

N° 456 661
ASA du canal de Ventavon-St-Tropez

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 17 octobre 2022
Lecture du 10 novembre 2022

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

Vous n'avez vous-mêmes que rarement¹ eu à faire usage de la **procédure dite de « l'avis technique »**, qui a été introduite à l'article R. 625-2 du code de justice administrative par l'article 46 du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives. Ces dispositions instituent la possibilité pour la juridiction, dans le cadre de l'instruction, de solliciter un avis technique de la part d'un « *consultant* » qu'elle désigne. Cette procédure, très largement inspirée des articles 256 et suivants du code de procédure civile, se distingue de l'expertise par sa souplesse et son champ d'application, puisqu'elle est réservée aux cas où la question « *ne requiert pas d'investigations complexes* ».

La présente affaire a été portée devant votre formation de jugement pour trancher une question de procédure inédite : **dans quelle mesure l'avis rendu par un consultant en application de l'article R. 625-2 du code de justice administrative est-il soumis au principe du contradictoire ?**

1. Il ne nous sera donc pas nécessaire de revenir longuement sur les faits à

¹ A notre connaissance, dans deux décisions seulement et sans que vous ayez eu à vous prononcer sur la procédure applicable à cette occasion (CE 28 mars 2012, *Société Direct Energie et autres*, n° 330548, 332639, 332643, p. 130 ; CE 22 juillet 2015, *Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes et autres*, n° 374114, 374183, 383009, T. p. 812)

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.

l'origine de la présente affaire. Il suffit en effet que vous sachiez qu'un litige est né lors de l'exécution d'une convention passée en 1972 entre EDF et l'association syndicale autorisée (ASA) du canal Ventavon-Saint-Tropez, qui a pour mission d'assurer l'irrigation agricole d'une douzaine de communes à partir des eaux de la Durance. Les parties ne se sont pas entendues sur le volume d'électricité effectivement consommé par l'ASA entre 2012 et 2014 et EDF a saisi le juge administratif en vue d'obtenir le remboursement d'une somme d'environ 207 000 euros.

Après le rejet de sa demande par le TA de Marseille, la société EDF a obtenu un premier succès devant la CAA de Marseille qui, par un arrêt avant dire droit, a confié à un consultant la mission de lui donner un avis technique « sur la conformité mathématique et comptable des formules de calcul utilisées au contrat (...) et de vérifier que les données de consommation invoquées par EDF sont conformes à la réalité ».

Après remise de l'avis du consultant, dont il est constant qu'il a été rendu après la tenue d'une réunion avec EDF, à laquelle l'association syndicale n'a pour sa part pas été conviée, la cour a, par un arrêt du 12 juillet 2021 contre lequel l'ASA se pourvoit en cassation, largement fait droit à la demande d'EDF en lui allouant une somme de près de 185 000 euros.

2. Vous pourriez aisément écarter deux des trois moyens soulevés devant vous.

En effet, contrairement à ce qui est soutenu, la cour n'a pas méconnu son office mais a simplement exercé son pouvoir d'appréciation en relevant que l'ASA n'apportait aucun élément précis de nature à contredire les conclusions de la consultation, dont elle ne s'est nullement estimée tenue par les termes.

La cour n'a pas non plus dénaturé les pièces du dossier en ayant jugé que les conclusions auxquelles a abouti le consultant répondaient précisément aux chefs de mission dont il était saisi. En effet, si l'ASA faisait valoir que l'avis du

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.

consultant ne comportait pas d'éléments relatifs à la prise en compte des taxes assises sur la consommation d'énergie, il reste que la cour ne lui avait de toute façon pas donné mission, aux termes de son arrêt avant dire droit, de se prononcer sur cette question.

3. En revanche, il nous semble que vous devrez accueillir le moyen tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en estimant **que le principe du contradictoire ne s'imposait pas au consultant désigné** par la formation de jugement.

3.1. Il est vrai qu'une **lecture littérale de l'article R. 625-2** du code de justice administrative pourrait aller dans le sens de la cour puisque la dernière phrase de son premier alinéa dispose : « *Le consultant, à qui le dossier de l'instance n'est pas remis, n'a pas à opérer en respectant une procédure contradictoire à l'égard des parties* ».

Cette précision sur l'absence de procédure contradictoire est d'autant plus remarquable qu'elle ne figure pas dans les dispositions similaires du code de procédure civile.

Elle s'explique par l'intention des auteurs du texte qui était, comme le pointe un commentateur averti² de la réforme du CJA par le décret de 2010, de créer une « expertise allégée », caractérisée par le fait que la question posée par le juge, de nature technique et strictement délimitée, est « déconnectée du dossier ».

