



## XI ème journée des tribunaux administratifs de Montpellier et de Nîmes

### "Indépendance, impartialité, empêchement, récusation"

3 avril 2015

## LA PROBLEMATIQUE DE LA RECUSATION

### RAPPEL DES TEXTES

#### LES CAUSES DE LA RECUSATION

Article R.621-6 du Code de justice administrative : les experts peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges.

Article L.721-1 : la récusation d'un juge est prononcée, à la demande d'une partie, s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité.

#### LA PROCEDURE

Articles R.621-6 et suivants du Code de justice administrative :

➤ La demande de récusation :

- doit être présentée avant le début des opérations ou dès la révélation de la cause ;
- est présentée à la juridiction qui a ordonné l'expertise ;
- si elle est présentée par un mandataire, il doit être muni d'un pouvoir spécial ;
- elle doit indiquer les motifs qui la soutiennent et être accompagnée des pièces justificatives

➤ L'instruction de la demande :

Le greffe communique la demande à l'expert lequel dans les 8 jours fait connaître par écrit soit son acquiescement, soit les motifs de son opposition.

➤ Le caractère suspensif de la demande :

L'expert doit s'abstenir de toute opération jusqu'à ce qu'il soit statué.

➤ La décision :

Si l'expert acquiesce, il est aussitôt remplacé.

S'il s'oppose, la juridiction se prononce après audience publique dont l'expert et les parties sont avertis.

Selon le texte, la décision n'est pas motivée.

Les voies de recours :

L'expert n'est pas admis à contester la décision qui le récusé.

Le rejet de la demande de récusation ne peut faire l'objet d'un recours autonome, sauf si l'expertise a été ordonnée par le juge des référés.

Je relève déjà deux fortes particularités qui à mon sens révèle de façon immédiate la gêne qui s'attache à la procédure de récusation :

- le mandat spécial tout d'abord ; pourquoi donc une telle précaution ?

- l'absence de motivation ; pourquoi donc une telle pudeur ? Certes, cette particularité a été adoucie par le Conseil d'Etat, lequel saisi pour avis par la CAA de Marseille considère que cette précision textuelle n'écartait pas le principe général de motivation applicable à toute décision juridictionnelle mais que tenant les exigences d'une bonne administration de la justice et les particularités qui s'attachent à une demande de récusation, elle permettait au juge d'adapter la motivation de sa décision en se limitant le cas échéant à énoncer qu'il y a lieu ou pas de faire droit à la demande (avis Centre Hospitalier d'Alès Cévennes 23.03.2012).  
Toujours l'art de la formule de notre fidèle Conseil d'Etat ou comment justifier l'injustifiable.

Nous le voyons ainsi à la seule lecture des textes : il y a une gêne qui s'attache à la procédure de récusation et cette gêne en fait une procédure un peu honteuse et donc à manier avec beaucoup de précaution.

### LA DECISION DE RECOURIR A LA RECUSATION

Engager une procédure de récusation conduit l'avocat à répondre à deux questions : que signifie l'impartialité et quels sont les risques et les enjeux d'une telle procédure.

#### 1. La notion d'impartialité : une notion objective et subjective

Le demandeur à la récusation doit démontrer qu'il a une raison sérieuse de douter de l'impartialité.

#### Les textes

Le code de justice administrative ne s'attache pas à fixer de façon précise les différentes hypothèses où la récusation peut être demandée. A donc été retenu un parti différent de celui adopté de façon ancienne devant les juridictions de l'ordre judiciaire et que l'on retrouve aujourd'hui dans les dispositions de l'article L.111-6 du code de l'organisation judiciaire qui donne une liste des hypothèses de récusation :

*"1° Si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation ;*

*2° Si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties ;*

*3° Si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement ;*

*4° S'il y a eu ou s'il y a procès entre lui ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ;*

*5° S'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties ;*

*6° Si le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties ;*

*7° S'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ;*

*8° S'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties."*

Ce sont donc 8 hypothèses qui ont visées par le code de l'organisation judiciaire que l'on peut résumer ainsi : un intérêt direct, des liens familiaux, des liens patrimoniaux, des liens de subordination, une connaissance de l'affaire, des liens d'amitié ou d'inimitié.

Cette différence avec le code de justice administrative n'est cependant pas fondamentale car, en état de cause, le juge judiciaire considère, au visa de l'article 6.1 de la convention européenne des droits de l'homme, que ces hypothèses n'épuisent pas l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction.

article 6 §1 de la Cvt°EDH

*« Article 6 – Droit à un procès équitable*

*1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par*

*le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.. ».*

L'impartialité ne se comprend donc pas au regard des seuls textes.

