



**HAL**  
open science

## Crise sanitaire : les difficiles chemins de l'engagement de la responsabilité de l'État

Guillaume Fontanieu

### ► To cite this version:

Guillaume Fontanieu. Crise sanitaire : les difficiles chemins de l'engagement de la responsabilité de l'État : Observations à propos du jugement du Tribunal administratif de Paris du 28 juin 2022. *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2022, La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades 20 ans après, 34, pp.114-121. hal-03971507

**HAL Id: hal-03971507**

**<https://hal.science/hal-03971507>**

Submitted on 3 Mar 2023

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

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

**Guillaume Fontanieu**

Doctorant en droit public à l'Université Paris I (ISJPS-Axe environnement), chargé d'enseignement en droit de la santé à l'UPEC

## Crise sanitaire : les difficiles chemins de l'engagement de la responsabilité de l'État

### Observations à propos du jugement du Tribunal administratif de Paris du 28 juin 2022

Dans un entretien au *Club des juristes*, évoquant la responsabilité de l'État dans la gestion de la crise sanitaire, Madame la professeure Anne Jacquemet-Gauché<sup>1</sup> explique que tout ne pouvait pas être prévu en la matière, comme le démontre la décision<sup>2</sup> « *iconoclaste* »<sup>3</sup> rendue par le Tribunal administratif de Paris le 28 juin 2022 qui reconnaît deux fautes de l'État, sans pour autant conclure à l'engagement de sa responsabilité. Deux ans auparavant, elle avait annoncé que : « *le juge administratif procédera à une lecture rétrospective de la crise sanitaire, possédera toutes les informations nécessaires au jugement des affaires, aura à sa disposition des expertises et données précises* »<sup>4</sup>.

En l'espèce, la requérante a été hospitalisée au début de la pandémie pendant cinq jours à l'hôpital Saint-Antoine, et demande au Premier ministre un mois plus tard une indemnisation de ses préjudices liés à sa contamination par la Covid-19. Elle argue notamment que les mesures de prévention qui auraient été nécessaires pour éviter l'ampleur de la crise sanitaire ont été insuffisantes, notamment au regard de la pénurie de masques ou de gel hydroalcoolique. De plus, l'État n'aurait pas appliqué le principe de précaution, garanti par l'article 5 de la Charte de l'environnement. Elle soutient également que l'action de l'État durant la crise sanitaire, notamment en ne procédant pas à un dépistage massif durant les mois de mars et avril 2020 ou encore en décidant de confiner tardivement la population, est constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité. En défense, le ministre des Solidarités et de la Santé reprend un argumentaire bien connu consistant à réduire le champ d'application du principe de précaution au seul domaine environnemental et s'emploie à expliquer que les mesures prises l'ont été au regard des ressources disponibles et en l'état des connaissances scientifiques. Il ne s'attarde pas particulièrement sur la question des stocks de masques disponibles au début de la pandémie, si ce n'est pour relever qu'il n'y aurait eu, en tout état de cause, aucune faute dans la gestion de leur approvisionnement et de leur distribution, tout en renvoyant à l'absence d'une causalité directe et certaine entre les fautes invoquées et son dommage lié à son hospitalisation.

La question se pose ainsi de savoir si la requérante peut-elle rattacher suffisamment son hospitalisation, et donc son dommage, à une faute de l'État qui aurait manqué à ses responsabilités dans l'anticipation et la gestion de la crise sanitaire ?

Le Tribunal administratif rejette le recours de la requérante, tout en lui donnant raison sur deux points de sa requête. Premièrement, il applique la notion de carence dans la gestion par l'État du stock de masques, celui-ci étant insuffisant au regard des recommandations émises par les autorités compétentes. Secondement, il qualifie de faute la communication du Gouvernement au cours des mois de février et mars 2020, qui avait estimé inutile pour la population générale le port du masque, allant à l'encontre des recommandations émises dès 2011 par le Haut Conseil de Santé Publique (HCSP)

1 - A. Jacquemet-Gauché, Covid-19 : l'État fautif, mais pas responsable – à propos de la décision du Tribunal administratif de Paris du 28 juin 2022, *Entretien du 1<sup>er</sup> juillet 2022 « Le club des juristes »*, [en ligne](#).

2 - TA Paris, 28 juin 2022, Mme M. B., n° 2012679/6-3.

3 - A. Jacquemet-Gauché, *ibid.*

4 - A. Jacquemet-Gauché, Pénurie de masques : une responsabilité pour faute de l'État ?, *JCP A*, n° 13, 30 Mars 2020, 370.

dans le cadre d'une telle situation. Les juges ne tirent pourtant pas les conclusions qui s'imposeraient, c'est-à-dire la reconnaissance de la responsabilité de l'État, du fait de l'absence d'un lien de causalité direct et certain entre ces faits générateurs à l'origine des fautes et le dommage subi par la requérante. Ils se fondent principalement sur la gestion en elle-même de la crise sanitaire en énonçant que les décisions ont été prises au regard du contexte épidémique, sans que la requérante n'apporte des éléments suffisants à l'appui de ses prétentions. Le Tribunal administratif rejette son recours en se fondant sur le fait que les masques ne constituaient pas la seule mesure de prévention, dès lors qu'il existait un certain nombre de mesures alternatives permettant de se protéger. Il écarte également le moyen portant sur le principe de précaution en continuant de limiter la portée de son effet à la matière environnementale.

