Le déroulement du procès administratif – la place de l'expert

Résumé : L'auteur expose le déroulement du procès devant les juridictions administratives et met en évidence le rôle du rapporteur public et celui de l'expert.

Selon les textes et la jurisprudence, la place de l'expert et de son rapport est en principe limitée. Le juge administratif n'est pas tenu de suivre l'avis de l'expert ; il n'homologue pas son rapport et y puise ce qu'il estime bon ; seul maître de la solution juridique à donner à l'affaire, le juge veille à ce que l'expert se cantonne aux faits sans dire le droit.

La pratique est bien différente et nul ne s'y trompe. Les experts sont des auxiliaires de justice et la frontière entre la constatation des faits (mission de l'expert) et la qualification juridique des faits (rôle du juge) est ténue au point d'apparaître comme une fiction aux yeux de nombre de praticiens, sans parler du justiciable ordinaire pour qui l'expertise s'apparente à un pré-jugement. Un seul exemple : lorsque l'expert mentionne dans son rapport que les fissures affectant une poutre portent atteinte à la solidité de l'immeuble, le juge va sans nul doute les ranger dans la catégorie des désordres qui rendent l'immeuble impropre à sa destination au sens du droit de la responsabilité décennale des constructeurs. Deux enquêtes statistiques, un peu anciennes maintenant, mais qui ont certainement conservé leur valeur, indiquaient qu'en 1982 et en 1990, 95 % des formations de jugement suivaient les conclusions des rapports d'expertise (Pastorel, L'expertise dans le contentieux administratif, LGDJ, 1994).

Autrement dit, le droit se déduit très souvent du fait et c'est la raison pour laquelle la place de l'expert est éminente dans les procès administratifs lorsque sont en jeu la responsabilité de la puissance publique et dans une moindre mesure, la légalité d'une décision administrative.

Cela étant, cette place est plus ou moins visible suivant le degré d'avancement de la procédure. Pour schématiser, on peut distinguer deux phases.

1) La première phase est celle qui précède la remise du rapport. C'est le moment où les relations entre les parties, le juge et l'expert se concentrent autour de l'étendue de la mission et le déroulement des opérations d'expertise. C'est à ce stade que les apports du décret du 22 février 2010 sont les plus sensibles mais ce texte ne modifie pas fondamentalement le rôle de chacun. L'expert, par ses investigations, joue un rôle actif, sous la direction du juge, dans le cadre d'une procédure menée au contradictoire des parties. La façon dont l'expert a été désigné n'a pas d'incidence mais on peut penser que l'expert désigné en référé alors qu'aucun litige n'a encore donné lieu à un dossier de fond sera un peu plus libre de ses mouvements puisque c'est son rapport qui orientera les parties vers un contentieux plus dur.

2) La seconde phase est celle qui suit la remise du rapport d'expertise. C'est à ce stade que la personne de l'expert s'efface quelque peu derrière son avis. C'est alors le juge qui prend le relais en jouant un rôle, plus actif, d'instruction de l'affaire qui lui a été attribuée afin de lui donner la solution qu'il convient, assisté de ses collègues et avec l'aide du greffe. Je pense que c'est cette seconde phase, que l'on pourrait qualifier de finale, qui reste méconnue du monde des experts et qui éveille leur légitime intérêt.

Je crois que la première phase, celle de la nomination de l'expert, la définition de sa mission et le déroulement des opérations occuperont les intervenants qui me suivront, et notamment celle de l'avocat. Aussi n'en dirais-je que quelques mots pour signaler que le décret du 22 février 2010 a maintenu, et même d'une certaine manière développé, la liberté du juge et la souplesse des procédures. Le choix et le nombre d'expert sont laissés à l'appréciation du président et, depuis 2010, du magistrat qu'il peut maintenant déléguer pour cette tâche. Les relations avec le juge chargé de suivre le déroulement de l'expertise ont toujours été permises mais le décret de 2010 encadre un peu mieux les choses puisqu'il permet d'organiser une ou plusieurs réunions permettant d'aplanir des difficultés surgissant au cours des opérations d'expertise. Enfin, et sans que cela soit obligatoire, le magistrat compétent peut ordonner la production d'une pièce qu'un expert ne parvient pas à se procurer auprès d'une partie réticente.

