

RTD Civ. 2001 p. 192

Le droit à un juge impartial (art. 6 § 1 Conv. EDH). La recevabilité du moyen pris de ce que les conditions de l'impartialité objective n'étaient pas réunies

(Ass. plén. 24 nov. 2000, Comet, cette revue, *infra* p. 204, obs. R. Perrot ; Gaz. Pal. 13 janv. 2001, concl. av. gén. M.-A. Lafortune ; Bull. inf. C. cass. 15 janv. 2001, p. 24, concl. Lafortune, rapp. Tric ; Procédures, 2001.comm.3, note R. Perrot ; D. 2001, p. 1067, obs. N. Fricero et p. 2427, chron. B. Beignier et C. Bléry ; JCP 2001.1V.1092 ; Juris-Data n° 007145)

Jacques Normand, Professeur à la Faculté de droit et de science politique de Reims

Il y a une quinzaine d'années de cela, la Cour de cassation admettait implicitement que le moyen pris d'un manquement à l'impartialité du juge pouvait être soulevé pour la première fois devant elle (Civ. 2e, 3 juill. 1985, Bull. civ. II, n° 133, p. 84 ; D. 1986.546, concl. Charbonnier ; Gaz. Pal. 1986.1.somm.88, obs. S. Guinchard et T. Moussa). Ainsi pouvait-il, à ce stade encore, être reproché aux juges d'appel d'avoir siégé dans une composition où figurait le magistrat même dont la décision était attaquée. La Haute juridiction rompait de la sorte avec une jurisprudence jusque là constante qui n'admettait d'autre voie, pour contester l'impartialité du juge, que celle de la récusation, exigeant que cette dernière soit exercée dans les strictes conditions de temps définies à l'article 342 du nouveau code de procédure civile (V. par ex. Civ. 2e, 25 févr. 1981, Bull. civ. II, n° 39, p. 23 ; 18 mai 1982, *ibid.* n° 77, p. 55).

Cette ouverture devait se confirmer et se préciser par la suite (RTD civ. 1993. 877, et les réf.). Récemment encore, alors qu'il était prétendu à la tardiveté des contestations soulevées devant elle, la chambre sociale de la Cour de cassation (9 janv. 1997, Bull. civ. V, n° 11, p. 7 ; Bull. inf. C. cass. 1er avr. 1997 et la note de Mme Tatu, conseiller rapporteur) tournait la difficulté en relevant d'office la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi admettait-elle implicitement l'autonomie, par rapport à la récusation, du droit au juge impartial que consacre cette Convention (sur l'affirmation explicite de cette autonomie, V. Grenoble, 11 sept. 1997, D. 1998.128, note J.-F. Renucci). Faute d'avoir prévenu le risque de la partialité en jouant à temps de la récusation, il restait loisible de le faire sanctionner après coup en provoquant la censure de l'arrêt qui en était infecté.

Malgré les suggestions de son rapporteur, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation n'avait pas saisi, dans l'arrêt *Guillot* du 6 novembre 1998 (Bull. Ass. plén. n° 4, p. 6 ; JCP 1998.II.10128, rapp. Sargos ; D. 1999.1, concl. Burgelin ; Procédures, 1999.comm.3 et RTD civ. 1999.193, obs. R. Perrot , 190, et nos obs. ; M.-A. Frison-Roche, L'impartialité du juge, D. 1999.Chron.53 et s.), l'occasion qui s'offrait à elle de fixer la jurisprudence sur ce point. Sans doute y avait-il d'autres urgences à satisfaire (aborder le fond et préciser la ligne de partage du permis et du défendu en cas d'exercice successif par un magistrat des fonctions de juge du provisoire et de juge du fond). Au surplus, l'espèce n'était peut-être pas des plus favorables. L'affaire avait été plaidée en appel devant le conseiller rapporteur. Le justiciable pouvait ignorer la composition du collège auquel il serait rendu compte au cours du délibéré.

Quelles qu'en aient été les raisons, l'on avait regretté que cette occasion n'ait pu être la bonne car, à plusieurs reprises, un courant contraire s'était manifesté. Ainsi la chambre commerciale de la Cour de cassation (11 mai 1993, *Société Mimazur*, pourvoi n° 91-13.099) avait-elle déclaré irrecevable le moyen qui critiquait devant elle le cumul dans une même affaire de fonctions juridictionnelles successives et invoquait en conséquence la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne. Selon la Haute juridiction, en effet, cette contestation touchait à la composition de la cour d'appel. Elle aurait dû être relevée devant cette dernière et dès l'ouverture des débats, comme l'exigeait l'article 430 du nouveau code de procédure civile (V. également, Com. 11 juill. 1995, *Chea*, pourvoi n° 93-20.840 ; Civ. 2e, 6 mai 1997,

Mouradian, pourvoi n° 95-13.680).

