

N° 430492 – Mme F-D...

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

Séance du 20 octobre 2021

Décision du 30 novembre 2021

Mentionnée aux tables

## CONCLUSIONS

**Mme Cécile BARROIS DE SARIGNY, Rapporteur publique**

Mme F-D... a perdu son époux, M R..., en janvier 2001 alors que celui-ci, interne au centre hospitalier universitaire de Poitiers, avait été pris en charge dans cet établissement pour une bronchite avec œdème pulmonaire. Les premières investigations ont permis de diagnostiquer chez l'intéressé une insuffisance rénale grave, justifiant une ponction rénale, puis dans un second temps une dialyse. Peu de temps après sa prise en charge, M R... a été victime d'hémorragies. Il décèdera d'un œdème au poumon quelques jours plus tard.

Plus de 10 ans après les faits, après avoir éprouvé quelques difficultés à se voir communiquer le dossier de son époux, Mme F-D... a sollicité une expertise judiciaire, ordonnée par le juge des référés du tribunal administratif de Poitiers. L'expert a conclu à l'absence de faute lors de la prise en charge médicale de M. R.... Sur le fondement de son rapport, le tribunal administratif de Poitiers puis la cour administrative d'appel de Bordeaux par l'arrêt attaqué devant vous ont refusé d'engager la responsabilité du centre hospitalier universitaire à l'égard de Mme F-D....

L'intéressée porte devant vous en cassation la question de la régularité des opérations d'expertise, au cours desquelles elle a vainement sollicité la communication de l'entier dossier médical de son mari et notamment d'un CD-Rom comprenant divers clichés d'imagerie médicale.

**Sur le fond, il nous semble comme à Mme F-D... que la cour ne pouvait régulièrement prendre en compte comme elle l'a fait des éléments qui n'avaient pas été communiqués à l'intéressée.**

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Le caractère contradictoire des opérations d'expertise est une condition de leur régularité. Il implique, comme le rappelle votre récente décision Centre hospitalier Bretagne-Atlantique du 23 octobre 2019 (Rec. T., 419274), que les parties soient mises à même de discuter devant l'expert des éléments de nature à exercer une influence sur la réponse aux questions posées par la juridiction saisie du litige. C'est là une conception assez rigoureuse du contradictoire devant l'expert, que l'on pouvait déduire de décisions un peu anciennes (ou inédites, CE, 10 mars 2004, M. J..., n° 251594, inédite) et que vous avez réaffirmé avec la décision M. et Mme G... du 15 octobre 2018 (413937, Rec. T). Il revient au juge d'apprécier ce qui, parmi les éléments parfois nombreux de l'expertise, a été susceptible d'exercer une influence sur le travail de l'expert.

En regard de ces exigences, vous admettez également de longue date que le juge puisse s'appuyer sur les éléments d'un rapport d'expertise y compris s'il est entaché d'irrégularité, notamment à raison d'un défaut de contradictoire. Cette faculté a néanmoins été encadrée, pour ne pas donner aux expertises judiciaires irrégulières le même poids dans le procès que celles qui ne le sont pas. Cela aussi votre décision Centre hospitalier Bretagne-Atlantique de 2019 le rappelle, dans le prolongement de décisions plus anciennes, notamment de la décision de Section M B... du 7 février 1969 (n°67774, p. 87, voir aussi, 26 juillet 1985, S... et autre, n°41567, T. 690). Il résulte de cette jurisprudence que les éléments d'une expertise irrégulière qui seraient soumis au débat contradictoire en cours d'instance peuvent être régulièrement pris en compte par le juge lorsqu'ils sont purement informatifs et non polémiques entre les parties, soit, pour reprendre les termes précis de votre décision *« lorsqu'ils ont le caractère d'éléments de pur fait non contestés par les parties »*, ou bien *« à titre d'éléments d'information dès lors qu'ils sont corroborés par d'autres éléments du dossier »*, ou – non infirmés par ceux-ci (voir, précisant ce dernier point, 29 juin 2020, Assistance publique – Hôpitaux de Marseille, n° 420850, Rec. T.)

La cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit à chacune des étapes par lesquelles elle a cherché à mettre en œuvre votre jurisprudence.

Tout d'abord, après avoir reconnu que Mme F-D... ne s'était pas vu communiquer certaines pièces médicales fournies à l'expert par le centre hospitalier universitaire, dont des documents d'imagerie disponibles sur CD Rom, la cour a jugé qu'aucune disposition ne faisait obligation à l'expert de mettre à disposition de chacune des parties la totalité des documents utilisés pour le rédiger. Ce n'est pas la grille d'analyse qu'impose votre décision G... et Centre hospitalier Bretagne-Atlantique. C'est d'autant plus regrettable que les documents en question étaient bien de nature à exercer une influence sur la réponse posée par la juridiction à l'expert au sens de ces décisions. L'analyse de ce dernier reposait sur des éléments d'imagerie médicale, notamment des scanners abdominaux dont la requérante soutenait en appel, sans être sérieusement contredite, qu'ils faisaient partie des éléments qui ne lui avaient pas été communiqués. L'expert médical privé qu'elle avait elle-même sollicité pour l'assister dans les

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

opérations d'expertise regrettait également que toutes les pièces n'aient pas été transmises à l'ensemble des parties, notamment celles d'imagerie médicale qui auraient permis de discuter de la pertinence du diagnostic posé, au regard notamment de la persistance ou non de l'hémorragie abdominale consécutive à la ponction rénale pratiquée sur l'intéressé. Les documents en question auraient dans ces conditions bien dû être communiqués pour que l'expertise soit régulière.

Il était néanmoins possible, comme le relève d'ailleurs la cour, d'envisager de retenir les éléments litigieux du rapport à titre « d'élément d'information » au sens de la jurisprudence Centre hospitalier Bretagne-Atlantique (voir, employant la formule ancienne d'élément d'information, 13 avril 1945, Dame P..., p. 75, 18 mars 1988, A..., 4 mai 1988, T... , RDP 1989, p. 561). Ce n'était cependant pas possible en l'espèce, et c'est la seconde erreur de droit, dès lors que les parties du rapport qui font état des éléments d'imagerie médicale ne constituent en rien les éléments objectifs de pur fait, mais traduisent au contraire une prise de position de l'expert dans l'analyse des documents médicaux. La cour ne pouvait dès lors s'appuyer comme elle l'a fait sur ces éléments de façon déterminante, donnant davantage de portée à l'expertise que ne le permettait l'irrégularité dont elle était entachée.

**La question la plus délicate du dossier se trouve en amont de celles que nous venons d'évoquer.**

Elle porte sur l'irrecevabilité en appel du moyen tiré du défaut de caractère contradictoire de l'expertise, que le centre hospitalier universitaire de Poitiers vous demande de substituer au motif de fond retenu par la cour, dont nous venons de voir qu'il était erroné en droit. Cette question est soulevée pour la première fois devant vous, le centre n'ayant opposé aucun argument d'irrecevabilité en appel. Il relève en tout état de cause de votre office de vous assurer qu'il n'y a pas lieu de substituer une irrecevabilité au moyen écarté à tort au fond (2 octobre 2017, M. S..., 399753, Rec. T. sur ce point notamment).

L'argumentation du centre hospitalier repose sur une jurisprudence ancienne, dont il ressort que les parties ne peuvent contester en appel la régularité des opérations d'expertise si elles n'ont pas précédemment soulevé cette question devant le premier juge saisi (2 avr. 1971, Commune d'Yerres, 77677, Rec. T. 1170, 18 janv. 1974, L... et a, 90960, Dr. adm. 1974, n° 68, 27 oct. 1978, Œuvre générale de Craponne, 99165, Rec. T. 923). Celle-ci prend appui sur une règle prétorienne, de portée plus générale, selon laquelle les parties ne peuvent contester devant le juge d'appel une irrégularité procédurale dont elles auraient pu se prévaloir en première instance. La règle concerne pour l'essentiel les expertises (ordonnées avant dire droit, 15 février 1957 Ministre des travaux publics c/ X..., p. 995, 5 janvier 1962, RI..., p. 11, 19 mars 1969, commune de Saint Maur des Fossés, p. 170, et antérieures à l'introduction de l'instance contentieuse, 27 oct. 1978, Œuvre générale de Craponne), mais pas seulement. Vous en avez notamment fait application s'agissant de visites des lieux (12 nov. 1980, Mlle

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

Z..., n°2738, Dr. adm. 1980, no 429. –19 mai 1983, Mme P..., n° 31820, Rec. T. 839 ; D. 1984. Somm. 335, obs. Moderne et Bon).

