

”Le recours à la perte de chance devant les juridictions administratives”, in: La perte de chance devant les juridictions administratives, Actes du colloque de Lyon du 19 novembre 2018, Cour administrative d’appel de Lyon, 2019, pp. 18-33

Christophe Testard

▶ **To cite this version:**

Christophe Testard. ”Le recours à la perte de chance devant les juridictions administratives”, in: La perte de chance devant les juridictions administratives, Actes du colloque de Lyon du 19 novembre 2018, Cour administrative d’appel de Lyon, 2019, pp. 18-33. Cour administrative d’appel de Lyon. La perte de chance devant les juridictions administratives, Actes du colloque de Lyon du 19 novembre 2018, Cour administrative d’appel de Lyon, 2019, 88 p., , pp. 18-33, 2019. hal-01988890

HAL Id: hal-01988890

https://uca.hal.science/hal-01988890

Submitted on 22 Jan 2019

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

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

Le recours à la perte de chance devant les juridictions administratives

Christophe Testard, *Professeur à l'Université Clermont Auvergne – Centre Michel de l'Hospital (EA4232)*

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 socialisation[1], 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* »[2], elle se présente alors comme un instrument de prise en considération du hasard[3]. 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 sur son origine exacte[4]. 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

[1] Par ex. P. Chrétien, N. Chifflot, M. Tourbe, *Droit administratif*, Sirey, 16e éd., 2018, p. 713 et s.
[2] H. Belrhali, *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017, p. 233.
[3] A. Minet, *La perte de chance en droit administratif*, LGDJ, 2014, p. 3
[4] 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.

de règles spéciales. Il y a sans conteste une place pour une analyse de « droit administratif des obligations »[5], 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 »[6] 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* »[7].

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 théorie[8]. 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 référence[9], 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 hasard, est par exemple au cœur de la procédure d'autorisation de plaider[10] ; 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 concours[11] ; de bénéficier de soins efficaces ; d'obtenir une licence d'importation[12] ; d'éviter la survenance d'un

[5] J.-C. Ricci, F. Lombard, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 1ère éd., 2018.
[6] CE, *Responsabilité et socialisation des* risques, Rapport public 2005, EDCE n° 56, p. 1.
[7] B. Seillier, « préface », *in* A. Minet, *La perte de chance en droit administratif*, LGDJ, 2014, p. V.
[8] CE Sect., 3 août 1928, *Sieur Bacon c/ gouverneur général de l'Indochine*, Rec. p. 1035.
[9] A. Minet, *La perte de chance en droit administratif*, *préc*.
[10] 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).
[11] CE, 12 nov. 1965, *Sieur Poncin*, *Rec.* p. 612.
[12] CE, 13 nov. 1974, *Ministre de l'Économie contre Soc. Beccaria*, *Rec.* p. 557.

dommage ; d'accéder aux corps des professeurs des universités[13] ; de remporter un contrat public[14] ou encore, pour un exemple récent, de participer à des astreintes[15]… 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 droit[16].

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* »[17]. Plus qu'une recherche de préséance, c'est un jeu d'aller-retour systématique, de « *dialogue fructueux* »[18] 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 chances d'éviter une amputation[19]. 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 intervention[20] : 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 médical[21]. 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*[22]. 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 équitable[23], en

[13] CE, 3 fév. 2017, M. X., req. n° 394660.
[14] CE, 8 oct. 2014, *SIVOM de Saint-François-Longchamp Montgenafray*.
[15] CE, 26 juil. 2018, *M. A.*, req. n° 410724 ; *AJDA*, 2018, n° 36, p. 2092, note S. DELIANCOURT.
[16] Par ex. CE Sect., 6 nov. 2002, *M. Jean-Claude X.*, req. n° 227147.
[17] B. Seillier, « préface », *in* A. Minet, *préc.*, p. V.
[18] N. Albert-Moretti, « Les présomptions de préjudice », *Dr. adm.*, août 2018, n° 9.
[19] CE, 24 avr. 1964, *Hôpital-Hospices de Voiron*, rec. p. 259.
[20] CE Sect. 5 janv. 2000, *Consorts Telle et AP-HP c/ M. Guilbot*.
[21] Civ. 1ère, 25 janv. 2017, n° 15-27.898.
[22] *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).
[23] CEDH 2 oct. 2003, *Sovtransavto Holding C/ Ukraine*, n° 48553/99.

matière de violation du droit à un procès équitable[24]. 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 chance[25], avant qu'elle n'essaime en droit des marchés publics à propos de l'éviction d'un candidat lors d'une procédure de passation[26].

