

« Art. 771. — Sans préjudice de l'application des articles 767 et 772 il ne peut être déposé, après la clôture des débats, aucune pièce, note ou conclusion. Celles-ci seront, le cas échéant, rejetées du délibéré. ».

Art. 6

L'article 1097, alinéa 1^{er}, du même Code est remplacé par l'alinéa suivant:

« Lorsque le ministère public estime devoir opposer d'office au pourvoi une fin de non-recevoir déduite de la violation d'une règle intéressant l'ordre public, il en avise les avocats des parties par pli judiciaire. Une copie de ce pli est jointe au dossier de la procédure. ».

Art. 7

L'article 1105 du même Code est complété par l'alinéa suivant:

« S'il prend des conclusions écrites, celles-ci sont jointes au dossier de la procédure et notifiées par lettre missive aux avocats des parties ou par pli judiciaire aux parties non représentées, au moins quinze jours avant l'audience, sauf abréviation de ce délai par le premier président si l'urgence le commande. ».

Art. 8

L'article 1107 du même Code est remplacé par la disposition suivante :

« Art. 1107. — Après le rapport, le ministère public donne ses conclusions. S'il a déposé des conclusions écrites, il peut les rectifier ou les compléter. Si ces modifications sont écrites, elles sont jointes au dossier de la procédure et communiquées, à l'audience, aux avocats des parties ou aux parties non représentées. Lorsque le ministère public rectifie ou complète ses conclusions initiales par écrit, les parties pourront solliciter le report de l'affaire afin de pouvoir répondre à ces modifications.

Ensuite, les avocats présents à l'audience sont entendus. Leurs plaidoiries ne peuvent porter que sur les questions de droit proposées dans les moyens de cassation ou sur les fins de non-recevoir opposées au pourvoi ou aux moyens. ».

Art. 9

L'article 1109 du même Code est abrogé.

Art. 10

À l'article 420ter du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi du 10 octobre 1967, sont apportées les modifications suivantes :

1^o à l'alinéa 1^{er}, le nombre 1109 est remplacé par le nombre 1108;

2^o il est ajouté un dernier alinéa rédigé comme suit:

« Lorsqu'une partie comparait sans avocat, la notification des conclusions du ministère public prévue à l'article 1105, alinéa 3, du Code judiciaire, lui est faite par pli judiciaire et cette partie a les droits reconnus aux avocats par l'article 1107 dudit Code. ».

Donné à Bruxelles, le 27 avril 2000

ALBERT

PAR LE ROI :

Le ministre de la Justice,

Marc VERWILGHEN

LE DESSAISISSEMENT ET LA RÉCUSATION EN MATIÈRE CIVILE (1)

Hakim BOULARBAH,
avocat,
assistant à l'U.L.B.

(1) La présente contribution constitue une mise à jour au 1er novembre 2000 de notre article, « Dessaisissement, récusation et impartialité du juge : développements récents en matière civile », *R.D.J.P.*, 1999, pp. 287-302.

SOMMAIRE

INTRODUCTION 173

SECTION I

**LES NOUVELLES RÈGLES EN MATIÈRE DE DESSAISISSEMENT
ET DE RÉCUSATION** 175

A. La nouvelle procédure de dessaisissement en matière civile ... 175

1. *Dépôt de la requête et conclusions devant la Cour
de cassation* 175

2. *Effets de la demande de dessaisissement* 176

3. *Requête manifestement irrecevable* 176

4. *Procédure contradictoire* 177

5. *Notification de la décision* 178

6. *Renvoi et annulation des actes accomplis
avant le dessaisissement* 178

7. *Appréciation de la modification législative intervenue.
Possibilité d'infliger une sanction pécuniaire
au requérant* 179

B. Les nouvelles causes de dessaisissement 180

C. La nouvelle procédure de récusation 181

1. *Introduction et effets de la demande de récusation* 181

2. *Compétence pour connaître de la récusation* 182

3. *Transmission au ministère public et saisine de la
juridiction supérieure* 182

4. *Nouvelle procédure contradictoire* 183

5. *Droits de mise au rôle* 185

6. Communication de la décision sur la récusation	188
7. Dépens et dommages et intérêts.....	188
8. Voies de recours	189
9. Appréciation des modifications législatives intervenues et des propositions de modification.....	189

SECTION II

**L'EXERCICE SUCCESSIF PAR LE JUGE DE FONCTIONS
JUDICIAIRES SUCCESSIVES DANS LA MÊME CAUSE AU REGARD
DES ARTICLES 828, 8^o DU CODE JUDICIAIRE ET 6, §1ER DE
LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**

A. Introduction	191
1. Cumul du provisoire et du fond.....	192
2. Cumul de la compétence et du fond.....	192
3. Cumul en la même qualité de phases successives du même litige	193
4. Réexamen en la même qualité d'un même litige	193
5. Position du problème.....	193
B. Examen des différentes hypothèses	194
1. Observation liminaire : le caractère limitatif des causes de récusation au regard de l'article 6, §1er, de la Convention européenne des droits de l'homme	194
2. Le cumul du provisoire et du fond au regard de l'article 6, §1er, de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 828 du Code judiciaire	195
a) Les positions doctrinales.....	195
b) La jurisprudence récente des juridictions suprêmes.	196
c) Esquisse d'une solution.....	199
3. Le cumul de la compétence et du fond par le même juge au regard du principe d'impartialité	201
4. Le cumul par le juge de séquences successives d'un même litige au regard de l'article 828, 8 ^o du Code judiciaire	202
a) Exposé de la question	202

b) L'article 1072bis du Code judiciaire	202
c) Le juge des saisies.....	203
5. Le réexamen en la même qualité d'un même litige	204

Introduction

1. « *L'impartialité du juge est la condition sine qua non du système juridique entier. Il ne faut pas composer avec cet impératif* » (2). C'est dire l'importance qui s'attache, en droit judiciaire privé, aux institutions du dessaisissement et de la récusation (3) ainsi qu'à la détermination des hypothèses dans lesquelles cette impartialité peut être mise en cause.

Ces différentes questions ont récemment connu de substantielles évolutions, tantôt législatives, tantôt jurisprudentielles qui méritent d'être étudiées.

D'une part, les procédures de dessaisissement et de récusation ont été profondément modifiées par les lois du 12 mars 1998 et du 30 juin 2000. Les modifications législatives intervenues nécessitent, en raison des innombrables remarques et interrogations qu'elles suscitent et des difficultés pratiques qu'elles engendrent, une analyse détaillée (4). C'est la raison pour laquelle on s'y attardera dans un premier temps (section I).

D'autre part, les différentes juridictions suprêmes (Cour d'arbitrage, Conseil d'Etat, Cours de cassation de Belgique et de France) ont été amenées à se prononcer, dans divers domaines, sur l'impartialité du magistrat exerçant successivement des fonctions judiciaires dans la même cause. Apportant d'import-

(2) M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.*, 1999, Chronique, p. 53, n°1

(3) On rappelle qu'il y a lieu à dessaisissement lorsqu'il existe des raisons suffisantes de mettre en doute l'impartialité d'une juridiction dans son intégralité. Sont partant irrecevables les requêtes en dessaisissement qui ne sont pas dirigées contre l'ensemble des magistrats et magistrats suppléants d'une juridiction (Cass., 20 mai 1999, C.99.197.F., inédit; Cass., 5 janvier 1996, *Pas.*, I, 18; Cass., 13 décembre 1995, *Pas.*, I, 1153; Cass., 3 juin 1993, *Pas.*, I, 540; Cass., 12 février 1987, *Pas.*, I, 712; Cass., 18 décembre 1972, *Pas.*, 1973, I, 387; Cass., 12 février 1962, *Pas.*, I, 672; Cass., 24 mai 1967, *Pas.*, I, 1131). La récusation ne concerne, en revanche, qu'un ou plusieurs magistrats considérés individuellement (Cass., 3 septembre 1962, *Pas.*, 1963, I, 3; Cass., 3 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 288).

(4) Voy. pour les premiers commentaires de la loi du 12 mars 1998, S. NUDELHOLE, « La réforme des règles de procédure applicables au dessaisissement et à la récusation », *J.T.*, 1998, pp. 649 et s.; H. BOULARBAH, *op. cit.*, pp. 287-302; A. JACOBS, « Le dessaisissement et la récusation - La loi du 6 mai 1997 visant à accélérer la procédure devant la Cour de cassation », in *Le point sur les procédures (1ère partie)*, C.U.P., Volume 38, Mars 2000, pp. 343-356. Pour un exposé complet des problèmes pratiques engendrés par la réforme de 1998, voy. *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Montiteur belge*, 1999, pp. 60 et s.

tants éléments de réponse et de réflexion dans le cadre du débat suscité par cette délicate question, leur jurisprudence appellera une analyse et une comparaison éclairées par l'opinion de la doctrine la plus récente (section II).

Section I

Les nouvelles règles en matière de dessaisissement et de récusation

2. La loi du 12 mars 1998 « *modifiant le Code judiciaire et le Code d'instruction criminelle en ce qui concerne la procédure de dessaisissement* » (5) modifie, malgré son intitulé, tant la procédure de dessaisissement (A) et ses causes (B) que la procédure et les règles de compétence et de ressort en matière de récusation (C).

La nouvelle loi, publiée au Moniteur belge du 2 avril 1998, est entrée en vigueur le 12 avril 1998 et, conformément à l'article 3 du Code judiciaire, s'applique immédiatement aux procédures en cours (6).

A. La nouvelle procédure de dessaisissement en matière civile

1. Dépôt de la requête et conclusions devant la Cour de cassation

3. La requête en dessaisissement déposée au greffe de la Cour de cassation (7) (8) ne doit plus, en matière civile, être signée par un avocat à la Cour de cassation (9). Il suffit désormais - mais il est indispensable (10) - que la requête soit signée par un avocat (article 653 du Code judiciaire). De même, par dérogation à l'article 478 du Code judiciaire, les conclusions devant la Cour peuvent en cette matière être signées par un avocat (article 656, alinéa 3, du Code judiciaire).

(5) *Moniteur belge*, 2 avril 1998, p. 10024.

(6) Cass., 22 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1165.

(7) On rappelle, pour autant que de besoin, que la Cour de cassation est exclusivement compétente pour connaître du dessaisissement d'une juridiction et que, partant, un tribunal ne peut décider son propre dessaisissement, notamment pour cause de suspicion légitime, et renvoyer d'office la cause devant un autre tribunal (Cass., 6 septembre 1999, S.98.48.F., inédit). *Adde*, Bruxelles (4^{ème} ch.), 26 janvier 2000, R.G. n°1999/AR/3232, inédit.

(8) Moyennant, en matière civile et disciplinaire, le paiement des droits de mise au rôle, soit 13.000 francs.

(9) Cass., 3 août 1998, *Pas.*, I, 861. La solution avait déjà été amorcée par la Cour de cassation dans un de ses « célèbres » arrêts du 11 décembre 1996 (*Pas.*, I, 1262).

(10) Cass., 8 octobre 1998, *Pas.*, I, 1020.

