

N° 401514

Mme A...

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 30 janvier 2017

Lecture du 14 février 2017

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

Le présent dossier est l'un des premiers litiges porté devant vous à raison des dommages causés par les implants mammaires pré-remplis de gel de silicone fabriqués par la société Poly Implant Prothèse (PIP). A la suite de remontées de matériovigilance, et surtout d'une inspection dans les locaux de l'entreprise accréditant un mensonge sur la nature du gel de remplissage utilisé, ces dispositifs médicaux ont été retirés du marché par l'AFSSAPS en mars 2010¹ en raison de leur caractère défectueux. Un procès pénal a eu lieu, en première instance et en appel sous réserve de pourvoi, a abouti à la condamnation pour tromperie aggravée et escroquerie et complicité d'anciens dirigeants de cette société².

Aujourd'hui, vous n'êtes pas – pas encore – frontalement saisi de la question de la responsabilité éventuelle encourue par l'Etat. Mais plusieurs patientes à qui une prothèse PIP avait été implantée, puis explantée soit à titre préventif soit à la suite d'une dégradation des implants, ont saisi les juges des référés de plusieurs tribunaux administratifs, au titre de la procédure de référé-instruction, prévue à l'article R. 532-1 du CJA afin que soit désigné un expert en vue d'évaluer les préjudices qu'elles estimaient avoir subi du fait d'une carence fautive de l'Etat. Ces référés constituent donc le prélude à de très probables actions indemnitaires ultérieures.

Mme B... A... figure parmi ces patientes. Une prothèse lui a été implantée le 21 mai 2005 à des fins reconstructrices après une mastectomie, puis explantée préventivement le 25 avril 2012. Le président du TA de Nantes, puis la cour administrative d'appel de Nantes, ont rejeté sa demande du fait de l'inutilité de l'expertise sollicitée. Mme A... se pourvoit en cassation.

Rappelons qu'aux termes de l'article R. 532-1 du CJA « *Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise* ».

¹ Décision du 29 mars 2010 portant retrait et suspension de la mise sur le marché, de la distribution, de l'exportation et de l'utilisation des implants mammaires pré remplis de gel de silicone fabriqués par la société Poly Implant Prothèse

² Un autre développement contentieux doit être signalé : certaines patientes se sont aussi retournées contre l'organisme habilité pour certifier la conformité des prothèses – qui ne font pas l'objet d'une autorisation administrative, mais d'un marquage CE -, le certificateur allemand « TÜV Rheinland », auquel la dissimulation avait échappé. Ce litige, en cours devant les juridictions commerciales, a donné lieu à des décisions contradictoires.

En l'espèce, la cour, dont l'arrêt est suffisamment motivé, a relevé « *qu'aucun élément du dossier ne permet, en l'état, d'établir de manière suffisante la réalité du lien de causalité que [Mme A...] invoque entre les préjudices dont elle sollicite l'évaluation et une carence fautive [de l'ANSM]* » et – enfonçant le clou – que « *par suite, dès lors que la mesure d'expertise sollicitée ne porte que sur l'évaluation des préjudices allégués, une telle mesure ne présente pas en l'état, en l'absence de tout élément suffisamment précis pour permettre l'engagement de la responsabilité de l'Etat (...), le caractère d'utilité exigé par l'article R. 532-1* ».

Mme A... soutient tout d'abord que la cour, comme le tribunal avant elle, s'est écartée de la solution retenue par un grand nombre d'autres JRTA saisis de conclusions analogues en référé-expertise, dans un contexte identique, et qui ont effectivement fait droit aux demandes des requérantes. Mme A... en déduit que la cour de Nantes a méconnu les droits qu'elle tire de l'article 6 de la convention EDH à accéder à un tribunal, ainsi que le principe d'égalité des armes. Mais ce moyen n'est pas fondé³ : Mme A... peut saisir une juridiction de ses prétentions indemnitaires, et obtenir d'elle, si nécessaire, que soit diligentée l'expertise qu'elle aurait souhaitée voire ordonnée en amont. Elle n'est pas privée de l'accès à un juge.

Le moyen suivant vous retiendra davantage. Il est soutenu que la cour a commis, outre une dénaturation et une erreur de qualification juridique qui ne sont pas établies, une erreur de droit, qu'elle a outrepassé l'office du juge du référé-expertise et empiété sur l'office du juge saisi d'un recours au fond, en se fondant, pour dénier l'utilité, sur l'absence de démonstration suffisante de la carence fautive de l'ANSM au nom de l'Etat. La cour aurait dû, selon Mme A... s'en tenir au constat que l'engagement de la responsabilité de l'Etat n'était pas invraisemblable.

