

COMPTE-RENDU DU SÉMINAIRE DE RECHERCHE

« La prise en charge des dommages liés à la crise sanitaire : regards franco-japonais »

Première partie : Les responsabilités liées à la Covid-19

Klea VYSHKA

Doctorante à l'Université Jean Monnet Saint-Étienne
Membre du CERCRIID

Les 30 juin et 1^{er} juillet 2021 s'est déroulée à l'Université Jean Moulin (Lyon 3) la première partie d'un séminaire de recherche organisé à la suite d'une collaboration franco-japonaise entre deux équipes françaises, le CERCRIID de l'Université Jean Monnet Saint-Étienne, l'unité de recherche Louis Josserand de l'Université Jean Moulin et des équipes japonaises de la *Graduate School of Law and Politics* de l'Université de Tokyo. Les experts se sont réunis dans le but de proposer un état des lieux des différentes responsabilités envisageables dans le cadre de la crise sanitaire, avec un focus sur la prise en charge des dommages liés à la pandémie, dans une perspective de droit comparé.

Les propos introductifs des trois organisateurs, **professeur Taro Nakahara** de l'Université de Tokyo, **professeur Olivier Gout** de l'Université Lyon 3 et **professeur Jonas Knetsch** de l'Université de Saint Etienne ont souligné la particularité de ces temps instables depuis plus d'un an, ce qui permet aux chercheurs de croiser des réflexions sur des sujets nouveaux, inédits. D'ailleurs ce sont ces particularités aussi qui contraignent les équipes à se réunir en hybride, faisant face à des fuseaux horaires très divers.

La matinée s'est ensuite poursuivie avec la première grande thématique des responsabilités publiques, examinée sous l'angle de la responsabilité administrative et constitutionnelle.

Thème 1 : Les responsabilités publiques

Responsabilité administrative

Monsieur Tomonari Tsuda, professeur adjoint à l'Université de Hokkaido, s'est focalisé sur la possibilité d'engager la responsabilité administrative pour les dommages causés par les mesures de lutte contre la pandémie. Il souligne d'abord qu'il est effectivement possible qu'une responsabilité pour ou sans faute des personnes publiques en droit japonais soit reconnue pour les dommages subis par les particuliers ou citoyens à la suite d'actions de l'administration ou du législateur, selon le cas en question. Durant la crise sanitaire au Japon, le débat s'était plutôt concentré sur la responsabilité administrative liée aux mesures restrictives pour certains établissements. A travers sa contribution,

Monsieur Tsuda souhaite répondre à la question de savoir s'il serait possible d'engager la responsabilité administrative des personnes publiques, en tenant compte certaines spécificités des mesures restrictives appliquées au Japon. En effet, celles-ci, contrairement à l'exemple français, prennent la forme des « demandes d'abstention d'ouverture » ou « demande de réduction des heures d'ouverture », ce qui finalement n'oblige pas les destinataires de s'y conformer et n'entraîne aucune sanction juridique.

Afin de répondre à cette question, Monsieur Tsuda commence par expliquer la nature juridique de la demande d'abstention comme particularité des mesures de lutte contre la Covid-19 en Japon : la dépendance au droit souple. Au Japon, ces demandes d'abstention se fondent essentiellement sur la « Loi sur les mesures spéciales pour la lutte contre les nouveaux types de grippe et certaines autres maladies infectieuses » (appelée également loi pandémique). La loi pandémique encadre la déclaration d'état d'urgence ainsi que la prise des mesures restrictives par les gouverneurs des départements afin de prévenir la propagation de telles maladies. Il est important de mentionner ici que ces mesures ne sont pas des « ordres » qui impliquent des obligations légales, mais simplement des demandes, classées selon le Code de procédure administrative dans la catégorie des « directives administratives » (*Gyosei Shido*). La caractéristique phare serait donc leur nature non-obligatoire et une interdiction pour l'administration de désavantager le destinataire s'il décide de ne pas s'y conformer. Malgré ces caractéristiques, la majorité des établissements visés par un *Gyosei Shido*, se sont finalement conformés aux directives des pouvoirs publics. Afin de soutenir l'économie locale, le gouvernement japonais a également mis en œuvre diverses politiques d'indemnisation comme les subventions spéciales au maintien des entreprises en activité, l'adaptation de l'emploi et des aides au paiement des loyers, entre autres. Monsieur Tsuda révèle que malgré tout, un certain nombre de citoyens japonais considèrent ces indemnisations comme insuffisantes. Alors, si des recours aux tribunaux auront lieu, quelles seraient les décisions prises par ceux-ci ?

La loi « sur la responsabilité de l'État » de 1947 (*Kokka-baisho-hō*) permet aux intéressés de saisir le tribunal judiciaire s'ils considèrent que la demande d'abstention d'ouverture est illégale, et d'obtenir réparation du dommage (responsabilité pour faute fondée sur le *Kokka-baisho-hō*). De même, les intéressés peuvent saisir le tribunal en vertu de l'article 29 de la Constitution japonaise de 1946, dans les cas où ils estiment que ces demandes d'abstention étaient légales, mais que la compensation prévue par les autorités publiques n'était pas « juste » selon le texte de cet article (responsabilité sans faute en vertu de la Constitution).

En se concentrant d'abord sur la responsabilité pour faute, Monsieur Tsuda explique que pour engager la responsabilité de l'État au Japon, un critère essentiel à établir serait l'illégalité de la demande d'abstention. Néanmoins, étant donné que la base juridique de ces directives administratives est formulée de façon très abstraite et générale et que le gouverneur a une large marge de manœuvre dans la question, ce ne serait pas facile pour le tribunal de déterminer concrètement le contenu de ce devoir. La réflexion poursuit avec la possibilité pour l'intéressé d'invoquer cependant l'illégalité de la demande d'abstention en s'appuyant sur une éventuelle violation du principe de proportionnalité : en effet certains établissements présentent un risque relativement faible de contribuer à la propagation du virus (exemple pris d'un musée vis-à-vis d'un karaoké, où la transmission par gouttelettes serait moins importante). Cependant, ici aussi le tribunal peut hésiter à établir l'illégalité, en raison que les données scientifiques liées à la transmission du virus n'étaient pas suffisamment nombreuses, qu'il n'y avait pas de prévisibilité notamment face aux multiples variants du virus ou qu'il s'agissait d'une mesure de précaution finalement acceptable.

Poursuivant sur la question de responsabilité sans faute, il y a lieu de rappeler que pour que la responsabilité administrative soit engagée sur la base de la Constitution japonaise, il est nécessaire

que le préjudice relève d'un « sacrifice spécial » consenti dans l'intérêt général, qui excède les charges qui doivent normalement être supportées par l'intéressé. Cependant, pour que la Constitution soit applicable à notre situation, l'acte visé doit avoir un caractère obligatoire, ce qui n'est pas le cas pour les *Gyosei Shido*. Ensuite, il convient de déterminer s'il y a sacrifice spécial en la matière. Le fait que l'acte en question a un caractère assez général, est d'habitude considéré au Japon comme un facteur qui exclut l'existence d'un sacrifice spécial (comme dans le cas des dommages causés par des actes de guerre engagés par l'État), ce qui peut justifier l'hésitation du juge à reconnaître l'existence d'un sacrifice spécial dans le cas des mesures restrictives contre la Covid-19.

Finalement, les intéressés seront effectivement en mesure d'essayer d'engager la responsabilité administrative à la suite des demandes d'abstention d'ouverture, mais ils devront néanmoins surmonter un nombre non-négligeable de difficultés. Ce combat sera particulièrement difficile, à moins qu'il s'agisse d'un cas exceptionnel où l'existence de l'illégalité ou du sacrifice spécial est incontestable.

La discussion s'est ensuite poursuivie avec l'intervention du **professeur Hervé de Gaudemar** de l'Université Jean Moulin Lyon 3 qui a souhaité éclairer l'audience sur des questions de la responsabilité de l'État lié à la crise sanitaire sous le prisme du droit français. La crise de la Covid-19 marque quelque peu le « règne de l'administration » qui a été omniprésente en France ou bien même écrasante selon certains auteurs. Cela étant dit, il serait impossible de qualifier d'arbitraire l'action administrative, puisqu'elle est restée derrière les lignes de l'état de droit, ce qui forme dans le régime administratif français le principe de légalité et responsabilité administrative. Le professeur de Gaudemar constate que pendant la crise, les limites de la légalité administrative ont rencontré un certain degré d'élasticité, au point même de parler d'une forme de « domestication » de la justice administrative.

L'assouplissement des conditions de la légalité pendant la crise ferait partie du régime administratif selon la théorie des circonstances exceptionnelles et c'est dans ce cadre que le Premier ministre français a déclaré le confinement généralisé de la population en mars 2020 (« vu les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie [...] vu l'urgence [...] »). Ensuite, le professeur de Gaudemar a fait référence à l'adoption de la loi du 23 mars 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire. Introduite dans le code de la santé publique, cette loi constitue donc le socle des mesures prises par l'administration pour la situation sanitaire. Ce qui sera important pour l'intervenant afin de continuer ce débat, c'est de retenir qu'après un avis du Conseil d'Etat, ce régime instauré par la loi de l'état d'urgence sanitaire prévoit une exonération de responsabilité des professionnels en cas de dommages découlant des mesures administratives prises ainsi que la prise en charge des préjudices par l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM). Pour le professeur de Gaudemar, les préjudices subis par les victimes dans ce cadre sont donc susceptibles d'occasionner l'intervention d'un régime de responsabilité administrative sans faute, reposant sur le mécanisme de la solidarité nationale. L'intervenant remarque également que les précédentes crises sanitaires peuvent beaucoup nous apprendre dans la gestion de cette nouvelle crise de la Covid-19. Deux éléments peuvent être retenus sur ce prisme : la détermination d'une carence fautive et la mobilisation de la solidarité nationale.

