

## **Colloque « Droit commun - droit spécial - regards croisés (France - Océan Indien) », organisé les 28 et 29 mai 2009 à l'Université de La Réunion - Saint-Denis**

Intervention de Manuel GROS, Professeur de droit public à l'Université de Lille 2, Avocat au barreau de Lille :

### **Quel droit commun de la responsabilité entre droit public et droit privé ?**

La combinaison des dispositions d'une part de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III et de celles d'autre part de la loi des 13 et 19 décembre 1790 révèle l'existence d'une responsabilité de l'administration devant un juge spécial.

Restait alors en suspend la question du droit de la responsabilité applicable.

Il n'y a a priori pas de droit commun de la responsabilité et l'intitulé de cette note paraît relever de l'impossible.

La décision Blanco du Tribunal des conflits (8 février 1873) avait en effet écarté expressément le droit commun de la responsabilité :

« Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages aux particuliers (...) ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier (...)

Que cette responsabilité n'est ni générale et absolue, qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ».

Dans cette décision, le droit civil, droit souvent considéré comme commun (c'est-à-dire ordinaire) est certes écarté, mais reste la question d'une part de ce que serait le droit commun de la responsabilité et celle d'autre part de la liaison ou de la dissociation de la compétence et du fond.

Il existe une dualité du « sens... commun ». En effet, ce qui est commun peut être simplement ordinaire, banal, en ce sens il existerait un droit commun ordinaire de la responsabilité (I), ou de façon plus intégrative, ce qui est commun l'est parce qu'il est partagé, et il existerait alors un droit commun partagé de la responsabilité (II).

### **I-un droit commun ordinaire de la responsabilité?**

Il existe des rapprochements naturels en matière de droit de la responsabilité entre le droit civil et le droit administratif; la force majeure n'est sans doute guère différente en son appréciation devant le juge civil ou devant le juge administratif.

Le véritable rapprochement sérieux dans le domaine de la responsabilité, en termes de banalisation de la responsabilité, est naturellement sans doute ce qu'il convient d'appeler la disparition ou sinon à tout le moins la raréfaction de la faute lourde en matière de responsabilité administrative (A), mais il ne faut pas aller trop vite, car il existe des différences subsistantes (B) et des originalités persistantes (C).

#### **A. Des rapprochements apparents**

Ces rapprochements entre les droits de la responsabilité procèdent de la raréfaction de la faute

lourde en droit public.

Cela aurait pu se retrouver dans l'unification éphémère sous le régime d'une faute non qualifiée en matière hospitalière, avant la réforme législative de 2002. Par un arrêt d'Assemblée du 10 avril 1992, Epoux V., la Haute Assemblée allait confirmer la nécessité d'un revirement expressément souhaité par le Commissaire du gouvernement Legal. A l'occasion des séquelles d'un accouchement par césarienne, le Conseil d'Etat admit implicitement l'engagement de responsabilité de l'hôpital sur la seule faute simple médicale. Mais il serait imprudent de considérer qu'à la suite de ce revirement, le juge administratif ait souhaité aligner le régime de la responsabilité hospitalière sur le régime de droit commun des services publics, le Conseil d'Etat ayant pris le soin le jour même de la lecture de l'arrêt, par un communiqué de presse, d'en limiter la portée. Cependant, au-delà de la terminologie, l'évolution jurisprudentielle allait tout de même dans le sens certain d'un abaissement du degré de faute exigé, même pour des activités hospitalières difficiles, comme les services urgentistes.

Même remarque pour les services pénitentiaires, où pourtant la présomption de difficulté du service pénitentiaire justifiait le maintien de l'exigence d'une faute qualifiée, et où le juge administratif a finalement cédé à une forte pression à la fois sociologique et du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette application de la faute simple à une catégorie d'usagers pourtant particulièrement « difficiles » révèle sans doute un juge sensible à un mouvement des droits de l'homme très puissants y compris au niveau des instances juridictionnelles européennes. Cette dimension spécifique liée à la sensibilité particulière de la question des droits des détenus, n'enlève pas à cette jurisprudence sa généralité quant à un glissement vers la faute simple pour tous les services publics.

