condamné contre le médecin auteur
d'une faute : 265-267
Action directe : 99
Action récursoire : 162, 263-265
Action subrogatoire : 98, 264
Activité
- de contrôle : 336, 337
- d'intérêt général/de service public : 158-159
Agents contractuels des services publics administratifs : 142-143
Aliénés : 54, 134-135
Voir défaut de surveillance
Anesthésie
- apparition : 109
- conditions d'accomplissement : 217, 388
- réparation des dommages liés à une anesthésie
. responsabilité pour faute : 113, 275-276
. responsabilité sans faute : 387, 411
Voir responsabilité sans faute objective
Anormalité du dommage : 22
Armes : 356
Art médical : 111, 113, 117, 123
Artériographie vertébrale : 22, 210, 218, 312, 377
Voir responsabilité sans faute objective, risque dont la réalisation est exceptionnelle
-

Autonomie du droit administratif : 88-89

C

Centres de lutte contre le cancer : 159, 209

Centres de réception et de régulation des appels : 163

Centres de transfusion sanguine : 22,23,159

-Missions : 415

Voir également sida

Chefs de service : 101, 118, 141, 145, 149

Choses dangereuses

Voir méthodes dangereuses

Cliniques

- compétence pour connaître des actions intentées contre les - : 162

- organisation : 71, 137

- responsabilité : 16, 64, 114

Cliniques ouvertes :

- compétence pour connaître des actions intentées contre les - : 167-172

- conditions d'existence : 164

- organisation : 163-165

Code civil

- application du Code civil aux personnes publiques : 45 et s, 85-89

- rejet de l'application du Code civil aux personnes publiques : 86-88, 97

Code de déontologie : 208, 217, 387

Collaborateurs de l'administration

- collaborateurs occasionnels : 343-344

- collaborateurs permanents

Voir risque professionnel, vaccination, méthodes thérapeutiques nouvelles

Collaborateurs qualifiés des chefs de service : 279

Collectivités publiques

- personnalité morales des - : 102-108

Colloque singulier : 103, 126, 185

Commettants

-responsabilité du fait de leurs préposés : 86, 89-90, 115-122, 146

Commissions administratives des hôpitaux : 141

Communes

- compétence pour juger des actions contre les communes : 47

- et hôpitaux : 57-61, 64-65

- évolution historique : 49-53

- responsabilité vis-à-vis de leurs agents : 50

Concours de recrutement des agents hospitaliers : 116-117

Conférences sanitaires de secteur : 156

Conseils de révision : 200

Consentement : 20

- degré de la faute susceptible d'engager la responsabilité de l'administration : 208-210
- faute liée à un défaut de - : 223, 374
- situations justifiant que le consentement du malade n'ait pas été requis : 209,223

Contentieux de la responsabilité médicale et hospitalière

- évolution quantitative : 8-9, 144

Contrat d'hospitalisation : 131-132, 136-138

Voir convention de louage de services

Contrat médical : 135

Voir colloque singulier

Contrôle

- de cassation : 326-327
- de la faute : 328-330
- du caractère exceptionnel de la responsabilité sans faute : 392-394
- évolution du rôle du Conseil d'Etat : 326-328
- juridictionnel de l'activité des hôpitaux : 386-388

Convention de co-utilisation des équipements et matériels lourds : 163

Convention de louage de services : 133

Cumul

- de fautes : 255, 257, 262-263
- de responsabilités : 98, 255

D

Défaut d'aménagement des locaux : 199, 216, 219-220, 225

Défaut de surveillance

- des aliénés : 177, 200, 362-363
- degré de la faute requise pour engager la responsabilité de l'administration : 187-189
- origine dans la jurisprudence administrative : 186-192
- origine dans la jurisprudence judiciaire : 183-186
- des malades autres que les aliénés : 216
- médicale

Départements

- compétence pour juger les actions dirigées contre les - : 54

Distinctions juridiques

- entre actes d'autorité/de gestion : 77
- entre actes de police/de gestion: 51
- entre fait personnel/acte administratif : 96
- entre fait personnel/fait de service : 96
- entre faute personnelle/de service : 83, 92-98

- entre faute dans le fonctionnement/organisation du service : 188
- entre faute simple/faute lourde : 203-212
- entre responsabilité sans faute objective/ responsabilité sans faute conditionnée par le risque : 23-24, 344-345
- entre tiers/usagers : 190
- entre usagers/collaborateurs : 405

Domaine privé : 51

Dommage

-anormal et spécial

Voir anormalité du dommage, spécialité du dommage

- d'extrême gravité : 22, 410

- présentant le caractère de complications exceptionnelles et anormalement graves : 374

Dommages de travaux publics : 40, 47, 80

- défaut d'entretien normal : 101

- et contrôle de cassation : 393

- et dommages occasionnés par le fonctionnement de hôpitaux : 100-101

- ouvrages publics exceptionnellement dangereux : 101, 359, 366

- permanents : 37, 110

Don du sang :

- régime de responsabilité administrative : 406

- régime légal de responsabilité après modification du sang : 19

Droit romain : 103

E

Eglise : 56

Equité : 321-325

- et égalité devant les charges publiques : 321, 402-403

Etablissements de santé : 72

- privés : 71, 156-157

. à but lucratif/à but non lucratif : 156

Etablissements d'hospitalisation : 72

Etablissements d'hospitalisation/établissements de santé : 1, 152

Etat :

- et hôpitaux : 57-63, 65

- évolution : 35, 47, 180, 235

Etat-débiteur : 28, 36, 42, 48

Evaluation des indemnités : 340

Evasion :