Sur la carence fautive, il convient de mentionner que c'est le fondement de l'engagement de la responsabilité administrative dans ces situations de crise sanitaire. Quelle faute pourrait-on reprocher à la personne publique pour une crise qui apparemment est lié à la nature ? Comment définir cette faute ? C'est un débat qui se renouvelle en permanence, notamment dans des situations de crise. Dans ce cadre, le professeur de Gaudemar se pose la question de savoir comment apprécier les carences fautives. En matière sanitaire, la responsabilité pour carence fautive est une responsabilité pour faute simple : nous pourrions constater en s'appuyant sur des arrêts célèbres de la jurisprudence

française comme celui du sang contaminé ou de l'Amiante, que la démarche du juge est très pragmatique. Cette démarche consiste à apprécier si, au regard des connaissances du danger, l'Etat a réagi comme il devrait le faire ou pas. Mais il y a aussi une appréciation délicate à faire sur le délai de cette réaction. A partir de quel délai, l'inaction de l'Etat devient une faute ? Prenant l'exemple de l'arrêt Mediator, où l'ANSM après avoir été informée des risques du médicament, le retire du marché uniquement 10 ans plus tard, et en le comparant avec l'enchaînement important des arrêtées portant sur des mesures relatives à la lutte contre la Covid-19, arrêtées prises assez rapidement par le gouvernement et qui subissaient des évolutions importantes site à la propagation du virus, pour le professeur de Gaudemar il semble donc difficile d'identifier une carence fautive de l'Etat.

Sur le terrain de la solidarité nationale, il convient de rappeler que nous sommes devant un régime de responsabilité sans faute. En droit administratif il peut donc y avoir une responsabilité de l'Etat sans faute pour des actes administratifs individuels, mais aussi un engagement de la responsabilité de l'Etat sans faute du fait de la législation. Sur le premier point, en droit français, un acte administratif réglementaire donc légal, peut engager la responsabilité sans faute de la personne publique et ce sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques. En matière de police sanitaire en revanche, le principe qui règne est celui de la précaution et il y a une jurisprudence claire (arrêt Rigal) qui détermine que la protection de la santé publique exclut l'engagement de la responsabilité d'une puissance publique en absence de faute. Dans ce cadre, il semble improbable que la responsabilité sans faute soit engagée. En revanche, c'est le mécanisme de la solidarité nationale qui est prévu et qui est la base de la responsabilité de l'Etat.

Sur ce fondement les précédents sont parlants : les affaires du sang contaminé, du Mediator, de la vache folle... Pour répondre à des crises, l'Etat met en place des mécanismes d'indemnisation qui reposent sur la solidarité nationale et la crise de la Covid-19 ne fait pas exception. L'ONIAM couvrira dès lors la responsabilité des professionnels de santé lorsqu'ils performent des actes médicaux, des prescriptions et des vaccinations liés à des mesures, à des recommandations de l'Etat pour lutter contre la Covid-19. Le professeur de Gaudemar inclut ici la vaccination, car même si celle-ci n'est pas (encore) obligatoire, elle est règlementée, encouragée, prévue, insérée dans le cadre des mesures qui sont liés à la crise donc elle est couverte par l'ONIAM au titre de l'article L-3131 du Code de la santé publique. Finalement l'Etat engagera sa responsabilité en cas d'accident médical lié à la vaccination.

Responsabilité constitutionnelle

La discussion de cette matinée se poursuit avec l'intervention du **professeur David Mongoin** de l'Université Jean Moulin Lyon 3, qui aborde la thématique sous l'angle de la responsabilité constitutionnelle. Selon le professeur Mongoin, le terme de responsabilité fait partie du fonds commun du droit, nous pourrions le retrouver en droit public, comme en droit privé et lorsqu'on traite la responsabilité en droit constitutionnel, les notions d'indemnisation ou de réparation ne sont pas très présentes (ou sinon la réparation est considérée comme « symbolique »). Avant de continuer avec son intervention, le professeur Mongoin rappelle à l'audience qu'en matière de responsabilité constitutionnelle il convient de distinguer, malgré la difficulté, la responsabilité politique et la responsabilité pénale. Il nous invite à écarter la responsabilité civile, en raison de la distorsion qu'il y a entre les fautes que les gouvernants peuvent commettre et le patrimoine privé dont on parle. Il faudrait également garder à l'esprit que la responsabilité publique en droit français s'est construite sur une conception objective : les titulaires de la fonction publique sont titulaires spécifiquement de compétences objectives, ce qui nous induirait à concevoir une responsabilité assez distincte.

Revenant sur la responsabilité pénale et politique, l'intervenant estime qu'il n'est pas absurde de considérer qu'un élément-clé de la responsabilité publique serait de rendre des comptes, directement ou indirectement devant le peuple, alors que la responsabilité juridique dans le cadre du droit français consiste plutôt à répondre de ses actes devant la justice. Ces deux types de responsabilité n'ont donc ni le même fondement, ni le même champ d'application. Sur le terrain du fondement, cela apparaît comme évident. En effet, alors que la responsabilité juridique est individuelle en vertu du principe d'autonomie de la volonté, la responsabilité politique est toujours collective, en vertu du principe de la solidarité gouvernementale qui régit les régimes démocratiques parlementaires comme la France.

Pour revenir à la question de la responsabilité constitutionnelle dans le cadre de la crise sanitaire, le professeur Mongoin se pose la question de savoir quels seraient les mécanismes de responsabilité qui relèvent du droit constitutionnel ? Dans ce cadre, cette responsabilité est considérée comme étant rattachée au droit administratif. En ce sens, on distingue la responsabilité pour faute de l'Etat de différente de celle des ministres ou gouvernants qui agissent en son nom, ainsi que la responsabilité du fait d'une loi qui serait déclarée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel.

Mais comment engager cette responsabilité ? Le professeur Mongoin qualifie ce cas de très surprenant, car la demande de réparation ne sera possible que dans les limites qui seront fixées par le Conseil constitutionnel, qui finalement peut même écarter complètement le principe de responsabilité. Un élément important à prendre en compte serait le fait que le dommage doit trouver sa cause directe dans l'application de cette loi déclarée inconstitutionnelle. Finalement, il serait possible d'imaginer l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait des lois déclarées inconstitutionnelles et dans le cadre de la crise sanitaire il ne faut pas oublier qu'il y a un grand nombre de lois entrées en vigueur, notamment des lois relatives à l'urgence. Evidemment dans ce cas de figure et afin d'obtenir des dommages et réparation des préjudices, la difficulté pour les personnes concernées serait d'établir un lien direct entre le dommage subi et l'inconstitutionnalité de la loi.

La responsabilité administrative et constitutionnelle s'est inspirée du droit privé : le professeur Mongoin évoque ici des procédures prévues dans la Constitution, comme l'article 20 sur la responsabilité du gouvernement, l'article 50 sur l'obligation de démissionner pour le gouvernement et l'article 49 sur les mentions de censures de l'Assemblée Générale. Cependant, dans le cadre de la crise, aucune de ses procédures n'est mise en œuvre, alors même que les conditions étaient réunies. Cela alimente en plus le sentiment général que la responsabilité politique en France ne fonctionne pas.

Le professeur Mongoin fait ici un parallélisme assez parlant entre la responsabilité politique et les températures de l'air. La responsabilité politique fonctionnerait donc un peu comme les températures : il y a une responsabilité effective, réelle et ressentie. Dans le cadre de la crise sanitaire et après avoir distingué les deux versants de la responsabilité politique (un positif, donc rendre compte et un négatif, rendre des comptes), on s'aperçoit effectivement que la responsabilité politique a plus ou moins bien fonctionné. Le gouvernement a rendu compte de son action, que ce soit à travers des procédures classiques devant le Parlement, mais aussi devant les Français, ou que ce soit à travers des procédures particulières comme les commissions d'enquêtes qui ont mis en lumière des défaillances par exemple en matière d'approvisionnement de masques. Si cette responsabilité politique dans son versant positif ne semble pas être suffisante, ce serait à cause de la « déformation » de cette responsabilité qui n'est appréhendée qu'en son versant négatif. Cela expliquerait aussi une envie pénale qui suivrait et qui ferait le glissement progressif de la responsabilité politique vers celle pénale.

C'est aussi une raison pour laquelle l'individu requérant peut et veut rechercher la responsabilité pénale des ministres. La Constitution a mis en place sur ce point une juridiction particulière, la Cour

de justice de la République qui est compétente pour juger les ministres pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, qui constituent des crimes ou délits au moment où ils sont commis. Le professeur Mongoin constate que pendant la crise sanitaire ce mécanisme a bien fonctionné : cette cour a reçu plusieurs plaintes déposées contre le gouvernement.

Mais ce glissement est-il finalement pertinent et judicieux ? Selon l'intervenant nous sommes confrontés à une impasse juridique car la responsabilité pénale reposerait sur la réunion des conditions difficiles à remplir. En plus, la composition et le fonctionnement de la Cour de justice de la République seraient problématiques : si les plaintes sont jugées recevables, la procédure dure habituellement des années. Des difficultés redoutables sur l'administration de la preuve sont aussi identifiées.

Pour conclure, de façon générale et paradoxale le professeur Mongoin estime qu'il y a actuellement une nouvelle action politique qui s'élabore dans les régimes démocratiques : plus il y a de responsables, moins il y a de responsabilités. C'est certes contre-intuitif, mais cela reste une action qui est problématique.

Thème 2 : La responsabilité civile

La responsabilité de l'employeur et des établissements d'accueil pour personnes âgées

L'intervention du **professeur Ippei Ohsawa** de l'Université de Senshu a orienté la discussion de l'après-midi sur des questions relatives à la responsabilité civile et plus précisément sur les fondements et les conditions de la responsabilité des entrepreneurs en cas de contamination à la Covid-19. Dans son intervention, le professeur Ohsawa a englobé les employeurs et les établissements d'accueil pour personnes âgées sous le terme d'« entrepreneurs » dans un objectif de simplification. Il est vrai que des foyers de contamination et de propagation du virus se développent quotidiennement dans les bureaux, les usines ou encore dans les établissements d'accueil pour les personnes âgées. Même si en droit japonais il n'y a encore eu aucun jugement des tribunaux concernant la responsabilité civile des entrepreneurs sur cette question précise, il est possible que celle-ci soit invoquée dans un futur proche.

