



HAL
open science

Les qualités de juridiction judiciaire de la CNITAT et de collaborateur occasionnel du service public du médecin qualifié

Fabrice Lemaire

► To cite this version:

Fabrice Lemaire. Les qualités de juridiction judiciaire de la CNITAT et de collaborateur occasionnel du service public du médecin qualifié. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2004, 04, pp.275-298. hal-02587251

HAL Id: hal-02587251

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02587251>

Submitted on 15 May 2020

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.

**COMMENTAIRE DE LA DECISION DU TRIBUNAL DES
CONFLITS
DU 8 AVRIL 2002 - MELENNEC
LES QUALITES DE JURIDICTION JUDICIAIRE DE LA
CNITAT ET DE COLLABORATEUR OCCASIONNEL DU
SERVICE PUBLIC DU MEDECIN QUALIFIE**

*Par Fabrice Lemaire
Maître de conférences à l'Université de La Réunion*

Arrêt

Vu, enregistrée à son secrétariat le 24 juillet 200 l'expédition du jugement du 3 mai 2001 par lequel le tribunal administratif de Paris, saisi d'une demande de M. MELENNEC tendant à la condamnation de l'Etat à lui verser diverses indemnités en réparation du préjudice qui lui a causé la commission nationale technique de la sécurité sociale en cessant, à partir de 1991, de lui confier des dossiers alors qu'il est inscrit sur la liste des médecins qualifiés, a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié, le soin de décider sur la question de compétence ;

Vu l'arrêt du 27 janvier 1995 par lequel la cour d'appel de Paris s'est déclarée incompétente pour connaître de ce litige ;

Vu, enregistrées le 11 septembre 2001, les observations présentées par le ministre de l'emploi et de la solidarité, tendant à ce que la compétence de la juridiction judiciaire soit reconnue par le motif que M. MELENNEC, choisi discrétionnairement sur la liste des médecins rapporteurs parmi l'ensemble des médecins qualifiés par le président de la commission nationale technique de la sécurité sociale, avait la qualité de collaborateur occasionnel du service public de la justice judiciaire ;

Vu les autres pièces du dossier, desquelles il résulte notamment que M. MELENNEC, qui n'a pas produit de mémoire, a reçu notification, le 20 août 2001, du jugement du tribunal administratif ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Vu le décret du 26 octobre 1849 modifié ;

Vu l'article L. 144-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 applicable au litige ;

Considérant que M. MELENNEC, inscrit depuis 1984 sur la liste des médecins qualifiés de la commission nationale technique de la sécurité sociale, n'a

plus été désigné par cette commission, à compter du mois de juin 1991, pour l'examen préalable des dossiers qui lui étaient soumis en appel ; que, contestant les causes et circonstances de cette situation, il a demandé à l'Etat l'indemnisation des préjudices que lui aurait causés un refus systématique de lui confier des missions d'expertise judiciaire ;

Considérant que la commission nationale technique de la sécurité sociale, devenue la cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail en vertu de la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994, dont les décisions peuvent être attaquées devant la Cour de cassation, est une juridiction judiciaire ; que les décisions de faire procéder à l'examen préalable, par un médecin qu'elle choisit dans chaque cas parmi les médecins qualifiés inscrits sur la liste arrêtée à cet effet par le ministre chargé de la sécurité sociale, de tout dossier qui lui est soumis en appel des commissions régionales de sécurité sociale, devenues, en vertu de la même loi, les tribunaux du contentieux de l'incapacité, concernent le fonctionnement du service public judiciaire ; qu'il en est de même de l'abstention de la commission de confier des dossiers à un praticien inscrit sur cette liste ; qu'il s'ensuit que les conclusions de M. MELENNEC tendant à la condamnation de l'Etat à lui verser diverses sommes en réparation des préjudices que lui aurait causés une telle abstention de la commission à compter du milieu de l'année 1991 et jusqu'au terme de son inscription sur la liste susmentionnée, relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ;

DECIDE :

Article 1^{er} : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître des conclusions de M. MELENNEC tendant à la condamnation de l'Etat à lui verser diverses sommes en réparation des préjudices que lui aurait causés l'abstention de la commission nationale technique de la sécurité sociale de lui confier des dossiers à compter du milieu de l'année 1991 et jusqu'au terme de son inscription sur la liste des médecins qualifiés établie par le ministre chargé de la sécurité sociale.

Article 2 : L'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 27 janvier 1995 est déclaré nul et non avenu. La cause et les parties sont renvoyées devant cette cour d'appel.

Article 3 : La procédure suivie devant le tribunal administratif de Paris est déclarée nulle et non avenue, à l'exception du jugement rendu par ce tribunal le 3 mai 2001.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au garde des sceaux, ministre de la justice qui est chargé d'en assurer l'exécution.

Après avoir entendu en séance publique : - le rapport de M. Chagny, membre du Tribunal, - les conclusions de M. Bachelier, commissaire du gouvernement ;

Président : Mme Aubin.

Observations

Le contentieux technique de la sécurité sociale concerne les contestations relatives à l'invalidité, l'incapacité permanente et l'incapacité au travail (art. L 143-1 et suivants du Code de la sécurité sociale). Ces litiges sont soumis aux tribunaux du contentieux de l'incapacité dont les jugements sont susceptibles d'appel devant la cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (CNITAT). Celle-ci doit faire procéder à l'examen préalable, de tout dossier qui lui est soumis, par un médecin qualifié choisi sur une liste établie par arrêté ministériel (art. R 143-26 du Code de la sécurité sociale). M. Mélenec qui était inscrit, depuis 1984, sur la liste des médecins qualifiés ne s'était plus vu confier de dossiers par cette Cour à compter de juin 1991. Estimant ainsi avoir fait l'objet d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, il saisit le conseil des prud'hommes de Paris afin de voir celui-ci condamner l'Etat à réparer le préjudice causé. La juridiction prud'homale s'est déclarée incompétente au motif que M. Mélenec n'était pas dans une situation de subordination nécessaire à la reconnaissance d'un contrat de travail. La Cour d'appel de Paris a, dans un arrêt du 27 janvier 1995 confirmé ce jugement. M. Mélenec se tourna alors vers le Tribunal administratif de Paris qui, se déclara, à son tour, incompétent dans un jugement en date du 3 mai 2001, au motif qu'étant collaborateur occasionnel du service public judiciaire, sa non désignation intéressait le fonctionnement de ce service public et relevait du juge judiciaire. Le juge administratif saisit donc le Tribunal des conflits par la voie de la procédure de prévention des conflits négatifs.

La juridiction de partage devait décider qui du juge administratif ou judiciaire doit connaître de l'action en responsabilité contre l'Etat formée par un médecin qualifié auquel la CNITAT refuse de confier des dossiers. Si le Tribunal des conflits ne s'est pas fondé sur la qualité de collaborateur occasionnel du service public de M. Mélenec pour rendre sa décision (I), cette question devra être examinée par le juge désigné pour statuer sur le litige (II).

I/ LA DETERMINATION DE LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE

Pour déclarer le juge judiciaire compétent, le Tribunal des conflits a jugé que le refus de confier des dossiers avait été pris par " une juridiction judiciaire " (A) et intéressait " le fonctionnement du service public judiciaire " (B).

A/ Un litige intéressant une juridiction judiciaire spéciale

On sait que les critères pour déterminer la nature juridictionnelle ou non d'un organisme sont complexes et discutés en doctrine. Le Tribunal des conflits s'est basé sur le critère formel pour statuer (1). Cependant, la prise en compte du critère organique aurait pu conduire, avant janvier 2002, à une autre solution (2).

1°/ La prise en compte du critère formel

Pour M. Chapus, le problème de la qualification d'un organisme ne se pose que s'il n'existe aucune qualification textuelle. Ainsi, lorsque le juge retient que les décisions d'un organisme sont qualifiées de "jugements" ou déclarées susceptibles de "recours en cassation", "il ne fait que *prendre acte* de sa qualité. *Il ne résout pas un problème de qualification*". Il n'existerait pas de critère formel mis en œuvre par la jurisprudence¹. Cependant, lorsque le juge se réfère au critère matériel, c'est-à-dire, à la nature de la mission de l'organisme en cause, il examine les prérogatives que ce dernier tient de la loi ou d'un acte réglementaire. Dans tous les cas, c'est à partir de l'examen des textes que le juge se prononce. Qu'il soit textuel ou jurisprudentiel, c'est donc toujours d'un critère formel qu'il s'agit lorsqu'il y a examen de la procédure suivie devant l'organisme à qualifier. Le Tribunal des conflits s'est fondé sur le fait que les décisions de la CNITAT peuvent être attaquées devant la Cour de cassation pour conclure qu'il s'agissait d'une juridiction judiciaire. L'article L 144-1 issu de l'article 80-V de la loi du 18 janvier 1994 prévoit, en effet, cette possibilité de recours. On relèvera, au surplus, que la substitution, par cette même loi, du nom de "cour" nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents de travail à celui de "Commission"² nationale technique est un élément supplémentaire pour opter vers la qualification de juridiction. De même, des caractères de la procédure : respect du contradictoire (art. R 143-25) et motivation des décisions³ (art. R 143-33) "qui sont les traits essentiels de la procédure et de la décision juridictionnelle"⁴. Enfin, plus explicitement encore, encore, l'article L 144-2 du Code de la sécurité sociale règle le problème des dépenses de contentieux "à l'exclusion des traitements des magistrats et fonctionnaires faisant partie des *juridictions*" et l'article R 144-4 concerne la "juridiction de renvoi" en cas de cassation avec renvoi. Cette position n'est pas nouvelle. En effet, la Commission nationale des accidents du travail, créée en 1945, qui était l'ancêtre de la CNITAT avait été qualifiée de juridiction mais, cette fois, administrative eu égard le caractère administratif des créances de cotisations⁵. La commission nationale technique de la sécurité sociale qui lui a succédé a, ensuite,

¹ René Chapus, Droit du contentieux administratif, Montchrestien, 9^e édition, 2001, p. 105.

² Encore qu'une commission peut être une juridiction comme la Commission juridictionnelle des objecteurs de conscience de l'article L 52 du Code du service national.

³ Sur cette obligation, voir : Cass. 2^{ème} civ., 19 novembre 1954, Bull. civ., II, n° 363.