Ce courant s'est confirmé plus explicitement encore avec les arrêts rendus par la deuxième chambre civile le 6 mai 1999 dans les affaires *Le Grand Gallion* et *Laye* (Bull. civ. II, n° 78 et 77, p. 57 ; Procédures, 1999.comm.201, note J. J. ; JCP 1999.IV.2149 ; D. 1999.IR.152 ; RTD civ. 1999.704, obs. R. Perrot , 685 et nos obs. ; RGDP 1999.622, obs. G. Wiederkehr), la Cour s'attachant d'ailleurs, dans une première approche, à dégager les conditions de l'irrecevabilité. Elle affirmait en termes généraux qu'une partie n'est pas recevable à invoquer en cause de cassation la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne dès lors que, la composition de la cour d'appel étant connue (*Le Grand Gallion*) ou pouvant l'être en temps utile (*Laye*), elle avait eu la possibilité de récuser le magistrat par application de l'article 341-5° du nouveau code et s'était abstenue de le faire.

La gravité de la question tranchée, qui met en cause les conditions d'exercice d'un droit fondamental internationalement protégé, la vigueur de certaines réserves, une certaine ambiguïté de la motivation, le risque, également, de décisions divergentes, il y avait là autant de raisons de souhaiter que la question soit reprise et réglée avec la plus grande solennité.

L'arrêt *Comet*, rendu en Assemblée plénière le 24 novembre 2000 (préc.) répond à ce voeu. Il ne le comble pas tout à fait. Il marque à coup sûr une étape importante. Il laisse de nombreuses questions en suspens. Nous nous attacherons à en dégager les apports, avant de relever ce qui demeure indécis.

A. - Les apports

a) Déboutée en appel de référé d'une demande d'expertise fondée sur l'article 145 du nouveau code de procédure civile, la demanderesse au pourvoi faisait grief à la même cour, statuant au fond cette fois, de l'avoir elle aussi déboutée pour les mêmes motifs d'une demande tendant aux mêmes fins, alors qu'elle siégeait sous la présidence d'un magistrat qui avait connu, déjà, du référé. Auraient été ignorées, selon l'intéressée, les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, et violé son droit à un tribunal impartial. Un tel qualificatif, à son avis, devrait être refusé au juge qui statue tour à tour en référé et sur le fond sur la même demande et rejette cette dernière pour les mêmes raisons.

L'Assemblée plénière ne prend pas explicitement parti sur cette affirmation. Qu'elle n'émette aucune réserve sur son bien fondé ne saurait d'ailleurs passer pour une discrète approbation. De la juridiction des référés à celle du fond, l'objet des mesures sollicitées n'était pas en tous points identique. Là où il l'était, le rejet de la demande était différemment motivé (V. sur cet aspect, concl. Lafortune, préc.).

L'intérêt de la décision est ailleurs : la Haute juridiction rejette le pourvoi en se situant, elle était d'ailleurs saisie pour cela, sur le terrain de la recevabilité du moyen. Elle constate que, selon les pièces de la procédure, les débats ont eu lieu dans une formation collégiale dont la composition était « nécessairement connue à l'avance » par la requérante elle-même ou, à tout le moins, par l'avoué qui la représentait. Cette composition était conforme, en effet, à l'ordonnance du premier président fixant la répartition des juges dans les différents services de la juridiction.

La Cour tire de cette « connaissance nécessaire » que la demanderesse n'est pas recevable à invoquer devant elle la violation de l'article 6 § 1. L'intéressée aurait pu obtenir le respect de cette disposition en en prévenant la transgression et en récusant le président par application de l'article 341-5° du nouveau code de procédure civile. En s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, elle a ainsi « renoncé sans équivoque » à se prévaloir de ce respect.

En statuant ainsi, l'Assemblée plénière met très précisément l'accent sur le fondement de l'irrecevabilité qu'elle prononce.