2. Effets de la demande de dessaisissement

4. La demande de dessaisissement est suspensive. Le greffier de la Cour de cassation avise le greffier du juge dont le dessaisissement est demandé, dans les 24 heures du dépôt de la requête. Le dossier de la procédure est transmis au greffe de la Cour de cassation dans le plus bref délai (article 654 du Code judiciaire). La procédure suivie devant la Cour devient, en règle, contradictoire.

3. Requête manifestement irrecevable

5. Toutefois, si, sur le vu de la requête et des pièces justificatives, la Cour de cassation juge que la requête est manifestement irrecevable, elle statue immédiatement et définitivement (article 656, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire). Dans ce cas, la procédure n'est pas contradictoire.

La Cour déclare manifestement irrecevable la requête (11):

- qui concerne une ou plusieurs causes dont la juridiction incriminée n'est pas encore saisie (12) ;
- qui n'est pas signée par un avocat (13) ou qui porte la mention qu'elle est établie par un avocat et est revêtue d'une signature lisible accompagnée du terme « loco » et du nom de l'avocat précité, mais n'indique pas la qualité du signataire (14) ;
- qui n'est pas déposée au greffe (15) ;
- qui est adressée à un autre destinataire que la Cour (16) ;
- qui repose sur des griefs dépourvus de précision (17) ;
- qui émet des griefs qui ne constituent pas un motif légal de dessaisissement (18) ;
- qui viole la loi sur l'emploi des langues en matière judiciaire (19) ;
- qui vise un magistrat en particulier et non la juridiction (20) ;

(11) *Adde*, en matière pénale, Cass., 16 février 2000, P.2000.227.F., inédit, qui déclare manifestement irrecevable une requête en dessaisissement au motif que « l'impartialité des juges est présumée et la requête n'est fondée que sur l'hypothèse contraire ».

(12) Cass., 3 août 1998, *Pas.*, I, 861 ; Cass., 11 mars 1998, *Pas.*, I, 320.

(13) Cass., 8 octobre 1998, *Pas.*, I, 1020 ; Cass., 23 février 1999 cité in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 68.

(14) Cass., 29 octobre 1999, C.1999.463.F., inédit.

(15) Cass., 15 avril 1999, cité in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 68.

(16) Cass., 27 février 1999, cité in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 68.

(17) Cass., 27 janvier 1999, cité in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 68.

(18) Cass., 27 janvier 1999 et Cass., 20 mai 1999, *Pas.*, I, 728.

(19) Cass., 2 mars 1999, cité in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 68.

- qui se fonde sur la supposition subjective d'une inimitié capitale, au sujet de laquelle le demandeur omet d'indiquer dans quelle mesure elle existerait dans le chef de tous les magistrats qui composent la juridiction (21) ;
- qui invoque des griefs qui ne reposent que sur l'hypothèse de la partialité des juges, sans indiquer dans quelle mesure la partialité supposée existerait dans le chef de tous les magistrats composant le tribunal dont le demandeur sollicite le dessaisissement (22).

4. Procédure contradictoire

6. Lorsque la requête n'est pas manifestement irrecevable, la Cour ordonne dans le plus bref délai et, au plus tard dans les huit jours, la communication de l'arrêt, de la requête et des pièces y annexées

1° au président de la juridiction dont le dessaisissement est demandé pour faire, dans un délai fixé par la Cour (23) (24) et en concertation avec les membres de la juridiction, une déclaration au bas de l'expédition de l'arrêt (25) ;

(21) Cass., 24 mai 2000, P.2000.799.F., inédit.

(22) Cass., 18 juillet 2000, C.2000.333.F., inédit.

(23) La circonstance que le président de la juridiction appelée à connaître du dessaisissement renvoie l'expédition de l'arrêt à la Cour sans faire la déclaration requise par la loi au bas de cette expédition, n'empêche pas la Cour de statuer sur la requête en dessaisissement (Cass., 29 octobre 1998, *Pas.*, I, 1075 ; Cass., 6 janvier 2000, C.99.447.N., inédit). De manière plus générale, si la déclaration est tardive ou n'est pas remise, la Cour de cassation statue sans plus attendre (*Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 70, note (14)).

(24) Lorsqu'en vertu de l'article 656, alinéa 2, 1°, du Code judiciaire, la Cour de cassation a ordonné la communication de la requête tendant au dessaisissement au président de la juridiction disciplinaire concernée pour faire, dans le délai fixé par la Cour et en concertation avec les membres de cette juridiction, une déclaration en bas de l'expédition de l'arrêt, la circonstance que la déclaration n'a pas été régulièrement faite dans le délai légal ne fait pas obstacle à ce que la Cour de cassation se prononce (Cass., 6 janvier 2000, C.1999.447.N., inédit).

(25) La rédaction de cette disposition suscite d'importantes difficultés afin de déterminer quelle est la personne exactement visée par la loi (avec qui les juges de paix et de police doivent-ils se concerter? - Une proposition de loi déposée, le 3 octobre 2000, à la Chambre des représentants (*Doc. Parl.*, Chambre, n°50 - 0886/001) vise à remédier à cet écueil en dispensant les juges de paix et de police de l'obligation de concertation) ainsi que la forme (le ou les magistrats dont la présence peut être à l'origine de la demande de dessaisissement peuvent-ils participer à cette concertation? Quid si la juridiction concernée comporte plusieurs dizaines de magistrats?) et la preuve de la concertation (*Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 70). Lorsque, sur la requête de l'auditeur général près la Cour militaire tendant au dessaisissement du greffier en chef de cette cour d'une procédure disciplinaire pour cause de suspicion légitime, la Cour de cassation a ordonné la communication, par dépôt au greffe de la Cour militaire, de son arrêt, de la requête et des pièces y annexées, au greffier en chef de cette juridiction et aux parties non requérantes, la déclaration prescrite par l'article 656, alinéa 2, 1°, du Code judiciaire doit être faite par le greffier en chef en concertation avec les greffiers de son greffe appelés à le remplacer le cas échéant (Cass., 3 août 1998, *Pas.*, I, 860. *Adde*, Cass., 31 août 1998, *Pas.*, I, 890 renvoyant la cause devant le greffier en chef d'une autre cour d'appel). En règle, la Cour de cassation se satisfait de l'affirmation qu'il y a eu concertation sans vérifier plus loin la réalité de celle-ci. La Cour pourrait cependant, si elle éprouvait des doutes, exiger la preuve nécessaire notamment si la partie qui demande le dessaisissement ou le procureur général attireraient son attention sur des irrégularités qui auraient été commises (*Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, pp. 71-72).

- 2° aux parties non requérantes ainsi que la communication du délai dont celles-ci disposent pour le dépôt de leurs conclusions au greffe et du jour de comparution devant la Cour ;
- 3° au ministère public près la juridiction dont le dessaisissement est demandé ainsi que la communication du délai dans lequel doit être déposé son avis, si la Cour le juge nécessaire.

La Cour ordonne également le rapport, à jour indiqué, par l'un des conseillers nommé par l'arrêt.

7. Les conclusions des parties et, le cas échéant, l'avis du ministère public sont communiqués aux parties au plus tard le jour de leur dépôt au greffe (article 656, alinéa 3, du Code judiciaire).

La cause est fixée pour comparution des parties à une audience de la Cour au plus tard dans les deux mois du dépôt de la requête (26).

5. Notification de la décision

8. Le greffier de la Cour adresse, par pli judiciaire, au président de la juridiction dont le dessaisissement est demandé, à chacune des parties ou, le cas échéant, à leurs avocats une copie non signée de la décision définitive sur la demande en dessaisissement (article 656, alinéa 4, du Code judiciaire).

6. Renvoi et annulation des actes accomplis avant le dessaisissement

9. L'éventuel arrêt de dessaisissement ordonne le renvoi au juge qu'il désigne. L'article 658 du Code judiciaire indique que, lorsque c'est le dessaisissement d'un tribunal qui est requis et sous réserve du cas de dessaisissement pour négligence à statuer, le renvoi doit être fait de ce tribunal à un autre tribunal du même ressort. Toutefois, dans le cas où le renvoi à une juridiction du même ressort ne permet pas d'assurer au demandeur en dessaisissement un juge impartial, la Cour peut renvoyer la cause à une juridiction d'un autre ressort (27).

(26) Cass., 10 septembre 1998, *Pas.*, I, 946. « Les délais imposés pour statuer sont en général respectés même s'ils perturbent considérablement le travail de la Cour. Dans quelques cas le délai est totalement impossible à respecter : il s'agit du cas où le greffier du juge dont le dessaisissement est demandé ne transmet pas dans un délai très bref (quelques heures) le dossier de la procédure. Une approche plus réaliste serait bienvenue » (*Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 72).

(27) Cass., 17 décembre 1998 cité in *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 72; Cass., 24 juin 1994, *Pas.*, I, 562.

10. La Cour peut en outre annuler les actes faits avant la prononciation de la décision, par les juges dessaisis (article 658, dernier alinéa, du Code judiciaire).

7. Appréciation de la modification législative intervenue. Possibilité d'infliger une sanction pécuniaire au requérant

11. Votée dans la précipitation, pour ne pas dire l'émotion, et sans recul nécessaire, la nouvelle procédure de dessaisissement s'avère sur de nombreux points lacunaire, sinon désastreuse.

Suivant la Cour de cassation, « les effets de cette loi n'ont pas été ceux que le parlement escomptait. L'esprit de méfiance à l'égard du juge qui s'est exprimé lors de plusieurs interventions parlementaires a probablement favorisé l'accroissement remarquable du nombre de demandes de dessaisissement. C'est par dizaines que la Cour traite annuellement des demandes de dessaisissement, ce qui est tout à fait inconnu dans d'autres Etats de l'Union européenne. Environ une demande de dessaisissement est déposée par semaine devant la Cour. De nombreuses demandes de dessaisissement sont faites avec légèreté ou dans l'espoir de gagner du temps grâce à l'effet suspensif de la requête. La Cour se heurte au problème qu'aucune sanction efficace n'est possible à l'égard de celui qui a manifestement abusé de son droit de demander un dessaisissement. Une modification législative à cet égard est indispensable : la Cour de cassation devrait pouvoir infliger une sanction pécuniaire à celui qui a de façon caractérisée abusé de son droit » (28).

Cet appel a été entendu. Une proposition de loi a été déposée, le 3 octobre 2000, à la Chambre des représentants (29) afin de compléter le texte de l'article 656 du Code judiciaire par une disposition qui s'inspire de l'article 1072bis du Code judiciaire. Au terme d'une procédure contradictoire écrite, une amende de 5.000 à 100.000 francs pourrait, lorsque les circonstances de la cause le justifient, être infligée par la Cour de cassation du chef de requête en dessaisissement « manifestement irrecevable » (30).

(28) *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, pp. 60-62.

(29) *Doc. Parl.*, Chambre, n°050 - 0886/001.

(30) La solution nous paraît certes heureuse mais pourquoi ne pas adopter une disposition générale permettant de sanctionner par une amende tous les comportements procéduraux abusifs (voy. dans ce sens, J.-F. VAN DROOGHENBROECK et H. BOULARBAH, « Ce qui devrait changer : Le droit judiciaire privé », *J.T.*, 2000, p. 15). On notera par ailleurs que la même proposition de loi propose par ailleurs de dispenser le requérant en dessaisissement du paiement des droits de mise au rôle par l'insertion d'un 11° à l'article 162, alinéa 1er, du Code des droits d'enregistrement.