⁴ Guionin, conclusions sur CE, 12 janvier 1951, Union commerciale de Bordeaux-Bassens, D., 1951, p. 335. Voir également pour la prise en compte de ces éléments dans la qualification de juridiction : Léonard, concl. sur CE, 19 février 1943, Bugnet, Dr. soc., 1943, p. 174.

⁵ CE, sect., 21 janvier 1951, Union commerciale de Bordeaux-Bassens, Rec. CE, p. 19, D., 1951, p. 335, concl. Guionin. La qualification de juridiction résulte de l'article 35 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 sur la sécurité sociale qui emploie expressément le terme de "juridiction", même si son rattachement à la commission n'est qu'implicite. Le commissaire du gouvernement fait remarquer que son caractère administratif aurait pu être remis en cause si l'article 35 n'avait pas exclu que la commission relevait du "contrôle de la chambre sociale de la Cour de cassation" (p. 336).

été regardée comme une juridiction, implicitement judiciaire en raison de l'institution d'un pourvoi porté devant la Cour de cassation¹. Enfin, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé qu'en statuant sur le contentieux technique, la CNITAT exerçait des "attributions juridictionnelles"². Il ressort donc des dispositions du Code de la sécurité sociale que le législateur a entendu créer une juridiction. Cette qualification s'imposerait au juge³. Cependant, nous pensons qu'elle pouvait être remise en cause si l'on se place d'un point de vue organique⁴.

2°/ Une solution qui était discutable au regard du critère organique

La composition de la CNITAT pouvait la faire qualifier de "juridiction arbitrale"⁵ eu égard sa composition mixte puisqu'elle était partagée entre des magistrats des deux ordres et des fonctionnaires de catégorie A des ministères intéressés (arts. L 143-3 et R 143-15 du Code de la sécurité sociale). C'est cette composition qui posait problème. La chambre sociale de la Cour de cassation a, certes, estimé que "les présidents et assesseurs composant la Cour nationale constituent un tribunal indépendant et impartial"⁶. Mais il a été jugé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation que "le fait que la juridiction comprend des fonctionnaires de catégorie A, en activité ou honoraires, du ministère chargé de la Sécurité sociale ou du ministère de l'Agriculture, nommés sans limitation de durée de sorte qu'il peut être mis fin à tout moment et sans condition à leurs fonctions par les autorités qui comprennent le ministre, exerçant ou ayant exercé, lorsqu'ils étaient en activité, le pouvoir hiérarchique sur eux, constituaient des circonstances de nature à porter atteinte à l'indépendance de la Cour nationale et à faire naître un doute légitime sur son impartialité"⁷. Dans son rapport annuel pour

¹ Voir par exemple : Cass. soc., 15 janvier 1964, Azregainon, D., 1964-J-773 : la haute juridiction oppose "la juridiction technique d'exception" à la "juridiction de droit commun de la sécurité sociale" ; Edouard Maurel, La notion d'incapacité au travail et les juridictions du contentieux technique, RDSS, 1971, p. 344 ; Yves Saint Jours, Traité de la sécurité sociale, LGDJ, 1982, p. 64. La commission nationale est décrite comme la "juridiction d'appel" des commissions régionales ; Jean Jacques Dupeyroux, Droit de la sécurité sociale, Dalloz, 12^{ème} édition, 1993, p. 725 : l'auteur fait référence « aux juridictions du contentieux technique » pour désigner ces deux organismes.

² Cass. soc., 28 mai 1998, Société Ferry Capitaine, Bull. civ., V, 290.

³ En ce sens : Michel Degoffe, Juridictions administratives spécialisées, Répertoire Dalloz du contentieux administratif, 2002, n° 2.

⁴ Certains auteurs englobent les éléments organique et procédural sous le nom des critère(s) formel(s). Voir, par exemple : René Chapus, op. cit., pp. 102 et 105 ; Bernard Pacteau, Contentieux administratif, PUF, 6^{ème} éd., 2002, p. 96. D'autres utilisent comme synonymes critères organique et formel. En ce sens : Charles Debbasch, Jean-Claude Ricci, Contentieux administratif, Dalloz, 8^{ème} éd., 2001, pp. 63 et 65. On préférera, cependant, les distinguer avec MM. Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 14^{ème} éd., 2003, p. 86.

⁵ René Chapus, op. cit. p. 94.

⁶ Cass. soc., 28 mai 1998, Société Ferry Capitaine, précité.

⁷ Cass. ass., 22 décembre 2000, Bull. civ., n° 12, RJS, 2001, n° 366. V. également à propos de la COTOREP et de la commission centrale d'aide sociale : CE 6 décembre 2002, Aïn-Lhont et Trognon, Dr. Adm. Janv. 2003, n° 21, p. 31.

1998, la haute juridiction s'était déjà interrogée sur ce point¹ après que les tribunaux du contentieux de l'incapacité aient été considérés comme n'étant pas indépendants et impartiaux² au sens de l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme³. Cette considération était-elle de nature à remettre en cause la qualification de juridiction de la CNITAT ? On pourrait répondre par la négative au motif que l'indépendance n'est pas une condition de la nature juridictionnelle d'un organisme puisque l'assemblée plénière précise, dans l'affaire précitée, que " la juridiction " n'est ni indépendante ni impartiale. M. Chapus affirme, également, que " si l'organisme est une juridiction, il doit être indépendant, en ce sens qu'il est soustrait au pouvoir hiérarchique (et les dispositions administratives qui le soumettraient à un tel pouvoir seraient illégales) " ⁴. L'indépendance ne semble ainsi être qu'une conséquence. On peut, cependant, penser que l'indépendance et l'impartialité sont bien des conditions pour la reconnaissance d'une juridiction⁵. M. Chapus distingue de l'hypothèse où la question de la qualification d'un organisme se pose, celle " où aucun choix n'existe quant à la réponse à lui donner ". Dans ce dernier cas, outre le fait où on se trouve en présence d'une qualification textuelle, est visée la situation dans laquelle existe des " contre-indications ", telle que le cas où " le statut de l'organisme n'est pas compatible avec l'indépendance et l'impartialité propres à une juridiction : (étant donné sa composition) " ⁶. Si ces deux caractères ne sont pas, en fait, propres aux juridictions⁷, ils s'imposent au législateur. En effet, ce dernier ne peut aller à l'encontre des principes constitutionnels dont celui de l'indépendance des juridictions⁸. Il ne peut pas y avoir de juridiction sans indépendance. De plus, les définitions de la juridiction en droit interne et du tribunal

¹ Doc. Fr., 1999, p. 19.

² Cass. soc., 17 décembre 1998, Luhcêbe Madari, Bull. civ., V, n° 578, RJS, D., 1999-IR-53, 1999, n° 436, Dr. soc., 1999, p. 158, note Liffiran, JCP éd. ets, 1999, p. 257, note Taquet, Petites affiches, 15 janvier 1999, p. 8, note Ducouloux-favard ; Cass. soc., 9 mars 2000, Habib Spa, Bull. civ., V, n° 97, D., 2000-IR-136, RJS, 2000, n° 459, RTD civ., 2000, p. 623, obs. Normand, RDSS, 2001, p. 325, com. Verkindt. Ceci eu égard au fait que le tribunal est présidé par un représentant du directeur régional des affaires sanitaires et sociales qui, du fait de ses fonctions administratives, avait des liens avec la caisse, partie au litige. Or, il désigne le médecin-expert et sa voix est prépondérante en cas de partage.

³ " Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue... par un tribunal indépendant et impartial ".

⁴ René Chapus, op. cit. p. 98. CE 6 décembre 2002, Aïn-Lhont et Trognon, précité.

⁵ Voir en ce sens : Raymond Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, T. 1, 1920, p. 784 ; Hans Kelsen, La théorie pure du droit, 1962, p. 350 ; Jacques Chevallier, Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle, Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 275 ; Léonard, loc. cit. ; Olivier Gohin, Qu'est-ce qu'une juridiction, Droits, 1989, n° 9, p. 101 ; Michel Degoffe, op. cit. n° 5 ; M. Verkindt (loc. cit.) observe que " la Cour nationale de l'incapacité n'est une juridiction que de nom et le changement de terminologie opéré par la loi du 18 janvier 1994 ne doit pas faire illusion ".

⁶ René Chapus, op. cit. p. 99.

⁷ Voir : CE ass., 3 décembre 1999, Didier, Rec. CE, p. 399 : le Conseil des marchés financiers qui n'est pas une juridiction au sens du droit interne est soumis au principe d'impartialité de l'article 6 de la CEDH.

⁸ CC, 20 juillet 1980, Rec. CC, p. 46, RD publ., 1980, p. 1658, note Favoreu, AJDA, 1980, p. 602, note Carcassonne, JCP, 1981-II-19603, note Nguyen Quoc Vinh, D., 1981, p. 65, note Franck, Rev. Adm., 1981, p. 33, note Villiers ; CC, 21 février 1992, RD publ., 1992, p. 389, chron. Luchaire.

en droit européen se rejoignent en grande partie. Le tribunal est un organe qui doit respecter certains principes “ au premier rang desquels se place l’indépendance par rapport à l’exécutif comme aux parties, mais encore les garanties d’une procédure judiciaire ”¹ et qui doit “ trancher sur la base du droit une question relevant de sa compétence ”². On retrouve ainsi les critères organique, formel et matériel de la juridiction³. Par ailleurs, l’indépendance ne s’apprécie pas différemment en droit interne et suivant la convention. Lorsque le législateur entend créer une juridiction, il doit donc en tirer toutes les conséquences. Si le statut donné à l’organisme en cause ne permet pas d’assurer son indépendance et son impartialité, la qualification de juridiction qui lui est donnée pourra être remise en cause lors du contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité⁴. D’ailleurs, le législateur a tenu compte des jurisprudences précitées en modifiant la composition du tribunal et de la Cour avec l’article 35 de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002⁵. Mais le caractère de juridiction judiciaire ainsi reconnu à la CNITAT ne suffit pas à donner compétence au juge judiciaire.

B/ Un litige intéressant le fonctionnement du service public judiciaire

Le choix du juge compétent (1) pourrait être influencé par l’éventuelle qualité de collaborateur occasionnel du service public de M. Mélenec (2).

