L'évaluation du préjudice en droit administratif

La notion de préjudice indemnisable La place de l'expertise dans la preuve du préjudice Méthodes et techniques

*Colloque de la Compagnie des Experts
près la Cour Administrative d'Appel de Marseille
17 mai 2019*

Des débats de cette journée me semblent ressortir trois aspects importants : *La place singulière de l'expertise dans le procès administratif (I), les rapports de l'expert et du juge administratif (II) et la recherche d'une juste place pour l'expertise au sein du procès administratif (III)*. Je n'ai estimé nécessaire ni d'évoquer la notion de préjudice indemnisable, M. le Professeur F. LOMBARD l'a excellemment fait ce matin, ni d'évoquer les rapports de l'expert avec les avocats et avec les parties car ceux-ci - très importants - ne présentent pas de spécificité dans le cadre du procès administratif.

I.- La place singulière de l'expertise dans le procès administratif

Avant d'aller plus loin dans ce modeste rapport de synthèse, il convient de rappeler un principe fondamental de la procédure administrative contentieuse, celui qui lui imprime le plus fortement son caractère inquisitoire, à savoir que le juge administratif dirige seul l'instruction ; il en est le maître. Ceci explique qu'il n'est jamais tenu d'ordonner une mesure d'instruction même formellement demandée par les parties et, inversement, qu'il peut ordonner une telle mesure même si elle ne lui est pas demandée. Le choix par le juge de recourir à une expertise est une mesure d'instruction.

C'est dans ce cadre qu'il convient de situer la prescription par le juge de mesures d'expertise. Celles-ci doivent apparaître « utiles » aux yeux de ce dernier pour avoir quelque chance d'être ordonnées. Après avoir indiqué ce qu'il faut entendre par là (A), il sera précisé que l'expertise est toujours réalisée sous bénéfice d'inventaire (B) puis sera montré le soubassement philosophique, de nature métaphysique, qui est ici en jeu (C).

A/ Une expertise « utile »

Dire que l'expertise doit être « utile » suppose qu'il soit bien précisé ce que cela signifie et implique car on ne retrouve pas vraiment son équivalent devant le juge judiciaire malgré le très net rapprochement des deux procédures, civile et administrative, en matière

d'expertise comme l'a montré au cours de la table-ronde l'exposé conjoint des Présidents AZEMA et JOSSET.

D'abord, le juge ne recourt pas en principe à l'expertise s'il ne la juge pas « utile » étant bien entendu qu'il est seul à pouvoir apprécier l'existence d'une telle utilité.

Ensuite, cela implique *a contrario* que la demande d'expertise ne s'impose jamais au juge administratif qui peut toujours la refuser s'il l'estime inutile.

Enfin, cette utilité s'entend d'une utilité pour le juge non d'une utilité pour les parties. C'est là un point essentiel souvent perdu de vue.

C'est au juge seul qu'il revient de déterminer puis de décider si, pour résoudre le litige dont il a été saisi, il lui suffit, après examen du dossier, d'user de ses pouvoirs d'instruction ou bien si cela est insuffisant et s'il a besoin, en conséquence, de recourir à une mesure d'expertise. L'expertise est donc instituée à seule fin d'éclairer le juge sur les éléments factuels de l'affaire qui lui est soumise. Elle l'aide à se forger une conviction.

Le fait que, comme tout autre élément de la procédure, l'expertise soit entièrement soumise au principe du contradictoire ne change rien à sa finalité : l'information du juge.

Le contradictoire renforce cette information en lui donnant un maximum de complétude.

La fonction de l'expertise consiste donc, par ses résultats, à contribuer à la formation de la conviction du juge.

B/ Une expertise sous bénéfice d'inventaire

C'est un trait original du procès administratif que celui de l'indépendance du juge à l'endroit des conclusions expertales : il prend toutes ces conclusions ou seulement une partie, voire rien du tout.

Si, généralement, les magistrats administratifs suivent assez fidèlement les conclusions, préconisations et autres que contient le rapport d'expertise, ils leur arrivent aussi, notamment le Conseil d'Etat de s'en écarter carrément. Voici deux exemples.

