

N°419274

Centre hospitalier de Bretagne Atlantique Vannes-Auray

N° 423630

M. et Mme P...

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

Séance du 2 octobre 2019

Lecture du 23 octobre 2019

## CONCLUSIONS

**M. Nicolas POLGE, rapporteur public**

En matière d'exploitation des résultats des expertises par les juges du fond, votre jurisprudence tente de concilier des exigences de rigueur et une bonne dose de pragmatisme.

La rigueur, parce que les appréciations des experts peuvent jouer un rôle déterminant sur celle du juge, bien qu'il ne soit jamais tenues par elles. Lorsque l'expertise est ordonnée par le juge administratif et régulière, c'est même une composante à part entière de l'instruction de l'affaire par le juge administratif. Il faut donc veiller notamment à l'impartialité de l'expert, et au caractère pleinement contradictoire de l'expertise, au surplus dans un contexte enrichi par l'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. On peut trouver au moins deux arrêts dans lesquels la Cour a prononcé des condamnations sur le fondement de l'article 6 § 1 relatif au droit au procès équitable, au motif que l'expertise sur le fondement de laquelle les juridictions nationales s'étaient prononcées n'avait pas été rendue contradictoirement et que la possibilité de la discuter ultérieurement devant le juge n'était pas suffisante, les requérants n'ayant pas eu « *la possibilité de commenter efficacement l'élément de preuve essentiel* » (18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France*, n° 21497/93 ; 2 juin 2005, *Cottin c/ Belgique*, n° 48386/99). Chaque arrêt se présentant comme un arrêt d'espèce, il est difficile d'en tirer des conclusions générales. Mais il faut retenir que la Cour examine « *si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 paragraphe 1* ». Et la Cour européenne des droits de l'Homme semble considérer, non sans lucidité, que les rapports d'expertise exercent un grand poids sur la délibération des juges, en raison de l'ignorance technique de ces derniers

Et pragmatisme, par souci d'éviter l'alourdissement et l'allongement du procès que pourrait entraîner la répétition trop fréquente d'une expertise insuffisamment bien engagée, ou de disqualifier trop vite des experts compétents et utiles.

Ces deux affaires du rôle sont l'occasion d'éprouver les limites de ce pragmatisme.

1/ La première, portée par le pourvoi de M. et Mme P..., porte sur l'exigence d'impartialité de l'expert.

La grossesse de Mme I... P... a été suivie en 2009 au centre hospitalier intercommunal du Bassin de Thau puis au service des grossesses pathologiques du centre hospitalier régional universitaire de Montpellier, où elle a été hospitalisée à partir du 28 juin 2009. Hélas, le décès *in utero* de l'enfant à naître y a été constaté le 8 juillet 2009, à 26 semaines et 5 jours de gestation. Le tribunal administratif de Montpellier et la cour administrative d'appel de Marseille ont rejeté les demandes d'indemnisation de M. et Mme P.... La cour a estimé qu'aucune faute ne pouvait être retenue à l'encontre d'aucun des deux hôpitaux en cause.

Les moyens relatifs au fond de l'affaire ne sont pas convaincants.

Il est d'abord soutenu, à ce titre, que la cour aurait méconnu son office et dénaturé les faits en jugeant que le lien de causalité entre la présence d'une cloison utérine et les myomes, d'une part, et, d'autre part, le décès de l'enfant, n'était pas établi.

En deuxième lieu, que la cour aurait commis une erreur de qualification juridique en estimant que la prise en charge de Mme P... au sein du centre hospitalier intercommunal du Bassin de Thau ne pouvait être qualifiée de fautive.

