

**N° 468190 – M. D... (demande d’avis)**

**5<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 11 janvier 2023**

**Décision du 20 janvier 2023**

## **CONCLUSIONS**

**M. Florian ROUSSEL, Rapporteur public**

Par la présente demande d’avis, le tribunal vous invite à préciser la portée de votre décision M... du 2 juillet 2010 (n° 323890, A, Dr. adm. 2010. Comm. 135, note Melleray ; AJDA 2011. 116, note Belrhali-Bernard), dans laquelle vous avez jugé que « lorsqu’un dommage trouve sa cause dans plusieurs fautes qui, commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites, la victime peut rechercher la réparation de son préjudice en demandant la condamnation de l’une de ces personnes ou de celles-ci conjointement, sans préjudice des actions récursoires que les coauteurs du dommage pourraient former entre eux ».

Cette demande vous amène en substance à répondre à trois questions distinctes, que nous pourrions reformuler de la sorte :

1° La jurisprudence précitée trouve-t-elle à s’appliquer lorsqu’une personne publique et une personne privée ont agi de façon indépendante (et en particulier lorsqu’elles ont chacune, comme en l’espèce, commis une erreur fautive de diagnostic à l’origine, pour la victime, de la même perte de chance de se soustraire à la survenue du dommage) ?

2° Cette solution vaut-elle aussi lorsque la victime a demandé, dans ses écritures, à ce qu’il soit procédé à un partage de responsabilité entre les coauteurs du dommage ?

3° Le juge doit-il informer les parties qu’il entend relever d’office l’applicabilité de cette jurisprudence ?

## Recevabilité de la demande d'avis

- La première question posée n'appelle pas d'observation particulière en ce qui concerne sa recevabilité.

Il est vrai que certaines cours, dont celle de Douai<sup>1</sup>, semblent déjà avoir pris position sur cette question, comme d'ailleurs sur les suivantes, mais il s'agissait, de façon assez manifeste, de solutions isolées et non d'une jurisprudence établie, que le tribunal n'aurait pas été recevable à vous demander de remettre en cause par le biais d'une demande d'avis.

- En revanche, les deux autres questions posées ne nous paraissent pas recevables. Vous avez en effet considéré, dans un avis H... du 5 juillet 2013 (n° 367908, B), qu'une interrogation portant de manière générale sur l'office du juge ne soulevait pas une question nouvelle présentant des difficultés sérieuses justifiant que vous soit adressée une demande d'avis.

C'est en particulier le cas pour une question portant sur le point de savoir si un moyen se soulève d'office, ainsi que l'indique expressément l'avis précité.

Et il nous semble que cette limite à la recevabilité des demandes d'avis trouve également à s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelles hypothèses le juge pourrait être amené à statuer au-delà des demandes dont il est saisi, en méconnaissance des termes du litige.

Cette question générale, qui renvoie à la conception même du rôle du juge dans le procès administratif<sup>2</sup>, nous paraît également se rattacher à la détermination de son office, au même titre que les demandes portant sur la possibilité de procéder à une substitution de base légale ou de soulever d'office un moyen susceptible de se rattacher à la méconnaissance du champ d'application de la loi qui étaient en cause dans l'affaire H....

- Au demeurant, le fait pour la juridiction d'adresser une telle demande d'avis sur de telles questions la prive de tout intérêt concret pour le litige dont le tribunal est saisi puisqu'il est ensuite loisible aux parties de soulever le moyen. Sauf à porter atteinte à la loyauté du

---

<sup>1</sup> V. par ex. 2 novembre 2010, D..., n° 09DA01306, C+

<sup>2</sup> V. JM Auby, L'ultra petita dans la procédure contentieuse administrative, Mélanges Waline, LGDJ 1974, p. 267 : l'ultra petita est l'expression d'une certaine conception procédurale à laquelle le droit français demeure, sauf exceptions limitées, attaché : celle du « juge passif », selon laquelle le juge n'a le pouvoir ni de se saisir de sa seule initiative de la question qu'il aura à résoudre, ni de déterminer les éléments de cette question.

débat contentieux, une demande d'avis ne devrait donc porter que sur une question débattue par les parties ou qui se soulève d'office.

Fort heureusement, et nous vous en dirons un mot tout à l'heure, il nous semble bien en l'espèce que la juridiction n'avait pas à informer préalablement les parties de ce qu'elle entendait faire application de la jurisprudence M....

### **L'applicabilité de la jurisprudence M... à l'hypothèse où l'une des fautes est imputable à une personne privée**

Sur le fond, nous vous proposerons de répondre à la première question posée que la jurisprudence M... a également vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où l'une des fautes qui portait normalement en elle le dommage est imputable à une personne privée.

Trois séries de considérations nous conduisent à cette conclusion.

