

La place de l'expertise dans la preuve du préjudice

Colloque CECCAM - vendredi 17 mai 2019

Jean-Michel LASO : président de la 8^{ème} chambre au TA *en charge depuis 2017 de la responsabilité hospitalière et de la fonction publique hospitalière*

Expertise et préjudice, je souhaiterais étendre le propos à expertise et responsabilité.

1/ En effet, il appartient au requérant qui recherche la responsabilité de l'administration d'apporter tous éléments de nature à établir l'existence d'une faute et la réalité du préjudice subi.

Autrement dit, il incombe au juge d'ordonner une expertise lorsqu'il n'est pas en mesure de se prononcer non seulement sur le préjudice mais aussi et surtout – avant la détermination du préjudice - lorsqu'il n'est pas en mesure de se prononcer sur le principe même de la responsabilité de l'administration.

C'est essentiellement le cas en matière de responsabilité hospitalière.

Une expertise en responsabilité hospitalière, c'est d'abord pour éclairer le juge sur les conditions de la responsabilité de l'hôpital puis sur l'étendue des préjudices subis.

Etant précisé, sur les préjudices, que le principe (commun aux juges judiciaire et administratif) est celui de la réparation intégrale.

Ceci étant, le juge n'est pas un expert et l'expert n'est pas un juge. A chacun sa mission - propre et difficile - à accomplir.

En responsabilité hospitalière, le juge porte une appréciation juridique sur « le comportement » d'un établissement hospitalier en vérifiant s'il répond aux conditions posées par la « Loi » (le code de la santé publique).

Le juge se fonde sur les avis des spécialistes – les experts – et s’il est parfois amené à contredire l’appréciation des experts s’est souvent parce que l’avis de l’expert est contesté par d’autres experts.

2/ On a coutume de dire que l’expertise est la mesure d’instruction la plus fréquemment utilisée par le juge administratif.

Il y a 2 « portes d’entrées » dans l’expertise : la voie du référé et celle du jugement avant dire droit (ADD).

C’est ce que je souhaiterais aborder avant de parler de la mission de l’expert.

Au préalable, quelques chiffres qui sont plutôt des ordres de grandeur.

La « voie normale » de l’expertise est le référé.

Car, en 2018, le TA a enregistré environ 280 demandes d’expertise (hors IMR).

Sur ces 280 demandes d’expertise, un peu moins d’une 100^e concernent la matière « responsabilité hospitalière », soit environ un tiers des expertises (hors IMR).

Alors, que pour la même période, la 8^{ème} chambre du Tribunal (qui traite de la responsabilité hospitalière) n’a ordonné qu’une 10^e de jugement ADD.

Le « *ratio* » - expertise en responsabilité hospitalière - est donc de 10 ordonnances de référés pour 1 jugement ADD.

Voyons donc d’abord les 2 « portes d’entrées » dans l’expertise - que sont la voie du référé et celle du jugement ADD avant d’évoquer la mission d’expertise qui est la même quelque soit « la porte d’entrée ».

1/ Le recours à l’expertise : la voie du référé et celle de l’ADD

A/ Le référé

Il existe une disposition spécifique dans le CJA qui concerne l’expertise, c’est l’article R. 532-1 (nous y reviendrons).

Mais aucune disposition n'interdit d'ordonner une expertise dans les autres hypothèses de référé – en référé liberté, en référé suspension ou en référé provision.

Par exemple, en référé liberté, tout le monde a en tête, les cas médiatiques (douloureux et heureusement exceptionnels) de la fin de vie.

Il s'agit de décision de médecins d'arrêter ou de ne pas mettre en œuvre un traitement qui serait caractériserait une obstination déraisonnable.

Il a été jugé par le Conseil d'Etat que le juge des référés (liberté) - ou la formation collégiale à laquelle il a renvoyé l'affaire – peut prescrire une expertise médicale après avoir suspendu à titre conservatoire l'exécution de la mesure et avant de statuer sur la requête dont il est saisi.

CE Assemblée 14 février 2014 n° 375081. Tout le monde aura reconnu l'affaire « Lambert ».

A Marseille, le TA a connu un cas semblable avec la situation de cette petite fille prénommée « Marwa ».

