

Cour de cassation, 1^{re} chambre, 14 janvier 2005.
(seconde espèce)

Président et Rapporteur : M. VERUGSTRAETE,
président.

Conclusions : M. TIMPERMAN,
avocat général.

Plaidant : M. VERBIST.

I. DROITS DE L'HOMME. — CONVENTION DE SAUVERGARDE DES DROITS DE L'HOMME ET DES LIBERTÉS FONDAMENTALES (ART. 6). — GARANTIES DU PROCÈS ÉQUITABLE. — DROITS DE LA DÉFENSE. — PROCÉDURE SUR REQUÊTE UNILATÉRALE EN CAS D'ABSOLUE NÉCESSITÉ (OUI). — COMPATIBILITÉ (OUI).

II. RÉFÉRÉ. — REQUÊTE UNILATÉRALE. — CONDITIONS. — ABSOLUE NÉCESSITÉ. — APPRÉCIATION SOUVERAINE DU PRÉSIDENT.

I. *Le respect des droits de la défense n'exclut nullement que des circonstances exceptionnelles puissent exister ou des circons-*

R.C.J.B. - 3^e trim. 2006

tances d'absolue nécessité dans lesquelles la contradiction ne doit pas être réalisée dès le début de la procédure (solution implicite).

II. *La vérification de l'absolue nécessité justifiant le recours à la requête unilatérale, relève de l'appréciation souveraine du juge des référés.*

(GLOBAL ACTION IN THE INTEREST OF ANIMALS
C. CIRCO NEL MONDO.)

ARRÊT (*traduction*) (extrait) (*).

I. LA DÉCISION ATTAQUÉE

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 1^{er} septembre 2003 par la cour d'appel de Gand.

[...]

III. LES FAITS

La requête résume les faits comme suit :

La défenderesse exploite un cirque professionnel international qui intègre certains spectacles comprenant des animaux sauvages.

La demanderesse a lancé une campagne concernant les animaux sauvages dans les cirques.

A l'occasion des représentations de la défenderesse prévues à Gand du 28 août au 7 septembre, les affiches apposées par la défenderesse ont été couvertes par la demanderesse d'auto-collants portant les mots : « annulé pour cause de souffrance des animaux ».

Par requête unilatérale du 26 août 2003, déposée au greffe du tribunal de première instance de Gand, la défenderesse a demandé qu'il soit interdit à la demanderesse de poursuivre ses actions. Par ordonnance du 27 août 2003, la requête a été rejetée au motif que la défenderesse n'a pas démontré l'urgence requise.

(*) L'arrêt est publié *in extenso* à la *Pasicrisie*, 2005, n° 27.

La défenderesse a interjeté appel contre cette ordonnance. Par ordonnance du 28 août 2003, la chambre des vacations de la cour d'appel de Gand a déclaré l'appel fondé. Il a été interdit à la demanderesse de poursuivre les activités empêchant le déroulement normal des activités commerciales de la défenderesse, soit en menant la campagne d'autocollants mentionnée dans la requête ou en apposant des inscriptions similaires, soit en organisant des actions perturbatrices et des rassemblements sur et aux alentours du terrain sur lequel la défenderesse donnerait ses représentations de cirque.

Par exploit du 29 août 2003, la demanderesse a formé tierce opposition contre cette ordonnance. Dans l'arrêt attaqué du 1^{er} septembre 2003, la cour d'appel de Gand déclare non fondée la tierce opposition.

IV. LES MOYENS DE CASSATION

La demanderesse invoque trois moyens dans sa requête.