B. Les nouvelles causes de dessaisissement

12. L'article 2, 1^o et 2^o de la loi du 12 mars 1998 modifie également, en l'étendant, l'article 649, 1^o et 2^o du Code judiciaire qui vise les cas où le dessaisissement du juge du chef de parenté ou d'alliance peut être ordonné.

Celui-ci peut désormais intervenir :

- 1^o lorsqu'une partie a deux parents ou alliés jusqu'au troisième degré parmi les juges au tribunal de première instance, ou les juges au tribunal du travail ou les juges sociaux, ou les juges au tribunal de commerce ou les juges consulaires ou parmi les conseillers à la cour d'appel ou les conseillers à la cour du travail ou les conseillers sociaux ou lorsqu'elle a un parent audit degré parmi les juges ou conseillers précités au tribunal ou à la cour et qu'elle en fait elle-même partie ;
- 2^o lorsqu'une partie a un parent ou un allié au même degré parmi les juges de paix ou les juges de police effectifs ou suppléants du canton ou lorsqu'elle est elle-même juge de paix ou juge de police effectif ou suppléant de ce canton.

13. Le dessaisissement du juge de paix peut ainsi être demandé par une partie, le majeur qui a fait l'objet de la mesure de protection prévue par l'article 488bis A du Code civil, notamment lorsqu'une autre partie, l'administrateur provisoire de ses biens, est juge de paix suppléant du canton (31).

La Cour de cassation peut néanmoins rejeter une telle demande lorsque, eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause, elle constitue un abus de procédure (32).

Le dessaisissement demeure en effet une mesure exceptionnelle qui ne peut être appliquée de manière extensive dès lors qu'elle déroge au principe, constitutionnel (article 13 de la Constitution), selon lequel nul ne peut être distrait contre son gré du juge que la loi lui assigne (33).

C'est la raison pour laquelle le fait que l'une des parties en cause dans un procès civil a été vice-président et est actuellement juge suppléant au tribunal saisi n'entraîne pas nécessairement le dessaisissement de ce tribunal auquel une requête en ce sens est adressée par l'autre partie (34). De même, les attaques personnelles qu'un justiciable adresse au président d'un tribunal ne sont

(31) Cass., 1er octobre 1998, *Pas.*, I, 999.

(32) Cass., 1er octobre 1998, *Pas.*, I, 999.

(33) Cass., 1er octobre 1998, *Pas.*, I, 999.

pas suffisantes pour faire naître dans le chef des parties et des tiers une suspicion légitime quant à la stricte objectivité et impartialité de ce tribunal (35).

C. La nouvelle procédure de récusation

1. Introduction et effets de la demande de récusation

14. La récusation est « proposée » (36) par une requête déposée au greffe de la juridiction saisie qui contient les moyens justifiant la récusation (article 835 du Code judiciaire) (37). L'acte de récusation est remis dans les vingt-quatre heures par le greffier au juge récusé. Celui-ci est tenu de donner au bas de cet acte, dans les deux jours, sa déclaration écrite portant, ou son acquiescement à la récusation, ou son refus de s'abstenir, avec ses réponses aux moyens de récusation (article 836 du Code judiciaire).

À compter du jour de la communication au juge, tous jugements et opérations sont suspendus (38), sous réserve des opérations urgentes (article 837 du Code judiciaire).

Cet effet suspensif du dépôt de la requête constitue, comme on le verra, un moyen dilatoire permettant de bloquer la procédure lorsque le requérant s'abstient de payer les droits de mise au rôle de la requête en récusation (39). C'est la raison pour laquelle l'article 837 du Code judiciaire a été modifié par la loi du 30 juin 2000 (40) pour prévoir, au sein d'un nouvel alinéa 4, que la suspension de la procédure prend fin lorsque les droits de mise au rôle ne sont pas réglés dans les huit jours de l'envoi de l'acte de récusation et de la déclaration du juge, par le greffier, au magistrat du ministère public près la juridiction supérieure qui doit connaître de la récusation.

(35) Cass., 14 août 2000, C.000280.N., inédit.

(36) Une proposition de loi déposée à la Chambre des représentants le 3 octobre 2000 par M. ERDMAN (*Doc. Parl.*, Chambre, n°050-0886/001) suggère de remplacer cette formule par celle, plus correcte, « introduite ».

(37) Cass., 3 novembre 1982, *Pas.*, I, 1983, 288.

(38) Cass., 12 décembre 1997, *Pas.*, I, 1427. Et ce, jusqu'au jour de la signification aux parties de la décision qui rejette la récusation (Cass., 21 juin 2000, P.000953.F., inédit).

(39) *Voy. infra*, 5.

(40) Loi du 30 juin 2000 modifiant le Code d'instruction criminelle, l'article 27 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive et l'article 837 du Code judiciaire en vue de rationaliser la procédure devant la Cour d'assises. Cette loi a été sanctionnée et promulguée le 30 juin 2000, mais n'a pas encore été publiée au *Moniteur belge* et, partant, n'est pas encore entrée en vigueur (*Doc. Parl.*, Chambre, n°50-0542/008).

2. Compétence pour connaître de la récusation

15. L'article 838 du Code judiciaire prévoit que la récusation est jugée dans les 8 jours en dernier ressort par la juridiction du degré supérieur à celle à laquelle appartient le magistrat récusé (excepté lorsque celui-ci est membre de la Cour de cassation auquel cas cette juridiction reste compétente) (41) (42) (43).

Cette compétence souffre de deux exceptions en matière disciplinaire. En raison des articles 5 et 7 de la loi du 22 avril 1999 relative à la commission d'appel de l'Institut des experts comptables et conseillers fiscaux, la Cour de cassation n'est pas compétente pour connaître de la demande tendant à la récusation d'un membre de cette commission d'appel (44). Il en va de même en ce qui concerne la commission d'appel de l'Institut des juristes d'entreprises (45). Dans les deux cas, la récusation est jugée par la commission d'appel autrement composée.

3. Transmission au ministère public et saisine de la juridiction supérieure

16. Dans les trois jours de la réponse du juge qui refuse de s'abstenir, ou à défaut de réponse dans ce délai (46), l'acte de récusation et la déclaration du juge, s'il y en a, sont envoyés par le greffier au magistrat du ministère public près la juridiction supérieure qui doit connaître de la récusation.

La loi est totalement muette sur les modalités concrètes de la saisine de la juridiction supérieure ainsi que sur le rôle du parquet (47).

(41) Le nouveau texte est issu d'un amendement déposé à la Chambre (*Doc. Parl.*, Chambre, S.O. 1996-1997, - 866/3) lequel n'a fait l'objet d'aucune discussion ni d'autre justification que celle suivant laquelle « il convient de prévoir que la juridiction appelée à statuer sur la demande ne soit pas la juridiction à laquelle appartient le magistrat visé par la requête ».

(42) La Cour de cassation est ainsi compétente pour connaître de la demande tendant à la récusation d'un membre du conseil d'appel de l'Ordre des architectes (*Cass.*, 21 mai 1999, *Pas.*, I, 735) ou du président et de membres de la chambre d'appel de l'Institut professionnel des agents immobiliers (*Cass.*, 23 juin 2000, C.000270.F., inédit).

(43) *Cass.*, 24 février 2000, C.2000.64.N., inédit.

(44) *Cass.*, 24 février 2000, C.2000.64.N., inédit.

(45) Articles 15, § 3, et 18, § 2, de la loi du 1^{er} mars 2000 créant un Institut des juristes d'entreprises (*M.B.*, 4 juillet 2000, p. 23.252).

(46) Ce membre de phrase, issu des discussions intervenues au Sénat (*Doc. Parl.*, Sénat, I-456/8, p.14), est dépourvu de signification. Comment en effet faire débiter un délai à partir d'une réponse qui, par hypothèse, n'existe pas? Il convient dès lors d'interpréter l'article 838 du Code judiciaire comme prévoyant que l'acte de récusation est envoyé par le greffier au ministère public près la juridiction connaissant de la récusation dans les 3 jours de la réponse du magistrat ou, à défaut de réponse, dans les trois jours de l'expiration du délai de 2 jours prescrit par l'article 836 du Code judiciaire dans lequel le magistrat récusé doit donner sa déclaration écrite portant soit son acquiescement à la récusation, soit son refus de s'abstenir.

(47) *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 62, note (10).

Le ministère public près la juridiction supérieure transmet le dossier au greffe de cette juridiction après avoir désigné lequel de ses membres se chargera du dossier. Le président de la juridiction fixe l'affaire à l'audience de manière à ce qu'il puisse être statué dans les huit jours de l'envoi de la demande de récusation (48).

4. Nouvelle procédure contradictoire

17. La procédure de récusation est contradictoire. La décision sur la récusation est rendue, sur les conclusions du ministère public (49), les parties ayant été dûment convoquées (50) pour être entendues en leurs observations (51) (52) (53).

On peut dès lors se demander si la nouvelle procédure porte atteinte à la jurisprudence de la Cour de cassation suivant laquelle l'acte de récusation d'un juge ou d'un magistrat du ministère public introduit une procédure unilatérale dans laquelle il n'y a pas de défendeur et que, par conséquent, le pourvoi en cassation, par lequel la partie requérante en récusation attaque l'arrêt rejetant la récusation d'un juge ou d'un magistrat du ministère public, n'est

(48) Devant la Cour de cassation, le premier président désigne en outre un conseiller rapporteur.

(49) Selon la cour d'appel de Bruxelles (4^{ème} ch.), 26 janvier 2000, R.G. n°1999/AR/3232, inédit), la juridiction saisie de la requête en récusation ne pourrait avoir égard aux faits dont il est fait état par le récusant en termes de conclusions s'ils ne se rattachent pas à ceux énumérés dans la requête en récusation dès lors, en effet, que les juges n'ont pas pu faire d'observation et que le ministère public n'a pas conclu sur ces faits, ce que la loi prévoit impérativement en matière de récusation.

(50) La question peut se poser de savoir si un tiers peut intervenir à la procédure en récusation, voy. à ce propos, pour une réponse négative mais justifiée par le fait que la question se posait en matière répressive, Bruxelles, 4^{ème} ch., 31 janvier 2000, R.G. n°1999/AR/3362, inédit.

(51) La loi ne précise pas le mode de convocation des parties qui ne sont d'ailleurs pas tenues de se présenter mais doivent simplement être avisées de la date de l'audience pour éventuellement faire valoir leurs observations (*Cass.*, 6 octobre 1998, *Pas.*, I, 1015). La convocation des parties par lettre recommandée à la poste est, partant, régulière (*Cass.*, 6 octobre 1998, *Pas.*, I, 1015 ; Bruxelles (4^{ème} ch.), 26 janvier 2000, R.G. n°1999/AR/3232, inédit.). En outre, les délais ordinaires de citation du Code judiciaire (articles 700 et 710 du Code judiciaire) ne s'appliquent pas à la procédure de récusation dès lors qu'il ne s'agit pas de l'introduction d'une demande principale et que la récusation doit être jugée dans les huit jours de l'envoi de la demande de récusation conformément à l'article 838, alinéa 2, du Code judiciaire (*Cass.*, 6 octobre 1998, *Pas.*, I, 1015).