Pour le professeur Ohsawa il est important de rappeler d'abord que lorsque le dommage lié à la contamination à la Covid-19 est causé à l'occasion du travail ou au sein d'un établissement, les deux régimes de responsabilité civile, contractuelle et extracontractuelle, peuvent s'appliquer. Il faudrait également souligner que le droit japonais adopte le principe de cumul des deux responsabilités et que la victime peut choisir le régime sur lequel elle fondera sa demande en réparation. En droit japonais, il est fréquent pour les victimes de choisir la responsabilité contractuelle dans ces situations et c'est pour cela que l'intervention s'est plutôt concentrée sur la responsabilité contractuelle. Une autre spécificité mérite d'être soulignée, à savoir la nature forfaitaire en droit japonais des prestations des accidents du travail, qui ne couvrent pas l'intégralité des préjudices subis par les victimes. Ainsi, en droit japonais la responsabilité civile viendra compléter les mesures qui sont à la disposition des employés pour obtenir réparation des préjudices.

Afin d'envisager l'application du droit japonais de la responsabilité contractuelle aux infections contractées pendant le travail ou lors d'un séjour en établissement, le professeur Ohsawa a traité successivement dans son intervention du manquement au contrat, du lien de causalité et de la

réparation du préjudice. La victime peut donc d'abord invoquer le manquement à l'obligation de sécurité de l'entrepreneur et dans ce cadre, s'il y a insuffisance des mesures préventives, nous pourrions envisager qu'il y aurait manquement à l'obligation contractuelle de sécurité. Une limite importante au recours à l'obligation de sécurité serait cependant le fait que la jurisprudence la considère comme une obligation de moyens. Ainsi, si l'entrepreneur ne prend pas uniquement des mesures dites « matérielles » (installation des ventilateurs), mais incite ou oblige les employés à appliquer certains gestes (le port du masque obligatoire, manger en respectant la distance sociale, etc.), il pourra être exonéré de sa responsabilité contractuelle. En somme, tous les risques posés par la pandémie ne sont pas supportés par l'obligation de sécurité de l'entrepreneur. Selon la loi d'indemnisation des accidents de travail en droit japonais, lorsque l'infection d'un employé a été causée « sous le contrôle de son employeur », il est possible d'obtenir l'indemnisation via la réglementation des accidents du travail, même si l'employeur respecte son devoir de sécurité. Cependant, étant donné qu'à la base le risque d'infection dans le lieu de travail est partagé entre employé et employeur, et compte tenu par ailleurs de l'obligation pour l'employé de se rendre au lieu du travail (au Japon le télétravail n'est toujours pas très bien développé), le professeur Ohsawa s'interroge sur la perspective de qualifier l'obligation contractuelle de sécurité d'obligation de résultat.

Il reste néanmoins difficile de reconstituer ce que le professeur Ohsawa appelle l'itinéraire de la Covid-19, donc la chaîne de contamination d'une infection à l'autre pour pouvoir identifier le lien de causalité. Alors que pour le personnel médical, l'infection dans le lieu de travail est présumée par la loi sur les conditions de travail, pour d'autres employés, il faudrait une évaluation « au cas par cas ». En ce qui concerne finalement la réparation des préjudices causés, il est intéressant de savoir que le Japon se considère comme une société de « partage de charge » ou autrement dit que le droit japonais est plus favorable à une exonération partielle du responsable en raison de certaines prédispositions de la victime (dans le cadre de la crise sanitaire, ce peut être par exemple des caractéristiques telles que l'obésité, l'âge, le manquement aux gestes barrières, etc.). En effet, même si les textes n'admettent pas directement une exonération basée sur d'autres éléments que la faute de la victime, il est de jurisprudence constante au Japon qu'il est possible d'exonérer le responsable lorsqu'il y avait certaines prédispositions physiques ou mentales de la victime. Finalement, l'intervenant remarque que des nombreuses questions soulevées par la pandémie, même dans un contexte exceptionnel, ne sont pas pour autant nouvelles.

Après cet exposé du droit japonais, **Madame Morane Keim-Bagot**, professeure au Centre Innovation et Droit de l'Université de Bourgogne, s'est concentrée sur les questions de la responsabilité de l'employeur en droit français sous l'angle du droit de la sécurité sociale. Elle a rappelé que depuis le début de la crise sanitaire, les travailleurs ont été soumis à de nombreux risques, notamment des risques économiques, de désocialisation, d'hyperconnectivité et évidemment de contamination par le virus dans le milieu professionnel, ce qui a soulevé la question de la santé au travail. En citant le professeur Ohsawa, la professeure Keim-Bagot concède qu'aussi en droit français, l'on reste sur des questionnements classiques, mais également sur des solutions classiques.

En droit français, la question de la responsabilité de l'employeur s'envisage donc classiquement sous deux angles, celui du droit du travail et celui du droit de la sécurité sociale et ce sont ces deux principaux angles qui vont structurer l'intervention de la professeure Keim-Bagot. Il faut rappeler ici rappeler que depuis l'introduction des risques professionnels en droit de la sécurité sociale, celui-ci va s'appliquer exclusivement dès lors qu'une atteinte physique ou psychique à la santé de l'employé s'est matérialisée. En revanche, les mécanismes du droit du travail seront applicables lorsque le travailleur a été exposé au risque, mais que ce risque ne s'est pas matérialisé. Seulement dans ce cas, l'employé pourrait mettre en œuvre des actions en se fondant sur la responsabilité contractuelle de l'employeur

et plus précisément sur le manquement à l'obligation de sécurité. Mais finalement quel serait le dommage ou le préjudice réparable alors que le risque ne s'est pas matérialisé ? Cependant, au moment de l'intervention, aucune action n'avait été fondée sur ce manquement de l'obligation de sécurité dans le contexte de la crise sanitaire, et c'est pour cela que l'intervention sera plus focalisée sur les questions du droit de la sécurité sociale et la question de la prise en charge des dommages.

Après cette introduction, la professeure Keim-Bagot entre dans le vif du sujet en commençant par un exposé des mécanismes d'imputabilité et de responsabilité en droit de la sécurité sociale. Pour commencer, en droit français, le droit des risques professionnels pour les accidents du travail et les maladies professionnelles ne repose pas *stricto sensu* sur un mécanisme de responsabilité, mais sur un mécanisme d'imputabilité, système connu également sous le nom de « deal en béton », car bien qu'il repose sur une reconnaissance facilitée du régime de la réparation pour la victime, il est associé en contrepartie à une réparation seulement forfaitaire. La professeure Keim-Bagot note cependant que nous avons souvent tendance à nous arrêter à cette présentation sommaire, en omettant la deuxième concession imposée aux victimes en droit social, qui est l'immunité civile de l'employeur. Ainsi l'article L451-1 du Code de la sécurité sociale dispose que sous réserve de quelques exceptions, comme la faute intentionnelle de l'employeur, « aucune action en réparation des accidents et maladies mentionnés (risques professionnels) ne peut être exercée conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants droit ». Il est ainsi évoqué que la qualification de risque professionnel enferme les travailleurs dans un système propre au droit de la sécurité sociale.

Pour la suite de la discussion, l'intervenante se concentre d'abord sur cette même qualification des risques professionnels, pour ensuite aborder la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur. Avant d'évoquer premier point, il convient de s'interroger sur l'intérêt d'une qualification spéciale pour l'accident de travail et la maladie professionnelle. Comme cela a été mentionné, il ne s'agit pas tout à fait d'une réparation, mais d'une prise en charge. Selon la professeure Keim-Bagot, les indemnités journalières sont certes plus élevées lorsque le travailleur est face à un risque professionnel, que face à une simple maladie, la réparation des séquelles de la Covid-19 reste forfaitaire et elle ne semble présenter pour les victimes que très peu d'avantages. Ainsi, seule la possibilité de demander la reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur peut représenter un intérêt en termes d'indemnisation.

En France, le traitement juridique de la contamination par le virus pour les travailleurs touchés dans le milieu professionnel semble témoigner d'une tendance à ne pas appréhender ce risque de contamination comme risque professionnel. Le dispositif mis en place pour indemniser les séquelles des travailleurs contaminés ne se concentre que sur ceux dont la santé est le métier, en d'autres termes les soignants. L'intervenante a rappelé qu'en début de confinement le ministre de la Santé a déclaré que la Covid-19 serait automatiquement et systématiquement reconnu comme maladie professionnelle pour les soignants et qu'on trouverait donc une sorte d'automatisme dans la reconnaissance de la Covid-19 comme maladie professionnelle sans démonstration de l'imputabilité au travail, et ce uniquement pour les soignants. On ne peut donc pas s'empêcher de constater un potentiel hiatus entre les soignants d'un côté et la masse hétérogène de travailleurs d'autre côté. Tout cela pour en finir finalement avec un décret de 14 septembre 2020 permettant cette reconnaissance, mais dans des conditions jugées extrêmement restrictives par l'intervenante. Toutefois, pour tout autre soignant qui présente les symptômes graves de la Covid-19, mais ne répond pas *stricto sensu* aux conditions prévues par le décret, il a été créé un comité régional *ad hoc* unique en France composé de médecins experts chargés de déterminer si la maladie présente un lien direct avec le travail habituel de la victime. Finalement, la professeure Keim-Bagot déplore que nous sommes ainsi très loin du caractère automatique de la reconnaissance.

L'attention doit également être portée sur la qualification de l'accident de travail. Est-ce que des maladies accidentelles telles que la Covid-19 devraient être prise en charge au titre de l'accident de travail ? Ceci peut être possible, mais la jurisprudence affirme que la lésion qui survient en dehors du temps de travail ne peut être réparé au titre de la législation des accidents du travail que si elle a sa cause dans un traumatisme survenu sur le lieu de travail, et une simple contagion ne peut être assimilée à un traumatisme. L'élément-clé serait donc la soudaineté de la lésion et concrètement cela signifierait que la victime démontre la preuve de la matérialité de l'accident, qui est soit un événement brutal, traumatisme au lieu du travail, soit un déclenchement brutal de symptômes au travail, pour que l'accident du travail puisse être qualifié comme tel.

Pour en finir, la reconnaissance de risque professionnel conditionne aussi celle de la faute inexcusable d'employeur, comme la seule action directe qui existe entre salarié et un employeur en matière de maladie professionnelle. Cependant, la faute inexcusable n'ouvre pas droit à une réparation intégrale et peut se matérialiser quand l'employeur expose ses salariés à des risques et qu'il ne prend pas de mesures de protection. La condition *sine qua non* de la reconnaissance d'une telle faute est la reconnaissance du dommage ce qui est très marginal. La professeure Keim-Bagot constate finalement, du fait de l'exclusivité du système des risques professionnels, qu'il n'existe pas de mécanisme de responsabilité de l'employeur et la faute inexcusable ne permettra pas forcément de mettre en œuvre cette responsabilité.