### **Le sens étymologique**

Si l'on s'intéresse au sens étymologique du terme, le mot « *impartialité* » se définit, selon le Littré, comme « *la qualité, le caractère de celui qui est impartial* », ce qui renvoie à la définition de l'adjectif « *impartial* » : "*Qui ne prend pas parti pour l'un plutôt que l'autre*".

Quant au mot « *parti* », il est impossible de le cerner tant il fait l'objet de définitions allant de la botanique jusqu'à la guerre en s'égarant dans le mariage ; un choix cependant " *action de se partager, aller l'un d'un côté, l'autre d'un autre*".

Enfin et toujours selon le Littré, le sens de l'adjectif partial est illustré par un dialogue extrait d'un conte oriental de Voltaire (« Le monde comme il va ») :

*« Mais Seigneur, dit humblement Babouc, je n'ai jamais été en Perse, je n'y connais personne.*

*Tant mieux, dit l'ange, tu ne seras pas partial ».*

Comme toujours, le trait vif de Voltaire fait mouche, car c'est précisément cette connaissance du milieu qui de plus en plus souvent est désormais avancée au soutien d'une demande de récusation.

Plusieurs auteurs font état de ce paradoxe, serait impartial celui qui est dépourvu de tout lien avec le milieu concerné mais, alors, il est également dans le même temps dépourvu de toute compétence...

Bref, nous ne sommes guère avancés.

### **Le droit, le procès**

Appliquée au droit et plus particulièrement au procès, l'impartialité est présentée comme la qualité intrinsèque de l'acte de juger et comme la qualité essentielle que tout justiciable est en droit d'attendre d'une juridiction ; sans elle la justice ne peut être rendue.

C'est parce que l'expert judiciaire participe, par son avis technique, à cette œuvre de justice qu'il doit être tout aussi impartial que le juge qui le désigne et que celui qui tranchera le litige.

X. Puel, président du TGI de Châteauroux, « L'impartialité objective de l'expert au regard de son activité professionnelle », JCP G, n°25, 23 juin 2014,735 :

*« L'expertise faisant corps au procès civil, la vérité judiciaire ne peut être établie de façon équitable sans une expertise elle-même équitable, ce qui explique que le principe d'impartialité*

*s'impose au juge et à l'expert avec une parfaite symétrie, tant devant les juridictions judiciaires que celles de l'ordre administratif. »*

CEDH, 29 mai 1986, Feldbrugge c/ Pays-Bas, §44 :

*« en ce qu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges, (l'expertise) est susceptible d'influencer de manière prépondérante leur appréciation des faits »*

CEDH, 18 mars 1997, Mantovelli c/ France, n°21497/93 :

*« une telle expertise, menée sous l'autorité et pour l'information du tribunal, fait partie intégrante de la procédure, le tribunal n'étant pas en mesure d'apprécier directement toutes les questions techniques examinées »*

Ainsi l'impartialité est indissociable du procès équitable dans toutes ses composantes mais nous ne savons toujours pas ce qui la constitue.

### **La jurisprudence**

L'impartialité est, vous le voyez, difficile à étiqueter et c'est à la jurisprudence qu'est revenue, comme bien souvent, la lourde tâche de l'apprivoiser et c'est notamment le droit européen qui s'est attelé à cette tâche.

Ainsi, moins exotique et moins poétique que Voltaire mais plus efficace, la CEDH dans un arrêt du 1er octobre 1982, Piersack c/ Belgique définit l'impartialité du juge comme suit :

*« si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé (...) elle peut s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ».*

Il est important de comprendre que cette notion d'impartialité objective est intimement liée à la théorie des apparences portée par la CEDH (à l'origine de la transformation du statut du commissaire du gouvernement).

Notre droit national s'est dans un premier temps approprié ce concept d'impartialité subjective et d'impartialité objective.

M. Guyomar, conseiller d'Etat, dans ses conclusions sous CE, 27 octobre 2006, n°276069 :

*« alors qu'en matière d'impartialité objective, le parti pris est révélé par l'existence d'un préjugement, il se traduit plutôt, en matière d'impartialité subjective, par celle d'un préjugé, favorable ou défavorable ».*

La doctrine a cependant été très critique.

Le professeur R. Chapus estime que cette théorie des apparences :

*« (...) débouche sur la forte conclusion que l'apparence doit prévaloir sur la réalité toutes les fois où elles sont en discordance, et alors même que, contrairement à l'apparence, la réalité qu'elle masque n'encourt aucun reproche »*

*« Rien, d'autre part, n'est plus éloigné de la théorie des apparences, du formalisme qui la caractérise et du juridisme abstrait sur lequel elle débouche que le génie pragmatique qui anime la jurisprudence administrative, au service de l'intérêt d'une bonne justice. ».*

Le propos est juste mais pourtant nul ne peut nier le rôle des symboles au service d'une justice acceptée (cf. travaux de A. Garapon sur l'office du juge – Bien juger, essai sur le rituel judiciaire).