1°/ L’influence de la qualité de collaborateur occasionnel du service public

La désignation du juge compétent pour connaître d’un litige concernant un collaborateur occasionnel du service public judiciaire a donné lieu à des divergences (a) auxquelles la décision du Tribunal des conflits ne met, malheureusement pas fin, de manière suffisamment explicite (b).

a) L’existence d’une divergence doctrinale et jurisprudentielle

Le juge administratif s’est déjà reconnu compétent pour connaître d’un dommage subi par un collaborateur du service public judiciaire⁶. De même du juge judiciaire⁷. Si cette dernière position a été approuvée¹, il a également été soutenu que

¹ CEDH, 18 juin 1971, De Wilde, série A, n° 12, § 78.

² CEDH, 29 avril 1988, Belilos, série A, n° 132, § 64.

³ Voir également, en ce sens : Jacques Velu et Rusen Ergec, La convention européenne des droits de l’homme, Bruylant, 1990, p. 452 ; Laurent Sermet, Convention européenne des droits de l’homme et contentieux administratif français, Economica, 1996, p. 210.

⁴ Lorsque le Conseil d’Etat annule la décision d’une “ juridiction ” comme contraire à l’indépendance exigée par l’article 6-1 de la Convention, il remet indirectement en cause cette qualification. Voir, par exemple : CE, 8 décembre 2000, Mongauze, JCP, 2001-II-10556, concl. Chauvaux. De même lorsqu’il apprécie la validité du décret instituant une juridiction judiciaire au regard de cet article : CE, 27 avril 1994, Epoux Brotherson, Rec. CE, p. 195.

⁵ JO, 18 janvier 2002. Désormais, il n’y a plus de fonctionnaires dans la composition des juridictions.

⁶ CE sect., 17 avril 1953, Pinguet, Rec. CE, p. 177 ; CE, 9 novembre 1954, Chabré, Rec. CE, Tables p. 889 ; CAA Lyon, 22 septembre 1993, Ministre de l’Intérieur c. société d’assurances Winterthur, RTD civ., 1994, p. 101, obs. Mestre : personnes blessées en se lançant à la poursuite de malfaiteurs.

⁷ T. civ. de la Seine, 5 décembre 1952, Docteur Giry c. ministres de l’Intérieur et de la Justice, JCP, 1953-1953-II-7371, note Vedel ; CA Paris, 2 février 1955, Trésor Public c. Giry, AJDA, 1955-II-316, Gaz. Pal.,

que les relations entre le service public judiciaire et ses collaborateurs sont des rapports de droit public² ou qui s'inscrivent dans l'organisation et non le fonctionnement de ce service public³ devant, de ce fait, être jugés par l'ordre administratif. Au regard de cette conception, le juge judiciaire est incompétent si on considère M. Mélenec comme un collaborateur du service public judiciaire⁴. Cette approche doit, cependant, être rejetée. En effet, le juge judiciaire comme le juge administratif s'accordent pour décider que, nonobstant sa qualité de collaborateur du service public, la demande d'un expert commis devant un tribunal judiciaire pour obtenir de l'Etat le paiement de ses honoraires qu'il n'a pu percevoir de la partie qui devait les payer, n'est pas détachable du fonctionnement du service public judiciaire et, par conséquent, relève du juge judiciaire⁵. Le fait d'être collaborateur du service

1955-I-169, concl. Dupin, JCP, 1955-II-8619, note Esmein, RTD civ., 1955, p. 507, note Mazeaud ; Cass. Civ., 23 novembre 1956, Trésor Public c. Giry, Bull. civ., II, p. 407, n° 626, D., 1957, p. 34, concl. Lemoine, JCP éd. G, 1956-II-9681, note Esmein, AJDA, 1957-II-91, chronique Fournier et Braibant, RD publ., 1958, p. 98, note Waline : médecin requis par un commissaire de police afin de déterminer les circonstances d'un décès ; CA Paris, 20 septembre 1991, Morand c. Agent judiciaire du Trésor, D. 1992-somm.-283, obs. Honorat ; Cass., 1^{re} civ., 30 janvier 1996, Morand c. agent judiciaire du Trésor, JCP éd. G, 20 mars 1996-II-22608, rapport Sargos, Gaz. Pal., 7 au 11 avril 1996, p. 9, note Olivier ainsi que 6 au 8 juillet 1997, p. 5 et 23 et 24 avril 1997, p. 27, conclusions Sainte-Rose, Revue des procédures collectives, 1996-3, p. 335, note Soinne, D., 13 février 1997-J-83, note Legrand, RD publ., 1997-1, p. 244, note Auby, RFDA, 1997, p. 1301, note Bon.

¹ Georges Vedel, *ibid.* ; Robert Ducos Ader, *Le droit de réquisition*, Thèse Bordeaux, LGDJ, 1956, p. 455 ; Marcel Waline, note sous CE, sect. 11 octobre 1957, Commune de Grigny, RD publ., 1958, pp. 299 et 301.

² Kahn, conclusions sur CE, 11 octobre 1957, Commune de Grigny, RD publ., 1958, pp. 309, 312 et 314 et CE sect., 13 juillet 1961, Sieur Jobart, Rec. CE, p. 494 ; Fournier et Braibant, chronique sous CE, 11 octobre 1957, Commune de Grigny, AJDA, 1957-II-500 ; Laurent Lucchini, note sous CE, 11 octobre 1957, Commune de Grigny, D., 1958, p. 769 ; Jean Claude Bonichot, *Collaborateurs occasionnels*, Encyclopédie Dalloz responsabilité de la puissance publique, 1995, n° 28 et 57. Voir également : CA Bourges, 30 avril 1980, Agent judiciaire du Trésor c. Lebrun, Gaz. Pal., 1981-I-sommaires, p. 25, note anonyme : incompétence du juge judiciaire pour connaître du dommage subi par le collaborateur blessé par les voleurs qui s'étaient introduits chez sa voisine et qu'il avait tenté d'arrêter.

³ TA Paris, 29 février 1988, Dame Boulan c. Ministre de la Justice rendu conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, Rec. CE, p. 503, D., 1988, p. 223, concl. Pretot ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, *op. cit.* p. 540 ; Abdoulaye Coulibaly, *Répartition des compétences en matière de service public de la police judiciaire*, J.-Cl. Administratif, fasc. 1052, 1996, n° 66. Pour d'autres arguments avancés en faveur de la compétence administrative et leur réfutation, voir : Fabrice Lemaire, *La collaboration occasionnelle au service public*, Thèse Lille II, 1998, p. 349 sq.

⁴ En ce sens : Denis Garreau, *L'expert judiciaire et le service public de la justice*, D., 1988-I-chronique-105.

⁵ TGI Marseille, 20 mars 1984, Roger Bugeon et compagnie des experts du bâtiment, des travaux publics et de l'industrie c. agent judiciaire du Trésor, D., 1984-J-553, note Moussa, Gaz. Pal., 1985-I-101, note Sellon ; Ordonnance de référés du TGI de Paris, 30 avril 1986, Paul Buffet c. agent judiciaire du Trésor public, D., 1986-IR-347, Gaz. Pal., 1986-II-422, note Peisse ; CA Paris, 8 avril 1987, agent judiciaire du Trésor public c. Buffet, Gaz. Pal., 1987-I-291, note Caratini ; Cass. 1^{re} civ., 21 décembre 1987, Guihaume c. agent judiciaire du Trésor, Bull. civ., I, n° 347, rapport annuel de la Cour de Cassation, 1987, p. 233, D., 1988-J-578, note Tony Moussa, Gaz. Pal., 1988-I-J, p. 149, notes Sellon et Caratini, RTD civ., 1988, p. 397, note Roger Perrot ; CAA Paris, 9 juillet 1992, Guihaume c. garde des sceaux,

public de la justice n'a donc aucune incidence sur la compétence. Les arrêts Pinguet, Chabrié et Winterthur qui paraissent en décider autrement peuvent être interprétés différemment du sens qui leur ait habituellement donné. Dans les deux premières affaires, si le Conseil d'Etat a retenu sa compétence, c'est parce qu'il ne s'agissait pas d'un problème de responsabilité de l'Etat pour une opération de police judiciaire, mais de responsabilité de la ville de Paris en tant que collectivité finançant un service de police¹. Dans l'arrêt Winterthur, la condamnation du ministre de l'Intérieur, responsable au niveau de l'Etat de la police administrative tend à montrer que les juges ont considéré (à tort) être en présence d'une opération de police administrative qui relève de leur compétence. Dès lors, les jurisprudences Lebrun et Boulan qui se sont prononcées en faveur de la compétence administrative pour les dommages subis par un collaborateur occasionnel au cours d'une opération de police judiciaire apparaissent comme étant en contradiction avec la position du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation. Dans notre thèse nous concluons qu'“une décision du Tribunal des conflits... pourrait venir utilement trancher le problème”². C'est ce qu'aurait pu faire, de façon plus explicite, la décision du 8 avril 2002.

b) Une question non expressément tranchée par le Tribunal des conflits

Le Tribunal des conflits applique, ici, sa jurisprudence Préfet de la Guyane selon laquelle le fonctionnement du service public judiciaire relève du juge judiciaire, à la différence de son organisation³. Le problème était de déterminer si la non désignation, par la CNITAT, d'un médecin qualifié se rattache à l'organisation ou au fonctionnement de ce service public. Il a été soutenu que l'établissement annuel par une cour d'appel de la liste des personnes susceptibles d'être désignées comme syndic ou administrateur judiciaire par les tribunaux de commerce concerne l'organisation du service public judiciaire⁴ et non son fonctionnement, contrairement à ce qu'a décidé le Conseil d'Etat⁵. La même analyse peut-elle être faite pour la désignation de ces personnes ? Le commissaire du gouvernement a comparé le choix du médecin qualifié à la situation des arrêts Jobart et Krief et pensé “ que le médecin

ministre de la Justice, Gaz. Pal., 1993-II-pan. Dr. adm., p. 117 ; CAA Nancy, 9 juillet 1992, M. Jean Clara, req. n° 91NC00561 ; CE, 2 juin 1993, M. Jean Clara, req. n° 140 266.

¹ Voir en ce sens, la présentation des arrêts dans les tables, 1935-1954, T. 5, p. 64, n° 234. Depuis l'article 95 de la loi du 2 mars 1982, la participation des communes aux dépenses des services de police a pris fin.

² Fabrice Lemaire, op. cit. p. 352.