Si le jugement reste compréhensible sur le fond, il est novateur dans sa manière de reconnaître les fautes de l'État au regard des faits générateurs qui en sont à l'origine (I). Il demeure pourtant assez insatisfaisant sur le fond de la motivation pour justifier le rejet de la causalité entre les fautes reconnues et le dommage (II).

## I) La reconnaissance de deux manquements de l'État

Il est intéressant de souligner que le Tribunal reconnaît la carence de l'État avant le déclenchement de la crise sanitaire dans sa gestion du stock des masques (A), mais également une faute pendant son déroulement au regard d'une communication gouvernementale déficiente (B).

### A) Une carence dans la gestion du stock de masques

Une obligation de moyens<sup>5</sup> incombe à l'État pour permettre la protection de la santé, prévue par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Dans cette perspective, le Code de la santé publique<sup>6</sup> lui attribue la compétence de déterminer une politique nationale qui repose aujourd'hui principalement dans la mise en œuvre de la stratégie nationale de santé<sup>7</sup>, déterminée de manière pluriannuelle. Celle-ci insiste sur la nécessité de développer des politiques de prévention<sup>8</sup> pour éviter de concentrer tous les efforts sur une logique curative et permet de prendre en considération les différents facteurs de risques<sup>9</sup> pour la santé. La détermination d'une telle politique est réalisée au moyen des différentes agences et entités étatiques qui, du fait de leur autonomie<sup>10</sup> et de leur expertise, émettent un certain nombre de recommandations. Cette logique relève de l'État stratège<sup>11</sup>, dans lequel l'instance étatique délègue pour objectiver des données, qui vont déterminer les choix politiques pour la mise en œuvre de politiques de santé. Comme l'énonce Monsieur le Professeur Jacques Chevallier : « *L'élargissement du mandat donné aux experts n'implique jamais pour autant que leur soit transféré le pouvoir de décision : le sort réservé aux préconisations qu'ils formulent dépend des arbitrages politiques ; et ceux-ci sont fonction d'un ensemble de paramètres qui conduisent les décideurs à prendre plus ou moins de distance avec les propositions des experts* »<sup>12</sup>. De ces arbitrages vont émerger des décisions qui, prises en connaissance de cause, peuvent constituer des cas d'engagement de la responsabilité de l'État. Ainsi en l'espèce, pour déterminer la faute, le Tribunal va se fonder sur le fait que les autorités étatiques avaient la connaissance de l'existence d'un risque pandémique par

5 - CC, Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

6 - Article L. 1411-1 : « (...) La politique de santé relève de la responsabilité de l'État. Elle tend à assurer la promotion de conditions de vie favorables à la santé, l'amélioration de l'état de santé de la population, la réduction des inégalités sociales et territoriales et l'égalité entre les femmes et les hommes et à garantir la meilleure sécurité sanitaire possible et l'accès effectif de la population à la prévention et aux soins ».

7 - Article L. 1411-1-1, CSP : « La politique de santé est conduite dans le cadre d'une stratégie nationale de santé définie par le Gouvernement ».

8 - L'axe 1 de la stratégie 2018-2022 met en avant la mise en place d'une politique de promotion de la santé, incluant la prévention dans tous les milieux et tout au long de la vie, [à consulter en ligne](#).

9 - Dans son étude adoptée le 26 avril 2018, « [La prise en compte du risque dans la décision publique](#) » le Conseil d'Etat met en avant que la connaissance du risque permet à l'Etat de mener une action en connaissance de cause. Il s'agit d'identifier tant des risques exogènes c'est-à-dire « *indépendants des décisions des acteurs publics* » (p. 21) que des risques endogènes pour lesquels « la mise en œuvre de l'ensemble des politiques publiques implique des décisions qui sont toutes soumises à un risque de défaillance » (p. 23).

10 - Hormis le cas de la Haute Autorité de Santé, les agences sanitaires ne sont pas indépendantes mais autonomes et soumises à une autorité hiérarchique. Leur seule définition opérationnelle est celle du rapport public du Conseil d'Etat de 2012 « [Les agences : une nouvelle gestion publique ?](#) », à savoir : « *un organisme autonome, exerçant une responsabilité structurante dans la mise en œuvre d'une politique nationale* », p. 57.

11 - J. Chevallier. L'Etat stratège, *Le Temps de l'Etat. Mélanges en l'honneur de Pierre Birnbaum*, Fayard, 2007 : « *la démarche stratégique appelle l'élargissement du cercle des acteurs associés aux processus décisionnels et la recherche de solutions de type consensuel : l'action publique tend à devenir la résultante d'un processus long, sinueux, auquel sont invités à prendre part de multiples acteurs* », p. 376.