Dans l'esprit de ses concepteurs, non seulement cette procédure n'appelle pas de consultation du dossier, qui est expressément proscrite par le texte, mais elle ne requiert pas davantage de recueillir les prétentions des parties ou de les réunir. Pour le dire avec les mots du Président Chabanol, « le juge s'adresse ici à l'expert comme il pourrait consulter un ouvrage technique s'il en disposait et avait

² D. Chabanol, « *Le droit de l'expertise devant le juge administratif – une rénovation salutaire* », Jurisclasseur administratif n°28, 12 juillet 2010, p. 2227

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.

la compétence pour le lire, et lui pose une question purement technique ».

3.2. Il reste qu’au regard des motifs qui ont conduit à l’adoption de l’article R. 625-2, nous ne croyons pas qu’il faille conférer une portée absolue à celles de ses dispositions qui exemptent le consultant de respecter une procédure contradictoire.

En effet, **si la procédure contradictoire n’est pas requise, ce n’est, selon nous, qu’eu égard à l’objet restreint de la consultation** et – surtout – du fait que le consultant ne saurait normalement s’appuyer lui-même sur des éléments qui ont été soumis au contradictoire : c’est en ce sens que nous lisons la disposition qui précise que « le dossier de l’instance ne [lui] est pas remis ».

A l’inverse, si, pour une raison ou une autre, le consultant sort du strict cadre fixé par l’article R. 625-2, alors les principes généraux de la procédure reprennent leurs droits, à commencer par celui du contradictoire.

Concrètement, si le consultant sollicite une partie, que ce soit par écrit ou à l’occasion d’une réunion, alors il doit mettre à même les autres parties d’accéder aux éléments échangés et de pouvoir elles-mêmes présenter leurs observations.

A cet égard, nous pensons en effet que, dès lors que l’incidence de l’avis technique sur la solution du litige peut être aussi grande que celle d’une expertise « de droit commun », il n’y a pas lieu de lui appliquer des standards procéduraires différents. En effet, tout comme l’expertise, l’avis technique du consultant modifie la répartition de la charge de la preuve en obligeant la partie à qui elle est défavorable à démontrer une autre vérité de manière au moins aussi circonstanciée et sans bénéficier de l’autorité que confère à l’avis les conditions dans lesquelles il a été ordonné.

Or, vous savez que le caractère contradictoire des opérations d’expertise est une condition de leur régularité (CE 15 octobre 2018, *M. et Mme Ghiot*, n° 413937, T. p. 837 ; CE 23 octobre 2019, *Centre hospitalier Bretagne-Atlantique*, n° 419274, T. p. 922). Dès lors, s’agissant de l’avis technique, il ne suffit pas que

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.

lui-même soit soumis au contradictoire une fois qu'il aura été rendu, il faut également que les opérations qui ont conduit à son élaboration aient été contradictoires.

Tel doit être le cas lorsque la préparation de l'avis conduit le consultant à solliciter les parties ou à prendre connaissance de pièces sur lesquelles il fonde ses conclusions.

3.3. Tant votre jurisprudence que celle de vos homologues judiciaires nous paraît d'ailleurs engagée en ce sens.

De manière très balancée et en vous fondant sur les « règles générales de la procédure contentieuse », vous avez ainsi jugé, dans le cadre d'une demande d'avis adressée à une autorité administrative indépendante³, que le tiers sollicité par la juridiction n'est pas tenu d'établir son avis à la suite d'une procédure contradictoire. Toutefois, la même décision ajoute que « si ce tiers est amené, avant de rendre son avis, à entendre l'une des parties au procès ou à examiner des pièces produites par elle, il est en principe nécessaire qu'il associe l'autre partie au procès à ces auditions ou examens, dans toute la mesure où le respect d'un secret, tel que le secret médical ou le secret des affaires, ne s'y oppose pas » et que « dans ce dernier cas, il appartient au juge d'apprécier si, eu égard notamment à l'instance consultée et à l'objet du litige, les conditions dans lesquelles l'avis a été élaboré sont de nature à vicier l'équité du procès, par exemple parce qu'elles auraient favorisé l'une des parties dans l'administration de la preuve » (CE 13 février 2006, *Société fiduciaire informatique et Société fiduciaire expertise*, n° 279180, p. 66).

En d'autres termes, en vertu des principes généraux de la procédure contentieuse, la consultation d'un tiers n'a pas à être systématiquement précédée d'une phase contradictoire mais la procédure contradictoire s'impose dès que le tiers sollicite une des parties.

