



Compagnie interrégionale des Experts de justice

près la Cour administrative d'appel de Lyon

Actes du colloque tenu à Lyon le 19 novembre 2018

La perte de chance
devant les juridictions administratives

SOMMAIRE

Ouverture par Daniel LOURD, Président de la CIECAALY,

Expert près la Cour d'appel et la Cour administrative d'appel de Lyon 6

Introduction par Régis FRAISSE, Conseiller d'État,

Président de la Cour administrative d'appel de Lyon 8

1^{ère} Partie : Le recours à la perte de chance devant le juge

A- Le recours à la perte de chance devant les juridictions judiciaires

Stéphanie PORCHY-SIMON,

Professeur agrégé de droit privé à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directrice de l'Équipe de recherche Louis Josserand 14

B- Le recours à la perte de chance devant les juridictions administratives

Christophe TESTARD Professeur agrégé de droit public

à l'Université de Clermont Auvergne 18

I- L'appréhension de la perte de chance par le juge administratif 22

A-Adapter le cadre de la responsabilité administrative 22

B-Maintenir le cadre de la responsabilité administrative 25

II- L'appréciation de la perte de chance par le juge administratif 27

A- L'évaluation du préjudice par le juge administratif 28

B- La réparation du préjudice par le juge administratif 31

IIème Partie : Application de la perte de chance au contentieux administratif

A- L'application de la perte de chance au contentieux de la responsabilité hospitalière

Cyrille BERTOLO, rapporteur public au Tribunal administratif de Lyon 34

I- L'introduction de la notion de perte de chance en droit de la responsabilité hospitalière est venue sensiblement renouveler l'office du juge administratif 35

II-La théorie de la perte de chance trouve différents cas d'application distincts dans le contentieux administratif de la responsabilité hospitalière , mais il conviendrait d'améliorer le recours à cette notion, tant par une meilleure définition et modélisation que par un dialogue plus précis avec les parties et les experts 39

B- L'application de la perte de chance aux autres contentieux

Joël ARNOULD, rapporteur public au Tribunal administratif de Lyon..... 50

I- Les cas d'utilisation de la perte de chance dans le domaine des contrats 51

II- Les modalités particulières d'indemnisation de la perte de chance 55

IIIème Partie : Intervention des acteurs du procès administratif

A- Le recours à l'expert par le juge administratif en matière de perte de chance

I- Le recours à l'expert en cas d'incertitude médicale 61

Professeur Liliane DALIGAND, Professeur émérite de Médecine légale

Expert près la Cour d'appel de Lyon.

II- Le recours à l'expert en cas d'incertitude économique et

le contentieux de la passation des contrats administratifs 67

Jean-Marie VILMINT

Expert-comptable de justice près la Cour administrative d'appel de Lyon

Expert honoraire près la Cour d'appel de Lyon

B- Le point de vue de l'avocat en matière de perte de chance devant les juridictions administratives

I- le point de vue de l'avocat sur le recours à la perte de chance pour le contentieux administratif de la responsabilité hospitalière

Maître Dominique ARCADIO avec la participation de Maître Julien DEYRES ,

Avocats au Barreau de Lyon -Cabinet ARCADIO 74

Libres propos d'un avocat des victimes sur les incidences pratiques de la perte de chance

I- 1 Des avancées positives 75

II- 2 Des améliorations nécessaires 76

II- le point de vue de l’avocat sur le recours à la perte de chance

pour les autres contentieux administratifs 83

Maître Romain GRANJON avocat au Barreau de Lyon -Cabinet ADAMAS

Conclusion

Jean-François MOUTTE, Président du Tribunal administratif de Lyon 85

Modérateur : Régis FRAISSE

Coordinateur : Jean-Marie VILMINT

Ouverture par Daniel LOURD,

Président de la CIECAALY,

Expert de justice près la Cour d'appel et la Cour administrative d'appel de Lyon

Mr le Conseiller d'État, Président de la Cour administrative d'appel

Mr le Président du Tribunal administratif de Lyon

Mmes et Mrs les Vice-présidents des Tribunaux administratifs du ressort

Mmes et Mrs les Présidents de Chambres

Mmes et Mrs les Conseillers

Mr le bâtonnier

Mr le représentant du Président de la Compagnie nationale des Experts de justice

Mr le Président de la Compagnie des experts de justice de Lyon

Mr le Président de la Compagnie des experts comptables de justice de

Lyon-Chambéry-Grenoble

Mmes et Mrs les Avocats

Mes chères Consœurs et mes chers Confrères

C'est toujours une immense joie d'ouvrir un colloque de notre Compagnie, et je remercie tous les magistrats de l'honneur qu'ils nous font de participer à nos travaux.

Merci aussi aux nombreux experts présents, ainsi qu'aux avocats qui sont indispensables à la qualité de nos débats.

La CIECAALY, après six années d'existence, est composée de plus de 120 membres. Elle a achevé sa période de création et entre dans une phase de maturité, toujours attentive à agir

pour aider à apporter aux magistrats les rapports d'expertises qu'ils attendent.

Je termine aujourd'hui ma dernière année de présidence, et je peux vous affirmer que cela a été un honneur et une période passionnante.

La CIECAALY, après la sélection rigoureuse que la Cour a faite en nommant ses experts, aide ces derniers à produire des rapports toujours meilleurs en qualité technique comme en respect de l'éthique.

Le sujet des délais est toujours d'actualité, les motifs de décalage étant multiples, en défaveur des requérants. Nous continuerons à travailler sur ce sujet, à l'écoute des Chefs de cour.

Le colloque de ce jour aborde un sujet que je qualifierai de subtil, car en dehors des experts médecins, il est encore peu rencontré par les autres experts.

De plus, il sort de la base habituelle de nos missions, où le magistrat qui nous désigne attend de nous des réponses certaines et précises sur lesquelles il va pouvoir s'appuyer.

La perte de chance est plus complexe.

Aujourd'hui, je pense que vous sortirez en fin de séance avec une vision claire de ce sujet, et que vous pourrez vous préparer à l'aborder, ou vous améliorer pour ceux qui ont déjà pratiqué.

Je laisse la parole à Mr le Conseiller d'État, Régis FRAISSE, Président de la Cour administrative de Lyon. Il va vous présenter, avec son talent habituel, le thème du colloque.

Introduction du Colloque par Régis FRAISSE

Conseiller d'État

Président de la Cour administrative d'appel de Lyon

Merci Monsieur le président. Je m'associe à tous les vœux de bienvenue que vous avez formulés à l'égard des experts, professeurs, avocats et magistrats.

C'est donc le sujet « Perte de chance » qui nous réunit aujourd'hui. Ce sujet me donne l'occasion de vous dire la chance que vous avez d'avoir dans votre compagnie des professionnels de grand talent, volontaires et dévoués. Ils se réunissent régulièrement à la cour, autour de leur président, en formation de bureau ou de conseil d'administration. Ils méritent vos remerciements. C'est eux qui ont préparé ce colloque, avec une pensée particulière pour Jean-Marie Vilmint qui en est la clef de voûte.

J'en profite également pour rendre hommage à M. Daniel Lourd pour son mandat de président qui s'achève aujourd'hui et le remercier pour tout le travail accompli à votre service. Il rejoint M. Patrice Gardel, président d'honneur. Il est remplacé par le secrétaire général, M. Pierre Bonnet que je félicite pour sa désignation et à qui je souhaite tout le succès que votre compagnie mérite.

C'est le troisième colloque de la CIECAALY auquel je participe. J'ai, pour les deux premiers, été impressionné par leur qualité scientifique. Je ne doute pas, au vu du programme et des intervenants, qu'il en sera de même cette fois-ci.

Je rappelle que le colloque de 2016 portait sur les experts, éclaireurs du juge administratif. J'avais introduit ce colloque par le magnifique tableau de Nicolas Poussin sur le Jugement de Salomon avec sa mise en scène théâtrale.



Le colloque de 2017 nous a fait réfléchir sur la conciliation et la médiation. J'avais alors choisi un tableau de Georges Rouget, conservé au château de Versailles et intitulé : « *Saint Louis, médiateur entre le roi d'Angleterre et ses barons* ».



Cette année, notre colloque s'intéresse donc à la perte de chance. Je n'ai pas choisi un seul tableau mais plusieurs.

Le premier reproduit quatre soldats jouant aux dés de Quast, un peintre hollandais du XVII^e siècle.



Pourquoi un jeu de dés ? Tout simplement, pour la raison que, si on consulte la première édition du dictionnaire de l'Académie française de 1694, on trouve en première définition du mot chance : « *Sorte de jeu à deux ou trois à dez* ». Mme Minet rappelle dans sa remarquable thèse sur la perte de chance la définition de la chance : « *Provenant du latin cadere qui signifie « tomber » ou « choir », la chance est « primitivement, la façon dont tombent les dés, dont tournent les évènements ».*

Le mot « chance » est très proche du mot « hasard ». Au XIIe siècle, le mot hasart servait à désigner le jeu de dés. L'étymologie confirme cette signification car ce mot a été emprunté, par l'intermédiaire de l'espagnol azar, de l'arabe az-zahr, qui signifie également « jeu de dés ».

De même en latin, « dé » et « hasard » sont étroitement liés. Les deux se disent « alea ». La fameuse phrase de César « *Alea jacta est* » peut ainsi se traduire « *Les dés sont jetés* » mais aussi « *Le sort en est jeté* ».

Si on lance un dé, on sait qu'on a une chance sur six de tomber sur un six. Le juge procède un peu ainsi. Dans l'affaire Consorts Telle, dont on parlera en détail, le commissaire du gouvernement Didier Chauvaux estime que la victime a été privée d'une chance de refuser

l'intervention et d'échapper ainsi à l'accident qui s'est produit et évalue la probabilité d'un tel refus à 20 % et le Conseil d'État fixe la fraction des différents chefs de préjudice subis au cinquième.

Mais le jeu n'est pas toujours un jeu de hasard. C'est le cas du jeu des échecs depuis qu'ont été abandonnés les dés pour jouer à ce jeu¹. Le jeu d'échec est un jeu de réflexion pure. Il en est de même du jeu de dames ou du jeu de go. Pour l'illustrer un tableau du peintre italien de l'école vénitienne Bordone.



Le jeu de cartes est souvent entre les deux. La distribution des cartes tient du hasard mais, une fois les cartes distribuées, la réflexion et la stratégie s'imposent. Deux des cinq tableaux peints par Cézanne sur les Joueurs de cartes. La première version comporte cinq personnages : trois joueurs et deux observateurs (une fillette et un vieillard). La dernière version² est plus dépouillée : deux joueurs seulement, un homme plus âgé, autoritaire avec une pipe et un chapeau haut et dur et un jeune homme avec un chapeau rond et mou, son visage est aussi moins aride que celui de l'homme âgé, traduisant sans doute le conflit qui a opposé toute sa vie Paul Cézanne à son père.

¹ C'est l'hostilité de l'Église aux jeux de hasard qui a conduit à la disparition progressive des dés de la pratique du jeu d'échecs.

² Ce tableau a été acheté 250 millions de dollars en 1992 par la famille royale du Qatar.



Mais tous ces jeux peuvent laisser une porte ouverte à la fraude, comme le montre le tableau peint par Georges de La Tour intitulé : « *Le tricheur à l'as de carreau* ». On voit le personnage de gauche, qui tient dans sa main droite trois cartes, dont deux carreaux visibles, et qui, de sa main gauche, tire de sa ceinture l'as de carreau qui y est glissé, en laissant l'as de pique en réserve.



Tous ces tableaux nous montrent que la notion de « perte de chance » n'est pas toujours facile à appréhender, mais heureusement des universitaires, des magistrats, des experts, des avocats sont là pour nous éclairer.

Notre colloque s'articulera en trois parties, sachant que ces parties seront entrecoupées de questions et de tentatives de réponses :

Deux professeurs agrégés, Mme Stéphanie Porchy-Simon, pour le droit privé, et M. Christophe Testard, pour le droit public, nous présenteront le recours à la perte de chance devant le juge judiciaire et le juge administratif.

La deuxième partie portera sur l'application de la perte de chance au contentieux administratif et fera intervenir deux magistrats administratifs, Cyrille Bertolo, pour le contentieux de la responsabilité hospitalière et Joël Arnould, pour les autres contentieux.

Les acteurs du procès administratif interviendront dans la troisième partie avec, d'une part, les experts, le professeur Liliane Daligand le recours à l'expert en cas d'incertitude médicale et Jean-Marie Vilmint en cas d'incertitude économique et en matière contractuelle et, d'autre part, les avocats, Maître Dominique Arcadio sur le recours à la perte de chance en matière de responsabilité hospitalière et Maître Romain Granjon pour les autres contentieux administratifs.

Enfin, il y a 100 % de chances que nous terminions, comme il est d'usage, par la conclusion, toujours passionnante, du président Jean-François Moutte.

1^{ère} Partie : Le recours à la perte de chance devant le juge

A- Le recours à la perte de chance devant les juridictions judiciaires

Stéphanie PORCHY-SIMON,

Professeur agrégé de droit privé à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directrice de l'Équipe de recherche Louis Josserand

(Plan ci-après d'après diapos en soutien de l'intervention du Pr Stéphanie PORCHY-SIMON)

La perte de chance, une notion classique du droit privé

Objet de la notion : faire face à une situation d'incertitude.

- **Première décision ayant retenu cette notion** : Arrêt de la chambre des requêtes du 17 juillet 1889 (Req. 17 juill. 1889, S. 1891, 399).
- **Définition jurisprudentielle** : la perte de chance est « *la disparition, par l'effet d'un délit, de la probabilité d'un événement favorable* » (Crim. 18 mars 1975, Bull. crim. n° 79).
- Multiples applications, dans les domaines les plus variés.

La perte de chance, une notion méconnue du droit privé

Paradoxe en droit privé :

La perte de chance est tout à la fois :

- une notion de plus en plus fréquemment utilisée par les tribunaux,
- mais dans le même temps méconnue.

Cf. Fabrice Leduc : cette notion est « *le point aveugle de la théorie du dommage* »

I – La perte de chance, une catégorie de préjudice réparable

La perte de chance est avant tout appréhendée en droit comme une notion relative au préjudice réparable.

Cf. projet de réforme de la responsabilité de mars 2017 :

« CHAPITRE II - LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ

SECTION 1- Dispositions communes aux responsabilités contractuelles et extracontractuelle

Sous-section 1. Le préjudice réparable

Article 1238 « *Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.* »

a – La perte de chance, une catégorie spécifique de préjudice

Rappel de la définition jurisprudentielle : « *La disparition, par l'effet d'un délit, de la probabilité d'un événement favorable* ».

Pour cela, nécessité que la chance, de manière traditionnelle, soit :

- Réelle,
- **Sérieuse**, bien que la jurisprudence récente indemnise la perte de chance **faible dès qu'elle existe** : Civ. 1er, 16 janv. 2013, n° 12-14439 : « *La perte certaine d'une chance même faible, est indemnisable* ».

b – La perte de chance, un préjudice en lien avec le dommage final

Ambiguïté de la notion : la perte de chance est en principe un préjudice autonome, mais qui présente en fait des liens très étroits avec le dommage final.

- **Dans ses modes de réparation :**

« Indemnisation de la perte de chance = probabilité de réalisation X montant du dommage final » (F. Leduc, rapport de synthèse au colloque « la perte de chance », Orléans, 2013)

- **Dans son statut juridique** : liens très étroits avec le dommage final :

Cf. les exemples :

- de l'aggravation,
- de l'obligation *in solidum*,
- du droit de préférence de la victime :

article 31 al. 2 L. 5 juillet 1985 « *Conformément à l'article 1346-3 du code civil, la subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été indemnisée qu'en partie ; en ce cas, elle peut exercer ses droits contre le responsable, pour ce qui lui reste dû, par préférence au tiers payeur dont elle n'a reçu qu'une indemnisation partielle.* »

II– La perte de chance, un instrument de contournement du lien de causalité ?

a – La perte de chance, un contournement avéré du lien de causalité

Malgré les affirmations de principe, la perte de chance est souvent utilisée en droit privé

comme palliatif d'une impossible preuve du lien causal.

Nécessité de distinguer deux cas :

1. **La perte de chance « positive »** : palliatif du dommage
2. **La perte de chance « négative »** : palliatif du lien causal

Exemple de la responsabilité médicale à partir d'un arrêt de la Cour de cassation Civ. 1^{er}, 14 décembre 1965.

Tentative de reprise en main par la Cour de cassation par un arrêt du 17 novembre 1982 : *"en ayant recours à la notion de perte de chance pour déclarer un médecin partiellement responsable de la réalisation d'un risque, **alors que cette notion ne pouvait concerner que l'évaluation du préjudice**, les juges du second degré, qui avaient constaté l'absence de preuve d'une relation de cause à effet entre la faute retenue par leur arrêt (...) et la réalisation du dommage (...) ont violé le texte susvisé* », sans réel succès .

Et la jurisprudence sur la perte de chance en matière médicale continue à prospérer....

b – La perte de chance, un contournement critiqué du lien de causalité

Solution qui n'en est pas moins vivement critiquée par la doctrine :

R. Savatier « *une causalité douteuse, permettant de fonder une responsabilité partielle, il y a tout lieu de craindre que le juge n'en vienne à confondre le degré de la prétendue chance perdue avec le degré de son doute propre sur la causalité* ».

- Critiques sur le terrain technique,
- Critiques sur le terrain de la « politique juridique » : l'utilisation de la perte de chance ne conduit qu'à une indemnisation partielle de la victime.

Quelles solutions alternatives ?

Pour certains, recours à un assouplissement de la charge de la preuve.

B- Le recours à la perte de chance devant les juridictions administratives

Christophe TESTARD Professeur agrégé de droit public

à l'Université de Clermont Auvergne

Le droit de la responsabilité administrative est animé d'un certain nombre de mouvements, plus ou moins anciens, plus ou moins visibles et porteurs de mutations. On évoque ainsi son extension, sa banalisation ou encore sa socialisation³, ces trois mouvements étant intrinsèquement liés. L'indemnisation de la perte de chance par le juge administratif se rattache à chacun d'eux : sans lui donner plus d'importance qu'elle n'en a, elle symbolise sans doute nombre d'évolutions contemporaines du droit de la responsabilité administrative. Si l'on admet que la perte de chance « *correspond à la perte d'une possibilité de réalisation d'un événement favorable* »⁴, elle se présente alors comme un instrument de prise en considération du hasard⁵. Ce faisant, son indemnisation par le juge administratif ancre définitivement le droit de la responsabilité administrative dans la modernité.

C'est sans doute d'abord l'idée de banalisation du droit de la responsabilité administrative qui affleure à l'évocation de la perte de chance, tant elle inquiète les défenseurs de la spécialité du droit administratif. La responsabilité administrative a longtemps traduit les repères de la matière : un droit essentiellement jurisprudentiel – ce qu'il demeure largement – reposant sur des règles spéciales distinctes du droit privé. À l'inverse, l'admission de la perte de chance dans la jurisprudence administrative marque un mouvement de rapprochement avec le droit privé, le juge judiciaire étant reconnu comme étant à l'origine de la notion. Dans la jurisprudence, c'est en effet du côté du droit civil et de la Cour de cassation qu'il faut se tourner, bien que la doctrine ne soit pas toujours d'accord

³ Par ex. P. Chrétien, N. Chiffot, M. Tourbe, *Droit administratif*, Sirey, 16^e éd., 2018, p. 713 et s.

⁴ H. Belrhali, *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017, p. 233.

⁵ A. Minet, *La perte de chance en droit administratif*, LGDJ, 2014, p. 3

sur son origine exacte⁶. Mais Le juge administratif se serait-il simplement inspiré de son homologue, que l'on connaît pourtant les limites de ce mouvement de banalisation, lesquelles se rencontrent également dans l'analyse de la perte de chance devant le juge administratif, qui fait apparaître la persistance de règles spéciales. Il y a sans conteste une place pour une analyse de « droit administratif des obligations »⁷, bâti à partir des droits subjectifs des administrés.

L'indemnisation de la perte de chance doit également être replacée dans le mouvement d'extension de la responsabilité publique, à l'œuvre depuis le XXe siècle, et dont on interroge sans cesse les contours. Elle traduit en effet la volonté d'indemniser toujours plus de préjudices, si bien qu'elle a acquis rapidement son autonomie en tant que tel. Enfin, l'extension de la responsabilité publique s'est également manifestée par un mouvement de « socialisation des risques »⁸ qui entend répondre aux angoisses de la modernité, par une extension de la couverture des risques. L'indemnisation de la perte de chance s'inscrit sans conteste dans ce mouvement de « *garantie contre les caprices de la fortune* »⁹.