1. *Premier moyen*

Dispositions légales violées

— *articles 584 et 1138, 2^o, du Code judiciaire;*

— *article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée par la loi du 13 mai 1955;*

— *principe général du droit de l'autonomie des parties au procès en matière civile et principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.*

Décisions et motifs critiqués

Les juges d'appel ont déclaré non fondée la tierce opposition formée par la demanderesse contre l'ordonnance du 28 août 2003 de la chambre des vacations de la cour d'appel de Gand et ont rejeté le moyen de défense invoqué par la demanderesse selon lequel la défenderesse ne pouvait pas introduire sa demande par requête unilatérale, sur la base des considérations suivantes :

« 4.1. — *Le premier moyen.*

(a) *La (demanderesse) allègue que la requête unilatérale est contraire aux articles 1034bis du Code judiciaire, 14 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*

(b) *La (cour d'appel) juge non fondé ce moyen.*

Par l'article 40 de la loi du 5 août 1992, le législateur a introduit la procédure sur requête contradictoire (article 1034bis et suivants du Code judiciaire). Cette procédure est introduite outre la requête unilatérale et non pour la remplacer.

La procédure sur requête unilatérale ne contient pas davantage une violation des droits fondamentaux relatifs à un procès équitable, tels que déterminés aux articles 6 (de la) Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 14 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques.

Les dispositions du Code judiciaire contiennent suffisamment de garanties pour un procès équitable :

— *le président, qui prend des mesures en application de l'article 584 du Code judiciaire, ne peut s'occuper du fond de la cause;*

— *ni la motivation, ni le dispositif de la décision prise en application de l'article 584 du Code judiciaire, ne lient le juge du fond;*

— *toute personne n'étant pas intervenue dans la procédure sur requête unilatérale, dont les droits sont préjudiciés par l'ordonnance, dispose de la voie de recours qu'est la tierce opposition (article 1033 du Code judiciaire).*

Finalement, conformément à l'article 1125, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, la tierce opposition présente est portée devant le juge qui a rendu l'ordonnance attaquée.

La cour estime que ces considérations ne sont pas infirmées par une seule opinion déterminée de la doctrine, qui est en outre manifestement isolée.

Il n'y a plus lieu de répondre au moyen de défense concernant la nature de la sanction demandée (la non-admissibilité),

et sur la base des considérations que :

4.3. — *Le troisième moyen*

(a) *La (demanderesse) allègue que la condition de l'absolue nécessité n'était pas présente.*

Son identité était, en effet, connue. Il ressort de différents articles de journal qu'elle entendait lancer une campagne d'auto-collants. Ceci ressort notamment d'un article du journal 'De Gentenaar', paru le mardi 19 août 2003. La campagne contre les cirques existe depuis assez longtemps et la (défenderesse) en était déjà au courant.

Elle a néanmoins attendu dix jours pour déposer sa requête. Implicitement, la (demanderesse) semble donc contester également l'urgence.

(b) *La (cour d'appel) ne peut accueillir favorablement cette argumentation.*

Concernant la condition de l'urgence : si la (défenderesse) avait manifestement déjà pris connaissance le 18, au plus tard le 19 août 2003, des intentions de la (demanderesse) de mener une campagne, il est incontestablement clair que la (défenderesse) ne pouvait constater l'ampleur du dommage imminent qu'en déménageant de Hasselt à Gand et en y installant ses tentes. La (défenderesse) a organisé des représentations à Hasselt jusqu'au 26 août 2003 et à Gand à partir du 28 août 2003. En outre la (défenderesse) a exposé qu'elle avait d'abord tenté de neutraliser l'action des autocollants de la (demanderesse) en apposant de nouvelles affiches. En l'espèce, les tergiversations alléguées ne constituent donc pas un argument pour rejeter le caractère urgent de la demande.

La cause était donc certainement urgente.

La condition de l'absolue nécessité est également satisfaite suivant la cour. La procédure sur requête unilatérale était, en l'espèce, la seule possibilité pour éviter le dommage imminent. En effet, les représentations à Gand n'ont lieu que durant une très courte période : du 28 août au 7 septembre 2003 inclus. Etant donné sa nature, une procédure contradictoire aurait pris trop de temps pour pouvoir prendre des mesures effectives préventives d'un dommage irréparable, alors que ces mesures, qui sont limitées par leur nature et dans le temps, ne causent pas de dommage irréparable aux droits de (la demanderesse).