(52) La Cour de cassation, saisie d'une demande en récusation, peut statuer sur celle-ci sans convoquer les parties autres que le requérant lorsque, à défaut de précision, l'acte de récusation se fonde sur des faits à ce point imprécis qu'il est impossible de déterminer quelles sont les parties intéressées dont la loi impose la convocation (*Cass.*, 1^{er} décembre 1999, P.1999.1668.F., inédit). Il en va de même lorsque la demande en récusation est dépourvue de la clarté et de la précision requises pour déterminer la portée et l'étendue des griefs invoqués (*Cass.*, 10 mai 2000, C.2000.185.F., inédit).

(53) Si le récusant n'apporte pas preuve par écrit ou de commencement de preuve des causes de la récusation et que les éléments présentés ne sont pas suffisants pour ordonner la preuve testimoniale, la Cour de cassation peut rejeter la récusation sur la simple déclaration du magistrat qui en fait l'objet (*Cass.*, 1^{er} décembre 1999, P.1999.1668.F., inédit). Il en va de même lorsque, compte tenu des circonstances de la cause, les requêtes en récusation n'ont d'autre but que de paralyser le cours de la justice et de nuire aux intérêts de partie adverse et qu'elles sont, partant, constitutives d'abus de droit (*Cass.*, 21 juin 2000, P.000973.F., inédit).

pas dirigé contre ces magistrats et doit simplement être introduit dans les formes et délais légaux pour être recevable sans qu'il y ait lieu de le signifier à quiconque (54).

Il convient de distinguer la situation du juge récusé de celle de la partie adverse au fond.

18. À l'égard du magistrat récusé, aucun changement n'intervient. Celui-ci demeure en principe un tiers à la procédure de récusation. L'obligation imposée au juge récusé, par l'article 836, alinéa 2, du Code judiciaire, de déclarer par écrit soit qu'il acquiesce à la récusation soit qu'il refuse de s'abstenir, est à cet égard sans incidence (55). De même, du fait que, dans la procédure de récusation, le juge ou le magistrat du ministère public récusé ne peut être partie à la cause, il s'ensuit que l'arrêt de la Cour de cassation ne peut lui être déclaré commun (56).

Cependant, le magistrat récusé peut devenir partie dans l'incident de récusation s'il réclame des dommages et intérêts ou s'il prend l'initiative d'un acte d'intervention (57).

Le magistrat récusé n'est donc en principe pas une partie au sens de l'article 838 du Code judiciaire ; il n'est par conséquent pas convoqué et entendu en ses observations sauf s'il intervient à la procédure ou s'il réclame des dommages et intérêts (58). Dans ce dernier cas, le pourvoi en cassation contre la décision rendue sur la récusation doit lui être signifié.

19. En revanche, à l'égard de la partie adverse au principal, la situation est totalement modifiée. Sous l'empire de l'ancien texte, la Cour de cassation estimait que la partie adverse au principal n'était pas partie à l'incident de récusation même si elle pouvait y intervenir (59). Elle pouvait dans ce dernier cas, c'est-à-dire pour autant qu'elle ait été partie à l'incident, introduire un pourvoi en cassation contre la décision admettant la récusation (60). Toutefois, la partie récusante qui exerçait un recours, notamment un pourvoi en cassation, contre la décision rejetant la demande de récusation était recevable à appeler, en

(54) Cass., 12 décembre 1997, *Pas.*, I, 1427.

(55) Cass., 12 décembre 1997, *Pas.*, I, 1427; Cass., 7 novembre 1969, *Pas.*, 1970, I, 221.

(56) Cass., 20 janvier 1966, *Pas.*, I, 651; Cass., 12 décembre 1997, *Pas.*, I, 1427.

(57) Voy. Cass., 23 mars 1956, *Pas.*, I, 782; note (1) sous Cass., 20 janvier 1966, *Pas.*, I, 651.

(58) Voy. dans ce sens, Cass., 15 juin 1999, *Pas.*, I, 871, suivant lequel « le magistrat qu'une partie entend récusé n'est pas partie au sens de l'article 838, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire ».

(59) Cass., 20 janvier 1966, *Pas.*, I, 651.

(60) Cass., 4 avril 1986, *Pas.*, I, 945.

déclaration d'arrêt commun, la partie adverse au principal même lorsque cette dernière n'était pas intervenue dans l'incident de récusation (61).

Il ressort, selon nous, de la modification intervenue que :

- l'acte de récusation introduit désormais une procédure incidente contradictoire à l'égard des parties au litige principal (62) ;
- le pourvoi en cassation contre la décision rendue sur la récusation doit en toute hypothèse être signifié à la partie adverse au litige principal, à tout le moins, appelée en déclaration d'arrêt commun ;
- la partie adverse au litige principal est recevable à former un pourvoi en cassation contre la décision admettant la récusation.

5. Droits de mise au rôle

20. Une autre question s'est posée sans être résolue par la loi du 12 mars 1998. Des droits de mise au rôle sont-ils dus pour l'inscription de la cause devant la juridiction du degré supérieur ? Si oui, quand et dans quelles conditions doivent-ils être réglés par la partie requérante ?

Outre que la question n'a pas été débattue, ni même aperçue lors des travaux préparatoires, elle est particulièrement délicate et dépend « de la solution donnée à la question relative à l'introduction de la cause » (63).

La procédure de récusation est en effet très particulière et, à plusieurs égards, atypique. La requête est déposée au greffe de la juridiction à laquelle appartient le juge concerné. Si ce dernier refuse de s'abstenir, la requête est transmise par le greffe au ministère public près la juridiction supérieure qui porte l'affaire à l'audience de cette juridiction (64). La récusation est jugée dans les huit jours.

Si l'on considère que la cause est introduite par le parquet, aucun de droit n'est dû en vertu des articles 162, 5^obis et 279-1 de l'arrêté royal n° 64 du 30 novembre 1969 contenant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe (65).

(61) Cass., 20 janvier 1966, *Pas.*, I, 651.

(62) Bruxelles (4ème ch.), 26 janvier 2000, R.G. n°1999/AR/3232, inédit ; Bruxelles (4ème ch.), 10 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 334.

(63) *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 66.

(64) Cass., 6 octobre 1998, *Pas.*, I, 1015.

(65) *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, Moniteur belge*, 1999, p. 66.

21. Dans un arrêt du 11 juin 1998, rendu en matière répressive, relatif à une requête en récusation d'un magistrat d'une cour d'appel, la Cour de cassation a décidé « que, conformément à l'article 838 du Code judiciaire, la cause a été portée à l'audience de la Cour de cassation par le ministère public près cette Cour, de sorte qu'aucun droit de rôle n'est dû » (66).

Le sommaire de cet arrêt rapporté à la *Pastirisie* énonce cependant que « en matière répressive, aucun droit de rôle n'est dû pour une procédure tendant à la récusation d'un membre d'une cour d'appel » (67). Le sommaire reflète ainsi la position (stricte) du parquet de cassation. Celle-ci est également rapportée par la Cour de cassation dans son rapport annuel qui relève que « le parquet de la Cour de cassation ne souhaite en aucune façon s'associer a priori à des demandes de récusation et considère qu'il n'introduit pas les causes ». La solution peut être transposée aux autres membres du ministère public.

Le sommaire et le rapport annuel 1999 de la Cour de cassation sont, selon nous, en décalage avec les termes très généraux de l'arrêt du 11 juin 1998 qui font référence à l'article 838 du Code judiciaire dont la procédure est identique en matière civile et en matière pénale en relevant que « la cause a été portée à l'audience de la Cour de cassation par le ministère public près cette Cour ». En d'autres termes, la Cour ne semble pas avoir décidé que c'est parce que l'on se trouvait en matière répressive qu'aucun droit n'était dû mais bien parce que la cause était introduite (portée) par le ministère public (68).

La pratique de la Cour de cassation, exprimée dans ses deux derniers rapports annuels, et des cours d'appel nous apprend toutefois que les greffes considèrent que c'est le récusant qui introduit la cause et qu'il est, partant, en matière civile, tenu de payer les droits de mise au rôle.

Cette pratique vient d'être indirectement confirmée par le législateur. En modifiant l'article 837 du Code judiciaire pour prévoir que « la suspension de la procédure prend fin lorsque le droit dû en vertu de l'article 269.1 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe n'est pas réglé dans les huit jours de l'envoi visé à l'article 838, alinéa 1er, du Code judiciaire », la loi précitée du 30 juin 2000 consacre l'obligation de payer, en matière civile et disciplinaire, des droits de mise au rôle pour pouvoir récusar.

(66) Cass., 11 juin 1998, *Pas.*, I, 719.

(67) Voy. également dans ce sens, le *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, *Moniteur belge*, 1999, p. 66.

(68) Cette solution nous paraît par ailleurs la seule conforme avec l'article 6, §1er, de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit - gratuit - à un juge indépendant et impartial. Voy. *infra*, n° 28.

Cette obligation n'est cependant peut-être pas destinée à durer. Une proposition de loi, déposée à la Chambre, le 3 octobre 2000 (69) prévoit en effet d'insérer un 12° à l'article 162, alinéa 1er, du Code des droits d'enregistrement pour dispenser des droits de mise au rôle « les actes, jugements et arrêts relatifs à la procédure de récusation visée au Code judiciaire ».

22. Toutes les questions ne sont pas pour autant résolues par la loi du 30 juin 2000. La requête étant déposée au greffe de la juridiction à laquelle appartient le magistrat récusé, le requérant doit-il payer les droits de rôle afférents à l'inscription de la cause au rôle de cette juridiction ou ceux, plus élevés, afférents à l'inscription de la cause au rôle général de la juridiction supérieure ?

La pratique de la Cour de cassation et des cours d'appel nous renseigne que le paiement des droits est réclamé, par simple courrier, à la partie requérante par le greffe de la juridiction du degré supérieur lorsque le dossier lui est transmis par le ministère public. Le montant de ces droits correspond aux droits dus pour l'inscription de la cause au rôle de la juridiction supérieure (70).

23. En cas de refus de paiement des droits de mise au rôle, la procédure peut dès lors être totalement bloquée puisque, en vertu de l'article 837 du Code judiciaire, la récusation a un effet suspensif (71). La seule solution pour la partie adverse dans le litige au principal est de régler les droits de manière à faire fixer l'affaire afin qu'il soit statué sur la demande de récusation (72). « Le récusant débouté sera évidemment condamné à payer les dépens » (73).

Ce risque de blocage, dénoncé par la Cour de cassation, a conduit à l'adoption, le 30 juin 2000, de la loi précitée modifiant l'article 837 du Code judiciaire afin de préciser que la suspension de la procédure prend fin lorsque les droits de mise au rôle ne sont pas réglés dans les huit jours de l'envoi de l'acte de récusation et de la déclaration du juge, par le greffier, au magistrat du ministère public près la juridiction supérieure qui doit connaître de la récusation.

(69) *Doc. Parl.*, Chambre, n°050 - 0886/001.