- de prisonniers : 187

- malades mentaux : 215-216, 367

Voir également défaut de surveillance, aliénés

Evolution des techniques : 109
 Voir également médecine
Exercice illégal de la médecine : 206
Expertise : 106, 163, 374, 388-390
Explosions : 353 et s.
Expropriation 36-37
Externe
 Voir interne

F

Fait

- de service : 96-97
- personnel : 95-97

Faute

- anonyme du service public : 80, 92, 97
- contrôle de cassation : 329-330, 393
- dans l'administration des soins : 191
 - Voir également actes de soins
- dans le choix d'une thérapeutique : 232
- dans le fonctionnement/l'organisation du service : 188-189
- définition : 5, 397
- de service public/du service public : 96
- degré de gravité
 - . grave : 189-190, 211
 - . lourde
 - . abandon dans le domaine des activités de surveillance des hôpitaux psychiatriques : 289-291, 330-334
 - . abandon dans le domaine des activités médicales : 1, 29, 320 et s.
 - . atténuation : 324-325
 - . critères de qualification : 213 et s.
 - . dans la jurisprudence judiciaire : 112
 - . et faute manifeste et de particulière gravité : 191, 287-289
 - . et faute personnelle : 261
 - . et faute simple : 28
 - . particularité de la faute lourde médicale : 236-237
 - . subsistance dans la jurisprudence après son abandon par le Conseil d'Etat : 335
 - . manifeste et de particulière gravité : 187-188, 211, 287-289
 - . particulièrement grave : 189-190
 - . réduction du domaine de la - : 268-282
 - . simple :
 - . critères de qualification : 213 et s.

- . domaine : 225 et s.
- de diagnostic : 144, 200, 201, 216, 221
- de nature à engager la responsabilité de l'établissement hospitalier : 332 et s.
- du service public
 - . apparition : 77, 83, 91, 93
 - Voir définition
- et erreur : 331 et s.
- liée au traitement : 231 et s.
- origine : 37
- personnelle : 146, 150
 - . détachable : 249-254, 256-257
 - . et faute de service : 246-248
 - . et faute pénale : 252- 254
- remise en cause par les juges de l'ordre judiciaire : 110, 113

Voir également présomptions, distinctions juridiques
 Fiscalité des établissements hospitaliers : 131-132, 134

G

Garantie

- des fonctionnaires : 93-95
- médicales que le patient est en droit d'attendre : 220, 274 et s., 388
- sociale des risques : 428, 434

Gestion publique/gestion privée : 28

Gravité du dommage

Groupements de coopération sanitaire : 156, 71

H

Hémophiles :

Voir sida

Hépatite C : 421 et s.

Hôpitaux

- évolution des missions assurées par les -
 - . centres de soins : 55, 57, 62, 64-69, 101, 238
 - . et assistance : 31,60, 62, 64-65, 67, 72, 139
 - . et charité : 55-57, 178
 - . et répression : 60-61, 178-179
 - . généraux : 179
- locaux

- . organisation : 71, 156, 165-166
- . juge compétent pour connaître des actions intentées contre les - : 167-172
- militaires :
- . clientèle : 177, 196
- psychiatriques : 154, 176, 282-287
- . compétence pour connaître des actions intentées contre les - : 1,160
- . conventions passées avec un établissement privé : 154, 181
- . organisation : 178-182
- . placement volontaire/d'office : 181
- . rapports avec les hospices civils : 196-197
 - Voir service libre, méthode libérale de traitement
- ruraux : 156, 165-166
 - Voir service public hospitalier, établissements de santé
- Hospitalisés :
- accidentés du travail : 130
- aliénés : 130
- assurés sociaux : 130
- indigents : 119-131
- militaires : 130
 - Voir malades payants

I

- Imputation de la faute : 81
- Indépendance des activités médicales : 147-151
- Indépendance des médecins hospitaliers : 144-147
- Infaisabilité de l'administration : 35-38
- Infections nosocomiales :
 - Voir présomptions
- Infirmières : 211, 212, 254
- Information du malade
 - Voir défaut d'information
- Injections
 - Voir présomptions, dommages liés à la réalisation d'interventions courantes et de
- Internement des malades mentaux
 - problèmes de responsabilité : 182-183
- Internes :
 - actes pouvant être réalisés par un interne : 63, 220, 278
 - .circonstances autorisant un interne à réaliser un acte médical complexe : 206, 207, 224
 - agents publics : 141
 - et externes : 205

- règles de responsabilité appliquées aux - : 205-207, 232, 278-279
- responsabilité personnelle des - : 206, 254
- Insolvabilité : 145
- Insuffisance de personnels : 275-278
- Insuffisance de moyens : 220, 223
- Interruption volontaire de grossesse : 208, 214
- Irresponsabilité de l'administration : 77
 - Voir infaillibilité de l'administration
- Irresponsabilité des fonctionnaires : 98
- Irresponsabilité des médecins : 101-112

L

Lien de causalité : 81, 307-308

Lois

- d'indemnisation : 37
- . des donneurs de sang : 19
- . des hémophiles et transfusés contaminés par le virus du sida : 413,433
 - Voir sida
- . des victimes de recherches médicales : 371
- . des victimes de vaccinations obligatoires : 404-405
- hospitalières
 - . du 31 décembre 1970 : 155, 163
 - . du 31 juillet 1991 : 155
- projets de réparation du risque thérapeutique : 18 et s.