Nous pensons qu'effectivement la cour est allée trop loin dans l'appréciation du bien-fondé de l'action envisagée ; nous pensons même que le pourvoi lui-même va un peu trop loin.

La condition d'utilité doit s'apprécier sous deux angles. Elle s'apprécie tout d'abord par rapport aux autres moyens à la disposition du requérant : c'est pour ainsi dire « l'utilité-nécessité ». Une mesure d'instruction n'est ainsi pas utile lorsque les faits sont connus et non contestés (CE, Ass., 17 déc. 1956, Frétygnac, au Recueil p. 553), lorsqu'il s'agit de réunir des informations dont les requérants peuvent avoir communication par d'autres moyens⁴ ou qui à disposition du public (CE, Sect., 11 février 2005, OGEC du Sacré Cœur et autres, n° 259290, au Recueil p. ...) ⁵.

Mais la condition d'utilité s'apprécie également par rapport à l'intérêt de la mesure pour le litige principal, actuel ou éventuel : c'est pour ainsi dire « l'utilité-pertinence ». Sur cette facette de l'utilité, votre jurisprudence se montre, comme l'indiquait Emmanuel Glaser dans ses conclusions sur l'affaire de section *OGEC du Sacré-Cœur* (préc.), « *essentiellement*

³ Ce moyen nous semble opérant. Vous avez certes sorti le référé-expertise du champ de l'article 6, faute pour le juge de trancher la moindre « contestation » (CE, 11 mars 1996, SCI du domaine des Figuières, Rec., 161112). Ici cependant, ce ne sont pas les conditions intrinsèques dans lesquelles la cour a statué qui sont en cause, mais l'effet de son refus, qui entraverait l'accès au juge de Mme A....

⁴ A ce titre, une mesure d'expertise n'est pas dépourvue d'intérêt au seul motif que le juge, lorsqu'il sera ultérieurement saisi d'une action au fond, serait susceptible de l'ordonner au titre de ses pouvoirs d'instruction – il en va autrement si le référé est formé *après* l'introduction de l'action au fond.

⁵ Ou lorsqu'une première expertise de même périmètre a déjà été ordonnée (CE, 4 oct. 2010, J..., n° 332836, aux tables), voire lorsque le requérant a la capacité de secréter lui-même l'expertise, mieux que ne le ferait un expert judiciaire (CE, 12 septembre 1994, OPHLM de la Corrèze, n° 81 055).

pragmatique ». Le pourvoi soulève la question suivante : le juge doit-il, comme le soutenaient les chroniqueurs de la décision de section, apprécier les « chances de succès » de ce litige principal potentiel, et si oui jusqu'où ?

La réponse est affirmative. Il est de jurisprudence constante que n'est pas utile une demande dans la perspective d'un litige qui ne relèverait manifestement pas de la compétence de la JA, qui serait entaché d'une irrecevabilité, sans que celle-ci soit nécessairement manifeste (30 décembre 2002, *OPH de Nice et des Alpes-Maritimes*, Rec., 241793) : lorsque l'action principale est vouée à l'échec au stade des questions préalables, l'expertise sollicitée ne présente pas d'intérêt. Par extension, il en va de même lorsque l'action serait prescrite (CE, 19 décembre 2008, M..., T., 314505).

Mais le juge peut-il aller jusqu'à s'aventurer dans l'examen des chances de succès au fond, au-delà des questions de compétence, de recevabilité ou de prescription ? Une récente décision de vos 7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies du 23 décembre 2016, *M. N...*, n° 403197, inédite, répond par la négative, énonçant dans un considérant de principe que « *si le juge des référés (...) ne peut faire droit à une demande d'expertise lorsqu'elle est formulée à l'appui de prétentions qui ne relèvent manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative, qui sont irrecevables ou qui se heurtent à la prescription, il ne lui appartient pas, en revanche, d'apprécier leur chance de succès* » quant au bien-fondé de l'action.