Le moyen ne peut être accueilli» .

Griefs

1.1. Première branche

L'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Ce droit implique tout d'abord le droit de se défendre contre la demande qui est introduite contre sa personne.

Par ordonnance du 28 août 2003, certaines mesures d'interdiction ont été imposées à la demanderesse dans une procédure qui a été introduite par la défenderesse par requête unilatérale. La demanderesse n'avait, dès lors, pas l'occasion de se défendre par rapport aux demandes introduites par la défenderesse.

Il s'ensuit qu'en décidant, par ordonnance du 28 août 2003, que le juge pouvait imposer à la demanderesse certaines mesures d'interdiction, sans qu'il soit nécessaire de permettre à la demanderesse de se défendre à ce sujet, les juges d'appel ont violé l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

1.2. Seconde branche

Conformément à l'article 584 du Code judiciaire, le président du tribunal de première instance statue au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence, en toutes matières, sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire.

Le président est saisi par voie de référé ou, en cas d'absolue nécessité, par requête.

Etant donné que l'introduction de la cause par requête unilatérale, conformément à l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire, porte fondamentalement atteinte aux droits de la défense, celle-ci n'est possible qu'en des cas tout à fait exceptionnels. La notion d'« absolue nécessité » doit, dès lors, recevoir une interprétation stricte.

Il est supposé qu'une absolue nécessité au sens de l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire existe en cas d'extrême urgence, à savoir lorsque l'introduction de la demande par citation, même avec des délais de citation abrégés, empêcherait que le litige puisse être jugé promptement ou efficacement.

En cas d'absence de cette extrême urgence, la procédure unilatérale implique une limitation injustifiée des droits de la défense et la violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

Dans ses conclusions, la demanderesse a allégué que l'extrême urgence requise par l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire, faisait défaut. La demanderesse avait, en effet, annoncé qu'elle mènerait des campagnes d'autocollants à Gand concernant les représentations qui auraient lieu à partir du 28 août 2003. Au plus tard le 18 août 2003, la défenderesse en avait connaissance, ce qui ressortait du fait qu'une interview de la défenderesse est parue au journal du 19 août 2003 relative aux actions prévues par la demanderesse.

En outre, la demanderesse avait déjà mené la même campagne durant les représentations de la défenderesse à Hasselt qui avaient lieu du 22 au 27 août 2003. En outre, la demanderesse avait annoncé qu'elle poursuivrait sa campagne d'autocollants, « quel que soit le nombre de fois que le cirque recolle ses affiches sur nos autocollants ».

La campagne menée par la demanderesse et son ampleur précise étaient, dès lors, annoncées longtemps à l'avance, ce qui n'a pas été contesté par la défenderesse.

Selon la demanderesse, en adoptant une attitude attentiste et en profitant de la publicité offerte de facto par la demanderesse au profit de la défenderesse, pour ensuite introduire sa demande par requête unilatérale, longtemps après que la défenderesse avait pris connaissance des actions annoncées de la demanderesse, juste avant la première des représentations de cirque à Gand, la défenderesse a abusé de la procédure sur requête unilatérale.

La défenderesse a soutenu que la procédure unilatérale était nécessaire pour éviter un dommage. Sur ce point, il n'était pas

pertinent, selon la défenderesse, de savoir à quel moment les autocollants avaient été apposés, ni que l'action avait été annoncée. La défenderesse estimait que, étant donné que la première aurait lieu le 28 août 2003, une procédure contradictoire prendrait trop de temps et ferait accroître le dommage de façon déraisonnable, de telle sorte qu'elle était autorisée à saisir par requête unilatérale le président du tribunal de la cause le 26 août 2003.

Les juges d'appel ont décidé qu'en l'espèce, la procédure sur requête unilatérale était l'unique possibilité pour empêcher un dommage imminent. Etant donné sa nature, une procédure contradictoire aurait pris trop de temps pour pouvoir prendre des mesures effectives.