M

Malades payants : 67, 129, 131-138, 164

- aliénés : 134-135
- militaires : 177, 196

Mauvaise information des malades : 208

Médicaments :

- erreur de prescription : 111, 176, 211, 405

Médecine

- évolution de la - : 9, 55, 104, 108-109, 113, 181-182, 242
- libérale dans les hôpitaux publics : 163-165, 169-170

Médecins des hôpitaux publics

- activités administratives des - : 205

- limitation de la responsabilité juridique des - : 105, 111, 114, 240
- litiges avec les établissements hospitaliers : 140-141
- origine : 57-62
- plein-temps des - : 63, 154
- secteur privé des - : 165, 167-172
 - . admission des malades : 170
 - . juge compétent pour connaître des actions en responsabilité : 167-172
- statut : 138-143

Voir colloque singulier, indépendance des médecins hospitaliers

Médecins des prisons : 149

Médecins inspecteurs de l'assistance publique : 118-119

Médecins libéraux

- responsabilité civile des - : 54

Méthodes

- thérapeutiques ou de diagnostic présentant des risques pour le patient : 214, 218, 223, 231
- libérales de traitement des maladies mentales : 181, 351
 - . et service libre : 367-368
 - . origine : 361
 - . régime de responsabilité appliqué : 361 et s.
- thérapeutiques nouvelles : 351, 359, 369 et s.
 - . définition : 373 et s.
 - . régime de responsabilité appliqué : 215, 351, 369 s.

N

Nourrissiers de l'assistance publique : 116

O

Objectivation

- définition : 1, 3
- et responsabilité objective : 241
- et responsabilité pour faute : 23
- et responsabilité pour risque : 23

Organicisme : 82-85

Oubli d'objets dans le corps des opérés : 322-323

P

Perte de chance

- de guérison/de survie :313-314
- influence sur l'établissement de la causalité : 315-316
- origine : 313
- réparation de la perte de chance : 317-319
- Planification hospitalière : 70,154-155
- Préposés
 - Voir commettants
- Prérogatives de puissance publique : 1,161-162
- Présomptions
 - de faute en droit privé : 17
 - et défaillances du matériel de l'établissement hospitalier : 299-301
 - et faute lourde : 298
 - et infections nosocomiales : 301-302, 305-308
 - et responsabilité sans faute : 310-313
 - et sida : 306, 335-336, 339
 - et vaccinations : 404
 - nature juridique
 - . présomptions de faute irréfragable : 305-310
 - . présomptions du fait du juge : 303
 - réparation des conséquences anormales d'interventions courantes et de caractère bénin : 295-299
- Principe d'égalité : 163
- Principes d'égalité devant les charges publiques : 38-39
 - Voir équité
- Principes généraux du droit : 148, 401
- Protection des agents publics en cas de condamnation pour faute de service : 262
- Puissance publique : 77, 135

R

- Radiodermite
 - Voir radiographie, radiothérapie
- Radiographie : 170
 - Voir radiothérapie
- Radiothérapie : 112-113, 209, 215
- Régimes législatifs de responsabilité
 - Voir lois d'indemnisation
- Responsabilité
 - caractère amphibologique : 5, 424
 - contractuelle : 1
 - des services de police : 234

- des services des impôts : 234
- directe/indirecte : 85, 90
- du fait d'autrui : 79, 85-91
- du fait des choses : 79-81
- du fait des lois : 235
- . des instituteurs du fait de leurs élèves : 183
- . et responsabilité directe : 83
- . et responsabilité indirecte : 79, 85
- et assurance : 84
- mécanisme/conditions : 12
- morale : 6, 102-108
- pénale : 103, 107, 184
- personnelle : 92-95, 209
- professionnelle : 11-12
- sanction/répression : 6
- sans faute : 38-40, 102
- . conditionnée par le risque : 346 et s.
 - . caractère subjectif de la notion de risque créé : 348-352
 - . et nature des dommages subis : 366-367
 - . liens avec la responsabilité pour faute : 351-352
 - . qualité de la victime pouvant bénéficier de ce régime : 353 et s.
- Voir méthodes
- . immoralité : 382 et s.
- . objective :
 - . et dommages subis par des tiers : 397 et s
 - . et risques dont la réalisation est exceptionnelle : 407 et s.
 - . et risques sériels : 412 et s.
- Voir également anesthésie, artériographie
- . objective/objectivation : 13-14
- . objective/ responsabilité subjective : 6
- . poids financier : 380 et s.
- subjective : 77, 81
- Voir également régimes légaux d'indemnisation
- Responsabilité sans faute objective : 39
 - et équité : 324-325
 - et objectivation : 12-13
 - opposition du Conseil d'Etat : 174
 - origine : 10
 - tentatives des juges du fond : 174
- Risque
 - anormal et spécial : 396
 - créé : 38
 - . et dommage : 349-350

- danger : 352
- dont la réalisation est exceptionnelle : 407 et s.
- professionnel : 343, 406, 420
- profit : 38, 352
- social : 38
- spécial : 348 et s.
- thérapeutique : 349, 407 et s.

Rupture de l'égalité devant les charges publiques

Voir égalité devant les charges publiques, équité

S

Samu : 3

Sang contaminé : 133

Voir également sida, hépatite C

Séparation des autorités administrative et judiciaire : 28, 36, 42, 48, 63

Service de santé des armées : 67

Service de santé des colonies : 195-196

Service libre : 284

- règles de responsabilité appliquées au - :

Service public

- critère de la compétence administrative : 32-33, 43-45, 157-162

. évolution : 76, 154

.origines : 27-29

Service public hospitalier :

- et établissements privés : 69, 72, 152, 155-157

- missions : 72-75, 159

- organisation : 1, 70-72, 155-157

- origine : 69

Service public de santé

- et service public hospitalier : 71-74

- origine du - : 153-155

Sida :

- fonds d'indemnisation : 433

- présomptions : 306

- responsabilité des établissements hospitaliers : 338-339, 412

- responsabilité pour faute de l'Etat : 336-337, 413 et s.