Certaines autres activités difficiles ont connu le revirement, alors que particulièrement difficiles dans l'exécution sur le terrain, toujours exécutées dans l'urgence, elles connaissaient aussi le régime de la faute lourde systématique. Tel était le cas des services de lutte contre l'incendie, dans une jurisprudence classique et constante (CE, 21 février 1964, Ville de Wattrelos, R. 118, concl. Braibant).

## **B. Des différences substantives**

Il serait toutefois imprudent de considérer que le juge administratif ait souhaité aligner le régime de la responsabilité hospitalière sur le régime de droit commun des services publics. La Haute Assemblée a ainsi pris la précaution d'accompagner l'arrêt "Epoux V." d'un communiqué de presse explicatif : "Le juge administratif continuera de tenir compte, dans son appréciation de la faute, des difficultés particulières, de l'urgence, de l'état des connaissances et des moyens ". Cette explication du juge, à destination des juridictions du fond, démontre que la faute hospitalière porteuse de responsabilité ne sera pas systématique.

Comme en matière hospitalière, les rapprochements repérés sont en fait parfois de faux revirements. L'exemple des services publics pénitentiaires est sur ce point éclairant. Une première exception à l'exigence d'une faute lourde est intervenue en matière de suicide de détenus (CE, 23 mai 2003, Mme Chabba, n°244663, confirmé pour un détenu mineur CE, 9 juillet 2007, M. A., n°281205) ; elle pouvait être regardée comme ne portant pas atteinte réellement au principe de l'exigence de la faute lourde, compte tenu de la spécificité du suicide. Toutefois, l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 17 décembre 2008, M. Jawad A. c/ Ministre de la justice (n°292088) a consacré l'abandon de la faute lourde. Le Conseil d'Etat jugea en l'espèce que le danger provoqué par la combustion des matelas en mousse, tant en raison de la nature des fumées dégagées que de l'extrême rapidité de l'embrassement, de même que la fréquence des incidents provoqués par des détenus enflammant leur matelas, étaient connus de l'administration pénitentiaire, sans que celle-ci ait mis en oeuvre des dispositions préventives et que cet ensemble de circonstances présentait un caractère fautif. Ainsi alors même qu'aucune de ces circonstances ne revêtait le caractère d'une faute lourde dans l'organisation ou le fonctionnement du service de surveillance des détenus, la responsabilité de l'Etat était susceptible d'être engagée à raison du décès d'un détenu.

## **C. Des originalités persistantes**

Parallèlement à la banalisation de la faute simple, qui témoigne du rapprochement avec le droit civil, l'admission d'une responsabilité administrative parfois fondée sur le seul risque encouru par l'administré, redonne une spécificité à cette dernière.

Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon le 21 décembre 1990 « Consorts Gomez » a reconnu la possibilité d'une responsabilité hospitalière en l'absence de toute faute, même simple, en raison du risque thérapeutique exceptionnel et nouveau, non justifié par des raisons vitales. Le Conseil d'Etat a ensuite élargi le champ d'application de la responsabilité, en admettant une responsabilité sans faute, dans l'hypothèse de la réalisation d'un risque prévisible mais exceptionnel (CE, 9 avril 1993, Bianchi, RFDA 93. 573, concl. Daël).

Ces jurisprudences relativement réservées à des situations exceptionnelles, soit par la nature de l'intervention (« Gomez »), soit par la gravité des complications (« Bianchi »), ont cependant connu une généralisation en matière d'anesthésie générale, cette dernière présentant un « risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé » (CE, 3 novembre 1997, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, n°153686).

Les fonctions régaliennes (police, contrôle tutelle) restent également spéciales quant à leur régime de responsabilité. L'activité de police a connu initialement un régime d'irresponsabilité (CE, 13 janvier 1899, Lepreux, S.1900.3.1, note Hauriou). Il fallut attendre la célèbre affaire "Tomaso Grecco" (CE, 10 février 1905, pour que le Conseil d'Etat consacre le principe de la responsabilité de la police, responsabilité par ailleurs limitée, à tout le moins dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Romieu, à la commission d'une faute lourde, absente en l'espèce. Le juge administratif accepta ensuite de distinguer la faute exigée en fonction de la difficulté de l'action administrative. Les opérations matérielles d'exécution, sur le terrain, justifiant, par leur difficulté pour le service, le régime favorable de la seule faute lourde, tandis que les activités de police purement "juridiques", jugées moins imprégnées d'urgence et de difficulté, relevant quant à elles de la faute simple.