L'irrecevabilité affirmée trouve manifestement sa justification juridique dans la renonciation

non équivoque à se prévaloir de l'article 6 § 1 Convention européenne des droits de l'homme, à mettre en cause, autrement dit, l'impartialité de la Cour, renonciation qui se déduit de la non-dénonciation en connaissance de cause de la présence, en son sein, d'un juge qui se serait déjà prononcé sur le point en débat.

b) Quel que soit le bien fondé de cette justification et sa compatibilité avec la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme (sur ce point, V. *infra* B, a), l'Assemblée plénière lève ainsi l'équivoque qu'avaient pu entretenir les arrêts *Grand Galion* et *Laye*.

La deuxième chambre civile (6 mai 1999, préc.) avait seulement affirmé dans ces affaires que, les débats ayant eu lieu devant une formation collégiale dont la composition était connue (*Grand Galion*) ou pouvait l'être (*Laye*) du demandeur au pourvoi, ce dernier n'était pas recevable à invoquer devant elle la violation de l'article 6 § 1 dès lors qu'il avait eu la possibilité de récuser le magistrat en cause et qu'il s'en était abstenu.

Cela pouvait s'interpréter de différentes façons. Comme l'affirmation pure et simple que la mise en oeuvre du droit à un juge impartial au sens de l'article 6 § 1 devait se plier aux exigences procédurales du droit interne et intervenir, au moins lorsque les circonstances le permettaient, avant que le juge ne statue (V. nos obs. RTD civ. 1999.686 ; F. Defferrard, *La suspicion légitime*, LGDJ, 2000, préface Fl. Bussy, n° 411, p. 287). Ce qui permettait d'affirmer *a contrario* que le moyen pouvait être soulevé en cause de cassation lorsque le demandeur au pourvoi avait pu légitimement ignorer la composition de la formation de jugement.

Mais cela avait été perçu parfois comme procédant d'une éviction de la norme européenne au profit de la norme française, comme une résurgence de l'idée un moment défendue que celle-ci devait recevoir application de préférence à celle-là lorsqu'elles conduisaient à des solutions identiques. Avec cette réserve grave, cependant, qu'en l'occurrence, droit interne et droit conventionnel ne concordaient pas, le premier voulant oublier l'anomalie non dénoncée à temps (art. 342 NCPC), le second imposant en toute hypothèse l'annulation de l'arrêt, sans égard à une éventuelle renonciation manifeste (sur cette interprétation des arrêts en cause, et les réserves de fond que, lus sous cet angle, ils suscitent, V. notamment R. Perrot, RTD civ. 1999.706 ; O. Lacamp-Leplaë, *Le juge spécialisé en droit français*, th. Toulouse, 2000, n° 845, p. 501).

L'arrêt de l'Assemblée plénière ne prête pas à ces hésitations. L'article 6 § 1 de la Convention européenne n'est pas relégué par lui « aux rangs des oubliettes » (R. Perrot, *loc. cit.*). Ce qui, à le lire, était en cause devant le juge d'appel, c'était bien l'invocation du droit à un juge impartial que consacre la Convention européenne. C'est à ce droit que la demanderesse est déclarée avoir renoncé en ne relevant pas le moyen en temps utile pour éviter que le juge ne statue à nouveau. C'est cette renonciation qui lui interdit de prétendre, *a posteriori*, que la Convention a été violée.

b) Fondée de la sorte, cette jurisprudence ne nous paraît pas indigne d'approbation. Il ne nous semble ni de l'essence du droit à l'impartialité ni indispensable à la protection de ce droit d'être abandonné au complet arbitraire de la partie qu'il entend protéger. Il ne va pas de soi que celui qui est conscient d'un risque de partialité puisse légitimement se taire dans l'immédiat et se réserver d'en faire ultérieurement usage si l'issue du procès lui est défavorable. Il n'est pas choquant qu'un devoir de loyauté vienne policer l'exercice des droits fondamentaux (Sargos, rapp. préc. n° 23 ; RTD civ. 1999.190 et 689). « La finalité de l'article 6 § 1, a-t-on écrit, est de garantir une bonne justice plutôt que de fournir, *ex post*, un moyen de chicane » (G. Rouhette, *La procédure civile et la Convention européenne des droits de l'homme in Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Cour de cassation, Actes du colloque des 11-12 déc. 1997, Doc. fr. 1998, p. 297, n° 8).

S'il est vrai, ce qui reste à établir, que la jurisprudence française va au-delà de la Cour européenne dans la détermination de ce qu'exige le droit à l'impartialité (J.-P. Marguénaud, *Le juge et l'interprétation européenne*, in *L'interprétation de la Convention européenne*, sous la direction de F. Sudre, éd. Bruylant, 1998, p. 231, spéc. p. 241 et 244 ; et les obs. du même

auteur, RTD civ. 1999.494 ; M.-A. Frison-Roche, *op. cit.* p. 55, n° 20, à propos de l'arrêt *Bord Na Mona*), il s'impose peut-être plus fortement encore d'encadrer l'exercice procédural de ce droit. A portée plus vaste, mise en oeuvre plus stricte.

