

Récusation et impartialité du juge : la subsidiarité de la Convention européenne des droits de l'homme.

(Ass. plén. 24 nov. 2000, cette revue, *supra* p. 192, obs. J. Normand ; D. 2001, p. 1067, obs. N. Fricero et p. 2427, chron. B. Beignier et C. Bléry ; JCP 2001.IV.1092 ; Juris-Data, n° 007145)

Roger Perrot, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

On se souvient de l'important arrêt rendu par la Cour de cassation en Assemblée plénière, le 6 novembre 1998, qui, au nom de l'exigence d'impartialité inscrite dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, a décidé qu'un juge des référés ayant précédemment statué sur une demande de provision ne pouvait plus ensuite siéger dans la formation collégiale chargée de se prononcer sur le fond (RTD civ. 1999.193). Un problème quelque peu comparable a mobilisé une nouvelle fois l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui, le 24 novembre 2000, a rendu un arrêt dont l'objet essentiel est de souligner que la Convention européenne des droits de l'homme ne doit pas faire oublier les règles du droit interne sur la récusation.

En l'espèce, un plaideur avait demandé en référé que, dans un litige de nature successorale, soit ordonnée une mesure d'expertise, laquelle lui avait été finalement refusée par une juridiction d'appel statuant en référé. Lorsque l'affaire vint au fond, elle fut jugée par une formation collégiale dont le président était l'un des magistrats qui, en appel de référé, avait rejeté la demande d'expertise. L'occasion s'offrait ainsi au perdant de chercher à obtenir la nullité de l'arrêt en se réclamant, devant la Cour de cassation, des dispositions de l'article 6-1° de la Convention européenne des droits de l'homme, au titre de l'exigence d'impartialité. Mais cette fois, la Cour de cassation n'a pas suivi le requérant : pour rejeter le pourvoi, elle lui a répondu qu'il existe, dans l'article 341-5° nouv. c. pr. civ., une disposition qui permet à tout plaideur de récuser son juge « s'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre », et que, n'ayant pas usé de la faculté que lui offrait le droit interne, alors que, constate l'arrêt, il pouvait avoir connaissance de la composition de la formation collégiale en temps utile, il était mal venu de se prévaloir du texte européen pour demander la nullité de l'arrêt.

Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation souligne qu'il n'y a lieu d'en appeler au texte de la Convention européenne que si les dispositions du droit interne relatives à la récusation sont impuissantes à offrir la même garantie d'impartialité. On retrouve en effet, à propos d'un déféré, une motivation similaire dans un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 6 mai 1999 (RTD civ. 1999.704), où l'appelant, dont le recours avait été déclaré irrecevable par un conseiller de la mise en état, se plaignait de ce que le même conseiller avait fait partie de la formation collégiale de la cour appelée à statuer sur ce déféré. Et il lui avait alors été répondu, - comme aujourd'hui dans l'arrêt de l'Assemblée plénière -, qu'il était irrecevable à se prévaloir de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'il n'avait pas récusé ledit conseiller en temps utile dans les conditions prévues par l'article 342 nouv. c. pr. civ.

La comparaison entre les deux arrêts invite toutefois à se demander si la situation est exactement la même, et s'il ne serait pas opportun de distinguer selon que l'on se trouve en présence d'un recours ou de la continuation de la même affaire, au même degré, devant des formations différentes.

a) Lorsqu'il s'agit d'un recours en réformation, comme l'appel ou le déféré, dont l'objet propre tend à obtenir la censure d'une décision rendue par une autre autorité juridictionnelle, nous