Le recours accru à la perte de chance par le juge administratif est ainsi pleinement fondé. Car, ce n'est certainement pas sa reconnaissance qui est nouvelle, puisque devant le juge administratif, c'est un contentieux en matière de fonction publique datant de 1928 qui est présenté comme le point de départ de cette théorie¹⁰. En prenant en considération la situation du fonctionnaire privé de chance de promotion en raison d'un refus illégal de l'administration de l'inscrire au tableau d'avancement, le Conseil d'État introduisait dans le contentieux de la responsabilité une notion capitale, le hasard. En droit administratif, Alice Minet a montré, dans une étude de référence¹¹, qu'il existait, dès le XIXe siècle, un terreau qui a permis d'accueillir la perte de chance : la notion de chance, dimension positive du

⁶ Une partie de la doctrine évoque une décision de la Cour de cassation du 17 juillet 1889 (un justiciable privé de ses chances de gagner un procès par la faute d'un mandataire de justice) mais certains auteurs ne font remonter la perte de chance qu'à un arrêt du 26 mai 1932 (perte de chance de réaliser un projet immobilier à cause de la faute d'un notaire) où la perte de chance apparaît expressément. Comme souvent en jurisprudence, l'esprit aurait donc précédé la lettre.

⁷ J.-C. Ricci, F. Lombard, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 1^{ère} éd., 2018.

⁸ CE, *Responsabilité et socialisation des risques*, Rapport public 2005, EDCE n° 56, p. 1.

⁹ B. Seillier, « préface », in A. Minet, *La perte de chance en droit administratif*, LGDJ, 2014, p. V.

¹⁰ CE Sect., 3 août 1928, *Sieur Bacon c/ gouverneur général de l'Indochine*, Rec. p. 1035.

¹¹ A. Minet, *La perte de chance en droit administratif*, préc.

hasard, est par exemple au cœur de la procédure d'autorisation de plaider¹² ; la reconstitution de carrière des fonctionnaires donne également sa place aux chances de promotion et avancement que le fonctionnaire était susceptible de rencontrer... La décision du Conseil d'État de 1928 s'appuie sur ces premiers éléments et ne va cesser de les développer, parallèlement à la montée en puissance de la place du risque. Initialement cantonnée au contentieux de la fonction publique, la perte de chance a ainsi été reconnue dans de nombreux contentieux administratifs, lesquels demeurent toutefois limités en comparaison avec le contentieux judiciaire : la chance de remporter un procès, de réussir à un concours¹³ ; de bénéficier de soins efficaces ; d'obtenir une licence d'importation¹⁴ ; d'éviter la survenance d'un dommage ; d'accéder aux corps des professeurs des universités¹⁵ ; de remporter un contrat public¹⁶ ou encore, pour un exemple récent, de participer à des astreintes¹⁷... Par ailleurs, alors qu'en matière civile, la perte de chance s'est limitée au contentieux de la responsabilité, le Conseil d'État est allé au-delà en l'utilisant dans le contentieux de la légalité, prenant en compte la possible perte de chance d'un administré d'obtenir un avantage auquel il avait droit¹⁸.

Par-delà la question de l'antériorité, la dualité de juridiction pose surtout celle de la cohérence de la jurisprudence, le juge administratif n'étant pas le seul juge de la responsabilité de l'administration. S'agissant de l'indemnisation de la perte de chance, c'est bien une véritable concordance à laquelle sont parvenus les deux ordres de juridiction, celle-ci illustrant, parmi d'autres exemples, « *le phénomène de convergence des droit public et privé de la responsabilité* »¹⁹. Plus qu'une recherche de préséance, c'est un jeu d'aller-retour systématique, de « *dialogue fructueux* »²⁰ qui semble avoir traversé la jurisprudence des deux ordres. En matière médicale, c'est ainsi le Conseil d'État qui est vraisemblablement le premier à avoir indemnisé un patient suite à la faute d'un hôpital, qui a compromis ses

¹² Introduite par la loi municipale du 18 avril 1837, le juge administratif conditionne l'octroi de cette autorisation à une « *chance sérieuse de succès* » (CE, 25 août 1877, *Sieurs Manceau et Barbet*, Rec.p. 1091).

¹³ CE, 12 nov. 1965, *Sieur Poncin*, Rec. p. 612.

¹⁴ CE, 13 nov. 1974, *Ministre de l'Économie contre Soc. Beccaria*, Rec. p. 557.

¹⁵ CE, 3 fév. 2017, M. X., req. n° 394660.

¹⁶ CE, 8 oct. 2014, *SIVOM de Saint-François-Longchamp Montgenafroy*.

¹⁷ CE, 26 juil. 2018, M. A., req. n° 410724 ; *AJDA*, 2018, n° 36, p. 2092, note S. DELIANCOURT.

¹⁸ Par ex. CE Sect., 6 nov. 2002, *M. Jean-Claude X.*, req. n° 227147.

¹⁹ B. Seillier, « préface », in A. Minet, *préc.*, p. V.

²⁰ N. Albert-Moretti, « Les présomptions de préjudice », *Dr. adm.*, août 2018, n° 9.

chances d'éviter une amputation²¹. C'est en revanche à la suite d'un revirement de la Cour de cassation opéré en 1998 que le Conseil d'État a admis l'indemnisation de la perte de chance en cas de défaut d'information d'un patient, avant la mise en œuvre d'un traitement ou d'une intervention²² : le patient se trouvant alors privé d'une chance de se soustraire au risque lié à cette opération, ce défaut entraîne la responsabilité de l'établissement. Le juge judiciaire évoque quant à lui l'impréparation du malade aux conséquences découlant de l'acte médical²³. Le Conseil d'État finira également par rejoindre le juge judiciaire s'agissant de la perte de chance de gagner un procès, domaine dans lequel il n'évoque la perte de chance qu'à partir d'une décision du 6 juin 2001, *Lahterman*²⁴. La perte de chance apparaît également dans la jurisprudence européenne, même si son usage y apparaît quantitativement plus limité. Elle apparaît lorsque la Cour EDH utilise la technique de la satisfaction équitable²⁵, en matière de violation du droit à un procès équitable²⁶. En droit de l'Union européenne, c'est également le droit de la fonction publique qui a permis la consécration de la notion de perte de chance²⁷, avant qu'elle n'essaime en droit des marchés publics à propos de l'éviction d'un candidat lors d'une procédure de passation²⁸.

Le concert jurisprudentiel entourant la perte de chance doit-il alors faire renoncer à l'étude de sa place devant le juge administratif ? L'admission de la perte de chance s'est en effet réalisée de manière assez facile, sans véritable heurt du côté du juge administratif. Du côté de la doctrine, ses développements les plus récents ont suscité l'intérêt et l'on a pu juger, sans réserve, que « *l'usage de cet instrument par le juge administratif est probant car la perte de chance convainc par son unité, son utilité et son élasticité* »²⁹. L'intérêt porté à ce mécanisme de responsabilité se justifie ainsi facilement autour de deux éléments : d'une part, la place centrale prise par la perte de chance dans le contentieux de la responsabilité administrative du fait de son appréhension par le juge administratif (I) et, d'autre part,

²¹ CE, 24 avr. 1964, *Hôpital-Hospices de Voiron*, rec. p. 259.

²² CE Sect. 5 janv. 2000, *Consorts Telle et AP-HP c/ M. Guilbot*.

²³ Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2017, n° 15-27.898.

²⁴ Rec. p. 258 (lorsqu'un événement fautif avait empêché la tenue d'un procès, le juge administratif indemnisait auparavant en cherchant le bien-fondé de l'action juridictionnelle).

²⁵ CEDH 2 oct. 2003, *Sovtransavto Holding C/ Ukraine*, n° 48553/99.

²⁶ CEDH 12 fév. 1985, *Colozza c/ Italie*, n° 9024/80.

²⁷ TPICE, 17 mars 1993, *Moat c/ Commission*, n° T-13/92.

²⁸ TPICE, ord. 20 juillet 2006, *Globe c/ Commission*, n° T-114/06.

²⁹ A. Minet, préc. p. 437.

l'appréciation singulière qu'en fait le juge administratif du point de vue, essentiellement, de son indemnisation (II).

I – L'appréhension de la perte de chance par le juge administratif

Au-delà même de l'intérêt suscité par tous les mécanismes de responsabilité sur un plan purement technique, l'analyse de la perte de chance devant le juge administratif pose de réelles questions tenant tout simplement à son inscription dans les cadres « classiques » de la responsabilité administrative : « *en laissant pénétrer l'incertitude dans le champ du droit de la responsabilité, la perte de chance défie les conditions classiques de la responsabilité* »³⁰. C'est donc un double défi qu'a relevé le juge administratif : adapter les cadres de la responsabilité administrative, tout en les maintenant.

A – Adapter les cadres de la responsabilité administrative

Le défi majeur de l'indemnisation de la perte de chance par le juge administratif tient indéniablement à l'insertion de l'aléa dans le contentieux de la responsabilité administrative. De ce point de vue, l'admission de la perte de chance comme préjudice autonome est loin de régler toutes les questions tenant à l'appréciation de l'exigence causale.

La perte de chance est devenue un chef de préjudice autonome, dans la lignée de la jurisprudence judiciaire. L'admission de son principe répond essentiellement à la volonté d'indemniser toujours mieux et de manière plus complète. L'admission de l'indemnisation de la perte de chance permet de répondre aux difficultés théoriques liées à l'exigence d'un préjudice certain (en plus de direct et personnel) comme condition de son indemnisation. Initialement, la perte de chance est donc davantage un aménagement de l'exigence du lien de causalité plutôt qu'un préjudice à part entière. Cela ressort nettement de la décision du 24 avril 1964 *Hôpital-hospice de Voiron*³¹ et des décisions qui ont suivi : admettre la perte de chance de guérir ou d'éviter une aggravation de l'état de santé d'un patient apparaît comme

³⁰ *Ibid.*, p. 3.

³¹ *Rec.* p. 259.

« un moyen d'aménager, au profit de la victime, la preuve de la causalité entre la faute de l'hôpital et le dommage corporel subi »³². C'est principalement l'impossibilité d'indemniser un préjudice éventuel qui justifiait cette jurisprudence. Toute la difficulté tenait cependant au fait que ce raisonnement conduisait nécessairement à une indemnisation des préjudices fondée sur une logique du tout ou rien : soit le juge parvenait à établir un lien de causalité par le recours à la perte de chance, ouvrant droit à indemnisation de tous les préjudices, soit le juge ne caractérisait pas ce lien, fermant la voie à l'indemnisation. La perte de chance est alors une simple méthode de raisonnement, une adaptation de l'exigence causale. C'est la volonté d'indemniser les victimes qui a justifié un changement de nature de la perte de chance, laquelle va être reconnue comme un préjudice autonome.

C'est la matière hospitalière qui va permettre au juge administratif de franchir le pas. Il va ainsi juger dans sa décision de Section du 21 décembre 2007, *Centre hospitalier de Vienne c/ M. Joncart*³³, que dès lors qu'une faute est intervenue et a compromis les chances d'un patient de voir son état s'améliorer ou à tout le moins ne pas s'aggraver, « le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu »³⁴. La perte de chance est donc un chef de préjudice tout à fait autonome, indépendant des souffrances corporelles ou psychiques. Le caractère quelque peu artificiel de cette construction a été relevé par la doctrine et se justifie précisément par la volonté de dépasser l'exigence initiale de certitude du préjudice : « il n'est pas possible de réparer un préjudice qui restera éternellement éventuel, mais, grâce à la perte de chance, on crée un artefact, un autre préjudice qui, lui, est certain et peut être indemnisé, ce qui constitue une façon de détourner l'obstacle juridique initial »³⁵.

Le recours à la perte de chance nécessite ainsi toujours une condition : la présence d'un aléa, qu'il faut immédiatement circonscrire car au fond, toute survenance d'un

³² J. Boucher, B. Bourgeois-Machureau, « Indemnisation de la perte de chance : le Conseil d'État poursuit sa conversion au probabilisme », note ss CE Sect., 21 déc. 2007, *Centre hospitalier de Vienne*, *AJDA*, 2008, p. 135 et s.

³³ N° 289328 ; *AJDA*, 2008, p. 135, chron. J. Boucher, B. Bourgeois-Machureau ; *Procédures*, mars 2008, comm. 90, note S. Deygas ; *RFDA*, 2008, p. 348, concl. T. Olson ; *JCPG*, 2008, n° 14, chron. B. Plessix.

³⁴ Req. n° 289328. Pour une application par la CAA de Lyon : 8 avr. 2010, *M. Joseph Marie A.*, n° 07LY02750.

³⁵ A. Jacquemet-Gauché, « Responsabilité et préjudice », *Dr. adm.*, août 2018, n° 2, § 22.

dommage ne peut-elle pas s'analyser sous l'angle de la perte de chance, celle que le dommage ne se réalise pas ? Il y a toujours de l'aléa dans la survenance d'un dommage. Or tout aléa ne justifie pas nécessairement le recours à la perte de chance, lequel repose sur deux critères supplémentaires. L'administré doit d'abord se trouver dans une situation aléatoire mais qui lui laisse espérer un avantage, tiré soit d'une amélioration de sa situation, soit à tout le moins d'une absence d'aggravation. C'est l'aspect virtuel de la perte de chance, dans la mesure où l'administré n'est jamais certain de l'évolution de sa situation, il est dans l'espoir d'un gain ou d'un *statu quo*, sur lequel il ne peut prétendre à aucun droit. Ce critère explique la solution adoptée par la CAA de Lyon le 8 octobre 2015³⁶ selon laquelle lorsqu'un patient ne disposait d'aucune possibilité raisonnable de refus d'une intervention en raison de son caractère impérieux, il ne peut invoquer une quelconque perte de chance. La nécessité neutralise ici l'espérance du justiciable.

Le second critère permettant d'admettre la perte de chance tient à la survenance d'un fait de l'administration qui compromet précisément la réalisation de cet avantage, mettant fin à l'incertitude de la situation. Ainsi, l'espérance, et donc l'incertitude, ne porte pas ici sur la survenance du fait dommageable mais bien sur l'éventuel bénéfice que l'administré aurait pu retirer de la situation qu'il poursuivait. L'indemnisation de la perte de chance doit ainsi être distinguée des hypothèses de force majeure ou de responsabilité sans faute fondée sur le risque, dans lesquelles c'est bien la réalisation même du dommage qui est soumise à aléa.

Ainsi, dès lors qu'elle est établie de manière certaine, la perte de chance constitue bien un dommage pour la victime, que l'on pourrait rapprocher du mécanisme de l'espérance légitime. Mais le juge administratif fait preuve d'un certain libéralisme en admettant d'indemniser, sur le fondement de la perte de chance, des hypothèses où l'administré a obtenu l'avantage espéré mais au terme d'un processus simplement altéré – et non empêché – par le fait de l'administration. Ainsi de l'hypothèse d'un simple retard dans l'obtention de l'espoir poursuivi : un candidat à un concours qui a été empêché de le passer, mais qui le réussit par la suite, pourra bénéficier de l'indemnisation d'une perte de chance, celle d'obtenir le concours plus tôt³⁷. Dans le même sens, l'administré qui a

³⁶ 14LY00863, solution reprise d'une décision CE 24 sept. 2002, *Mlle P.*, n° 339285.

³⁷ CE, 10 nov. 2004, *Alogninouwa*, n° 256253.

bénéficié *in fine* de l'avantage escompté peut tout de même se plaindre de ce qu'un fait de l'administration a réduit l'avantage acquis : ainsi d'un candidat admis à un concours mais dont un fait de l'administration l'a empêché d'avoir un meilleur classement, ou encore du justiciable qui obtient une indemnisation en 1^{ère} instance mais qui, par la faute de son avocat, perd une chance d'obtenir davantage en appel.

B – Maintenir les cadres de la responsabilité administrative

Accepter d'indemniser le préjudice tiré de la perte d'une chance répond au principe, ancien, d'indemnisation de tous les chefs de préjudices subis par la victime. Dès lors que les trois conditions de mise en œuvre de la responsabilité sont remplies – un fait imputable à l'administration, un dommage et un lien de causalité entre ces deux éléments – la perte de chance sera indemnisée. Si les deux premiers éléments ne posent pas de difficultés, la perte de chance perturbe l'appréciation du lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice.

En effet, s'agissant du fait générateur, la perte de chance est tout d'abord indépendante du régime de responsabilité dans la mesure où, elle se rencontre aussi bien dans les régimes pour faute que sans faute. Ce qui importe, c'est l'existence d'un fait dommageable imputable à l'administration qui est venu perturber le processus aléatoire à l'œuvre. On retrouve donc les hypothèses et conditions classiques en la matière. Lorsqu'une faute est exigée, celle-ci peut être de différente nature : il peut s'agir d'un acte positif, mais il s'agit souvent d'une omission ou d'une abstention de l'administration. La faute est appréciée au regard de ses conséquences sur la réalisation ou non de l'aléa. La responsabilité sans faute peut être engagée à l'occasion d'une perte de chance, par exemple du fait de l'intervention d'une convention internationale³⁸. La victime devra alors établir un préjudice anormal et spécial.

S'agissant du préjudice tiré de la perte de chance, s'il ne pose plus de difficulté dans son principe, la doctrine s'est tout de même interrogée sur les relations entre le préjudice et

³⁸ CE, 29 déc. 2004, *Almayrac et a.*, *Rec.* p. 465.

la perte de chance, certains auteurs défendant l'idée qu'il faudrait distinguer les hypothèses où la perte de chance permet d'indemniser un manque à gagner de celles où elle vient indemniser une aggravation de la situation. La réalité du préjudice n'est pas discutable pour ces dernières ; elle l'est davantage pour les premières : le candidat illégalement évincé d'une procédure ou encore le fonctionnaire non promu souffrent-ils d'un réel préjudice, dans la mesure où ils ne disposaient d'aucun droit à obtenir l'avantage espéré et où la réalisation de cet avantage aurait pu ne pas avoir lieu même sans l'action de l'administration ?

C'est précisément ici qu'entre en scène la dimension causale de la perte de chance. En effet, dès lors que l'on se situe dans les cadres de la responsabilité administrative, l'exigence d'un lien causal direct et adéquat demeure. Pour déterminer ce lien, le juge utilise une méthode dite du « *pronostic objectif rétrospectif* »³⁹ : le fait est causal si au moment de sa réalisation il était possible de prévoir la survenance précise du dommage. La plupart du temps, le juge ne se pose même pas la question de la causalité, celle-ci paraissant évidente. Mais la perte de chance pose une difficulté, tout simplement, parce que dans les hypothèses où elle est reconnue, il est impossible de lier sous le prisme de la causalité le fait dommageable et le dommage. Ce n'est pas le défaut d'information du patient qui créent l'aggravation de sa situation ; ce n'est pas l'illégalité commise par l'administration qui empêche un candidat de réussir à un concours ; ce ne sont pas les actes diffamatoires produits au cours d'une campagne électorale qui ont empêché le candidat d'être élu... La reconnaissance de la perte de chance comme préjudice autonome résout en partie cette difficulté, dans la mesure où elle permet de rétablir un lien de causalité direct. Mais elle ne résout pas tout car la question que se pose le juge pour déterminer le lien de causalité demeure : l'avantage escompté par le justiciable se serait-il produit en l'absence du fait générateur ? Dès lors que toutes les hypothèses de perte de chance sont marquées par l'aléa tenant à la réalisation de l'avantage, il est impossible de répondre par la positive. Un arrêt de la CAA de Lyon du 17 juillet 2014, *Hospices civils de Lyon* illustre bien cette incertitude à laquelle le juge fait face : saisi du cas d'une patiente ayant subi un dommage du fait d'une panne de matériel, la Cour relève « *dès lors, s'il n'est pas certain, en l'espèce, que le dommage résultant pour Mme D... de la perte de sa fertilité ne serait pas advenu même en*

³⁹ V. notamment J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 2018, p. 318.

l'absence de panne du matériel nécessaire (...), il n'est pas davantage établi avec certitude qu'elle aurait subi les séquelles des interventions chirurgicales qu'elle présente, résultant en particulier de la perte de son utérus, si ce matériel avait été en état de fonctionner ». Dès lors, face à ces deux éléments d'incertitude, la perte de chance a pu être présentée comme « *la réponse du juge à la défaillance du lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice* »⁴⁰.

Mais alors comment sortir de cette impasse, de cette défaillance ? C'est un problème insoluble, une forme de distorsion du lien causal, mais qui est résolu fictivement de deux manières. D'abord, il est possible de se concentrer sur le seul dommage lié à la perte de chance, faisant abstraction des autres dommages : c'est ce que fait le juge administratif lorsqu'il consacre la perte de chance comme un préjudice autonome. Le fait dommageable est bien ici à l'origine de la perte de chance et on retrouve ce faisant, dans l'appréhension du lien causal, les conditions classiques de la responsabilité : un lien direct et adéquat.

La 2nde manière de sortir du problème causal, c'est le recours à la méthode probabiliste afin de tenter de déterminer – de pronostiquer – quelle aurait été l'issue du processus aléatoire dans lequel était impliqué le justiciable si le fait générateur n'avait pas eu lieu. Le juge administratif ne mentionne pas expressément la référence aux probabilités mais c'est à travers son appréciation des chances dont disposaient le justiciable que cela transparaît.