Monsieur Nicolas Rias, maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3, s'est concentré sur la responsabilité des établissements accueillant des personnes âgées. Ce type d'établissement est soumis au Code de l'action sociale et des familles et le cadre juridique qui s'applique à l'accueil de personnes âgées est, soit un contrat de séjour, soit un document individuel de prise en charge. Le contrat de séjour est normalement obligatoire lorsque le séjour est supérieur à 2 mois de façon continue ou discontinue. Entre la qualification comme contrat de séjour ou contrat de bail dans des situations d'accueil de personnes âgées par ces établissements, il ne faudra pas oublier que la Cour de cassation s'est exprimée en faveur de la qualification exclusive pour le contrat de séjour, puisqu'il n'existe pas d'obligation de sécurité en matière de bail.

De manière résiduelle, s'il n'y a pas de contrat de séjour, nous devons nous tourner vers le document individuel de prise en charge. Si la personne âgée signe ce document individuel, nous pouvons considérer qu'il y a une relation contractuelle entre elle et l'établissement d'accueil. Si pour une raison ou pour une autre, cette signature est refusée, le document de prise en charge sera considéré comme un acte juridique unilatéral créateur d'obligations selon l'article 1100 et suivants du Code civil. Monsieur Rias identifie deux grandes catégories de dommages pour lesquels la crise de la Covid-19 a été l'origine dans les établissements accueillant des personnes âgées : la contamination virale des résidents et l'atteinte aux droits fondamentaux des résidents.

Sur le terrain de la responsabilité consécutive à la contamination, la nature de cette responsabilité changera selon le cadre juridique : soit on sera face à un contrat de séjour, soit à un document individuel de prise en charge. Lorsqu'un contrat de séjour a été conclu, la responsabilité peut être contractuelle ou extracontractuelle selon qu'il existe ou non une obligation de sécurité dans le contrat. Les dispositions consacrées au contrat de séjour ne précisant pas si le contrat contient une obligation de sécurité, il est nécessaire de se tourner vers l'article L 311-3 du Code de l'action sociale et des familles qui énonce qui sont assurés à personne âgée dans le cadre de son séjour en établissement d'accueil : « le respect de sa dignité, de son intégrité, de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité (...) ». Sur le fondement de cette disposition, Monsieur Rias identifie une obligation de sécurité mise à la charge des établissements. Cette obligation serait-elle légale ou contractuelle ? Bien qu'à la lecture du texte mentionné, il serait intuitif de la qualifier d'obligation légale, la jurisprudence a décidé

d'en faire une obligation contractuelle. Cela signifie qu'en cas de conclusion de contrat de séjour, l'action serait donc fondée sur la responsabilité contractuelle pour manquement à l'obligation de sécurité.

Cependant, lorsqu'aucun contrat de séjour n'a pas été conclu, il convient de se tourner vers le document individuel de prise en charge. Dans cette hypothèse, la nature de la responsabilité encourue ne semble pas différente lorsque la personne âgée a signé ce document. Il en est autrement lorsque la personne âgée ne signe pas le document individuel de prise en charge. Ce document est un acte unilatéral, un engagement et par conséquent, un acte créateur d'obligations pour celui qui le souscrit. Il devrait donc être possible d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle aux engagements unilatéraux.

Reste à savoir comment peut être mise en œuvre cette responsabilité contractuelle. Pour engager la responsabilité il faut notamment réunir quelques éléments qui sont le fait générateur, le dommage et le lien de causalité. Toujours dans le cadre de la crise sanitaire, la condition relative à l'existence d'un dommage ne soulève pas de problèmes particuliers, il suffira d'établir l'infection de la personne. La condition relative au lien de causalité ne pose pas non plus des problèmes particuliers par rapport à cette hypothèse de « droit commun ». Ce qui peut poser des questions cependant c'est l'identification du fait générateur (donc le manquement à l'obligation contractuelle). Est-ce que ce manquement s'analyse en la violation d'une obligation de résultat (l'établissement peut se voir engager sa responsabilité sans faute dans ce cas) ou une obligation de moyens (responsabilité pour faute) ?

Monsieur Rias constate dans ce contexte que les dispositions du Code de l'action sociale et des familles ne nous renseignent pas sur l'intensité de l'obligation contractuelle de sécurité. La qualification va donc dépendre de la part du créancier dans l'exécution de cette obligation et puisque dans le cadre de la contamination avec le virus cette obligation serait partagée (chacun veille au respect des gestes barrières), l'obligation mise à la charge des établissements serait plutôt de moyens. Dès lors, il conviendrait d'établir la faute de l'établissement. Pour les contaminations en début de crise sanitaire, cette faute sera sans doute plus difficile à établir, étant donné que l'on ne pourra pas reprocher à l'établissement de ne pas avoir suivi un protocole sanitaire qui à l'époque n'existait même pas. En revanche, lorsque la crise sanitaire était bien installée, le non-respect du protocole sanitaire et des règles spécifiques peut effectivement être constitutif d'un manquement contractuel.

La deuxième variété de dommages causés par la crise sanitaire dans les établissements accueillant des personnes âgées serait ensuite les dommages consécutifs à l'atteinte aux droits fondamentaux des résidents. L'approche employée par Monsieur Rias sur cette thématique reste la même, à savoir un premier questionnement autour de la nature de la responsabilité pour cette catégorie de dommages, ensuite la mise en œuvre de cette responsabilité.

En ce qui concerne la nature de la responsabilité, rien ou presque n'est dit sur la nature des obligations mise à la charge des établissements. Il convient ici de se référer encore une fois à l'article L. 311-3 du Code de l'action sociale et des familles qui énumère les droits fondamentaux qui doivent être respectés lors du séjour de la personne âgée au sein de l'établissement. L'obligation de respecter les droits fondamentaux dans ce cadre serait-elle une obligation contractuelle ou légale ? Monsieur Rias rappelle qu'il faut se souvenir de l'article 6 du Code civil, qui précise que l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Faire du respect des droits fondamentaux des personnes âgées dans les établissements d'accueil une obligation contractuelle, ce serait alors permettre d'aménager ce respect des droits fondamentaux, ce qui irait à l'encontre de l'article 6 du Code civil. Finalement, toutes les circonstances laissent penser

que la responsabilité encourue par l'établissement d'accueil dans ce cadre sera une responsabilité de nature extracontractuelle.

S'agissant de la mise en œuvre, les mêmes éléments que pour la responsabilité contractuelle doivent être réunis. Puisque le fait générateur reste l'élément qui pose le plus de questions, Monsieur Rias se concentre sur la question et identifie deux faits générateurs distincts. Tout d'abord, il conviendrait de prendre en considération le fait personnel de l'établissement, mais aussi le fait d'un préposé de l'établissement. Sur le premier point et sur l'identification donc de la faute de l'établissement, il ne faudra pas oublier que toute décision prise par l'établissement qui va entraver les droits fondamentaux des personnes âgées n'est pas fautive si l'atteinte portée se trouve justifiée par la crise. Le caractère proportionnel des décisions est donc crucial et le même constat de l'établissement de la faute selon la progression de la pandémie et les connaissances spécifique de chaque progression s'applique ici aussi. Sur la responsabilité du préposé de l'établissement, la faute commise ne serait donc pas celle de l'établissement mais celle de ses employés et c'est là une hypothèse fort probable car nul établissement n'est pas à l'abri des décisions inappropriées de ses salariés. Dans ce cas aussi, la responsabilité de l'établissement pourrait donc être engagée.

Pour conclure sur ce point, Monsieur Rias avoue que la crise sanitaire, compte tenu de ses nombreuses répercussions, a suscité de nouvelles interrogations en droit de la responsabilité civile. Les dommages subis par les personnes âgées séjournant au sein de ses établissements peuvent être aisément identifiés, mais leur prise en charge sur le fondement de la responsabilité civile reste difficile à obtenir. Comme l'intervention l'a suggéré, le débat essentiel se focalise donc sur la caractérisation de la faute devant la juridiction saisie.

La responsabilité médicale appliquée au traitement des malades de la Covid-19

Madame Stéphanie Porchy-Simon, professeure et directrice du Centre de droit de la responsabilité et des assurances de l'Université Jean Moulin Lyon 3 ouvre les travaux de la deuxième journée de ce séminaire en présentant son analyse de la responsabilité médicale appliquée au traitement des malades de la Covid-19. Il y a eu lieu ici de faire quelques rappels rapides en ce qui concerne les principes de la responsabilité médicale, telle qu'elle existe en France. Depuis un certain moment il y a des règles identiques qui gouvernent la responsabilité médicale qui vont s'appliquer à tous les cas de prise en charge des patients, c'est-à-dire les mêmes règles vont s'appliquer lorsqu'un patient est pris en charge dans un établissement de santé public et dans un établissement de santé privé. Mais ce système d'unité de règles a quand même laissé subsister une dualité de compétences juridictionnelles selon le type d'établissement qui prend en charge le patient. Ainsi, la responsabilité pourrait être évoquée soit devant le juge judiciaire lorsque le professionnel de santé est un médecin exerçant à titre libéral ou s'il s'agit d'un établissement de soins privé, alors que la responsabilité sera évoquée devant le juge administratif lorsque le défendeur est un service public hospitalier. Les règles peuvent ainsi s'interpréter différemment selon le juge qui va être saisi, même si la professeure Porchy-Simon indique qu'il y a des efforts de rapprochement.

Sous réserve de la dualité des compétences juridictionnelles, le principe de la responsabilité médicale en droit français est celui mis en place depuis l'arrêt *Mercier* de la Cour de cassation, soit celui d'une responsabilité médicale qui est fondé sur la faute. Cette responsabilité s'est trouvée au cœur de l'intervention, la solidarité nationale ayant été plus largement traitée lors de la première journée de travaux et devant être approfondie lors de la deuxième session du séminaire.