- . degré de la faute exigé : 337-338

- responsabilité sans faute de l'Etat : 397, 401

- responsabilité sans faute des centres de transfusion sanguine : 414 et s

- risques présentés par l'activité des centres de transfusion sanguine : 413, 416

Socialisation des risques
 .et objectivation : 12
Spécialité des dommages : 24
Stérilisation tubaire : 208
Stipulation pour autrui : 133
Subrogation
 Voir action subrogatoire
Suicide : 191, 215
Syndicats interhospitaliers : 71, 156

T

Temps-conjoncture
 Voir urgence
Temps-durée : 221-222
Temps-moment : 221
Travaux publics
 Voir dommages de travaux publics
Tribunal des conflits :
 - origine : 27-28

U

Urgence : 222-224, 271, 322
Usagers des établissements hospitaliers : 129-138

V

Vaccinations : 295-296, 310-311, 404

TABLE DES MATIERES

INDEX DES ABREVIATIONS :	I
PLAN SOMMAIRE	IV

INTRODUCTION	1
---------------------------	---

I- L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX PUBLICS FAVORISEE PAR L'EVOLUTION DE LA SOCIETE	4
---	---

A- L'impact de l'évolution sociale sur le concept de responsabilité	4
1)° Le caractère amphibologique de la responsabilité	5
2)° La prédominance de l'aspect réparation des dommages sur l'aspect sanction des dysfonctionnements de l'activité de l'administration	7
B- La transformation des règles de responsabilité par les mécanismes d'objectivation	9
1)° L'objectivation de la responsabilité peut se manifester par la mise en place de régimes de responsabilité objective	9
2)° L'objectivation de la responsabilité n'est pas restreinte à la responsabilité objective	12

II- L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX PUBLICS LIMITEE PAR LE DROIT	14
---	----

A- Les limites à l'objectivation issues de l'intervention d'institutions autres que les juges de l'administration	14
1)° Les limites issues du dualisme juridictionnel	14
2)° Les limites provenant de l'intervention du législateur	18
B- L'objectivation limitée par l'emploi de concepts juridiques	21
1)° L'objectivation limitée par la qualification des dommages subis.....	20
2)° L'objectivation limitée par la référence à une faute ou à un risque	23

<i>PARTIE I : L'EXCLUSION ORIGINELLE DE L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX PUBLICS PAR LA REFERENCE A UNE FAUTE</i>	26
---	----

<i>TITRE UN : L'EXCLUSION DE L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE FAVORISE PAR LES CARACTERES SPECIFIQUES DE L'INSTITUTION HOSPITALIERE ET DE L'ACTIVITE MEDICALE</i>	30
CHAPITRE UN : L'HOPITAL SERVICE PUBLIC	32
SECTION I : DIALECTIQUE JURIDICTIONNELLE ET SERVICE PUBLIC	34
§I- L'inscription du mouvement dialectique dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle de l'Etat	35
A- La principe initial d'inafaillibilité de la puissance publique	35
1)° L'Etat ne saurait commettre de faute dans l'exercice de ses activités ...	35
2)° La possibilité d'engager la responsabilité sans faute de l'administration	38
B- Le mouvement dialectique vers l'avènement du principe de la responsabilité du service public	40
1)° La réfutation de la thèse judiciaire au moyen de l'exploitation négative des anciens critère de compétence	41
2)° La réfutation de la thèse judiciaire au moyen de l'exploitation positive du nouveau critère de service public	43
§II- L'extension tardive des effets de la dialectique à la responsabilité extra-contractuelle de l'ensemble des collectivités publiques	45
A- Les éléments pratiques contribuant à expliquer l'extension tardive de la dialectique	45
1)° Les éléments relatifs à l'organisation juridictionnelle	45
2)° Les éléments tirés des limites de l'activité des collectivités locales	47
B- Les éléments théoriques contribuant à expliquer l'extension tardive de la dialectique	48
1)° L'inadaptation des anciens critères de compétence	48
2)° La relative imprécision du statut des communes et son influence sur la jurisprudence	49
SECTION II : LA RECONNAISSANCE TARDIVE DE L'HOPITAL SERVICE PUBLIC	54
§I- La modification progressive des conceptions traditionnelles de l'hôpital	55
A- L'hôpital oeuvre de charité	55
B- L'immixtion progressive de l'Etat et des communes dans la gestion des hôpitaux	57

1)° Les raisons conjoncturelles et structurelles de l'immixtion	58
2)° Les raisons idéologiques de l'immixtion	61
§II- L'avènement des conceptions modernes de l'hôpital	64
A- L'hôpital transformé en service public de santé	64
1)° Un palliatif des carences des modes d'hospitalisation privés et de l'inadaptation de l'organisation communale des établissements publics hospitaliers	64
2)° L'existence d'une "pression démocratique" relayée par le législateur ...	65
B- La rationalisation des interventions publiques et privées par la création du service public hospitalier	69
1)° L'organisation du service public hospitalier	70
a- Les structures complexes du service public hospitalier	70
b- La composition des principaux éléments du service public hospitalier	71