(70) Les montants à régler sont donc les suivants : 3.300 BEF pour récusar un juge de police ou un juge de paix; 7.500 BEF pour récusar un juge du tribunal de première instance, du tribunal de commerce ou du tribunal du travail; 13.000 BEF pour récusar un conseiller de la cour d'appel ou de la cour du travail. Assez paradoxalement, aucun droit ne semble être dû pour récusar un conseiller près la Cour de la cassation !

(71) *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, *Moniteur belge*, 1999, p. 66 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation 2000*, *Moniteur belge*, 2000, p. 152.

(72) Un parallèle peut être fait avec l'article 1093, alinéa 3, du Code judiciaire qui dispose, en matière de pourvoi en cassation, que « si le demandeur en cassation n'a pas remis au greffe sa requête signifiée, le défendeur, après avoir fait signifier sa réponse dans le délai prescrit, peut introduire l'affaire en produisant la requête signifiée et conclure au rejet du pourvoi avec dépens ».

(73) *Rapport annuel de la Cour de cassation 1999*, *Moniteur belge*, 1999, p. 66.

6. Communication de la décision sur la récusation

24. Conformément à l'alinéa 3 de l'article 838 du Code judiciaire, dans les 24 heures de la décision (74), le greffier la fait signifier aux parties (75), par l'huissier commis à cet effet par le tribunal ou la cour.

Cette signification - dont la *ratio legis* résidait dans la considération que les parties n'étaient antérieurement ni convoquées, ni entendues (76) - est devenue inutile dans la mesure où les parties sont maintenant convoquées à participer à l'audience portant sur la récusation. Elle engendre, outre les droits de mise au rôle, des frais supplémentaires qui feront partie des dépens.

25. En revanche, et assez étrangement, la nouvelle loi n'a pas prévu la communication de la décision au juge récusé ou même à la juridiction à laquelle il appartient.

Auparavant cette communication n'était en effet pas nécessaire puisque la récusation était jugée par une autre chambre du tribunal ou de la cour à laquelle appartenait le juge récusé. Lorsqu'un appel était interjeté contre cette décision, l'ancien article 847 du Code judiciaire disposait que le greffier de la cour notifiait l'arrêt sous pli judiciaire au juge et aux parties.

Il nous semble dès lors judicieux d'appliquer en l'espèce, un mécanisme inspiré des articles 661 et 662 du Code judiciaire et ce, pour des raisons pratiques évidentes. Dans les 24 heures de la prononciation de la décision sur la récusation, en même temps qu'il la fait signifier aux parties, le greffier adresserait une copie de la décision sur la récusation au greffe du juge dont la récusation a été demandée. À la demande de l'une d'elles, les parties seraient convoquées par le greffier, sous pli judiciaire, à comparaître aux lieu, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée. La procédure serait continuée en son dernier état.

7. Dépens et dommages et intérêts

26. La décision qui rejette une demande de récusation condamne le récusant aux dépens de l'incident, y compris ceux de la signification de ladite décision (77) ainsi que les droits de mise au rôle.

(74) La proposition de loi déposée à la Chambre le 3 octobre 2000 (*Doc. Parl.*, Chambre, n°050 - 0886/001) porte ce délai à 48 heures.

(75) Il s'agit des parties à l'incident (Cass., 7 novembre 1969, *Pas.*, 1970, I, 221; Cass., 27 avril 1979, *Pas.*, I, 1019), c'est-à-dire, depuis la nouvelle loi, les parties et, le cas échéant, le magistrat récusé.

(76) P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, Tome III, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 400, n° 470.

(77) Cass., 7 novembre 1969, *Pas.*, 1970, I, 221; Cass., 27 avril 1979, *Pas.*, I, 1019.

Lorsque la récusation est rejetée, le juge peut réclamer des dommages et intérêts à la partie récusante s'il justifie d'un préjudice. Si tel est le cas, le magistrat perd l'impartialité nécessaire pour connaître de la cause et doit, partant, se déporter (78).

Lorsque la récusation est admise, c'est le juge qui a refusé de s'abstenir qui est condamné aux dépens (article 841, alinéa 2, du Code judiciaire).

La proposition de loi déposée, le 3 octobre 2000, à la Chambre des représentants (79) prévoit qu'au terme d'une procédure contradictoire écrite, une amende de 5.000 à 100.000 francs pourrait en outre, lorsque les circonstances de la cause le justifient, être infligée du chef de requête en récusation « manifestement irrecevable » (80).

8. Voies de recours

27. Suivant les travaux préparatoires de la loi du 12 mars 1998, la décision sur la récusation serait susceptible d'opposition lorsqu'elle a été rendue par défaut (81). Telle ne semble toutefois pas être la solution retenue par la Cour de cassation qui relève dans un récent arrêt que « *les parties ne sont pas tenues de se présenter mais doivent simplement être avisées de la date de l'audience pour éventuellement faire valoir leurs observations* » (82), ce qui exclut par hypothèse la possibilité d'une décision rendue par défaut.

Il est certain qu'elle n'est plus susceptible d'appel. L'article 8 de la loi du 12 mars 1998 abroge en effet les articles 842 à 847 du Code judiciaire qui concernaient l'appel des décisions rendues en matière de récusation.

La décision rendue sur la récusation demeure susceptible de pourvoi en cassation sauf, évidemment, lorsqu'elle a été rendue par la Cour de cassation.

9. Appréciation des modifications législatives intervenues et des propositions de modification

28. Si l'attribution de l'examen des demandes de récusation à la juridiction supérieure et non plus à la juridiction à laquelle appartient le juge récusé assure théoriquement un sentiment d'une protection plus grande à celui qui

(78) Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. 1963-1964, n° 60, p. 203; P. ROUARD, *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, Tome III, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 412, n° 490.

(79) *Doc. Parl.*, Chambre, n°050 - 0886/001.

(80) La solution nous paraît à nouveau très heureuse mais pourquoi à nouveau la cantonner à la récusation ?

(81) *Doc. Parl.*, Sénat, sess. 1997-1998, I-456/8, p. 13.

(82) Cass., 6 octobre 1998, *Pas.*, I, 1015.

récuse, la modification retenue par le législateur engendre des complications qu'il n'a nullement perçues (coût de la procédure pour la société et le justiciable, lenteurs considérables, ...).

On peut en particulier se demander si le passage d'une procédure gratuite de récusation vers une procédure dans laquelle des droits de rôle - parfois élevés - doivent désormais être payés pour récuser, est conforme à l'article 6, §1er, de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit en principe le droit - gratuit - à un juge indépendant et impartial. La proposition de loi du 3 octobre 2000 qui tend à supprimer le paiement des droits de mise au rôle tout en permettant d'infliger une amende civile en cas de requête en récusation abusive nous paraît à cet égard réaliser un compromis raisonnable facilitant l'accès financier à la procédure de récusation tout en la préservant des initiatives purement téméraires ou dilatoires.

Le rapport annuel de la Cour de cassation de l'année 1999 nous apprend également que « plusieurs demandeurs en récusation se sont d'ailleurs plaints du fait que le régime avait changé et était devenu trop lourd et formaliste » (83). L'un d'entre eux a même demandé - en vain - que l'ancienne législation lui soit appliquée! (84).

(83) Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, *Moniteur belge*, 1999, p. 62.
(84) Cass., 7 mai 1999, cité in Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, *Moniteur belge*, 1999, p. 62.

Section II

L'exercice successif par le juge de fonctions judiciaires successives dans la même cause au regard des articles 828, 8^o du Code judiciaire et 6, §1er de la Convention européenne des droits de l'homme

A. Introduction

29. L'impartialité du juge est-elle compromise, dans sa conception objective (85), lorsque, dans une même affaire, le même juge exerce, successivement, des fonctions judiciaires ?

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est fixée en ce sens. Un même juge ne peut, en principe, connaître de la même affaire. « *Qui a jugé ne peut rejurer* ».

L'article 292 du Code judiciaire prescrit également, à peine de nullité, le cumul de fonctions judiciaires. L'article 828, 8^o, du Code judiciaire prévoit pareillement que peut être récusé le juge qui a précédemment connu du différend comme juge ou arbitre.

La question se pose avec une acuité toute particulière en droit judiciaire privé dans plusieurs cas de figure.

(85) Sur la distinction entre impartialité subjective et impartialité objective, voy. récemment J. VAN COMPENOLLE, « Le cumul du provisoire et du fond au regard du principe d'impartialité », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 236-237.

1. Cumul du provisoire et du fond

30. Premièrement, lorsque le même juge exerce dans le même litige les fonctions successives de juge du provisoire et de juge du fond (86).

Il s'agit de la situation théorique où le juge des référés (article 584 du Code judiciaire) ou le juge du fond, statuant avant dire droit au provisoire (article 19, alinéa 2, du Code judiciaire) est ultérieurement appelé à connaître du fond du litige en statuant au principal.

2. Cumul de la compétence et du fond

31. En deuxième lieu, lorsque le même magistrat examine, au regard des mêmes critères, d'office sa compétence et ensuite le fond de l'affaire (87).

Il s'agit plus particulièrement du cas dans lequel le juge appelé à statuer sur sa propre compétence se déclare d'office incompétent au motif que la qualification donnée par le demandeur à l'objet de sa demande est inexacte et, sur la base de l'article 640 du Code judiciaire, renvoie la cause au tribunal d'arrondissement qui, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation suivant laquelle la compétence est déterminée par l'objet de la demande tel qu'il est qualifié par le demandeur (88), renvoie la cause au premier juge qui est à nouveau appelé à statuer, au fond cette fois, sur la qualification retenue par le demandeur (89).

(86) Voy. sur cette question, P. MARTENS, « La tyrannie de l'apparence », note sous C.E.D.H., 22 février 1996, *Bulut c/ Autriche*, *Rev. trim. des droits de l'homme*, 1996, pp. 640 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE, « Le cumul du provisoire et du fond au regard du principe d'impartialité », in *Les mesures provisoires en droit de belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 235 et s., « Impartialité du juge et cumul de fonctions au fond et au provisoire : réflexions sur des arrêts récents », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 935 et s. ; J. NORMAND, « Le cumul du provisoire et du fond par un même juge est-il compatible avec l'impartialité requise par l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ? », in *Les mesures provisoires, op. cit.*, pp. 263 et s., « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD. civ.*, 1999, pp. 184 et s. et *RTD. civ.*, 2000, pp. 621 et s. ; R. PERROT, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD. civ.*, 1999, pp. 193 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, pp. 53 et s.

(87) Voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'indemnisation automatique des usagers faibles de la route : une émancipation difficile », in *Indemnisations sans égard à la responsabilité*, J.-L. FAGNART et H. BOCKEN (éd.), Kluwer, 1999, note (34) à propos de Pol. Bruxelles, 3 novembre 1997, *J.J.P.*, 1998, p. 175 et Pol. Bruxelles, 26 octobre 1998, *Journ. Proc.*, 1998, n°259, p. 27, note P. TOUSSAINT.

(88) Cass., 4 mai 1981, *Pas.*, I, 1001 ; Cass., 19 décembre 1985, *Pas.*, I, 1986, 511.