Je vais donc plutôt insister sur la seconde phase de la procédure, celle qui apparaît la plus mystérieuse pour l'expert, dont la mission s'achève avec la remise de son rapport au greffe, encore que, depuis l'entrée en vigueur du nouveau décret, il lui appartient de le notifier aux parties, par voie électronique notamment.

Disons tout de suite que l'expérience montre que l'effacement relatif de l'expert au cours de la phase finale du procès est un signe positif. Si le juge ne fait plus appel à lui, c'est que son rapport remplit, a priori, toutes les qualités que la juridiction attend d'un avis technique. Ces qualités, je les rappelle très brièvement : digeste, clair, précis, complet et documenté sur l'ensemble des missions que l'on résume souvent en trois points : la description des faits, la recherche des causes, l'évaluation des dommages ou des remèdes. Faire de nouveau appel à l'expert pour l'inviter à préciser un point du rapport est rare. L'intervention spontanée de l'expert qui souhaite corriger un point est inhabituelle. La pratique de la contre-expertise (en réalité la désignation d'une nouvelle expertise) est peu fréquente. Enfin, la convocation de l'expert à la barre est exceptionnelle. L'éclipse de l'expert à cette étape de l'examen du dossier s'explique aussi par la nature de notre procédure, qui est essentiellement écrite.

L'avenir dira si les nouvelles consultations qualifiée de « para-expertises » créées par le décret du 22 février 2010 (à savoir l'avis technique non contradictoire de l'article R. 625-2 du code de justice administrative et l'amicus curiæ de l'article R. 625-3) seront utilisées pour compléter les rapports d'expertise demandés par le juge des référés ou par les formations de jugement collégiales.

En l'état actuel des pratiques, une fois le rapport d'expertise communiqué aux parties, il fait l'objet d'un débat nourri par l'échange de mémoires. Ces mémoires

vont alimenter le dossier d'instruction du juge désigné comme rapporteur de l'affaire. Celui-ci va, au vu de l'ensemble de ces écritures, procéder à une analyse factuelle et juridique. Ceci prend la forme d'un double travail : d'une part, une note, qui se présente comme une fiche d'analyse plus ou moins détaillée à usage purement interne et, d'autre part, un projet de décision qui servira de base de travail au cours du délibéré et se présente comme une ébauche du jugement ou de l'arrêt qui sera, ultérieurement, notifié aux parties.

Il n'y a pas d'ordre obligatoire dans l'examen des pièces, même si le plus souvent, le magistrat instructeur va aller directement au rapport d'expertise pour se faire une première idée des circonstances de l'affaire. En pratique, certaines pages du rapport seront photocopiées, annotées et surlignées par le magistrat rapporteur et annexées à sa note, d'autres juges préférant consteller le rapport de multiples papillons adhésifs. Le but est le même, surtout si le rapport d'expertise est volumineux : exposer aux autres magistrats de la formation collégiale les difficultés soulevées par l'affaire, qu'elles soient purement factuelles ou qu'elles emportent des conséquences sur le régime juridique à appliquer. L'analyse des mémoires des avocats, qui s'appuient légitimement sur les passages des expertises qui sont favorables à leur client, est alors facilitée lorsque les points délicats sont bien identifiés.

Un exemple médical récent permet d'illustrer l'intérêt de cette méthode. Au cours de l'été 2011, nous avons statué sur un dossier dans lequel l'expert mentionnait que les séquelles conservées par la victime provenaient du traumatisme d'un nerf proche d'une artère que le chirurgien avait stabilisée pour intervenir sur le péricarde. La lésion provenait d'une compression indirecte du nerf lors de l'écartement du péricarde par l'emploi d'un instrument. Du point de vue de la qualification juridique à donner au phénomène, le débat était très vif car l'expert avait employé le terme de « maladresse » pour expliquer la manière dont, au cours de l'intervention, l'artère avait été déplacée. L'emploi du terme « maladresse », péjorativement connoté, conduit généralement les juges, judiciaires ou administratifs, à considérer que le geste est fautif et que la condamnation est encourue mais tout le reste du rapport tendait, au contraire, à souligner que le geste avait été conforme à toutes les données médicales connues et que la victime avait fait les frais d'un aléa inhérent à ce genre d'intervention. Pour considérer que le terme employé était malencontreux et n'avait pas l'importance juridique que lui conférait la victime, tous les magistrats ont pu prendre connaissance des passages litigieux de l'expertise signalés par le rapporteur pour en discuter.