Au plan de la technique juridique, le double critère de la connaissance et de la renonciation est moins novateur qu'il n'y paraît. Au milieu des années 80, c'est déjà la considération de ce que le justiciable ne pouvait toujours connaître à temps l'identité des juges appelés à statuer sur son affaire qui avait conduit la Cour de cassation à l'abandon de sa jurisprudence classique et à l'admission du moyen pris pour la première fois devant elle de ce que les conditions objectives de l'impartialité n'étaient pas réunies (V. plus particulièrement concl. av. gén. Charbonnier sous Civ. 2e, 3 juill. 1985 préc. V. également le Rapport de la Cour de cassation, 1993, p. 348-349 ; RTD civ. 1999.687-688).

Cette considération contenait en germe un raisonnement *a contrario*. Elle conduisait à refuser l'admission du moyen à un stade aussi avancé lorsque, à coup sûr, la composition de la cour et les cumuls éventuels de fonctions étaient connus déjà lors de l'instance d'appel. Un refus que l'on pouvait fonder, soit directement, sur la forclusion édictée par l'article 342 du nouveau code de procédure civile, soit, plus profondément, et en dehors même du champ d'application de ce texte (art. 341 NCPC), sur ce que cette connaissance et cette absence de réaction donnaient à penser que, malgré les circonstances objectives qui auraient légitimé ses craintes, la partie intéressée renonçait, non pas, bien sûr, à l'impartialité du juge, mais à contester cette impartialité.

Le double apport de l'arrêt *Comet* est de passer explicitement du critère de la connaissance à celui de la renonciation, qui était, au mieux, sous-jacent, dans les arrêts *Laye* et *Le Grand Galion*, et de faire porter cette renonciation sur le droit de se prévaloir, dans le cas d'espèce, d'une éventuelle défaillance des conditions de l'impartialité objective telles qu'elles se déduisent de l'article 6 § 1 de la Convention européenne.

Le critère de la renonciation n'est pas inconnu de la jurisprudence européenne, et c'est assurément pour cela que la Cour de cassation a estimé judicieux de fonder sur lui sa jurisprudence nouvelle. Il reste à savoir si l'emprunt est fidèle. C'est l'un des éléments d'incertitude, et sans doute le plus grave, qui apparaissent au lendemain de l'arrêt *Comet*.

B. - Les incertitudes

Deux sources d'incertitude subsistent assurément. Elles ont trait, au premier chef, à la compatibilité de la jurisprudence *Comet* avec la jurisprudence propre de la Cour européenne des droits de l'homme. A supposer levée cette première difficulté, il reste à esquisser les déductions que semble autoriser la décision rapportée, à délimiter, autrement dit, le domaine et à préciser les conditions d'application qui s'en dégagent.

a) Au regard de la jurisprudence européenne

Nul ne contestera le caractère d'ordre public qui s'attache au principe d'impartialité. La Cour européenne des droits de l'homme le tient à juste titre pour un « principe fondamental dans une société démocratique ». Elle voit en lui une « garantie substantielle » (V. par ex. Cour EDH, 1er oct. 1982, *Piersack*, série A, n° 53). Ce principe fait même partie, en droit français, du « noyau dur » de l'ordre public. Il relève, selon la Cour de cassation, de l'ordre public international et s'oppose, à ce titre, à ce que soient exécutés les sentences arbitrales internationales ou les jugements étrangers qui ne répondraient pas à ses exigences (Civ. 1re, 3 déc. 1996, D. 1997.IR.12).

S'ensuit-il qu'il lui faille reconnaître un caractère absolu ? L'idée a été défendue que « les parties ne sauraient par leur silence ou leur inaction en affranchir le juge » et que le pourvoi en cassation demeurerait ouvert « là même où la récusation aurait été effectivement possible » (en ce sens, J.-F. Burgelin, concl. préc. dans l'aff. *Guillotet*, D. 1999.6, préc. ; M.-A. Lafortune, concl. dans l'aff. *Comet*, Gaz. Pal. 13 janv. 2001, préc. p. 10).