En considérant que la défenderesse ne pouvait constater l'ampleur du dommage imminent qu'en déménageant de Hasselt à Gand après le 26 août 2003 et que la défenderesse a tenté de neutraliser l'action des autocollants en apposant de nouvelles affiches, les juges d'appel ont rejeté le moyen de défense de la demanderesse selon lequel il n'y avait pas extrême urgence, dès lors que la défenderesse avait connaissance des actions de la demanderesse depuis le 18 août 2003 au plus tard.

Ainsi les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision.

La défenderesse n'a, en effet, pas soutenu qu'elle ne pouvait constater l'ampleur du dommage qu'en déménageant de Hasselt à Gand. En fondant leur décision sur cette considération sans permettre aux parties de se défendre sur ce point, les juges d'appel ont soulevé une contestation qui n'existait pas entre les parties (violation du principe dispositif et de l'article 1138, 2°, du Code judiciaire) et ils ont violé le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

En outre les juges d'appel ne pouvaient conclure à l'extrême urgence de la cause sans violer l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire, sur la base des considérations que la défenderesse ne pouvait constater l'ampleur du dommage imminent qu'en déménageant de Hasselt à Gand après le 26 août 2003 et que la défenderesse avait tenté de neutraliser l'action des autocollants en collant de nouvelles affiches.

Les parties ne contestaient, en effet, pas que la défenderesse avait pris connaissance au plus tard le 18 août 2003 des actions que la demanderesse mènerait à Gand relativement aux représentations qui auraient lieu à partir du 28 août 2003, que la demanderesse menait déjà une campagne similaire durant les représentations de la défenderesse à Hasselt qui se tenaient du 22 au 27 août 2003, et que la demanderesse avait annoncé qu'elle poursuivrait son action d'autocollants, « quel que soit le nombre de fois que le cirque recolle ses affiches », de sorte qu'au plus tard le 18 août 2003, la campagne menée par la demanderesse et son ampleur précise étaient connues de la défenderesse. Dès lors, la défenderesse aurait déjà pu introduire sa demande le 18 août 2003, à savoir dix jours avant le commencement des représentations.

En décidant en ces circonstances que la défenderesse pouvait introduire sa demande par requête unilatérale le 26 août 2003, sur la base de la considération qu'une procédure contradictoire, étant donné sa nature, aurait pris trop de temps pour pouvoir prendre des mesures préventives d'un dommage irréparable, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision et ont violé l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire.

En acceptant dans les circonstances spécifiques, non contestées, de la cause que la demande pouvait être introduite par requête unilatérale, les juges d'appel ont également violé l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense.

[...]

IV. LA DÉCISION DE LA COUR

1. Sur le premier moyen :

1.1. Quant à la première branche :

Attendu que l'arrêt rejette la demande de la demanderesse, non seulement en se fondant sur la considération critiquée dans le moyen, en cette branche, mais aussi en se fondant sur la considération, indépendante et critiquée en vain par le

moyen, en sa deuxième branche, que le respect des droits de la défense n'exclut nullement que des circonstances exceptionnelles puissent exister ou des circonstances d'absolue nécessité dans lesquelles la contradiction ne doit pas être réalisée dès le début de la procédure;

Que le moyen, en cette branche, ne saurait entraîner la cassation et, dès lors, est irrecevable;

1.2. *Quant à la seconde branche :*

Attendu que la demanderesse allègue que le juge d'appel ne pouvait constater que l'absolue nécessité d'introduire une requête unilatérale n'était pas présente; qu'elle allègue que la défenderesse elle-même n'avait pas pratiqué la promptitude, alors qu'elle pouvait agir depuis le 18 août 2003; qu'elle invoque, pour le surplus, que le juge d'appel a fondé sa décision sur un élément qui n'avait pas été invoqué par la défenderesse, à savoir que la défenderesse ne pouvait constater le dommage qu'en démenageant de Hasselt à Gand;