Les principes qui ont été ainsi rappelés sont mis à l'épreuve par la crise de la Covid-19, puisque l'activité médicale était le premier niveau de prise en charge, une prise en charge qui a été assurée dans des circonstances exceptionnelles. Pour la suite de la discussion, la professeure Porchy-Simon propose donc de se pencher sur la typologie des fautes dans le cadre d'une responsabilité qui pourrait être éventuellement reprochée aux professionnels de santé, avant d'insister sur les difficultés de mise en œuvre de cette responsabilité. Cependant, elle avertit le public que cette intervention va soulever plus de questions qu'apporter de réponses.

S'agissant de la faute médicale, il convient ici de mobiliser l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique (CSP) qui encadre les hypothèses de faute dont il faut identifier trois types différents. La première est la faute *d'éthique médicale* qui porte principalement sur la méconnaissance du droit à l'information d'une part et la méconnaissance du consentement du patient de l'autre part. Le contenu de l'obligation d'information est posé dans le CSP aux articles L. 1111-2 et suivants de sorte que le professionnel de santé doit informer largement le patient sur tous les aspects de la prise en charge. Evidemment, les difficultés liées à la Covid-19 ressortent tout de suite. En rebondissant sur les propos de Monsieur Rias, il apparaît que ces difficultés sont évolutives au fil du temps de la progression de l'épidémie. Et même si au début de l'épidémie l'information était quelque peu floue, il ne faut pas oublier que le Conseil d'Etat a pu considérer dans le cas d'une thérapie où les risques n'étaient pas encore maîtrisés, que le fait de ne pas tous les connaître devrait faire l'objet d'une information. En tout cas, il semble impossible d'apprécier la responsabilité des professionnels de santé de la même manière en début d'épidémie et aujourd'hui. Concernant la méconnaissance du consentement du patient, la difficulté principale semble être la multitude d'hypothèses qui se présentent. Cependant, le plus souvent il s'agit de décisions potentielles d'arrêt de soins, qui en partie sont encadrées par l'article L. 1110-5-1 CSP qui envisage la possibilité d'arrêter des soins inutiles, disproportionnées. Sur le plan de la faute d'éthique, on pourrait donc imaginer des tentatives d'engager la responsabilité du service public hospitalier sur cette base.

La professeure Porchy-Simon identifie ensuite la faute *de technique médicale* comme la faute centrale qui pourrait donner lieu à des contentieux. Elle se définit comme l'obligation pour le médecin de respecter les données acquises de la science « à la date des soins ». Cette faute peut être commise pendant toutes les phases de l'acte médical. Si nous continuons l'analyse sous le prisme de la Covid-19, on pourrait donc reprocher au médecin une faute dès le diagnostic du virus. Il faudrait cependant distinguer entre erreur et faute : l'erreur de diagnostic ne serait pas une faute qui engage la responsabilité, en revanche ne pas tout avoir mis en œuvre pour poser le bon diagnostic sera considéré comme fautif. Les appréciations différentes selon le moment de l'épidémie se retrouvent ici aussi, car il sera quasiment impossible de reprocher une faute de diagnostic si un patient arrive avec des troubles respiratoires au début du mois de janvier 2020. Le problème central dans cette typologie de faute semble être cependant le choix thérapeutique : quel médicament doit-on prescrire pour traiter l'infection ? La professeure Porchy-Simon rappelle qu'en droit français, il existe le principe de liberté thérapeutique selon lequel le médecin choisit le traitement qui lui paraît le plus adapté, en veillant à prescrire uniquement des médicaments qui disposent d'une autorisation de mise sur le marché (AMM). Par exemple, les médecins qui ont prescrit l'hydroxychloroquine vont voir leur responsabilité limitée par deux éléments : premièrement par l'application de l'article L. 3131-3 CSP qui prévoit que les professionnels de santé ne pourront pas être tenu responsables des dommages dans le cadre de mesures sanitaires d'urgence, concernant la prescription ou administration des médicaments en dehors des applications thérapeutiques dans des conditions normales. Et deuxièmement, il ne faut pas oublier que dans le cas de l'hydroxychloroquine, il y avait une autorisation temporaire d'utilisation qui a été accordée par décret. La situation n'a toutefois pas perduré, car le milieu scientifique s'est vite rendu compte que les études sur l'utilisation de ce

médicament étaient insuffisantes, voire douteuses. Il paraît donc difficile de rechercher la responsabilité du médecin pour la prescription de ce médicament, mais ce uniquement pendant la période d'autorisation temporaire.

Pour conclure sur la typologie de la faute, il existe aussi les fautes de mise en œuvre des soins, qui concernent tous les actes médicaux pratiqués. Il convient ici de rappeler la particularité de la prise en charge lors des vagues de contaminations : les soins ne sont pas fournis dans le contexte d'une activité normale des soignants. Une mention doit être aussi faite par rapport à l'infection nosocomiale et surtout dans les cas où l'infection causerait un taux d'invalidité inférieur à 25 % (article L. 1142-1 CSP) qui relèverait d'une responsabilité pour faute présumée de l'établissement de soins. Cependant, la professeure Porchy-Simon n'insiste pas sur le sujet, car ces questions relèvent davantage de la solidarité nationale.

En ce qui concerne les difficultés de la mise en œuvre de cette responsabilité, l'intervenante insiste sur deux points : d'abord sur les difficultés liées aux circonstances de l'acte médical et ensuite sur les difficultés liées à l'imputabilité des séquelles à l'acte médical. Sur le premier point, l'appréciation de la faute sera perturbée par l'évolution très rapide des connaissances scientifiques sur la maladie, sur l'urgence, sur la prise en charge souvent des personnes inconscientes. Le point central serait donc l'existence d'une responsabilité évolutive et pour la caractériser, au moins en France, ce qui compte est la situation globale à la date des soins. Sur l'imputabilité des séquelles, les questions continuent à se poser sans qu'il y ait des réponses claires : si un patient souffrant d'états antérieurs, de comorbidités, décède ou subit des séquelles graves, quelle est la cause finale de cet état ? Sera-t-il imputable à l'état antérieur, à la contamination ou finalement à la faute de médecin ?

Enfin, la professeure Porchy-Simon reconnaît que cette intervention a soulevé plus de questions qu'elle n'en a résolu, et conclut en admettant que la Covid-19 est une maladie évolutive, et à cause de cette nature, l'appréciation des risques pose un certain nombre de difficultés pratiques.

Pour continuer dans cette perspective, **Madame Emmanuelle Lemaire**, docteur en droit et *lecturer* à l'Université d'Essex, propose un éclairage de la responsabilité médicale appliquée au traitement des malades de la Covid-19, en droit britannique. En guise d'introduction, elle a rappelé que le Royaume-Uni a été l'un des pays les plus touchés par le nombre important des décès liés à la Covid-19 et il semblerait que le mot d'ordre du système de santé britannique (NHS) était l'adaptation sur plusieurs champs. Une des plus grandes adaptations s'est peut-être fait sur le plan humain, car plusieurs volontaires (professionnels de santé retraités, étudiants en dernière année de médecine) ont répondu à l'appel du gouvernement pour rejoindre les rangs du NHS lors des périodes de crise absolue. Dans ce contexte, il n'est guère étonnant de se trouver confronté à l'inquiétude grandissante des professionnels quant à l'engagement de leur éventuelle responsabilité médicale. C'est pour cela que des organisations professionnelles britanniques ont fait appel au gouvernement pour introduire une immunité de responsabilité spécifique au NHS, qui couvrirait tout dommage ou décès subi à l'occasion d'un acte ou traitement accompli de bonne foi durant la crise de la Covid-19. L'intervention de Madame Lemaire se concentre finalement sur cette question : est-ce que le risque encouru par les soignants en droit anglais est si important qu'il justifierait une immunité de responsabilité civile et serait-il donc nécessaire d'ainsi l'introduire ?

Avant d'aller plus loin, Madame Lemaire confie qu'une telle immunité pour protéger le NHS ne lui paraît pas nécessaire, et ce en raison de deux éléments en particulier. Premièrement car la crainte d'une augmentation de la responsabilité médicale pour la crise de la Covid-19 ne semble pas justifiée car les obstacles sont déjà très nombreux et deuxièmement car en droit anglais ce ne sont pas les professionnels de santé qui supportent le poids financier en cas de responsabilité médicale engagée.

Sur le premier point, Madame Lemaire propose à l'audience de commencer par envisager le risque de responsabilité médicale dans le cadre de la crise sanitaire en limitant les propos uniquement aux médecins généralistes (secteur privé) et ceux travaillant à l'hôpital (secteur public). Le point de départ de la responsabilité médicale en droit anglais est également la faute, autrement dit *tort of negligence*. Autrement dit, la victime doit démontrer qu'un devoir de diligence (*duty of care*) lui est dû par le défendeur, qu'il y a eu violation de ce droit, qu'il existe un lien de causalité entre la violation du devoir de diligence et la survenance du dommage, et enfin l'existence d'un dommage réparable. Généralement, les aspects qui posent le plus souvent des difficultés sont la preuve d'une faute, donc la violation du droit de diligence et l'existence du lien de causalité. La faute médicale serait particulièrement difficile à prouver car le médecin n'est pas considéré fautif s'il a agi en conformité avec les pratiques jugées raisonnables par un groupe compétent d'experts locaux travaillant dans la même spécialité (arrêt *Bolam*). L'élément-clé semble être donc le caractère raisonnable de la pratique suivie, laquelle doit passer deux niveaux de contrôle : le groupe d'experts et finalement le juge. Il faut finalement reconnaître qu'il est rare qu'un juge parvienne à la conclusion qu'une pratique soit totalement dépourvue de fondement et par conséquent il semble être particulièrement difficile de prouver la négligence médicale en droit britannique. S'agissant de la preuve de causalité, l'intervenante la caractérise comme une sorte de *probatio diabolica* en matière médicale en général et en matière de crise sanitaire globale en particulier. Ici, le demandeur doit prouver qu'il est plus probable qu'improbable que sans la négligence médicale le dommage ne serait pas survenu, mais peut-on être sûr que le patient aurait échappé à la mort s'il avait été pris en charge trois heures plus tôt, par exemple ?