Dans un 1^{er} temps, en novembre 2016, le juge des référés liberté du Tribunal - en formation à 3 – a suspendu la décision de mettre un terme aux thérapeutiques « actives », a ordonné la reprise des soins et a ordonné une expertise médicale pour l'éclairer sur le caractère irréversible des lésions, le pronostic et le maintien ou non des thérapeutiques.

Puis, après remise du rapport d'expertise, en février 2017, il a ordonné le maintien des soins prodigués à l'enfant.

Cette décision a été confirmée par le Conseil d'Etat le 8 mars 2017 (CE n° 408146).

Pour autant, comme indiqué précédemment, il existe une disposition spécifique dans le CJA qui concerne l'expertise.

C'est l'article R. 532-1 du code de justice administrative : « le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise (...) ».

On a coutume de dire qu'en référé, le juge est tenu de faire droit à une demande d'expertise si les conditions sont remplies.

Quelles sont donc les conditions de l'expertise en référé ?

Tout d'abord, vous aurez noté que le requérant peut saisir le juge des référés en l'absence d'une décision administrative préalable.

C'est-à-dire en l'absence de litige né et actuel.

La (seule) condition, c'est donc que la mesure d'expertise doit être utile.

Comment s'apprécie l'utilité d'une demande d'expertise ?

L'utilité d'une expertise s'apprécie par rapport aux actions contentieuses engagées ou à venir.

La condition de l'utilité est appréhendée assez largement.

Schématiquement, en responsabilité hospitalière, le requérant doit établir qu'il a été pris en charge d'un établissement et déclarer qu'il en a conservé des séquelles.

C'est pourquoi, il m'a paru plus intéressant de donner quelques exemples de demande d'expertise qui ont été rejetées.

Avec, là encore, un ordre de grandeur.

Sur la 100^e d'expertises ordonnées en référé en responsabilité hospitalière en 2017 et 2018, j'ai rejeté (à peine) une 10^e de demandes.

NB : c'est le même ratio que précédemment : 10 expertises – 1 rejet.

Sur quoi portaient ces rejets ?

On peut tenter un regroupement classique autour de 3 points :

- la compétence,
- les questions de recevabilité
- l'utilité à proprement parler.

* Tout d'abord, même si c'est anecdotique, j'ai rejeté comme dépourvu d'utilité quelques demandes d'expertise dès lors le fond du litige ne relevait manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative.

Ainsi, parce que le requérant avait été pris en charge dans un établissement de santé privé et non au sein d'un établissement public.

Le fond du litige ne relevant évidemment pas du juge administratif, la mesure d'expertise devant le JA n'est donc pas utile.

*Autres hypothèses de rejet d'une demande d'expertise plus fréquentes que les hypothèses d'incompétence précédentes, il m'est arrivé de rejeter une demande d'expertise dès lors qu'une requête au fond est (ou serait) irrecevable.

En effet, une expertise qui serait ordonnée alors que la requête au fond est irrecevable serait frustratoire.

C'est assez classique en excès de pouvoir.

Par exemple, en fonction publique, ne présente pas un caractère d'utilité la mesure d'expertise visant à déterminer une aptitude aux fonctions d'un agent dès lors que la décision de placement en retraite pour invalidité est devenue définitive et ne peut donc plus être contestée.

C'est aussi le cas en responsabilité hospitalière.

Par exemple, lorsque la demande préalable (qui est une obligation prévue de l'article R. 421-1 du CJA en cas de requête indemnitaire) a été rejetée par une décision devenue définitive.

En cas de décision administrative définitive rejetant une demande, une requête fondée sur la même cause juridique et les mêmes préjudices serait irrecevable car tardive et une demande d'expertise ne serait pas utile.

Par contre, une éventuelle prescription d'une demande indemnitaire doit être appréhendée avec prudence.

Parce que les questions de prescription sont délicates à manier.

Sachez qu'en responsabilité hospitalière, la prescription est de 10 ans et obéit aux mêmes causes d'interruption – par exemple - si la veille de l'expiration de ce délai une demande d'AJ a été déposée, cette demande a interrompu le cours de la prescription - de sorte que la demande d'expertise conserve son utilité.

Me Semidei doit intervenir sur la prescription.