persistons à penser qu'il n'est pas bon que le magistrat dont la décision est sur la sellette participe à la formation collégiale appelée à statuer sur la critique de cette décision. On peut d'ailleurs en dire autant si le juge des référés, qui a accordé une provision au motif que l'obligation n'est pas sérieusement contestable, devait être appelé à siéger dans la formation de jugement qui se prononcera sur le fond. Il y a là une antinomie structurelle que rien ne peut effacer, pas même la renonciation à se prévaloir de la récusation, car c'est ici le droit à la critique contre la décision antérieure qui est altéré dans son principe même ; c'est en un mot, et quel que soit le comportement des parties, le mécanisme de la remise en cause de la décision qui est objectivement faussé dans ses structures. Une telle anomalie ne peut déboucher que sur la nullité de la décision rendue dans ces conditions, c'est-à-dire sur une sanction qui, à défaut de trouver son fondement dans les textes sur la récusation, ne peut prendre appui que sur l'exigence d'impartialité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (et sur l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). La jurisprudence a fini par l'admettre en ce qui concerne l'appel (Civ. 2e, 3 juill. 1985, D. 1986.546, concl. av. gén. Charbonnier, et D. 1986.IR.228, obs. Julien), et le référé-provision (Ass. plén. 6 nov. 1998, préc.), mais elle s'y refuse toujours au sujet du déféré (Civ. 2e, 6 mai 1999, préc. ; *adde*, Paris, 30 oct. 2000, Gaz. Pal. 15-16 nov. 2000.30). On ne peut que le regretter.

b) La situation se présente sous un tout autre aspect lorsqu'une même affaire se prolonge au même degré de juridiction, devant des formations différentes dont la seconde n'a pas pour mission de censurer les décisions de la première. Il n'y a plus en effet de rapport de hiérarchie entre elles, et donc la liberté d'esprit de celui des juges qui a participé au délibéré de la décision antérieure ne risque pas d'être émoussée par le souci d'éviter un éventuel désaveu. Ce n'est pas dire que le juge ne puisse pas être récusé. Mais si, en connaissance de cause, le plaideur qui aurait pu récuser le magistrat ayant déjà connu de l'affaire à un stade antérieur a renoncé à se prévaloir de l'article 341-5° nouv. c. pr. civ., on comprend qu'il ne soit plus admis à se pendre aux basques de la Convention européenne pour s'offrir le luxe d'une nullité réparatrice de son oubli, alors que les dispositions du droit interne lui offraient la possibilité d'écarter en temps utile le magistrat appelé à participer aux deux formations successives. Ainsi en a décidé l'arrêt de l'Assemblée plénière du 20 octobre 2000 qui a rejeté, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le pourvoi formé contre l'arrêt rendu sous la présidence du magistrat qui auparavant avait fait partie de la formation collégiale ayant rejeté la demande d'expertise, c'est-à-dire une décision avant-dire droit qui n'impliquait aucun préjugé sur le fond.

On ne peut que souscrire à cette solution. Le texte européen est en passe de devenir la bonne à tout faire d'un bon nombre de pourvois en cassation. Il n'y a d'ailleurs pas lieu d'en être surpris. La référence à l'exigence d'impartialité inscrite dans la Convention européenne est une notion si fluide qu'elle déborde fatalement les textes du droit interne qui énumèrent et réglementent l'éventualité d'une récusation ; ce qui suscite très naturellement la tentation d'en faire état à toutes fins. Mais le danger, qu'a fort bien aperçu la Cour de cassation, est que, par sa souplesse, le texte européen ne finisse par phagocyter les dispositions du droit interne. Il y a maintenant quelques années, le conseiller Charbonnier (D. 1986.546) n'avait pas manqué de souligner ce risque en rappelant qu'il n'y a lieu de faire état de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme que si les textes français sur la récusation n'offrent pas des garanties identiques. On insiste volontiers sur la suprématie des textes européens ; et l'on a raison dans toute la mesure où ils apportent un plus que le droit interne serait impuissant à satisfaire (RTD civ. 1998.744). Mais à force de le répéter, on finit par oublier que cette suprématie ne préjuge en rien de leurs domaines d'application respectifs. Et lorsque les textes du droit interne aboutissent à des résultats convergents qui répondent au même souci d'impartialité, il n'est pas sacrilège d'ajouter que les textes européens ont un caractère subsidiaire qui interdit de faire l'impasse sur les textes français qui ne sont pas en contradiction avec cette finalité. C'est aujourd'hui chose faite.

Mots clés :

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