Madame Lemaire envisage au moins trois situations qui peuvent conduire à l'engagement d'une responsabilité médicale, en gardant les limites déjà présentées à l'esprit. Le premier, en suivant en cela l'intervention de la professeure Porchy-Simon, serait la faute de diagnostic. En droit anglais, la réponse à la question à savoir si le médecin a commis une faute de diagnostic dépendrait du fait s'il a agi de façon raisonnable au regard des circonstances spécifiques (n'oublions pas que les techniques disponibles pour le diagnostic de la maladie n'étaient pas disponibles tout de suite et qu'il y a eu des pénuries). Par conséquent, le même raisonnement du stade de l'évolution de la Covid-19 et des connaissances scientifiques la concernant est également applicable dans cette analyse. Par conséquent, il est très improbable qu'une erreur de diagnostic soit constitutive d'une négligence médicale dans ces circonstances. Sur la faute potentielle dans le choix thérapeutique, Madame Lemaire invite les participants à imaginer un scénario dans lequel le médecin qui a correctement diagnostiqué la maladie prend la décision de ne pas transférer le patient à l'hôpital. Cette décision pourrait-elle constituer une négligence médicale si le patient développe ultérieurement des formes graves du virus ? De nouveau, la réponse dépendra du point de savoir si un médecin raisonnable aurait agi de façon identique face au même patient. Dans tous les cas pour que l'erreur soit constitutive d'une négligence médicale, le demandeur devra démontrer que selon toute probabilité, le dommage ne serait pas survenu si le patient avait été admis à l'hôpital. Ici, le plus grand obstacle serait de définir le lien de causalité. La troisième situation envisageable est aussi celle qui pourrait plus facilement caractériser une négligence médicale à l'encontre du médecin. Il s'agit de la prescription de certains médicaments, et plus précisément de l'hydroxychloroquine qui a causé tant de débats. Cependant, contrairement à la situation en France, au Royaume-Uni ce médicament n'a jamais fait objet d'une autorisation sanitaire pour le traitement des malades de la Covid-19. Si l'on suivait ici le test Bolam, la prescription de ces médicaments ne serait probablement pas jugée raisonnable par le groupe d'experts médicaux, ce qui pourrait effectivement engager la responsabilité médicale par la suite.

A travers cette analyse, Madame Lemaire mesure ainsi finalement la difficulté d'engager la responsabilité des médecins au Royaume-Uni. Dans ce contexte-là, l'immunité de responsabilité civile

ne semble donc pas nécessaire. D'ailleurs, elle semblerait d'autant moins nécessaire que les professionnels de santé au Royaume-Uni sont déjà couverts par un mécanisme d'assurance particulier et ne supporteront pas le coût financier des potentiels dommages causés, ce qui constitue le deuxième point de l'intervention.

Au Royaume-Uni, il existe une particularité : les organismes relevant du NHS sont responsables des cas de négligence médicale imputables aux employés ayant agi dans l'exercice de leurs fonctions. Ces organismes adhèrent à leur tour au *Clinical Negligence Scheme for Trusts* (CNST), administré par le *NHS Resolution*. La conséquence finale est qu'en cas de responsabilité médicale, l'hôpital public sera juridiquement et financièrement responsable et *NHS Resolution* couvrira l'indemnisation du patient. Le secteur privé bénéficie d'un mécanisme identique, avec la création du *Clinical Negligence Scheme for General Practice* (CNSGP), également administré par le *NHS Resolution*. En fin de compte, les médecins travaillant à l'hôpital et les médecins généralistes sont financièrement protégés de toute action en responsabilité médicale. Toutefois, il ne faudrait pas oublier toutes les personnes volontaires qui ont prêté main forte lors des vagues importantes et qui n'entrent dans aucune des catégories mentionnées précédemment. Dans ces cas, la loi du 25 mars 2020, appelée aussi *Coronavirus Act*, a cherché à y répondre en créant un nouveau mécanisme : le *Clinical Negligence Scheme for Coronavirus* (CNSC), qui couvre le personnel soignant volontaire ou d'autres personnes qui ne bénéficient d'aucune assurance de responsabilité médicale.

En conclusion, selon Madame Lemaire, il n'est pas nécessaire d'introduire en droit britannique un mécanisme d'immunité de responsabilité civile pour protéger les professionnels de santé. En plus, il ne serait pas souhaitable, car il risque d'envoyer au patient des messages contradictoires quant à la prise en charge lors de la crise de la Covid-19.

La responsabilité du fait des vaccins contre la Covid-19

Pour poursuivre la discussion sur la responsabilité médicale appliquée aux malades de la Covid-19, **Monsieur Morimichi Sumida**, professeur adjoint à l'Université préfectorale d'Osaka, nous a éclairci sur les questions liées aux accidents de vaccination et à la responsabilité civile y afférente en droit japonais. La vaccination au Japon a commencé en mars 2020, et comme pour un certain nombre de pays, les premières catégories de population à être vaccinés étaient les professionnels médicaux. Monsieur Sumida regrette cependant que l'on ne discute guère du droit de la responsabilité civile en lien avec les accidents liés à la Covid-19. Cependant, cela ne veut pas dire que le système japonais n'est pas préparé pour encadrer des accidents liés à la Covid-19, puisqu'il existait dès avant la crise sanitaire une loi sur la réparation des dommages imputables à la vaccination ainsi qu'une jurisprudence constante sur des accidents de vaccinations. Avec cette intervention, Monsieur Sumida a donc pour but de présenter l'évolution de la jurisprudence sur des accidents médicaux liés à la vaccination et de s'interroger sur la question à savoir quel droit serait applicable à l'indemnisation des victimes pour cette nouvelle crise ?

Afin d'atteindre cet objectif, Monsieur Sumida commence en premier lieu par indiquer la place du vaccin dans le droit commun de la responsabilité civile. Il rappelle que depuis la modernisation du Japon, l'un des principes phares du droit privé est la responsabilité délictuelle pour faute. Selon la doctrine traditionnelle, l'idée d'éviter les accidents en faisant preuve de diligence et de prudence est une base solide du droit de la responsabilité dans le Japon moderne. En somme, nous pouvons et devons éviter les actes qui causent des dommages prévisibles. Cependant, Monsieur Sumida admet

que cette idée soit soumise à des changements importants aujourd'hui, à la suite des nombreux progrès scientifiques dans beaucoup de domaines, y compris évidemment en matière de santé. Selon lui, « l'acceptation de la vaccination exige que l'on modifie l'interprétation d'une partie de la condition dans la responsabilité civile ». De manière intéressante, il se réfère à la vaccination comme un tirage au « sort pour l'enfer », expression que nous pourrions retrouver dans la doctrine sur les accidents de vaccination. Ainsi, pour déterminer l'obligation du médecin qui peut exister dans ces situations, la doctrine ajoute la prise en considération d'un élément : l'efficacité de la vaccination. En tout cas, nous ne pourrions pas déduire directement une obligation de réparation à la suite de l'existence d'un accident prévisible. L'ajout de ce nouvel élément ne facilite pas pour autant la tâche, puisque la prise en compte du rapport bénéfice/risque dans l'appréciation de la faute engendre systématiquement des difficultés.

Dans un second temps, Monsieur Sumida précise que la jurisprudence sur les accidents de vaccination au Japon a accordé des réparations aux victimes, sur le fondement de la responsabilité. Les décisions des tribunaux japonais sur la responsabilité médicale sont devenues de plus en plus nombreuses et, durant la première période de l'évolution, la jurisprudence a approuvé l'existence d'une obligation stricte du médecin, sans pour autant aller jusqu'à une obligation de résultat. Sur le professionnel de santé, l'on impose donc une obligation de prendre toutes les précautions pour prévenir le risque. Quant au lien de causalité, il est ici nécessaire de démontrer uniquement la haute probabilité qui permet d'affirmer le lien entre le fait et le résultat. Monsieur Sumida mentionne aussi que, dans ce domaine, une responsabilité sans faute n'existe pas en droit japonais.

En cas d'accident de vaccination donc, afin de déterminer le lien de causalité entre la vaccination et le dommage causé, la jurisprudence généralement affirme que trois conditions devront être remplies : la proximité dans le temps et l'espace entre la vaccination et les symptômes des victimes, l'explication raisonnable au point de vue médical et l'absence des autres causes. En ce qui concerne la faute, la jurisprudence exige uniquement la simple faute des médecins (l'obligation de respecter les doses d'injection, de ne pas donner la seconde dose sans une période d'intervalle scientifiquement reconnue...). En 1976, la Cour suprême du Japon a eu l'occasion de traiter pour la première fois spécifiquement un accident de vaccination. Selon cette jurisprudence, la faute du médecin sera présumée si le médecin ne respecte pas son obligation d'interrogation au moment de la consultation afin de connaître les contre-indications possibles du patient au vaccin. La charge de la preuve incombera au défendeur.

Il est également important de mentionner que la loi sur l'indemnisation par l'Etat pour la vaccination dite « non-privée » (les vaccinations obligatoires et recommandés par l'Etat), qui est entrée en vigueur en 1976, donne la possibilité aux victimes d'obtenir une indemnisation plus facilement. Au titre de cette loi, il n'est plus nécessaire de prouver ni l'existence de la faute, ni le défaut du vaccin, et l'établissement du lien de causalité sera examiné par un comité spécial du ministère de la santé et du travail.

Finalement Monsieur Sumida insiste sur le fait que la jurisprudence japonaise affirme une obligation stricte du médecin dans ces situations. La loi du 1976 sur les indemnisations pour la vaccination est également applicable au cas de la Covid-19, mais puisque la situation continue à évoluer, il est évident qu'on devrait plutôt considérer la jurisprudence sur la responsabilité médicale.

Monsieur Jonas Knetsch, professeur à l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne, a souhaité éclairer les participants sur le cadre plus général de la vaccination. Il n'est pas un secret que dès l'apparition de la maladie, les laboratoires pharmaceutiques ont commencé une course contre la montre pour développer un vaccin efficace, car la possibilité que la Covid-19 se transforme en une pandémie

mondiale a été identifiée assez tôt. Les campagnes de vaccination massive dans chaque État se sont révélées comme un élément-clé d'une stratégie de lutte contre le virus et force est de constater que cela reste d'actualité. Dans son intervention, le professeur Knetsch ne souhaite pas analyser la pertinence de cette stratégie, mais se concentrer sur l'analyse juridique, non pas du cadre réglementaire de la vaccination, mais des effets indésirables de la vaccination et donc à la question de savoir comment on peut prendre en charge les personnes qui sont atteintes de troubles causés par la vaccination ?