Ce courant jurisprudentiel n'est pas sans justification. Ainsi que le relevait le président Morisot dans ses conclusions sur la décision Œuvre générale de Craponne de 1978, elle répond au « *souci d'empêcher l'une des parties, qui a laissé se dérouler la procédure de première instance sur la base d'une expertise dont elle n'a pas contesté la régularité, de tout remettre en cause en appel et d'obliger les autres parties à reprendre la procédure* ».

Sans nier les considérations de loyauté entre les parties et de bonne administration de la justice qui fondent une telle solution, nous croyons possible d'en interroger aujourd'hui la pertinence, et de vous proposer de l'abandonner.

Deux raisons nous y conduisent tenant à l'office du juge d'appel, et à la pratique des parties.

**La régularité du jugement**, constitue l'un des angles d'attaque de l'appelant, que vous avez admis très tôt de consacrer (23 décembre 12955, D..., p. 607, 21 déc. 1966, C..., 65782, p ; 678). Votre jurisprudence ne limite que peu pour le requérant la faculté d'en faire usage, Deux hypothèses sont généralement mises en avant dans lesquelles un moyen d'irrégularité ne peut être soulevé en appel. Toutes deux se rapportent aux opérations d'expertise. La première est celle que nous venons d'évoquer de l'irrégularité de l'expertise – ou d'une autre mesure d'investigation – qui n'a pas été soulevée en première instance. La seconde est celle des moyens tendant à remettre en cause les choix des premiers juges sur le nombre des experts ou leurs capacités techniques qui échappent complètement au contrôle du juge d'appel (6 févr. 1981, SA Le Cabinet Trouvin, 17246, Rec. T. 872, 27 juill. 1984, sect., Min. Travail c/ Y..., 34409, p.305, 18 mars 1981, Sté fermière et de participation, 93498, p. 149, 23 sept. 1988, Mme B..., 79189, 10 oct. 2018, Communauté d'agglomération du bassin de Thau et a., 402975 , Rec. T. 864).

Cette dernière solution nous paraît reposer sur une justification assez forte, tenant à ce qu'il est en pratique impossible pour le juge d'appel de contrôler le choix des experts<sup>1</sup>. Sur l'autre point, celui qui nous intéresse, la jurisprudence constitue une dérogation isolée à la possibilité largement admise en appel de critiquer le premier jugement.

Aucun texte ne la fonde<sup>2</sup>. Elle s'explique nous l'avons dit par le présupposé selon lequel les parties qui en avaient le loisir n'ont pas saisi l'occasion du litige de première instance pour

---

<sup>1</sup> De la même manière qu'il est très difficile, en cassation de contrôler l'appréciation de l'utilité d'une mesure d'expertise ordonnée par le juge du fond...

<sup>2</sup> Notamment pas, s'agissant de l'impartialité, la règle de récusation de l'article R. 621-6 du code de justice administrative, qui doit être soulevée avant le début de la procédure, dont le Conseil d'Etat juge qu'elle n'empêche pas ultérieurement le contrôle de l'impartialité de l'expert, 13 mars 1987, **M. GR...**, 48609, Rec. T.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

critiquer les opérations d'expertise<sup>3</sup>. On trouve, par un raisonnement comparable, quelques décisions qui, en cassation, retiennent l'irrecevabilité des moyens tirés de l'irrégularité de la procédure d'appel qui n'avaient pas été soulevés devant les juges du fond – alors qu'ils sont le plus souvent d'ordre public car nés de la décision attaquée – lorsque la partie intéressée disposait d'un délai suffisant pour réagir avant cassation et ne l'a pas fait (24 mai 1994, Mme W..., p. 255, 26 juillet 1996, E..., p. 305)<sup>4</sup>. C'est là une façon de limiter les comportements dilatoires.