II – L'appréciation de la perte de chance par le juge administratif

L'office particulier du juge de la responsabilité, dont la mission est toujours de mettre en correspondance « *ce qui est à ce qui aurait dû être* »⁴¹, confère à la question de l'indemnisation une difficulté particulière. Du fait de sa « *finalité indemnitaire* »⁴², la perte de chance la pose sans doute avec une particulière acuité, dans la mesure où ce qui aurait dû être ne peut précisément être fixé. Le juge administratif est ainsi tenu d'évaluer d'abord les

⁴⁰ N. Foulquier, « chronique des thèses », *RFDA*, 2014, p. 195.

⁴¹ J. Boucher, B. Bourgeois-Machureau, « Indemnisation de la perte de chance : le Conseil d'État poursuit sa conversion au probabilisme », *AJDA*, 2008, p. 135.

⁴² A. Minet, *préc.*, p. 438.

chances perdues, qui constituent le préjudice (A). Il doit ensuite évaluer la réparation correspondante (B).

A – L'évaluation du préjudice par le juge administratif

La perte de chance apparaît comme l'insuffisance de l'information du juge⁴³. Le raisonnement probabiliste ne permet pas d'arriver à une certitude absolue : l'aléa inhérent à la perte de chance interdit de penser que la réalisation de l'espoir escompté par le justiciable était certaine. Pour mesurer les chances du justiciable, le juge administratif a recours à plusieurs méthodes mais aussi à plusieurs unités de mesure pour arriver à un résultat.

Mais il faut auparavant noter que le juge administratif n'évalue pas nécessairement lui-même l'aléa : il a recours dans certaines hypothèses à l'expertise. La doctrine a mis en avant une clé de répartition : le juge évalue lui-même l'aléa lorsque celui-ci découle d'un pouvoir d'appréciation de l'administration ou de l'administré ; il confie cette tâche à un expert lorsque l'aléa résulte d'une incertitude technique, ce qui est essentiellement le cas en matière hospitalière⁴⁴. Bien entendu, le juge demeure libre dans ce cas de son appréciation, mais il doit tenir compte du rapport d'expertise au risque d'une dénaturation des pièces du dossier (renvoi aux interventions spécifiques).

Lorsqu'il évalue lui-même les chances de succès, le juge administratif utilise deux méthodes, selon que l'aléa tenait au pouvoir d'appréciation de l'administration ou du juge et selon qu'il tenait au pouvoir d'appréciation du justiciable lui-même. Dans le premier cas, c'est très logiquement les éléments tenant à la situation personnelle du justiciable qui vont être pris en compte, au terme d'une analyse *in concreto* : le dossier du fonctionnaire non promu lui permettait-il de prétendre à la promotion ? Celui de l'entreprise évincée à la conclusion du contrat ? La seule limite ici tient au fait qu'il doit y avoir une correspondance entre les éléments relevés par le juge et l'avantage espéré. Mais dans cette analyse le juge peut également tenir compte de la situation des autres administrés qui se trouvaient

⁴³ R. Savatier, cité par B. Plessix, « Chronique de droit administratif », *JCPG*, 2008, n° 14, § 7.

⁴⁴ A. Minet (*préc.*, pp. 180-181) a mis en avant le fait que l'incertitude économique faisait office d'un entre-deux, puisque le juge est de plus en plus enclin à se passer de l'expert en raison de l'accès facilité aux données économiques.

engagés dans le même processus que le justiciable : ainsi des notes obtenues par les autres candidats à un concours ou encore des offres déposées par les autres candidats à un contrat public. Enfin le juge peut prendre en compte la situation postérieure du justiciable, ce qui joue essentiellement en matière de concours : la réussite postérieure d'un candidat est de nature à prouver qu'il avait des chances sérieuses d'obtenir le concours la première fois.

Dans le second cas, lorsque la réalisation de l'aléa dépend du pouvoir d'appréciation du justiciable, le juge administratif utilise davantage une analyse *in abstracto*, même s'il faut relever son caractère non systématique. C'est essentiellement le cas en matière médicale, où le juge va tenir compte non seulement des risques liés à l'opération et à son refus mais aussi de la probabilité du refus du patient, non par rapport à sa situation personnelle, mais en référence à un idéal type, celui du « bon patient ». Cela ressort nettement d'une décision du Conseil d'État du 24 septembre 2012, *Mlle Pichon*⁴⁵, en cassation d'un arrêt de la Cour de Lyon : le juge doit rechercher si la patiente « disposait d'une possibilité raisonnable de refus » et non pas quelle aurait été la décision de la patiente en cas de bonne information. Pour pertinente qu'elle soit, dès lors qu'elle permet au juge de ne pas avoir à entrer dans la conscience du patient, la limite de cette approche *in abstracto*, est qu'elle devrait plutôt conduire à une réparation sous forme de « tout ou rien » : le comportement du patient idéal n'admet pas de degré.

S'agissant de la mesure à proprement parler des chances du justiciable, là encore ce sont deux approches qui sont mises en œuvre par le juge administratif pour obtenir un résultat quantifiable. D'abord, et cela est tout à fait classique sur le plan juridictionnel, le juge a recours à une notion dite « standard », à travers l'exigence d'une chance « réelle et sérieuse » : si les éléments du dossier ne permettent pas d'établir une chance sérieuse, la perte de chance ne pourra être retenue. Le contentieux de la passation des contrats publics offre une gradation moins binaire, avec une échelle à trois degrés : l'absence de chance, l'existence d'une chance et enfin l'existence d'une chance sérieuse. Il en résulte une indemnisation plus fine. Toute la question est de savoir à partir de quel pourcentage une chance devient sérieuse : est-ce 50% ou un pourcentage plus qualifié ? Les résultats diffèrent selon les contentieux et c'est une analyse au cas par cas qui est privilégiée.

⁴⁵ N° 339285.

Au-delà de cette première méthode d'analyse qualitative, le juge administratif utilise également une évaluation quantitative des chances perdues. C'est la matière médicale qui a inauguré ce type d'évaluation, depuis la décision précitée *Consorts Telle* de 2000 concernant le défaut d'information, puis la décision *Centre Hospitalier de Vienne* en 2007 concernant plus largement la responsabilité hospitalière. L'analyse a été étendue à la perte de chance en matière de procédure juridictionnelle devant le juge judiciaire⁴⁶. Ici, la perte de chance est donc évaluée en pourcentage ou en fraction, le juge aboutissant par un calcul à un taux de perte de chance, lequel détermine la fraction du préjudice indemnisé : commet une erreur de droit la Cour qui établit à 90 % le taux de perte de chance mais juge que les fautes à l'origine du dommage ne sont à l'origine seulement de la moitié du préjudice final⁴⁷. Cette analyse quantitative pose essentiellement deux questions : quelle équation appliquer pour aboutir à ce taux ? Cf. *ci-après*. Quel degré de précision, dès lors que les éléments du calcul sont déterminés avec un degré d'exactitude dont on peut douter ?

Modèles d'évaluation du taux de perte de chance

Modèles appliqués en matière médicale :

- Modèle *Chauvaux* (2000) : $\tau = r1 / (r1 + r2)$
- Modèle *Olson* (2007) : $\tau = 100 - r1$

Dans ces modèles, r1 est le risque inhérent au geste médical que le patient a subi contre son gré, dans le cas d'un défaut d'information, ou auquel il a été soustrait, dans le cas du retard dans la prise en charge médicale ; r2 est le risque de détérioration spontanée de son état de santé à défaut de geste médical.

- Modèle *Marthinet* (2017) : $\pi = (P2 - P1) / P2$

Dans ce modèle :

- P1 est la probabilité de survenue du dommage en l'absence de faute
- P2 est la probabilité de survenue du dommage en présence de la faute

⁴⁶ CE, 25 juillet 2008, *Mme Costa-Autrechy*, n° 296505.

⁴⁷ CE, 25 mai 2018, *ONIAM*, n° 410142, cons. n° 5 ; *JCPA*, 2018, n° 2245, note V. Vioujas.

B – La réparation du préjudice par le juge administratif

Une fois établie dans son principe, la perte de chance est susceptible de recevoir deux types de réponse du point de vue de son indemnisation. Dans la jurisprudence administrative, on relève en la matière une évolution temporelle de la technique d'indemnisation de la perte de chance, laquelle est passée « du "tout ou rien" à la réparation proportionnelle »⁴⁸.

Dans un premier temps, dès lors que le préjudice était reconnu et que le lien avec le fait dommageable était établi, le juge indemnisait son intégralité. Ce régime est particulièrement favorable à la victime, puisque la totalité des conséquences dommageables du fait de l'administration est indemnisée sous le couvert de la perte de chance, mais à une condition : que la victime puisse se prévaloir de chances suffisamment sérieuses. Le seuil de chances, évoqué *supra*, est donc particulièrement sensible dans cette logique. Dans l'hypothèse où ce seuil n'est pas atteint, la perte de chance n'est pas indemnisée, mais les autres préjudices (moraux ou matériels) peuvent l'être selon les règles classiques de réparation⁴⁹.

Dans un second temps, le juge a en quelque sorte affiné son analyse, s'alignant sur la jurisprudence judiciaire : l'indemnisation se fait à proportion des chances perdues, c'est-à-dire selon un calcul probabiliste de la survenance de l'avantage espéré si l'événement préjudiciable n'avait pas eu lieu. Il en découle une réparation non plus intégrale mais proportionnée. C'est ici le taux de perte de chance qui devient donc la question sensible et déterminante de l'indemnisation. En matière hospitalière, la réparation est évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue. Cela a été reconnu d'abord en matière d'information médicale par la décision *Consorts Telle* de 2000 puis étendue à tout le domaine hospitalier par la décision de 2007, *Centre hospitalier de Vienne* : il en résulte que l'indemnisation du préjudice final n'est pas intégrale. Par ailleurs, si c'est un risque exceptionnel qui s'est produit, le juge doit tenir compte de ce

⁴⁸ H. Belrhali, *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017, p. 234.

⁴⁹ Par ex. CE 21 oct. 2009, Cazals, n° 314346.

caractère pour apprécier la perte de chance⁵⁰. C'est ainsi une fraction du préjudice enduré qui sera seule indemnisée, l'indemnisation proportionnelle étant en parfaite adéquation avec le raisonnement probabiliste suivi par le juge. Le juge administratif a toutefois eu à se prononcer sur la question d'une indemnisation proportionnelle mais dont le taux serait équivalent à 100 %. Le juge judiciaire se refuse à accorder ces valeurs extrêmes – 0 ou 100 % ; certaines cours administratives d'appel l'ont admis⁵¹, même rarement ; le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur la question mais on voit mal ce qui pourrait s'y opposer.

Il reste que certains domaines semblent toujours régis par la logique du « tout ou rien » indemnisé. La jurisprudence semble à bien des égards « tâtonnante »⁵², à tout le moins pragmatique, mais l'on peut relever le maintien de son utilisation dans les hypothèses de perte de chance liées à une procédure juridictionnelle⁵³, en matière de fonction publique et surtout en matière de passation des contrats administratifs.

Cette dualité des modes d'indemnisation appelle plusieurs remarques, sur différents plans. D'abord, sur un plan théorique mais qui a des implications pratiques, elle révèle la dualité de nature de la perte de chance, évoquée *supra*. En effet, lorsque la perte de chance est indemnisée selon la logique du « tout ou rien », elle joue en réalité davantage le rôle d'une présomption de causalité plutôt que de préjudice distinct : si la perte de chance est jugée sérieuse, alors l'indemnisation est totale, le fait générateur étant présumé être à l'origine du préjudice. En revanche, lorsque la perte de chance est indemnisée selon la logique proportionnelle, la perte de chance joue comme un préjudice autonome classique. On a d'ailleurs bien vu avec la décision *Centre hospitalier de Vienne* de 2007 que c'est à partir du moment où il reconnaît la perte de chance comme un préjudice autonome que le juge substitue la méthode proportionnelle à celle du « tout ou rien ». Le préjudice lié à la perte de chance est ainsi distinct des autres préjudices, notamment corporels. Il en résulte une conséquence pratique importante : la victime doit apporter les éléments de preuve classiques à tout préjudice, et notamment ceux permettant d'établir que sa perte de chance est certaine. On s'accorde tout de même sur les limites de cette autonomie du préjudice de

⁵⁰ CE 19 oct. 2016, *Centre hospitalier d'Issoire et a.*, n° 391538.

⁵¹ Par ex. CAA Paris, 14 juin 2010, *M. et Mme Bertrand*, n° 05PA01282.

⁵² A. Minet, *préc.*, p. 305.

⁵³ CE, 18 nov. 2009, *Prieur*, n° 305337.

perte de chance : la réparation proportionnelle impose de prendre en compte le montant du préjudice final subi par la victime.

Il faut ensuite s'interroger sur l'opportunité du maintien de cette dualité. C'est précisément une question d'opportunité pour le juge. Il va de soi que l'on serait tenté de plaider pour une généralisation de la méthode proportionnelle, laquelle semble en équité plus adaptée. Et en même temps, elle ne permet pas de trancher pleinement le litige, en faisant peser l'incertitude sur le montant de l'indemnisation : « *le doute profite aux deux parties* »⁵⁴, au risque qu'aucune ne soit pleinement satisfaite. La logique proportionnelle n'est ainsi pas la seule viable. Dès lors, on s'accordera avec Alice Minet pour le maintien de la dualité des méthodes de réparation, mais encore faut-il qu'elle repose sur un critère stable de répartition. C'est sans doute le défi à venir de la perte de chance devant le juge administratif. Pour Alice Minet, c'est le type d'aléa qui devrait constituer ce critère de répartition, dans l'optique de faciliter le travail d'indemnisation. Si l'aléa est difficilement évaluable, c'est la logique du « tout ou rien » qui devrait être privilégiée : cela vise les hypothèses précitées où l'aléa dépend du pouvoir d'appréciation de l'administration ou du juge. En revanche, si l'aléa est lié à une incertitude technique, laquelle est davantage évaluable, la logique proportionnelle s'impose. Cette clé de répartition est empreinte de logique ; le juge administratif ne s'y est pas (encore ?) rangé⁵⁵, si l'on tient compte par exemple de l'indemnisation du défaut d'information du patient selon la logique proportionnelle. Il semble en effet privilégier une approche par domaine, ce qui comporte des vertus pédagogiques indéniables, au détriment d'une certaine logique juridique. Mais c'est sans doute la marque du droit de la responsabilité administrative : un droit jurisprudentiel pragmatique à la recherche d'un équilibre délicat.

⁵⁴ A. Minet, p. 384.

⁵⁵ T. Olson semblait implicitement inviter le Conseil d'État en ce sens dans ses conclusions sur la décision de 2007 Centre hospitalier de Vienne : il indiquait que le raisonnement probabiliste devrait sans doute être limité au secteur hospitalier, « *son maniement serait beaucoup plus difficile dans les autres domaines* », RFDA, 2008, concl. p. 355.

IIème Partie : Application de la perte de chance au contentieux administratif

A- L'application de la perte de chance au contentieux de la responsabilité hospitalière

Cyrille BERTOLO, rapporteur public au Tribunal administratif de Lyon

Le droit de la responsabilité hospitalière est pendant longtemps resté un droit d'origine essentiellement jurisprudentiel. Mais depuis **la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé**, il s'articule classiquement autour de la **dichotomie responsabilité pour faute / responsabilité au titre de la solidarité nationale**, cette dernière catégorie s'étant progressivement substituée aux cas de responsabilité sans faute dégagées par la jurisprudence.

Au titre de la première, principalement, le I de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, prévoit que « (...) *les professionnels de santé (...), ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute* ». Et le paysage jurisprudentiel des cas de faute s'articule logiquement entre la faute médicale et la faute dans l'organisation et le fonctionnement du service. Nous distinguerons également la responsabilité pour faute au titre du défaut d'information et de consentement préalable, telle que posée à l'article L. 1111-2 du code de la santé publique, qui constitue l'un des terrains privilégiés aujourd'hui pour l'application de la théorie de la perte de chance, au regard notamment de la jurisprudence du Conseil d'État, particulièrement exigeante en la matière. Nous y reviendrons.

Et au titre de la seconde, le II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, tel qu'interprété par la décision Bondoni du Conseil d'État (**CE, 12 décembre 2014, ONIAM c/ M. Bondoni, n°355052**), pose les critères pour une indemnisation au titre de la solidarité nationale. D'autres mécanismes d'indemnisation existent également à ce titre, qu'il s'agisse des dommages résultants d'infections nosocomiales, de dommages transfusionnels ou vaccinaux.

Une deuxième dichotomie traverse le droit de la responsabilité hospitalière, ayant trait à **la dualité de juridiction entre les ordres judiciaires et administratifs**, puisque le juge administratif n'est compétent que pour juger le service public hospitalier. Mais la participation d'un établissement au service public hospitalier ne suffit pas, à elle seule, à déterminer la nature administrative du contentieux. En l'absence de véritables prérogatives de puissance publique, les établissements privés participant au service public ne relèvent pas, pour ce type de contentieux, de la compétence du juge administratif (**TC, 6 novembre 1978, Bernardi c/Association hospitalière Ste Marie, Rec. CE p. 652**). Le critère organique, à savoir la présence d'une personne publique reste donc déterminant pour en délimiter la compétence.

La notion de perte de chance ne revêt pas encore aujourd'hui la même signification et la même portée dans les deux ordres. Nous nous attacherons donc dans les développements suivants, en complément des interventions précédentes, à mettre en évidence l'application qu'en fait le juge administratif en matière de contentieux de la responsabilité hospitalière.

I- L'introduction de la notion de perte de chance en droit de la responsabilité hospitalière est venue sensiblement renouveler l'office du juge administratif

1 / La réparation des préjudices subis par les usagers du service public hospitalier obéit au droit commun de la responsabilité administrative.

Le principe de la réparation intégrale du préjudice impose au juge de prendre en compte l'ensemble des dimensions de ce préjudice. Et en théorie, sa mise en œuvre doit permettre de replacer la victime dans une situation identique à celle qui existait avant le dommage. Bien entendu, il s'agit d'une fiction, au sens où l'octroi d'indemnités ne peut jamais venir complètement compenser un grave accident médical ou rendre à la victime la plénitude de ses moyens, qui plus est en cas de décès. Mais il doit être fait droit à une juste compensation des préjudices de la victime, ce en quoi les différents référentiels d'indemnisation, notamment celui de l'ONIAM, peuvent être d'une aide certaine pour les juges, afin de calibrer au mieux la réparation à apporter. Pour autant, au regard des éléments de l'instruction, le juge pourra évidemment s'écarter de ce référentiel si la situation le justifie.

Ce principe de réparation intégrale, en revanche, ne doit pas permettre à la victime un enrichissement sans cause, au nom de cet autre principe d'ordre public qu'une personne publique ne peut être condamnée à payer ce qu'elle ne doit pas (**CE Sect. 19 mars 1971, Mergui**). Cela implique que les demandes des victimes doivent être justifiées et appuyées de justificatifs, dans la limite où cela est possible.

Le raisonnement du juge administratif s'opère toujours en deux grandes étapes schématiques : appréciation de la responsabilité dans un premier temps, puis détermination des préjudices indemnisables. Mais avant de s'interroger sur la nature des préjudices, le juge doit vérifier l'existence même d'un préjudice, et vérifier le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage.

A ce titre, pour pouvoir être indemnisé, le préjudice doit, classiquement, être personnel, direct, certain et légitime ou licite.

La plupart du temps, l'appréciation du lien entre un fait générateur et un dommage ne pose pas de difficultés. En cas de faute médicale, il est en principe assez aisé de déterminer ce lien et les conséquences directes et indirectes en termes d'indemnisation. Mais lorsque ce lien est mis en question par une abstention de faire, ou par une faute consistant à ne pas avoir informé suffisamment le patient des risques de l'acte médical, l'appréciation du lien de causalité entre le fait générateur et le dommage est plus difficile.

Et c'est à ce stade qu'intervient précisément la théorie de la perte de chance en droit de la responsabilité hospitalière.

La perte de chance correspond aux cas où il y a une incertitude causale entre le fait générateur et le dommage corporel, ou bien une certitude sur l'imputabilité aux soins et sur le fait générateur mais une incertitude sur les conséquences sur l'état de santé du patient.

2/ L'introduction de la notion de perte de chance en droit de la responsabilité hospitalière est venue renouveler l'office du juge

Comme il a été indiqué précédemment, la référence à la perte de chance en droit administratif remonte à l'entre-deux guerres.

Mais s'agissant du droit de la responsabilité hospitalière, il faut attendre les années 60 pour que le juge administratif se saisisse de cette théorie.