12 - J. Chevallier, Expertise scientifique et décision politique, *RDSS*, 2020, p. 831.

un certain nombre de rapports émanant d'autorités diverses, dont celles qui anticipent le risque sanitaire<sup>13</sup> et celles qui disposent de processus d'alerte et de veille<sup>14</sup>. Cette connaissance a permis à ces instances d'émettre un certain nombre de recommandations permettant de rentrer dans une logique de prévention. Ainsi, en 2009, en réponse au virus H1N1, l'État s'était fixé comme objectif de constituer une réserve d'un milliard de masques FFP2 et un milliard de masques chirurgicaux. Deux ans plus tard, le HCSP recommandait une telle approche, qui n'a pas été remise en cause par la suite par les autorités publiques. Pourtant celles-ci, du fait de leur statut de décideur politique, auraient pu assumer<sup>15</sup> une remise en cause d'orientations stratégiques initiales, au nom notamment d'une logique d'efficience<sup>16</sup>. C'est donc le décalage entre cette logique de prévention et la réalité du stock établi à 1,5 millions de masques FFP2 et 117 millions de masques chirurgicaux au début de la pandémie qui permet au Tribunal de caractériser une carence fautive de l'État en la matière. Ainsi, le juge va s'attacher à démontrer un ensemble de critères permettant sa qualification.

En effet, la carence peut être déterminée comme le fait pour l'autorité étatique responsable de s'abstenir ou d'émettre des mesures insuffisantes ou tardives alors que les risques étaient connus de manière certaine. Cette connaissance va permettre de faire débiter le point de départ de la responsabilité, sachant qu'une carence ne pourra être constituée que si le défaut ou l'insuffisance de l'action sont caractérisés par une prolongation anormale<sup>17</sup> d'une situation qui présente un danger grave pour la santé publique. Cela va donc bien au-delà d'une simple abstention par la reconnaissance d'un manquement manifeste de l'État. Dans les différentes affaires sanitaires, il est établi que plus le contrôle de l'État sur l'autorité est étroit, plus la carence est possible : le service public de transfusion sanguine<sup>18</sup> ou encore l'AFFSAPS dans le cadre du Médiateur, agissaient au nom de l'État et pour la seconde, était chargée de la police du médicament. Il s'agit bien d'un « *manquement à une obligation préexistante* »<sup>19</sup> où l'État se doit de remplir une obligation de prévention et d'agir avec vigilance pour « *faire cesser les risques matériellement établis car scientifiquement prouvés* »<sup>20</sup>. En l'espèce, il est démontré, par le biais de rapports et de recommandations nationales et internationales dont la pertinence n'a pas été remise en cause<sup>21</sup> depuis 2011, la nécessité de constituer un stock important de masques pour permettre de « *lutter contre une pandémie liée à un agent respiratoire hautement pathogène* » (point 9 du jugement). L'abstention des autorités étatiques est donc constitutive d'une carence fautive dans le cadre d'une obligation de vigilance existante dès lors qu'un risque certain est connu<sup>22</sup>, impliquant des mesures de prévention. L'intérêt en l'espèce est d'observer que, contrairement aux affaires sanitaires précédentes, l'obligation de vigilance dans le cadre d'un tel risque repose en partie sur une logique de prévention et en partie sur une logique de précaution. Pour la première, le HCSP avait notamment fondé son avis<sup>23</sup> du 1<sup>er</sup> juillet 2011 sur la constitution de différents stocks de masques (antiprojections, FFP2), dont l'utilisation est variable en fonction des niveaux de risques auxquels peuvent être exposés divers groupes de populations. Pour la seconde, si le risque

13 - Le CSP attribue notamment au Haut Conseil de la Santé Publique (HCSP) la mission : « *De fournir aux pouvoirs publics, en liaison avec les agences sanitaires et la Haute Autorité de santé, l'expertise nécessaire à la gestion des risques sanitaires ainsi qu'à la conception et à l'évaluation des politiques et stratégies de prévention et de sécurité sanitaire* » (Article L. 1411-4). Son [rapport de 2011](#) sur les maladies infectieuses émergentes (MIE) énonçait notamment comme proposition de : « *Rapprocher l'approche médicale, vétérinaire et entomologique, notamment parce qu'une large part des MIE sont d'origine zoonotique* », p. 138.

14 - Le Tribunal administratif fait justement référence aux rapports de l'Institut de veille sanitaire qui a été intégré au sein de Santé publique France depuis 2016.

15 - Sur le possible décalage entre les fonctions stratégiques et opérationnelles, voir l'exemple du non suivi de certaines des recommandations du Conseil scientifique pendant la crise sanitaire : J. Chevallier, Expertise scientifique et décision politique, *op. cit.*

16 - Cette logique est largement promue par la Haute Autorité de Santé (HAS) qui émet notamment « *un avis sur les conditions de prescription, de réalisation ou d'emploi des actes, produits ou prestations de santé ainsi que sur leur efficience* » (Article L. 161-37, Code de la sécurité sociale). Au sein de la HAS, la Commission d'évaluation économique de la santé publique expose sa [doctrine](#) dans l'évaluation des produits qui repose notamment sur l'efficience, dont l'analyse « *est de mettre en regard les bénéfices de santé et les coûts générés par un produit de santé, comparativement à l'ensemble de ses alternatives médicalement pertinentes* » ([Rapport d'activité 2021](#), p. 12).