Attendu que le juge d'appel a souverainement décidé que la défenderesse a d'abord tenté de neutraliser elle-même l'action de la demanderesse et que lorsque ceci a failli, elle ne pouvait réagir utilement que par une requête unilatérale;

Qu'ensuite, les conclusions de la défenderesse mentionnent de façon expresse que, le 26 août 2003, la demanderesse a mis en œuvre ses menaces à la fin des représentations à Hasselt, de sorte que la question du moment auquel le dommage pouvait être constaté, a fait l'objet du débat;

Qu'ainsi, le moyen, en cette branche, s'oppose d'une part à l'appréciation de faits et, d'autre part, à une constatation du juge du fond qui était fondée sur les éléments présents dans le débat;

Que le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli;

[...]

Par ces motifs, la Cour, rejette le pourvoi (...).

NOTE

Référé et procès équitable

INTRODUCTION

1. — Tous deux prononcés le 14 janvier 2005 (1), les arrêts annotés mériteraient une attention soutenue eu égard à leur apport à la délicate problématique du conflit opposant, d'une part la liberté de commerce et d'industrie ainsi que le droit de propriété d'entrepreneurs privés, et d'autre part la liberté d'expression et de réunion de leurs détracteurs. Les questions de fond soulevées par cet affrontement sont très épineuses, ainsi du reste qu'en atteste concurremment la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme (2). Non moins sujette à controverses était, en l'occurrence, la forme de l'arbitrage judiciaire départageant lesdites libertés : en quoi, et jusqu'à quel point, les injonctions présidentielles intervenues dans les espèces commentées se distinguaient-elles des limitations préventives aux libertés, prohibées par le droit constitutionnel belge (3) ?

(1) Cass., 14 janvier 2005 (*Greenpeace*), ég. publié in *Pas.*, 2005, n° 24; *N.J.W.*, 2005, p. 698 avec une note signée EvB; in *R.W.*, 2005-2006, p. 305 avec une note de M. STORME, « Art. 6 E.V.R.M en het eenzijdig verzoekschrift »; Cass. 14 janvier 2005 (G.A.I.A.), ég. publié in *Pas.*, 2005, n° 27; *N.J.W.*, 2005, 699, avec une note signée EvB. Au sujet de ces arrêts, voy. ég. les commentaires de E. BREWAEYS, « Kort geding op eenzijdig verzoekschrift : recht van verdediging op laag pitje », *Juristenkrant*, 2005, n° 106, pp. 1 et 4. Le premier arrêt (*Greenpeace*) fait l'objet d'un commentaire de la Cour dans son *Rapport annuel 2005* (éd. du *Mon. b.*, 2006, pp. 91-92).

(2) S'agissant des limites imposables à la liberté d'expression aux fins de préservation de la réputation d'une société commerciale, voy. e. a., Cour eur. D.H., arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, ainsi que, plus anciennement, Cour eur. D.H., arrêt *Hertel c. Suisse* du 25 août 1998. S'agissant des limitations imposables à la liberté de réunion des uns aux fins de préservation du droit de propriété ou de la liberté de commerce et d'industrie des autres, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni* du 6 mai 2003 (liberté de forum sur une propriété privée), ainsi que Cour eur. D.H., req. n° 38190/97, décision *Fédération des syndicats des travailleurs offshore et autres c. Norvège* du 27 juin 2002 (limitations susceptibles d'être apportées au droit de grève). Dans la jurisprudence de la Cour de justice, voy. C.J.C.E., C-112/00, arrêt du 12 juin 2003, en cause *Schmidberger*.