La notion apparaît en premier lieu dans **une décision du conseil d'État du 24 avril 1964, Hôpital-Hospice de Voiron, Lebon 259**, qui admet la possibilité d'une indemnisation de la perte de chance dans le cas d'un patient dont les chances d'éviter une amputation avait été compromises par les négligences du personnel soignant, négligences constitutives d'une faute lourde. Le conseil avait alors posé à cette occasion deux conditions, tenant à ce que les chances perdues aient revêtu un caractère sérieux, et que le lien direct avec le préjudice soit établi. Cette décision sera par la suite confirmée, qu'il s'agisse d'une perte de chance d'échapper au décès, à une prothèse totale de la hanche ou encore de stopper l'évolution de l'état pathologique du patient.

Depuis cette décision originelle, et jusqu'à **une décision de section bien connue du 21 décembre 2007, Centre hospitalier de Vienne, n°289328**, qui opère un revirement de jurisprudence s'agissant d'une erreur de diagnostic fautive, le Conseil d'État considérait en effet qu'une causalité même partielle entre le fait générateur et le préjudice subi par la victime justifiait une indemnisation intégrale de cette dernière. Plusieurs décisions des années 1980, notamment une décision du 19 décembre 1984, Boehrer, Lebon 433, rendue aux conclusions du Président Stirn, confirmaient cette position.

Cette solution, qui peut aujourd'hui sembler curieuse, permettait au juge administratif de masquer l'incertitude sur le lien de causalité lorsque l'erreur de diagnostic était flagrante ou les « négligences difficilement admissibles » et que la victime avait subi un préjudice d'une particulière gravité. Par ailleurs, elle permettait au juge d'éviter de rentrer dans un raisonnement probabiliste qui était étranger au contentieux administratif.

Trois autres raisons, éclairées par le Président Chauvaux dans ses conclusions sur une affaire **Centre hospitalier régional et universitaire de Caen du 19 mars 2003, n°195007**, militaient pour, quelques années encore avant la décision Centre hospitalier de Vienne, que le juge administratif maintienne sa position :

- Le souhait de ne pas être tributaire d'une évaluation de cette perte de chance intégralement confiée à des experts ;
- Le souhait de ne pas adopter une position qui aurait donné l'impression d'une réduction des droits à indemnisation reconnus aux victimes ;
- Enfin, l'application générale et indifférenciée de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale qui conduisait en cas de recours subrogatoires des caisses à priver les victimes de toute indemnisation en cas de réfaction opérée sur leur préjudice de santé global.

Mais plusieurs éléments semblaient présager de l'évolution opérée dans la décision Centre hospitalier de Vienne précitée.

Premièrement, la position du Conseil d'État était en porte-à-faux avec celle du juge judiciaire, qui dès 1965 avait repris la notion de perte de chance à son compte, mais en s'en écartant, puisque la Cour de cassation estimait que la logique de perte de chance devait trouver à s'appliquer non seulement au fait générateur du préjudice mais aussi à l'évaluation de celui-ci. Le préjudice doit donc être réparé intégralement, mais son montant est évalué en fonction de l'ampleur de la chance perdue et ne couvre qu'une fraction de l'ensemble du dommage corporel (Civ. 1re, 14 déc. 1965, JCP 1996. II. 14753; 27 mars 1973, Bull. civ. I, n° 115 ; Civ. 1 re, 8 juil. 1997, Bull Civ. I n° 239).

Deuxièmement, et assez logiquement, le juge judiciaire a étendu dans un arrêt de 1999 son raisonnement en matière de manquement à l'obligation d'information et de recueil du consentement. (Civ. 1re, 29 juin 1999, Bull. civ. I, n° 220, p. 141). Il était suivi dès l'année suivante par le Conseil d'État dans **une décision de section du 5 janvier 2000, Consorts Telle, n°181899**.

Le Conseil d'État jugeait à cette occasion que *« la faute commise par les praticiens de l'hôpital n'a entraîné pour M. T. que la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est réalisé »* et *« que la réparation du dommage résultant pour M. T. de la perte d'une chance de se soustraire au risque qui s'est finalement réalisé doit être fixée à une fraction des différents chefs de préjudice subis ; que, compte tenu du rapprochement entre, d'une part, les risques inhérents à l'intervention et, d'autre part, les risques d'hémorragie cérébrale qui étaient encourus en cas de renoncement à ce traitement, cette fraction doit être fixée au cinquième »*.

Cette **proratation de la réparation** s'accompagnait également d'un élargissement des obligations d'information des hôpitaux, celle-ci étant étendue aux risques exceptionnels.

Enfin, en dernier lieu, l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 opérait un renversement au profit des victimes, d'une part en prévoyant une imputation préférentielle de la créance de la victime, et d'autre part en appliquant aux débours de la caisse la même proratation que celle éventuellement retenue contre la victime.

Dans sa décision précitée du 21 décembre 2007, Centre hospitalier de Vienne, le Conseil d'État jugeait que « *Dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation, le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que ce dommage soit advenu. La réparation qui incombe à l'hôpital doit alors être évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue.* ».

Cette décision permettait ainsi de gagner en cohérence, tant au regard des deux ordres de juridiction, que par un alignement des règles en matière de défaut d'information et d'erreur de diagnostic.

II - La théorie de la perte de chance trouve différents cas d'application distincts dans le contentieux administratif de la responsabilité hospitalière, mais il conviendrait d'améliorer le recours à cette notion, tant par une meilleure définition et modélisation que par un dialogue plus précis avec les parties et les experts

1/ Les différentes applications de la perte de chance en droit administratif permettent de mettre en évidence une notion qui n'est pas entièrement figée

Comme nous allons le mettre en évidence, la théorie de la perte de chance trouve désormais à s'appliquer aux différentes situations et régimes de responsabilité existant en droit de la responsabilité hospitalière, parfois avec une certaine subtilité.

Une exception demeure, qui est celle du régime de responsabilité au titre du II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique, régime qui permet d'indemniser les accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales au titre de la solidarité nationale.

Dans une **décision du 6 novembre 2013, Mme Botuli-Kadima, n°352492** le Conseil d'État a ainsi jugé que dès lors que l'imputabilité directe à un acte médical est établie et que les conditions d'anormalité et de gravité prévues au II de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique sont remplies, le préjudice indemnisable doit être réparé en totalité. Commet une erreur de droit une cour qui, après avoir constaté que les conséquences dommageables d'une intervention chirurgicale ne résultaient pas d'une faute du service hospitalier mais

d'une complication technique imprévisible et qu'elles remplissaient les conditions d'anormalité et de gravité ouvrant droit à réparation, limite, compte tenu notamment de l'état de santé initial du patient, ce droit à réparation à une fraction seulement du dommage.

D'un côté, il est vrai que les conditions d'ouverture de ce régime de responsabilité sont restrictives, et nécessitent notamment une imputabilité directe entre l'acte médical et le dommage de la victime, ce qui assez explicitement tend à écarter tout système qui viendrait réintroduire une incertitude causale entre le dommage et le fait générateur.

Mais d'un autre côté, pour reprendre les conclusions de F. Lambolez sur **une décision Oniam du 12 mars 2014, n°359473**, l'exclusion du régime de la perte de chance dans ce cas précis *« aurait pour conséquence d'introduire dans le dispositif d'indemnisation des victimes des accidents médicaux ou d'infections nosocomiales les plus graves un vide qui nous paraît contraire à l'objectif général recherché par le législateur en 2002. La perte de chance était d'ailleurs déjà couramment appliquée à l'époque, avec des conséquences indemnitaires plus lourdes - la réparation du préjudice était en ce cas intégrale jusqu'à l'arrêt de section du 21 décembre 2007 CHU de Vienne n° 289328 p. 546 - et le législateur s'était gardé d'écarter ce régime jurisprudentiel. »*.

Et dans cette décision, fondée sur les dispositions de l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique, le Conseil d'État a jugé que ces dispositions, qui prévoient la prise en charge par la solidarité nationale des dommages résultant d'infections nosocomiales ayant entraîné une invalidité permanente d'un taux supérieur à 25 % ou le décès du patient, trouvent également à s'appliquer dans le cas où une infection nosocomiale a entraîné la perte d'une chance d'éviter de tels préjudices.

Le débat sur cette question ne nous semble pas avoir été approfondi davantage, et il demeure donc des interrogations.

Ce n'est en revanche plus le cas pour de nombreuses situations, où la jurisprudence a pu ces dernières années affirmer relativement clairement certaines solutions.

a/ En matière de manquement aux obligations d'information ou de consentement préalable

Il constitue l'un des terrains privilégiés d'expression de la théorie de la perte de chance, en particulier en raison d'un élargissement des obligations d'information des patients.

L'obligation d'information des professionnels de santé porte selon **la décision CE 19 octobre 2016, Centre hospitalier d'Issoire et autres, n°391538 en A** sur ce point et aux conclusions N. Polge, sur *« les risques connus de cet acte qui soit présentent une fréquence statistique significative, quelle que soit leur gravité, soit revêtent le caractère de risques graves, quelle*

que soit leur fréquence ». Le champ de cette obligation est donc très large, et d'autant plus exigeant que la charge de la preuve de cette bonne information repose sur l'hôpital, selon une jurisprudence désormais constante.

Et cette obligation d'information comporte parfois certaines spécificités selon l'acte médical : le Conseil d'État a ainsi jugé dans une affaire **Centre hospitalier de Poitiers du 27 juin 2016, n°386165 en A sur ce point** que « *La circonstance que l'accouchement par voie basse constitue un événement naturel et non un acte médical ne dispense pas les médecins, en application de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique de l'obligation de porter, le cas échéant, à la connaissance de la femme enceinte les risques qu'il est susceptible de présenter eu égard notamment à son état de santé, à celui du fœtus ou à ses antécédents médicaux, et les moyens de les prévenir. En particulier, en présence d'une pathologie de la mère ou de l'enfant à naître ou d'antécédents médicaux entraînant un risque connu en cas d'accouchement par voie basse, l'intéressée doit être informée de ce risque ainsi que de la possibilité de procéder à une césarienne et des risques inhérents à une telle intervention.* ».

En cas de manquement à cette obligation d'information, le juge est amené, au regard de l'expertise et des différents éléments de l'instruction, à fixer un taux de perte de chance, représentatif ici d'une propension raisonnable à refuser l'opération si le patient avait été averti préalablement des risques.

Néanmoins, dans certains cas, si le manquement peut être reconnu, il n'implique pas nécessairement la fixation d'un taux de perte de chance si le patient soit ne pouvait être informé préalablement, dans le cas par exemple d'une complication apparue au cours d'une anesthésie générale, c'est globalement la situation d'urgence, soit dans l'hypothèse où l'intervention était impérieusement requise et que le patient ne pouvait raisonnablement pas la refuser.

Il a ainsi été jugé qu'aucune indemnisation n'était due au titre de la perte de chance pour un défaut d'information lorsque l'état de santé rendait nécessaire de manière vitale l'intervention (**CE, 15 janvier 2001, Mme Courrech et autres, n°184386**) ou encore que la faute consistant à ne pas avoir informé le patient du risque que comporterait une opération présentant un caractère indispensable ne faisait perdre à ce dernier aucune chance d'échapper au dommage (**CE, 11 juillet 2011, M. Audinot, n°328183**). Le même raisonnement a par la suite été appliqué lorsque l'intervention était « impérieusement requise » par l'état de santé du patient de sorte que celui-ci ne disposait « d'aucune possibilité raisonnable de refus ». Le juge se borne alors à constater l'absence de tout lien de causalité entre la faute et le préjudice subi. Et dans une **décision Mme Deneux du 23 février 2016, n°376620**, le Conseil d'État a précisé que « *si, à la suite d'un défaut d'information, le juge peut nier l'existence d'une perte de chance de se soustraire au risque lié à l'intervention au motif que celle-ci était impérieusement requise, il lui appartient, pour se prononcer en ce*

sens, de rechercher dans quel délai une évolution vers des conséquences graves était susceptible de se produire si le patient refusait de subir dans l'immédiat l'intervention ».

Le patient dispose toutefois toujours de la possibilité d'invoquer un préjudice moral, pour en particulier ne pas avoir pu anticiper l'éventualité des conséquences dommageables subies (**CE, 10 octobre 2012 M. Beaupère et Mme Lemaître n°350426 au Rec.**) Le juge accepte alors d'indemniser son préjudice d'impréparation (**CE, 16 juin 2016, M. Champeaux, n°382479**)

b/ En matière de retard dans la prise en charge

Dans une des premières affaires postérieures à la décision CH de Vienne, **M. et Mme Pradeau, 26 mai 2010, n°306354**, le Conseil a jugé que le retard d'une heure à appeler l'obstétricien dans un cas de souffrance fœtale aiguë constituait une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service public hospitalier. Mais il précise qu'il n'est pas certain que le dommage ne serait pas advenu en l'absence du retard fautif, tout retard dans l'extraction de l'enfant étant susceptible de contribuer à l'apparition ou à l'aggravation de séquelles cérébrales. Il n'est pas pour autant davantage établi avec certitude que les lésions étaient déjà irréversiblement acquises dans leur totalité quand la décision de pratiquer la césarienne aurait dû être prise, ni que le délai de 35 minutes qui aurait en toute hypothèse séparé cette décision de l'extraction de l'enfant aurait suffi à l'apparition des mêmes lésions. Dans ces conditions, la responsabilité du centre hospitalier à raison du retard fautif est engagée à raison de la perte de chance du patient d'éviter tout ou partie des séquelles dont il est resté atteint. Et eu égard à l'importante probabilité qu'avait la souffrance d'origine d'évoluer, même prise en charge à temps, vers les séquelles dont est atteint l'enfant, il y a lieu d'évaluer l'ampleur de cette perte de chance à 30 %.

c) En cas d'erreur ou de retard de diagnostic

Dans le cas par exemple de la prise en charge d'un patient pris en charge sous le régime de l'hospitalisation libre, la Cour administrative d'appel de Marseille juge dans un **arrêt du 17 juin 2013, Centre Hospitalier de Digne les Bains, 11MA00769, C+**, que la faute ayant consisté à s'abstenir de procéder dans les délais utiles à une évaluation clinique, médicale et infirmière de l'état de la patiente, susceptible de rendre possible une prise en charge adaptée et, le cas échéant, une adaptation de son régime d'hospitalisation, a entraîné un préjudice constitué seulement par une perte de chance, dès lors que la patiente souffrait de très lourds antécédents, avait tenté à plusieurs reprises de mettre fin à ses jours et était déjà, à son entrée au centre hospitalier, sous un traitement médicamenteux associant plusieurs types de psychotropes.

La jurisprudence pose également la nécessité également d'apprécier finement la perte de chance au regard des différents préjudices : dans sa **décision du 20 mars 2013 Mme Vescovi n°350608**, le Conseil d'État infirme une Cour qui, qu'après avoir reconnu à l'erreur de diagnostic commise par le spécialiste en neurologie le caractère d'une faute de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier, juge que, compte tenu notamment de la croissance très lente du méningiome, qui se développait depuis plusieurs années, le retard de quelques semaines apporté, du fait de cette erreur, à l'intervention chirurgicale qu'il rendait nécessaire « n'a pas compromis les chances de Mme Vescovi d'obtenir une récupération totale de ses facultés » ; le Conseil d'État juge quant à lui qu'en se bornant à rechercher si la patiente avait été privée d'une chance de récupération totale, alors qu'il lui appartenait également de rechercher si elle avait été privée d'une chance de conserver des séquelles moins graves que celles dont elle demeurait atteinte à la suite de l'intervention pratiquée le 5 juillet 2003, la cour a commis une erreur de droit.

d) En cas de défaut de surveillance

Il s'agit généralement de cas où la prise en charge des patients, du fait d'une faute dans l'organisation des services, ne permet pas d'éviter la survenue d'un dommage. Mais il y a lieu d'analyser dans cette situation la perte de chance d'éviter ce dommage.

Ainsi, dans une **décision du 11 avril 2008 M. et Mme Duval, n°293938** où le Conseil d'État, après avoir admis la faute dans la surveillance, juge « que si la mort de l'enfant, dont les causes demeurent inconnues, ne peut être directement imputée à ce défaut de surveillance, celui-ci a été directement à l'origine d'une perte de chance d'éviter ce décès ».

Le Conseil d'État a adopté la même position dans le cas également d'un défaut de suivi et d'enregistrement du rythme cardiaque fœtal : **CE 6 février 2013, Centre hospitalier de Châteauroux, n°344188**.

e) En cas d'infection nosocomiale

Le régime de la perte de chance trouve également ici à s'appliquer, qu'il s'agisse d'une indemnisation au titre de la solidarité nationale sur le fondement de l'article L. 1142-1-1 du code de santé publique. C'est la décision CE 12 mars 2014 ONIAM, n°359473 que nous avons évoqué précédemment.

Mais également lorsque l'indemnisation est due par l'établissement hospitalier, sur le fondement du I de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique. Dans sa décision du 17 février 2012, Mme Mau et autres, n°342366, le conseil d'État juge que dans le cas où une

infection nosocomiale a compromis les chances d'un patient d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation, le préjudice résultant directement de cette infection et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté mais la perte de chance d'éviter la survenue de ce dommage ; que la réparation qui incombe à l'hôpital doit alors être évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue.

f) Dans certains cas, l'appréciation peut être assez complexe, et le raisonnement d'espèce.

Le Conseil d'État a ainsi été amené à juger que lorsqu'une pathologie prise en charge dans des conditions fautives a entraîné une détérioration de l'état du patient ou son décès, c'est seulement lorsqu'il peut être affirmé de manière certaine qu'une prise en charge adéquate n'aurait pas permis d'éviter ces conséquences que l'existence d'une perte de chance ouvrant droit à réparation peut être écartée. **Voyez CE 21 octobre 2013, M. et Mme Dulaurens, n°339144 et CAA Lyon, 1er mars 2018, Mme Dichiera veuve Calabro, n°16LY01055**

Dans une affaire récente, la première chambre du tribunal administratif de Lyon a été amenée à appliquer ce considérant de principe à une situation où, une erreur de détection et de prise en charge d'un infarctus conduit le patient, atteint d'une cirrhose hépatique compliquée d'un carcinome hépato cellulaire, à interrompre le traitement destiné à traiter son cancer, et par suite à accélérer son décès.

On voit bien ici que l'erreur dans la prise en charge n'est pas, à première vue, responsable de son décès, mais peut être à l'origine d'une réduction de l'espérance de vie de ce patient, qui réagissait plutôt bien au traitement anti-cancéreux. C'était d'ailleurs la thèse des requérants, à laquelle la juridiction a partiellement fait droit.

Pour résoudre cette affaire, la juridiction a donc été amenée à distinguer trois types de dommages : la survenue de l'infarctus, la réduction de l'espérance de vie, et le décès. Sur le premier, la juridiction a jugé, contrairement à l'expertise qui retenait un taux de perte de chance de 95% compte tenu des risques de complication des angioplasties, que le syndrome coronarien aigu subi par le patient était à 100% imputable à l'erreur de diagnostic. Appliquant ensuite le considérant de principe que nous venons de rappeler, le tribunal a ensuite estimé qu'une prise en charge adéquate n'aurait pas permis d'éviter son décès, compte tenu des différentes pathologies dont le patient était atteint, et a donc rejeté tout lien de causalité entre la faute et le décès. Et sur le dernier point, le tribunal a jugé « *qu'au regard des pronostics généraux précités retenus par la littérature médicale et relatifs à la pathologie développée (...) et de la durée de survie présentée par le patient, probablement liée à la prise du traitement (...), il y a lieu de considérer que l'arrêt de son traitement médicamenteux, en lien direct et certain avec la faute commise lors de sa prise en charge (...)*

, a emporté une perte de chance relative à la réduction de son espérance de survie, qu'il y a lieu de fixer, au regard des éléments précités de l'instruction et sans qu'il soit besoin d'ordonner une expertise complémentaire sur ce point, à 20% ».

Dans certains cas, l'application du raisonnement probabiliste ne fait pas forcément consensus, ou n'est pas retenu.

Ainsi, dans le cas d'une faute caractérisée s'agissant de détection des malformations fœtales, dans les conditions prévues à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, l'appréciation du lien entre la faute et le dommage peut se prêter au raisonnement probabiliste suivi en matière de perte de chance d'échapper à un dommage corporel. C'est en tous cas ce que préconisait le rapporteur public dans une **décision CE, 31 mars 2014, Centre hospitalier de Senlis, n°345812**, mais la haute juridiction ne l'a pas suivi sur ce point.

En vérité, comme nous l'avons mentionné, les cas d'espèce permettent de faire avancer pas à pas la théorie de la perte de chance, sans théorisation excessive.