CHAPITRE II : LA RESPONSABILITE POUR FAUTE DE L'HOPITAL DU FAIT DE SES AGENTS

76

SECTION I : LE FONDEMENT INDIVIDUEL DE LA FAUTE DU SERVICE PUBLIC

79

§I- L'influence du fondement individuel de la faute du service public sur la détermination de la nature juridique de la responsabilité administrative pour faute	81
A- Le caractère indirect de la responsabilité pour faute de l'administration	81
1)° Le nécessaire rejet de la théorie organiciste des collectivités publiques	82
2)° Le rôle joué par la théorie organiciste dans le développement de la responsabilité subjective des collectivités publiques	83
B- La responsabilité administrative pour faute, responsabilité du fait d'autrui ?	85
1)° Les tentatives d'application de la responsabilité du fait d'autrui aux collectivités publiques	85
2)° Les tentatives d'assimilation des mécanismes de la responsabilité administrative à ceux de la responsabilité civile	88
§II- L'influence du fondement individuel de la faute du service public sur le développement du droit administratif de la responsabilité	91
A- Le développement de la faute du service public en contrepoint de l'émergence de la faute personnelle	92
1)° L'activité des agents publics, source exclusive de responsabilité publique ou privée	92
2)° L'activité des agents publics, source alternative de responsabilité publique et privée	95

B- Fondement individuel de la faute du service public et mécanismes de responsabilité	97
---	----

**SECTION II : L'ETROITESSE DU FONDEMENT INDIVIDUEL DE LA FAUTE
DU SERVICE PUBLIC EN MATIERE HOSPITALIERE 100**

§I- "L'irresponsabilité" médicale	101
A- La responsabilité médicale, responsabilité morale	102
1)° Responsabilité morale et limitation du domaine de la responsabilité juridique des médecins	103
2)° Responsabilité morale et atténuation de la responsabilité civile des médecins	105
B- La responsabilité médicale, responsabilité juridique	108
1)° Les progrès de la médecine, source de responsabilité	108
2)° Les progrès de la médecine, source d'irresponsabilité	111
§II- L'indépendance médicale	114
A- Le médecin ne peut être considéré comme un préposé dans l'exercice de son art	115
1)° L'hôpital ne serait pas en mesure de choisir les praticiens hospitaliers	115
2)° Le médecin ne saurait être un subordonné de l'hôpital	118
B- Le médecin peut être considéré comme un préposé dans l'exercice de ses fonctions administratives	120
1)° La contestation de la séparation des domaines administratif et médical de l'activité des praticiens	120
2)° Une séparation consacrée par la jurisprudence	121

*TITRE II : L'EXCLUSION DE L'OBJECTIVATION CONCRETISEE
PAR LES REGLES DE RESPONSABILITE APPLIQUEES
AUX HOPITAUX PUBLICS 125*

**CHAPITRE I : LA DEFINITION DES REGLES DE
COMPETENCE EN FONCTION DU
CARACTERE PUBLIC OU PRIVE DES
ACTIVITES EN CAUSE 127**

**SECTION I : COMPETENCE JURIDICTIONNELLE ET SERVICE
PUBLIC 129**

§I- L'hospitalisé, usager du service public	129
--	------------

A- La reconnaissance du statut d'usager de l'hospitalisé par le Conseil d'Etat ..	129
1)° Le cas des hospitalisés admis en vertu d'un texte	130
2)° Le cas particulier des malades payants admis en vertu d'un règlement hospitalier	131
B- La reconnaissance tardive du statut d'usager de l'hospitalisé par le juge judiciaire	133
1)° Le contrat d'hospitalisation public souscrit par les aliénés payants	134
2)° Le contrat d'hospitalisation privé souscrit par les autres catégories de malades payants	135
§II- Le médecin hospitalier, agent public	138
A- Le Conseil d'Etat et la garantie du service public	139
1)° Les prémices de la reconnaissance du statut d'agent public des médecins hospitaliers dans le contentieux les opposant aux hôpitaux ..	140
2)° L'affirmation inconditionnelle du statut d'agent public des médecins hospitaliers	141
B- Le juge judiciaire et la garantie de l'indépendance médicale	143
1)° L'indépendance des médecins hospitaliers	144
2)° L'indépendance des activités médicales	147

SECTION II : COMPETENCE JURIDICTIONNELLE ET REALISME JURIDIQUE

§I- Les établissements d'hospitalisation privés et le service public	152
A- Les différents modes de participation des établissements d'hospitalisation privés au service public	153
1)° Les établissements d'hospitalisation privés et le service public de santé	153
2)° L'intégration des établissements d'hospitalisation privés au service public hospitalier	155
a- Les modalités de l'intégration	155
b- La préservation de la spécificité des structures internes des établissements d'hospitalisation privés	156
B- Le régime de responsabilité appliqué aux établissements d'hospitalisation privés	157
1)° L'inadaptation du critère de compétence tiré de la notion de service public	158
2)° L'adoption d'un critère de compétence tiré de la notion de prérogatives de puissance publique	161
§II- Médecine libérale et service public	163
A- Les modalités de l'exercice de la médecine libérale dans les établissements d'hospitalisation publics	163
1)° Les cliniques ouvertes	163
2)° Le secteur privé des médecins hospitaliers	165

3)° Les hôpitaux ruraux devenus hôpitaux locaux	165
B- Le régime de responsabilité appliqué à l'exercice de la médecine libérale au sein des établissements d'hospitalisation publics	166
1)° Un régime de compétence dualiste	167
2)° Valeur du régime de compétence	168