(3) Sans vouloir entrer plus avant dans la problématique, l'on notera néanmoins qu'aux termes d'une jurisprudence convergente de la Cour de cassation et de la Cour d'arbitrage, l'intervention d'un juge statuant en référé ou comme en référé en vue de faire cesser la diffusion d'un discours n'est pas considérée comme une mesure préventive interdite par les articles 19 et 25 de la Constitution, lorsque, au moment où intervient l'injonction litigieuse, la diffusion du discours concerné a déjà commencé — tel était au demeurant le cas dans l'espèce *Global Action in the Interest of the Animals* (voy. Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, 2000, n° 420; *Journ. Proc.*, 2000, n° 398, p. 25, note F. TULKENS et A. STROWEL; *A.M.*, 2000, p. 443, note E. BREWAEYS; *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, note F. JONGEN; *Rec. Arr. Cass.*, 2001, p. 35, note D. VOORHOOF, et C.A., n° 157/2004, 6 octobre 2004, pt. B.75. Sur l'ensemble de la question, voy. J. VELAERS, « Het Arbitragehof en de antidiscriminatiewet », *T.B.P.*, 2004, pp. 613-614). S'agissant des limitations préventives à la liberté de réunion, querellées dans l'espèce *Global Action in the Interest of Animals* et théoriquement susceptibles de l'être dans l'espèce *Greenpeace*, le même raisonnement semble pouvoir être tenu (la liberté limitée avait déjà pu trouver à s'exercer au moment où intervenait l'injonction présidentielle). S'y ajoute le fait que la Constitution elle-même, en son

2. — Nous laisserons cependant à d'autres, présents et à venir, le soin de disserter sur ces thèmes. Nos observations s'assignent l'unique ambition de mettre en exergue, aux fins d'examen critique, d'autres enseignements des espèces commentées, localisés sur le terrain du droit processuel. De manière tout à fait explicite dans la première affaire, et nettement plus implicite dans la seconde, la Cour de cassation aborde et résout — d'heureuse manière, à notre estime — une série de questions qui, pour être rattachées au cortège des évidences peu bousculées de notre droit judiciaire, n'en sont pas moins susceptibles d'articuler de délicates discussions et de susciter d'importantes difficultés (4).

3. — Ces problèmes tiennent en une question : qu'advient-il en référé des garanties fondamentales du procès (civil) équitable ?

En déclarant l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme applicable à l'office du juge statuant au provisoire, la Cour de cassation s'engage ici solennellement dans une voie que la Cour européenne des droits de l'Homme elle-même n'a jusqu'ores pas balisée, pour la simple raison que celle-ci la juge — selon nous, à tort — sans issue.

Il échet, dès l'abord, de mesurer la portée de cette déclaration d'applicabilité (II). Leur *applicabilité* de principe désormais acquise, encore faut-il s'interroger ensuite sur l'*application*, concrète et effective, des garanties du procès équitable aux procédures de référé. Il s'impose donc, en la matière, d'effectuer un travail de reconstruction au départ — et c'est là toute la difficulté de l'entreprise —, soit des déductions qu'autorisent les principes généraux très abstraits du *fair trial*, soit des analogies à tracer avec les enseignements plus concrets issus de problématiques voisines (III).

Les arrêts annotés enrichissent cette réflexion d'un autre apport fondamental. Il y a en effet que c'est à propos et dans le contexte de procédures mues sur requête unilatérale (art. 584, al., 3, du Code judiciaire), que la Cour de cassation y consacre l'applicabilité (et y suppose l'application) de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme en référé. L'affirmation de la compatibilité de ces procédures exceptionnelles avec le principe du contradictoire, secrété par la garantie conventionnelle susdite et par le principe général relatif au respect du droit de la défense, marque une étape décisive, sinon le terme, d'une controverse doctrinale dont l'ancienneté (5) n'avait d'égale que l'acuité : elle mérite, en conséquence, que

article 26, al. 2, autorise de toute façon les limitations préventives à la liberté de réunion exercée « en plein air ».

(4) Qu'il suffise à cet égard de prendre acte des réactions pour le moins contrastées suscitées par ces arrêts auprès de M. STORME (« Art. 6 E.V.R.M en het eenzijdig verzoekschrift », *op. cit.*) et de E. BREWAYS (« Kort geding op eenzijdig verzoekschrift : recht van verdediging op laag pitje », *op. cit.*).