1°/ Dans une décision du 16 décembre 2013 (*M. et Mme X. c/ Cne de Roscoff*, n° 355077) des requérants se plaignaient du bruit et de la gêne causés par la proximité de terrains de tennis par rapport à leur immeuble d'habitation. Comme il n'y avait pas eu faute de la commune à édifier ces terrains, nous étions sur le terrain de la responsabilité sans faute et il fallait établir le caractère grave et spécial du préjudice allégué. L'expert avait estimé que *" l'émergence sonore constatée (...) sur la terrasse des requérants était légèrement inférieure au seuil prévu par les dispositions du code de la santé publique et (...) que si cette émergence dépassait légèrement le seuil en question au premier étage de leur maison, cette gêne sonore n'était constituée que lorsque la fenêtre du toit était ouverte"*. S'écartant de cette appréciation, le Conseil d'Etat, reconstruisant complètement l'analyse des faits, juge : *" qu'il ressort toutefois des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les courts de tennis en cause, aménagés à moins de dix mètres*

de la propriété de M. et Mme X. (...), connaissent des périodes d'utilisation simultanée et continue pouvant atteindre treize heures par jour, provoquant des bruits et des nuisances permanents ou quasi-permanents, et parfois élevés, liés à la présence des joueurs et, certains jours, de public ; qu'au surplus, les périodes d'utilisation les plus intenses coïncident avec les périodes de beau temps durant lesquelles la jouissance normale de leur domicile par M. et Mme X. comporte l'usage de leur jardin et de leur terrasse ainsi que l'ouverture de leurs portes et fenêtres ; que l'aménagement d'un talus planté par la commune de Roscoff n'a pas été de nature à atténuer la gêne sonore directe et persistante à laquelle les intéressés sont exposés ; qu'eu égard à l'ensemble de ces éléments, dont il ressortait que la gêne subie par M. et Mme X. du fait du fonctionnement des courts excédait les inconvénients que doivent normalement supporter sans indemnisation, dans l'intérêt général, les personnes résidant à proximité d'un ouvrage public, la cour administrative d'appel de Nantes a inexactement qualifié les faits particuliers de l'espèce en jugeant que le dommage ne revêtait pas un caractère grave et spécial (...);"

2°/ Dans une décision du 24 octobre 2008 (*Mme X. c/ Centre hospitalier intercommunal de la Haute-Saône*, n° 305622), l'intéressée, secrétaire médicale dans ce centre hospitalier, avait fait l'objet, comme tout le personnel hospitalier, d'une vaccination contre l'hépatite B. Victime plusieurs mois après d'une sclérose en plaques, elle attribue l'apparition de sa maladie à la vaccination. Une première expertise, ordonnée par le tribunal administratif, puis une seconde ordonnée par la CAA, concluent qu'il n'y a pas de lien de causalité entre la vaccination et la maladie. Le Conseil d'Etat juge " *que (...), même si les rapports d'expertise concluent à l'absence de certitude sur le lien de causalité entre la vaccination de Mme X. et la sclérose en plaques dont elle est atteinte, celui-ci doit en l'espèce être regardé comme établi eu égard au bref délai séparant la vaccination de la constatation des symptômes et à l'absence d'antécédents*".

C/ Les soubassements philosophiques de l'expertise et du jugement :

Aristote contre Platon

Ici se place un grand débat philosophique qui se traduit – dans le thème de notre colloque - par le fait que l'expert tente de faire œuvre de vérité tandis que le juge tente de faire œuvre de justice.

Platon enseigne que le juste est la synthèse du Beau, du Vrai et du Bien et donc, en particulier que justice et vérité vont toujours ensemble. Personnellement, je ne prendrai pas le risque de dire que justice et vérité vont toujours d'un même pas et disent toutes les deux la même chose. En effet, elles tendent à des fins différentes : la vérité – particulièrement la vérité scientifique (Relire Hegel ou Popper) - ne se soucie pas de son acceptation sociale et donc ne se préoccupe pas de sa sociabilité, la justice, au contraire, comme l'a lumineusement exposé Aristote, exerce une fonction sociale, elle est tout entière tournée vers la recherche de la sociabilité de ses conclusions.

Or, s'agissant du juge administratif et de l'acte administratif de juridiction, cette préoccupation d'une acceptation sociale des solutions juridictionnelles, notamment dans un souci d'intérêt général, est extrêmement prégnante et colore ainsi dans un sens très singulier la recherche de la vérité non en soi mais seulement dans le but de faire justice et donc, par une conséquence nécessaire et liée, colore aussi la place faite, dans ce cadre, à l'expertise.