(89) Un parallèle peut également être fait avec l'hypothèse où le juge décline d'office sa compétence et renvoie l'affaire au tribunal d'arrondissement de la composition duquel il fait partie et statue dès lors sur l'incident de compétence. Le tribunal d'arrondissement de Liège a estimé, à tort selon nous, que, dans ce cas, l'exception de l'article 828, 8^o, du Code judiciaire trouvait lieu à s'appliquer (Arr. Liège, 1er

3. Cumul en la même qualité de phases successives du même litige

32. Ensuite, lorsque le même magistrat intervient en la même qualité dans des phases successives d'un même litige.

Cette hypothèse est récemment illustrée par l'exemple suivant tiré de la procédure de saisie-arrêt exécution. Le juge des saisies statue tout d'abord sur le caractère exécutoire de l'acte notarié. Il est ensuite appelé à se prononcer sur des demandes relatives à cette saisie contestant notamment le contenu de l'acte notarié et en déduisant la nullité du commandement préalable à la saisie exécution. Il s'agit, suivant la Cour de cassation, du même différend au sens de l'article 828, 8^o, du Code judiciaire et il y a, partant, lieu à récusation (90).

La question se pose également lorsque les juges d'appel statuent sur l'application de l'article 1072bis du Code judiciaire (91).

4. Réexamen en la même qualité d'un même litige

32bis. Enfin, la question de l'impartialité du juge peut également se poser lorsque celui-ci est appelé à examiner à nouveau le même litige en raison de l'évolution de ce dernier ou d'une obligation qui lui est imposée par la loi. On pense aux cas où le juge des référés ou le juge de la jeunesse (92) est appelé à modifier, compléter ou retirer des mesures qu'il a déjà prononcées en raison d'une modification des circonstances de la cause ou encore au juge de paix régulièrement chargé d'évaluer la situation d'un malade mental à l'égard duquel il a pris des mesures de protection.

5. Position du problème

33. Dans ces quatre hypothèses, la règle de l'impartialité pourrait être mécon nue dès lors qu'en statuant au provisoire, sur sa compétence, sur une séquence préalable du litige ou encore lors du premier examen de celui-ci, le juge aurait préjugé de sorte que sa liberté d'appréciation des faits et sa liberté de jugement pourraient apparaître, aux yeux du justiciable, comme atteintes par la crainte de se déjuger ou de se désavouer ultérieurement.

(90) Cass., 12 décembre 1997, *Pas.*, I, 1427.

(91) Voy. Civ. Nivelles, 3 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 735 ; Civ. Nivelles, 20 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 733. *Addé*, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Les sanctions de l'appel abusif », *R.R.D.*, 1998, p. 163, n° 34.

(92) Voy. Cass., 11 juillet 2000, P.001060.F., inédit.

B. Examen des différentes hypothèses

1. Observation liminaire : le caractère limitatif des causes de récusation au regard de l'article 6, §1er, de la Convention européenne des droits de l'homme

34. Si la loi du 12 mars 1998 a (mal) réformé la procédure de récusation, elle n'a pas modifié les causes de récusation énumérées par l'article 828 du Code judiciaire.

On sait pourtant que la Cour de cassation estime, considérant que les causes de récusation sont limitativement énumérées par la loi, que la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut être invoquée par la voie de la récusation (93) mais uniquement, le cas échéant, dans le cadre de l'exercice d'une voie de recours, poursuivant la nullité de la décision rendue, sur pied de l'exigence déduite du droit à un procès équitable.

Comme on l'a récemment démontré (94), cette jurisprudence est critiquable dès lors que la Cour de cassation admet que le dessaisissement pour cause de suspicion légitime puisse être fondé sur toutes les circonstances de fait, quelle que soit leur nature ou leur qualification, dès lors qu'elles sont susceptibles de justifier un doute légitime quant à l'aptitude d'une juridiction à remplir sa mission d'une manière objective et impartiale (95) et que l'obligation de déport qui s'impose à tout magistrat, en vertu de l'article 831 du Code judiciaire, peut être fondée sur toutes les circonstances qui risquent d'altérer son impartialité. Elle conduit en outre à retarder considérablement la sanction du défaut d'impartialité au lieu de l'éviter en prévenant celui-ci à la source.

Quoi qu'il en soit, l'article 828, 8^o du Code judiciaire doit, en l'état actuel, être interprété individuellement et ne peut être combiné avec l'article 6 de la Convention.

Il convient dès lors de distinguer dans chaque cas suivant que la question est envisagée sous l'angle de la récusation (article 828, 8^o, du Code judiciaire) ou sous l'angle de l'impartialité.

(93) Cass., 4 février 2000, C.2000.51.N., inédit ; Cass., 19 novembre 1998, *Pas.*, I, 1145 ; *J.L.M.B.*, 1999, p. 1500, note F. KURY, « La méconnaissance de l'exigence d'impartialité visée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut-elle être invoquée comme cause de récusation ? » ; Cass., 24 septembre 1998, *Pas.*, I, 980 ; Cass., 6 octobre 1998, *Pas.*, I, 1015 ; Cass., 4 février 1997, *Pas.*, I, 169 ; Cass., 24 novembre 1994, *Pas.*, I, 1009. Adde, Bruxelles (4^{ème} ch.), 26 janvier 2000, R.G. n°1999/AR/3232, inédit ; Bruxelles (4^{ème} ch.), 10 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 334.

(94) F. KURY, « La méconnaissance de l'exigence d'impartialité visée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut-elle être invoquée comme cause de récusation ? », note sous Cass., 19 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 1510-1511, n° 23-25.

2. Le cumul du provisoire et du fond au regard de l'article 6, §1er, de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 828 du Code judiciaire

a) Les positions doctrinales

1) Absence de partialité

35. Suivant P. Martens, le cumul du provisoire et du fond n'est pas contraire à l'exigence d'impartialité objective et rien ne s'oppose à ce que l'acte de juger s'effectue par étapes successives (96). L'éminent auteur souligne que les articles 19, alinéa 2, et 828, 8^o, 1, du Code judiciaire envisagent d'ailleurs expressément cette hypothèse dont la solution peut être intégralement transposée au référé. Suivant cette thèse, rejointe par d'autres auteurs (97), le caractère provisoire de la décision qui ne possède pas l'autorité de la chose jugée et ne lie pas le juge siégeant au fond constitue un obstacle suffisant au moyen déduit de l'impartialité du juge. Il ne devrait dès lors pas y avoir à distinguer selon que la mesure considérée est purement conservatoire ou implique une prise de position provisoire sur le fond. Il s'agit d'une appréciation en quelque sorte institutionnelle, le caractère nécessairement provisoire du référé et son absence d'autorité à l'égard du juge du fond suffisant à préserver « l'impartialité continuée » (98).

En outre, suivant P. Martens, « le fondement même du principe d'impartialité tient dans le respect des droits de la défense. Ce qui rend insupportable le préjugé, c'est quand le juge l'a conçu en dehors du débat judiciaire, sur la base d'éléments qui n'ont pas subi l'épreuve de la contradiction. Mais dès lors que le juge exprime judiciairement, même sur le fond du litige, une opinion qui ne peut être que provisoire, que les parties auront le loisir de combattre et que le juge pourra amender ou abandonner sans que l'autorité de la chose qu'il a déjà jugée s'y oppose, on n'aperçoit pas quel principe fondamental lui interdirait de poursuivre au fond l'examen qu'il a entamé au provisoire » (99). La thèse est brillante mais n'est-elle pas quelque peu fondée sur une confiance aveugle en l'honnêteté intellectuelle « parfaite » du juge qui n'est (heureusement) qu'un être humain ? (100) Les professeurs

(96) P. MARTENS, *op. cit.*, p. 647. Voy. dans ce sens, Gand, 13 octobre 1988, *Pas.*, 1989, II, 77.

(97) J. NORMAND, *op. cit.*, in *Les mesures provisoires*, p. 265.

(98) M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 55, n° 21.

(99) P. MARTENS, *op. cit.*, p. 649. En pages 650 et s., l'auteur développe également de manière remarquable des considérations pénétrantes sur le rôle actif que le juge doit exercer dans le cadre de la préparation et de la conduite de l'audience et la possibilité pour le juge d'inviter ainsi les parties à éprouver la solidité juridique de son raisonnement provisoire. Celles-ci sont exactes mais sont-elles transposables au cas où l'acte de juger s'exerce en plusieurs étapes se terminant chacune par une décision judiciaire ?

(100) Sur l'orgueil du juge et sur les considérations qu'il inspire, voy. P. MARTENS, *op. cit.*, p. 651.

Solus et Perrot n'écrivaient-ils pas que « l'impartialité des juges réside plus dans leur caractère que dans les lois » ? (101)

2) Le juge du provisoire qui examine le fond du litige n'est plus impartial

36. Le professeur van Compernelle ne partage pas cette opinion (102) (103). L'auteur reconnaît que toute participation d'un juge à une décision concernant une affaire dont il a pu connaître auparavant n'est pas automatiquement contraire à l'idée d'impartialité du tribunal et qu'il faut, pour que cette exigence soit enfreinte, que sa liberté de jugement soit altérée par cette participation antérieure. Lorsque la mesure provisoire n'implique aucune appréciation du fond, qu'elle est purement préparatoire ou conservatoire (on pense évidemment aux mesures d'instructions), aucune difficulté ne se pose car la liberté d'appréciation au fond n'est nullement altérée par la décision rendue (104).

Il n'en va pas de même lorsque le juge du provisoire se prononce sur des mesures d'anticipation qui le conduisent à examiner, parfois de manière approfondie, les droits des parties afin de vérifier le caractère incontestable de ceux-ci (on pense essentiellement au référé-provision) (105). La solution est claire et strictement conforme aux principes mais ne pêche-t-elle pas par un certain absolutisme de l'impartialité dont s'est justement écartée la Cour européenne des droits de l'homme ?

b) La jurisprudence récente des juridictions suprêmes

1) La Cour d'arbitrage

37. Dans deux arrêts du 10 février 1999 (n°17/99, M.B., 6 mai 1999) (106) et du 20 avril 1999 (n°48/99, M.B., 17 septembre 1999), la Cour d'arbitrage a, dans le domaine particulier du contentieux administratif, consacré la première thèse en disant pour droit, d'une part, que « les articles 14 et 17 des lois

(101) H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Tome I, Paris, Sirey, 1961, p. 662, n° 775.

(102) J. VAN COMPERNELLE, *op. cit.*, pp. 241-242.

(103) J. VAN COMPERNELLE et G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, R.C.J.B., 1997, p. 565, n° 90 relèvent que l'article 828, 8°, ne s'applique pas formellement aux ordonnances de référé et que cette disposition doit être demeurée compatible avec l'article 6 de la Convention.

(104) Comp. la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de cumul des fonctions de juge des référés et de juge pénal dans la même affaire, Cass., 4 avril 1990, *Pas.*, I, 914.

(105) Voy. dans ce sens, Comm. Bruxelles (réf.), 20 mars 1984, *J.T.*, 1985, p. 308 et la note ; Liège, 27 février 1987, *J.L.M.B.*, 987, 1481 et note E. CHEVALIER. Comp. la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de cumul des fonctions de juge des référés et de juge pénal dans la même affaire, Cass., 13 mai 1992, *Pas.*, I, 789.