Toutefois, le fait de restreindre la possibilité de discuter de la régularité des opérations affecte cependant de manière particulière le juge d'appel. Ce dernier, juge du litige, aura nécessairement à se prononcer, sur le fond du dossier, au moins dans le cadre de l'effet dévolutif (car il est libre de ne pas évoquer), cependant, faute de ne pouvoir remettre en cause l'expertise irrégulière, il sera contraint de prendre appui sur elle. On voit bien que la reconnaissance d'une catégorie de « moyen nouveau en appel » tenant à la régularité des opérations d'expertise s'articule mal avec la fonction première du juge d'appel, juge du second degré. Chargé de rejurer l'affaire, il ne peut se dispenser de purger les irrégularités qui affectent les pièces du dossier. C'est d'autant plus gênant que l'irrégularité d'une opération d'expertise n'est pas d'ordre public (Sté, EDP Renewables France, 30 décembre 2013, 352693, Rec. T).

Vous noterez qu'en cassation la logique est toute autre, à raison de la finalité même de l'intervention du juge de dernier ressort. Le principe, devant ce dernier, est en effet de ne s'interroger que sur le jugement, soit, sur les moyens soumis au juge du fond, et exclusivement sur eux, hors moyen d'ordre public ou moyen né du jugement. C'est ce qui explique que dès lors qu'il ne relève d'aucune de ces deux exceptions, notamment parce que le juge du fond était en principe à même de le relever, le moyen tiré de du défaut d'impartialité de l'expert ne puisse être discuté pour la première fois en cassation (Sté, EDP Renewables France, 30 décembre 2013, 352693, Rec. T., refusant de s'inspirer de la solution dégagée à propos des membres de la formation de jugement, Section, 12 octobre 2009, M. Petit, n° 311641, p. 367). C'est aussi logiquement que les moyens tirés de la procédure de première instance mais non soumis à la juridiction d'appel et donc sans incidence sur son jugement, sont irrecevables en cassation (26 février 1958 CA..., p. 129, 11 janvier 1980, R..., p. 11).

Il n'est peut-être pas anodin que les jurisprudences excluant que l'irrégularité des opérations d'expertises puisse, pour la première fois être discutée en appel, datent d'une période où le juge d'appel était le Conseil d'Etat, nécessairement investi, pour reprendre les mots de la doctrine de l'époque, « *d'une fonction régulatrice et d'une mission de pédagogie*

---

<sup>3</sup> Ce n'est évidemment pas le cas des autres irrégularités qui pour la plupart se révèlent à l'issue de la procédure ou à travers le jugement attaqué.

<sup>4</sup> La jurisprudence est assez circonscrite.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

*habituellement dévolue au seul juge de cassation* »<sup>5</sup>, ce qui explique la place marquée du contrôle de la régularité du jugement. Fin connaisseur de la mécanique de l'appel, le président Vandermeeren, souligne dans son fascicule sur l'appel<sup>6</sup> que la justification de votre jurisprudence n'est pas « évidente », et qu'elle mériterait d'être confirmée depuis la création des cours administratives d'appel.

Les fondements théoriques de la jurisprudence nous paraissent donc assez fragiles.

Celle-ci repose en outre sur des considérations sur la stratégie contentieuse des requérants qui peuvent paraître assez éloignées de la réalité. Bien que mécontentes des conditions dans lesquelles se sont déroulées les expertises, les parties peuvent en effet choisir devant le premier juge saisi de développer une argumentation de fond, parce qu'elles pensent pouvoir convaincre face à une expertise fragile, pour éviter qu'une nouvelle ne soit ordonnée ou bien parce qu'elles n'ont pas initialement l'idée de s'engager dans cette voie. Les magistrats des tribunaux administratifs leur en savent certainement gré. Ce n'est par ailleurs qu'à compter de la décision juridictionnelle que se mesure véritablement l'influence de l'expertise sur le traitement du dossier et c'est donc à ce stade que s'apprécie la portée d'une éventuelle irrégularité. Dans ces conditions, il paraît exagérer de faire de la contestation ou de l'absence de contestation de cette mesure d'instruction un choix opéré en conscience par les parties avant que le juge se prononce.