II.- Les rapports de l'expert et du juge administratif

L'expertise intervient donc dans les procès qui ont pour objet un aspect matériel ou immatériel controversé, une comptabilité, un accident, un dommage pour lesquels il est impératif, afin de satisfaire la demande du justiciable adressée au juge, d'en établir la causalité. Ceci permettra au juge de déterminer à qui doit être imputée la charge de la réparation du dommage et dans quelle proportion. Les questions, en pareilles occasions, se pressent en foule : Comment est-ce arrivé ? Qui est coupable : individu, objet ou circonstances ? Était-ce prévisible ? Était-ce évitable ? Comment remettre les choses en l'état ? Comment empêcher leur recommencement ?

À cet égard, l'expertise est une œuvre de résolution d'une énigme, ce qui a pour effet d'auréoler son rôle d'un certain *pathos*.

L'expertise est à la fois nécessaire (A) et irritante (B). Elle soulève également la question de la manière dont est délimité le champ de l'expertise (C).

A/ Une expertise nécessaire

L'expertise est tout d'abord **nécessaire** et cela en un double sens. Nécessaire parce qu'il faut bien la présence et le savoir d'un *spécialiste* pour déterminer la chronologie des faits, leur enchaînement causal ainsi que leur matérialité et proposer tout à la fois des explications et des solutions pratiques. Nécessaire aussi parce que le juge n'est spécialiste, du moins à titre professionnel, que du droit. Si grand soit son talent, il ne peut tout savoir et doit donc s'en remettre pour le surplus à d'autres que lui, les experts, car ils savent, il sont des « sachants ». La nécessité de l'expertise est la conséquence de son utilité.

On peut citer, particulièrement représentative de l'état d'esprit du juge administratif à cet égard, une décision du 24 avril 2019 (*Département de la Manche*, n° 411242). Le département de la Manche contestait le refus des services fiscaux d'établir des rôles supplémentaires de taxe professionnelle à l'encontre de la société Areva NC, devenue la société Orano Cycle, pour ses installations nucléaires situées sur les territoires des communes de Digulleville, Herqueville, Omonville-la-Petite et Jobourg (Manche). Il a contesté en vain ce refus devant

le tribunal administratif puis devant la cour administrative d'appel. Il saisit donc d'un pourvoi en cassation le Conseil d'Etat.

AREVA avait porté à plus de trente ans la durée d'amortissement d'une partie de son actif immobilisé par suite d'une réévaluation de la durée d'utilisation de ses installations nucléaires. Le département reproche notamment à la cour de n'avoir pas ordonné les deux expertises sollicitées par lui, l'une portant sur le point de savoir si la méthode d'amortissement par composants n'avait pas été appliquée aux immobilisations litigieuses, l'autre pour apprécier le bien-fondé de la nouvelle durée d'amortissement des immobilisations litigieuses. Le Conseil d'Etat approuve la cour de n'avoir pas ordonné ces expertises celles-ci, sans utilité, n'étaient donc pas nécessaires.

B/ Une expertise irritante

Si l'on laisse de côté les parties, évidemment intéressées au premier chef mais d'une autre façon, l'expertise est **irritante**, pour le juge autant que pour les experts. La voie est étroite entre le dire du droit, qui appartient tout entier et exclusivement au juge, et dont l'expert se voit interdire l'accès et le fait pour lequel le juge se dit malhabile ou carrément ignorant et dont il délègue à l'expert le soin de le découvrir, de le décrire et de dire quelle(s) solution(s) en découle(nt). L'irritation vient, on l'aura compris, de ce que chacun des deux protagonistes se voit amputé d'une partie de l'ensemble logique que constitue la détermination des causes, l'appréhension des effets et l'attribution aux unes comme aux autres des conséquences à en déduire. L'expert ne peut tirer les conclusions juridiques de ses travaux et constats : parvenu à ce dernier stade il doit se taire et laisser la parole au juge qui l'a interrogé. Le juge, lui, est contraint, le plus souvent, de prendre pour acquis un ensemble de faits dont il doit se borner à dire quelle solution juridique doit leur être appliquée. Le premier est, d'une certaine façon, privé de tout dire, le second est contraint d'assumer les conséquences de son impuissance cognitive.