Cette discussion s'opère en deux temps.

Le 1er temps est celui de la séance d'instruction, qui se déroule avant la séance publique de jugement, généralement la semaine précédente en cour d'appel, parfois quelques jours avant l'audience en tribunal. Comme son nom l'indique, il s'agit d'une réunion qui a pour objet d'informer tous les magistrats du contenu du dossier, de façon à ce qu'ils se forgent une première idée des difficultés à trancher. Tous les magistrats présents à cette séance d'instruction n'ont pas le même degré de connaissance du litige. Le rapporteur, par hypothèse, est celui qui maîtrise le mieux son affaire et, on l'a vu, il a déjà rédigé un projet de

décision. Mais le dossier a pu être révisé par le président de la formation de jugement, étant précisé que cette phase de révision est plus formalisée en cour d'appel qu'en tribunal. Enfin, le rapporteur public, qui sera appelé à donner un avis à l'audience, a également vu le dossier et, donc, lu le rapport d'expertise et peut-être a-t-il déjà commencé la rédaction de ses conclusions. En d'autres termes, trois magistrats au moins ont déjà porté un regard sur le dossier avant même que la séance d'instruction ne commence.

C'est finalement le dernier juge qui va découvrir au cours de cette séance de travail les ressorts de l'affaire, encore que cette remarque doive être tempérée par le fait que, dans la pratique, il est courant de parler entre juges de tel dossier présentant des particularités.

A l'issue de la séance d'instruction, la majeure partie des points de fait et de droit sera examinée. Une position se dessinera déjà, de sorte que l'issue des débats préfigure généralement le sens de la solution à venir. Cela ne signifie pas pour autant que la messe est dite car, précisément, l'intérêt de cette réunion, qui dure le plus souvent une journée (pour une vingtaine de dossiers en cour d'appel), est de repérer les sujets de friction. Mais la leçon à retenir est celle-ci : il s'agit d'une discussion utile en ce sens qu'elle a lieu entre des personnes qui, pour la majorité, ont connaissance des problèmes posés.

Dans les jours qui suivent cette séance, le rapporteur va, ou non, amender son projet de décision et le rapporteur public va élaborer, ou peaufiner, ses conclusions dont je rappelle qu'elles n'ont valeur que d'avis. L'audience permettra, si les parties et leur conseil sont présents, de préciser quelques questions.

Commence alors le second temps, celui de la séance de délibéré, qui se tient dans la foulée de l'audience. Le délibéré se déroule formellement à peu près comme la séance d'instruction, à la nuance près, mais cela est capital, que le rapporteur public en est exclu. Le conseiller-rapporteur soumet la dernière version de son projet de décision à ses collègues, ce travail étant, en appel, un exercice de lecture du projet. Mais il ne faut pas imaginer que la séance de délibéré soit le lieu d'enregistrement pur et simple d'une décision déjà adoptée. Elle est un moment où les derniers désaccords, qui sont souvent les plus ardus, doivent être tranchés, ce qui peut occasionner de longues discussions et, ce n'est pas insolite, un nouvel examen des pièces du dossier et donc une nouvelle analyse du rapport d'expertise.

Le produit élaboré à l'issue de ce travail de fond est donc un jugement ou un arrêt qui n'est notifié qu'aux parties et jamais à l'expert qui a contribué à cette décision, quoique rien ne l'empêche de se renseigner sur la position de la juridiction et que rien ne s'oppose à ce que la juridiction l'informe de la solution finalement adoptée.

La décision la plus satisfaisante est celle qui règle tous les aspects de la demande ou de la requête du justiciable mais ce n'est pas toujours le cas et l'expert peut être appelé à intervenir à nouveau. Cela est rendu possible par une décision avant-dire droit qui ne tranche qu'une partie de l'affaire (par exemple la

question de la responsabilité) mais renvoie à une expertise le soin d'apporter des éclaircissements pour trancher le reste (par exemple l'évaluation des dommages).