³ TC, 27 novembre 1952, Officiers ministériels de Cayenne, Rec. CE, p. 642, JCP éd. G, 1953-II-7598, note Vedel.

⁴ Kahn, conclusions sur CE sect., 13 juillet 1961, Jobart, Rec. CE, p. 494 ; Charles Debbasch, note sous CE sect., 13 juillet 1961, Jobart, D., 1962, pp. 276-277 ; René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, Montchrestien, 14^e édition, 2000, p. 955 ; Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, op. cit. p. 216 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, op. cit. p. 489.

⁵ CE sect., 13 juillet 1961, Jobard, Rec. CE, p. 489, concl. Kahn, AJDA, 1961, p. 471, chron. Galabert et Gentot, D., 1962, p. 275, note Debbasch. Voir également pour l'inscription sur une liste d'experts : CE, 21 juillet 1937, Krief, Rec. CE, p. 750.

participe à l'activité juridictionnelle elle-même et que tant sa désignation que son activité ne s'en détache pas"¹. Il s'est aussi prévalu des décisions des juridictions judiciaires qui se sont reconnues compétentes pour le recours en indemnisation du mandataire judiciaire qui ne s'était vu confier aucune mission par des tribunaux de commerce pendant plus de 3 ans². Cette solution avait été suggérée par les magistrats qui avaient préparé cette affaire et approuvée par les commentateurs³. Tous avaient tranché en faveur de la compétence judiciaire dans la mesure, où l'attitude des juridictions consulaires étant en cause, il s'agissait d'un litige relatif au fonctionnement et non à l'organisation du service public judiciaire. Il reste que l'on peut penser que l'intervention de l'expert est "séparable du processus intellectuel de la décision"⁴ et que "les litiges relatifs à la désignation ou à l'activité des auxiliaires de justice" se rattachent à l'organisation du service public judiciaire⁵. Dans tous les cas, il peut paraître paradoxal que l'absence de nomination de magistrats qui ne permet pas à des juridictions de fonctionner soit rattachée à l'organisation du service (affaire Préfet de la Guyane), alors que la non désignation d'un médecin qualifié qui n'empêche aucunement ce fonctionnement est considérée comme intéressant celui-ci. Il serait peut-être temps de mettre fin à la jurisprudence Préfet de Guyane qui conduit à une distinction "parfois indécise"⁶ et "à des solutions fort nuancées, (et parfois contradictoires)"⁷. Autant la compétence administrative pour connaître des litiges intéressant le service public judiciaire peut contrevenir au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, autant la reconnaissance de l'entière compétence du juge judiciaire pour ces mêmes litiges ne se heurte à aucun obstacle de principe. En attendant une telle simplification, le Tribunal des conflits a tranché pour la compétence judiciaire, dès lors que le choix d'un médecin qualifié, comme l'abstention de confier à l'un d'entre eux un dossier, "concernent le

¹ Conclusions, p. 4. Nous remercions M. Bachelier d'avoir eu l'amabilité de nous transmettre ses conclusions. Voir, dans le même sens : Ordonnance de référés du TGI de Paris, 30 avril 1986, Paul Buffet c. agent judiciaire du Trésor public, précité : "dans le cadre du fonctionnement des services judiciaires, l'expert, collaborateur privilégié du juge pour l'information technique, participe étroitement à la préparation de la décision en apportant par son avis des éléments conditionnant en partie la teneur du jugement de telle sorte que son intervention n'est manifestement pas séparable du processus intellectuel fondant la décision".

² CA Paris, 20 septembre 1991, Morand c. Agent judiciaire du Trésor et Cass., 1^{ère} civ., 30 janvier 1996, Morand c. agent judiciaire du Trésor précités. Un commentateur de la décision Mélenec estime au contraire que si le litige "s'était rapporté à la situation de l'intéressé, par exemple aux conditions de son inscription sur la liste des médecins experts ou à sa rémunération, la compétence des juridictions administratives se serait imposée" : JCP, travail et protection sociale, juillet 2002, p. 27.

³ Pierre Sargos, op. cit. n° 16 ; Jean Sainte-Rose, op. cit. p. 27 ; Jean-Marie Auby, op. cit. p. 236 ; Pierre Bon, op. cit. p. 1302.

⁴ Denis Garreau, op. cit. p. 102.

⁵ Charles Debbasch et Jean-Claude Ricci, loc. cit. C'était, d'ailleurs, la position soutenue par le ministre de l'emploi devant la cour d'appel de Paris. Pour MM. Kahn et Debbasch (loc. cit.) la désignation relève du fonctionnement et l'inscription sur la liste, de l'organisation.

⁶ René Chapus, op. cit. p. 950.

⁷ Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, op. cit. p. 484.

fonctionnement du service public judiciaire”. Il eut été souhaitable, pour clore les divergences sus-évoquées, que la haute juridiction ajoute « que celui-ci ait ou non la qualité de collaborateur occasionnel ». A défaut de cette précision, d’aucuns pourront continuer de conclure à la compétence administrative pour les dommages causés aux collaborateurs occasionnels du service public judiciaire au motif que M. Mélenec n’ayant pas ce titre, le Tribunal des conflits n’a pas tranché cette question.

2°/ La reconnaissance de la qualité de collaborateur occasionnel du service public

Selon le commissaire du gouvernement “ Sa qualité de collaborateur du service public de la justice judiciaire est donc indéniable ”¹. Le tribunal administratif et le ministre de l’emploi avaient, également, adopté une telle position. En fait, si les conditions relatives à l’origine de la collaboration que pose la jurisprudence pour pouvoir bénéficier du titre de collaborateur occasionnel du service public nous semblent remplies (a) il n’en est pas de même quant à celles qui concernent son déroulement (b).

a) L’origine de la collaboration

Les collaborateurs occasionnels du service public peuvent être contraints, sollicités (si la demande de l’administration n’a pas un caractère impératif) ou spontanés (lorsque l’intéressé décide, de sa propre initiative, de participer au service public)². Dans laquelle de ces catégories peut on placer les médecins qualifiés ? Leur situation peut être rapprochée de celle du mandataire judiciaire. Lorsque ce dernier, qui doit également être inscrit sur une liste régionale, est désigné par un juge pour intervenir dans une procédure collective, on peut voir en lui un collaborateur sollicité³. Il peut en être de même pour le médecin qualifié retenu pour une mission d’expertise⁴. En revanche, lorsque, comme ici, l’intéressé n’a pas été choisi, il ne peut être regardé que comme ayant agi spontanément. C’est lui qui demande à participer au service public en sollicitant son inscription sur la liste des médecins qualifiés. Il ne pourra alors être collaborateur occasionnel que si sa participation au service public répond à une urgente nécessité⁵ ou a été acceptée⁶. La Cour d’appel de

¹ Loc. cit.

² Sur tous ces points, voir : Fabrice Lemaire, op. cit. p. 115 sq.

³ Sur cette analyse, voir : Fabrice Lemaire, note sous CA Paris, 3 décembre 1997, Morand c. Agent judiciaire du Trésor, Rev. proc. coll., 1999, p. 11.

⁴ Voir en ce sens : Marcel Waline, note sous CE, 10 février 1967, Aragon, RD publ., 1967, p. 778. Le fait que la qualité d’expert soit déniée au médecin qualifié (Cass. soc., 19 mars 1986, Tavera, Bull. civ., V, n° 105 ; rapport annuel de la Cour de cassation, loc. cit.) ne nous semble avoir une incidence que sur l’autorité de son rapport.

⁵ Voir pour ce cas de figure : CE, 11 octobre 1957, Commune de Grigny, Rec. CE, p. 524, Gaz. Pal., 1957-II-394, RPD, 1957, n° 368, RD publ., 1958, p. 306, concl. Kahn, notes Waline et Morange, AJDA, 1957-II-460, note Fournier et Braibant, D., 1958, p. 768, note Lucchini : soins apportées par un médecin à des personnes intoxiquées par le gaz.

⁶ Pour un exemple voir : CE, 24 juin 1961, Chevalier, Rec. CE, p. 431 : automobiliste assurant le transport d’un accidenté “ avec l’accord des autorités municipales ”.

de Paris ayant jugé que l'inscription d'un mandataire sur la liste régionale vaut acceptation de sa collaboration¹, la même analyse peut être faite pour M. Mélenec. Reste à savoir si cette acceptation donne un caractère effectif à la collaboration.

b) Le déroulement de la collaboration

Une partie de la doctrine affirme que seules les personnes qui interviennent gratuitement dans un service public peuvent avoir la qualité de collaborateur occasionnel du service public². Au contraire, d'autres auteurs considèrent que le bénévolat est une condition indifférente³. En fait, si les collaborateurs occasionnels du service public ne peuvent pas être payés⁴, il semble exister une exception pour les personnes qui, moyennant rémunération, mettent leur compétence professionnelle à la disposition du service public⁵. C'est ainsi que des experts judiciaires se sont vu reconnaître la qualité de collaborateurs occasionnels par des juridictions de première instance⁶ et de nombreux auteurs⁷ alors qu'ils sont payés pour leur intervention. Il est vrai que dans l'affaire Aragon, le Conseil d'Etat se contente de préciser que l'expert a "participé au fonctionnement du service public

¹ CA Paris, 3 décembre 1997, Morand c. Agent judiciaire du Trésor, D. 1998-IR-23, RFDA, 1999, p. 399, note Bon.

² Voir, par exemple, en ce sens : Bernard Brenet, Aspects classiques et actuels de la théorie des collaborateurs occasionnels et bénévoles du service public, Petites affiches, 26 novembre 1986, p. 23 ; Jean-François Lachaume, Grands services Publics, Masson, 1989, p. 255 et Les grandes décisions de la jurisprudence du droit administratif, PUF, huitième édition, 1995, p. 273 ; Xavier Philippe, Droit administratif général, Librairie de l'Université d'Aix en Provence et Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1993, p. 369.

³ Pour cette conception, voir par exemple : Jean-Claude Bonichot, op. cit. n° 10, 33 et 40 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, op. cit. p. 380 ; RK, note sous CE, 31 mars 1999, Hospices civils de Lyon, AJDA, 1999, p. 529.