La Cour européenne des droits de l'homme est sans doute moins catégorique. Elle n'interdit pas de reconnaître effet aux phénomènes de renonciation. Assez généreusement, dans le domaine voisin mais assurément moins fondamental de la publicité des débats. Ainsi est-il possible de renoncer à cette dernière, expressément ou tacitement (Cour EDH 23 juin 1981, *Le Comte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, série A, n° 43 ; 21 sept. 1993, *Zumbotel c/ Autriche*, série A, n° 268-A, Gaz. Pal. 1994.2.456, note J.-N. Clément), une renonciation non équivoque pouvant même résulter du seul fait qu'à l'audience, la publicité n'a pas été demandée (Cour EDH 21 févr. 1990, *Haranksson et Sturesson c/ Suède*, série A, n° 171 ; JDI 1991.770, obs. P. T. ; Ann. CEDH 1990.131. Dans le même sens, Civ. 1re, 17 mai et 3 nov. 1993, Bull. civ. I, n° 174 et 308 ; Civ. 2e, 17 mai 1993, *ibid.* II, n° 174 ; Civ. 1re, 2 mars 1994, *ibid.* I, n° 84).

La Cour européenne semble, en revanche, nettement moins libérale lorsqu'est en cause le principe de l'impartialité. Encore est-il extrêmement difficile de dégager sa ligne de conduite et de prévoir les inflexions ou les raidissements éventuels de cette dernière. Les raisons de cette incertitude ressortent de quelques décisions essentielles (V. déjà, RTD civ. 1999.688-689).

La Haute juridiction a, dans un premier temps, affirmé que « pour autant qu'elle soit licite » (ce qui pouvait passer pour l'expression d'un doute), « la renonciation à un droit garanti par la Convention doit se trouver établie de manière non équivoque », affirmant, qu'en l'occurrence, « le requérant n'avait pas renoncé à le faire en ne soulevant pas la récusation (du juge) à l'audience ». (Cour EDH 23 mai 1991, *Oberschlick c/Autriche*, série A, n° 204, JDI 1992.787, obs. P. T. ; rappr. Cour EDH 25 févr. 1992, *Pfeiffer et Plankl c/Autriche*, série A, n° 227, Ann. CEDH, 1992.118)

L'arrêt *Bulut c/ Autriche* (22 févr. 1996, Rec. p. II-351 et s.) a certes manifesté depuis des dispositions sensiblement moins restrictives. « Le requérant, a-t-il énoncé, ne saurait prétendre avoir des motifs légitimes de douter de l'impartialité du tribunal qui l'a jugé alors qu'il pouvait en récuser la composition mais s'en est abstenu » (§ 34). Mais il l'a fait non sans avoir relevé, qu'en l'occurrence, le président avait personnellement informé l'avocat du requérant de ce qui aurait éventuellement pu constituer une cause de récusation et que les parties avaient, selon le procès-verbal d'audience, renoncé à leur droit d'invoquer ce chef de nullité (§ 10).

Information de l'avocat, renonciation expresse des parties, qui peut dire si ces particularités, ou d'autres semblables, doivent être tenues pour nécessaires ou si la Cour diagnostiquerait également une renonciation non équivoque dans des circonstances moins favorables ? Peut-on, et jusqu'à quel point, isoler de son contexte la considération de principe du § 34, alors surtout, qu'en l'espèce, la Haute juridiction européenne a parallèlement examiné au fond le moyen présenté, pour en conclure que le doute manquait de toute façon de légitimité ?

L'interprétation de l'arrêt *Buscemi* est plus problématique encore (Cour EDH 16 sept. 1999, *Buscemi c/ Italie*, D. 2000.Somm.184, obs. N. Fricero ; RTDH 2000.544, obs. M. del Tuffo et G. Fiandaca). Entraîné dans une polémique publique avec le père d'une fillette qui disputait à la mère la garde de celle-ci, le président du tribunal avait, on s'en souvient (RTD civ. 2000.622), indiqué dans la presse en quoi l'intérêt de l'enfant commanderait une décision défavorable à l'un et à l'autre parent. La Cour européenne avait naturellement estimé que cette déclaration était de nature à justifier objectivement les craintes du requérant quant à l'impartialité de son auteur. Même si c'est pour éviter la désinformation du public, il n'est pas concevable que le juge expose le contenu et les motifs de sa décision future avant que l'affaire n'ait été débattue devant lui.