***En premier lieu***, le considérant de principe de la décision M..., fichée en A, de même que son abstract, font référence à des fautes commises par des « personnes » différentes, sans cantonner la solution à l'hypothèse, qui était celle du cas d'espèce, où ces fautes sont imputables à des personnes publiques.

Il est vrai que la formulation peut prêter à confusion dans la mesure où il est fait référence à la possibilité d'une condamnation conjointe des personnes mises en cause, ce qui ne se conçoit en principe, qu'à l'égard de personnes publiques, mais la réserve de la compétence de la juridiction administrative pour connaître d'un tel litige nous paraît implicite.

Les conclusions de Catherine de Salins confirment d'ailleurs que vous avez entendu conférer à la solution une portée générale et que la solution n'est pas motivée par la nature publique des deux personnes mises en cause dans cette affaire.

***En deuxième lieu***, si la solution n'a donné lieu qu'à une jurisprudence peu fournie – l'hypothèse de deux fautes indépendantes l'une de l'autre se rencontrant assez rarement en pratique –, il vous est déjà arrivé d'en faire application au cas où l'une des fautes avait été commise par une personne privée.

Voyez, en ce sens, votre décision de Mezzaroba du 2 mai 2016 (5/4, n°383044, C, aux conclusions de Laurence Marion), concernant, comme en l'espèce, des erreurs de diagnostic commises par des médecins libéraux puis des praticiens hospitaliers, à l'origine d'une perte de chance de guérison.

Et surtout, vous avez très récemment, postérieurement à la demande d'avis, confirmé cette solution, dans une décision Centre hospitalier de Vichy rendue en octobre dernier à nos conclusions (n° 446764, B), qui portait sur une configuration où des fautes avaient été commises par un même médical, d'abord en qualité de praticien libéral puis dans le cadre du service public hospitalier.

Vous avez, en effet, jugé que les erreurs dans l'indication thérapeutique et dans la délivrance de l'information sur les risques inhérents à l'opération commises en cette double qualité engageaient la responsabilité du centre hospitalier à raison de l'intégralité du dommage, tout en réservant bien sûr la faculté pour l'établissement d'exercer une action récursoire contre le praticien. Vous avez expressément écarté tout partage de responsabilité, en reprenant le considérant de principe de votre décision M....

Enfin, *en troisième lieu*, c'est la solution qui nous semble la plus cohérente avec la théorie de la causalité adéquate.

Votre jurisprudence<sup>3</sup> est certes désormais solidement fixée en ce sens qu'en matière de responsabilité extracontractuelle, la personne publique ne peut être condamnée qu'à concurrence de sa part de responsabilité dans la production du dommage (Section du 11 mai 1951, Dame P..., Rec. p. 259 ; 5/6, 9 novembre 2016, Mme F..., n° 393108 ; 5/4, 19 juillet 2017, Cne de Saint-Philippe, n° 393288, B). Elle se démarque sur ce point de la jurisprudence de la Cour de cassation, fondée sur la théorie de l'équivalence des conditions, comme de celle du Tribunal des conflits (TC, 14 février 2000, n° 02929, R...).

Mais ce principe, qui comporte d'ailleurs différentes exceptions, ne vaut que lorsque plusieurs fautes ont concouru à la réalisation du dommage – pas lorsque chacune, prise isolément, portait en elle normalement l'intégralité de celui-ci, c'est-à-dire lorsque chaque faute avait un pouvoir causal entier.

---

<sup>3</sup> Voir pour un rappel très complet : Franck Moderne, Recherches sur l'obligation in solidum dans la jurisprudence administrative : EDCE, 1973, p. 47

Comme le soulignait le président Galmot dans ses conclusions sur votre décision de section Marais du 14 octobre 1968 (n° 60738, p. 548), le partage de responsabilité ne se conçoit que dans deux hypothèses bien distinctes :

- La première est celle où deux faits générateurs conduisent chacun à la réalisation d'une partie du dommage (c'est le cas par exemple d'un accident de la circulation suivi d'une mauvaise prise en charge de la victime à l'hôpital) ;
- La seconde est celle où deux faits générateurs portent en eux-mêmes la « probabilité » du dommage. Il cite le cas d'un accident de la route résultant à la fois du mauvais entretien de la route et de la vitesse excessive de la victime. Il convient alors de déterminer la probabilité respective qu'avait chaque fait pris isolément de provoquer l'accident et d'en déduire ensuite le partage de responsabilité.

Cependant, et c'est l'apport de la décision M..., ce partage de responsabilité ne se justifie plus lorsque chacun de ces faits était de nature à causer de façon certaine le dommage. Ainsi, en l'espèce, sans l'une ou l'autre des erreurs de diagnostic commise, il existait une probabilité de 100 % que le dommage (qui consistait en une perte de chance dans l'affaire dont le tribunal est aujourd'hui saisi) fût évité.