(106) Pour une critique sévère de cet arrêt, voy. J. VAN COMPERNELLE, « Impartialité du juge... », *op. cit.*, pp. 944

coordonnées sur le Conseil d'Etat ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, ni lus isolément, ni combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en tant que ces articles ne s'opposent pas à ce que le Conseil d'Etat, dans une composition identique ou partiellement identique des sièges, connaisse de l'affaire au fond après avoir connu de la demande de suspension » (arrêt n° 17/99) et, d'autre part, que « les articles 17, §1er, alinéa 2 et 4, et 18, antépénultième alinéa, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, ni lus isolément, ni combinés avec l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14.1 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, en tant que ces articles ne s'opposent pas à ce que le conseiller d'Etat qui a ordonné la suspension provisoire connaisse du fond de l'affaire » (arrêt n° 48/99).

Suivant la Cour d'arbitrage, « la réglementation instaurée par le législateur, qui n'exclut pas que les mêmes conseillers d'Etat ou en partie les mêmes que ceux qui ont procédé à la suspension ou que le conseiller d'Etat qui a procédé à la suspension provisoire examinent le fond de l'affaire au fond, n'est pas de nature à compromettre son impartialité objective. L'appréhension de la partie requérante ou de la partie intervenante au sujet de l'impartialité du siège est d'autant moins objectivement justifié qu'en l'espèce, les conseillers d'Etat ne doivent pas se prononcer sur le bien-fondé de droits subjectifs mais sur le bien-fondé d'allégations mettant en cause la légalité objective d'un acte administratif » (arrêt n° 17/99, point B.7. et arrêt n°48/99, point B.6.).

38. La solution se justifie parce que, d'une part, « la décision de suspension est une décision provisoire qui est la première phase d'une procédure unique dont il y a lieu d'assurer la continuité. Cette décision est cependant susceptible d'être remise en cause par la décision définitive statuant sur le recours en annulation. Par conséquent, cette mesure ne préjuge pas de la décision au fond rendue par le Conseil d'Etat lorsqu'il juge définitivement la légalité de l'acte administratif » (arrêt n° 17/99, point B.6.3. et arrêt n°48/99, point B.5.3.) et, d'autre part, « le législateur a ménagé un juste équilibre (...) aux fins d'éviter qu'au cours des phases respectives d'une même procédure, le dossier doive à chaque fois être examiné par d'autres conseillers d'Etat et d'autres auditeurs » (arrêt n° 17/99, point B.7. et arrêt n°48/99, point B.6.).

2) La Cour de cassation de France

39. Dans deux arrêts du 6 novembre 1998, rendus en assemblée plénière, la Cour de cassation de France a statué en sens contraire, paraissant consacrer la seconde thèse.

Dans le premier arrêt, la Cour casse la décision qui lui était déférée au motif que le juge des référés qui a statué sur une demande de référé-provision ne peut plus ensuite faire partie de la formation collégiale qui se prononcera sur le fond de l'affaire. En revanche, dans le second arrêt, la Cour considère que « la circonstance qu'un magistrat statue sur le fond d'une affaire dans laquelle il a pris préalablement une mesure conservatoire n'implique pas une atteinte à l'exigence d'impartialité appréciée objectivement » (107).

40. La différence de solution s'expliquerait par la circonstance que, dans le premier cas de figure, le juge est appelé à préjuger du fond en examinant le caractère incontestable de la prétention alors que, dans la seconde hypothèse, le juge se borne à apprécier la légitimité de la demande de mesure conservatoire au regard d'une apparence raisonnable et non sur la base d'une appréciation du fond de l'obligation (108).

3) La Cour de cassation de Belgique

41. La jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique à propos de l'article 828, 8^o, du Code judiciaire ne s'aligne pas complètement sur celle de son équivalent français.

Dans deux arrêts des 6 octobre et 19 novembre 1998, la Cour a certes décidé que constitue un jugement avant dire droit, au sens de cette disposition, la décision qui se borne à statuer sur un incident de procédure étranger au fond (109). Dans un arrêt du 15 juin 1999, elle a également estimé que la décision par laquelle le tribunal de la jeunesse ou le juge de la jeunesse statuant en degré d'appel fait procéder, dans le cadre de la protection judiciaire de la jeunesse, à des investigations et, le cas échéant, ordonne des mesures de garde provisoires, constitue une décision avant dire droit, telle que visée à l'article 828, 8^o, 1, du Code judiciaire et ne peut, partant fonder une récusation du juge (110).

La solution paraît justifiée. L'ensemble de ces mesures conservatoires ou avant dire droit n'impliquent pas en elles-mêmes un examen du litige qui révélerait un préjugé du magistrat sur le fond de l'affaire.

Un arrêt du 24 mars 2000 est, par contre, plus déroutant (111). Par celui-ci, la Cour rejette la requête en récusation dirigée contre un conseiller près une

(107) Sur ces deux arrêts, voy. J. NORMAND, *RTD. civ.*, 1999, pp. 184 et s. ; R. PERROT, *RTD. civ.*, 1999, pp. 193 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, pp. 53 et s.

(108) J. NORMAND, *RTD. civ.*, 1999, pp. 187-188.

(109) Cass., 6 octobre 1998, *Pas.*, I, 1015; Cass., 19 novembre 1998, *Pas.*, I, 1145.

(110) Cass., 15 juin 1999, P.99.841.N, inédit.

(111) Cass., 24 mars 2000, C.00.0138.N, inédit.

cour d'appel appelé à décider sur la pension après divorce entre époux alors que ce même conseiller s'était déjà prononcé sur la provision alimentaire entre époux pendant l'instance en divorce. La Cour de cassation estime en effet qu'il ne s'agit pas du même litige au sens de l'article 828, 8^o, du Code judiciaire « car les deux demandes ont un objet et un fondement juridique différents ».

Si, dans le cadre de la volonté de préserver l'efficacité de la justice, nous sommes partisan d'une conception stricte de la notion de « même litige » au sens de l'article 828, 8^o, du Code judiciaire, la solution retenue par la Cour de cassation dans ce dernier arrêt nous paraît trop absolue. L'octroi de la provision alimentaire durant l'instance en divorce est certes indépendant de l'imputabilité du divorce mais il implique néanmoins un examen des besoins et des ressources de chacun des époux. Dès lors qu'il s'est livré une première fois à cet examen, le même magistrat peut-il encore se prononcer sur le montant de la pension alimentaire après divorce ? La réponse à cette question se doit d'être nuancée.

c) Esquisse d'une solution

1) Approche concrète

42. C'est une approche pragmatique, seule conforme à la notion d'impartialité objective concrète (112), qui nous paraît de nature à résoudre la controverse.

Suivant cette conception, il convient de vérifier dans chaque hypothèse si, eu égard à ses motifs et à l'ensemble de son contexte, la décision rendue au provisoire fait manifestement et certainement ressortir la conviction du juge du provisoire sur le fond de l'affaire. Il faut donc analyser dans chaque cas, la nature, l'étendue et la portée des décisions qui ont été effectivement prises, ainsi que le degré de préjugé qu'elles pouvaient objectivement comporter. À cet égard, la simple pré-appréciation du fond du litige ne constitue pas nécessairement, selon nous, un obstacle à l'impartialité du juge du provisoire appelé à statuer ultérieurement au fond (113).

Il faut que cette appréciation du fond soit exprimée en une manière telle qu'elle puisse être de nature à convaincre un justiciable normalement avisé qu'il existe

(112) Les arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont-ils du reste pas consacré cette analyse concrète des circonstances afin de se prononcer, dans chaque cas, sur le caractère raisonnable du doute qui a pu naître dans l'esprit du justiciable. Voy. not. P. LAMBERT, « Vers un assouplissement de la notion d'impartialité objective ? », *J.T.*, 1993, p. 390; J. VAN COMPERNOLLE, « Evolution et assouplissement de la notion d'impartialité objective », note sous l'arrêt Nortier 24 août 1993, *Rev. trim. des droits de l'homme*, 1994, pp. 437 et s.

(113) Voy. *contra* : J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 244.

un doute que ce juge puisse encore juger au fond de manière impartiale (114). En d'autres termes, « l'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées » (115). Il convient de « s'attacher à une distinction plus subtile, mais plus proche de la réalité des choses, entre les motivations sobres et conformes à l'esprit des textes concernant les référés, et les motivations excessives dans lesquelles le juge va au-delà de ce qui était nécessaire pour fonder sa décision provisoire et, loin de se contenter d'un simple constat de l'apparence, fait ressortir sa conviction sur le fond même de l'affaire » (116).

43. Cette nouvelle analyse de l'impartialité du juge, tout en étant concrète, ne cesse pas d'être objective même si, comme toute approche pragmatique, elle présente l'inconvénient d'introduire, au niveau de son application, une insécurité, une imprévisibilité et une disparité certaines (117).

Elle suppose notamment que le rejet d'une mesure d'anticipation n'empêche pas au même magistrat de siéger ensuite au fond. Le juge, dans ce cas, « ne constate aucune évidence, il n'affirme aucune certitude. Il ne fonde pas le rejet de la demande sur l'inexistence manifeste de l'obligation mais sur le simple constat que cette existence est discutable, qu'elle soulève des difficultés (appréciation des faits, interprétation des actes qu'il n'est pas dans ses attributions de résoudre). On ne saurait craindre légitimement que, parvenu à l'examen du fond, il ne répugne à se juger » (118).

2) Le Conseil d'Etat de Belgique

44. Cette solution semble avoir été retenue par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 11 septembre 1998 (119). Ayant notamment à statuer sur la demande de récusation du conseiller ayant rejeté la requête en annulation sur le pied de l'article 94 du règlement de procédure du Conseil d'Etat (examen du caractère manifestement fondé du moyen), la juridiction administrative décide que « pareil arrêt de rejet n'implique, en théorie, aucun préjugé quant au fondement du recours » mais relève néanmoins que « pareil préjugé pourrait ce-

(114) Voy. dans ce sens, Versailles, 7 octobre 1999, *D.*, 1999, IR, p. 271 et Limoges, 18 novembre 1999, *D.*, 1999, IR, p. 277 qui proposent de retenir comme critère de cette approche concrète l'existence d'éléments nouveaux soumis à l'appréciation du juge du fond.

(115) P. LAMBERT, *op. cit.*, p. 390.

(116) J. NORMAND, *op. cit.*, in *Les mesures provisoires*, p. 266.

(117) R. PERROT, *RTD. civ.*, 1999, p. 194 et p. 195 ; J. NORMAND, *op. cit.*, p. 184. Voy. ég. J. VAN COMPENOLLE, « Impartialité du juge ... », *op. cit.*, p. 946, n° 10.

(118) J. NORMAND, *RTD. civ.*, 1999, p. 189.