L'abandon de la faute lourde n'est cependant jamais total. Ainsi une autre fonction régalienne de l'Etat, celle des services fiscaux, relève toujours de celle-ci. Après une exigence originelle d'une "faute manifeste et d'une particulière gravité", la jurisprudence s'est stabilisée autour de la faute lourde (CE, 21 décembre 1962, Dame Husson-Chiffre), toutefois limitée aux activités strictement fiscales d'assiette ou de recouvrement.

Enfin une certaine spécificité subsiste pour la responsabilité du fait des actes illégaux et légaux. La faute d'illégalité reste nécessairement « spéciale », ne serait-ce que parce que les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir ne sont pas parfaitement adaptables aux causes de nullité des actes en droit commun. Ainsi la prise d'actes illégaux doit être regardée comme une faute de service, à ce titre susceptible d'engager la responsabilité de l'administration sur le terrain de la faute, mais d'une faute indiscutablement spéciale. La jurisprudence a en outre ajouté à cette responsabilité classique du fait des actes administratifs illégaux une responsabilité sans faute, du fait des actes cette fois légaux ! Celle-ci connaît un fondement différent des autres régimes de responsabilité, ne reposant ni sur la faute, absente puisque l'acte pris est légal, ni sur le risque, mais sur le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques.

Il n'existe en fait réellement de droit commun ordinaire de la responsabilité. La responsabilité administrative révèle en réalité depuis l'affaire Blanco tant la spécificité du droit administratif, que sa parenté avec le droit commun.

## **II-Un droit commun partagé de la responsabilité ?**

Il convient d'utiliser le sens étymologique précis du mot « commun », celui qui a donné les concepts de « communisme » ou de « communautaire », et a nécessairement inspiré l'idée du droit communautaire. Dans cette acception, il y a en fait trois façons de partager le droit : considérer que

le droit commun est le droit civil (A), ou considérer au contraire par anticonformisme que le droit commun c'est le droit administratif (B) ou alors naturellement considérer que le droit commun est nécessairement un droit mixte (C).

## **A. Le droit commun c'est le droit civil !**

Il convient d'évoquer deux points :

### **1) l'existence de blocs de compétence judiciaire opérant la liaison de la compétence et du fond.**

Il s'agit de régimes législatifs de responsabilité incluant par exemple le régime des dommages de guerre, la responsabilité pour les dommages causés par les attroupements et rassemblements, l'indemnisation des dommages corporels résultant d'une infraction pénale, la réparation dans des dommages causés par des actes de terrorisme, mais également les régimes de substitution de responsabilité, telle que celle de la responsabilité de l'État à celle des membres de l'enseignement public (loi du 5 avril 1937) ou s'agissant des dommages causés par les véhicules (lois du 31 décembre 1957 et 5 juillet 1985) .

### **2) les principes civils dont s'inspire le juge administratif ou la dissociation de la compétence et du fond.**

Cette hypothèse n'apparaît pas la plus évidente, car on connaît la réticence initiale et répétée du juge administratif à appliquer les principes du Code civil.

On retrouvera naturellement cette inspiration dans le « droit du travail » public ; ainsi de l'interdiction de licencier une salariée en état de grossesse (CE, 8 juin 1973, dame PEYNET) , ou du droit du salarié à une rémunération minimale (CE, sect. 23 avril 1982 ville de Toulouse/Aragnou), de l'interdiction des amendes et autres sanctions pécuniaires à l'égard des salariés (CE, Ass., 1er juillet 1988 Billard et Volle / SNCF), ou de la règle de l'entretien préalable à toute sanction (CE, 28 juillet 1993 fédération nationale des tabacs et allumettes FO).