La critique porte également sur la terminologie adoptée consistant à opposer objectif et subjectif car elle ne reflète pas pleinement la réalité du contrôle opéré car en définitive la preuve de la partialité subjective se fait par des éléments eux-mêmes objectifs : il faut en effet que le préjugé du juge, de l'expert, s'extériorise pour que la partialité soit retenue.

Faisant le constat des limites de cette distinction, une grande partie de la doctrine l'a abandonnée peu à peu pour lui préférer la distinction impartialité fonctionnelle et impartialité personnelle :

- Dans le premier cas, l'impartialité se pose à raison même de l'exercice des fonctions ou de la situation, indépendamment des convictions personnelles, de l'attitude ; c'est-à-dire que tout expert placé dans la même situation verrait son impartialité appréciée de la même façon
- Dans le second cas, c'est uniquement en raison de traits propres à l'expert que son impartialité est appréciée.

On peut également constater ce glissement sémantique dans la JP de la CEDH qui parle désormais moins d'impartialité subjective que de convictions personnelles, d'attitude personnelle, ou encore de raison légitime de craindre un défaut d'impartialité.

Du côté du Conseil d'Etat, le message est encore plus clair ainsi qu'en témoigne le considérant 4 de l'arrêt du 19 avril 2013 rendu dans l'affaire du centre hospitalier d'Alès Cévennes :

*« 4. Considérant, en dernier lieu, qu'il appartient au juge, saisi d'un moyen mettant en doute l'impartialité d'un expert, de rechercher si, eu égard à leur nature, à leur intensité, à leur date et à leur durée, les relations directes ou indirectes entre cet expert et l'une ou plusieurs des parties au litige sont de nature à susciter un doute sur son impartialité ; qu'en particulier, doivent en principe être regardées comme suscitant un tel doute les relations professionnelles s'étant nouées ou poursuivies durant la période de l'expertise ; ».*

Le travail de l'avocat avec son client doit donc porter sur l'analyse des relations de l'expert avec les parties mais également avec les tiers qui se trouvent ou ont été dans une situation de concurrence avec l'une des parties.

L'examen de la jurisprudence tant administrative que judiciaire montre cependant toute la difficulté de l'exercice.

En pratique, on s'aperçoit que sauf cas caricatural, ce que l'on pensait pouvoir raisonnablement être une cause de récusation, loin de toute idée de chicane ou encore de mauvais esprit, ne l'est pas pour le juge.

Difficile d'expliquer pourquoi, si ce n'est que le regard du juge sur l'expert n'est pas le même que celui des parties, ne serait-ce parce que le premier choisit l'expert alors que le dit expert est imposé au second ; mais ce n'est pas seulement cela, c'est également parce que pour les parties, l'expert est vécu comme un interlocuteur direct faisant le lien avec le juge ; il est donc fondamental qu'il soit de confiance ; or la confiance est un sentiment éminent personnel et ce qui peut choquer les parties qui recherchent cette confiance ne va nullement troubler le juge qui recherche un avis technique.

L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat en juillet 2014 à propos des Hôpitaux de Paris est révélateur ; le Conseil d'Etat suivant en cela la CAA de Paris considère qu'en égard à la taille et à l'organisation administrative très décentralisée de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, l'appartenance de l'expert aux cadres de cet établissement ne peut être regardée comme suscitant par elle-même un doute légitime sur son impartialité.

Sans doute peut-on comprendre que la position du Conseil d'Etat est, dans l'absolu, raisonnable, mais on peut admettre aussi qu'il est fort difficile pour un plaideur d'entendre qu'une expertise puisse être réalisée par un préposé de la personne publique dont la responsabilité est recherchée.

L'impartialité est incontestablement une notion fuyante ce qui fait de la procédure de récusation un véritable casse-tête pour l'avocat.

## **2. Les risques/ les enjeux**

Alors que les questions d'impartialité et d'indépendance des experts (des juges ou des arbitres) sont de plus en plus discutées, très curieusement la problématique des enjeux et des risques d'une demande de récusation n'est pratiquement jamais abordée.

Or si certains éléments de la réflexion sont classiques et inhérents à toute procédure contentieuse, d'autres sont clairement spécifiques.

- Un enjeu : le rapport d'expertise est une pièce maîtresse du procès ; l'expert dispose d'un pouvoir très important car il possède une science, une technique que le juge aura d'ores et déjà identifiée comme déterminante pour éclairer son propre jugement ;
- Un coût : une procédure doit être engagée et à bref délai ;
- Un constat : nous l'avons vu, une difficulté à reconnaître l'impartialité et une procédure exceptionnelle qui aboutit rarement ;
- Une prise de risque : quel impact en cas d'échec.