**Certes**, la solution présente, comme on le sait, l'inconvénient de ne pas permettre au juge administratif de déterminer la part de responsabilité imputable à la personne publique – la solution inverse étant, quant à elle, critiquable en ce qu'elle le conduit à préciser ce partage sans que la personne privée n'ait été mise en cause dans l'instance. Les termes du débat ont été maintes fois rappelés à ce pupitre ainsi que dans la doctrine et nous n'y reviendrons pas.

**Toutefois**, cette solution se déduit de la configuration particulière, en pratique assez rare, où les différentes personnes mises en cause ont agi indépendamment l'une de l'autre en faisant naître chacune le dommage par leur seule faute. Et il ne s'agit d'ailleurs pas de la seule hypothèse dans laquelle le partage de responsabilité ne sera pas prononcé.

Vous avez ainsi dégagé une obligation in solidum en raison de l'étroite collaboration et de la répartition des compétences instituées entre les services de l'Etat et les établissements de transfusion sanguine en ce qui concerne la réparation des conséquences dommageables des contaminations (Ass, 9 avril 1993, M. D., n°138653, A) et la solution a ensuite été reprise en matière de transfert médical d'urgence (CE, 18 février 2010, A..., n°318891, B). Et plus généralement, la solution trouve à s'appliquer en cas de cumul entre une faute personnelle et

une faute de service (CE, 26 juillet 1918, Epoux Lemonnier, n°49595, au GAJA ; CE, Ass., 28 juil. 1951, Delville, au GAJA).

Ajoutons, même si vous n'avez pas aujourd'hui à vous prononcer sur ce point, que dans cette configuration particulière où chaque faute porte l'intégralité du dommage (et non une probabilité de survenue de celui-ci), il nous semblerait logique que le partage des responsabilités soit déterminé sur des bases purement arithmétiques, en fonction uniquement du nombre de défendeurs concernés. Par exemple, si une personne publique et une personne privée ont chacune commis la même erreur de diagnostic, qui aurait permis, avec certitude, de prévenir le dommage, il devrait être fait droit à l'action récursoire à hauteur de 50 % de l'indemnité que l'auteur de ce recours a été condamné à verser à la victime.

Nous ne voyons donc pas de raison suffisamment solide pour cantonner à l'avenir votre jurisprudence M... aux seules litiges où seules des personnes publiques sont susceptibles d'être mises en cause.

### **L'applicabilité de la jurisprudence M... quand le demandeur conclut à ce qu'il soit procédé à un partage de responsabilité**

La deuxième question porte, on l'a vu, sur le point de savoir si le juge peut condamner le défendeur à la réparation de l'entier dommage, alors que le demandeur avait conclu à ce qu'il soit procédé à un partage de responsabilité. Si vous la jugiez recevable, nous vous proposerions d'y répondre par l'affirmative.

- De façon générale, la règle de l'ultra petita fait interdiction au juge de statuer au-delà de ce qui lui est demandé (V. 8 août 1918, Delcourt, p. 739, D. 1922.362), la demande se définissant par son objet, sa cause et son auteur.

Votre jurisprudence tend à définir l'objet de la demande en référence, uniquement, au montant global de l'indemnité demandée et au fait générateur du dommage.

La règle de l'ultra petita ne fait ainsi pas obstacle à ce que le juge alloue à la victime une somme supérieure à celle demandée au titre d'un chef de préjudice déterminé, pour peu que le montant total de l'indemnité n'excède pas celui sollicité (CE, 14 octobre 1959, préfet de Police c. Dame Lartreau, p. 1072).

C'est ce qui explique que le dispositif des décisions de condamnation mentionne seulement, le plus souvent, le montant total de l'indemnité allouée, pas les chefs de préjudice, et pas davantage la part de responsabilité ou la perte de chance. Il n'en va différemment que dans des hypothèses très particulières, comme certaines décisions avant-dire droit ou encore en cas d'appel en garantie.

L'indication par la victime de la part de responsabilité qu'elle estime devoir être mise à la charge du défendeur ne nous semble donc pas lier le juge<sup>4</sup>.

Il lui appartient en effet de statuer au vu des principes qui gouvernent l'établissement du lien de causalité et la répartition des responsabilités entre coauteurs du dommage. La seule indication erronée figurant dans les écritures du demandeur ne saurait conduire le juge à méconnaître les règles prétoriennes qu'il lui incombe d'appliquer - pas plus qu'il ne peut faire application d'un texte inapplicable dont se prévaut à tort le requérant sans être contredit (CE 2 juin 2010, Fondation de France, n° 318014, A).