Cette inspiration pour le juge administratif du droit commun pourrait apparaître se généraliser. Ainsi de la garantie de parfait achèvement en droit public, principe inspiré des articles 1792-6 du Code civil, dont le Conseil d'État s'est inspiré dans sa jurisprudence « Borg Wagner » du 8 décembre 1999.

## **B. Le droit commun c'est le droit administratif !**

Pour sacrilège que puisse paraître une telle affirmation aux yeux d'une conception du droit qui ne verrait dans le droit public qu'une excroissance sortie du seul socle du droit commun, il est intéressant à titre d'hypothèse de développer deux points :

### **1) Les blocs de compétences administratives et la liaison compétence-fond :**

Relèvent de cette catégorie, les hypothèses où le juge administratif est le seul juge concevable et où il applique le seul droit administratif.

C'est ainsi le cas indiscutable de la responsabilité du fait des dommages de travaux publics, qui est une des plus anciennes en son principe, puisqu'elle résulte de la Loi du 28 pluviôse an VIII. Pour autant, les conditions de mise en oeuvre de cette responsabilité sont essentiellement jurisprudentielles et sont fondées sur une logique de la normalité du rapport de la victime avec le travail ou l'ouvrage public, selon des règles d'inspiration spécifique.

### **2) L'application du droit administratif par le juge judiciaire ou la dissociation de la compétence et du fond :**

Dans cette hypothèse, on peut évoquer l'exception de déchéance quadriennale, devenue règle de la

prescription quadriennale. Elle ne fait pas partie des "règles du droit civil", mais elle est cependant opposable en principe à tout créancier d'une personne morale de droit public. Les tribunaux judiciaires jugent en outre désormais que la législation soumettant à prescription quadriennale les créances sur les collectivités publiques s'applique aussi au cas des litiges relevant du juge judiciaire (Cass. 2e civ., 11 févr. 1987 : Bull. civ. 1987, II, n° 41. - CA Paris, 1re ch., 18 févr. 1985 : D. 1985, inf. rap. p. 267, comm. P. Julien).

Autre hypothèse célèbre, celle du régime juridique de la responsabilité à l'égard des collaborateurs occasionnels du service public dans le cadre de la jurisprudence « GIRY » (Cass.civ 23 novembre 1956 trésor public/ Docteur GIRY), à l'occasion du dommage subi par un médecin requis par un officier de police judiciaire, la Cour de Cassation estimant que la cour d'appel s'était fondée à tort sur « les dispositions de droit privé relatif au délit et quasi-délit, qui ne peuvent être invoquées pour fonder la responsabilité de l'État ; qu'elle avait en revanche le pouvoir et le devoir de se référer, en l'espèce, aux règles du droit public ».

Intéressantes, ces applications du droit administratif par le juge judiciaire ne font naturellement pas pour autant du droit administratif le droit commun de la responsabilité.

### **C. Le vrai droit commun de la responsabilité, un droit mixte.**

Il est évident qu'un vrai droit commun de la responsabilité ne pourrait être ni totalement civil, ni totalement administratif, se devant d'être un droit mixte. Il en existe aujourd'hui quelques exemples. Il est possible de citer les dommages dus aux transfusions contaminantes. Une première réponse législative aux très nombreux cas de contamination par transfusion a été la création d'un fonds spécial d'indemnisation par la loi du 31 décembre 1991, pour les victimes de transfusion de produits sanguins ou injections de produits dérivés du sang. L'indemnisation par le fonds est ainsi la marque d'une responsabilité automatique, objective et sans faute.

Elle n'est toutefois pas totalement révolutionnaire, ce type de responsabilité existant déjà en matière de vaccinations obligatoires (Article L. 110-1 du Code de la santé publique), de don du sang (Loi du 20 décembre 1988) et même pour les personnes se prêtant à des recherches biomédicales (Loi du 20 décembre 1988).