CHAPITRE I : L'ARTICULATION DES REGLES DE FOND AUTOUR DE LA NOTION DE FAUTE

170

SECTION I : LES ORIGINES DE LA FAUTE DU SERVICE PUBLIC DANS LE DOMAINE HOSPITALIER

176

§I- La responsabilité des hôpitaux psychiatriques et la difficulté de l'activité administrative de surveillance	177
A- L'adaptation des règles de responsabilité aux spécificités de l'activité des hôpitaux psychiatriques	178
1)° L'ère de la répression	178
2)° L'ère de l'assistance policière	180
B- La définition du contenu de la responsabilité des hôpitaux psychiatriques autour de la notion de défaut de surveillance	182
1)° Les origines de la notion de défaut de surveillance dans la jurisprudence judiciaire	183
2)° Le défaut de surveillance dans la jurisprudence du Tribunal des conflits et du Conseil d'Etat consacrée à la responsabilité des hôpitaux psychiatriques	186
§II- La difficulté de l'activité médicale et la responsabilité du service de santé des armées	192
A- Les spécificités du service de santé des armées	193
1)° L'activité sanitaire est indissociable de l'activité des armées	193
2)° Superposition et interférences des cadres hospitaliers civils et militaires	194
B- L'établissement de règles de responsabilité peu favorables aux victimes	197
1)° La restriction du domaine de la responsabilité liée à l'existence de régimes de pension	198
2)° La restriction de la mise en oeuvre de la responsabilité tenant au degré de la faute	199

SECTION II : L'ARTICULATION DES REGLES DE RESPONSABILITE AUTOUR DES NOTIONS DE FAUTE LOURDE ET DE FAUTE SIMPLE

203

§I- Une distinction imprécise	203
A- La choix d'un critère de type matériel permettant de différencier les activités médicales des activités administratives des établissements hospitaliers	204
1)° Un critère qui trouve son origine dans les règles de compétence	204
2)° Un critère utilisé pour la détermination des règles de fond	204
B- Les insuffisance du critère matériel et l'extension du champ de la faute lourde	205
1)° Les insuffisances inhérentes à l'emploi d'un critère unique : le problème des internes et des externes.....	206
2)° La définition insuffisante des catégories de la distinction	207
a-Le défaut de consentement à l'accomplissement d'un acte médical	208
b- La confusion entretenue entre les activités médicales et les activités de soins	211
§II- Le développement des règles de responsabilité en dépit de l'imprécision	212
A- L'identité des critères de qualification de la faute lourde et de la faute simple	213
1)° Le comportement des agents hospitaliers rapporté à la difficulté de l'activité en cause	213
2)° La prévisibilité du dommage rapportée à l'état de la victime	215
3)° Les moyens mis à la disposition du service	219
4)° Les circonstances temporelles du dommage	221
a- Le temps-durée	221
b- Le temps-conjoncture	222
B- La classification des fautes en fonction de leur nature	224
1)° La faute simple commise dans l'organisation ou l'exécution du service	225
a- Les défaillances matérielles du service	225
b- Les défaillances du personnel du service	227
2)° La faute lourde médicale	229
a- La faute liée à l'établissement du diagnostic	229
b- La faute liée au traitement	231
 CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	 236
 PARTIE II : L'ATTENUATION GRADUELLE DE L'OBJECTIVATION DANS LE CADRE DES RESPONSABILITES POUR FAUTE ET SANS FAUTE	 239

<i>TITRE I : L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX PUBLICS ATTENUÉE PAR L'EXIGENCE D'UNE FAUTE</i>	240
--	-----

CHAPITRE I : L'OBJECTIVATION MASQUEE PAR LE FORMALISME	246
---	-----

SECTION I : LE DEPLACEMENT DE LA FRONTIERE ENTRE LA FAUTE PERSONNELLE ET LA FAUTE DE SERVICE PUBLIC	248
--	-----

§I- "L'impérialisme" de la faute du service public	249
---	-----

A- La rareté des fautes personnelles détachables relevées par les juges de l'ordre judiciaire	249
--	-----

1)° La faute technique médicale n'est jamais une faute personnelle détachable	249
--	-----

2)° La faute pénale n'est pas nécessairement une faute personnelle détachable	252
--	-----

B- Le caractère attractif de la responsabilité administrative	254
---	-----

1)° Un caractère inhérent aux mécanismes de répartition des responsabilités pécuniaires publiques et privées	255
---	-----

2)° Un caractère renforcé dans le domaine hospitalier	256
---	-----

§II- L'utilisation des mécanismes de contribution à la charge de la dette en faveur des agents hospitaliers	260
--	-----

A- La faculté pour l'agent hospitalier de demander à être couvert de ses condamnations par l'administration	260
--	-----

1)° L'action de l'agent hospitalier condamné en raison d'une prétendue faute personnelle	260
---	-----

2)° L'action de l'agent hospitalier condamné en cas de cumul d'une faute personnelle et d'une faute du service public	262
--	-----

B- Les difficultés à obtenir la contribution des agents hospitaliers	263
--	-----

1)° Les difficultés de l'administration hospitalière à actionner l'agent public auteur d'une faute personnelle	263
---	-----

2)° Les difficultés de l'assureur de l'établissement hospitalier condamné à actionner l'agent public auteur d'une faute personnelle	265
--	-----