L'originalité de l'espèce tenait à ce que le tribunal avait auparavant rejeté la récusation dont il était saisi pour la double raison que le motif invoqué n'était pas de ceux que prévoyait formellement l'article 51 du code de procédure civile italien (ce qui, au regard de la Convention européenne, était indifférent. V. *infra*) et que la demande était de toute manière tardive pour n'avoir pas été déposée avant l'audience, comme l'aurait voulu, puisque le nom du juge était connu, l'article 52 du même code. La Cour européenne reste indifférente à cette

situation qu'elle relate simplement dans l'exposé des faits (§ 44), sans évoquer l'incidence qu'aurait pu avoir ou ne pas avoir la tardiveté sur la recevabilité de la requête dont elle était elle-même saisie.

Il est difficile, à la vérité, d'en tirer conclusion. Le gouvernement italien s'est abstenu de soulever lui-même le moyen. On peut seulement constater que la Cour, de son côté, ne l'a pas relevé d'office.

En vérité, l'arrêt *Comet* s'inscrit dans un contexte européen que l'on ne sait encore caractériser. On ne peut affirmer qu'il lui est favorable, mais pas davantage qu'il lui est franchement opposé. Certes, l'Assemblée plénière s'attache-t-elle à affirmer, comme la Cour européenne, que la renonciation doit être dépourvue d'équivoque. Mais l'on ignore quelles sont, à Strasbourg, les conditions requises pour qu'il en soit ainsi.

La tonalité d'ensemble n'incline pas à l'optimisme. Sauf à considérer, comme l'a suggéré le conseiller-rapporteur, que les décisions topiques de la Cour européenne ont été rendues jusqu'à présent à l'occasion de poursuites pénales, et qu'une plus grande souplesse pourrait s'envisager en matière civile, où les parties sont davantage maîtresses de leurs droits.

Cette perspective n'a peut-être pas été étrangère à la détermination de la Cour de cassation. Dans l'attente d'une clarification qui ne saurait manquer, il reste pour l'heure, à esquisser prudemment les déductions que semble autoriser le libellé même de l'arrêt rapporté.

b) Déductions immédiates

Bien des incertitudes demeurent quant aux déductions possibles de l'arrêt *Comet*. Elles affectent aussi bien la délimitation du domaine couvert par cette jurisprudence nouvelle que la détermination de ses conditions d'application : conditions de fond (la « connaissance certaine »), conditions de forme (l'expression du moyen), conditions relatives au moment où le moyen doit être soulevé. Nous avancerons, sur chacun de ces points, quelques hypothèses.

1°) Quant au *domaine d'application*, quant à la détermination, autrement dit, des types de griefs auxquels la jurisprudence *Comet* est susceptible de s'appliquer, il convient de rappeler avec la Cour de cassation que les huit causes de récusation limitativement prévues par l'article 341 du nouveau code « n'épuisent pas l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction » (Civ. 1re, 28 avr. 1998, Bull. civ. I, n° 155, p. 102 ; JCP 1998.IV.2348 ; D. 1998.IR.131 ; Gaz. Pal. 1998.2. 868, note G. Flécheux ; RTD civ. 1998.744, obs. R. Perrot . V. également Soc. 18 nov. 1998, Bull. civ. V, n° 506, p. 377 ; JCP 1999.IV.1032, D. 1999.IR.13).

Outre les cas, par exemple, dans lesquels il est fait grief au magistrat d'avoir « précédemment connu de l'affaire comme juge » (art. 341, 5° NCPC), le justiciable peut avoir des raisons légitimes de craindre un manque d'impartialité lorsque, destinataire d'une saisine d'office, le libellé de la citation tient pour acquis le comportement fautif qui lui est reproché (Com. 3 nov. 1992 et 16 mars 1993, D. 1993.538, note J.-C. Vallens ; RTD civ. 1993.882), ou lorsque sont réunies entre les mains d'une même personne les qualités incompatibles d'autorité de poursuite et d'autorité de jugement (Civ. 1re, 23 mai 2000, Bull. civ. I, n° 151, p. 99 ; D. 2002.Somm.859, obs. B. Blanchard ; JCP 2000.IV.2213 ; RTD civ. 2000.623).

C'est à l'ensemble de ces circonstances qu'ont vocation à s'appliquer la jurisprudence *Comet* et l'irrecevabilité en cause de cassation des moyens auxquels, faute de les avoir soulevés quand il aurait été effectivement à même de le faire, le justiciable doit être déclaré avoir renoncé.

Telle est, du moins, la déduction que nous tirons de cet arrêt. Ce sont, nous l'avons souligné plus haut (*supra* A, b), les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention et les prérogatives qui s'en déduisent en termes d'impartialité que la Cour place au centre de ses réflexions : c'est le respect de ce texte qui n'a pas été invoqué en temps utile ; c'est à ce texte que le demandeur est déclaré avoir renoncé sans équivoque à se prévaloir.