En France, il existe un niveau complet de prise en charge assuré par le régime du droit commun de l'assurance maladie dont certains éléments ont été mentionnés lors des précédentes interventions (dont le régime accidents du travail/maladies professionnelles) ainsi que certaines parties qui vont être étudiés plus amplement lors du second séminaire à Tokyo (les assurances privées et les mécanismes hybrides). Pour ce premier séminaire sur la prise en charge des dommages lié à la Covid-19, l'intervention du professeur Knetsch portera sur les questions de la responsabilité civile et pour ce faire il semble important de présenter d'abord les acteurs impliqués dans la campagne de vaccination.

L'intervenant nous invite à distinguer deux phases importantes dans cette campagne : le développement du vaccin qui désormais est achevé, et ce pour presque toutes les catégories de la population, et ensuite la phase de l'administration du vaccin. Dans la première phase nous pouvons identifier non seulement les fabricants des vaccins, donc les laboratoires pharmaceutiques, mais aussi les autorités nationales et européennes veillant sur les questions de sécurité sanitaire, à savoir l'Agence Nationale de Sécurité du Médicament en France (ANSM), la *European Medicines Agency* (EMA) au niveau européen ainsi que la Commission Européenne qui accorde les autorisations de mise sur le marché, sur avis positif de l'EMA. Si l'on se concentre sur la deuxième phase, et sous l'angle du droit français, nous pouvons identifier le ministère de la Santé qui émet les recommandations vaccinales et identifie les catégories de la population qui pourront se faire vacciner en priorité, mais aussi les médecins prescripteurs et vaccinateurs qui administrent en dernier lieu le vaccin. Étant donné que l'intervention porte principalement sur la responsabilité civile, le professeur Knetsch s'est donc concentré sur la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques dans un premier temps et sur les médecins prescripteurs et vaccinateurs dans un second temps.

Pour commencer par les laboratoires pharmaceutiques, il convient d'évoquer le régime de responsabilité du fait des produits défectueux, mais l'intervenant craint bien que les choses ne soient pas si simples que cela. Le premier « réflexe » serait sans doute de penser à ce régime spécifique qui s'impose lors de l'éventuelle mise en cause de la responsabilité d'un laboratoire fabricant de vaccins. Mais quels seront les obstacles qu'une personne souffrante de troubles post-vaccinaux devrait affronter avant d'obtenir indemnisation sur le fondement du défaut de sécurité du vaccin ?

En délimitant la différence entre les troubles « bénins » à la suite de la vaccination tels qu'une fièvre passagère, de la fatigue ou des douleurs musculaires, et ceux, beaucoup plus graves, pouvant aller parfois jusqu'à la mort de la victime, le professeur Knetsch identifie trois séries d'obstacles sur le chemin d'une victime qui souhaiterait obtenir réparation sur ce fondement. Tout d'abord il faudrait prouver le défaut de sécurité en recherchant si les effets secondaires graves rendent le vaccin défectueux. Sur ce point il convient de rappeler que la jurisprudence française et européenne a bien intégré dans le raisonnement une mise en balance des bénéfices et des risques. S'agissant du vaccin contre la Covid-19, les bénéfices semblent dépasser assez largement les risques inhérents, nous pourrions dire avec une certaine confiance que ce défaut de sécurité ne serait pas caractérisé.

Ensuite, il faudrait aussi prouver l'imputabilité du dommage au vaccin et le professeur Knetsch prend l'exemple des thromboses qui ont été largement médiatisées lors des incidents pendant des

campagnes vaccinales. Y a-t-il véritablement un lien causal entre la vaccination et la thrombose ? La jurisprudence aurait dans ce cas aussi affiné l'analyse : on distinguerait d'abord la question de l'imputabilité du dommage au vaccin d'une manière générale et ensuite l'analyse si le défaut de ce produit était à l'origine du dommage particulier. Sur ce point, la porte resterait ouverte vers une appréciation plus souple de la preuve de causalité.

Enfin, il y a potentiellement le risque de développement comme une clause d'exonération prévue dans l'article 1245-10 du Code civil, mais le professeur Knetsch tient à souligner qu'elle n'est presque jamais retenue, en la classifiant comme une cause d'exonération « fantomatique ». La jurisprudence a restreint très fortement le champ d'application de cette clause et il semble impossible qu'elle soit retenue pour le vaccin contre la Covid-19.

Une fois les obstacles étant identifiés, l'intervenant continue sur la mise en œuvre de la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques où l'on ne rencontre pas uniquement des obstacles juridiques, mais aussi des obstacles liés au contexte politique de la campagne de vaccination. Pour rappel, les vaccins qui ont été achetés par la France et par les autres pays de l'Union Européenne (UE) afin de lancer ces campagnes de vaccination, ont été achetés dans le cadre d'un contrat d'achat anticipé, signé par l'UE pour le compte des États-membres (EM). Or, dans ces contrats d'achats anticipés (*advance purchase agreement*, APA en anglais), il existe des éléments qui vont perturber la mise en œuvre de la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques.

Ces contrats ont été rendus publics (sauf certains passages qui figurent en noir dans les documents publiés) et, pour illustrer cet exposé, le professeur Knetsch s'est concentré sur le contrat conclu avec le laboratoire AstraZeneca. Le point 14 de ce contrat prévoit que les EM seront chargés d'indemniser et relever de la responsabilité pour les dommages et intérêts qui sont liés à des atteintes à l'intégrité physique, à des dommages matériels, à des pertes d'exploitation des personnes victimes rattachées à l'administration d'un vaccin. La clause paraît très intéressante à l'intervenant car elle signifie que les EM doivent garantir les laboratoires pharmaceutiques qu'ils ne seront pas tenus responsables de faits liés à l'administration du vaccin. Les passages non divulgués renferment des clauses d'exceptions stipulant que les compensations de dommages ne seront pas applicables lors de certains cas (dont il est impossible de connaître le contenu) et enfin, la clause précise qu'il existe une obligation pour le laboratoire pharmaceutique de notifier les EM lorsqu'il reçoit une demande d'indemnisation.

À la suite de cette lecture il y a certains éléments qui ressortent : premièrement les laboratoires pharmaceutiques ne souhaitent en aucun cas être le payeur final de l'indemnisation accordée aux victimes et deuxièmement les EM interviennent comme une sorte d'assureur public ou de sûreté personnelle. Pour en finir, selon l'effet relatif du contrat, cette clause ne lie aucunement les victimes qui devraient toujours pouvoir s'adresser au laboratoire, mais il n'en demeure pas moins que ces stipulations restent toujours obscures.

Pour passer aux autres acteurs de la campagne de vaccination, il convient de se poser la question de la responsabilité éventuelle des médecins prescripteurs et vaccinateurs. En France, le cercle des professionnels habilités à prescrire ou à administrer le vaccin a été largement ouvert. Ainsi, les pharmaciens, les dentistes et les infirmiers ont été autorisés à prescrire les vaccins contre la Covid-19, tandis que l'administration du vaccin est encore plus ouverte, y compris aux pompiers et aux vétérinaires. Si l'on se penche sur le cas de la responsabilité des vaccinateurs, il faut rappeler que les cas d'incidents sont extrêmement rares. Outre les rares cas où les vaccinateurs ont utilisé plus de doses que prévu (mais qui, scientifiquement parlant, n'ont pas causé des troubles majeurs aux vaccinés), le professeur Knetsch n'a pas identifié des questions majeures sur ce point. Cependant, les choses se compliquent lorsque l'on se penche sur le cas de la responsabilité du médecin prescripteur.

Le point de départ est ici l'article L. 1142-1 CSP qui pose le principe de la responsabilité pour faute. On peut tout à fait considérer qu'il s'agit d'une appréciation classique d'acte de soins, mais encore une fois, la politique vient s'y mêler. Pour donner suite à des revendications des organisations professionnelles, les pouvoirs publics ont octroyé une forme d'immunité civile par une lettre du ministre de la Santé datée du 23 décembre 2020. Dans ce document, le ministre rassure les médecins sur le fait que leur responsabilité ne pourra pas être engagée au motif qu'ils auraient délivré une information insuffisante aux patients sur les effets indésirables du vaccin. Néanmoins, à regarder de plus près les articles cités par le ministre, à savoir les articles L. 3131-3 et L. 3131-4 CSP, l'on s'aperçoit que l'immunité n'est prévue que dans des cas très précis. Finalement, après analyse juridique, il semble que l'article L. 3131-3 CSP ne vise pas le cas d'une campagne de vaccination avec des médicaments ayant reçu une autorisation de mise sur le marché. Toutefois, cette réponse du ministre a été jugée nécessaire sur le plan politique pour rassurer les soignants.

L'autre disposition visée dans la lettre du ministre, l'article L. 3131-4 CSP, permet effectivement la prise en charge des dommages par l'ONIAM et le professeur Knetsch conclut son intervention en précisant que les autorités publiques représentées dans cet organisme vont sans doute donner pour consigne de ne pas se retourner contre les soignants dans les cas précis liées à la Covid-19. Selon le professeur Knetsch, ceci est un exemple dans lequel l'exécutif s'immisce dans l'interprétation du dispositif législatif qui est à contresens de ce qui est prévu dans le texte.

[Le cas particulier de la responsabilité contractuelle](#)

La dernière thématique du séminaire portait sur des études du cas particulier de la responsabilité contractuelle. **Madame Nao Ogino**, professeure à l'Université Doshisha, s'est interrogée sur la prise en charge des risques liés à la crise sanitaire dans les contrats en droit japonais. Avant de se pencher sur la question, elle rappelle d'abord que la nature de la responsabilité de l'employeur ou de l'établissement d'accueil pour des personnes âgées peut aussi être qualifiée de contractuelle (rappelons que le droit japonais ne retient pas le principe de non-cumul des responsabilités). Ensuite, il est fort probable que la situation exceptionnelle causée par la Covid-19 vienne perturber l'exécution des contrats en cours, ce qui s'est en effet avéré dans plusieurs cas. Nous devons ici faire référence à toute la situation créée, car même si ce n'est pas directement une infection à la Covid-19 qui empêche les parties d'exécuter le contrat, le confinement quasiment global de la première vague des infections a entravé l'exécution normale des contrats. C'est aussi ce qui mène la professeure Ogino à poser la question de savoir qui doit assumer les risques liés à la crise sanitaire et comment ?