SECTION II : LE DEPLACEMENT DE LA FRONTIERE ENTRE LA FAUTE LOURDE ET LA FAUTE SIMPLE	268
---	-----

§I- La restriction du domaine de la faute lourde aux actes médicaux accomplis	
--	--

par des agents hospitaliers habilités à les pratiquer	268
A- La restriction du domaine de la faute lourde par la référence aux actes de soins	269
1)° La difficulté de trouver un critère permettant de différencier l'acte médical de l'acte de soins	269
2)° La précision du critère et le rétrécissement corrélatif du domaine de la faute lourde	272
B- La restriction de la faute lourde par le recours aux garanties médicales dues aux usagers	275
1)° Les carences quantitatives en personnel	275
2)° Les carences qualitatives du personnel	278
§II- L'alignement des règles de responsabilité appliquées aux hôpitaux psychiatriques sur la distinction entre la faute lourde et la faute simple	282
A- La distinction opérée entre les activités de surveillance et les activités thérapeutiques des hôpitaux psychiatriques	282
1)° La réalisation de l'objet thérapeutique des hôpitaux psychiatriques ...	283
2)° L'application du régime de la faute lourde aux activités thérapeutiques des hôpitaux psychiatriques	285
B- L'assouplissement progressif du régime de responsabilité appliqué aux activités de surveillance des hôpitaux psychiatriques	287
1)° L'abandon de la faute manifeste et de particulière gravité	287
2)° L'abandon de la faute lourde	289

CHAPITRE II : L'OBJECTIVATION A L'ENCONTRE DU FORMALISME

292

SECTION I : L'ADMISSION DE LA RESPONSABILITE HOSPITALIERE FAVORISEE PAR L'UTILISATION DE MECANISMES VIRTUELS

294

§ I- L'utilisation des présomptions : la reconnaissance de fautes virtuelles dans le fonctionnement du service en l'absence d'une faute prouvée	294
A- Le domaine restreint des présomptions	295
1)° La réparation des conséquences anormales d'interventions courantes et de caractère bénin	295
2)° La réparation des dommages occasionnés par des défaillances du matériel de l'établissement hospitalier	299
3)° La réparation des dommages occasionnés par des infections nosocomiales	301
B- La valeur juridique des présomptions	302
1)° La nature juridique incertaine des présomptions	303
a- L'existence de présomptions du fait du juge	303

b- L'émergence de présomptions de faute irréfragables	305
2)° L'objet des présomptions : une limitation de l'objectivation par le rejet de la responsabilité sans faute	310
§II- La réparation d'un dommage virtuel par le recours à la perte de chance	313
A- La fonction de la perte de chance	313
1)° Une influence directe sur l'établissement du préjudice	313
2)° Une influence indirecte sur la causalité	315
B- La détermination du préjudice susceptible d'être réparé	317
1)° Les difficultés d'évaluation du préjudice subi	317
2)° Le choix de la facilité : la réparation de l'intégralité du préjudice subi	318

**SECTION II : L'ABANDON DE LA FAUTE LOURDE -
L'ABOUTISSEMENT D'UNE EVOLUTION PLUS
QU'UNE REVOLUTION** 320

§I- Un abandon conforme à l'évolution du droit administratif	320
A- Un abandon conforme à l'évolution de la responsabilité hospitalière	321
1)° L'influence grandissante des considérations d'équité dans les solutions retenues	321
2)° L'influence diffuse des considérations d'équité dans les solutions retenues	323
B- Un abandon conforme à l'évolution de la jurisprudence administrative	325
1)° La transformation du rôle du Conseil d'Etat juge de cassation	326
2)° La nécessité de résoudre "l'encombrement conceptuel" de la responsabilité hospitalière avant de déterminer l'étendue du contrôle de cassation	328
§II- Un abandon dont les conséquences demeurent limitées	330
A- La portée relative de l'arrêt d'Assemblée Epoux V. du 10 avril 1992	330
1)° L'existence d'erreurs médicales ne suffit pas à engager la responsabilité de l'hôpital	331
2)° L'apport de l'arrêt Epoux V. : l'addition d'erreurs médicales peut constituer "une faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital"	332
B- Le respect de la jurisprudence du Conseil d'Etat par les juges du fond	334
1)° La modération des juges du fond dans les solutions retenues	334
2)° Les enseignements de l'affaire du sang contaminé : le Conseil d'Etat demeure le principal vecteur des innovations jurisprudentielles	336

**TITRE II : L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE DES
HOPITAUX PUBLICS ATTENUÉE PAR LA REFERENCE
A UN RISQUE** 342

**CHAPITRE I : LA RESPONSABILITE SANS FAUTE
CONDITIONNEE PAR UN RISQUE SPECIAL
CREE PAR L'ACTIVITE DES ETABLISSEMENTS
HOSPITALIERS 346**

**SECTION I : LE RISQUE SPECIAL ENVISAGE COMME UN MOYEN
D'EXCLUSION DE LA RESPONSABILITE
OBJECTIVE 348**

- §I- Le caractère subjectif de la notion de risque créé par l'administration 348**
- A- La distinction entre la notion de risque créé par l'administration et la notion de dommage 349
 - B- La distinction entre le risque inhérent à une activité de l'administration et le risque lié à l'emploi d'une méthode particulière 350
 - 1)° La prise en compte de risques présentant un certain degré d'intensité 350
 - 2)° La responsabilité sans faute conditionnée par le risque est liée à la responsabilité pour faute 351

- §II- L'application de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque aux tiers et aux usagers 352**
- A- Un type de responsabilité d'abord appliqué aux tiers 353
 - 1)° L'imprécision de la notion de risque dans l'arrêt Regnault-Desrozières du 28 mars 1919 353
 - 2)° La mise au point réalisée à l'occasion de l'arrêt Colas du 20 mai 1920 355
 - B- Un type de responsabilité étendu aux usagers 357
 - 1)° L'extension récente de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque aux usagers 357
 - 2)° La responsabilité sans faute conditionnée par le risque est rarement appliquée aux usagers 358