La référence à l'article 341-5° que contient l'arrêt et le grief fait au demandeur de n'avoir pas récusé le magistrat ne doivent pas égarer. La Cour vise ici la voie procédurale que la nature du moyen aurait conduit en l'espèce à emprunter. Elle n'exclut pas pour autant l'applicabilité du critère de la renonciation hors le strict champ d'application de l'article 341. Elle ne préjuge pas des voies à suivre lorsque sont franchies les limites de ce dernier.

2°) Quant aux *conditions de fond*, et en particulier, quant à la connaissance que devrait avoir la partie intéressée des éléments propres à compromettre l'impartialité, l'arrêt du 24 novembre ne prête guère aux certitudes.

L'espèce réunissait un large faisceau de circonstances favorables, que la Cour relève à dessein. Il résultait de la procédure que les débats avaient eu lieu devant une formation dont la composition était *nécessairement connue*, était nécessairement connue *à l'avance*, était connue de la partie elle-même *représentée par un avoué*, autrement dit par une personne bien placée pour appréhender la situation et en tirer les conséquences qui s'imposaient. La source de cette connaissance est identifiée : la cour d'appel était composée conformément à *l'ordonnance de roulement*.

La même question se pose que dans l'arrêt *Bulut* : faut-il, et jusqu'à quel point, faire de cette conjonction une condition nécessaire ?

Sans doute doit-on s'en tenir à l'idée directrice : à défaut de preuve directe de la connaissance effective (information donnée par le juge, renonciation au moyen, par exemple), il doit se trouver un faisceau d'indices suffisants pour convaincre de ce que la situation était « nécessairement connue », que l'intéressé ne pouvait raisonnablement l'ignorer et qu'il était intellectuellement à même d'en tirer parti (RTD civ. 1999.689, préc. Sur l'importance de la représentation, rapp. Cour EDH 25 févr. 1992, *Pfeifer et Plankl c/ Autriche*, préc.). C'est en fonction des données propres de chaque espèce qu'il convient de le vérifier.

La rigueur, dans cette vérification, est d'autant plus indispensable que, dans la logique de cette jurisprudence, de cette seule connaissance se déduit la « renonciation non équivoque » à contester l'impartialité. C'est cet aspect de la construction qui sera soumis un jour au regard critique de la Cour européenne.

3°) La partie qui se prévaut d'une cause de récusation l'exprime naturellement dans *les formes* prévues aux articles 343 et suivants du nouveau code de procédure civile.

Lorsqu'en revanche, le grief n'est pas de ceux que recouvre l'article 341 du même code, la partie intéressée est assurément recevable à l'invoquer devant les juges du fond, et l'on a vu précédemment qu'elle pourrait ne l'être plus si, la cause en étant nécessairement connue, lui était opposé l'argument pris de sa renonciation. Mais il ne nous paraît pas imaginable que l'on procède, en ce qui concerne les formes requises en pareil cas, à une extension analogique. En toute rigueur de terme, ces règles n'ont été édictées que pour les cas limitativement énumérés à l'article 341. Il conviendrait alors de recourir aux conclusions ordinaires, tendant à obtenir du juge qu'il se déporte, et à se ménager à tout le moins un donné acte des réserves formulées.

Au lieu de se prévaloir de l'article 341, dans l'une des situations prévues par celui-ci, la partie pourrait-elle invoquer directement devant la juridiction concernée le droit à un juge impartial que lui garantit l'article 6 § 1 de la Convention ? On tend à l'admettre (F. Defferrard, *op. cit.* n° 388, p. 413 et s.). L'intéressé échapperait-il alors au formalisme assez lourd de la récusation ? Il est permis d'hésiter.

A la vérité, il faudra bien repenser la matière. Il y a certes des distinctions à faire entre les cas prévus à l'article 341 et ceux qui ne le sont pas. Les premiers ont un caractère péremptoire, les seconds relèvent de l'appréciation du juge (V. sur ce point R. Perrot, RTD civ. 1998.746 ; L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2e éd. 2000, n° 1335). Cela justifie-t-il que leur mise en oeuvre procédurale soit soumise à un régime différent ?

4°) Sur un dernier point, au demeurant, et qui a trait au *moment où doit être soulevé le moyen*, l'harmonisation des règles semble en voie de réalisation.