En troisième lieu, qu'elle aurait également inexactement qualifié les faits en considérant que le centre hospitalier régional universitaire de Montpellier n'avait commis aucune faute, alors qu'aucune échographie n'avait été programmée avant le 9 juillet 2009

Mais, sur ces différentes questions, sans même tenir compte de l'expertise ordonnée par le tribunal administratif, sur laquelle il faudra revenir, on peut relever dans l'expertise demandée par la commission régionale de conciliation et d'indemnisation les mentions déterminantes suivantes, à l'issue de l'examen de l'état des connaissances scientifiques à la date des faits et de la situation de Mme P... :

« Il résulte de tout ce qui précède que Mme P..., âgée de 37 ans au moment des faits, présentait un utérus polomyomateux avec un myome intersticiel et un myome sous séreux pour lesquels il n'y avait aucune indication chirurgicale préventive en vue d'une grossesse. Le traitement par progestatif instauré conformément aux recommandations avait pour but de traiter les saignements.

« La découverte fortuite en cours de grossesse d'une possible cloison utérine ne nécessitait aucun traitement durant celle-ci, ni auparavant si le diagnostic avait pu en être fait sur une échographie. En effet, Mme P... ne présentait aucun passé de fausses couches à répétition (> 3) ni de pertes fœtales tardives qui sont les indications classiques de septoplastie hystéroscopique chez une patiente en conception spontanée.

« Les soins m'apparaissent avoir été dispensé selon les règles de l'art sans que je ne relève ni erreur ni manquement quelconque ou défaut d'organisation et fonctionnement de service. Mme P... présentait un utérus polomyomateux avec une probable cloison utérine pour lequel il n'y avait aucune indication opératoire antérieure à la grossesse compte tenu des données de la littérature.

« Elle a présenté des métrorragies en rapport avec un probable hématome marginal placentaire qui s'est étendu au reste du placenta réduisant d'autant les possibilités d'échange vasculaire à l'origine d'une mort in utero chez un grand prématuré chez qui une corticothérapie anténatale avait été instaurée en préventif ».

Le pourvoi invoque encore une erreur de qualification juridique des faits en ce qui concerne l'absence de faute du centre hospitalier régional universitaire de Montpellier alors que les circonstances de la prise en charge de Mme P... par cet établissement dans les suites immédiates du décès de son enfant, selon le pourvoi, ont révélé à tout le moins une négligence fautive, ainsi qu'une insuffisance de motivation, faute pour la cour de s'être prononcé sur le chef de préjudice correspondant à la décision de reconduire Mme P... dans sa chambre « où elle est restée seule plusieurs heures sans qu'aucun protocole d'expulsion ne soit mis en place, sans égard pour sa détresse, alors que ce protocole aurait dû être engagé dans les suites immédiates de l'annonce du décès de l'enfant pour ne pas ajouter au traumatisme vécu par cette jeune mère dans l'attente d'une délivrance qui n'est survenue que dix-huit heures plus tard ».

Mais comme le suggère la formulation du pourvoi, cette question n'était abordée devant la cour administrative d'appel qu'à travers le prisme de l'évaluation du préjudice. Il n'était pas fait état d'une faute relative à ces circonstances dans l'exposé des fautes susceptibles d'engager la responsabilité du centre hospitalier. La cour n'avait donc pas à se prononcer sur cette question sous l'angle d'une faute, et comme la cour a écarté les autres fautes invoquées, elle n'avait pas non plus à se prononcer sous l'angle de la détermination d'un préjudice.

S'agissant de l'expertise, le pourvoi soutient tout d'abord que l'arrêt s'est abstenu de se prononcer sur les conclusions de M. et Mme P... tendant à ce qu'il soit ordonné avant dire droit de procéder à une nouvelle expertise : c'est, en tout état de cause, inexact, puisque la cour statue sur la requête d'appel en indiquant au point 10 de son arrêt « sans qu'il soit besoin d'ordonner une expertise ».

Cette demande de nouvelle expertise s'explique par la contestation de la régularité de l'expertise ordonnée par le tribunal administratif. Le pourvoi soutient que la cour a dénaturé les faits et les pièces du dossier en retenant que l'argumentation des appelants n'était pas de nature à démontrer la partialité de l'expert désigné. La cour a retenu sur ce point « que la circonstance que l'expert désigné par le juge des référés du tribunal administratif de Montpellier occupe des fonctions au sein de l'Union Professionnelle Internationale des Gynécologues et Obstétriciens et au sein du Syndicat des gynécologues n'est pas, par elle-même, de nature à démontrer sa partialité, pas davantage que celle tenant à la brièveté, selon les requérants, du délai ayant couru de la réunion d'expertise à la clôture du rapport ; que si les requérants soutiennent également

que cet expert a exercé dans la même clinique que le praticien qui a pris en charge la patiente au sein du centre hospitalier régional universitaire de Montpellier, ce moyen n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé ».