**SECTION II : L'OBJECTIVATION DE LA RESPONSABILITE
HOSPITALIERE DANS LE CADRE DE LA
RESPONSABILITE SANS FAUTE CONDITIONNEE
PAR UN RISQUE SPECIAL 360**

- §I- Les risques spéciaux créés par les méthodes libérales de traitement des maladies mentales 360**
- A- Un régime de responsabilité dont le traitement est clairement défini 361
 - 1)° Un type de responsabilité lié à la situation particulière des malades internés sans être enfermés 361
 - 2)° Un système de responsabilité conforme aux autres hypothèses de responsabilité sans faute conditionnée par le risque 363

B- Le refus de l'extension de la responsabilité sans faute conditionnée par le risque	366
1)° Un type de responsabilité réservé aux tiers	366
2)° La distinction opérée entre les malades bénéficiant de méthodes libérales et les malades placés en service libre	367
§II- Les risques spéciaux créés par l'emploi de méthodes thérapeutiques nouvelles dans le domaine chirurgical	
A- Une solution à la fois novatrice et classique	369
1)° Une solution novatrice dans le domaine des activités médicales et chirurgicales	369
2)° Une solution conforme à la jurisprudence sur les méthodes dangereuses ..	371
B- Une solution très restrictive	372
1)° Une définition étroite mais imprécise du risque spécial lié à l'utilisation d'une méthode thérapeutique nouvelle	373
2)° La référence à des dommages présentant le caractère de "complications exceptionnelles et anormalement graves"	374
 CHAPITRE II : LA RESPONSABILITE SANS FAUTE OBJECTIVE RESTREINTE A LA REALISATION DE CERTAINS RISQUES THERAPEUTIQUES INHERENTS A L'ACTIVITE DES ETABLISSEMENTS HOSPITALIERS	 377
 SECTION I : LE RISQUE ENVISAGE COMME UN MOYEN DE DELIMITATION DU DOMAINE DE LA RESPONSABILITE SANS FAUTE OBJECTIVE	 379
§I- Une délimitation de la responsabilité sans faute objective en partie justifiée par des raisons d'ordre pratique	379
A- La raison financière : l'économie des deniers publics	380
1)° Un argument utilisé en défaveur de la généralisation de la responsabilité objective	380
2)° Un argument susceptible d'être utilisé en faveur du cantonnement de la responsabilité sans faute objective à certains domaines	381
B- La raison technique : l'encouragement d'un service public de qualité	382
1)° La supposée "immoralité" de la responsabilité sans faute	382
2)° Une responsabilité sans faute objective pouvant être compatible avec un service public de qualité	384
§II- Une limitation du domaine de la responsabilité sans faute objective en partie justifiée par des raisons d'ordre juridique	385
A- La nécessité d'opérer un contrôle juridictionnel du fonctionnement des services	

hospitaliers	386
1)° Un contrôle juridictionnel souvent efficace	386
2)° Un contrôle juridictionnel dont l'exercice est largement subordonné à l'intervention des experts dans le domaine médical	388
B- Un contrôle dont l'efficacité n'est pas subordonnée à l'utilisation de la notion de faute : l'utilisation possible de la notion de risque	390
1)° La notion de risque et la sanction des dommages occasionnés par certaines activités de l'administration	391
2)° Le contrôle du caractère exceptionnel de la responsabilité sans faute objective par le juge de cassation	392

SECTION II : L'EXPLOITATION IMMODEREE DE LA NOTION DE RISQUE ET L'EXTENSION DIFFICILEMENT CONTROLEE DE LA RESPONSABILITE SANS FAUTE OBJECTIVE 395

§I- La qualification du risque en fonction de la situation particulière de la victime	396
A- La qualification du risque en fonction de la qualité de la victime	396
1)° Le "risque anormal et spécial" encouru par l'enfant à naître d'un agent exposé à une épidémie de rubéole	396
2)° Les dommages subis par le conjoint d'un agent hospitalier accidentellement contaminé par le virus du sida	399
B- La qualification du risque en fonction de la fréquence de sa réalisation	401
1)° Le rejet initial de la réparation des risques dont la réalisation est exceptionnelle : le problème des dommages occasionnés par les vaccinations obligatoires	402
2)° L'arrêt d'Assemblée Bianchi du 9 avril 1993 et la réparation des risques dont la réalisation est exceptionnelle	407
§II- La qualification du risque en fonction de son impact limité dans le temps : le problème des risques sériels	412
A- L'affaire du sang contaminé et l'application de la responsabilité sans faute objective pour la réparation des dommages occasionnés par la réalisation de risques sériels	413
1)° L'admission de la responsabilité sans faute objective des centres de transfusion sanguine et le cantonnement de la responsabilité des établissements hospitaliers	413
2)° L'admission de la responsabilité objective des centres de transfusion sanguine et le rejet de la responsabilité sans faute objective des établissements hospitaliers	416
B- L'affaire du sang contaminé révélatrice des inconvénients liés à l'objectivation jurisprudentielle des établissements hospitaliers	418

1)° Le caractère discriminatoire des modes de détermination des personnes responsables et des victimes susceptibles d'être indemnisées	418
2)° La distorsion de la notion de risque	420
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	426
CONCLUSION GENERALE : L'OBJECTIVATION, SOURCE DE RENOUELEMENT ET REVELATRICE DES LIMITES DE LA RESPONSABILITE DES HOPITAUX PUBLICS	429
A- L'objectivation et l'adaptation des règles de responsabilité à l'évolution de la société	430
B- L'objectivation et la mutation de la responsabilité en garantie sociale des victimes	432
BIBLIOGRAPHIE	435
INDEX ALPHABETIQUE	454
TABLE DES MATIERES	467