* Pour terminer sur les référés, j'insisterais sur le cas le plus fréquent des rejets de demande d'expertise en responsabilité hospitalière pour défaut d'utilité, c'est lorsqu'une expertise a déjà rendue.

On est bien là sur l'absence d'utilité à proprement parler (et non plus sur des questions de compétence ou de recevabilité).

Une expertise peut déjà avoir été ordonnée :

- soit par un juge (judiciaire ou administratif) – c'est une expertise juridictionnelle ;
- soit par la commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux (CCI) compétente en matière de responsabilité hospitalière ;
- il peut aussi s'agir d'une expertise amiable – ce qui est fréquent et souvent à l'initiative d'un des assureurs (du patient ou du centre hospitalier).

Mais pour qu'une expertise amiable soit « suffisante », elle doit présenter les garanties d'une expertise juridictionnelle, c'est-à-dire qu'elle doit avoir été menée de façon contradictoire et elle doit comporter tous les éléments dont le juge a besoin pour statuer sur le principe de la responsabilité et les préjudices subis.

En cas d'expertise amiable non contradictoire, comment savoir – par exemple - si l'expert a disposé de tous les documents médicaux nécessaires – n'y en a-t-il pas qui pourraient être en possession de l'établissement ?

Cette seule circonstance – ce seul doute - devrait justifier qu'une nouvelle expertise soit ordonnée.

Lorsqu'il y a déjà une expertise (judiciaire, CCI, amiable si contradictoire), que cette expertise est complète (sur le principe de la responsabilité et les préjudices), le juge des référés peut estimer que la nouvelle demande d'expertise a le même objet que la précédente expertise.

Surtout si le demandeur ne produit aucun élément nouveau.

Dans cette hypothèse, le juge des référés estimera que la demande d'expertise a (en réalité) pour objet de contester la manière dont l'expert a rempli sa mission ou les conclusions de son rapport.

Or, une telle demande ne relève pas du juge des référés mais du juge du fond qui lui appréciera, s'il y a lieu, d'ordonner une nouvelle expertise.

C'est la raison pour laquelle, en présence d'une expertise (judiciaire, CCI, amiable si contradictoire) « complète » (sur la responsabilité et les préjudices), j'ai rejeté une nouvelle demande d'expertise pour défaut d'utilité.

Si j'ai donc un message à faire passer aux avocats présents dans la salle, c'est de saisir le juge du fond plutôt que le juge des référés lorsque le dossier comporte déjà une expertise et que vous en contestez les conclusions de manière argumentée par les dires d'un autre médecin-expert.

Maintenant, entendons nous bien, ces hypothèses - qui ne sont pas les plus courantes - doivent être interprétées strictement.

Ainsi, même en présence d'une expertise, j'ai ordonné une nouvelle expertise - par exemple - sur les points non abordés par le premier expert.

Concrètement, l'expertise était certes claire sur le principe de la responsabilité mais lacunaire sur les préjudices, j'ai donc demandé à un (autre) expert de se prononcer sur les seuls préjudices subis.

De même, lorsque le demandeur produit de nouveaux documents médicaux que le premier expert n'a pas pu obtenir ou bien lorsque l'état de santé du demandeur a évolué ou bien encore lorsque cet état de santé est désormais consolidé, une nouvelle expertise trouve son utilité.

C'est-à-dire dans tous les cas de circonstances nouvelles par rapport à l'expertise déjà réalisée.

L'autre « porte d'entrée » dans l'expertise est le jugement ADD.

B/ L'ADD

Il s'agit de l'application de l'article R. 621-1 du CJA prévoit que « la juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande de l'une des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision (...) ».

Ici, le recours à l'expertise est une prérogative propre du juge qui n'est donc pas lié par les demandes des parties.

C'est une procédure incidente qui s'applique à toute matière.

Il est donc sursis à statuer sur la requête au fond le temps que l'expert désigné remette son rapport.

Dans la suite des propos précédents sur le référé, le juge du fond peut ordonner par jugement ADD une nouvelle expertise même en présence d'une expertise.

Deux hypothèses.

- la formation collégiale estime que les conclusions du 1^{er} expert ne sont pas suffisamment claires, précises et complètes tant sur la responsabilité que sur les préjudices.