17 - Dans l'affaire des prothèses PIP, le CE a considéré que le délai était trop court pour caractériser une carence entre le moment où l'AFSSAPS avait connaissance d'un défaut de conformité et où des mesures de retrait ont été prises : CE, 16 novembre 2020, n°437600.

18 - CE, Ass., 9 avril 1993, n°138653.

19 - M. Plagnol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., n°947.

20 - S. Renard, La carence fautive de l'Etat, *L'affaire du Médiateur 2010-2020, Dix ans après*, Dalloz, 2021, p. 97.

21 - Point 8 du jugement.

22 - Ce fut le cas par exemple pour le sang contaminé ou encore pour l'exposition à l'amiante dont le risque était connu depuis les années cinquante et pour lequel il incombe : « *aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informés des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, (...) et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, au besoin à l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers* » : CE, Ass., 3 mars 2004, n°241150.

23 - Cet avis, cité au point 7 du jugement du Tribunal administratif, préconise notamment : « *la constitution d'un stock tournant impliquant la libération (...) et la reconstitution régulières d'une partie du stock et ce compte tenu des durées de péremption de ces masques* » mais surtout recommande pour une dimension adéquate des stocks de tenir compte de plusieurs paramètres comme : « *la durée de mise en place des mesures de prévention par les masques ; les capacités de fabrication et d'approvisionnement pendant une crise* », p. 5, [en ligne](#).

est établi et scientifiquement prouvé, l'ampleur de la crise sanitaire restait, avant son déclenchement, hypothétique<sup>24</sup> et comme le rappelle Stéphanie Renard : « *en matière de santé, le principe de précaution fait donc naître une obligation d'expertise et d'évaluation mais il n'emporte aucune obligation normative* »<sup>25</sup>. Au-delà de savoir si tel engagement relève d'une logique de prévention ou de précaution, il convient de retenir que dès lors que l'État poursuit l'objectif de remplir l'obligation de moyens à la protection de la santé mais n'assure pas les conditions d'exécution de cette obligation, la reconnaissance d'une faute en la matière permet à ce qu'il ne puisse pas « *se contenter de se justifier après coup ; il lui faut mettre en œuvre, en amont, une procédure suffisamment rigoureuse pour rendre le risque effectivement acceptable* »<sup>26</sup> en prenant des décisions adéquates.

### B) Une faute dans la communication sur le port du masque

L'apport le plus significatif de ce jugement concerne la reconnaissance de la faute dans la communication du Gouvernement sur l'inutilité du port du masque au début de l'épidémie et particulièrement dans les transports en commun. L'approche est originale en ce qu'elle se fonde sur un ensemble de déclarations pour caractériser la faute et non sur une disposition juridique, telle qu'une circulaire ou une instruction ministérielle, qui aurait été spécifiquement publiée à cet effet. La reconnaissance d'une telle faute permet, comme le souligne Anne Jacquemet-Gauché, une substitution de « *la responsabilité tant politique que pénale des élus* »<sup>27</sup> pour une responsabilité administrative indistincte et globale provenant de « *plusieurs déclarations gouvernementales* »<sup>28</sup>. Là où traditionnellement une faute peut être rattachée à une autorité de l'État et dès lors engager la responsabilité de celui-ci lorsqu'un lien de causalité est suffisamment démontré, l'intérêt de sa reconnaissance apparaît en l'espèce comme essentiellement symbolique car elle n'entraîne aucune conséquence. Il est tout de même intéressant de souligner quelles ont été les étapes qui ont permis au juge administratif de reconnaître une faute. En effet, c'est le caractère contradictoire des déclarations au regard des données scientifiques disponibles qui constitue le fait générateur fautif ayant pour effet de dissuader la population d'avoir recours à des masques. Le juge administratif va se prononcer « *sur la connaissance de l'information dont dispose la personne publique afin de prendre ses décisions* »<sup>29</sup> et le point de départ de celle-ci sera, on a pu le noter pour l'affaire du Médiateur par exemple, le moment où la responsabilité pourra être engagée. Ainsi, dès lors qu'une telle déclaration publique au regard de telles connaissances qui ne sont pas hypothétiques peut avoir un effet sur le comportement général de la population, une faute peut être reconnue. Il est tentant d'établir un parallèle avec l'évolution de la possibilité d'agir dans le cadre d'un recours en excès de pouvoir à l'encontre de lignes directrices de l'administration qui seraient « *susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre* »<sup>30</sup>. De telles déclarations allant à l'encontre des recommandations de santé publique sont donc reconnues comme susceptibles d'entraîner des comportements faisant pencher la balance entre le bénéfique d'endigement du dommage et le risque de son aggravation.