Si une dénaturation est invoquée, c'est en fait un contrôle de qualification juridique que vous exercez sur l'appréciation portée par les juges du fond sur les pièces censées mettre en cause l'impartialité d'un expert (30 mars 2011, *D...*, n° 330161, T. 1083 ; c'est un contrôle de même nature que celui qui est mis en œuvre que dans un cas de demande de récusation : 23 juillet 2014, *K...*, n°352407, T. 797, 801, 853 sur d'autres points).

Le moyen est-il recevable ?

La question est soulevée par les défendeurs, qui font valoir qu'en 2012, Mme P... s'est fondée sur l'article R. 621-6 du code de justice administrative, qui prévoit qu'un expert peut être récusé pour les mêmes causes que les juges, pour demander la récusation de M. B.... Par jugement du 3 avril 2012, le tribunal administratif de Montpellier a rejeté cette demande de récusation au fond.

La décision par laquelle le juge statue sur une demande de récusation est bien une décision juridictionnelle (Section, 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, n°355151, p. 118), et la jurisprudence a d'ailleurs d'abord reconnu qu'elle était susceptible d'être contestée par la voie de l'appel ou de la en cassation, de manière générale (28 juillet 1999, *société Betelrap*, n°185390, T. 952). La portée de cette dernière jurisprudence a été restreinte par les dispositions ultérieurement introduites à l'art. R. 621-6-4 du code de justice administrative, selon lesquelles :

*« Si l'expert acquiesce à la demande de récusation, il est aussitôt remplacé.*

*Dans le cas contraire, la juridiction, par une décision non motivée, se prononce sur la demande, après audience publique dont l'expert et les parties sont avertis.*

*Sauf si l'expertise a été ordonnée sur le fondement du titre III du livre V, cette décision ne peut être contestée devant le juge d'appel ou de cassation qu'avec le jugement ou l'arrêt rendu ultérieurement. »*

Cependant, comme le montre l'exception prévue par ce dernier alinéa, et comme l'a rappelé la décision de section du 23 mars 2012, l'exercice de voies de recours propres reste possible lorsque l'expertise a été ordonnée par le juge des référés, comme en l'espèce. L'omission, comme en l'espèce, ou l'épuisement des voies de recours qui subsistent est ainsi susceptible de rendre définitive la décision rendue sur la demande de récusation. S'y attache-t-il alors une autorité de chose jugée qui ferait obstacle, comme il est soutenu en défense, à ce que l'impartialité de l'expert soit à nouveau contestée devant le juge du fond puis le cas échéant en cassation ?

Une telle solution créerait un écart très important, et difficile à justifier, dans le traitement de la question de l'impartialité de l'expert selon qu'il a été désigné par le

juge des référés – une demande de récusation viderait alors définitivement, en amont, cette question - ou bien qu'il a été désigné au cours de l'instruction de l'affaire par la juridiction saisie du fond – la question pourrait être reprise à chaque degré de l'action au fond. Notons que, s'agissant des juges, vous avez jugé qu'un moyen tiré d'un manquement à l'impartialité peut être présenté pour la première fois devant le juge de cassation par un justiciable qui s'est, au préalable, abstenu de demander la récusation d'un membre de la formation de jugement sur le fondement de l'article R. 641-1 du code de justice administrative (Section, 12 octobre 2009, *T...*, n° 311641, p. 367). Cette règle ne peut qu'être transposée aux experts. Or, son corollaire est nécessairement que dans le cas également où la récusation a été demandée mais où le demandeur s'est ensuite abstenu de faire appel, alors qu'il le pouvait, s'agissant d'un expert désigné en référé, du jugement rejetant sa demande, la question de l'impartialité de l'expert peut encore être soulevée dans le cadre de l'instance au fond - sauf à traiter de manière très défavorable en pratique, du point de vue des garanties de l'impartialité de l'expert, celui qui demande une expertise au juge des référés par rapport à celui qui saisit directement la juridiction au fond.