³ Il s'agissait en l'espèce du conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis dans le cadre d'un projet de concentration.

Même si sa jurisprudence sur le fondement de l'article 256 du code de procédure civile (qui, pour sa part, ne précise pas que la consultation n'est pas contradictoire) est rare, la Cour de cassation nous semble suivre la même approche. Elle juge ainsi que « la consultation demandée au technicien désigné n'exigeait pas que soit recueilli, préalablement, sur la question soumise à son examen, l'avis des parties » mais tout en prenant soin de préciser « que la seule présence sur les lieux de l'une d'entre elles n'impliquait pas qu'elle ait été entendue par le technicien », ce qui se comprend selon nous *a contrario* comme signifiant que, si la partie présente avait communiqué des éléments au technicien, ce dernier aurait dû mettre en œuvre une procédure contradictoire (2^{ème} civ., 7 novembre 1994, n° 93-11.715).

Nous déduisons de ces approches convergentes que l'article R. 625-2 du CJA doit être interprété comme réservant le cas – qui restera sans doute assez rare en pratique – où le consultant est amené, avant de rendre son avis, à entendre l'une des parties au procès ou à examiner des pièces produites par elle : il est alors en principe nécessaire qu'il associe l'autre partie au procès à ces auditions ou examens.

Si vous nous suivez, vous accueillerez donc le moyen d'erreur de droit puisque la cour a retenu la solution inverse, dans un cas de figure où le consultant a non seulement entendu une seule des parties mais a aussi tenu compte de pièces nouvelles produites par elle.

4. Nous vous invitons, après avoir cassé l'arrêt attaqué, à **régler l'affaire au fond**, ce qui scellera au bout du compte une victoire à la Pyrrhus pour l'association requérante.

En effet, depuis votre décision Section 7 février 1969, *M'Barek*, n° 67774, p. 87⁴, vous admettez que le juge puisse s'appuyer sur les éléments d'un rapport

⁴ Voir aussi CE 26 juillet 1985, *Seris*, n°41567, T. p. 690

d'expertise y compris s'il est entaché d'irrégularité, notamment en raison d'une méconnaissance du contradictoire.

Nous ne voyons pas de raisons de ne pas faire application de cette jurisprudence au cas de l'avis technique rendu en application de l'article R. 625-2 du CJA.

Dans ce cadre, vous estimez 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 :

- soit « lorsqu'ils ont le caractère d'éléments de pur fait non contestés par les parties » – vous n'êtes cependant pas dans cette hypothèse puisque l'ASA conteste les éléments de la note du consultant ;

- soit « à titre d'éléments d'information dès lors qu'ils sont corroborés par d'autres éléments du dossier » (*Centre hospitalier Bretagne-Atlantique* précitée) – vous n'êtes pas non plus dans ce cas puisqu'il n'y a pas d'autres avis au dossier ;

- soit lorsqu'ils ne sont pas « infirmés par d'autres éléments du dossier » (CE 29 juin 2020, *Assistance publique – Hôpitaux de Marseille*, n° 420850, T. p. 922).

Ce dernier cas de figure, marqué par un certain libéralisme, nous paraît correspondre à la configuration du présent litige : vous pourrez en effet, comme la cour avant vous d'ailleurs, relever que l'ASA se borne pour l'essentiel à formuler des critiques générales contre le contenu l'avis, sans en remettre en cause les conclusions par une argumentation précise et chiffrée.

Dans ces conditions, après avoir relevé que l'ASA du canal de Ventavon est fondée à soutenir que l'avis technique litigieux a été rendu au terme d'une procédure irrégulière, faute d'avoir respecté le principe du contradictoire entre les différentes parties, vous pourrez juger que cette irrégularité ne vous empêche pas

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.

de constater que l'ASA n'apporte aucun élément précis de nature à remettre en cause les conclusions du consultant.

Vous pourrez sur cette base estimer que la somme due par l'ASA à EDF s'élève à 185 385,41 euros – somme qui sera augmentée des intérêts légaux au prorata des sommes respectivement dues au titre des années 2012, 2013 et 2014 – et que la société EDF est par conséquent fondée à demander l'annulation du jugement du tribunal administratif de Marseille du 22 novembre 2017 qui avait rejeté sa demande.

Vous mettrez par ailleurs à la charge de l'ASA les frais résultant de l'établissement de l'avis technique ainsi qu'une somme globale de 5 000 euros à verser à la société EDF pour l'ensemble des instances au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le surplus des conclusions des parties pouvant être rejeté.

Tel est le sens de nos conclusions.

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.