C/ Une expertise au champ d'application complexe

La question de la délimitation du champ de l'expertise est évidemment importante ; elle est souvent difficile (voir les exposés du Président LASO et de Maître SEMIDEI). Cette délimitation résulte d'un jugement avant-dire droit ou, le plus souvent, d'une ordonnance qui définit la mission de l'expert. Mission dont on sait que celui-ci ne peut ni l'étendre ni la restreindre de sa propre initiative.

Or il y a dans cette définition du champ expertal un certain paradoxe. Voilà un juge qui, en raison de la technicité d'une matière ou d'une interrogation, laquelle excède ses connaissances personnelles, recourt à une aide extérieure. Cette aide consiste à demander

à un homme de l'art, l'expert, d'effectuer diverses recherches afin de répondre à un certain nombre d'interrogations que lui soumet le juge en vue de résoudre le litige dont il a été saisi. Comment, dans cette condition d'ignorance, s'assurer que ce juge, non compétent sur le sujet, saura poser à l'expert les bonnes questions à résoudre et lui indiquer les recherches à effectuer ? Il peut recourir à un vocabulaire techniquement inadéquat ou imprécis, ne pas soulever les bonnes interrogations ou, en tout cas, toutes celles qui seraient nécessaires ou utiles. Il est toujours délicat pour l'expert d'entrer dans un dialogue tendant à voir le juge corriger sa malhabile détermination de la mission qu'il lui a confiée.

Dans l'autre sens, existe aussi le risque de voir l'expert être trop elliptique, sautant des maillons du raisonnement car il s'agit pour lui – bon connaisseur de son domaine - d'évidences, ce qui n'est pas le cas du juge, ou bien être quelque peu défaillant dans ses réponses que le juge peut trouver incomplètes, insatisfaisantes car elles ne remplissent pas ou pas bien leur fonction pédagogique.

A cette difficulté s'en ajoutent deux autres : 1) La diversité des questions susceptibles d'être posées à l'expert dans le cadre d'une expertise donnée (cf. l'exposé de M. GENTILETTI) ; 2) La diversité des domaines d'expertise comme en attestent les exposés du Docteur MOUNAL, de M. DAUPHIN comme aussi celui, conjoint, de Maître BARBERIS et de M. LELOUSTRE

Pour éviter tous ces écueils, une grande confiance doit exister entre expert et juge afin de permettre un bon ajustement de l'un et de l'autre pour que la justice soit rendue de façon aussi optimale que possible, sachant qu'en ce domaine la perfection n'existe pas.

III.- À la recherche d'une juste place de l'expertise au sein procès administratif

Cette place de l'expertise dans le procès administratif met en jeu d'abord l'importante distinction du fait et du droit (A), elle suppose une collaboration du juge et de l'expert (B). J'évoquerai, pour terminer, ce qui ne me semble pas une bonne chose : le cas de l'expert médiateur.

A/ La délicate distinction du droit et du fait

La recherche de cette juste place est rendue malaisée car, tous les juristes le savent, la distinction du fait et du droit est difficile, sinieuse et mouvante. Ainsi en atteste d'ailleurs, la célèbre thèse du Doyen Gabriel Marty sur la *Distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait* (1929). Même si, en principe, cette distinction fonde la limite du contrôle et des pouvoirs du juge de cassation, elle n'en reste pas moins d'un maniement délicat probablement plus encore pour le juge administratif que pour le juge judiciaire de cassation. Or si le fait et le droit se distinguent

mal *quid* de la fonction expertale, laquelle ne peut toucher au droit ? Se perçoit bien ainsi la fragilité de la frontière et donc d'une dualité des rôles assignés à ces deux protagonistes que sont le juge et l'expert. D'où cet inconfort intellectuel dans lequel peuvent souvent se trouver l'un et l'autre.

B/ Collaboration du juge et de l'expert

Tout ceci impose à ces deux acteurs majeurs du procès de travailler en symbiose et en plein accord avec une grande confiance mutuelle. Je ne parle pas ici de l'obligation qu'a l'expert « (d')accomplir sa mission avec conscience, objectivité, impartialité et diligence », pour parler comme le second alinéa de l'art. R. 621-3 du CJA. Bien sûr cela est important mais ne concerne pas vraiment le sujet de ce jour qui se situe à un niveau plus technique et pratique. Trois éléments me paraissent devoir être relevés.