(119) *J.L.M.B.*, 1999, p. 186; *J.T.*, 1999, p. 150, note D. LAGASSE, « Peut-on récuser un conseiller d'Etat ? Qu'est-

pendant être relevé par les circonstances de la cause, dont, notamment, la motivation de l'arrêt de rejet ». Suivant le Conseil d'Etat, tel n'est cependant pas le cas lorsque le conseiller unique s'est borné à considérer que des différences de fait et de droit ne permettraient pas de conclure qu'un arrêt antérieur n'était pas un précédent manifestement pertinent ou, par un motif surabondant, que la récusation d'un auteur de projet n'avait pas été sollicitée, ce qui ne peut être interprété que comme une invitation faite aux parties de s'expliquer sur ce point. « Ce motif ne relève pas un préjugé quant au fond du litige mais un souci de bonne administration de la justice » (120). Pour rejeter la demande de récusation dirigée contre le même conseiller d'Etat ayant également connu du différend dans le cadre de la procédure en suspension, la juridiction administrative décide par ailleurs que « le rejet d'une demande de suspension au motif que l'acte attaqué n'est pas susceptible d'engendrer pour les requérants un préjudice grave difficilement réparable n'est pas une décision abordant le fond du litige » (121).

3. Le cumul de la compétence et du fond par le même juge au regard du principe d'impartialité

45. La solution ainsi dégagée est directement transposable à la question du cumul de la compétence et du fond. Lorsque le juge, à tort, décline d'office sa compétence au terme d'une analyse approfondie de la qualification retenue par le plaideur et que le tribunal d'arrondissement lui renvoie ensuite l'affaire afin que le même juge se prononce sur le fond de l'affaire, ce magistrat doit, selon nous, se déporter ou, le cas échéant, être récusé (122).

(120) Cette appréciation est toutefois fortement critiquée, en fait, par D. LAGASSE (*op. cit.*, p. 154, n° 6) qui relève qu'en l'espèce la motivation de l'arrêt rendu dans le cadre de la procédure sommaire est fort longue et « dénote au contraire une prise de position claire et nette, qui ne manifestait aucune hésitation et qui ne laissait dès lors plus la place au moindre revirement ».

(121) D. LAGASSE (*op. cit.*, p. 153, n° 4) critique néanmoins cette décision au motif que, comme on l'a indiqué ci-dessus, le conseiller concerné s'était également prononcé sur le caractère manifestement fondé ou non du troisième moyen d'annulation des requérants et, « qui plus est, en des termes qui ne permettaient plus à leur auteur de changer d'opinion ».

(122) Comp. Pol. Bruxelles, 3 novembre 1997, *J.J.P.*, 1998, p. 175 qui, malgré la qualification d'accident de la circulation donnée par le demandeur, se déclare incompétent pour statuer sur la base de l'article 601bis du Code judiciaire et renvoie dès lors la cause au tribunal d'arrondissement qui lui renvoie à nouveau la cause. Le même tribunal, composé du même siège, déclare ensuite la demande non fondée au motif que, sur la base de la même motivation que celle donnée dans la décision d'incompétence, il ne s'agit pas en l'espèce d'un accident de la circulation (Pol. Bruxelles, 26 octobre 1998, *Journ. Proc.*, 1998, n° 259, p. 27, note P. TOUSSAINT).

4. *Le cumul par le juge de séquences successives d'un même litige au regard de l'article 828, 8° du Code judiciaire*

a) Exposé de la question

46. L'impartialité du juge doit-elle être mise en doute lorsque celui-ci statue en la même qualité dans des phases successives du même litige ?

L'article 828, 8°, 1, du Code judiciaire dispose que le juge peut être récusé lorsqu'il a précédemment connu du différend sauf, si au même degré de juridiction, il a concouru à un jugement avant faire droit.

Hormis l'hypothèse du jugement avant dire droit, le juge peut-il être récusé lorsqu'il s'est déjà prononcé dans le même litige (123) sur une autre question litigieuse ?

Nous nous proposons d'examiner cette question à l'aune de deux exemples récents.

b) L'article 1072bis du Code judiciaire

47. L'article 1072bis du Code judiciaire dispose que « *lorsque le juge d'appel rejette l'appel principal, (...) si, (...), une amende pour appel principal téméraire ou vexatoire peut être justifiée, ce point seul sera traité à une audience fixée par la même décision à une date rapprochée. Le greffier convoque les parties par pli judiciaire afin qu'elles comparaisent à l'audience fixée* ».

Les juges d'appel qui ordonnent la tenue d'une audience spéciale à laquelle la question de la collation d'une amende du chef de fol appel sera examinée conservent-ils l'impartialité requise pour se prononcer sur celle-ci ?

48. À juste titre, la jurisprudence (124), appuyée par la meilleure doctrine (125), répond par l'affirmative.

Plusieurs raisons justifient cette solution.

Il peut tout d'abord être défendu que le jugement de fixation de la cause sur la base de l'article 1072bis, alinéa 2, du Code judiciaire constitue une décision

d'avant dire droit dont les motifs restent soumis à la contradiction et ne constituent pas une cause de récusation selon l'article 828, 8°, du Code judiciaire (126).

Plus fondamentalement, c'est le système même de la procédure - lourde - retenue par le législateur qui justifie l'impartialité des magistrats appelés à se prononcer sur l'amende civile du chef de fol appel (127). Ceux-ci doivent obligatoirement offrir à l'appelant la possibilité d'un débat contradictoire sur une question dont certes ils se saisissent d'office mais sur laquelle ils n'ont pas encore statué (128).

« *La juridiction concernée peut, dans un premier temps, s'interroger sur l'abus commis par l'appelant, et, dans un second temps, au bénéfice des explications des parties fournies dans le respect des droits de la défense, revenir sur sa première 'impression'* » (129).

c) Le juge des saisies

49. Dans un récent arrêt du 12 décembre 1997, la Cour de cassation a décidé que le juge des saisies qui, dans le cadre d'une procédure de saisie-arrêt exécution, statue tout d'abord sur le caractère exécutoire de l'acte notarié et est ensuite appelé à se prononcer sur des demandes relatives à cette saisie contestant notamment le contenu de l'acte notarié et en déduisant la nullité du commandement préalable à la saisie-exécution connaît du même différend au sens de l'article 828, 8°, du Code judiciaire et qu'il y a, partant lieu à récusation (130).

50. Cette décision nous semble contestable en ce qu'elle accueille le moyen de cassation qui soutenait que le différend, dont question à l'article 828, 8, du Code judiciaire, s'entend de la contestation opposant les parties, « *peu importe que cette contestation fasse l'objet d'un ou plusieurs litiges matérialisés dans une ou plusieurs procédures, dès le moment où ces actes de procédure forment un ensemble soumis à l'appréciation du juge* ».

Comme le relevait le Commissaire royal à la Réforme judiciaire, l'article 828, 8°, du Code judiciaire permet de récuser le juge qui a déjà précédemment

(123) Ne sera par conséquent pas examinée ici la question de l'impartialité du tribunal de commerce statuant dans les quatre hypothèses prévues par la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire dans lesquelles le tribunal peut toujours se saisir d'office de l'action en faillite (voy. not. à ce sujet, Ph. GÉRARD, J. WINDEY et M. GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 125 et s, n° 119 et s.). On ne se trouve en effet dans ce cas pas en présence d'un même litige mais bien de deux procédures distinctes : le concordat judiciaire, d'une part, et la faillite, d'autre part (concl. de M. l'avocat général JANSSENS DE BISTHOVEN avant Cass., 26 janvier 1996, *Pas.*, I, 136).

(124) Voy. Civ. Nivelles, 3 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 735; Civ. Nivelles, 20 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 733.

(125) J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Les sanctions de l'appel abusif », *R.R.D.*, 1998, p. 163, n° 34.

(126) Civ. Nivelles, 20 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 733.

(127) Civ. Nivelles, 20 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 733.

(128) Civ. Nivelles, 3 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 735.

(129) J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Les sanctions de l'appel abusif », *R.R.D.*, 1998, p. 163, n° 34.

(130) Cass., 12 décembre 1997, *Pas.*, I, 1427.

connu du différend, « *sous la réserve que ce ne soit pas en vertu de la loi même qu'il ait statué au cours des phases successives que la cause comporte* » (131).

Tel est à notre avis le cas lorsque le juge des saisies connaît des difficultés d'exécution qui peuvent survenir au cours d'une même voie d'exécution.

La notion de « même différend », au sens de l'article 828, 8^o, du Code judiciaire, doit, selon nous, être entendue de manière restrictive (132) comme étant « la même question litigieuse débattue et ensuite tranchée par le juge », sous peine d'entraver considérablement l'examen d'une même cause en plusieurs phases successives.

5. Le réexamen en la même qualité d'un même litige

51. Le juge qui statue à nouveau sur un litige sur lequel il s'est déjà prononcé, parce que la loi lui attribue la possibilité de modifier les mesures provisoires qu'il a précédemment ordonnées ou encore de se prononcer régulièrement sur le renouvellement de celles-ci, est-il impartial ?

La réponse nous paraît certaine. C'est en effet dans l'intérêt même du justiciable que le législateur a institué la possibilité dans le chef du même juge de révoquer ou de modifier les mesures provisoires ou de se prononcer sur l'opportunité de leur renouvellement. Ce magistrat est, en effet, le mieux placé pour statuer à nouveau en tenant compte des circonstances de la cause, évaluées au regard de sa première appréciation. Il nous semble, en outre, conserver son impartialité puisqu'il ne statuera à nouveau que si les circonstances ont changé et/ou justifient une modification des mesures préalablement ordonnées.

Dans un arrêt du 11 juillet 2000 (133), la Cour de cassation a ainsi estimé qu'en raison des éléments nouveaux à prendre en considération et de l'évolution de la situation de l'enfant, de sa famille ou de ses familiers ainsi que des effets des mesures décidées antérieurement, il ne peut être considéré que le juge de la jeunesse, statuant sur une demande de renouvellement des mesures qu'il a décidées précédemment, connaît du même différend au sens de l'article 828, 8^o, du Code judiciaire.

L'obsession de l'impartialité ne peut conduire à imposer dans tous les cas l'exigence de magistrats absolument vierges de toute opinion au détriment de l'efficacité de la justice et du droit au procès équitable lui-même.

(131) Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, Doc. Parl., Sénat, sess. 1963-1964, n^o 60, p. 202.

(132) Voy. du reste dans ce sens, Cass., 20 octobre 1994, *Pas.*, 1995, I, 846 et Cass., 24 mars 2000, C.00.0138.N., inédit.

(133) Cass., 11 juillet 2000, P.00.1060.F., inédit.

LE POINT DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE AUX MESURES D'INSTRUCTION

**Dominique MOUGENOT,
juge au tribunal de commerce de Mons**

9813

3479 PRO

sous la coordination de
Georges de LEVAL,
doyen de la faculté de droit de l'U.Lg.
Hakim BOULARBAH
assistant à l'U.L.B., avocat
et
Roland FORESTINI,
assistant à l'U.L.B., avocat

BIBLIO

19 -01- 2001

LIÈGE

Hakim BOULARBAH,
avocat, assistant à l'U.L.B.

Georges de LEVAL,
doyen de la faculté de droit de l'U.Lg.

Jacques ENGLEBERT,
avocat, assistant à l'U.L.B.

Roland FORESTINI,
avocat, assistant à l'U.L.B.

Frédéric GEORGES,
avocat, maître de conférence et assistant à l'U.Lg.

Dominique MOUGENOT,
juge au tribunal de commerce de Mons

Didier PIRE,
avocat, maître de conférence et assistant à l'U.Lg.

Vincent THIRY,
avocat, président du B.A.J. du barreau de Liège

Sophie UHLIG,
avocat, assistante à l'U.C.L.