Par ailleurs, il est certain que la connaissance des motifs de récusation d'un expert peut progresser en cours de procédure et il ne serait pas opportun d'empêcher le requérant de faire état, devant le juge du fond, des motifs qu'il aurait découverts après l'échec d'une procédure de récusation initiale, en attachant à celle-ci l'autorité de la chose jugée.

Vous devriez donc accepter d'examiner le moyen.

Celui des motifs qu'il critique qui est relatif au délai séparant la réunion d'expertise de la clôture du rapport n'est pas sérieusement contestable. De même, s'agissant du motif selon lequel n'était pas assorti de précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé le moyen par lequel les requérants arguaient que l'expert avait exercé dans la même clinique que le praticien en cause : la requête se contentait de l'affirmer sans produire aucune pièce à l'appui de cet argument.

En revanche, le motif relatif à la compatibilité de la mission d'expert avec des responsabilités au sein d'organisations de défense des intérêts des gynécologues et obstétriciens est beaucoup plus fragile et périlleux

Il ressort en effet des pièces du dossier que le Dr B... exerçait des responsabilités au sein de la principale organisation syndicale française de gynécologues-obstétriciens. Il faut souligner que ce point n'est pas en soi critiquable : l'exercice de responsabilités au sein d'organisations syndicales ou professionnelles de médecins ne doit pas faire obstacle à l'accomplissement d'une mission d'expertise dans le même domaine professionnel

Mais, par ailleurs, M. B... avait aussi, peu de temps avant sa mission d'expertise, pris parti publiquement pour que les gynécologues obstétriciens et leur patrimoine soient mieux défendus devant les juridictions, et mis en place, au sein de l'Union professionnelle internationale des gynécologues-obstétriciens, une commission dont il assurait la direction, et qui était notamment chargée d'aider les gynécologues-

obstétriciens à assurer leur défense devant les juridictions saisies de litiges indemnitaires.

On peut faire crédit à M. B... de sa capacité à séparer ses efforts généraux en faveur de sa profession et les besoins d'une expertise donnée. Mais il est certain que ce type de prise de position publique et orientée affecte la confiance que les parties peuvent avoir dans l'impartialité de l'expert.

Pour l'erreur de qualification juridique commise sur ce point par la cour, vous annulerez l'arrêt attaqué et vous pourrez lui renvoyer l'affaire, en mettant à la charge des défendeurs, solidairement, le versement au requérants d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

-

2/ Le pourvoi du centre hospitalier Bretagne Atlantique Vannes-Auray porte principalement, quant à lui, sur l'usage par le juge des expertises non contradictoires.

A l'origine du litige, il y a une infection contractée par Mme E..., au cours de son passage par trois établissements de santé successif : le centre hospitalier universitaire de Rennes, où elle devait subir un changement de prothèse au genou gauche, le centre de rééducation fonctionnelle de Kerpape, établissement privé, puis le centre hospitalier Bretagne-Atlantique, où elle a dû être transférée après une chute dans sa chambre ayant provoqué une lésion au genou, et où est apparu un écoulement sur la plaie résultant de sa chute. Une ponction a révélé la présence de staphylocoques dans cette plaie, ce qui a obligé à retirer la prothèse et à pratiquer une arthrodèse.

Le juge des référés du tribunal de grande instance de Lorient a d'abord ordonné une expertise entre la victime, son assureur et le centre de Kerpape, mais au vu de ses résultats, c'est auprès du centre hospitalier Bretagne-Atlantique que Mme E... a formé une demande indemnitaire en invoquant une infection nosocomiale. L'établissement a rejeté sa demande en soutenant que des signes d'infection existaient avant le 20 août, date de son admission.