Plusieurs dispositions du nouveau code tendent, on le sait, à discipliner l'expression procédurale des contestations présentement en cause. L'article 430, d'une part, aux termes duquel les contestations afférentes à la manière dont la juridiction est composée doivent être présentées, à peine d'irrecevabilité, dès l'ouverture des débats, ou dès la réalisation de l'irrégularité si elle survient postérieurement. Aucune nullité ne pourrait être ultérieurement prononcée de ce chef, même d'office. L'article 342, propre à la récusation, dispose de son côté que la partie qui veut récuser un juge doit le faire dès qu'elle a connaissance de la cause de récusation (al. 1er). En aucun cas, est-il précisé (al. 2), la demande de récusation ne peut être formée après la clôture des débats.

Le premier de ces textes avait bénéficié de quelques tempéraments : la forclusion édictée ne jouait pas et le moyen devenait recevable devant la Cour de cassation lorsque la composition irrégulière de la juridiction n'avait pu, en fait, être invoquée avant la clôture des débats (V. par ex. Civ. 2e, 6 févr. 1991, JCP 1991. IV.126 ; Gaz. Pal. 1991.1.pan.144 ; Com. 23 févr. 1993, D. 1993.Somm.188, obs. P. Julien ; Civ. 1re, 9 mars 1994, Bull. civ. I, n° 92 ; RTD civ. 1994.421, obs. R. Perrot). Le second, en revanche, ne se prêtait à aucun accommodement (« en aucun cas ... »). La Cour de cassation, nous l'avons rappelé plus haut, avait finalement choisi, lorsqu'était en cause l'impartialité du juge, d'ignorer l'un et l'autre texte, sur le fondement de l'article 542 du nouveau code, dans un premier temps, (Civ. 2e, 3 juill. 1985, préc.), puis sur celui de l'article 6 § 1 de la Convention (Civ. 1re, 16 juill. 1991 ; Civ. 2e, 5 mai 1993, préc.).

Dès lors qu'elle entendait rompre avec ce libéralisme sans retenue, il lui fallait arrêter la date ultime avant laquelle, lorsque le moyen était de lui nécessairement connue, le justiciable devait se prévaloir de son droit aux garanties objectives d'impartialité. De façon très symptomatique les arrêts *Grand Galion* et *Laye*, d'une part (Civ. 2e, 6 mai 1999, préc.), l'arrêt *Comet*, d'autre part (Ass. plén. 24 nov. 2000) ont choisi de n'appliquer ni l'un ni l'autre des textes envisageables. Ni l'article 430, trop rigoureux (« dès l'ouverture des débats... ») et à vrai dire mal adapté au droit fondamental que constitue l'impartialité, difficilement assimilable à une simple constitution irrégulière (V. dans la présente affaire, obs. du conseiller-rapporteur ; V. également concl. av. gén. Joinet sur Ass. plén. 14 mars 1997, Bull. inf. C. cass. 1er juin 1997, p. 9). Ni l'article 342, trop rigoureux dans sa première banche (dès qu'est connue la cause de récusation), trop rigide dans la seconde (« en aucune cas... »).

La Cour de cassation a préféré dégager elle-même une règle spécifique et simple. La partie qui a « nécessairement connaissance » du moyen doit l'invoquer *avant la clôture des débats*, c'est-à-dire jusqu'à l'ultime moment où il lui est encore possible de s'exprimer. Cette construction autonome, dont le besoin avait été autrefois évoqué (S. Guinchard et T. Moussa, Gaz. Pal. 1986.1.somm. 77, sous Civ. 2e, 3 juill. 1985, préc.) trouve sa légitimité dans la considération désormais classique que les dispositions de la Convention européenne étant d'effet direct et de force supérieure à la loi, il incombe au juge d'écarter les règles du droit interne incompatibles (V. par ex. S. Guinchard, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile, Gaz. Pal. 1999.2.doctr.1247 ; RTD civ. 2000.619, 623 et s.). Ainsi s'effacent, et l'article 342, et l'article 430 du nouveau code, lorsque l'impartialité du juge est en débat.

D'une façon générale, la Cour de cassation a sans doute trouvé ainsi le point d'équilibre entre le respect du principe fondamental de l'impartialité et l'obligation de loyauté procédurale sans laquelle il n'est point de procès équitable. Bien des points, nous l'avons vu restent à clarifier. Le moindre n'étant pas celui de l'accueil que réservera la Cour européenne à cet exercice d'équilibre.

Mots clés :

PROCEDURE CIVILE * Droit et liberté fondamentaux * Impartialité du juge * Recevabilité du

moyen

RTD Civ. © Editions Dalloz 2009