Il faut expliquer et faire accepter au client tout à la fois :

- que la notion d'impartialité est à difficile à appréhender et que, sauf situation caricaturale, l'issue de la procédure est très incertaine ;
- que la portée du rapport est très forte ;
- que tenant les diligences devant être réalisées, le coût de la défense de ses intérêts doit être revu à la hausse ;
- que dans l'hypothèse d'un rejet de la demande, il faudra gérer la suite.

C'est ce dernier point qui se démarque sans contexte de la réflexion classique qui s'attache à tout procès.

Dans ses conclusion sous l'arrêt Petit du 12 octobre 2009, n° 311641, dans une affaire où était en cause la partialité d'un membre du Haut conseil du commissariat aux comptes et où le Conseil d'Etat juge qu'un moyen relatif à l'irrégularité de la composition d'une formation de jugement, quel qu'en soit le fondement, peut être invoqué à toute étape de la procédure, y compris devant le juge de cassation, le rapporteur public souligne que la récusation est une arme difficile tant sur le plan psychologique que sur le plan pratique.

Commentant cette décision, Mme Liéber et M. Botteghi, maîtres des requêtes au Conseil d'Etat écrivent :

*" La section a aussi, croyons-nous, voulu prendre en compte la particularité de l'acte de récusation. Il n'est pas aisé pour un particulier de récuser son juge : la peur de froisser la formation de jugement se comprend, alors que la relation est de nature inégale. Et la situation n'est pas identique avant et après le jugement : un requérant n'est jamais certain de perdre, il peut ne réaliser qu'après le jugement l'impact d'une irrégularité dans la composition de la formation."*

Dans un article récemment paru à l'AJDA portant sur le contentieux des obligations de l'expert, M. Roussel, premier conseiller à la CAA de Paris, souligne également que les réticences psychologiques des parties à mettre en cause de façon trop hâtive l'indépendance de l'expert sont bien souvent compréhensibles.

Hormis ces quelques allusions, il n'existe pas, à ma connaissance d'étude ni sur l'aspect psychologique de la récusation ni sur l'impact d'une récusation refusée sur la suite de la procédure ou sur le déroulement de l'expertise.

Mon propos sur cette question est dès lors personnel et limité à ma pratique professionnelle et à celle des confrères que j'ai pu interroger.

Le constat qui peut être fait est :

- qu'il est toujours très difficile de rassurer et donc d'accompagner le client en cas d'échec de sa demande de récusation ;
- que les opérations d'expertise perdent en sérénité : l'expert est d'une certaine manière renforcé dans sa légitimité mais il se sait sous étroite surveillance ; la partie à l'origine de la demande de récusation est toujours convaincue de la partialité de l'expert et continue à traquer le moindre indice ;
- que les opérations d'expertise peuvent être déséquilibrées, en ce sens que l'expert peut se tourner, consciemment ou non, vers les autres parties pour établir une relation plus apaisée et les autres parties en profiter.

En définitive, on s'aperçoit qu'alors que c'est l'appréciation de l'impact qui est au centre de la réflexion de l'avocat lorsque se pose la question de la mise en œuvre d'une procédure de récusation, on se retrouve bien démuné pour mener une véritable réflexion.

Ce qui est certain, c'est que tous les acteurs ont bien conscience d'être sur un terrain dangereux ; j'en veux pour preuve la position prise par le Conseil d'Etat quant à la question de la motivation de la décision.

Il serait à cet égard intéressant d'avoir un retour tout à la fois du déroulement des opérations, du contenu du rapport mais également de l'appréciation porté par la juridiction sur ce rapport ; cela permettrait de savoir si l'échec de la procédure de récusation est neutre c'est-à-dire sans impact ou au contraire a un impact négatif ou positif. C'est là cependant un travail délicat tout à la fois de collationnement des données et d'analyse et dont au demeurant il n'est pas certain que des enseignements puissent réellement en être tirés. Nous ne disposons pas non plus d'analyse critique ou sociologique du processus de récusation.

Il me semble également que des solutions immédiates existent permettant de réduire cet enjeu :

- présence du juge aux opérations d'expertise ;
- une plus grande mémoire par le juge du travail de l'expert.

On peut aussi rêver à une évolution de la JP : si le juge appréciait plus souplement les demandes de récusation, la procédure serait " dédiablee".

De façon plus pragmatique, plus raisonnable et immédiate, nous pouvons aussi nous tourner vers les experts afin de nous enrichir de la connaissance du ressenti de l'expert face à la récusation ; ce peut être un indicateur pertinent et donc précieux.

Carole Vinsonneau-Palies