Saisi par Mme E..., le tribunal administratif de Rennes a retenu le caractère nosocomial de l'infection et condamné le centre hospitalier à indemniser les caisses primaires d'assurance-maladie de Lot-et-Garonne et du Morbihan de leurs débours en faveur de Mme E..., laquelle s'était entre-temps désistée. La cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel du centre hospitalier.

Les moyens du pourvoi relatifs au fond de l'affaire sont par eux-mêmes difficiles à accueillir. Ce sont les moyens relatifs à l'expertise qui justifient son examen au niveau de votre formation de jugement. Ils critiquent la cour pour n'avoir pas censuré le tribunal dans son maniement de l'expertise et avoir elle-même statué au vu de cette expertise sans ordonner la nouvelle expertise qui lui était demandée.

Le centre hospitalier invoquait le caractère non contradictoire de l'expertise, conduite hors sa présence – et pour cause : elle avait été ordonnée par le juge civil dans l'idée de régler un litige civil entre personnes privées, sans mise en cause d'une personne publique.

Votre jurisprudence a eu tôt à s'exprimer sur la manière de traiter une expertise ordonnée par un autre juge que le juge administratif : il ne peut s'agir d'une étape de l'instruction de l'affaire devant celui-ci, mais c'est une pièce qui peut être utilisée comme les autres, « à titre d'éléments d'information », quand bien même elle n'aurait pas été rendue de manière contradictoire à l'égard de l'une des parties au procès administratif (7 décembre 1951, *Sté Distillerie, entrepôts et usines du Languedoc et de Provence*, n° 97564, p. 580, pour une expertise ordonnée par le juge civil ; 13 juillet 1961, *Centre hospitalier régional de Blois*, n°s 48729, 50846, T. 1138, 1175, pour une expertise ordonnée par un juge d'instruction), ou qu'elle aurait été ordonnée par un juge incompetent (2 décembre 1964, *Sté Entreprise Louis Chaigne*, n° 59282, p. 611).

Lorsqu'il s'agit d'une expertise ordonnée par le juge administratif (une « expertise judiciaire administrative », donc), mais que cette expertise est irrégulière, par exemple parce qu'elle a manqué au principe du caractère contradictoire de la procédure, le cadre d'analyse a été posé plus précisément par une décision de section du 7 février 1969, *M...*, n°67774, p. 87, et la jurisprudence qui a suivi. Les conclusions de Guy Braibant montrent qu'il s'est agi de mettre fin à la coexistence, depuis le début du XXème siècle, de deux veines de jurisprudence incompatibles : l'une, déduisant de l'irrégularité de l'expertise une interdiction radicale d'en tenir compte ; l'autre, admettant qu'elle soit prise en compte comme élément d'information. La section du contentieux a fait prévaloir cette deuxième tendance, mais en encadrant la possibilité d'utiliser les éléments issus de l'expertise irrégulière<sup>1</sup>. Le principe demeure que le jugement qui se fonde sur un rapport d'expertise non contradictoire est en principe entaché d'irrégularité (10 juillet 1987, *société lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, 67421, T. 881, 884). Mais le juge peut retenir « à titre d'élément d'information » « les constatations faites par l'expert » dès lors qu'elles sont « corroborées par d'autres éléments du dossier » (décision *M...*) ou qu'il s'agit d'éléments de pur fait non contestés par les parties (26 juillet 1985, *S... et autre*, n°41567, T. 690). Ce sont les deux grandes branches de la jurisprudence *M...* Sur la base d'une appréciation plus subjective, l'utilisation d'un rapport non contradictoire peut être admise s'il résulte sans équivoque de l'instruction que le défaut de contradictoire est resté sans incidence sur les conclusions du rapport (4 octobre 1972, *A...*, 81399, T. 602). Vous êtes même allés, dans des affaires ayant donné lieu à des décisions inédites, jusqu'à admettre qu'un débat contradictoire suffisant pallier le manquement initial au contradictoire (18 mars 1988, *N...*, n° 49443 ; 28 novembre 1997, *H...*, n° 54007). Luc Derepas a dans ses conclusions sur votre décision