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* »[27]. 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, 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* »[28]. 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.

[24] CEDH 12 fév. 1985, *Colozza c/ Italie*, n° 9024/80.
[25] TPICE, 17 mars 1993, *Moat c/ Commission*, n° T-13/92.
[26] TPICE, ord. 20 juillet 2006, *Globe c/ Commission*, n° T-114/06.
[27] A. Minet, préc. p. 437.
[28] *Ibid*., p. 3.

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*[29] 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 « *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* »[30]. 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*[31], 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* »[32]. 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*

[29] *Rec.* p. 259.

[30] 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.

[31] 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.

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

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 »[33].

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 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 2015[34] 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

[33] A. Jacquemet-Gauché, « Responsabilité et préjudice », *Dr. adm.*, août 2018, n° 2, § 22.
[34] 14LY00863, solution reprise d'une décision CE 24 sept. 2002, *Mlle P.*, n° 339285.

plus tôt[35]. Dans le même sens, l'administré qui a 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 1ère 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 internationale[36]. 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 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 ?

[35] CE, 10 nov. 2004, *Alogninouwa*, n° 256253.
[36] CE, 29 déc. 2004, *Almayrac et a*., *Rec*. p. 465.

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* »[37] : 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 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* »[38].

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

[37] V. notamment J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, Sirey, 2018, p. 318.
[38] N. Foulquier, « chronique des thèses », *RFDA*, 2014, p. 195.

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* »[39], confère à la question de l'indemnisation une difficulté particulière. Du fait de sa « *finalité indemnitaire* »[40], 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 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 juge[41]. 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 justiciables, 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

[39] J. Boucher, B. Bourgeois-Machureau, « Indemnisation de la perte de chance : le Conseil d'État poursuit sa conversion au probabilisme », *AJDA*, 2008, p. 135.
[40] A. Minet, *préc*., p. 438.
[41] R. Savatier, cité par B. Plessix, « Chronique de droit administratif », *JCPG*, 2008, n° 14, § 7.

hospitalière[42]. 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 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 i*n 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*[43], 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.

[42] 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.

[43] N° 339285.

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.

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 judiciaire[44]. 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 final[45]. Cette analyse quantitative pose essentiellement deux questions : quelle équation appliquer pour aboutir à ce taux ? *Cf diapo*. Quelle degré de précision, dès lors que les éléments du calcul sont déterminés avec un degré d'exactitude dont on peut douter ?

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* »[46].

[44] CE, 25 juillet 2008, *Mme Costa-Autrechy*, n° 296505.
[45] CE, 25 mai 2018, *ONIAM*, n° 410142, cons. n° 5 ; *JCPA*, 2018, n° 2245, note V. Vioujas.
[46] H. Belrhali, *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017, p. 234.

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 réparation[47].

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 caractère pour apprécier la perte de chance[48]. 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 admis[49], 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* »[50], à tout le moins pragmatique, mais l'on peut relever le maintien de son utilisation dans les hypothèses de perte

[47] Par ex. CE 21 oct. 2009, Cazals, n° 314346.
[48] CE 19 oct. 2016, *Centre hospitalier d'Issoire et a.*, n° 391538.
[49] Par ex. CAA Paris, 14 jun 2010, *M. et Mme Bertrand*, n° 05PA01282.
[50] A. Minet, *préc.*, p. 305.

de chance liées à une procédure juridictionnelle[51], 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 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* »[52], 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

[51] CE, 18 nov. 2009, *Prieur*, n° 305337.
[52] A. Minet, p. 384.

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 ?) rangé[53], 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.

[53] 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.