⁴ N'est pas "collaborateur bénévole du service public" l'habitant qui "apportait son concours à la commune en contrepartie d'une rémunération forfaitaire annuelle" ni la société qui bénéficiait "d'un concours financier" pour accueillir des stagiaires : CE, 12 février 1982, Mme Roche, req. n° 12988 ; CE, 15 octobre 1990, Société Paris Touraine Automobile, Rec. CE, p. 279, RD publ., 1990, p. 1456, Gaz. Pal., 1991-I-pan. Dr. adm., p. 41, D., 1991-sommaires-293, note Bon et Terneyre, Quot. Jur., 12 février 1991, p. 6, note Rouault.

⁵ Sur l'ensemble de ce problème, voir : Fabrice Lemaire, op. cit. p. 176 sq.

⁶ TA Paris, 12 décembre 1968, Aragon, Rec. CE, p. 775 ; TGI Quimper, 31 mars 1978, François Quémère Leroux c. Auguste Tarouilly, Gaz. Pal., 1978-I-312, D., 1978-IR-410, obs. Julien ; TA Marseille, 28 mars 1991, Rancillac JCP, 1992-IV-2017.

⁷ Tony Moussa, Expertise, matières civile et pénale, Dalloz, 1983, pp. 254-255 et note sous TGI Marseille, 20 mars 1984, Roger Bugeon et compagnie des experts du bâtiment, des travaux publics et de l'industrie c. agent judiciaire du Trésor, D., 1984-J-557 ; Denis Garreau, op. cit. note p. 98 ; Marie-Christine Rouault, chronique sous CE, 14 décembre 1988, Commune de Catillon Fumechon et CE, 16 juin 1989, Pantaloni, Quot. Jur., 12 octobre 1989, p. 10 ; Jacques Moreau, Responsabilité de l'administration du fait d'actes de collaboration occasionnelle au service public, J. -Cl. Administratif, fasc. 942, 1993, n° 101 ; Jean-Claude Bonichot, op. cit. n° 40 ; Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, op. cit. p. 392. Voir également la réponse n° 10-088 du 2 juillet 1982 apportée par la direction des services judiciaires de la Chancellerie rapportée par M. Sellon dans sa note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 décembre 1987, Guihaume, Gaz. Pal., 1988-I-J, p. 151.

de la justice administrative ”¹, mais cette expression se retrouve dans des arrêts qui concernent des collaborateurs bénévoles². D’ailleurs les abstracts de cet arrêt font référence aux “ collaborateurs bénévoles du service public ”, ce qui tend à montrer que l’expert est un collaborateur occasionnel. On remarquera, toutefois, que ce dernier terme eut été préférable puisque l’expert étant rémunéré ne peut aucunement être considéré comme un bénévole³. On peut aussi penser que l’expert est un collaborateur du service public, mais non un collaborateur occasionnel, en l’absence d’intervention gratuite. La jurisprudence Aragon serait alors plus proche de l’arrêt Cames relatif aux collaborateurs rémunérés que de la jurisprudence sur la collaboration occasionnelle au service public⁴. En faveur de cette interprétation, on relèvera que les tables décennales de Lebon distinguent les “ collaborateurs occasionnels ” de l’expert et, plus généralement, des “ collaborateurs rémunérés ”⁵. De même le tribunal d’instance du septième arrondissement de Paris a jugé, sans être contredit, par la Cour de Cassation, qu’un expert judiciaire “ ne peut être assimilé à un collaborateur bénévole du service public dès lors qu’il réclame précisément le règlement du solde d’honoraires qui lui sont dus ”⁶. Il est donc difficile de donner une solution certaine. Cependant, l’équité et la simplicité nous semblent devoir commander de considérer les professionnels rémunérés pour leur intervention dans un service public comme des collaborateurs occasionnels. Il faut exiger de ceux qui participent à un service public, volontairement et en dehors de leur activité professionnelle, une collaboration gratuite afin de conserver au phénomène de la collaboration occasionnelle son aspect généreux. Au contraire, le fait que certains coopèrent au service public pour gagner leur vie, justifie une rémunération. On pourrait objecter qu’il n’est pas nécessaire pour autant de leur reconnaître la qualité de collaborateur occasionnel puisque le régime de responsabilité sans faute peut bénéficier à tous les collaborateurs des services publics. Cependant, en les incluant dans les collaborateurs occasionnels, on évite de subdiviser inutilement la catégorie des collaborateurs du service public. Il ne faut pas séparer des notions proches obéissant à des régimes identiques. On y gagne ainsi en simplicité. Par conséquent, la possibilité d’une rémunération pour M. Mélenec

¹ CE, sect. 26 février 1971, *Ministre de l’Intérieur c. Sieur Aragon*, Rec. CE, p. 172, D., 1971-J-384, AJDA, 1971-II-177, note Labetoulle et Cabanes.

² CE, 13 décembre 1957, *Hôpital-hospice de Vernon*, Rec. CE, p. 680 : “ l’intéressé participait au fonctionnement d’un service hospitalier ”.

³ Voir également pour cette confusion : Dmitri-Georges Lavroff, *Le collaborateur bénévole de l’administration*, AJDA, 1959-I-128 ; Jean de Soto, *Licence en droit, troisième année, Droit administratif*, Les cours du droit, 1972-1973, p. 27.

⁴ CE, 21 juin 1895, *Cames*, Rec. CE, p. 509. En ce sens : Michel Rougevin Bavière, *Responsabilité sans faute*, Encyclopédie Dalloz responsabilité de la puissance publique, n° 62.

⁵ Tables 1965-1974, T. 6, pp. 271 et 275 ; 1935-1954, T. 5, pp. 63 et 65.

⁶ TI Paris, 7 janvier 1986, Guihaume rapporté dans les attendus de l’arrêt de la Cour de Cassation du 21 décembre 1987 dans la même affaire, Bull. civ., I, n° 347. M. Caratini invoque également la rémunération perçue par l’expert pour lui dénier la qualité de collaborateur occasionnel du service public : note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 décembre 1987, Guihaume, Gaz. Pal., 1988-I-J, p. 152.

ne pourrait pas s'opposer à la reconnaissance de sa qualité de collaborateur occasionnel¹.

La nécessité du caractère occasionnel de la collaboration donne également lieu à des divergences doctrinales. Certains auteurs considèrent que cette condition est indifférente,² tandis que d'autres l'estiment indispensable³. Pour déterminer la portée de ce terme, il faut d'abord en préciser le sens. Une collaboration occasionnelle est parfois analysée comme une collaboration non institutionnalisée, qui se produit par hasard, de façon accidentelle⁴. C'est ainsi qu'il a été affirmé que la collaboration de l'expert ne revêt pas ce caractère dans la mesure où un tableau des experts est dressé⁵ ou que "son activité se déroule dans un cadre défini par les dispositions du Nouveau Code de procédure civile"⁶. Cependant, cette conception n'est pas celle du tribunal administratif de Paris qui a jugé que même "si le président de chaque tribunal administratif établit au début de l'année judiciaire une liste des experts près le tribunal..., l'expert n'en demeure pas moins un collaborateur occasionnel du service public"⁷. Une collaboration occasionnelle peut aussi être entendue comme une collaboration irrégulière. Marie-Christine Rouault fait alors remarquer que l'expression "collaboration occasionnelle" est coutumière et n'emporte pas de conséquences juridiques, "puisque les donneurs de sang participent le plus souvent régulièrement à ce service public"⁸. La même remarque pourrait être faite pour les médecins qualifiés. C'est aussi comme une collaboration "éphémère"⁹, qui se fait "pendant un délai assez court"¹⁰ qu'est définie la collaboration occasionnelle. Il existe, cependant, des hypothèses où la collaboration occasionnelle se prolonge. Ainsi l'arrêt Ferlin qualifie de "collaborateur occasionnel" le jeune homme qui effectue un stage de 3 mois dans un hôpital¹¹. De même, le Conseil Constitutionnel a donné "la qualité de collaborateurs bénévoles et

¹ D'autant plus que s'agissant, ici, d'un problème de non désignation, il n'a reçu aucune rémunération.

² Jean-Claude Bonichot, op. cit. n° 10 ; Marie-Christine Rouault, note sous CAA Nantes, 11 juin 1992, Delhommeau, JCP, 1993-II-22094.

³ Xavier Philippe, loc. cit. ; Marcel Monin, Arrêts fondamentaux du droit administratif, Ellipses, 1995, p. 543.

⁴ Arnaud Noury, La notion d'expertise dans le droit de l'administration, Thèse, Nantes, 1996, p. 121.

⁵ Labetoulle et Cabane, chronique sous CE, sect. 26 février 1971, Ministre de l'Intérieur c. Sieur Aragon, AJDA, 1971-II-158.

⁶ Marcel Caratini, loc. cit.

⁷ TA Paris, 12 décembre 1968, Aragon, précité. Voir également TGI Quimper, 31 mars 1978, François Quémère Leroux c. Auguste Tarouilly, précité.

⁸ M-C. Rouault, loc. cit. Voir également pour une collaboration hebdomadaire, l'affaire hospices civils de Lyon, précitée.

⁹ Jean-François Prévost, La notion de collaborateur occasionnel et bénévole du service public, RD. publ., 1980, p. 1073 ; Daniel Boulmier, note sous CE, 31 mars 1999, Hospices civils de Lyon, RDSS, 1999, p. 800.

¹⁰ Dmitri-georges Lavroff, op. cit. p 121 ; André Coudevylle, La notion de mandat en droit administratif, AJDA, 1979, p. 14.

¹¹ CE, 18 janvier 1984, CHRU de Grenoble c. Ferlin, Rec. CE, Tables, p. 729.

occasionnels d'un service public de l'Etat" aux lieutenants de louveterie qui sont nommés pour une durée de 3 ans renouvelable¹. La durée de la mission du médecin qualifiée est, de toute façon, assez brève. Le collaborateur occasionnel est, enfin, opposé au collaborateur permanent². C'est ainsi qu'il est affirmé que l'expert est un "collaborateur... occasionnel du juge" car sa "collaboration n'est que temporaire"³ temporaire³ et qu'il s'oppose ainsi à l'auxiliaire de justice⁴ que la Cour d'appel de Paris a défini comme celui qui concourt "par profession, de manière habituelle et principale" au service public de la justice⁵. Les mandataires judiciaires seraient donc donc des auxiliaires de justice⁶ mais non des collaborateurs occasionnels car ils concourent "de manière permanente à la mise en œuvre de la loi sur les procédures collectives" et apportent une "collaboration... exclusive" puisque "leur qualité est incompatible avec toute autre profession"⁷. Cependant, il est possible que le Conseil d'Etat utilise le terme de "collaborateur occasionnel" par habitude, se contentant de reprendre une expression forgée par la doctrine. Certains collaborateurs permanents (ceux qui ne sont pas agents publics) pourraient alors être inclus parmi les "collaborateurs occasionnels", notion générique.