On en trouve un bon exemple dans une **affaire récente du 18 juillet 2018, n°409390, où le Conseil d'État** a jugé que *« Lorsqu'une intervention destinée à remédier à un handicap échoue parce qu'elle a été conduite dans des conditions fautives, le patient peut prétendre à une indemnisation réparant, outre les troubles liés à l'intervention inutile et ses éventuelles conséquences dommageables, les préjudices résultant de la persistance de son handicap, dans la limite de la perte de chance de guérison qu'il a subie, laquelle doit être évaluée en fonction de la probabilité du succès d'une intervention correctement réalisée. La circonstance qu'une intervention réparatrice demeure possible ne fait pas obstacle à l'indemnisation, dès lors que l'intéressé n'est pas tenu de subir une nouvelle intervention, mais justifie seulement qu'elle soit limitée aux préjudices déjà subis à la date du jugement, à l'exclusion des préjudices futurs, qui ne peuvent pas être regardés comme certains à cette date et pourront seulement, le cas échéant, faire l'objet de demandes ultérieures »*. Nous ne cacherons pas qu'il faut parfois relire à deux fois certaines décisions pour comprendre la mécanique intellectuelle à l'œuvre derrière, et les conclusions des rapporteurs publics permettent généralement de pouvoir reconstituer a posteriori précisément le raisonnement retenu.

Enfin pour mentionner un cas qui n'est pas rare, les régimes de responsabilité peuvent se cumuler avec l'appréciation d'une perte de chance. Dans **sa décision Hautreux du 30 mars 2011, n°327669**, le Conseil d'État a jugé que *« dans l'hypothèse où un accident médical non fautif est à l'origine de conséquences dommageables mais où une faute commise a fait perdre à la victime une chance d'échapper à l'accident ou de se soustraire à ses conséquences, le préjudice en lien direct avec cette faute est la perte de chance d'éviter le dommage corporel advenu et non le dommage corporel lui-même, lequel demeure tout entier en lien direct avec l'accident non fautif. Par suite, un tel accident ouvre droit à réparation au titre de la solidarité nationale, l'indemnité due par l'ONIAM étant seulement*

réduite du montant de celle mise, le cas échéant, à la charge du responsable de la perte de chance, égale à une fraction du dommage corporel correspondant à l'ampleur de la chance perdue. ». C'est par exemple le cas lorsqu'un accident médical non fautif se cumule avec un manquement au titre du défaut d'information.

2/ Les juges auraient intérêt à recourir à une meilleure définition et modélisation de cette notion

Les différents cas que nous avons évoqués permettent d'apprécier la plasticité de la notion. Mais, vous l'aurez également noté, ces cas développent assez peu de manière précise les modalités de calcul retenues pour déterminer quantitativement le taux de perte de chance, qui résulte souvent de l'instruction, bien que les juges essayent de plus en plus de motiver davantage leurs jugements sur ce point.

a/ Comment le juge administratif calcule-t-il le pourcentage de perte de chance qui doit être retenu ?

Certaines jurisprudences apportent des pierres à l'édifice pour guider le juge.

En matière de défaut d'information, la décision Centre hospitalier d'Issoire précitée précise que *« le juge qui constate que le patient n'avait pas été informé du risque grave qui s'est réalisé doit notamment tenir compte, le cas échéant, du caractère exceptionnel de ce risque, ainsi que de l'information relative à des risques de gravité comparable qui a pu être dispensée à l'intéressé, pour déterminer la perte de chance qu'il a subie d'éviter l'accident en refusant l'accomplissement de l'acte. »*

Les conclusions des rapporteurs publics permettent aussi d'appréhender le calcul qui a été celui de la juridiction.

Ce travail de reconstitution a notamment été réalisé par deux magistrats administratif, Frédéric Puigserver, dans un article paru à la RFDA en 2008 (*L'évaluation de la perte de chance en matière hospitalière, une tentative d'unification, RFDA 2008 p.1036*), puis plus récemment par Laurent Marthinet, dans un article à l'AJDA de 2017 (*Perte de chance : de l'intuition à la modélisation, AJDA 2017 p. 1654*). Nous reviendrons plus en détail sur ces travaux dans quelques instants.

Pour le moment, nous nous contenterons de préciser que leur analyse met en évidence que la manière de calculer ce taux de perte de chance peut différer, qu'il s'agisse de l'apprécier dans le cas d'un défaut d'information, ou dans le cas d'une erreur de diagnostic. Leur analyse

met également en évidence que la méthode de calcul n'est pas théorisée, et repose souvent sur une analyse pragmatique d'espèce.

En vérité, dans la pratique concrète, le juge, ou plutôt les juges, car il s'agit d'un travail collégial, se fondent sur l'ensemble des éléments de l'instruction : l'expertise en premier lieu, qui est importante mais dont le juge n'hésite pas à se départir au besoin, mais également l'ensemble des éléments du dossier, et notamment l'argumentation des parties. A partir d'un taux fourni généralement au préalable par l'expert, le juge sera amené à adopter, minorer ou majorer ce taux en fonction des éléments apportés par les parties et par le dossier.

b/ Des réflexions ont été conduites pour tenter de modéliser la notion et dépasser ce qui peut parfois ressembler à de l'intuition.

Comme le soulignent les deux auteurs précités, l'absence de modèle mathématique théorique de calcul de la perte de chance peut parfois donner l'impression que ce calcul est arbitraire. Nous espérons néanmoins, au regard des éléments développés précédemment, vous avoir convaincu qu'il n'en est rien, et le juge administratif s'efforce toujours de déterminer un taux qui résulte de l'ensemble des éléments de l'instruction et qui assure la réparation la plus juste.

Dans leurs deux articles, les deux auteurs s'essayent à une tentative de modélisation mathématique du calcul de la perte de chance, qui est relativement convaincante et séduisante. Laurent Marthinet, qui propose une généralisation des calculs du premier auteur, propose une formule où **le taux de perte de chance, qui représente la probabilité pour que le dommage soit imputable à la faute, est donné par l'expression suivante : $n = (P2-P1) / P2$**

(P1 représente la probabilité de survenue du dommage en l'absence de faute, et P2 celle en présence de la faute).

L'auteur admet toutefois un bémol à sa formule, en ce qu'elle n'inclut pas directement la composante psychologique, c'est-à-dire « *la probabilité pour qu'en l'absence de faute, le patient ait, selon les cas, pris la décision de se soustraire, ou de se soumettre, au traitement dont la mise en œuvre, ou l'absence de mise en œuvre, est à l'origine du dommage* ». Dans ce cas, le calcul de la variable P1 s'obtient en faisant la somme de deux probabilités, l'une médicale, l'autre psychologique.

Nous ne développerons pas plus ces travaux, auxquels nous renvoyons, et notamment aux différents exemples d'application sur des cas divers rencontrés au quotidien qui permettent de confirmer l'opérationnalité de la méthode.

Nous constaterons simplement qu'à ce jour, une telle méthode n'est pas à notre connaissance directement pratiquée par les juges, ni enseignée dans le cadre de leur formation au centre de formation de la juridiction administrative.

Nous y voyons plusieurs raisons :

- La réticence, globalement, du juge à se lier à des équations trop précises, qui pourraient brimer son pouvoir d'appréciation ;
- Mais également, il ne faut pas se le cacher, à une certaine aversion des juristes aux mathématiques....
- Enfin, à la difficulté, parfois, de pouvoir finement déterminer les variables de calcul...nous allons y revenir

Face au risque d'apparence d'arbitraire que nous évoquions précédemment, la juridiction administrative s'est depuis plusieurs années maintenant lancée dans une refonte globale de son style, qui se veut plus simple, et dans une motivation plus approfondie de ses décisions. Il suffit de comparer une vieille décision du Conseil d'État aux décisions les plus récentes pour mesurer la révolution qui s'est opérée, et qui se poursuivra au 1^{er} janvier 2019 avec la généralisation du style directe dans les décisions de l'ensemble des juridictions administratives.

Il n'y a donc pas de raison pour que les méthodes de calcul retenues par le juge ne soient pas davantage explicitées et rendues publiques, un peu à l'image de l'algorithme de « Parcoursup » qui est désormais en accès libre, ce qui comme vous le savez n'est pas sans poser certaines difficultés au ministère de l'Éducation.

Cette transparence aurait à notre sens une double vertu :

- d'une part, favoriser une meilleure appropriation par les parties des éléments du jugement ; et dans un domaine où la complexité peut parfois être vécue comme une barrière, cette transparence contribuerait à lever les doutes sur l'impartialité de la procédure qui apparaissent trop souvent dans les écritures des victimes ;
- et d'autre part, permettre au juge de mieux préciser ses attentes vis-à-vis de l'expert.

Ce dernier point nous paraît assez essentiel.

Au quotidien, à titre personnel, nous dégagons un certain nombre de constats dans nos relations avec les experts et les parties s'agissant de la détermination du taux de perte de chance, constats que nous analysons comme des pistes de progrès pour toutes les parties au procès :

- La notion de perte de chance n'est pas toujours correctement appréhendée, ce qui donne parfois des appréciations manifestement erronées : les cas sont heureusement assez rares, mais en préparant cette intervention, nous sommes allés consulter plusieurs manuels de réparation du dommage corporel, et nous avons été surpris de constater que cette notion était soit peu développée dans les ouvrages, soit absente. Et dans l'un des manuels qui consacrait un chapitre sur cette notion, force est de constater que celui-ci était assez peu opérationnel et exclusivement centré sur la jurisprudence civiliste, seule la décision Centre hospitalier de Vienne précitée étant mentionnée ; dans d'autres cas beaucoup plus fréquents, le taux de perte de chance est donné par l'expertise sans véritable justification, ce qui pose de réelles difficultés, tant pour le magistrat qui doit reconstituer le raisonnement tenu par l'expert, que pour les parties qui sont bien en peine, le plus souvent, de répliquer utilement à ce taux qui apparaît tombé du ciel ;
- Pour contourner cette difficulté, et c'est là un point d'amélioration pour le juge, il convient que celui-ci ne se contente pas de demander à l'homme de l'art de déterminer le taux de perte de chance, mais précise clairement les différentes probabilités qu'il espère obtenir de celui-ci, et qui peuvent généralement être déterminés dans la littérature médicale ; il est vrai que l'expertise n'est pas toujours diligentée par le magistrat qui sera amené à rapporter le dossier, et souvent les bonnes questions à poser à l'expert n'apparaissent qu'après une lecture attentive du dossier. Il y a là un point d'organisation et de pratique qui pourrait peut-être être résolu par un échange direct entre le juge et l'expert, comme le permettent les dispositions du code de justice administrative, mais ce point heurte quelque peu la culture de l'écrit du juge administratif et n'apporte pas non plus de solution définitive.
- Le taux de perte de chance, et les différentes probabilités qui le composent, sont en général assez peu abordés par les parties. C'est d'autant plus dommage que la modélisation que nous avons évoquée permet réellement au quotidien, nous l'avons pratiqué régulièrement et confirmons qu'elle est utile, permet de mieux cerner les situations et de mieux appréhender la réponse juridique à apporter aux victimes.

Conclusion

L'introduction de la théorie de la perte de chance en droit administratif de la responsabilité hospitalière nous paraît remarquable, en ce qu'elle a permis d'appréhender de manière plus adéquate des situations médicales par nature complexes et multi causales, et en offrant aux victimes une indemnisation qui, au quotidien et en pratique, nous semble relativement juste.

Et si l'introduction de la théorie de la perte de chance est venue complexifier le contentieux, et que cette théorie n'est pas complètement figée, c'est aussi parce qu'elle est le reflet d'une matière mouvante, et qui ne cessera pas d'évoluer et d'être précisée au fur et à mesure que la médecine progressera.

B- L'application de la perte de chance aux autres contentieux

Joël ARNOULD, rapporteur public au Tribunal administratif de Lyon

Introduction

La perte de chance peut être retrouvée dans un grand nombre de contentieux autres que le contentieux médical, lorsqu'une illégalité reprochée à l'administration empêche de savoir avec certitude si la personne qui en a été victime aurait, si l'administration n'avait pas commis de faute, obtenu le gain qu'elle espérait.

Je vous propose de nous pencher sur le cas du contentieux des contrats administratifs, qui présente plusieurs caractéristiques intéressantes :

- Il est l'un des domaines d'application de la notion de perte de chance les plus anciens – la première application explicite étant faite par un arrêt de Section du 13 mai 1970, *Sieur Monti c/ Cne de Ranspach* (Lebon p. 322) ;
- Il présente en outre l'intérêt que – comme nous le verrons – le Conseil d'Etat a explicitement refusé d'y étendre la jurisprudence initiée par l'arrêt *Centre hospitalier de Vienne* (CE Section, 21 décembre 2007, n° 289328, Lebon p. 546) ;
- Enfin, après l'examen du cas de la responsabilité médicale auquel vient de se livrer mon collègue Cyrille Bertolo, le contentieux des contrats nous permettra d'illustrer le cas de la réparation d'une perte de chance purement économique.

Je commencerai par tenter de vous donner une vue d'ensemble des cas d'utilisation de la perte de chance dans le domaine des contrats (I), avant de discuter des modalités particulières d'indemnisation de la perte de chance dans ce domaine (II).

I- Les cas d'utilisation de la perte de chance dans le domaine des contrats

Commençons donc par un tour d'horizon des hypothèses d'application de la notion de perte de chance dans le domaine du contentieux des contrats. Je dis contentieux « des contrats » parce qu'il convient précisément de distinguer le contentieux contractuel proprement dit (B), du contentieux de la passation des contrats – suscité précisément par le refus de contracter (A).

A. Une jurisprudence bien développée : le contentieux de l'éviction illégale du candidat à la passation d'un contrat

Voyons d'abord la jurisprudence portant sur cette seconde catégorie, qui est la plus ancienne et de loin la mieux établie.

En cas de faute commise dans le cadre de la procédure de passation d'un contrat, l'administration engage sa responsabilité à l'égard du candidat illégalement évincé sur un fondement quasi-délictuel – puisque précisément, aucun contrat n'a été conclu avec ce candidat. Mais compte tenu de la marge de discrétion dont l'administration dispose, il n'est généralement pas possible de dire avec certitude si le candidat, si la procédure avait été régulière, aurait effectivement conclu le contrat avec l'administration et en aurait tiré le bénéfice qu'il en espérait. C'est donc sur le fondement de la perte d'une chance que le préjudice causé sera réparé.

- Comme je l'ai dit, l'arrêt de principe est l'arrêt *Sieur Monti c/ Cne de Ranspach*, qui porte sur l'éviction illégale d'une entreprise de la passation d'un marché public. Le Conseil d'Etat avait annulé en 1965 une décision de la commission d'appel d'offres de la communes de Ranspach ayant refusé d'autoriser M. Monti à soumissionner à une adjudication, comme entachée de détournement de pouvoir (CE, 13 juillet 1965, *Sieur Monti*, n° 60925, Lebon p. 438). Statuant ultérieurement sur un recours indemnitaire, le Tribunal administratif de Strasbourg avait prescrit une expertise afin de déterminer les frais exposés par M. Monti pour la préparation de son offre. Par son arrêt de Section du 13 mai 1970, le Conseil d'Etat a annulé ce jugement, au motif que cette mesure d'instruction était inutile. Il a jugé que M. Monti avait perdu une chance sérieuse d'être attributaire du marché, ce qu'il y avait lieu de réparer par le versement d'une indemnité calculée sur la base du « manque à gagner constaté en fait ».

Il n'est pas sans intérêt de relever qu'à l'époque, cet arrêt ne semble avoir donné lieu à aucun commentaire, sauf quelques mots dans le rapport annuel du Conseil d'Etat, qui a qualifié l'affaire de « très peu commune » (EDCE 1970, p. 179).

En réalité, cet arrêt a connu une abondante descendance, tant devant le Conseil d'Etat que devant les juridictions du fond. On cite souvent à cet égard l'arrêt du 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe*, qui a la particularité de juger qu'il appartient le cas échéant au juge des référés d'accorder une provision au titre d'une telle perte de chance (n° 249630 aux Tables p. 865). Le Tribunal administratif de Lyon fait très souvent application de ces principes d'indemnisation— même si cela ne signifie pas que la condamnation effective de l'administration soit des plus fréquentes. Pour vous donner un ordre d'idée, entre le mois de septembre dernier et la mi-novembre, le tribunal a ainsi déjà eu à statuer sur au moins trois demandes tendant à l'indemnisation de la perte de chance de conclure un marché public, dans des affaires concernant l'attribution de marchés de travaux publics que celle de marchés de fournitures (jugements du 20 septembre 2018, n° 1603192, du 18 octobre 2018, n° 1607115, et du 8 novembre 2018, n° 1605996).

- De manière assez naturelle, cette jurisprudence a été étendue aux litiges ayant trait à la passation des concessions (CE, 21 septembre 1992, *Commune de Bagnols-sur-Cèze c/ S.A.R.L. Alpha Ambulances*, n° 111555, aux Tables p. 1105). Puis, après l'entrée en vigueur de la loi Sapin, aux délégations de service public (CE, 19 décembre 2012, *Simon* n° 355139, aux Tables, JCP A 2013, n° 2100, concl. Dacosta). Ainsi que M. Dacosta l'a souligné dans ses conclusions sur cette dernière affaire, même si, compte tenu de la plus grande liberté du délégataire, la perte d'une chance sérieuse sera plus rarement prouvée, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer la grille de lecture dégagée pour la passation des marchés publics.
- Cette jurisprudence a également été appliquée à la passation par l'administration d'autres types de contrats, qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement des contrats administratifs. Par exemple, à propos de la conclusion par une commune d'un contrat de vente immobilière, a admis la possibilité d'indemniser la perte d'une chance par l'occupant de l'immeuble, qui n'avait pas été retenu, d'éviter les coûts liés à sa relocalisation – si cette chance était sérieuse (CE, 25 septembre 2009, *Commune de Courtenay*, n° 298918, aux Tables, *Contrats et marchés publics* 2009, n° 11, p. 27, note Gabriel Eckert ; en l'occurrence, la Cour de Nantes, à laquelle le Conseil a renvoyé l'affaire, a jugé que la perte d'une chance sérieuse n'était pas démontrée, CAA Nantes, 16 février 2010, n° 09NT02350). De même, c'est l'approche suivie pour la passation par exemple de baux de chasse (v. CAA Nancy, 25 octobre 2018, n° 17NC02002 – refusant là aussi de constater dans cette espèce la perte d'une chance sérieuse).

B. Une jurisprudence plus rare ou moins explicite : le contentieux de la responsabilité contractuelle

A côté de cette jurisprudence abondante relative à la responsabilité quasi-délictuelle à l'occasion de la passation des marchés, existe-t-il reconnaissance de la perte de chance dans le cadre du contentieux de la responsabilité contractuelle ?

Dans sa thèse de référence sur *La perte de chance en droit administratif*, Alice Minet écrit que « *Les quelques travaux doctrinaux consacrés à la responsabilité administrative contractuelle fournissent un premier indice de la rare utilisation de la perte de chance en ce domaine, dans la mesure où ils n'évoquent pas cet instrument* » (n° 130). La jurisprudence paraît en la matière tout aussi rare, ou en tout cas moins explicite.

1) Le recours au raisonnement fondé sur la perte de chance paraît exclu lorsqu'est en cause la rémunération due au titre du contrat

On peut lier cette exclusion au fait que, comme l'écrit Alice Minet, « *le contrat est par définition un instrument de prévisibilité des relations entre les parties qui laisse peu de place à l'aléa* » (ibid.).

Le Conseil d'État a par exemple jugé qu'en cas de résiliation irrégulière d'un marché à bons de commandes, seul le montant minimal de commandes stipulé par le contrat est pris en compte. Il n'y a pas lieu de prendre en compte le chiffre d'affaires que la société requérante pouvait espérer tirer de commandes supérieures à ce minimum, par référence au chiffre d'affaires réalisé avant la résiliation, ou aux commandes passées auprès du nouveau titulaire (CE, 10 octobre 2018, *Société du docteur Jacques Franc*, n° 410501, à mentionner aux Tables). L'arrêt ne fait à vrai dire pas mention de la notion de perte de chance, pas plus que les conclusions du rapporteur public (cela ne semble d'ailleurs être le cas d'aucun arrêt du Conseil rendu en matière de responsabilité contractuelle, sauf un qui paraît isolé : CE, 9 novembre 2007, *SARL Gaz Technique de France*, n° 264422). Mais les conclusions d'Olivier Henrard soulignent que la solution finalement retenue par le Conseil a « *le mérite d'une grande clarté et d'une parfaite prévisibilité pour les parties au contrat, qui échappent ainsi à l'aléa inévitable de la méthode probabiliste* ».

2) *Pourtant, le concept de perte de chance peut trouver sa place également dans ce domaine contractuel, dans le cas d'un préjudice résultant d'une mauvaise exécution du contrat – si ce préjudice n'est pas réduit à la perte du prix escompté de son exécution.*

L'arrêt le plus explicite en la matière, rendu par la Cour administrative d'appel de Paris, a admis la perte d'une chance par la personne publique contractante. La Cour a jugé que la mauvaise exécution d'un contrat de gardiennage lui avait fait perdre une chance d'éviter un cambriolage (CAA Paris, 30 juin 2009, *CCI Paris*, 07PA02812, JCP A 2010, n° 2196, note F. Linditch). En d'autres termes, le contrat ne prévoyant qu'une obligation de moyen, la survenance du dommage n'aurait pas nécessairement été exclue par sa parfaite exécution. Mais la CCI n'en avait pas moins perdu une chance d'éviter le sinistre, qu'elle a indemnisée.