Applicable au secteur public comme au secteur privé, la loi du 4 mars 2002 allait modifier substantiellement le Code de la santé publique. La loi reprend et synthétise en fait toutes les avancées jurisprudentielles : maintien d'une responsabilité particulière, sans faute, en matière de produits de santé (Article L. 1142-1 du Code de la santé publique), principe d'une responsabilité médicale sur faute simple, admission d'une responsabilité sans faute supplétive en matière « d'accident médical », d'affection iatrogène ou d'infection nosocomiale, mais s'ils « sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret ». On remarquera la proximité des conditions de gravité avec celles fixées par les jurisprudences « Gomez » et « Bianchi » et surtout la mention explicite dans le texte du fondement de cette nouvelle responsabilité sans faute ; cette dernière est imposée « au titre de la solidarité nationale ». C'est encore à ce titre que la loi étend la prescription en matière de responsabilité médicale à dix ans, en dérogation expresse à la prescription quadriennale, pourtant règle de comptabilité publique applicable à toutes les personnes morales de droit public.

La solidarité nationale préside aussi, dans la loi, aux règles d'indemnisation en matière de handicap. Le principe affirmé par la loi se suffit d'ailleurs, selon le Conseil d'Etat, pour être applicable. Mais la loi va plus loin encore, dans la protection des droits des parents d'enfants handicapés : l'article 1er de la loi dispose que « I. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale ». Ce régime s'oppose à ce que l'enfant né avec un handicap qui, à la suite d'une faute médicale, n'a pas

été décelé pendant la grossesse, puisse obtenir de l'auteur de la faute la réparation du préjudice correspondant aux charges particulières découlant, tout au long de sa vie, de ce handicap, alors que cette réparation était possible en application de la jurisprudence judiciaire. Il fait également obstacle à ce que les parents puissent obtenir de l'auteur de la faute réparation du préjudice correspondant aux charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, du handicap de ce dernier, alors que cette réparation était possible en application de la jurisprudence administrative.

C'est donc d'un droit mixte de la responsabilité que procède le droit commun de celle-ci.

Une approche plus ambitieuse pourrait être de réfléchir à l'existence d'un droit commun partiel de la responsabilité. On pourrait alors se demander si une fois de plus la solution ne résulte pas de la résolution de la récurrente équation entre les critères d'administrativité de l'école de Bordeaux (service public) et de l'école de Toulouse (puissance publique). Et comme souvent, le parallèle donne raison à Maurice HAURIOU et à l'école de la puissance publique. En effet, la nécessaire recherche par le juriste de catégories le conduit en l'espèce à distinguer deux cas de figure. D'une part les activités de puissance publique où la responsabilité semble devoir rester régie par des règles spéciales ; ainsi de la responsabilité des fonctions régaliennes ( les responsabilités pour faute lourde en matière de police, de contrôle financier, de contrôle préfectoral de la légalité des actes, des services fiscaux ..) ou encore en matière de responsabilité du fait des actes illégaux et légaux (existence d'une responsabilité pour faute spéciale, voire d'une responsabilité sans faute). D'autre part les activités essentiellement de service public où il n'y a pas de puissance publique et pour lesquels un droit commun est possible et même dans certains cas a été mis en place ; c'est le cas aujourd'hui du service public hospitalier et de la responsabilité médicale en général, ou encore de la responsabilité des services de lutte contre l'incendie ou enfin des blocs de compétence judiciaire dans des secteurs « ordinaires » (véhicules, enseignement...).

Cette tentative d'explication, selon laquelle la puissance publique exclurait le droit commun, mais au contraire le service public le permettrait, si elle satisfait notre confort intellectuel, ne doit pas être prise trop au sérieux et amener par exemple à considérer que seule par exemple l'école de Toulouse aurait découvert le vrai critère de l'administrativité. Tout est beaucoup plus compliqué ; et la décision Blanco n'écarte pas le droit commun ; elle impose un droit de la responsabilité administrative spécial.

La vraie question est de savoir s'il est intéressant de remettre en question l'existence de ce droit spécial de la responsabilité. Un adage anticonformiste rappelle que « c'est spécial, mais moi j'aime ! ».

On pourrait, en droit de la responsabilité, y adhérer sagement.

**Afficher la date de publication:**

Publié le 01 mars 2010

**URL de la source (modifié le 26/10/2017 - 16:06):** <http://www.cabinet-gros-hicter.fr/fr/publications/nos-articles/colloque-droit-commun-droit-special-regards-croises>