Votre jurisprudence nous semble en réalité un peu plus ouverte, et nous vous proposerions de desserrer ce considérant de principe. D'une part, cette ouverture apparaît nettement dans la décision de section *OGEC du Sacré-Cœur* de 2005. Le litige principal futur portait sur le point de savoir si le « forfait externat » d'un collège privé avait été bien calibré, ce qui supposait de connaître les dépenses exposées par le département dans l'intérêt des collèges publics. La section du contentieux a fait droit à la demande d'expertise, tout en excluant du champ de l'expertise certaines dépenses, les investissements immobiliers, que la loi excluait du calcul du « forfait externat ». Ce faisant, la section a estimé que cette partie de l'expertise ne présentait aucun intérêt car l'action était vouée à l'échec, sur le fond, dans la même mesure. Elle a ainsi suivi Emmanuel Glaser qui invitait dans ses conclusions le juge des référés à ne « *s'intéresser au fond [que] dans la stricte mesure nécessaire pour délimiter le champ de l'expertise* » - mais à s'y intéresser tout de même.

D'autre part, nous ne voyons pas de différence profonde de nature entre les questions préalables ou de prescription et les autres questions de bien-fondé de l'action, qui justifierait d'attirer dans l'office du référé-instruction les premières, et d'en sortir les secondes, et si votre jurisprudence ne l'a à ce jour jamais affirmé dans un considérant de principe, c'est parce que vous vous êtes toujours gardé, à très juste titre selon nous, d'échafauder des théories en la matière.

Mais où faire alors passer la frontière, quel est le critère dictant au juge de l'article R. 532-1 la retenue qui doit être la sienne ? Nous aurions tendance à dire, en paraphrasant la jurisprudence *Montaignac*, que le juge des référés doit dans la mesure du possible n'avoir qu'à constater que l'action est vouée à l'échec, sans rien avoir à apprécier, autrement dit qu'il ne faut conclure à l'inutilité de l'expertise qu'en présence d'une inopérance évidente de tout ou partie des prétentions, comme cela fut le cas en 2005 dans la décision de section. Le juge du référé-expertise ne peut donc ignorer entièrement le fond, mais il ne peut, pour reprendre les termes de la professeure Isabelle Despres s'agissant du référé civil, qu'« effleurer le fond de l'affaire, pour pouvoir évaluer la pertinence du recours à une mesure probatoire préventive

» (*Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, n° 294).

Ici, la cour, en se fondant sur l'insuffisance des éléments apportés par Mme A... pour établir la réalité du lien de causalité entre une faute de l'Etat et les préjudices invoquées, a excédé cet office. En l'état de votre jurisprudence, elle a commis une erreur de droit.

Convient-il de faire évoluer votre jurisprudence ? Plusieurs bonnes raisons d'évoluer peuvent venir à l'esprit. La condition d'interdiction de préjudicier au principal a disparu depuis le décret n° 88-907 du 2 septembre 1988. L'éventuelle appréciation du juge du référé ne lie pas les mains du juge saisi au fond, en l'absence de toute autorité de chose jugée. Et l'on peut comprendre le souci du juge de chercher à protéger un requérant contre lui-même, c'est-à-dire contre des dépenses, susceptibles d'être mises à sa charge, qui apparaîtraient d'ores et déjà vaines.

Mais finalement nous ne vous proposons pas de bouger les lignes de votre jurisprudence, évolution qui ne nous paraîtrait pas adaptée à l'office de ce juge, statuant selon une procédure allégée. En outre, la position de la cour n'est pas compatible avec vos exigences en termes de recevabilité de la demande d'expertise, qui n'est aujourd'hui subordonnée qu'à la condition que le requérant fournisse des précisions « sur la nature du litige qui la justifierait » (CE, 13 déc. 1995, *Ville d'Aulnay-sous-Bois*, n° 171914, au Recueil) : le requérant n'est pas tenu d'apporter des éléments sur son futur argumentaire. Lui opposer l'insuffisance de ces éléments, lorsqu'il en produit, nous paraîtrait quelque peu paradoxal. Et tout l'esprit de cette procédure, c'est de donner aux requérants futurs, à leur initiative un outil pour préserver ou établir des preuves, des faits, outil dont ils font usage à leurs risques et périls, même si le juge garde une marge de manœuvre pour déterminer la répartition de la charge des frais d'expertise (art. R. 621-13 du CJA)⁶.

Nous vous proposons donc d'accueillir le moyen d'erreur de droit, tiré de ce que la cour est entrée dans une évaluation des chances de succès, au fond, de l'action, qui échappait à son office. Après cassation, vous renverrez l'affaire devant la cour.

Si vous souhaitiez régler vous-mêmes l'affaire au titre de la procédure de référé, vous devrez d'abord vous prononcer sur l'objet exact de l'expertise demandée, qui est débattu.