Bien que moins explicite, la jurisprudence sur la responsabilité des maîtres d'œuvre pour défaut de conseil à la réception est fondée sur un raisonnement similaire : il n'est jamais certain que bien conseillé, le maître d'ouvrage aurait refusé la réception. Mais le défaut de conseil lui fait perdre la possibilité d'obtenir la prise en charge par les entreprises de désordres affectant le nouvel ouvrage, lui causant un surcoût. Dans ses conclusions (à ma connaissance inédites) sur une affaire *Ville de Caen c/ Dubois*, jugée par le Conseil d'Etat le 8 juin 2005 (n° 261478, aux Tables), Nicolas Boulouis expliquait ainsi que c'est « *dans la « perte de chance » d'éviter ce surcoût là que réside le dommage pour le maître de l'ouvrage et non dans les désordres eux-mêmes et la nature de ceux-ci ou leur gravité sont sans rapport direct avec ce dommage dont ils servent seulement à évaluer la réparation* » - avec pour conséquence que le maître d'œuvre défaillant ne pourra appeler en garantie les entreprises fautives. On trouve d'ailleurs au moins un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon qui emploie expressément dans un tel cas les termes de « perte de chance », même si ce n'est pas l'expression la plus fréquemment utilisée (CAA Lyon, 20 juin 2017, *Sytral*, n° 13LY01498).

A l'inverse, les juridictions administratives sont fréquemment saisies de recours de maîtres d'œuvre ou d'entreprises de travaux publics, qui cherchent à obtenir l'indemnisation des préjudices qu'ils disent leur avoir été causés par l'allongement indu du chantier.

La jurisprudence du Conseil d'État définit désormais de manière plus stricte les conditions dans lesquelles la responsabilité du maître d'ouvrage peut être engagée pour ce type de difficultés. Cette responsabilité n'est plus admise qu'en cas de sujétions imprévues, ou de faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché (CE, 5 juin 2013, *Région Haute-Normandie*, n° 352917, Tables p. 695 et CE, 12 novembre 2015, *Société Tonin*, n° 384716, aux Tables p. 749). Mais

si l'une de ces conditions est remplie, ou si la responsabilité d'un autre intervenant à l'opération est recherchée, se pose la question de ce qui peut être indemnisé.

L'entreprise requérante cherche souvent à obtenir réparation de *l'immobilisation de facteurs de production*, qu'il s'agisse des coûts salariaux ou du coût du matériel. En cas de paiement d'heures supplémentaires, du recours à du personnel intérimaire ou de la location de grue ou d'engins, il y a clairement un surcoût, mais s'il s'agit de moyens propres à l'entreprise ? On pourrait penser qu'en l'absence de justification de ce que l'entreprise a dû renoncer à la conclusion d'un autre marché du fait du retard du chantier, le surcoût est purement virtuel, et le dommage n'est pas certain. Mais il arrive que le juge l'indemnisse (v. par exemple, pour le manque à gagner résultant pour la requérante de l'impossibilité de conclure des contrats pendant la période d'immobilisation de son matériel sur le chantier, CAA, 13 décembre 2011, *Société Matière*, n° 11LY00203 ; pour le défaut d'amortissement de frais généraux, CAA Lyon, 20 septembre 2018, *Ville de Saint-Etienne*, n° 17LY00483, 17LY01242). Il me semble que le juge indemnise alors en réalité sans le dire la perte d'une chance d'utiliser de manière plus rentable des moyens de production – raisonnement qui mériterait sans doute d'être explicité (pour une telle analyse du coût d'immobilisation, dans un autre contexte, v. CAA Paris, 10 juillet 2018, n° 17PA02331).

En conclusion de ce tour d'horizon, on peut donc constater qu'autant le recours à la perte de chance est bien balisé en matière précontractuelle, autant il reste à conceptualiser dans le domaine de la responsabilité contractuelle. C'est pourquoi, pour la suite de cette contribution, on se concentrera essentiellement sur les modalités d'indemnisation de la perte de chance du candidat irrégulièrement évincé de la passation d'un contrat.

II- Les modalités particulières d'indemnisation de la perte de chance

Avant d'examiner en détail les modalités d'indemnisation de la perte de chance en la matière, il convient de relever que malgré leur particularité, les règles ordinaires de l'indemnisation du préjudice ne s'effacent pas. En particulier, un lien de causalité doit exister entre l'irrégularité de la procédure de passation du contrat et l'éviction du candidat, pour que la perte de chance soit indemnisable. Par exemple, par un jugement devenu définitif, le Tribunal administratif de Fort de France avait annulé une délibération portant attribution d'une délégation de service public, au motif que les informations contenues dans l'avis d'appel public à la concurrence étaient insuffisantes et que les consultations requises avant l'intervention de la décision portant sur le principe d'une délégation faisaient défaut. La Cour administrative d'appel a pu refuser toute indemnisation à l'un des candidats, qui n'avait pas été privé par ces irrégularités de la possibilité de présenter une offre et n'en invoquait pas

d'autres (CE 10 juillet 2013, *Cie martiniquaise de transports*, n° 362777, Tables).

Cette remarque étant faite, voyons le principe auquel obéit l'indemnisation de la perte de chance (A), puis les difficultés qui peuvent être rencontrées dans leur application concrète (B).

A. La règle du « tout ou rien » aménagée

Comme je l'ai déjà évoqué, le Conseil d'État a expressément refusé d'appliquer aux candidats irrégulièrement évincés la solution « probabiliste » dégagée en matière de responsabilité médicale (CE 8 févr. 2010, *Commune de La Rochelle*, n° 314075, Lebon, BJCP 2010 p. 169, concl. Bertrand Dacosta). Le juge administratif applique ici la solution dite du « tout ou rien ». Mais cela n'exclut pas certaines subtilités.

Dans d'autres domaines, s'applique une logique binaire : soit la victime démontre qu'elle a perdu une chance sérieuse, et elle a droit à une indemnisation, soit elle ne le démontre pas, et elle n'a droit à rien. En matière d'éviction illégale de la passation d'un contrat, on distingue entre trois situations différentes :

- Soit le candidat était dépourvu de toute chance de conclure le contrat. Il n'a alors droit à aucune indemnité ;
- Soit le candidat n'était pas dépourvu de toute chance d'obtenir le contrat. Il a alors droit à être indemnisé des frais de préparation de son offre, qu'il a du fait de l'illégalité de la procédure exposés en vain ;
- Soit enfin, le candidat irrégulièrement évincé justifie qu'il a par la faute de l'administration été privé d'une chance sérieuse de conclure le contrat. Il a alors droit à l'indemnisation de son entier manque à gagner – et non d'une fraction du bénéfice qu'il escomptait de l'exécution du contrat.

On distingue en quelque sorte selon les cas, la perte de chance de ne pas exposer en vain des frais pour la présentation d'une candidature ou d'une offre, de la perte d'une chance d'emporter le contrat et de réaliser des bénéfices.

L'idée qui sous-tend cette grille de lecture est que, compte tenu de la marge de discrétion dont dispose l'administration, il est impossible de quantifier « scientifiquement » la chance perdue. Le juge serait donc bien embarrassé s'il fallait proportionner l'indemnité allouée à cette chance.

C'est pour cela que chercher à quantifier le seuil au-delà duquel une chance est regardée comme sérieuse n'a pas grand sens : il y a nécessairement une part de grande subjectivité. On évoque souvent une probabilité d'obtenir le contrat supérieure à 50% (v. les conclusions de Bertrand Dacosta dans l'affaire *Commune de la Rochelle*). Ce qu'il faut comprendre est

que la chance perdue d'obtenir le contrat doit paraître supérieure à celle de ne pas l'obtenir dans le cadre d'une procédure régulière.

On peut néanmoins souligner que plus le vice incriminé sera intervenu à un stade tardif de la procédure, où une offre a déjà été formulée par exemple, plus la quantification de la chance perdue deviendra aisée. L'entreprise ayant déposée une offre jugée à bon droit irrégulière sera nécessairement dépourvue de toute chance, même si la procédure a été entachée de vices tenant par exemple à retenir une autre offre non conforme aux spécifications du marché. A l'inverse, celle qui aurait dû obtenir la note la plus élevée dans une procédure viciée au stade de l'évaluation des offres, justifiera d'une chance sérieuse.

B. Les difficultés de l'appréciation d'un bénéfice virtuel

Une fois résolue la question existentielle de savoir si le candidat a été privé d'une chance, et si celle-ci était sérieuse, le juge va rencontrer des difficultés pratiques pour déterminer l'étendue des frais ou, selon les cas, du manque à gagner indemnisés.

Il est piquant de relever que dans l'affaire *Monti*, alors que le Tribunal administratif de Strasbourg avait prescrit une expertise pour quantifier les frais exposés par le requérant pour soumissionner, le Conseil d'Etat a quant à lui fixé sans recours à l'expertise le manque à gagner qu'il a indemnisé. Parce qu'en général, l'indemnisation des frais de préparation d'une offre ne pose guère de difficultés. Le chiffrage de ces frais est rarement appuyé sur des preuves tangibles, mais les montants sont la plupart du temps modestes et rarement contestés. Ces frais consistent essentiellement dans les coûts associés au temps passé par le dirigeant ou les salariés de l'entreprise pour la préparation de la candidature ou de l'offre. Le Conseil d'Etat a jugé que la production d'un tableau récapitulatif de ces heures suffisait (CE, 1^{er} juillet 2005, n° 263672, *Société Didactic*). A défaut même d'une telle pièce, le juge fait souvent de ces préjudices une « juste appréciation » (CAA Lyon, 21 décembre 2017, n° 16LY01604 et 16LY01770, faisant l'objet d'un pourvoi en cassation n° 418317).

L'évaluation du manque à gagner, en cas de perte d'une chance sérieuse, soulève plus de difficultés, puisque le bénéfice perdu est évidemment entièrement virtuel.

1) La définition du manque à gagner

Ce manque à gagner est défini par la jurisprudence comme correspondant au bénéfice net avant impôt que l'entreprise aurait réalisée si elle avait exécuté le marché (CE 19 janvier 2015, *société Spie Est*, n° 384653, *Tables, Contrats et marchés publics* 2015 comm. 62, note Marion Ubaud-Bergeron).

Les frais de candidature ne s’y ajoutent pas, puisque ces frais devaient, même en cas de succès de la candidature, être couverts par ces bénéficiaires. Il n’en va autrement que dans les cas où, comme pour les concours de maîtrise d’œuvre, le dépôt d’un projet fait l’objet d’une indemnisation.

De même, il n’y a pas lieu de rembourser à l’entreprise une quote-part de ses frais généraux, qui doivent être couverts par son bénéficiaire (CE, 27 janvier 2006, *Commune d’Amiens*, n° 259374, Lebon p. 32, BJCP 2006 p. 97 et RJEP 2006 p. 388, concl. N. Boulouis, DA 2006 n° 4, p. 25, note Alain Ménéménis ; CE 8 févr. 2010, *Commune de La Rochelle*, déjà cité). On déduit donc du chiffre d’affaires qui pouvait être escompté non seulement les coûts variables directement liés à la prestation, mais également une quote-part des coûts fixes (v. également récemment CAA Lyon, 5 juillet 2018, n° 16LY1193).

Une autre question qui se pose est celle de savoir si, comme en matière de fonction publique, il y a lieu de déduire les sommes que l’entreprise a par ailleurs tirées de son activité. Le Conseil d’État a répondu par la négative par le même arrêt *Commune d’Amiens*. La situation du soumissionnaire évincé est en effet tout à fait différente de celle du fonctionnaire qui n’a pu avoir d’autres revenus (salaires perçus d’un autre employeur, pension...) que parce qu’il avait été illégalement évincé de son poste. Au moins en théorie, l’entreprise, elle, avait une chance de croître encore plus qu’elle ne l’a fait. Dans ses conclusions sur une affaire récemment jugée, Olivier Henrard souligne cependant que l’arrêt *Commune d’Amiens* portait sur le cas où l’entreprise irrégulièrement évincée avait exécuté durant la période du contrat litigieux d’autres prestations (CE, 15 mai 2018, *Société Balineau*, n° 401060, à mentionner aux Tables, BJCP 2018 p. 221). Si l’entreprise a ultérieurement obtenu un contrat portant sur les mêmes prestations que celles en litige, il paraît difficile de ne pas en tenir compte pour le calcul de son manque à gagner. De même, en cas de résiliation du marché par le juge, la durée sur la base de laquelle le manque à gagner est calculé devrait logiquement être réduite.

Dans le cas d’un marché reconductible, on pourra également prendre en compte sa remise en concurrence, ou sa non-reconduction du fait d’une réorganisation du pouvoir adjudicateur (CAA Versailles 22 octobre 2015, *CCI Région Paris-Ile-de-France*, n° 14VE00258, C+). A défaut de circonstances de ce genre, le manque à gagner sera indemnisé non seulement pour la durée du marché, mais également le cas échéant pour la durée pour laquelle il pouvait être reconduit (CE 18 novembre 1988, *Min. de l’Intérieur c/ SARL Les Voyages Brounais*, n° 76131, aux Tables sur un autre point).

2) *Les modalités de preuve*

Quelques mots enfin sur les modalités de preuve du calcul de ce manque à gagner. Il n'est pas rare qu'après de longs développements tendant à démontrer l'irrégularité de la procédure de passation, puis les chances perdues, les parties se fassent moins prolixes sur les bases de calcul du bénéfice perdu, un taux mirobolant étant avancé sans aucune sorte d'explication.

Le calcul du manque à gagner doit évidemment s'appuyer sur des éléments tangibles, tels que des comptes sociaux, attestations d'experts comptables ou de commissaires aux comptes.

On prendra généralement en compte ces éléments généraux, même si, en principe, il conviendrait de déterminer le bénéfice qui pouvait être escompté de l'exécution du contrat en litige, qui peut être plus ou moins rentable que la moyenne.

En l'absence de tout élément, il est parfois jugé que l'existence même du préjudice n'est pas démontrée (CAA Lyon, 5 juillet 2018, n° 16LY01193)

Mais le plus souvent, il est difficile de nier que l'entreprise aurait tiré un bénéfice de l'exécution du marché.

A défaut de pièces, le juge devra alors prescrire un supplément d'instruction.

L'an dernier, le Tribunal administratif de Lyon a par exemple demandé aux parties de produire « tous documents permettant de déterminer le manque à gagner de la société » requérante (TA Lyon, 19 octobre 2017, n° 1407046). Éventuellement, une expertise judiciaire sera prescrite (CE, 29 juillet 1994, *Commune de Ventenac-en-Minervois*, n° 131562, aux Tables sur un autre point ; CAA Paris, 6 mars 2012, n° 10PA05223 – l'expertise tendait également à apprécier les chances de l'entreprise ; CE, 4 juillet 2012, *Ministre de la Défense et des anciens combattants*, n° 352714).

Conclusion

En conclusion, on a pu voir que la question de la perte de chance est une question centrale dans le contentieux indemnitaire des contrats administratifs. La jurisprudence est déjà très abondante – mais cela n'exclut pas que certaines questions restent à explorer.

Le recours à la perte de chance va même, dans le domaine des contrats, au-delà du contentieux purement indemnitaire. L'article L. 551-18 du code de justice administrative fait ainsi de l'affectation des chances d'obtenir le contrat, l'une des conditions pour que le juge du référé contractuel annule un contrat signé par un pouvoir adjudicateur sans respecter son obligation de laisser s'écouler entre l'information des candidats sur les résultats de la procédure de passation et cette signature.

De manière moins explicite, la question de savoir si un vice a pu affecter les chances de succès du requérant sous-tend la jurisprudence relative à l'opérance des moyens dans le cadre du référé pré-contractuel et du recours ouvert au concurrent évincé devant le juge du contrat (v. CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie*, n° 420654 et 420663, à publier au Lebon, et les conclusions de M. Pellissier).

IIIème Partie : Intervention des acteurs du procès administratif

A- Le recours à l'expert par le juge administratif en matière de perte de chance

I- Le recours à l'expert en cas d'incertitude médicale

*Professeur Liliane DALIGAND, Professeur émérite de Médecine légale
Expert près la Cour d'appel de Lyon.*

I. 1- CONTENTIEUX DE LA RESPONSABILITE HOSPITALIERE ET DU DEFAUT D'INFORMATION MEDICALE

En matière de responsabilité médicale, il faut distinguer deux types de perte de chance :

- Celle de survie ou de guérison (ou d'amélioration)
- Celle d'échapper au risque thérapeutique lié au défaut d'information.

A – La perte de chance de survie ou de guérison résulte d'un acte médical :

- Retard de diagnostic
- Erreur de diagnostic
- Défaut de prise en charge
- Dysfonctionnement dans l'organisation du service

La perte de chance doit être réelle et sérieuse, elle ne peut être hypothétique. Le préjudice doit être certain.

B – Le défaut d’information

Si le praticien n’a pas respecté l’obligation d’information de son patient, il en résulte l’obligation de réparer une perte de chance d’échapper au risque thérapeutique.

L’information doit porter sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles (CSP – loi du 2 mars 2002)

Hormis les cas d’urgence, d’impossibilité ou de refus d’être informé, le médecin est tenu de donner au patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves, mêmes exceptionnels (R 4127.35)

Le manquement au devoir d’information ne contribue pas à la réalisation du risque, mais le défaut d’information constitue un préjudice propre : la perte de chance d’échapper au risque. L’information médicale permet au patient de choisir.

Mais le Conseil d’État écarte l’existence d’une telle perte de chance lorsque l’intervention était impérativement requise, en sorte que le patient ne disposait d’aucune possibilité raisonnable de refus (CE 24 septembre 2012).

I.2 - EXEMPLES DE MISSIONS

1er exemple (Tribunal administratif de Strasbourg)

1 – Se faire communiquer tous documents relatifs à l’état de santé de M. P. G. et, notamment, tous documents relatifs au suivi médical, aux actes de soins, et aux diagnostics pratiqués sur lui lors de sa prise en charge par les centres hospitaliers de Sé. et d’Er. les 7 et 8 novembre 2010 ; convoquer et entendre des parties et tous sachants ; procéder à l’examen sur pièces du dossier médical de M. P. G. ;

2 – Reconstituer son histoire médicale en détaillant l'ensemble des pathologies présentées, les dates, les lieux et les modalités de leur prise en charge médicale aux centres hospitaliers de Sé. et d'Er. ou par tout autre médecin ou dans tout autre établissement hospitalier, notamment au vu du dossier médical de l'intéressé ;

3 – Préciser si la prise en charge de Mr P. G. a été conforme aux règles de l'art, en tenant compte des données contemporaines de la science, eu égard notamment au tableau clinique qu'il présentait et à son état antérieur, et réunir tous éléments de fait devant permettre de déterminer si des erreurs, manquements ou négligences ont été commis dans l'établissement du diagnostic, l'accomplissement des soins, ainsi, éventuellement, que dans le fonctionnement ou l'organisation du service ; indiquer, le cas échéant, si le(s) manquement (s) éventuellement constaté (s) a (ont) fait perdre à Mr P. G. une chance de voir son état de santé s'améliorer ou d'éviter de le voir se dégrader, chiffrer cette perte de chance et indiquer tous les éléments pertinents de nature à pouvoir l'évaluer.

2ème exemple (CCI)

Question 1°/ Décrire en détail les lésions initiales et les troubles divers ainsi que les suites immédiates et les principales étapes de leur évolution que le demandeur impute à l'accident dont il s'agit et dont il importe de relater les circonstances, et d'indiquer si ces affections sont bien en relation directe avec l'accident ;

*Question 2°/ Indiquer **si la victime a été pleinement informée des risques encourus en** indiquant si possible la forme et le contenu de l'information donnée au patient sur les risques courus et en précisant, en cas de survenue de tels risques, quelles auraient été les possibilités et les conséquences pour le patient de se soustraire à l'acte effectué ;*

*Question 3°/ Réunir tous les éléments devant permettre à la commission de déterminer si les soins ont été dispensés selon les règles de l'art et/ou **si des fautes (médicales, de soins ou d'organisation et de fonctionnement du service) ont été commises** et, dans le cas de fautes multiples, la part relative de chacune d'entre elles en précisant notamment si les traitements administrés à la victime étaient adaptés à son état et si d'autres soins n'auraient pas dû lui être dispensés pour éviter la persistance des séquelles dont elle se plaint ;*

Question 4°/ En cas d'infection, ...