---

<sup>1</sup> Concl. Braibant : « Cette solution nous paraît la plus raisonnable. L'obligation de faire abstraction du rapport d'expertise présente en effet des inconvénients sérieux ; ou bien le juge ordonne une nouvelle expertise qui augmentera la longueur et le coût du procès ; ou bien il décide de passer outre, pour mettre fin au litige, et il déclare faire abstraction de l'expertise pour que les principes soient saufs, sans pouvoir s'empêcher de s'y référer en fait. ».

du 7 avril 2010, *Centre hospitalier Antoine Gayraud*, inéd., rappelé ces différentes nuances de la jurisprudence. Les conditions qu'elle pose doivent s'appliquer à la prise en compte par le juge administratif des expertises réalisées à la demande d'un autre juge.

Dans notre affaire, la cour a fait mine d'appliquer cette grille de lecture au contrôle de la régularité de l'utilisation par le tribunal administratif de l'expertise civile contestée, pour écarter la critique de la régularité du jugement. Puis sur le fond, tout en évaluant, pour les écarter, les arguments avancés devant elle en sens contraire, elle a repris à son compte les appréciations de l'expert, sur une question délicate, relative à l'identification d'une infection comme infection nosocomiale.

Sur le plan juridique, votre jurisprudence a dû tâtonner pour parvenir à la définition stabilisée par votre décision de Section du 23 mars 2018, *Mme Z..., épouse T...*, p. 90, selon laquelle doit être regardée comme présentant un caractère nosocomial au sens du second alinéa du I de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique « *une infection survenant au cours ou au décours de la prise en charge d'un patient et qui n'était ni présente, ni en incubation au début de celle-ci, sauf s'il est établi qu'elle a une autre origine que la prise en charge.* »

La mise en œuvre de ces critères repose sur des appréciations médicales délicates, des questions pour le règlement desquelles, dans notre affaire, le passage pertinent de l'expertise se réduit à deux phrases : « *Le Docteur B... [le sapiteur] précise que le mécanisme le plus probable est celui d'une inoculation de dehors en dedans à partir d'une fistule interne qui se serait constituée en septembre 2008. / Cette inoculation s'est révélée à un séjour hospitalier à l'hôpital d'Auray mais elle est considérée comme liée aux soins compte tenu de la nature du germe retrouvé* ». Ces mentions ramassées et pour partie sibyllines laissent des questions déterminantes pour l'issue du litige administratif dans l'ombre. A quels « soins » est liée l'inoculation, pour une patiente qui en a reçu dans trois établissements différents au cours de la période ? En quoi la « nature » du germe aiderait-elle à identifier l'établissement impliqué ou la chronologie de l'infection, et quelle est-elle ?

Les obscurités de l'expertise ne sont pas à reprocher aux experts : ils n'étaient pas comme le juge administratif saisis de la question déterminante de savoir si l'infection était présente ou en incubation au moment de l'admission de la patiente au centre hospitalier Bretagne-Atlantique. La cour s'est prononcée d'elle-même sur le délai vraisemblable d'apparition des symptômes de l'infection, alors que cette question de délai d'incubation aurait certainement été à discuter de manière plus utile devant un expert. En réalité, sous couvert de soumettre les éléments du rapport au débat contradictoire devant elle, la cour a fondé la solution sur le rapport d'expertise ou en a à tout le moins retenu des éléments déterminants qui n'étaient ni des éléments de fait non contestés ni corroborés par d'autres pièces du dossier. Elle est sortie du cadre posé par la jurisprudence *M...*, défini pour les expertises irrégulières mais qui devrait être appliqué aussi aux expertises autres que celles qu'ordonne le juge administratif lui-même

Pour censurer cette erreur, les moyens du pourvoi vous laissent un certain choix ; compte tenu de l'erreur de méthode que le rapprochement de l'arrêt et du dossier paraît faire apparaître, vous pourriez retenir l'erreur de droit,

Et, après avoir annulé cet arrêt, renvoyer l'affaire à la cour administrative d'appel, en mettant à la charge de chacune des deux caisses primaires d'assurance-maladie la somme de 1 500 euros à verser au centre hospitalier au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.