Mais pour être collaborateur (occasionnel) du service public, il faut apporter une contribution effective au service public. Tel n'est pas le cas, par exemple, du passant frappé par un individu alors qu'il assistait à son interpellation sans prêter main forte aux policiers⁸. De même, c'est l'insuffisante association de l'avocat au service public de la justice qui peut expliquer la décision Méloux où la Cour de Cassation affirme qu'un avocat n'est que "le conseil représentant ou assistant l'une des parties en litige et non un collaborateur du service public de la justice"⁹. La

¹ CC, 20 février 1987, JO, 26 février 1987, p. 2208.

² Dmitri-georges Lavroff, op. cit. p. 122 ; Marcel Caratini, A propos du recouvrement de leur rémunération par les experts judiciaires, Gaz. Pal., 1986-II-doctrine, p. 570.

³ TGI Quimper, 31 mars 1978, François Quémère Leroux c. Auguste Tarouilly, précité. Voir également en ce sens : Marcel Waline, op. cit. p. 777 ; Denis Garreau, op. cit. p. 99 ; Arnauld Noury, op. cit. p. 362 ; Tony Moussa, loc. cit. Il a également été jugé, pour appliquer l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 sur la diffamation envers une personne publique, que l'expert judiciaire est investi, à titre temporaire, d'une mission de service public : CA Paris, 2 mai 2001, D., 2001-IR-2179.

⁴ Cependant, l'expert est souvent considéré comme un auxiliaire de justice. Voir par exemple : Labetoulle et Cabanes, chronique sous CE, sect. 26 février 1971, Ministre de l'Intérieur c. Sieur Aragon, AJDA, 1971-II-157 ; Jean Marie Auby et Roland Drago, Traité de contentieux administratif, T. 2, LGDJ, 1984, p. 332 ; CAA de Bordeaux, 1^{er} décembre 1997, Bureau d'études Dumons c. commune de Loures-Barousse, req. n° 94BX00567 ; Loïc Cadiet, Droit judiciaire privé, Litec, deuxième édition, 1998, p. 163 ; Jean-Jacques Taisne, Institutions judiciaires, Dalloz, sixième édition, 1998, p. 91.

⁵ CA Paris, 10 octobre 1977, X c. Y, D. 1978-IR-410, Gaz. Pal., 1978-I-107, note Baranger.

⁶ Cass. 2^e civ., 28 juin 1995, Fournier, Bull. Civ., II, n° 219.

⁷ CA Paris, 3 décembre 1997, Morand, précité.

⁸ CE, 3 octobre 1980, Gambini, Rec. CE, p. 355.

⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, Consorts Méloux c. Trésor public, JCP éd. G, 1998-IV-3320, Gaz. Pal., 21 novembre 1998-J-37, concl. Sainte-Rose, D. affaires, 26 novembre 1998, n° 140, p. 1899, obs. J. F. D., 2000-J-576, note Lemaire.

situation de ce dernier présente, certes, une certaine analogie avec celle du mandataire judiciaire. Tous les deux sont inscrits sur une liste (celle du barreau pour l'avocat), ont un monopole (celui de la plaidoirie pour l'avocat) et ne peuvent pas exercer, sauf quelques exceptions, une autre profession. Ces trois points avaient été retenus par le conseiller Sargos pour qualifier de collaborateur du service public le mandataire¹. Mais, ce dernier ne peut travailler que si les juridictions consulaires lui confient un mandat, ce qui n'est pas le cas de l'avocat. La situation de l'expert judiciaire se rapproche, sur ce dernier point, de celle de l'avocat. M. Mélenec peut exercer la profession de médecin indépendamment des dossiers qui peuvent lui être confiés par la CNITAT. Toutefois, l'association de l'avocat au service public de la justice est moins étroite que pour l'expert qui est nommé et récusé par le juge, lequel détermine sa mission, le contrôle et fixe sa rémunération². La condition d'effectivité de la collaboration pourrait, cependant, poser problème dans la mesure où M. Mélenec se plaint de ne plus avoir été retenu par le juge pour se voir confier une mission. On peut, en effet, penser qu'il n'a apporté, ainsi, aucun concours au service public. Il ne serait qu'un "collaborateur potentiel" comme cela a été soutenu pour les mandataires dans la même situation³. Toutefois, la Cour d'appel de Paris a jugé que ces derniers sont des collaborateurs du service public de la justice dès lors qu'ils sont régulièrement inscrits "sur la liste établie par la commission établie à cet effet au siège de chaque cour d'appel, indépendamment de leur désignation par un juge dans un dossier particulier"⁴. Cette décision peut être rapprochée de la jurisprudence jurisprudence qui considère comme collaborateur occasionnel les personnes blessées sur le trajet de la collaboration avant d'avoir pu commencer la mission qui leur avait été confiée⁵. Ces solutions ne sont pas satisfaisantes car si la personne avait le souhait de participer à un service public, elle ne l'a pas fait. Il est alors plus logique de lui dénier la qualité de collaborateur occasionnel du service public. Cette question est importante car elle ne manquera pas de se poser au fond.

II/ LA DETERMINATION DU REGIME DE RESPONSABILITE APPLICABLE

Au cas où la qualité de collaborateur occasionnel du service public serait reconnue à M. Mélenec, ce dernier bénéficierait du régime de responsabilité qui s'applique à un tel collaborateur (A). Mais si, comme nous le souhaitons, une telle

¹ Pierre Sargos, op. cit. n° 20.

² C'est en fonction de ces considérations que l'expert a été qualifié de collaborateur occasionnel du service public : TGI Marseille, 20 mars 1984, Roger Bugeon et compagnie des experts du bâtiment, des travaux publics et de l'industrie c. agent judiciaire du Trésor, précité.

³ Pierre Sargos, op. cit. n° 21 ; Jean Sainte Rose, op. cit. p. 29 ; Pierre Bon, op. cit. p. 1308 ; Bernard Soinne, op. cit. p. 339 ; Christian Debouy, Le droit français de la responsabilité administrative : métamorphose ou permanence ? : CJEG, 1997, p. 336.

⁴ CA Paris, 3 décembre 1997, Morand, précité.

⁵ CE sect., 19 janvier 1962, Barcons, Rec. CE, p. 52 ; CE, 10 décembre 1969, Simon, Quarteron et Visserias, Rec. CE, p. 567.

solution n'est pas retenue, c'est un régime adapté à sa situation qui devra être trouvé (B).

A/ Le régime de responsabilité des collaborateurs

Avec l'arrêt *Giry*¹, la Cour de Cassation avait décidé d'appliquer aux collaborateurs occasionnels du service public de la justice le régime de responsabilité sans faute de droit public forgé par le Conseil d'Etat. Le vote de la loi du 5 juillet 1972 qui introduit l'article L 781-1² dans le Code de l'organisation judiciaire avait fait craindre une remise en cause de cette jurisprudence³. C'est d'ailleurs en faveur de cette position que l'avocat général avait conclu dans les affaires *Morand*⁴ et *Méloux*⁵. Toutefois la haute juridiction judiciaire ne l'avait pas suivi. La Cour de Cassation entreprenait, ainsi, un changement de sa jurisprudence qui venait conclure une lente et difficile évolution des décisions du juge judiciaire relatives aux experts, mandataires et avocats.

Le TGI de Marseille⁶ avait, en effet, décidé qu'un expert judiciaire bénéficie, en tant que "collaborateur du service public de la justice", du régime de responsabilité sans faute que l'arrêt *Aragon*⁷ avait dégagé pour les experts commis devant les juridictions administratives. Il avait été suivi par le TGI de Paris saisi en référé dans une affaire semblable⁸. Sur le fond, le ministère public avait cependant conclu que la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée que sur le fondement de la faute lourde en application de l'article L 781-1 du COJ⁹. Le TGI de Paris avait rejeté la requête à défaut pour le requérant d'établir un préjudice se rapportant "au mauvais fonctionnement du service public de la justice" ou excédant "la limite des charges ordinaires que l'exécution de ce service public impose à tous"¹⁰. Cette dernière considération se rapporte davantage au régime de la responsabilité sans faute issu du principe d'égalité devant les charges publiques que de celui applicable

¹ Cass. civ., 23 novembre 1956, Trésor Public c. *Giry*, précité.

² Selon l'alinéa 1 de cet article, "l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou un déni de justice."

³ Voir en ce sens : Jean Marie Auby, La responsabilité de L'Etat en matière de justice judiciaire, AJDA, 1973, p. 8.

⁴ Jean Sainte-Rose, op. cit. pp. 28-29.

⁵ Jean Sainte-Rose, op. cit. pp. 39-40.

⁶ TGI Marseille, 20 mars 1984, Roger Bugeon et compagnie des experts du bâtiment, des travaux publics et de l'industrie c. agent judiciaire du Trésor, précité.

⁷ CE, sect. 26 février 1971, Ministre de l'Intérieur c. *Sieur Aragon*, précité.

⁸ Ordonnance de référés du TGI de Paris, 30 avril 1986, Paul Buffet c. agent judiciaire du Trésor public, précité.

⁹ Conclusions Boittiaux sur TGI Paris, 10 juin 1986, Paul Buffet c. agent judiciaire du Trésor public, Gaz. Pal., 1987-I-60. Cette solution a été reprise par certains juges : TI Grenoble, 27 juin 1985 et TI Paris 7^e arrondissement, 7 janvier 1986, Bull. experts jud., 1986, n° 1.