*Question 5°/ Dire si l'acte médical litigieux a eu pour la victime des conséquences anormales au regard de son état de santé initial comme de l'évolution prévisible de celui-ci et de dire **s'il s'agit d'un accident médical ou d'une affection iatrogène, ou si cet état est la conséquence de l'évolution prévisible de la pathologie initiale, en prenant en considération les données relatives à l'état de santé antérieur présenté avant les actes de prévention, diagnostic ou soins pratiqués et que l'état de santé du patient prédisposait celui-ci à être victime de l'accident qui s'est produit ; Le pourcentage de survenue de ce type de complication sera indiqué au vu des connaissances médicales actuelles.***

3^{ème} exemple (T. A. de Clermont-Ferrand)

- déterminer, compte tenu, d'une part, du taux de lithium présent dans le sang de Mme B. relevé dans les résultats transmis le 20 juillet 2002 à 12 h 43, d'une part, du délai séparant le moment de l'ingestion médicamenteuse de celui à partir duquel la patiente a été prise en charge au centre hospitalier et universitaire de Clermont-Ferrand, les chances pour Mme B. d'échapper à la défaillance multiviscérale qu'elle a présentée et, ainsi, à son issue fatale en cas d'orientation en service de réanimation dès le 20 juillet 2002 à compter de 12 h 43.

I.3– METHODOLOGIE DE L’EXPERT ET DIFFICULTES DE LA MISSION

Méthodologie :

- rencontre expertale avec toutes les parties mises en cause
- entretien avec le patient et/ou sa famille
- reconstitution de l’histoire médicale
- étude des documents médicaux et dossiers hospitaliers
- examen clinique
- recherches bibliographiques :
 - publications scientifiques sur la ou les pathologies en cause et recommandations de la HAS ou des sociétés scientifiques
- rédaction du rapport avec réponses à toutes les questions de la mission

Difficultés :

- en cas de décès pour reconstituer l’histoire clinique
- dossier incomplet, recherche de la preuve de l’information donnée au patient
- distinction entre faute médicale et accident médical non-fautif
- multiplicité des fautes ou manquements
- multiplicité des intervenants fautifs
- chiffrage de la perte de chance

I.4– EXEMPLES D’EXPERTISES

a – M. C. est opéré le 25 octobre 2016 pour l’ablation de varices de jambe gauche. Les suites sont marquées par l’apparition d’un écoulement lymphatique le 28 octobre, avec rougeur locale et ulcération, douleur, puis apparition de fièvre qui conduisent à des consultations en urgence. Le chirurgien fait le diagnostic d’escarre, majore l’antibiothérapie puis excise les lésions nécrotiques. La culture des prélèvements fait faire le diagnostic de fasciite nécrosante et amène à la prescription de Dalacine IV à partir du 14 novembre mais le 15 novembre, M. C. présente une décompensation de la cirrhose dont il était porteur, avec insuffisance rénale

nécessitant un transfert en soins intensifs. Il a maintenant des séquelles rénales nécessitant une dialyse trois fois par semaine.

L'expertise conclut à des manquements dans la prise en charge de cette complication infectieuse :

- Absence de diagnostic de la fasciite nécrosante par le chirurgien alors que tous les critères étaient réunis.
- Retard de prise en charge par sous-estimation de la gravité de la situation.
- Prescription d'anti-inflammatoires non stéroïdiens (AINS) à partir du 25 octobre alors qu'ils sont contre indiqués en cas de cirrhose et susceptibles de favoriser l'apparition d'une fasciite nécrosante.

Mais une prise en charge des complications infectieuses conforme aux règles de l'art n'aurait pas nécessairement permis d'éviter les conséquences dommageables.

Les manquements imputables au chirurgien n'ont été à l'origine que d'une perte de chance de les éviter évaluée à 25 %

b – Madame L. est opérée d'une cataracte de l'œil droit le 29 mai 2017. Des douleurs apparaissent le 3 juin avec consultations aux urgences où l'on fait le diagnostic d'endophtalmie aiguë nécessitant de nouvelles interventions et laissant des séquelles ophtalmologiques (perte de vision de l'œil droit) et anxio-dépressives.

L'expertise conclut à des manquements :

- Défaut d'information délivrée à la patiente concernant l'apparition de signes cliniques compatibles avec une complication post opératoire.
- Retard de prise en charge d'une suspicion d'endophtalmie de plus de 24 heures alors qu'il s'agit d'une urgence absolue.
- Absence de procédure de transfert des urgences ophtalmo vers d'autres centres hospitaliers.

Mais une prise en charge des complications infectieuses conforme aux règles de l'art n'aurait pas nécessairement permis d'éviter les conséquences dommageables de celles-ci et les manquements n'ont été qu'à l'origine d'une perte de chance de 50 % de les éviter.

c – Madame B. (T. A. de Clermont-Ferrand)

La conclusion de l'expertise est la suivante :

« Il est possible d'affirmer, compte tenu, d'une part, du taux de lithium présent dans le sang de Madame B. relevé dans les résultats transmis le 20 juillet 2002 à 12h43, d'autre part, du délai séparant le moment de l'ingestion médicamenteuse de celui à partir duquel la patiente a été prise en charge au centre hospitalier et universitaire de Clermont-Ferrand, qu'une orientation en service de réanimation dès le 20 juillet 2002 à compter de 12h43, aurait permis à Madame B. de bénéficier d'une chance de survie de l'ordre de 98 à 99 %. »

II- Le recours à l'expert en cas d'incertitude économique et le contentieux de la passation des contrats administratifs

Jean-Marie VILMINT

Expert-comptable de justice près la Cour administrative d'appel de Lyon

Expert honoraire près la Cour d'appel de Lyon

En premier lieu et de façon succincte il sera examiné le recours à l'**expert** (notamment spécialiste en économie et finance) **en cas d'incertitude économique** bien que le juge ne recoure pas en principe dans ce contentieux au raisonnement de la perte de chance.

En second lieu sera abordé le rôle de l'expert dans **le contentieux de la passation des contrats administratifs** qui est un domaine important d'application originale de la perte de chance qui ne retient pas la réparation proportionnelle (lié à un raisonnement probabilistique) mais applique la règle du tout ou rien en présence ou pas de chances sérieuses.

II.1-Le recours à l'expert en cas d'incertitude économique

En cas de **gains manqués résultant de l'impossibilité de poursuivre une activité lucrative**, la perte de chance trouverait à s'appliquer car le requérant n'avait que l'espoir de faire des bénéfices grâce à son activité en l'absence du fait dommageable.

L'obtention du gain financier n'était nullement assurée tant le résultat de toute activité économique dépend de nombreux aléas.

Pourtant le **juge administratif** règle généralement ce type de litige **sans recourir au raisonnement de la perte de chance**.

Il désignera un expert pour évaluer l'ensemble des préjudices à caractère financier dans les domaines suivants indiqués à titre d'exemples.

1- *Dommmage imputable à un ouvrage public ou à des travaux publics* (Responsabilité sans faute pour risque)

Préjudice subi (baisses de chiffre d'affaires, de marge, de valeur de fonds de commerce ...) par les commerces et entreprises durant les travaux de construction du métro, tramway, parking souterrain public, travaux de voiries importantes...

2- *Défaut d'entretien, de conception ou d'aménagement anormal d'un ouvrage public* (Responsabilité pour faute présumée du maître d'ouvrage)

Mauvaise signalisation, éclairage défectueux d'une route de circulation, de travaux de voirie... ayant entraîné un dommage accidentel au niveau d'un usager (automobiliste, cycliste, piéton...) aux conséquences économiques dépendant de la qualité de la victime.

(La victime pouvant être par exemple sans activité ou au contraire être l'homme clé d'une entreprise).

(Cf. Actes du colloque CIECAALY 20/10/2014 : le contentieux de la responsabilité non contractuelle et la réparation du préjudice devant les juridictions administratives p 83-90)

II-2-Le recours à l'expert pour le contentieux de la passation des contrats administratifs

A- Les situations visées

Le candidat illégalement évincé de la procédure de passation d'un contrat administratif (marché public, délégation de service public, concession ...) est en droit de demander la réparation du préjudice s'il démontre que l'irrégularité commise par la collectivité publique l'a privé d'une **chance sérieuse** de conclure un contrat litigieux.

B- La démarche du juge

Elle peut être schématisée en 3 étapes :

Étape 1 : L'appréciation par le juge de l'existence d'un lien de causalité entre l'irrégularité et l'éviction du candidat

A ce stade, il a peu de place à l'intervention d'un expert.

Étape 2 : Le contrôle par le juge de l'existence de chances de se voir attribuer le contrat et principes d'indemnisation

Comme il a été déjà précisé, notamment par Joël ARNOULD, divers arrêts du Conseil d'État ont posé les principes.

Lorsqu'une entreprise candidate d'une délégation de service public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de sa candidature, il appartient au juge :

1-de vérifier d'abord si l'entreprise était dépourvue de toute chance de voir sa candidature retenue ; que dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité.

Exemple : lorsque l'irrégularité ayant entaché la procédure de passation du contrat n'a eu aucune conséquence sur les conditions de mise en concurrence des candidats.

2- si elle n'était pas dépourvue de toute chance de remporter le marché, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre.

Exemple : erreur dans le choix de la procédure de passation du contrat qui n'a aucune

conséquence sur le choix du candidat attributaire.

3- dans le cas où l'entreprise avait des **chances sérieuses** de voir sa candidature retenue, elle a droit à **l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner** qu'elle a subi.

Exemple : Erreur manifeste dans l'appréciation des offres.

Cas où en réalité, l'offre du candidat évincé était meilleure que celle du candidat attributaire.

Ces principes s'appliquent aux marchés publics et autres.

Étape 3 : L'indemnisation par le juge de l'entreprise illégalement évincée

Principe : si l'entreprise disposait d'une chance réelle d'emporter le contrat, elle a droit à l'indemnisation de son manque à gagner incluant les frais de présentation de l'offre sauf stipulation contraire au contrat.

Manque à gagner = Bénéfice net

Bénéfice net = Chiffre d'affaires X taux de marge nette

La preuve du manque à gagner doit être apportée **par le requérant**.

Une attestation de son expert-comptable ou de son commissaire aux comptes peut être admise par le juge si elle n'est pas contestée par les parties et si elle est accompagnée de pièces justificatives.

A défaut d'éléments probants du requérant le juge peut déterminer le taux de marge nette en utilisant :

. un taux moyen de bénéfice net du candidat évincé durant ses 3 précédents exercices pour l'appliquer au chiffre d'affaires prévisionnel du contrat objet du litige, un taux de marge pratiqué par les autres entreprises intervenant dans le même secteur concurrentiel .

. Le juge peut également **ordonner une expertise** avec mission pour l'expert de procéder à cette évaluation .

. Il peut **rejeter** purement et simplement **les conclusions indemnitaires** du candidat évincé.

C- L'intervention de l'expert

Elle peut se situer à la demande du juge à divers niveaux :

- Appréciation de la qualité respective des offres
- Évaluation du manque à gagner
- Appréciation des frais de candidatures

C-1 L'appréciation par l'expert de la qualité respective des offres

L'expert aura pour mission de présenter au juge la qualité respective des offres au vu des critères d'attribution mis en place par la collectivité publique.

Mais l'expert ne pourra se prononcer sur le fait de savoir si le requérant disposait ou non d'une chance sérieuse d'emporter le contrat qui constitue une qualification juridique des faits qui relève de la compétence exclusive du juge.

Aussi, le recours à l'expert par le juge au stade de l'appréciation de la perte d'une chance est rare car le **rôle de l'expert est limité à des constatations techniques.**

C-2 L'intervention de l'expert pour déterminer le manque à gagner de l'entreprise illégalement évincée d'un marché public

Rappel des principes d'indemnisation du manque à gagner fixés par le Conseil d'État :

La réalisation **d'un chiffre d'affaires sur d'autres contrats** est **sans incidence** sur l'évaluation du manque à gagner résultant de l'éviction irrégulière.

Le manque à gagner doit être **déterminé en fonction du bénéfice net** qu'aurait procuré le contrat litigieux et non pas en fonction du taux de marge brute soit :

la **différence entre les produits et les charges** engagés sur la même période par le candidat disposant d'une chance sérieuse d'emporter le contrat.

Les frais généraux (charges à déduire du chiffre d'affaires perdu) correspondent à

l'ensemble des charges que le candidat évincé aurait dû supporter dans le cadre de l'exécution du contrat .

Le bénéfice net est retenu **avant déduction de l'impôt sur les sociétés** (car l'indemnité à ce titre constitue un profit imposable).

La démarche de l'expert pour l'évaluation du manque à gagner

a) Principes

L'expert devra respecter les principes énoncés par le Conseil d'État.

En synthèse, cela revient à **déterminer les charges directement imputables** au marché qui seront déduites du chiffre d'affaires escompté avec le marché perdu et calculer ainsi **un taux de marge** (qualifié par le Conseil d'État de marge nette) **par différence entre le chiffre d'affaires attendu et les charges directement à rattacher au marché litigieux** (charges variables et certaines charges fixes).

b) Évaluation du chiffre d'affaires perdu

En principe elle ne pose pas de difficulté.

L'expert reprendra le chiffre d'affaires certain de l'appel d'offre calculé sur la durée du marché y compris la période de reconduction.

Sera exclu : le chiffre d'affaires conditionnel.

c) Détermination des charges à imputer et du taux de marge nette

L'expert se fera communiquer toutes pièces utiles en particulier :

- les comptes détaillés des 3 derniers exercices
- en cas de contrats de longue durée : les comptes analytiques des contrats similaires déjà réalisés au cours des 5 dernières années ou plus.
- les comptes analytiques (réalisations) s'ils existent par secteur, chantier ...
- le compte prévisionnel du contrat objet de la requête

L'expert s'assurera du **rattachement exhaustif des charges à imputer directement aux contrats** (ou travaux) réalisés ou prévisionnels.

Ces charges seront déduites du chiffre d'affaires concerné pour déterminer la marge nette.

Un **calcul de taux de marge moyen** pourra être effectué, en éliminant les situations exceptionnelles, sur la base des 3 ou 5 dernières années et des éléments prévisionnels.

Selon les analyses plus ou moins fines qui pourront être menées par l'expert ,le taux de marge à retenir pour le calcul du manque à gagner (Chiffre d'affaires X taux de marge nette) pourra ainsi être apprécié au niveau de l'entreprise, du secteur d'activité, du chantier, du contrat.

d) Détermination du manque à gagner total

L'expert établira un compte de résultat prévisionnel du marché perdu sur la durée du contrat.

Le résultat net déterminé par période du marché (année ou autre) devra faire l'objet d'une actualisation(problème du taux à retenir) .

C-3 Intervention de l'expert pour l'appréciation des frais de candidature

Frais indemnisables

- Temps passé pour préparer le dossier de candidature valorisé au prix de revient
- Frais éventuels de transports en cas de négociation
- Frais divers d'envois du dossier

Le recours à l'expert est assez rare car les montants en jeux sont souvent limités et la vérification de leur justification par le juge est généralement aisée surtout en présence de chiffres issus d'une comptabilité analytique et certifiés par le commissaire aux comptes ou à défaut attesté par l'expert-comptable du requérant.

L'expert sera utile dans le cas d'appel d'offre ayant généré des frais et temps d'élaboration de l'offre importants (plusieurs centaines de milliers d'euros voire plus) et en l'absence de comptabilité analytique ou en présence d'une telle comptabilité difficilement exploitable pour un non technicien .

B- Le point de vue de l'avocat en matière de perte de chance devant les juridictions administratives

I- le point de vue de l'avocat sur le recours à la perte de chance pour le contentieux administratif de la responsabilité hospitalière

*Maître Dominique ARCADIO avec la participation de Maître Julien DEYRES ,
avocats au Barreau de Lyon -Cabinet ARCADIO*

Libres propos d'un avocat des victimes sur les incidences pratiques de la perte de chance

De 1980 à aujourd'hui, l'avocat en dommage corporel que je suis, nourri au dogme de la « *réparation intégrale du préjudice* », a vécu toutes les évolutions, voire les « révolutions » de la matière :

- « L'aléa thérapeutique », autrefois appliqué devant les seules juridictions administratives - devenu cet « *accident médical non fautif* » étendu à toutes les scènes juridiques dès la loi du 4 mars 2002 - texte majeur, instaurant au profit des patients victimes une solidarité nationale sans équivalent dans d'autres législations.
- La naissance des CCI⁵⁶, « objet juridique non identifié », d'une portée pratique considérable, comme on le mesure aujourd'hui avec un recul de plus de quinze ans.
- Le rattachement des juridictions administratives à la notion de « perte de chance » en matière de responsabilité médicale depuis l'arrêt du Conseil d'État du 21 décembre 2007 (*Centre hospitalier de Vienne c/ M. Joncart*), commenté par ailleurs.
- Les travaux du CNAM conduits par Madame LAMBERT-FAIVRE, suivi du rapport DINTILHAC et de la Nomenclature du même nom avec ses multiples traductions jurisprudentielles.

⁵⁶ Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux et des affections iatrogènes

- La loi du 21 décembre 2006 accordant à la victime un droit de préférence par rapport aux organismes sociaux en cas de partage ou de... « Perte de chance » précisément.

- L'adoption par les Cours d'appel civiles d'un référentiel, présentant autant, sinon plus de mérites que celui de l'ONIAM, dont on a pu lire qu'il « *était d'une aide certaine pour les juges* ».

Aussi, quand l'opportunité m'a été donnée d'exprimer le point de vue de l'avocat sur la notion de « perte de chance », j'ai accepté sans hésitation, avec l'espoir de faire entendre une voix singulière, issue de la pratique...

La voix d'un avocat de victimes animé de la conviction que le sort des victimes peut être amélioré devant le Juge administratif sans trahir les principes de droit, même sur le terrain de la perte de chance,

Au-delà des avancées positives certaines dont nous nous félicitons (I), nous mettrons en avant les points pour lesquels une amélioration est attendue (II)...

I- Des avancées positives

I.1- Nous rejoindrons les différents intervenants sur **une définition** de la « perte de chance », exprimée de la même façon ou presque,

→ par les juges administratifs : « ***Perte d'une possibilité de réalisation d'un évènement favorable*** ».

→ et par les juges civils : « ***La perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition certaine d'une éventualité favorable*** » (Cass. Civ. 16/01/2013).

I.2- Nous adhérons volontiers au **recours à la notion de perte de chance en matière de responsabilité médicale**, même si c'est au détriment d'une jurisprudence administrative qui jusqu'en 2007 faisait la part belle aux victimes, en indemnisant intégralement les préjudices dès lors qu'une faute était constatée.

Comment en effet défendre un droit à indemnisation identique pour une victime présentant un état antérieur justifiant le recours à des soins, et pour une victime en bonne santé

renversée sur un passage clouté !

I.3- Nous nous rallierons à l'idée que la perte de chance puisse s'apprécier « **en fonction de la probabilité de succès d'une intervention correctement réalisée** » comme l'a récemment rappelé le Conseil d'État (*CE 5^e et 6^e ch. 18/07/2018 n°409390*).

I.4- Nous admettrons que la perte de chance relève de « **l'appréciation souveraine** » du juge administratif, comme c'est le cas au tribunal de grande instance ou devant la CCI.

I.5- Nous constaterons avec satisfaction que le défaut d'information trouve les mêmes réponses devant les différents ordres de juridictions.

Mais en tant que **praticien** du dommage corporel, nous militons pour une application commune des principes juridiques, quelle que soit la scène compétente : juge civil, juge administratif, ou CCI.

A situation égale, le patient victime d'un accident médical dans un établissement public engendrant une « perte de chance », doit bénéficier des mêmes règles que celui subissant le même sort en établissement privé.

Or, tel n'est pas toujours le cas.

Comme si les mêmes formules produisaient des résultats différents...

II- Des améliorations nécessaires

II.1- Le contradictoire doit être strictement respecté au stade de l'évaluation de la perte de chance

II.1.1- Le juge administratif s'appuie sur différents outils pour apprécier le taux de perte de chance.

Si certains doivent évidemment être privilégiés, d'autres ne nous apparaissent pas tout à fait

adaptés à la matière...

On comprendra aisément le recours aux « **travaux de l'expert** ».

C'est unanimement l'élément clé.

Si l'expertise n'évalue pas le taux de « perte de chance », le tribunal doit donc inviter l'homme de l'Art à se prononcer précisément sur ce point.

Mais ce débat doit s'inscrire dans le respect du contradictoire.

II.1.2- On souscrira volontiers à la nécessité pour le juge de puiser dans les « **éléments de l'instruction et l'argumentation des parties** » le taux de perte de chance.

II.1.3- En revanche, on sera très réservé sur les propositions « **de modélisation de PUIGSERGER et MARTINET** », suggérant une formule mathématique assez absconde :

$$n = (P2-P1) / P2$$

(Où *P1* représenterait la probabilité de survenue du dommage en l'absence de faute, et *P2* la probabilité de survenue du dommage en présence d'une faute).

En effet, il n'y a pas de « formule miracle » en la matière, tant il est vrai que l'homme reste au cœur de l'analyse.