Ce n'est pas la première fois que le juge administratif reprend le Gouvernement dans la gestion de la crise sanitaire. À l'occasion d'un recours en référé présenté par le Syndicat des jeunes médecins demandant au Gouvernement de renforcer les mesures existantes du premier confinement pour le rendre total, le Conseil d'État avait énoncé que les dispositions prises pour limiter les déplacements par le biais d'une attestation ne relevaient pas de la carence. Cependant, en visant le contenu de cette attestation, le juge administratif tient à préciser que : « *[la carence] est toutefois susceptible d'être caractérisée si leurs dispositions sont inexactement interprétées et leur non-respect inégalement ou insuffisamment sanctionné* »<sup>31</sup>. Cela avait conduit le Conseil d'État, au regard de l'ambiguïté de certaines dispositions ou messages d'alertes, à enjoindre le Gouvernement à préciser la portée et le maintien de certaines dérogations ou d'évaluer plus spécifiquement les risques pour la santé du maintien de certaines installations comme les marchés ouverts. Le Conseil d'État insistait sur la nécessité de délivrer « *une information précise et claire du public sur les mesures prises et les sanctions encourues* ».

24 - Dans le même avis, le HCSP : « considère qu'il n'est pas possible de prédire la durée d'une épidémie ou pandémie liée à un pathogène émergent, mais qu'une exposition intense ne devrait pas dépasser 3 mois localement », *ibid.*

25 - S. Renard, *op. cit.*

26 - C. Noiville, *Du bon gouvernement des risques*, PUF, Paris, 2003, p. 163.

27 - A. Jacquemet-Gauché, *Entretien du 1<sup>er</sup> juillet 2022, op. cit.*

28 - Point 10 du jugement.

29 - A. Jacquemet-Gauché, *Le juge administratif face aux connaissances scientifiques, AJDA*, 2022 p. 443.

30 - CE, Section, 12 juin 2020, GISTI, n°418142.

31 - CE, 22 mars 2020, Syndicat Jeunes médecins, n° 439674, point 9.

*[qui] doit être régulièrement réitérée par l'ensemble des moyens à la disposition des autorités nationales et locales »<sup>32</sup>. Le comportement de l'État, particulièrement du Gouvernement, se doit donc d'être particulièrement exigeant dans sa conduite normative en usant des propos ou des mesures réglementaires visant à éviter ou réduire au mieux les risques engendrés par une telle situation sanitaire.*

La reconnaissance de telles fautes n'aboutit pas pour autant à un engagement de la responsabilité de l'État, dès lors que la causalité n'est pas démontrée au regard du dommage subi par la requérante. Cette causalité peut être conçue comme relevant de fondements différents en fonction de logiques de prévention ou de précaution. Il reviendra de comprendre les standards pouvant permettre de lier une telle faute à un dommage spécifique.

## II) L'exigence élevée en matière de causalité entre les fautes et le dommage

Les mesures de prévention que sont amenées à prendre les autorités ne sont pas infaillibles et le risque du dommage peut toujours survenir. Il reste à savoir dans quelle mesure l'État a pu prendre, au regard des ressources dont il dispose, toutes les mesures et alternatives possibles permettant de prévenir et de parer les éventuels dommages **(A)** mais également de s'interroger sur les potentialités de l'applicabilité du principe de précaution **(B)**.

### A) L'absence d'infaillibilité des mesures de prévention

La causalité est l'une des variables permettant une juste détermination des responsabilités et, en la matière, une « *question récurrente* »<sup>33</sup> pour aboutir à sa reconnaissance, donc à la condamnation de l'État. En principe, le juge administratif tient à déterminer une causalité adéquate, comme il a pu le faire dans l'affaire du Médiateur, c'est-à-dire rattacher la cause occasionnant le dommage en adéquation avec le fait générateur à l'origine de celui-ci, permettant de « *se fonder sur les caractéristiques intrinsèques du risque (...) pour objectiver les choses* »<sup>34</sup>. Cette objectivisation permet d'énoncer que les agissements du laboratoire Servier permettent d'exonérer partiellement le contrôleur qu'est l'État en reconnaissant sa seule faute propre. Cette faute propre désigne sa carence déterminée dans le temps au regard d'un fait générateur objectif : sa connaissance de la gravité des pathologies qui risquent de se développer et de leur probabilité, applicables à chaque situation spécifique. Au regard de tels critères, il est impossible en l'espèce de rattacher la moindre causalité au dommage de la requérante, même si des fautes sont reconnues. En effet, que ce soit la carence dans la gestion des masques ou dans la communication du Gouvernement sur leur port, le dommage de la demanderesse n'y est pas rattachable de manière directe et certaine, sachant que le Tribunal souligne notamment « *la nature particulièrement contagieuse du virus (...) [et le] caractère aléatoire de sa transmission* » (point 21). Cela démontre bien que si les mesures de prévention peuvent constituer une réduction significative du risque, le fait générateur du dommage de la requérante apparaît comme multifactoriel, imprévisible et irrésistible. Sauf à considérer d'autres approches de la causalité<sup>35</sup> ou à la considérer comme présomptive<sup>36</sup>, celle-ci ne peut être retenue au regard de ces seules fautes pointées par le Tribunal administratif. Cela nous permet de réfléchir sur la valeur même de la prévention qui permettrait de mettre en défaut l'État s'il ne s'employait à ne mettre en œuvre aucune mesure propre de nature à éviter le dommage. Or, le Tribunal pointe l'existence en l'espèce de protections alternatives comme la distanciation physique ou le lavage des mains, qui peuvent être considérées comme dérisoires mais qui sont autant de recommandations de l'État de nature à éviter ou limiter le dommage de la requérante. De plus, sa situation personnelle ne peut pas être directement rattachable de manière certaine aux fautes de l'État, ce qui conduit le Tribunal à écarter la responsabilité.