Les tribunaux n'hésitent pas à recourir à cette formule de l'avant-dire droit car ce sont eux qui, étant en première ligne, éprouvent le besoin d'un complément d'information pour terminer leur dossier. En cour d'appel, l'usage en est moins répandu pour une raison de technique procédurale : le délai d'appel contre un jugement avant-dire droit est repoussé jusqu'au terme du délai qui court contre le second jugement du tribunal.

Cela étant, il arrive que le supplément d'instruction, via l'expertise notamment, s'impose, même en appel. A l'expérience, c'est souvent un changement d'ordre législatif ou un revirement de jurisprudence qui nous oblige à rouvrir l'instruction et à recourir de nouveau à l'expertise.

Deux exemples, encore puisés dans le contentieux médical, permettent d'illustrer ces hypothèses.

En premier lieu, la loi du 4 mars 2002 (dite loi Kouchner) a instauré un certain nombre de régimes d'indemnisation spécifiques dont la mise en œuvre dépend du degré de gravité du préjudice subi par le patient (taux d'atteinte permanente de 24 % ou taux de déficit fonctionnel temporaire de 50 % sur une période de 6 mois). Vous imaginez bien que le pourcentage proposé par l'expert peut entraîner des conséquences non négligeables. En pratique, à un point de pourcentage près, la victime se trouve face à l'alternative suivante : prouver la faute médicale ou être dispensée de cet exercice difficile puisqu'elle peut être indemnisée au titre de l'aléa thérapeutique. Compte-tenu des délais qui ont pu s'écouler depuis l'accident médical, en raison de procédures amiables infructueuses ou d'actions mal dirigées entre autres, un rapport d'expertise peut ne pas contenir d'avis suffisamment fin sur la gravité du dommage subi. C'est donc un jugement ou un arrêt qui prescrira cette mission si, bien entendu, toutes les autres conditions juridiques sont apparemment remplies.

En second lieu, un arrêt du Conseil d'Etat rendu à la toute fin de l'année 2007 a pris de court nombre de juridictions de 1ère instance et d'appel en posant en principe que toute perte de chances d'éviter qu'un dommage se produise, par suite d'une erreur de diagnostic ou d'un retard de prise en charge, s'évalue en une fraction du préjudice total. Sans entrer dans le débat juridique, disons que, jusqu'à cet arrêt important, nous estimions que le patient qui avait perdu une chance d'être mieux soigné ou soigné plus vite subissait le même préjudice que tout patient victime d'une faute médicale franche et directe. En pratique, les missions d'expertise ordonnées par le juge des référés ne contenaient donc pas de demande de chiffrage du taux de probabilité pour le patient d'avoir échappé au risque de dommages qui s'était malheureusement réalisé. Quelques experts, animés d'une curiosité honorable, s'étaient, avant même l'arrêt de 2007, essayé à une évaluation du taux de chances de survie ou de guérison plus rapide mais dans maints autres cas, les juridictions ont dû se résoudre à rallonger leur délai de jugement pour ordonner des expertises avant-dire droit.

Il va de soi que, dans une configuration de ce type, le nouvel expert doit s'astreindre à respecter la mission qui lui est assignée, ce qui n'est pas toujours simple en matière d'évaluation d'une perte de chances car cette estimation revient, en pratique, à porter un jugement sur la qualité de la prise en charge, question ayant déjà donné lieu à une position du précédent expert, voire de la juridiction elle-même.

L'enseignement qui découle des observations qui précèdent est que chacun des protagonistes du procès, qu'il soit plus ou moins sous la lumière au fur et à mesure de l'avancement de la procédure, doit jouer son rôle : l'expert est attendu pour la compréhension des phénomènes ; l'avocat est attendu pour la qualité de l'argumentation juridique et des preuves qu'il avancera, le plus souvent d'ailleurs à partir de l'expertise ; le juge, enfin, est attendu pour motiver la qualification juridique adaptée et en tirer les conclusions pour mettre fin au litige.

Patrick MINNE
Premier conseiller à la Cour administrative d'appel de Douai