¹⁰ TGI Paris, 10 juin 1986, Paul Buffet c. agent judiciaire du Trésor public, Gaz. Pal., 1987-I-59, concl. Boittiaux.

aux collaborateurs occasionnels. En appel, les juges décidèrent que le recours en garantie de l'expert contre l'Etat " n'est admissible, en dehors d'une disposition légale le consacrant de façon expresse et établissant un régime d'assurance insolvabilité, qu'en cas de faute commise par le " garant " et dûment prouvée par le demandeur ", ce qui n'était pas le cas en l'espèce¹. Puis dans une affaire Guihaume, la première chambre civile de la Cour de Cassation subordonne l'indemnisation de l'expert à la " faute du service de la justice " ². Une faute simple étant suffisante³. En revanche, s'est en visant l'article L 781-1 que la deuxième chambre civile a cassé un jugement qui avait retenu le régime de la responsabilité sans faute pour indemniser un expert⁴. Dans l'affaire Morand, relative à un mandataire judiciaire, le juge de première instance avait décidé d'appliquer, aux auxiliaires de justice, l'article L 781-1⁵ alors que les juges d'appel s'étaient placés sur le terrain de la faute simple⁶. La première chambre civile a, enfin, jugé que " la victime d'un dommage subi en raison de sa qualité de collaborateur du service public peut, même en l'absence de faute, en demander réparation à l'Etat " ⁷. Ce considérant de principe a été repris par la cour de renvoi⁸ et semble avoir été confirmé *a contrario* dans l'affaire Méloux⁹. Désormais, les collaborateurs tant du service public de la justice administrative que de la justice judiciaire se trouvent donc soumis aux mêmes règles.

Il reste cependant une différence sur la nature du préjudice indemnisable puisque le juge judiciaire exige un " préjudice anormal, spécial et d'une certaine gravité " ¹⁰. La doctrine administrative est divisée sur la signification de ces termes. L'anormalité est parfois assimilée à la gravité¹¹. Mais pour des auteurs ces deux notions ne se confondent pas. On peut, cependant, relever des divergences parmi ces derniers. Une partie distingue ces trois caractères¹² alors qu'une autre inclut la

¹ CA Paris, 8 avril 1987, agent judiciaire du Trésor public c. Buffet, Gaz. Pal., 1987-I-291, note Caratini. Selon le commentateur, c'est une faute lourde qui est exigée conformément aux dispositions de l'article L 781-1 du COJ.

² Cass. 1^{ère} civ., 21 décembre 1987, Guihaume c. agent judiciaire du Trésor, précité.

³ Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 1991, Wallon contre agent judiciaire du Trésor, Bull, n° 183, p. 121, Gaz. Pal., 1992-som.-155, note Ferrand et Moussa.

⁴ Cass. 2^e civ., 14 décembre 1988, Trésor public c. Giusti, Gaz. Pal., 1989-J-394 et 1990-somm.-4, note Guinchard et Moussa, JCP éd. G, 1988-IV-62.

⁵ TGI Paris, 20 mars 1991, rapporté dans la note de M. Olivier, op. cit. p. 9.

⁶ CA Paris, 20 septembre 1991, Morand c. agent judiciaire du Trésor, précité.

⁷ Cass., 1^{ère} civ., 30 janvier 1996, Morand c. agent judiciaire du Trésor, précité.

⁸ CA Paris, 3 décembre 1997, Morand c. agent judiciaire du Trésor, précité.

⁹ Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1998, Consorts Méloux c. Trésor public, précité.

¹⁰ Voir les arrêts Morand des 30 janvier 1996 et 3 décembre 1997.

¹¹ Voir, par exemple : René Chapus, op. cit. p. 1337

¹² Jean-Marie Auby, op. cit. p. 240.

gravité et la spécialité dans l'anormalité¹. Cette querelle doctrinale trouve sa source dans la rédaction des arrêts du Conseil d'Etat qui, parfois, dissocient la spécialité de l'anormalité en assimilant cette dernière à la gravité², tantôt regroupent la spécialité et la gravité dans la notion d'anormalité³. Les mêmes désaccords se retrouvent quant à la portée de ces caractères du préjudice. Pour certains, le régime de responsabilité sans faute applicable aux collaborateurs occasionnels n'exige pas ces conditions⁴. Pour d'autres, au contraire, seuls les préjudices anormaux et spéciaux sont réparables⁵. L'état du droit positif ne semble correspondre à aucune de ces opinions. En effet, l'analyse de la jurisprudence montre que, compte tenu du nombre réduit de victimes, la condition de spécialité a toujours été satisfaite⁶. Il en serait de même, ici, au cas où les médecins qualifiés non désignés ne sont pas en nombre important. S'agissant de la gravité, seuls les souffrances physiques⁷ et le préjudice esthétique⁸ doivent atteindre ce niveau pour être indemnisés. Par conséquent, un préjudice matériel, comme en l'espèce, sera réparé quelle que soit son importance. On peut, en effet, constater que dans l'affaire Aragon, le Conseil d'Etat ne mentionne pas que la somme sur laquelle portait le litige (750 francs) n'est pas suffisamment élevée pour donner lieu à réparation. S'il exigeait un préjudice grave, il aurait dû le faire⁹. Il n'y a que les préjudices des collaborateurs titulaires non couverts par un texte qui doivent remplir cette condition pour être indemnisés¹⁰. Si la Cour de Cassation et la Cour d'appel ont visé un préjudice anormal, grave et spécial dans l'affaire Morand, c'est, sans doute, parce qu'elles n'ont fait que reprendre le rapport de M. Sargos qui s'inspirait, lui-même, du manuel de MM. Vedel et Delvolvé¹¹. Or, pour ces derniers, dans le cadre de la jurisprudence *Giry*, le préjudice doit remplir ces trois caractères¹². Il est, cependant, curieux que ces deux auteurs, après avoir affirmé que ces conditions ne sont exigées que pour la responsabilité sans faute fondée sur l'égalité

¹ Jean-Claude Bonichot, op. cit. n° 58.

² CE, 22 février 1963, Commune de Gavarnie, Rec. CE, p. 113.

³ CE sect., 23 décembre 1970, EDF c. Farsat, Rec. CE, p. 790.

⁴ Voir, par exemple : Jacques Moreau, op. cit. n° 15 ; Michel Paillet, *La responsabilité administrative*, Dalloz, 1996, p. 150.

⁵ En ce sens, voir, par exemple : Jean-Marie Auby, op. cit. p. 240 ; Pierre Bon, op. cit. p. 1308.

⁶ Trois au maximum : CE, 10 décembre 1969, Sieurs Simon, Quarteron et Visserias, précité. On peut penser que cette condition est exigée dans tous les régimes de responsabilité (en ce sens : Georges Morange, *La spécialité du préjudice indemnisable en droit administratif*, D., 1953, chron., p. 166) ou, du moins, dans ceux de responsabilité sans faute.

⁷ CE sect., 6 juin 1958, Commune de Grigny, Rec. CE, p. 323 ; CE sect., 18 novembre 1994, Mme Galtié, req. n° 063044.

⁸ TA Dijon, 20 mai 1964, Pautras, Rec. CE, p. 720 ; CE sect., 18 novembre 1994, Mme Galtié, req. n° 063044.

⁹ CE, 1^{er} juin 1984, Tizon et Millet, Rec. CE, p. 194 : ne justifie pas d'un préjudice suffisamment grave, la personne qui invoque une créance de 2279,35 francs.

¹⁰ CE, 6 novembre 1968, *Ministre de l'Education nationale c. Dame Saulze*, Rec. CE, p. 550.

¹¹ Pierre Sargos, op. cit. n° 22.

¹² Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, Tome 2, PUF, 12^e édition, 1992, p. 661.

devant les charges publiques, les retiennent pour l'arrêt *Giry* alors qu'ils rattachent celui-ci à la collaboration occasionnelle dont le fondement est, selon eux, le risque¹. Il faut donc souhaiter que si les juges judiciaires saisis du litige retiennent la qualité de collaborateur occasionnel de M. Mélenec, ils s'aligneront, cette fois, complètement sur la jurisprudence du juge administratif en ne subordonnant plus la réparation du préjudice à son caractère anormal. Mais on peut espérer que cette qualité sera déniée au requérant et qu'un autre régime de responsabilité sera appliqué.

B/ Un régime *sui generis*

Différentes solutions se présentent, les unes reposant sur la faute (1), les autres non (2).

1° Un régime fondé sur la faute

Il pourrait s'agir d'un régime de faute lourde (a) ou simple (b).

a) La faute lourde

La justification de l'application de l'article L 781-1 du Code de l'organisation judiciaire peut résulter de diverses considérations. Tout d'abord, le médecin qualifié pourrait être considéré comme un usager du service public judiciaire dont l'indemnisation est subordonnée à l'établissement d'une faute lourde². C'est ainsi qu'a été expliqué l'arrêt *Méloux* qui soumet le recours d'un avocat à cet article³. M. Auby écrivait, d'ailleurs, dans sa note sous l'arrêt *Morand* : " on pourrait se demander si ce terme doit être pris au sens strict ou si on pourrait l'étendre aux dommages subis par les tiers"⁴. L'arrêt *Pouytes* pourrait, éventuellement, illustrer cette conception extensive de l'usager puisqu'il applique l'article L 781-1 à un sous traitant qui se plaignait de la durée de la procédure devant un tribunal de commerce qui avait conduit à la mise en cessation de paiement d'une entreprise avec laquelle il traitait⁵. Il est, cependant, difficile de voir dans l'avocat ou ou l'expert judiciaire, un usager du service public de la justice, car dans l'exercice de son activité il n'est pas le bénéficiaire des prestations que ce service public fournit. Cette notion doit plutôt se limiter à certains justiciables⁶. Le recours à

¹ Ibid. pp. 626, 602-603.

² Cass. 1^{ère} civ., 21 décembre 1987, *Guihaume c. agent judiciaire du Trésor*, précité ; CA Paris, 20 septembre 1991, *Morand c. agent judiciaire du Trésor*, précité ; Cass., 1^{ère} civ., 30 janvier 1996, *Morand c. agent judiciaire du Trésor*, précité ; *TI Millau*, 5 août 1994, *Méloux c. Trésor public* cité par M. Sainte Rose dans ses conclusions, op. cit. p. 38.

³ Voir pour cette interprétation : J. F., op. cit. p. 1899.

⁴ Jean-Marie Auby, op. cit. p. 243.

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 7 janvier 1992, *Pouytes*, Bull. civ., I, n° 5, p. 3. M. Legrand (op. cit. p. 84) cite cette jurisprudence en ce sens. Plus nuancé, M. Sainte-Rose (op. cit. p. 38) se demande si, dans cet arrêt, c'est " en tant qu'usager ? " que le requérant se voit obligé de rapporter la preuve d'une faute lourde.