La mise en œuvre du principe de prévention apparaît comme un instrument permettant de remplir l'obligation de moyens de l'État à la protection de la santé mais il doit être proportionné au regard du risque encouru. Dès lors que la menace devient immédiate, le juge est particulièrement attentif aux moyens dont dispose l'Administration pour assurer

32 - Ibid, point 16.

33 - T. Del Faro, La responsabilité de l'Etat et de ses représentants dans la gestion de l'épidémie de Covid 19, *AJDA*, 2020, p. 1463.

34 - Conclusions du rapporteur public Jean Lessi dans CE 9 novembre 2016, N° 393108, Nos 393902, 393926, N° 393904, p. 15, [en ligne](#).

35 - Songeons à l'équivalence des conditions ou à l'empreinte continue du mal : voir par exemple F. Guéneau, A. Vignon-Barreau, *Droit privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, N. Albert-Moretti, F. Leduc, O. Sabard (dir.), LexisNexis, 2017, p. 133.

36 - Qui reste marginale, présente notamment en matière vaccinale : CE, 9 mars 2007, Mme Schwartz, n° 267635.

la protection de la santé, quitte à prioriser certains équipements<sup>37</sup>. Les procédures de référé engagées durant la crise sanitaire ont largement évoqué cet aspect<sup>38</sup> qui, si elles ont leur spécificités procédurales<sup>39</sup>, ont permis de replacer les obligations de l'État et donc l'engagement de sa responsabilité dans le fait de savoir si les autorités responsables ont été particulièrement réactives<sup>40</sup>. Il s'agit toutefois de trouver un équilibre entre ce qui peut constituer une charge déraisonnable pour l'Administration et ce qui pourrait s'apparenter à une cause exonératrice de responsabilité : « c'est in concreto que le juge appréciera la satisfaction de l'obligation, au regard des diligences dont l'Administration a fait preuve dans le temps et de sa faculté à déployer, ne serait-ce que (...) les moyens du bord »<sup>41</sup>. Ainsi, cette logique a été reprise par le Tribunal pour écarter en l'espèce plusieurs carences fautives. Qu'il s'agisse de la gestion de la pénurie de masques ou de gel hydroalcoolique ou encore de la stratégie de dépistage, la carence n'est pas constituée dès lors qu'il n'est pas démontré que l'État, au regard des ressources disponibles dont l'Administration dispose, n'a pas agi au mieux de ses capacités. Son comportement dans le cadre du dépistage de la population permet de comprendre quelles sont les causes exonératrices de responsabilité d'une éventuelle carence : sa réactivité, le fait de suivre des recommandations des instances opérationnelles sanitaires en matière de priorisation de tests et l'existence de « difficultés exogènes d'approvisionnement pour les éléments nécessaires à la constitution de kits de dépistage » (point 19). Ces conditions ne sont pas explicitement énoncées comme cumulatives mais permettent d'expliquer a contrario pourquoi le Tribunal peut considérer la gestion de l'approvisionnement des masques comme une carence fautive au regard d'un risque certain. Si le principe de prévention ne veut pas dire que les mesures prises pour son exécution doivent être infaillibles, l'Administration doit disposer de la capacité de démontrer, au regard des ressources existantes, des moyens mobilisables dans le temps et de la capacité à disposer de solutions alternatives, que son action permet d'anticiper les risques et ses conséquences.

### B) L'applicabilité contrariée de la précaution aux enjeux de la responsabilité

Le principe de précaution a quant à lui été invoqué par la requérante qui considérait que l'État, en n'ayant pas su anticiper la survenue de l'épidémie, a organisé une pénurie de masques et que, faute de mesures de prévention adaptées, une violation du principe de précaution pouvait être caractérisée. Ce dernier est garanti par la Charte de l'environnement de 2005 et se fonde sur l'existence de l'hypothèse d'un risque qui « *pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement* »<sup>42</sup> pour imposer aux autorités de l'évaluer dans le but d'adopter des « *mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* » (article 5). L'intérêt de l'espèce provient du fait que le Tribunal administratif rejette la carence non pas parce que le moyen aurait dû être fondé sur la méconnaissance du principe de prévention<sup>43</sup>, mais parce que la violation du principe de précaution est selon lui propre à la matière strictement environnementale. Nous avons déjà observé en quoi la démonstration d'une carence est liée au principe de prévention, du fait de sa nature même au regard des conditions de l'engagement de la responsabilité. Cela ne veut pas pour autant dire qu'il ne pourrait pas exister en l'espèce une voie pour l'application du principe de précaution qui reposerait sur la faute reconnue dans la communication de l'État à propos de l'utilisation des masques au début de la crise sanitaire. En effet, le Tribunal administratif retient « *l'absence de caractère infaillible de la mesure de prévention que constitue le port d'un masque respiratoire* » (point 21), donc il est tout de même possible de concevoir que cela relevait d'une logique de précaution permettant au Gouvernement d'éviter une faute de communication en la matière. Le masque et l'injonction de le porter dès le début de la crise sanitaire n'auraient pas pour autant supprimé le risque de la contamination au Covid-19 mais auraient rendu celle-ci un peu plus hypothétique, en complément des autres mesures sanitaires. Il s'agit là d'une analyse juridique du risque car les études scientifiques ont démontré dès le début que la transmission par voie d'aérosol était le facteur principal de contamination<sup>44</sup>. Rappelons également que le principe de précaution n'est