En premier lieu, il faut saluer la possibilité ouverte par le 1^{er} alinéa de l'art. R. 621-1-1 du CJA, au profit du président de la juridiction, de désigner au sein de celle-ci un magistrat chargé des questions d'expertise et du suivi des opérations d'expertise. Cette centralisation permet l'acquisition d'un savoir-faire, la possession d'une vision d'ensemble et la gestion d'une politique de l'expertise au sein de la juridiction. C'est le choix qui a été fait au TA de Marseille.

C'est également pourquoi il faut saluer les innovations procédurales relativement récentes qui permettent un dialogue ouvert entre l'expert et le juge en fonction des avancées du dossier et de l'évolution des informations de l'expert.

Par exemple, lorsque l'expert constate la carence voire la récalcitrance des parties dans la remise des documents qu'il leur a demandés de lui fournir car il les estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission (art. R. 621-7-1, al. 1 et 2 CJA), il dispose de moyens énergiques pour sanctionner ce comportement et être conforté en cela par l'intervention possible du juge (art. R. 621-1, al. 3 et 4). On regrettera cependant que le CJA soit encore un peu en retrait par rapport à l'art. 275 du code de procédure civile

Va dans le même sens la possibilité pour le président ou le magistrat à ce délégué, d'organiser des séances de suivi du déroulement des opérations expertales (art. R. 621-8-1, al. 1 CJA).

Egalement, il faut relever que le Conseil d'Etat a largement étendu la portée des dispositions de l'art. R. 532-3 CJA : bien qu'elles n'évoquent que le champ d'application de l'expertise, le juge admet que l'expert puisse utiliser cette voie pour demander des précisions sur le contenu de sa mission (6 décembre 2013, *Sté Michel Beauvais*, n° 369460).

Enfin, il est significatif que le CJA (art. R. 621-1) permette à l'expert de décider spontanément l'organisation d'une conciliation des points de vue des parties alors que le

CPC (art. 240) refuse au juge la possibilité de donner mission à l'expert de concilier les parties.

En deuxième lieu, il est bon qu'experts et juges se concertent sur toutes les questions pratiques, déontologiques mais aussi conceptuelles et autres. Ils ont bien besoin de cela dans les deux domaines majeurs de l'expertise que sont la causalité et le quantum

S'agissant de la *causalité*, c'est là une des recherches les plus difficiles qui soient d'autant que la causalité juridique est souvent différente de la causalité scientifique comme de la causalité efficiente des philosophes ; le débat entre *causa proxima* et *causa remota* est incessant.

S'agissant du *quantum*, les choses peuvent sembler plus simples, me semble-t-il, dans bien des cas puisque l'expert établit les éléments du préjudice et procède à leur évaluation ce qui entre assez aisément dans les habitudes du juge.

En troisième lieu enfin, il faut dire un mot de tout ce qui est en train de changer pour l'expert comme pour le juge. Je cite pêle-mêle, outre les classiques nouvelles technologies dont on a parlé tout-à-l'heure (cf. l'exposé de Maître BARBERIS et de M. LELOUSTRE) : l'intelligence artificielle, les modèles tridimensionnels, la prédictivité, statistique ou par séries de données, la récurrence chronologique (pour ne pas parler de machine à remonter le temps...). Toutes choses qui vont faciliter le travail de l'expert et le caractère difficilement contestable de nombre de ses conclusions mais qui, en même temps, rendront accessibles à un plus grand nombre d'individus, dont le juge, l'utilisation de ces techniques nouvelles, peut-être au détriment de l'expert.

C/ Le contre-exemple : L'expert médiateur

Le décret du 7 février 2019, a introduit dans l'art. R. 621-1 CJA la possibilité pour les experts, à certaines conditions, d'exercer une médiation dans les dossiers dont les a saisis une décision de justice. Tout en constituant une mesure de simplification et d'accélération dans la solution des litiges, cette faculté peut contribuer à brouiller, aux yeux des justiciables, et la distinction du fait et du droit et la distinction des fonctions expertales et de celles de juridiction. Nul doute qu'est grand le risque de voir l'expert mener sa médiation, le cas échéant, en se servant, entre autres, d'arguments juridiques. Au reste, c'est pour éviter une confusion des genres que la dernière phrase de l'art. R. 621-1 précité dispose que « *l'expert remet son rapport d'expertise sans pouvoir faire état, sauf accord des parties, des constatations et déclarations ayant eu lieu durant la médiation* ». L'établissement de cette dichotomie me semble bien venu mais je la pense bien fragile au regard du risque couru.