De plus cette méthode ne paraît pas intégrer, autant qu'on puisse la comprendre, le « **bénéfice escompté du geste médical** » qui dans notre médecine moderne est un élément à prendre en considération !

N'est-ce pas d'ailleurs là la « **probabilité de succès** » qui se trouve évincée de ce raisonnement, alors que c'est précisément le critère retenu Conseil d'État ?

II.1.4- Mais surtout nous avons quelques peines à admettre que les « **Conclusions des rapporteurs publics** » puissent permettre à la juridiction d'appréhender le calcul de la « perte de chance », sans que nous ayons pu apporter la contradiction – ou notre approbation – à ce raisonnement.

Si nous pouvons comprendre le souci du rapporteur public de proposer à la juridiction une « modélisation » obéissant à des critères rigoureux, nous apprécierions d'être informés de ces critères avant le jour de l'audience !

Si « modélisation » (*le terme même nous paraît malgré tout antinomique avec la matière du dommage corporel et ses principes d'appréciation in concreto*) il doit y avoir, ne peut-elle donner lieu à un débat contradictoire avec les principaux intéressés (*victime et régleur*) sur le quantum de la perte de chance.

Quel dommage d'être privé de cet échange et de cette réflexion !

Quel progrès pourrait faire la matière si l'on pouvait effectivement « *connaître les méthodes de calcul retenues par le juge* », avec transparence, et avant l'audience.

Selon nous, l'expert médical, doit se livrer à une revue de la littérature scientifique, débattue par l'ensemble des parties, pour tenter d'arrêter un taux de perte de chance.

La controverse, si controverse il y a, s'inscrira ensuite dans les écritures des parties, les arguments de chacun pouvant faire évoluer, dans l'esprit du juge, le vecteur de la perte de chance.

Mais dans cette conception, **toutes les parties sont invitées à enrichir ce débat**, et l'humain reste au centre de celui-ci !

Il faut créer des passerelles entre le tribunal administratif, la doctrine et les avocats spécialisés en la matière, pour améliorer notre approche de cette « modélisation », puisque le but affiché par tous est d'avoir la décision la plus « juste » possible.

Mais en restant dans nos tours d'ivoire respectives, nous ne pouvons pas faire progresser la matière.

II.2- Les effets de la perte de chance doivent s'apprécier en respectant le « droit de préférence » posé par la loi du 21 décembre 2006

On a jusqu'alors beaucoup parlé de la notion de perte de chance, mais peu de ses effets.

A première vue, on pourrait penser qu'une perte de chance de 60% d'éviter le dommage en l'absence de faute, par exemple, entrainerait en cas de faute :

- une indemnisation de la victime limitée à 60% de son dommage
- un recours des organismes sociaux dans la proportion de 60% de leurs débours,
- et corrélativement, une obligation de l'assureur de l'Hôpital Public n'excédant pas 60%.

Mais seule cette dernière assertion est vérifiée !

En effet, depuis la loi du 21 décembre 2006, un **droit de préférence** a été institué **au profit de la victime** dans ses rapports avec les organismes sociaux.

Ce texte était appelé des vœux de la doctrine depuis les travaux de Madame LAMBERT-FAIVRE et ne se concevait qu'à travers la Nomenclature DINTILHAC !

Le choix du législateur était clair : en cas de « partage » ou de « perte de chance », la victime doit désormais bénéficier d'un droit de préférence dans ses rapports avec les organismes sociaux.

Cela la conduit, dans le plafond des sommes dues par l'assureur en application de la perte de chance retenue, à voir son préjudice **indemnisé en priorité**, l'organisme social ne pouvant prétendre qu'au solde s'il y en a.

En reprenant l'exemple d'un taux de perte de chance de 60 %, la répartition devrait être la suivante, au titre des dépenses de santé :

- Total des dépenses de santé : 10 000€

- Reste à charge de la victime : 6 000 €

- Remboursement par la CPAM : 4 000 €

- L'hôpital n'est qu'à 60% du montant total des dépenses de santé, soit $10\,000\text{ €} \times 60\% = 6\,000\text{ €}$

La victime devant être indemnisée en priorité au vu de la loi du 21 décembre 2006, recevra donc l'intégralité de son préjudice effectif, soit 6 000 €, la CPAM ne pouvant réclamer les débours qu'elle a exposés.

C'est le législateur qui a imposé cette règle.

Pour permettre son application, celle-ci doit épouser les postes de la Nomenclature DINTILHAC, d'autant que la loi prévoit un recours « poste par poste ».

D'où la nécessité d'une application **systematique** de la Nomenclature DINTILHAC par le juge administratif.

Mais aussi une application rigoureuse, conforme au texte de cette Nomenclature.

S'agissant des postes « dépenses de santé actuelles et futures », il y est mentionné :

« Il s'agit d'indemniser la victime directe du dommage corporel de l'ensemble des frais hospitaliers, médicaux, paramédicaux et pharmaceutiques (infirmiers, kinésithérapie, orthoptie, orthophonie, etc.), le paiement de la plupart de ces dépenses étant habituellement pris en charge par les organismes sociaux. »

« Les dépenses de santé futures sont les frais hospitaliers, médicaux, paramédicaux, pharmaceutiques et assimilés, même occasionnels mais médicalement prévisibles, rendus nécessaires par l'état pathologique de la victime après la consolidation. »

On doit savoir qu'une personne lourdement handicapée peut dépenser entre 100€ et 200€ par mois pour ses protections, son nécessaire à sondage (*gants, crèmes, désinfectant...*), ses gélifiants pour éviter les fausses routes, etc., toutes sommes qui ne sont pas remboursées par les organismes sociaux.

Elles font partie de ce poste de préjudice, au sens de la Nomenclature.

Or, on constate que dans la pratique, les juridictions administratives ont tendance à évincer ces frais de l'assiette des « dépenses de santé », au motif qu'il « *n'y aurait pas de remboursement des organismes sociaux* ».

Ce qui prive « mécaniquement » les victimes du bénéfice du droit de préférence.

Cette règle ne vaut pas seulement pour les dépenses de santé, mais aussi pour les « pertes de gains professionnels futurs », pour lesquels les organismes sociaux sont susceptibles de verser des prestations (*pension d'invalidité, rente « AT », Allocation temporaire d'invalidité, etc.*).

A titre d'exemple, Madame C. 53 ans, gérante de librairie, victime d'un AVC en 2009 non diagnostiqué.

Responsabilité de l'administration : 60%.

Ses pertes de gains professionnels futurs seront reconnues par le tribunal à hauteur de 322 438 €.

La victime, assurée sociale, bénéficie d'une pension d'invalidité dont le capital représentatif est de 279 663 €.

Si l'on applique la règle de la perte de chance conformément à la loi de 2006, on arriverait nécessairement au calcul suivant :

- Total du poste PGPF : 322 438 €

- Préjudice effectif de Madame C : 322 438 € - 279 663 € = 42 775 €

*- L'administration ne saurait être tenue à plus de 60% du préjudice total, soit : 322 438 x 60% = **193 462 €**.*

*- Par application du droit de préférence, Madame C devrait donc percevoir : **42 775 €**, et l'organisme social le reliquat dans la limite de la dette de l'administration, soit :*

193 462 € - 42 775 € = **150 687 €.**

- Or, Madame C ne percevra rien au motif suivant :

« La victime a bénéficié d'une pension d'invalidité servie par le RSI qui s'est élevée en arrérage échus et capital futur à 279 663 €.

Que ce montant a ainsi compensé entièrement les pertes de revenus professionnels en lien avec les fautes constatées.

Que le principe de préférence ne peut trouver à s'appliquer dès lors qu'elle a bénéficié du versement de ces prestations » TA LYON – 13/09/2016 n°1307063

On mesure bien que la règle du droit de préférence est ainsi éludée, comme si elle n'existait pas !

II.3- La référence à la perte de chance un outil qui ne doit pas se limiter au « principe » d'indemnisation : il est d'utilisation universelle

Nous visons ici le cas d'enfants lourdement handicapés à la naissance (*Infirmités motrices cérébrales*) et qui ne pourront jamais travailler.

Cet élément est indiscutable, et constitue une **certitude**.

Devant ce préjudice irréductible, les juges civils retiennent l'existence d'une « perte de gains professionnels futurs », même si la victime n'a jamais travaillé.

Pour parvenir à cette indemnisation, ils s'en remettent à une « **perte de chance de revenus raisonnablement espérés par la victime** » au regard de différents critères qui ne sont pas immuables, ni limitatifs, ni même parfaits, mais qui relèvent de l'office du juge (*revenus moyens, valeur statistique du salaire médian, milieu socio-professionnel des parents, revenus de la fratrie...*).

Ce raisonnement fait d'ailleurs écho à l'évolution jurisprudentielle en droit administratif rappelée par l'un des intervenants⁵⁷, qui a progressivement appliqué la perte de chance dans différents domaines : *perte de chance de remporter un procès, de réussir un concours, d'obtenir une licence d'importation, d'accéder au corps des professeurs des Universités, de remporter un contrat public... et de promotion pour un fonctionnaire...*

⁵⁷ Monsieur Christophe TESTARD, Professeur à l'Université de Clermont-Auvergne

C'est donc de façon incompréhensible pour nous que, dans le contentieux de la réparation du dommage corporel, le Conseil d'État refuse d'indemniser les pertes de gains professionnels si la victime n'exerçait pas d'activité professionnelle avant le fait à l'origine du dommage !

C'est précisément dans ces situations que le recours à la notion de « perte de chance » pourrait être précieux.

On la retient pour un fonctionnaire qui n'a pas pu accéder à une promotion en raison d'un refus illégal de l'administration de l'inscrire au tableau d'avancement, et on la refuserait de principe à un enfant qui avait toute la vie devant lui, et toutes les chances d'en faire quelque chose !

Le recours à la notion de perte de chance est indispensable pour appréhender correctement le contentieux de la responsabilité médicale, qui ne peut se satisfaire d'un raisonnement binaire : réparation intégrale / absence de réparation.

Celle-ci permet d'affiner un raisonnement complexe, qui est à apprécier au regard de la gravité de l'état initial et de la difficulté de soins, eu égard aux connaissances acquises de la science médicale.

Mais on ne doit pas oublier l'objectif premier de « la perte de chance », qui doit permettre *in fine*, d'indemniser les victimes au plus près de leur dommage.

C'est avec la conviction qu'elle peut être mieux utilisée par les juridictions administratives, que nous souhaitons clore ce propos, qui se veut constructif.

Et si on donnait un peu plus sa chance à la « perte de chance » ?

II- le point de vue de l'avocat sur le recours à la perte de chance pour les autres contentieux administratifs

Maître Romain GRANJON avocat au Barreau de Lyon -Cabinet ADAMAS

Synopsis de l'intervention de Romain GRANJON

I- Un contrôle strict du juge administratif sur la reconnaissance du lien de causalité

1. La reconnaissance du caractère direct du préjudice : principal obstacle à franchir devant le juge administratif.

Ex : en matière d'urbanisme (CE, 15 avril 2016, n°371474, ou encore, CE, 12 juillet 2017, n°394941)

Ex : en matière de marché (CAA Lyon 21 décembre 2017 Commune de Manigod)

2. Une fois cet obstacle franchi, l'indemnisation est totale → règle du « *tout ou rien* » avec une nuance :
 - Pas de lien de causalité (équivalent à l'absence de chance) → pas d'indemnisation ;
 - Perte de chance existante mais faible → indemnisation des frais (« *lot de consolation* ») ;
 - Perte de chance « *sérieuse* » → indemnisation à hauteur de 100%.

S'agissant de l'assiette de préjudice, le juge administratif peut être amené à accorder une somme forfaitaire, évaluée selon une « *juste appréciation* ».

(Cf. pour un exemple en matière de marché public, CAA Lyon, 21 décembre 2017, n°16LY01604, *commune de Manigod* ;

Et un exemple en matière de fonction publique : CE, 11 mars 2009, n°305274, *Jean-Claude A/c/ État*)

3. La perte de chance doit être réparable (ex : CE, 7 juin 2017, *Société Le Muselet Valentin*, n° 386627 – en matière d’aide d’État)
4. Dans l’évaluation du préjudice : l’appréciation des préjudices futurs/ la question du taux d’actualisation
5. Le rôle de l’avocat : une charge de la preuve très exigeante.
6. La place de l’expert dans la détermination du préjudice

II- La comparaison avec la jurisprudence judiciaire :

7. La perte de chance même « *minime* » ouvre droit à réparation (cf. pour un exemple récent: Cass. 1ere Civ. 12 octobre 2016, n°15-23230, publié au Bulletin)
8. A l’opposé, jamais une perte de chance n’ouvre droit à une indemnisation à hauteur de 100% (Cass. 1ere Civ. 9 avril 2002 : « *la chance perdue ne peut être égale à l’avantage qu’aurait procuré cette chance si elle s’était réalisée* »).
9. Le juge judiciaire a une appréciation plus souple du lien de causalité. Mais, après, très fort aléa dans l’appréciation souveraine de la perte de chance : les pourcentages varient énormément selon les juridictions.
10. Également, pour le juge judiciaire, pas de réparation forfaitaire du dommage (cf. pour un exemple, Cass. 2^e Civ, 5 février 2015, n°13-22087).
➔ Ainsi, obligation de déterminer le pourcentage de perte de chance puis son assiette.
11. Un recours plus facile à l’expertise qui facilite l’établissement de la preuve.

CONCLUSION du Colloque

Jean-François MOUTTE

Président du Tribunal administratif de Lyon

Il m'appartient de conclure cet après-midi de travail.

Cette année encore il faut au préalable nous féliciter du succès rencontré par notre réunion. Ce succès est révélé par le grand nombre d'inscrits parmi les experts mais aussi par l'attention de l'auditoire. Nous devons aussi ce succès bien sûr à la grande qualité des interventions que nous avons eu le plaisir d'entendre. Il faut donc bien entendu rendre hommage à tous les intervenants pour leur contribution et bien sûr remercier les organisateurs de notre rencontre, Messieurs Lourd et Vilmint.

Que retenir alors de cet après-midi ?

Le sujet du colloque portait sur un thème juridique exigeant, complexe selon M. Lourd dans son propos d'accueil, la perte de chance. Nous n'avions d'ailleurs pas reculé devant la difficulté puisque selon le professeur Leduc cité par Madame Porchy-Simon la perte de chance est « le point aveugle de la théorie du dommage ». Il me semble néanmoins que les contributions de cet après-midi nous ont permis d'y voir plus clair. Une fois encore il faut se louer de la formule de ces rencontres qui permettent de croiser les points de vue et réflexions d'universitaires, magistrats, experts et avocats.

Ainsi la **perte de chance** est une notion qui transcende le droit de la responsabilité administrative et permet un utile dialogue des juges. Mais c'est une notion encore incertaine qui mérite d'être précisée et donne un rôle privilégié à l'expert.

Une notion qui transcende le droit de la responsabilité administrative et permet un utile dialogue des juges

Le président Fraisse a bien rappelé dans son propos introductif la particularité du concept centré sur la notion d'incertitude et le cadre juridique de la perte de chance devant la juridiction administrative en insistant immédiatement sur le lien avec la jurisprudence judiciaire. C'est donc une notion partagée rendant nécessaire le dialogue entre les deux

ordres de juridiction.

L'intervention de Madame le professeur Porchy Simon a permis de poser les bases de cette notion avec notamment le rappel des conditions de la naissance du concept auprès de la juridiction judiciaire. Son utilisation par le juge judiciaire est paradoxale pour elle puisque tout en étant de plus en plus utilisée elle reste méconnue. Elle est ainsi qualifiée de notion fuyante et déroutante.

La problématique est assez similaire devant l'autre ordre de juridiction. On peut relever avec la contribution du professeur Testard combien la perte de chance est alimentée par un fructueux dialogue des juges. Née dans la jurisprudence judiciaire au dix-neuvième siècle, la perte de chance est reprise par le Conseil d'État dans le premier tiers du vingtième. Mais c'est bien le Conseil d'État qui applique le concept en premier s'agissant de la responsabilité hospitalière pour la perte de chance d'éviter une amputation. Il s'inspire à nouveau de solutions judiciaires sur la perte de chance de gagner un procès. M. Testard évoque ainsi un concert jurisprudentiel.

Ce dialogue est d'autant plus nécessaire que des solutions contradictoires sont incompréhensibles pour les victimes comme l'a évoqué Maître Arcadio. La cohérence est une ardente obligation en particulier en matière de responsabilité hospitalière, domaine au demeurant de plus en plus régi par l'intervention législative.

Tout comme devant le juge judiciaire où elle concerne des contentieux variés la place de la perte de chance s'accroît dans des branches diverses de la responsabilité administrative comme par exemple la fonction publique ou l'éducation traduisant le souci d'indemniser plus facilement les victimes et une socialisation du risque. Mais elle méritait bien un examen plus approfondi dans deux de ses domaines d'élection, la responsabilité hospitalière et le contentieux des contrats.

L'intervention de M. Bertolo dresse ainsi un rappel très complet de l'application de la perte de chance par la juridiction administrative, dans le contentieux de la responsabilité hospitalière. Le dialogue entre juges judiciaire et administratif y a été particulièrement fécond. La jurisprudence s'est affinée par ce dialogue notamment depuis la décision de 2007, Centre hospitalier de Vienne, liant le préjudice à l'ampleur de la chance perdue.

La problématique de la perte de chance se pose de manière assez différente dans le contentieux administratif des contrats. Ici le préjudice est économique mais le juge le manie aussi avec finesse en tenant compte de la chance effective du requérant de conclure le contrat dont il est évincé comme l'a exposé M. Arnould.

Une notion encore incertaine qui mérite d'être précisée et donne un rôle privilégié à l'expert.

Les incertitudes sont d'abord d'ordre théorique. Il s'agit de définir la place exacte de la perte de chance dans le raisonnement du juge.

S'agit-il d'un préjudice distinct ou d'un aménagement de l'exigence causale entre un fait et un dommage ?

A l'origine devant le juge administratif la perte de chance repose sur ce deuxième aspect dans l'arrêt fondateur hôpital de Voiron de 1964. La reprise par la Cour de cassation de la perte de chance en responsabilité médicale suscita d'ailleurs en son temps une controverse au sein de la doctrine, notamment du fait du doyen Savatier qui l'avait imagée fortement dans le titre même de son article « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? ».

La jurisprudence maintient en principe l'idée d'un préjudice et non d'une façon de détourner le lien de causalité et la rédaction de la décision de 2007 centre hospitalier de Vienne est clairement en ce sens. Mais pour les civilistes et notamment le professeur Porchy Simon, trop souvent encore malgré une décision de principe de la Cour de cassation de 1982 la perte de chance reste une facilité pour contourner le lien causal. Ceci pose notamment une exigence forte pour les avocats ainsi que l'a exposé Me Granjon dans la démonstration du lien de causalité.

La perte de chance recouvre aussi des hypothèses distinctes. En responsabilité médicale par exemple, celle de survie ou de guérison ou celle d'échapper à un risque thérapeutique comme nous l'a rappelé Madame le professeur Daligand.

La complexité des problèmes ainsi posée n'est évidemment pas que juridique. Il faut aussi apprécier au regard des faits d'une espèce la réalité même de la perte de chance. Le recours aux experts est alors particulièrement nécessaire lorsque se posent des questions que seul l'homme de l'art peut éclairer ainsi que l'a développé dans sa vision d'avocat Me Granjon.

On pensera tout particulièrement au domaine médical dans lequel le juge n'est évidemment pas compétent pour tirer par exemple toutes les conséquences d'un retard de diagnostic ou d'une intervention mal réalisée sur un patient dont il faut bien sûr prendre en compte l'état de santé préexistant. Le professeur Daligand nous a bien précisé les incertitudes et difficultés de ce type de mission.

Le rôle de l'expert est également important dans le contentieux des contrats. M Vilmint nous a exposé ce qu'attend de lui le juge : parfois déterminer ses chances à remporter le contrat sans pouvoir bien sûr lui poser une question de droit ; surtout déterminer le préjudice subi du fait de l'éviction irrégulière.

Maître Arcadio souhaiterait lui que le débat contradictoire, présent au cours de l'expertise, se poursuive dans de meilleures conditions devant le juge, notamment, par un dialogue avec le rapporteur public, vieille revendication de certains avocats.

Les questions restent donc difficiles et la réflexion de ce jour mérite d'être prolongée.

Je conclurai mon propos en faisant référence aux conclusions de M. Terry Olson, commissaire du gouvernement dans l'affaire centre hospitalier de Vienne car elles me semblent bien résumer nos débats de cet après-midi.

Il précisait ainsi s'agissant de la perte de chance : *« Plus qu'une autre, cette notion est comme nous le verrons dans un instant polysémique. En termes plus imagés et si vous voulez bien nous autoriser une métaphore issue du droit des prises maritimes : ce pavillon recouvre toutes sortes de marchandises... »*.

Je vous remercie de votre attention.