37 - Par exemple, CE, ord., 28 mars 2020, SMAER, n°439726 : « *le caractère limité des stocks disponibles implique, à ce jour, le maintien des réquisitions précitées relatives aux masques dits chirurgicaux, au bénéfice notamment des personnels de santé* » et donc pas pour toute la population (point 10).

38 - CE, 15 avril 2020, Association Coronavictimes et autres, n° 439910.

39 - Du fait des conditions et finalités du référé-liberté tel qu'énoncé à l'article L. 521-2 du CJA.

40 - Les ordonnances en référé s'attachent à exposer quelles sont les actions engagées par l'Etat depuis le début de la crise.

41 - C. Roux, Les moyens dont dispose l'Administration : ébauche et débauche d'un assouplissant, *Droit Administratif*, n°4, Avril 2021, alerte 44.

42 - Les conditions énoncées restreignent d'autant plus le champ d'applicabilité de ce principe.

43 - Comme cela a déjà été exposé par : A.-L. Youhnovski Sagon, Covid-19 : la responsabilité pour faute de l'État partiellement retenue, *JCP A*, n° 26, 4 juillet 2022, act. 448 : « *la responsabilité de l'État ne peut être engagée que lorsqu'un risque certain n'a pas été anticipé, et non un risque hypothétique* ».

44 - Voir le [communiqué de l'OMS](#) et la note dans sa version actualisée qui avait été publiée le 29 mars 2020 évoquant les différents modes de transmission du virus et recommandant le port du masque, [en ligne](#).

pas seulement une garantie constitutionnelle, mais également un principe général du droit de l'Union<sup>45</sup>, applicable dans le cadre de toutes les politiques. Limiter l'application du principe de précaution à la seule matière environnementale revient à nier son effectivité en tant que principe de l'Union<sup>46</sup> et à nier les multiples liens reconnus par notre droit entre la santé et l'environnement, sachant que l'article 1<sup>er</sup> de la Charte de l'environnement dispose que « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ». Si la définition de la santé environnementale n'est pas explicitement incluse dans la Charte<sup>47</sup>, le législateur a progressivement institutionnalisé depuis 2004 l'existence d'un plan national de prévention des risques pour la santé liée à l'environnement<sup>48</sup>, mais aussi le concept d'exposome<sup>49</sup>, « *qui prend en compte des « facteurs externes spécifiques » (agents physiques ou chimiques environnementaux) et des facteurs « externes généraux » (caractéristiques socio-culturelles, socio-économiques et socio-environnementales)* »<sup>50</sup>. Ainsi dans ce cadre, il serait possible de reconnaître que la méconnaissance du principe de précaution, dès lors qu'il existe un risque non purement hypothétique<sup>51</sup> et donc une part d'incertitude, entraînerait la carence de l'État si aucune action<sup>52</sup> n'est entreprise. Cette logique permettrait d'éviter au mieux la propagation d'une épidémie et de protéger plus efficacement la santé, car ainsi conçu : « *le principe de précaution viserait alors de nouveaux types de risques : les risques « hypothétiques », potentiels, à savoir les menaces, voire le danger (...) le risque peut alors se définir comme la méthode qui permet de passer du sentiment, de la crainte, à une gestion rationnelle de l'incertitude* »<sup>53</sup>. En prenant l'exemple du traitement de la qualité de l'air, le fait de cibler certains lieux sensibles où un risque sanitaire est susceptible de se produire permet de réduire les causes multifactorielles<sup>54</sup> et les possibilités d'exonération de la responsabilité de l'État. En l'espèce, le juge administratif applique la jurisprudence traditionnelle<sup>55</sup> selon laquelle l'exigence de précaution garantie par l'article 5 ne peut, en matière de risque sanitaire, être envisagée sans l'existence d'un risque environnemental.