Par exemple, lorsque l'expert ne s'est pas prononcé sur la perte de chance (nous y reviendrons).

Ou parce que les conclusions de l'expert ne permettent pas de distinguer les préjudices qui relèvent du retard de prise en charge de ceux qui sont liés, par exemple, à l'état de santé initial lors de l'hospitalisation.

Ou parce que l'expert n'a évalué qu'une partie des préjudices - avant la consolidation - et pas les préjudices permanents – la consolidation n'étant pas acquise à la date à laquelle l'expert s'est prononcé.

- le juge du fond peut également ordonner une nouvelle expertise parce que les conclusions du 1^{er} expert sont contestées par de nouvelles pièces médicales sérieuses postérieures au rapport et qui en remettent en cause la portée, les conclusions.

Une expertise peut également être ordonnée par le juge du fond lorsque le dossier n'en comporte aucune.

Le requérant s'étant directement adressé au juge du fond sans passer par le juge des référés.

Dans cette hypothèse, on retrouve la même notion d'utilité évoquée dans la partie concernant le référé : ainsi l'expertise ordonnée par un jugement ADD ne doit pas être frustratoire.

2/ La mission d'expertise

* Un mot sur les parties à l'expertise :

Ce sont celles qui ne sont manifestement pas étrangères au litige :

- il y a le demandeur,

- le ou les établissements de santé concernés,

- mais il n'est pas nécessaire d'appeler comme parties à une expertise les médecins qui agissent dans le cadre de leur fonction puisque seul sera ou seront « condamnés » le(s) établissement de santé – pour autant, l'expert a la possibilité d'entendre toute partie,

- en responsabilité hospitalière, la présence de l'ONIAM est nécessaire lorsque l'on pense être en présence d'une infection nosocomiale grave ou d'un accident médical non fautif.

La mise en cause de l'ONIAM est faite d'office par le juge même si les parties n'y ont pas pensé.

L'ONIAM étant le débiteur de la réparation au titre de la solidarité nationale.

Par ailleurs, dans le délai de 2 mois à compter de la première réunion d'expertise les parties peuvent demander d'étendre l'expertise à une ou des parties qui n'y figuraient pas.

Et l'expert peut faire la même demande sans condition de délai.

Une extension de l'expertise à d'autres parties est peu fréquente en responsabilité hospitalière.

Il appartient au juge des référés et à la formation collégiale dans le jugement ADD de choisir entre un seul expert ou plusieurs experts.

C'est selon la difficulté de la mission et la (les) spécialité(s) recherchées.

Pareillement, il est possible de recourir à un ou plusieurs sapisiteurs pour éclairer le ou les experts sur un point particulier.

* La mission d'expertise :

La rédaction de la mission d'expertise est très importante.

Si la mission n'est pas clairement définie, le risque est que le rapport d'expertise soit inexploitable et rendre nécessaire une nouvelle expertise.

Généralement, en responsabilité hospitalière, c'est une mission d'expertise "large".

Les questions posées à l'expert (la mission) peuvent être regroupées en 3 points :

- une description des faits,
- apporter des éléments sur le principe de la responsabilité,
- apporter des éléments sur l'évaluation des préjudices.

Le juge attend de l'expert :

Une description des faits :

- ainsi, il est demandé à l'expert de procéder à l'examen médical du demandeur, de se faire communiquer tous les documents médicaux concernant l'hospitalisation du demandeur, convoquer et entendre non seulement les parties mais aussi tous « sachants » (par exemple, les chirurgiens) ;
- il ensuite demandé à l'expert de décrire l'état de santé du demandeur lors de son admission à l'hôpital et d'indiquer si l'état de santé antérieur a pu avoir une incidence sur les conditions de prise en charge du demandeur ;

- en cas d'infection nosocomiale, il sera également demandé à l'expert d'indiquer à quelle date ont été constatés les 1^{ers} signes de l'infection et de préciser les germes en cause.