Dans un premier temps, il paraît opportun de distinguer les situations dans lesquelles le débiteur est empêché d'exécuter l'obligation et d'ainsi étudier plus spécifiquement la prise en charge des risques en cas d'inexécution. Si un contrat de vente a été conclu avant la crise de la Covid-19 par exemple, on pourrait bien imaginer que la livraison des marchandises objet du contrat soit perturbée, conduisant ainsi à un cas d'inexécution du contrat. Selon le Code civil japonais, dans ce cas, le créancier peut demander des dommages et intérêts au débiteur, à moins que celui-ci démontre que l'inexécution est due à une cause qui ne lui est pas imputable. Les mesures sanitaires (y compris les confinements) constituent-elles une cause exonératoire de responsabilité contractuelle ? En droit japonais les contours de la « cause non-imputable » ne sont pas précisés et le Code civil reste muet sur le sujet. L'examen de ces conditions devrait donc se faire au cas par cas et même si la force majeure en tant que telle est souvent considérée comme l'exemple phare d'une cause de non-imputabilité, cela n'exclut pas l'examen détaillé de chaque situation étudiée. Il faudrait ici faire la distinction avec les

cas dans lesquels la Covid-19 n'a pas rendu impossible, mais seulement plus difficile l'exécution du contrat (notamment en raison d'une hausse des frais de transport ou des délais rallongés) : ici le débiteur pourrait invoquer la théorie d'un changement de circonstances du contrat, pour demander la résolution ou la révision de celui-ci. En principe, l'existence de cette théorie est bien admise par la Cour suprême japonaise, mais uniquement dans des conditions interprétées très strictement et rigoureusement. A une occasion, la Cour suprême n'en a fait application dans aucun des 14 cas qui lui étaient soumis sur la question. Le débiteur peut néanmoins tenter d'invoquer cette théorie, notamment en cas d'échec de la renégociation à l'amiable du contrat. Il est probable aussi que les contractants aient déjà prévu dans le contrat des clauses visant à gérer l'imprévu, des clauses de force majeure ou de *hardship* et, dans ce cas, la prise en charge des risques serait définie par l'interprétation des clauses du contrat.

Dans un deuxième temps, la professeure Ogino se concentre sur le cas de la prise en charge des risques, lorsque le créancier ne reçoit pas la prestation/les marchandises que le débiteur offre d'accomplir. Ce retard de réception ne constitue pas une inexécution de l'obligation selon le Code civil japonais et il incombera au créancier de prendre à sa charge l'augmentation des frais d'exécution de l'obligation. Ici aussi il est possible d'envisager la possibilité d'invoquer la théorie de changement des circonstances, mais comme cela a été expliqué plus haut, son application effective reste exceptionnelle.

Finalement, les problèmes évoqués lors de l'intervention de la professeure Ogino ont montré les limites de la répartition des risques en matière contractuelle. Pour conclure, la notion de force majeure reste la notion qui viendra au secours du débiteur défaillant, même si sa mise en œuvre doit se faire au cas par cas et de manière proportionnelle avec le créancier, qui lui aussi est victime de la crise sanitaire mondiale. La théorie de changement des circonstances pourrait également s'appliquer, mais uniquement sous réserve d'acceptation de la révision du contrat par le juge, scénario jugé peu probable. En dernier lieu, il reste effectivement la répartition des risques par les parties via des clauses spéciales dans le contrat, mais il ne semble pas opportun, ni réaliste de considérer que les parties pouvaient prévoir au moment de la conclusion des contrats, tous les risques qui peuvent survenir au cours de l'exécution.

Le séminaire se poursuit avec **Monsieur Olivier Gout**, professeur et co-directeur de l'équipe de recherche Louis Josserand de l'Université Jean Moulin Lyon 3 qui se concentre également sur des questions de responsabilité contractuelle, mais sous l'angle du droit français. Il est évident que de très nombreux contrats ont été impactés par les effets dévastateurs de la Covid-19. Comme cela a été précédemment évoqué par la professeure Ogino, les victimes contractuelles se recensent des deux côtés : il y a évidemment celles qui n'ont pu s'acquitter de leur obligation en raison des contraintes liées à la crise et qui ont été assignées en exécution ou en responsabilité. L'intervention du professeur Gout se concentre davantage sur les débiteurs contractuels, ou autrement dit sur ceux qui n'ont pas pu exécuter le contrat. La question se pose donc de savoir s'ils peuvent être jugés responsables de l'inexécution du contrat ou bien s'ils peuvent se prévaloir de la crise pour échapper à certains engagements contractuels.

Le professeur Gout ne peut s'empêcher de constater que, pour le profane, la réponse est sûrement affirmative et relève presque du bon sens, mais le juriste doit néanmoins se pencher sur la question et se demander si les conditions pour échapper à cette responsabilité sont réunies ou bien si elles suffisent pour potentiellement renégocier le contrat. Avant d'aller plus loin, il semble ici important de distinguer les contrats conclus avant le début de la pandémie et ceux qui l'ont été après, lorsque la crise avait pris l'ampleur mondiale que nous connaissons. Pour la réflexion, le professeur Gout a choisi de se concentrer sur le droit des contrats du Code Civil et se pose la question de savoir si la crise de la

Covid-19 peut justifier l'inexécution du contrat et engendrer la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle ?

Pour commencer, il propose de se pencher sur l'excuse de la Covid-19 pour le présent, « l'aujourd'hui ». Si une partie se trouve dans une situation d'inexécution du contrat due à la crise sanitaire, en France il existe au moins deux remèdes qui peuvent être invoqués : la force majeure d'un côté et la révision pour imprévision de l'autre côté. Si l'on commence par la force majeure, force est de constater que lors des précédentes épidémies les juridictions françaises ont été hostiles à reconnaître l'existence d'une force majeure comme cause d'exonération pour une mauvaise exécution du contrat. Cependant, ces décisions n'étant pas données par la Cour de cassation, elles ont une portée jurisprudentielle limitée. En outre, nous ne sommes pas exactement dans une situation comparable aux précédentes épidémies. La période est inédite, la crise internationale et les mesures drastiques. Ainsi, nous pourrions donc tenter d'examiner si les situations présentant les caractéristiques de la force majeure peuvent être ainsi qualifiées et pour ce faire il convient tout simplement de voir si les conditions d'application telles qu'exposées à l'article 1218 du Code civil sont réunies.

La première condition serait d'établir un événement échappant au contrôle du débiteur. Lorsque l'inexécution est directement liée à la Covid-19, il paraît facile de considérer que la condition sera considérée comme remplie. La deuxième condition exige de vérifier si l'évènement litigieux était imprévisible au moment de la formation du contrat et ici nous devons distinguer entre les contrats passés avant la crise et ceux qui ont été conclus ultérieurement. La condition de l'imprévisibilité semble remplie pour les premiers uniquement. La troisième condition requiert que les effets ne puissent pas être évitées par des mesures appropriées. Nous pourrions ici encore admettre que cette condition est remplie dans le cadre de la Covid-19, notamment en raison des mesures de restriction et les mesures imposant des fermetures des établissements. Pour ce qui est de la quatrième condition relative à l'impossibilité de l'exécution, elle pourrait être remplie par exemple si le débiteur a été infecté par le virus et présente des symptômes invalidants. Par ailleurs, le confinement, le couvre-feu et les autres mesures drastiques peuvent aussi conduire à une désorganisation rendant impossible l'exécution du contrat. Donc, sur ce point, le professeur Gout conclut en considérant qu'il est tout à fait envisageable de se prévaloir de l'existence d'un cas présentant les caractéristiques de force majeure. Toutefois, une analyse s'imposera au cas par cas, car il est possible de considérer que certains contrats pouvaient être bien exécutés. Pour ces derniers, si la force majeure paraît difficile à envisager, il reste la technique de l'imprévision.

Alors que la force majeure rend le contrat impossible à exécuter, l'imprévision engendre une difficulté d'exécution devenue excessivement onéreuse. Ici il convient donc de mobiliser l'article 1195 du Code Civil qui dispose que « si un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer les risques, celle-ci peut demander une renégociation du contrat ». Puisque le caractère imprévisible paraît également un élément acquis, l'intervenant se concentre plus spécifiquement sur le point si l'exécution du contrat peut devenir excessivement onéreux dans ce cadre. Il faudrait noter cependant que le système mis en place par l'article 1195 du Code civil privilégie une négociation à l'amiable : on pourra espérer que les parties tenteront de privilégier la discussion au regard du contexte actuel. La remarque est aussi valable pour les contrats qui sont conclus après la crise.

Mais qu'en est-il du « demain » et du futur une fois qu'il est devenu clair que le monde doit apprendre à vivre avec la Covid-19 ? Même s'il paraît difficile de se prévaloir des événements caractéristiques de la force majeure dans ces scénarios, les juristes ne sont pas pour autant dépourvus d'outils. L'un d'entre eux est la liberté contractuelle qui permet aux contractants d'anticiper les difficultés à venir

et donc en l'occurrence une crise sanitaire. Le professeur Gout constate que les contrats « regorgent » déjà des clauses relatives au principe de responsabilité et pour le futur il y a lieu de penser que les rédacteurs de contrats vont tirer les conséquences de l'expérience de la Covid-19. Ensuite, l'exigence et le respect de la loyauté contractuelle pourraient être mobilisés. Il ne faut pas non plus oublier que la bonne foi contractuelle visée par l'article 1104 du Code civil fait partie des principes directeurs du droit des contrats. Pour conclure, le professeur Gout admet que la vie contractuelle sera sans doute marquée par l'épisode long de la Covid-19 et il est fortement possible d'ailleurs, qu'elle soit déjà « immunisée » contre le virus.

Les propos du professeur Gout ont conclu ces deux journées de travail productives et les organisateurs, les équipes de recherche qui ont participé à cette recherche collective, les intervenants et l'audience espèrent pouvoir continuer les réflexions sur la prise en charge des dommages liés à la crise sanitaire sous l'angle de droit comparé français et japonais, très bientôt pour le deuxième séminaire, cette fois-ci à Tokyo.