Au-delà d'un élargissement de la protection des principes garantis par la Charte dans certains domaines liés à la protection de la santé ou à sa pleine reconnaissance comme principe de l'Union, il s'agit d'adapter les exigences causales de la responsabilité à la nature du principe de précaution. En reposant sur un risque incertain mais susceptible de survenir, sa mise en œuvre doit être motivée par « *l'identification des conséquences potentiellement négatives pour la santé (...) et, en second lieu, une évaluation compréhensive du risque pour la santé fondée sur les données scientifiques disponibles les plus fiables et les résultats les plus récents de la recherche internationale* »<sup>56</sup>. Le paradigme du doute raisonnable qu'implique le principe de précaution fait largement reposer la décision étatique, et *in fine* celle du juge, sur le contenu d'expertises scientifiques reposant sur l'incertitude. Cela soulève un ensemble d'enjeux au regard « *du poids des experts dans l'action publique* »<sup>57</sup> rendant la prise de décision phagocytée ou largement dépendante des avis

45 - TPICE, 26 novembre 2002, T-74/00, Artegoda : « *Bien qu'il soit uniquement mentionné dans le traité en relation avec la politique de l'environnement, le principe de précaution a donc un champ d'application plus vaste. (...) Il en résulte que le principe de précaution peut être défini comme un principe général du droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques* » (points 183 et 184).

46 - Nicolas de Saadler, La prise en compte de l'incertitude par la Cour de Justice de l'UE à l'aune du principe de précaution, *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, 2020/1, Tome 62, p. 189-213.

47 - S. Brimo, Droit à un environnement sain et santé environnementale, *RDSS*, 2019, p. 7.

48 - Article L. 1311-6, CSP : « *Un plan national de prévention des risques pour la santé liés à l'environnement est élaboré tous les cinq ans* », actuellement le 4<sup>e</sup> plan prévoit dans son axe 4 de « *Mieux connaître les expositions et les effets de l'environnement sur la santé des populations et sur les écosystèmes* » en renforçant la recherche sur l'exposome, p. 64, [en ligne](#).

49 - Article L. 1411-1, CSP : « (...) *La politique de santé comprend : 1° La surveillance et l'observation de l'état de santé de la population et l'identification de ses principaux déterminants, notamment ceux liés à l'éducation et aux conditions de vie et de travail. L'identification de ces déterminants s'appuie sur le concept d'exposome, entendu comme l'intégration sur la vie entière de l'ensemble des expositions qui peuvent influencer la santé humaine* ».

50 - F. Marano, Santé et environnement, *Trente ans d'évolution de la santé en France*, R. Demeulemeester et al. (dir.), Berger-Levrault, 2021, p. 342.

51 - CJUE, 17 décembre 2015, Neptune Distribution, C-157/14 : « *lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué, en raison de la nature non concluante des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives* », points 81 et 82.

52 - Pensons par exemple dans le cadre de cette crise sanitaire mais plus largement, à la qualité de l'air dans les lieux clos comme les écoles : voir le rapport du HCSP du 18 mars 2022 sur l'évaluation globale des plans santé-environnement (2004-2019), [en ligne](#).

53 - A. Isavilévitch, H.-C. Stockélé, C. Hervé, De l'écart entre le principe de précaution et la réalité des pratiques médicales : quel rôle pour l'intégrité scientifique ?, *Intégrité scientifique, fausses nouvelles et réseaux sociaux*, C. Hervé, M. Stanton-Jean (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, Paris, 2021, pp. 228-229.

54 - S'agissant de l'origine de la pollution urbaine, elle « *ne saurait caractériser une défaillance notable des pouvoirs publics dans les actions destinées à protéger ou améliorer la vie des habitants de la région parisienne ni une atteinte suffisamment grave à leur droit de vivre dans un environnement sain* » : CAA Paris, 11 mars 2021, n°19PA02868.

55 - CE, Ass., 12 avril 2013, Stop THT, n°342409.

56 - CJUE, 19 janvier 2017, Queisser Pharma GmbH & Co, C-282/15, point 56.

57 - J. Chevallier, Vers une république des experts ?, *Demain l'épistocratie ?*, A. Viala (dir.), Mare et Martin, 2020, p. 176.

scientifiques. Ainsi, l'engagement de la responsabilité de l'État au regard de l'inapplication du principe de précaution peut être possible seulement si l'on accorde aux critères de la causalité une certaine marge d'appréciation. La responsabilité doit être rattachable à un faisceau d'indices probabilistes reposant sur des données scientifiques permettant de lier le fait générateur à une causalité au regard de la situation personnelle du requérant qui a subi un dommage. Le principe de précaution repose donc sur des indices graves, précis et concordants permettant sa qualification juridique. Pour cela, il faudrait, comme le propose Monsieur le Professeur Mustapha Mekki : « [de] renforcer la rationalité de ce mode de preuve (...) par la mise en œuvre d'une nomenclature des indices [et] (...) encourager un débat sur la preuve avant même tout procès, sorte de phase préalable probatoire au cours de laquelle les parties peuvent discuter (...) sur les termes du futur litige »<sup>58</sup>, permettant de renforcer la légitimité de la décision du juge en la matière. La crise sanitaire permet donc de penser un champ élargi de la responsabilité de l'État mais également de son comportement en fonction de ce que peuvent légitimement en attendre les citoyens.

Guillaume Fontanieu

---

58 - M. Mekki, Preuve et principe de précaution, *L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, Septembre 2016, M. Hautereau-Boutonnet, J.-C. Saint-Pau, p. 126-127.