Mais contrairement à ce que soutient Mme A..., sa demande initiale tendant exclusivement à la caractérisation et l'évaluation de ses préjudices, nullement à ce que l'expert réalise des investigations sur l'existence d'une carence fautive de l'ANSM. Mme A... insiste sur un petit bout de phrase, tendant à ce que l'expert « donne tous les éléments utiles d'appréciation sur les responsabilités encourues ». Mais cette phrase, resituée dans l'ensemble des écritures de première instance, n'a pas la portée qui lui est prêtée. Par suite, les conclusions tendant à ce que vous ordonniez une expertise à fin de recueillir tous éléments de fait propres à établir la carence de l'ANSM sont nouvelles en cause d'appel et, par suite, irrecevables (en matière de référé-expertise : CE, 10 déc. 1993, *E...*, n° 147574 ; CE, 29 déc. 1995, *M. et Mme P...*, n° 169669).

⁶ Dans ce contexte, comme le relève la doctrine civiliste s'agissant de la procédure équivalente de l'article 145 du code de procédure civile, l'application de ces dispositions « n'implique aucun préjugé sur les chances de succès du procès susceptible d'être ultérieurement engagé » (N. Cayrol, Fasc. Dalloz « Référé civil », n° 446) – la contrepartie étant que la porte est très, trop peut-être selon certain, ouverte aux demandeurs.

Une expertise tendant à l'évaluation du préjudice « médico-légal » de Mme A... est-elle « utile » au sens de l'article R. 532-1 ? A première vue, oui. Vous avez déjà admis qu'une expertise porte uniquement sur l'évaluation des préjudices subis (CE, 8 juin 2007, *M. et Mme O...*, n° 298818, inédite ; CE, 10 déc. 2012, *Réseau Ferré de France*, n° 357851, inédite), indépendamment de toute recherche des responsabilités. L'on pourrait objecter que Mme A... dispose déjà d'une première évaluation, puisqu'elle a obtenu du tribunal correctionnel de Marseille la condamnation de l'ancien dirigeant de PIP à des dommages et intérêts à hauteur de 6 000 euros, pour son préjudice de souffrance et d'anxiété⁷. Mais cette objection est fragile : le juge administratif n'est pas tenu par l'évaluation du juge pénal, et les postes de préjudice sur lesquels porte la demande d'expertise, le déficit fonctionnel temporaire et permanent, sont distincts.

Pourtant, il nous semble y avoir matière à hésitation, dans les circonstances très particulières de l'espèce, sur l'existence d'un réel intérêt à ce stade d'une telle expertise dans la perspective d'une future action au fond. Cette hésitation tient à deux éléments.

Le premier est le décalage entre l'objet de l'expertise et les enjeux du futur litige : si le préjudice reste à évaluer, son existence est certaine, et n'est pas contestée ; là où il y a contestation sérieuse, c'est sur les deux autres conditions, étrangères à l'expertise demandée, tenant à la faute de l'Etat et au lien de causalité. Or on trouve trace dans certaines de vos décisions, en particulier dans la décision de section *OGEC*, d'une pondération de l'intérêt de l'expertise au regard du caractère « sérieux » de la contestation future. Le deuxième élément est que Mme A... a déjà une idée suffisante, bien qu'incomplète, de son préjudice qu'il ne reste qu'à évaluer finement, grâce aux éléments déjà rassemblés. Or on trouve dans certaines de vos décisions trace d'une pondération de l'intérêt au regard des besoins du requérant pour décider d'engager ou non une action (cf. JRCE, 21 mai 2007, *M. L...*, n° 304117, inédite, relevant que « *M. L... est en mesure d'introduire l'action (...) qu'il envisage* » à partir des éléments dont il dispose déjà).

Pour nous résumer : une évaluation complète du préjudice sera utile dans le cadre d'une action indemnitaire, si elle prospère ; mais à ce stade, on peut s'interroger sur l'intérêt de cette action, compte tenu des éléments dont Mme A... dispose et de l'absence de contestation en défense sur ce point. Nous avons donc le sentiment d'être dans un cas-limite, même si votre jurisprudence est plutôt orientée dans le sens de l'utilité d'une telle demande d'évaluation.

Mais par les motifs qui précèdent nos concluons à la cassation, au renvoi de l'affaire, et à ce que l'Etat verse une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1.

⁷ Ce qui fait dire à l'ANSM que son action devant le juge administratif est principalement mue par la crainte de l'insolvabilité du débiteur