(5) Voy. p. ex. M. VAN HOECKE, « Vordering op eenzijdig verzoekschrift en het recht van de verdediging », *R.W.*, 1990-1991, pp. 596-599.

l'on y consacre un commentaire spécifique, que justifient tout autant les particularités des procédures mûes sur requête unilatérale (6) (IV).

Qu'il nous soit cependant permis, au seuil de ces analyses, de décrire brièvement les antécédents des deux arrêts commentés (I).

I. — DONNÉES PROCÉDURALES DES ARRÊTS COMMENTÉS

4. — À l'origine du premier arrêt annoté — ci-après l'arrêt *Greenpeace* —, on trouve une ordonnance sur requête unilatérale, enjoignant à la demanderesse en cassation de cesser l'occupation du dragueur « S.H.Z Galilei » dans les eaux territoriales belges, de libérer et d'évacuer le navire dans les deux heures de la signification de l'ordonnance intervenue. Cette injonction, doublée de l'interdiction plus générale de gêner de quelque manière que ce soit l'utilisation du dragueur, était assortie d'une astreinte. La tierce-opposition introduite contre l'ordonnance fut déclarée non-fondée. Il en fut de même de l'appel interjeté contre la décision intervenue sur tierce-opposition. Aux termes de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Gand le 25 octobre 2001 (7), le moyen dénouçant l'incompatibilité de la procédure unilatérale originaire avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne pouvait être reçu, au motif que, eu égard à leur nature particulière, la garantie conventionnelle précitée ne trouve pas à s'appliquer aux procédures en référé. Surabondamment, la juridiction gantoise estima en substance qu'il existait des circonstances exceptionnelles ou d'absolue nécessité — avérées en l'espèce — justifiant que la contradiction des débats soit différée : la possibilité d'exercer subséquemment une tierce-opposition contre la décision intervenue sur requête unilatérale, rétablit à suffisance la possibilité d'une contradiction originairement sacrifiée sur l'autel de l'urgence.

Ainsi résumées, les conclusions atteintes par la Cour d'appel de Gand ne seront pas remises en cause par la Cour de cassation. Seule importe la réponse à la seconde branche du moyen unique de cassation. La Cour y dément la première prémisse du raisonnement des juges d'appel, sans davantage de conséquences sur le dispositif — surabondamment motivé (8) — de la décision attaquée : contrairement à celle-ci, la Cour de cassation estime que « l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales est, en principe, applicable aux procédures qui, conformément à l'article 584 du Code judiciaire, sont jugées en référé par le président du tribunal de première instance ». Cautionnant la légalité du motif surabondant de la décision attaquée, l'arrêt poursuit en affirmant que « les droits de la défense », dont elle vient de consacrer l'applicabi-

(6) Au sujet desquelles, cons. l'étude remarquable de H. BOULARBAH, « L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale : conditions, procédures et voies de recours », in *Le référé judiciaire* (sous la dir. de J. Englebert et H. Boularbah), Bruxelles, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2003, pp. 65 et s.

(7) Gand, 25 octobre 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 224.

(8) Voy. la réponse à la première branche du moyen.

lité en référé, « *n'empêchent pas qu'en cas d'absolue nécessité une procédure soit introduite sur requête unilatérale, à la condition que, d'une part, la loi prévoie une telle procédure et, d'autre part, les personnes intéressées aient la possibilité de former un contredit en garantie de leurs droits* ».