⁶ Les auteurs qualifient d'usagers l'ensemble des justiciables. Voir en ce sens : Roger Perrot, op. cit. p. 398 ; Tony Moussa, op. cit. p. 579 ; Pierre Bon, op. cit. p. 1303 et 1306. Cependant, si on inclut dans la définition de l'usager le fait de retirer un avantage, il est alors difficile de dire, par exemple, que le voleur

l'article L 781-1¹ pourrait, ensuite, s'expliquer par le fait que le champ d'application de l'article L 781-1 du COJ n'est pas conditionné par la qualité d'usager de la victime mais par le lien du litige avec l'exercice de la fonction juridictionnelle². L'arrêt Pouytes, précédemment cité, trouverait ainsi une justification plus logique. Dans l'arrêt Méloux, ce serait aussi parce que le dommage se rapportait à l'exercice de la fonction juridictionnelle que le requérant a été contraint de prouver une faute lourde. Si tel était le cas, il pourrait être délicat de déterminer si le dommage subi par M. Mélenec trouve également son origine dans cette fonction³. Enfin, on peut penser que, depuis l'arrêt Méloux, l'article L 781-1 vise l'ensemble du service public judiciaire (pas seulement les usagers, ni les litiges ayant un lien avec la fonction juridictionnelle), tout en laissant subsister les régimes jurisprudentiels antérieurs de responsabilité. L'article L 781-1 serait circonscrit aux hypothèses qui, avant la loi du 5 juillet 1972, ne pouvaient pas engager la responsabilité de l'Etat⁴. Tel est bien le cas d'un avocat qui n'est pas collaborateur du service public de la justice et qui ne peut, ainsi, se prévaloir d'aucun régime dérogatoire à la faute lourde. La même solution devrait alors être adoptée pour M. Mélenec⁵. Toutefois, si c'est le sens qui nous semble devoir être donné à l'arrêt Méloux, cette solution peut sembler sévère car il est difficile d'établir l'existence d'une telle faute. C'est pourquoi un régime de faute simple peut paraître préférable.

b) La faute simple

M. Auby proposait, également, de considérer comme un tiers le mandataire judiciaire et de lui appliquer le régime de la faute simple⁶. Cependant, une telle qualification ne nous semble appropriée ni pour le mandataire, ni pour l'expert judiciaire. Elle doit être réservée aux personnes qui n'ont aucun lien avec le service public de la justice. On peut, néanmoins, penser qu'il n'est pas déraisonnable de faire bénéficier les auxiliaires de justice et les experts judiciaires d'un régime plus favorable que pour les usagers⁷. Mais si la non désignation dans un dossier peut être

qui est condamné à une peine de prison profite du service public de la justice. Voir pour cette conception de l'usager : Fabrice Lemaire, *op. cit.* p. 228 sq.

¹ L'application aux auxiliaires de justice de cet article avait déjà été faite par les juges de première instance dans l'affaire Morand, précitée. C'est également la solution préconisée par M. Soinne, *op. cit.* p. 339. Si, dans l'affaire Méloux, le TI de Millau avait écarté l'article L 781-1 au motif que M. Méloux n'était pas usager, il exigeait cependant une faute lourde pour engager la responsabilité de l'Etat.

² Voir pour cette théorie : Martine Lombard, *La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972*, RD publ., 1975, p. 617 ; Jean Sainte-Rose, *op. cit.* p. 38 sq. ; Pierre Bon, *op. cit.* pp. 1306-1307.

³ C'est ainsi que M. Sainte-Rose (*op. cit.* p. 29) concluait que M. Morand devait établir une faute lourde, puisque son préjudice se rattachait à un fonctionnement défectueux de l'activité juridictionnelle alors que M. Bon (*op. cit.* p. 1307) excluait la faute lourde parce que le dommage s'en détachait.

⁴ En ce sens : Fabrice Lemaire, *op. cit.* p. 580.

⁵ Un commentateur de cette décision semble également pencher pour l'application de l'article L 781-1 du COJ : JCP travail et protection sociale, juillet 2002, p. 27.

⁶ Jean-Marie Auby, *op. cit.* p. 244.

⁷ M. Bon proposait, ainsi, de retenir la faute simple pour le mandataire jamais choisi : *op. cit.* p. 1309.

considérée comme une faute simple¹, ce n'est pas la solution qui a été retenue pour le mandataire au motif que son inscription sur la liste ne lui confère aucun droit à être désigné². M. Mélenec pourrait ainsi rester sans réparation pour le même motif. C'est donc en dehors de la faute qu'une solution pourrait être trouvée.

2°/ Un régime de responsabilité sans faute

M. Bon excluait qu'un régime de responsabilité sans faute puisse s'appliquer au mandataire non désigné, les théories de la rupture de l'égalité devant les charges publiques (a) et du risque exceptionnel (b) n'ayant "rien à faire en la matière"³. Tel n'est pas notre avis.

a) La rupture d'égalité devant les charges publiques

Selon M. Sainte Rose, cette théorie ne peut pas s'appliquer car nous ne sommes pas dans un cas où le préjudice est provoqué par une décision individuelle ou réglementaire⁴. Mais la jurisprudence considère qu'il y a rupture de l'égalité en cas d'"abstention" (c'est, d'ailleurs, le terme employé par le Tribunal des conflits dans cette affaire) régulière des autorités de prendre une décision⁵. Reste à savoir si la non désignation de M. Mélenec avait un caractère régulier, c'est-à-dire, si elle était justifiée par un motif d'intérêt général. Tel ne serait pas le cas si son exclusion s'explique par des motifs *ad hominem*. C'est ainsi que dans l'affaire Morand, la Cour d'appel de Paris avait, dans un premier arrêt, relevé que sa non désignation ne tenait ni à sa personnalité ni à ses titres mais à un seul problème général d'effectif⁶. Cependant sur renvoi, si elle décide "qu'aucun reproche n'a jamais été adressé à M. Morand de nature à justifier ou expliquer ce défaut de désignation", elle précise, également, que cette exclusion est "sans motifs allégués et justifiés"⁷. En l'espèce, M. Mélenec pense avoir été écarté pour la raison suivante. En avril 1991, il a adressé une lettre au président de la commission régionale de Corse lui précisant les renseignements médicaux qu'il serait souhaitable de communiquer à l'avenir car il estimait les dossiers transmis par cette commission dénués de toute motivation et de tous renseignements médicaux. Cette initiative ne fut guère appréciée et aurait

Une des branches du moyen du pourvoi dans l'affaire Méroux soutenait également cette thèse. On pourrait reprendre l'argument qui avait été utilisé pour les experts par M. Perrot, *op. cit.* p. 398 : la faute lourde "se justifie par le souci d'éviter que la moindre erreur dans l'exercice de la fonction juridictionnelle puisse devenir une source de responsabilité dont pourrait tirer profit le plaideur mécontent de son juge, pour neutraliser indirectement ce qui a été jugé. Or, il va sans dire que la raison d'être de cette exigence particulière ne concerne pas les techniciens".

¹ En ce sens, voir : Pierre Bon, *op. cit.* p. 1309.

² CA Paris, 20 septembre 1991, Morand, précité.

³ Pierre Bon, *op. cit.* p. 1309.

⁴ *Op. cit.* p. 29.

⁵ Voir par exemple : CE, 11 mai 1984, Port autonome de Marseille, Rec. CE, p. 178 : abstention des autorités de police de prendre des mesures visant à dégager des installations portuaires occupées par des grévistes.

⁶ CA Paris, 20 septembre 1991, précité.

⁷ CA Paris, 3 décembre 1997, précité.

fondée son exclusion. Il n'y aurait donc aucun motif d'intérêt général justifiant cette dernière, s'il s'agit bien de la cause réelle de l'ostracisme dont a été frappé le requérant. Reste le risque exceptionnel, moins tributaire de considérations d'intérêt général.

b) Le risque exceptionnel

On peut penser que M. Mélenec s'est retrouvé dans une situation qui présente un risque exceptionnel si, comme dans l'affaire Morand, il était établi que sa non désignation est sans motifs allégués et justifiés. Reste à savoir si le préjudice qui en résulte est anormal et spécial (conditions également requise pour la théorie précédente). Si M. Mélenec est le seul à avoir été frappé d'ostracisme, la spécialité se trouvera établie. De même, d'ailleurs, s'ils ne sont que quelques-uns dans cette situation. En revanche, la condition d'anormalité pourrait donner lieu à d'avantages de discussions. Dans l'affaire Morand où elle avait été reconnue¹, le requérant avait été privé de tout revenu professionnel et cette abstention s'était prolongée dix ans, alors que le nombre de dossiers confiés avait augmenté et que des mandataires étaient surchargés. Ici, M. Mélenec n'a pas que cette seule activité pour vivre et son exclusion n'a duré que 19 mois (jusqu'à l'expiration de son inscription sur la liste, le 31 décembre 1992). Quant au nombre de dossiers, on sait, seulement, qu'il en traitait une centaine, chaque mois, avant d'être écarté. Ces considérations ne nous semblent pas, toutefois, constituer un obstacle à la reconnaissance d'un préjudice anormal.

La décision du Tribunal des conflits du 8 avril 2002 mérite sa publication au Lebon autant, peut-être, pour l'importance des solutions retenues que pour les discussions qu'elle peut amener. La qualité de juridiction de la CNITAT pouvait être sujette à critique, de même, que le rattachement du litige au fonctionnement du service public judiciaire. C'est une occasion manquée d'abandonner la jurisprudence Préfet de la Guyane. On regrettera, aussi, que l'influence de la qualité de collaborateur occasionnel du service public du requérant n'ait pas été évoquée, même de façon incidente, afin de résoudre expressément le problème d'attribution de compétence pour les dommages causés aux collaborateurs du service public judiciaire. Les développements de la deuxième partie de ce commentaire montrent, enfin, que le fond du problème peut susciter d'autres interrogations juridiques sur le fondement du régime d'indemnisation qui devra être appliqué. Si la non désignation de M. Mélenec paraît résulter de considérations étrangères à une bonne administration de la justice, une faute simple, voire lourde nous semble devoir être retenue. Dans le cas contraire, les conditions d'anormalité et de spécialité constitueront un rempart efficace pour la protection des finances publiques en évitant l'indemnisation systématique de celui qui s'estime insuffisamment nommé. L'affaire Mélenec est donc à suivre.

¹ CA Paris, 3 décembre 1997, précité.