- Et réciproquement d'ailleurs, la circonstance que le défendeur ait admis l'existence d'un lien de causalité ne fait pas obstacle à ce que le juge l'écarte et rejette en conséquence la demande indemnitaire (CE, 26 mars 2003, S... n° 24453, A). Il n'est pas davantage tenu d'accorder une somme au moins égale à celle que l'administration s'était déclarée prête à verser à l'amiable au demandeur (2/7, 29 novembre 2004, Tibère, n° 242384, B, concl. ppte da Silva).

Ces dernières solutions se justifient certes en partie par la jurisprudence Mergui mais il nous semble qu'elles révèlent également votre souci de ne pas subordonner l'issue du litige aux positions erronées en droit émises par les parties à tel ou tel stade du raisonnement.

En reconnaissant l'existence d'une obligation in solidum, le juge ne méconnaît donc pas les termes du litige. Il se borne à exercer son office.

Il n'y a pas lieu de déroger à ces principes généraux en ce qui concerne la mise en œuvre de la jurisprudence M.... Certes, le considérant de principe de votre décision indique que la victime peut « rechercher » la réparation de son préjudice devant une seule des personnes à l'origine de ses préjudices, mais c'est uniquement parce que la victime peut également rechercher la

---

4

responsabilité conjointe des différentes personnes en cause (lorsque la juridiction administrative est compétente pour connaître de telles conclusions), et seulement bien sûr, comme il a été dit, si le juge administratif est compétent pour en connaître.

▪ La Cour de cassation retient certes une conception différente. Elle juge ainsi que le juge ne peut accorder la réparation intégrale du préjudice alors que seul un partage de responsabilité était sollicité (Civ. 2è, 14 avril 1972, n° 70-14.292, Bull civ II, n° 100 ; Civ 3è, 10 juillet 1972, n° 71-10.947, Bull. civ. III, n° 451). A fortiori, une cour d'appel ne peut prononcer un partage de responsabilité et réduire les dommages-intérêts demandés par une partie civile, en opposant à celle-ci une faute, que le prévenu et le civilement responsable ne lui reprochent pas (Crim. 10 oct. 1963, no 61-92.948). De même, lorsque les parties sont d'accord pour appliquer un certain barème pour calculer le capital représentatif d'une rente, les juges du fond ne peuvent appliquer un autre barème (Crim. 7 mars 2006, no 04-87.664 ). Et le juge ne peut refuser d'indemniser un préjudice lorsque l'accusé a accepté de l'indemniser à un certain montant qui constitue le plancher minimal en-dessous duquel il ne peut descendre (Crim. 1er oct. 1997, no 96-84.539)

Toutefois, cette jurisprudence découle de la circonstance que devant le juge judiciaire, le procès est davantage que devant vous la chose des parties, qui peuvent en fixer plus librement les termes. En vertu du principe de l'indisponibilité du litige, désormais posé à l'article 5 du code de procédure civile, le juge doit ainsi « se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ».

▪ Précisons enfin que lorsque le montant demandé est défini en référence à un partage de responsabilité, le juge n'a pas à réévaluer ce montant lorsqu'il estime que l'administration doit être condamnée à réparer l'intégralité du dommage. C'est le montant de l'indemnité figurant dans le dispositif du dernier mémoire avant clôture du requérant qui détermine la somme maximale à laquelle l'intéressé pourra prétendre.

### **L'application de l'article R 611-7 du CJA**

En ce qui concerne la troisième question, il nous semble qu'en condamnant, conformément à son office, le défendeur à réparer intégralement le préjudice sans procéder à un partage de responsabilité, le juge ne soulève pas un moyen d'ordre public qui devrait être préalablement porté à la connaissance des parties en application de l'article R. 611-7 du CJA.

De façon générale, comme le résume Claire Landais dans ses conclusions sur une décision B... du 30 mai 2007 (n° 274477, B), il y a lieu à information préalable des parties lorsque le juge se fonde sur un élément « importé de façon tout à fait exogène dans le litige par le juge et ne relevant pas de façon évidente de l'office de ce dernier ».

Vous retenir ainsi généralement que cette obligation procédurale ne trouve pas à s'appliquer lorsque le juge constate qu'une des conditions d'engagement de la responsabilité n'est pas remplie, qu'il s'agisse de l'établissement du lien de causalité ou de l'existence d'un préjudice indemnisable (V. décision S... précitée et CE, 30 novembre 2005, G..., n° 269546, B).

De même, il nous semble que l'application d'une règle de jurisprudence conduisant à indemniser intégralement le dommage sans procéder à un partage de responsabilité relève « de façon évidente » de l'office du juge, lorsqu'il répond au moyen tiré de la responsabilité pour faute soulevé devant lui. La loyauté des débats ne s'en trouve pas affectée.

Mais cependant, pour les raisons précédemment exposées, cette dernière question nous semble, comme la précédente, irrecevable.

**Tel est le sens de nos conclusions sur cette demande d'avis.**