Des éléments sur le principe de la responsabilité :

- il est demandé à l'expert de donner son avis sur le diagnostic qui a été porté, sur les traitements prodigués et sur les interventions pratiquées (au regard des données de la science médicale) ;

- il est également demandé à l'expert de déterminer dans quelle mesure l'état de santé actuel est imputable aux séquelles des interventions ;

- plus précisément, il est demandé à l'expert de donner son avis sur le point de savoir si ces complications ont un rapport soit avec l'état de santé initial ou l'évolution prévisible de cet état ;

- ainsi, il lui est demandé de préciser - si ces complications - sont la conséquence d'une erreur ou d'un retard de diagnostic ou encore d'un aléa thérapeutique et éventuellement de préciser la part respective des complications imputable à ces différentes hypothèses ;

- il est également attendu de l'expert de déterminer l'ampleur de la chance que le demandeur aurait perdu de voir son état de santé s'améliorer ou d'éviter de le voir s'aggraver ;

- en cas d'infection nosocomiale, l'expert devra préciser si l'infection était présente ou en incubation au début de la prise en charge ou si elle a été contractée lors de cette prise en charge et si elle a une autre origine que la prise en charge médicale (définition jurisprudentielle de l'infection nosocomiale).

- enfin, un éclairage spécifique est également demandé à l'expert pour savoir si une information a été donnée au patient (au requérant) sur les risques encourus et sous quelle forme =) dès lors que le défaut d'information est susceptible en tant que tel, de manière autonome par rapport à la responsabilité « médicale », d'engager la responsabilité de l'établissement fautif ;

Enfin, des éléments sont attendus de l'expert pour l'évaluation des préjudices :

- il sera tout d'abord demandé à l'expert de déterminer si l'état de santé du demandeur est consolidé et si oui d'en préciser la date ;
- ensuite, il est demandé à l'expert déterminer les préjudices personnels et les préjudices patrimoniaux.

La nomenclature retenue par le juge administratif est (encore) issue de l'avis du Conseil d'Etat rendu en Section du Ctx « Lagier » du 4 juillet 2007 n° 303422.

Cette nomenclature est centrée autour de 6 postes de préjudices.

Contre 29 dans la nomenclature Dintilhac chez les magistrats judiciaires.

En réalité, le juge administratif applique la nomenclature Dintilhac.

Surtout, depuis une décision du Conseil d'Etat du 16 décembre 2013 « Mme de Moraes » n° 346575 qui distingue les préjudices personnels subis avant la consolidation des préjudices personnels subis après la date de consolidation.

- ainsi, sur les préjudices personnels temporaires, il est demandé à l'expert des précisions sur les durées de déficit fonctionnel temporaire total ou partiel et les taux de ce déficit ;

- il est également demandé des précisions sur les souffrances physiques et psychiques endurées (évalués sur une échelle de 1 à 7), le préjudice esthétique temporaire qui résulte de l'altération de l'apparence physique (évalués sur la même échelle).

- sur les préjudices personnels permanents, il est demandé à l'expert des précisions et une évaluation sur le déficit fonctionnel permanent exprimé en %, une évaluation du préjudice esthétique permanent, du préjudice d'agrément qui résulte de l'impossibilité de pratiquer diverses activités sportives et de loisirs, le préjudice sexuel (toujours sur une échelle de 1 à 7).

- un mot enfin sur l'évaluation des préjudices patrimoniaux, il est notamment demandé à l'expert de préciser si le déficit fonctionnel (temporaire et permanent) justifie l'assistance d'une tierce personne et son quel volume horaire - indemnisé à hauteur du smic.

Enfin pour terminer *et en guise de transition* à M. Gentiletti, l'expert doit déposer son rapport dans le délai fixé - qui est souvent prolongé.

L'expert peut être remplacé à sa demande ou par le juge.

L'expert peut rendre un rapport de carence, par exemple, s'il n'obtient pas du demandeur le paiement de l'allocation provisionnelle demandée et qui a été mise à la charge du demandeur par le juge.

Dans cette hypothèse, si l'expertise a été ordonnée par jugement ADD, la requête au fond sera rejetée : le requérant n'étant pas parvenu à établir la responsabilité de l'hôpital faute d'expertise.

Enfin, l'expert peut être récusé par les parties s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité.

C'est rare mais possible.

L'expert désigné doit alors suspendre les opérations d'expertise le temps que le tribunal se prononce.

Merci de votre attention.