Il est dès lors difficile de tirer des conséquences trop lourdes pour le requérant de son inertie. Ce, d'autant que le poids de l'expertise sur le jugement d'une affaire est souvent considérable, notamment, vos chambres réunies ne l'ignorent pas, dans les contentieux techniques tels ceux de responsabilité hospitalière, où il n'est parfois qu'un interstice entre le fait (entre les mains de l'expert) et le droit (entre celles du juge). D'aucun souligne ce rôle de l'expert dans la formation de la conviction du juge, relevant que ce n'est pas un hasard si le code de justice administrative prévoit pour l'expert ou le consultant une procédure de récusation analogue à celle qui peut être mise en vigueur pour les magistrats (art. R. 621-6 CJA,)<sup>7</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme donne d'ailleurs à cet acte de procédure une portée prépondérante pour l'appréciation des faits, et juge que les expertises menées sous l'autorité et pour l'information du tribunal, font partie intégrante de la procédure, et relèvent comme elle du champ de l'article 6§1 de la Convention (18 mars 1997, M... c/ France, n° 21497/93 ; 2 juin 2005, CO... c/ Belgique, n° 48386/99). L'aspect crucial de l'expertise dans le litige a également pu militer pour que vous consacrer le droit d'une remise en cause de l'impartialité de l'expert au-delà du délai de récusation de l'article R. 621-6 du CJA (cf, au moins, la possibilité de contester en appel l'impartialité alors même que le jugement rejetant la

---

<sup>5</sup> Guy Feuer, Contribution à une théorie générale de l'appel dans la procédure contentieuse, RDP 1958, p. 19 ss.

<sup>6</sup> Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, « Appel : introduction de l'appel »

<sup>7</sup> Procès administratif - Les terres mêlées de l'instruction et du jugement - Etude par Gweltaz EVEILLARD

Document: Droit Administratif n° 8-9, Août 2019, 2

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

demande de récusation est définitif, 423630, M. et Mme PA..., 23 octobre 2019, Rec. T.). Et si vous avez jugé en 2013 que la régularité de l'expertise ne pouvait être contestée pour la 1<sup>er</sup> fois en cassation, vous avez jugé l'inverse s'agissant de l'avis donné par l'amicus curiae sur le fondement de l'article R. 625-3 du code de justice administrative, ce qui montre, même si cette procédure est particulière, que la portée de la voie du sachant doit pouvoir être débattue y compris à un stade avancé de la procédure juridictionnelle (M. CS... du 6 juin 2015, 375036, Rec).

Vous l'aurez compris, nous pensons que le risque est grand que l'irrégularité d'une expertise, ne reste pas sans impact sur la solution donnée au fond sur une affaire. Le juge d'appel devrait pouvoir éviter une telle configuration. Nous terminerons en précisant que vos décisions récentes qui clarifient les conditions dans lesquelles l'expertise, même irrégulière, peut être utilisée à titre d'élément d'information, permettent de limiter l'effet potentiellement déstabilisateur d'une irrégularité sur le procès, notamment lorsqu'elle est soulevée assez tard. Vous avez très récemment étendu le raisonnement au cas de l'expertise excédant les termes de la mission confiée à l'expert (29 juin 2020, Assistance publique - Hôpitaux de Marseille et autres, 420850, Rec. T.). De telles évolutions limitent encore l'utilité de la jurisprudence que nous vous proposons d'abandonner.

Si vous nous avez suivie, vous refuserez la substitution de motif demandée en cassation et annulerez l'arrêt de la cour en raison de la double erreur de droit commise. Vous pourrez lui renvoyer l'affaire et mettre à la charge du CH de Poitiers la somme de 3000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du CJA.

Tel est le sens de nos conclusions sur cette affaire.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*