5. — Quoique de manière très implicite, ces enseignements de l'arrêt *Greenpeace* transpirent aussi de la seconde décision commentée, l'arrêt *Global Action in the Interest of Animals*. En l'espèce, l'association demanderesse en cassation avait entrepris de placarder, sur les affiches publicitaires apposées par le « Circo del Mundo » en prévision de sa venue dans la ville de Gand, des autocollants comportant la mention « Annulé pour cause de souffrance des animaux ». Aux fins qu'il soit ordonné à l'association *Global Action in the Interest of Animals* de mettre un terme à cette campagne, la société exploitant le cirque concerné saisit le président du tribunal de première instance siégeant en référé d'une requête unilatérale. La demande fut rejetée par ordonnance du 27 août 2003, constatant que l'extrême urgence requise par l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire n'était point vérifiée. Cette ordonnance fut cependant réformée, sur appel de la partie défenderesse en cassation, par un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 28 août 2003, lequel commina, sous astreinte, les mesures d'interdiction sollicitées. La tierce opposition introduite à l'encontre de cet arrêt fut déclarée non fondée par cette même Cour d'appel de Gand, statuant par arrêt du 1^{er} septembre 2003 (9). A s'en tenir aux aspects qui intéressent notre analyse, on relèvera que cette décision repousse l'argumentation théorique selon laquelle l'institution de la requête unilatérale heurterait, dans le principe, les garanties du procès équitable, et admet ensuite l'existence d'une absolue nécessité justifiant, au sens de l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire, le recours à ladite requête. En sa première branche, le premier moyen de cassation reproche en substance à la Cour d'appel de Gand de n'avoir point aperçu de contrariété entre le mécanisme de la requête unilatérale et les garanties du procès équitable. De manière subsidiaire selon nous, la deuxième branche du moyen lui fait grief d'avoir considéré que les circonstances de la cause formaient un cas d'absolue nécessité. L'interprétation de la réponse donnée par la Cour de cassation à chacune de ces deux branches autorise moins d'assurance que celle de l'arrêt *Greenpeace*. La publication de celui-ci, qui sonne réellement comme un arrêt de principe (10), eût donc certes suffi. L'éclat de l'arrêt *Greenpeace* n'empêche cependant par d'en apercevoir, dans l'arrêt *G.A.I.A.*, du même jour, une confirmation; implicite et suggestive, convenons-en.

La réponse à la première branche, précitée, du premier moyen aurait *a priori* justifié la plus grande attention, puisque c'est en cette branche que la demanderesse soumettait à la Cour la question de principe qui nous intéresse, celle de la « dignité européenne » de la requête unilatérale. Mais la Cour considère qu'en cette première branche, le moyen est irrecevable, à

(9) Gand (réf.), 1^{er} septembre 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 464.

(10) En signe de l'importance de l'arrêt *Greenpeace*, la Cour lui réserve les honneurs d'un commentaire dans son *Rapport annuel* 2005 (éd. du *Mon. b.*, 2006, pp. 91-92).

défaut d'intérêt, en raison du rejet de la seconde branche du moyen, laquelle, toujours selon la Cour, critiquait une considération indépendante du motif — de principe — critiqué par la première branche. Autant l'indépendance (ou la surabondance) de motifs retenue par l'arrêt Greenpeace sautait aux yeux (*supra*, n° 4) (11), autant celle-ci ne s'aperçoit qu'au prix d'une reconstruction conciliante. Les motifs admettant le bénéfice de l'absolue nécessité, critiqués par la seconde branche du moyen, présupposaient nécessairement qu'il soit tenu pour acquis que les garanties du procès équitable ne sont pas éternuées, en cas d'absolue nécessité, par le caractère unilatéral de la procédure. Or, tel était précisément le sens des motifs critiqués par la première branche du moyen. A s'en tenir à cette présentation, on cherche en vain l'indépendance entre les deux salves de motifs. Aussi faut-il plutôt mettre l'accent sur la phrase aux termes de laquelle la Cour de cassation énonce, dans la réponse à la première branche du moyen, que c'est « *en vain* » que le moyen reproche à la décision attaquée d'avoir considéré que « *le respect des droits de la défense n'exclut nullement que des circonstances exceptionnelles puissent exister ou des circonstances d'absolue nécessité dans lesquelles la contradiction ne doit pas être réalisée dès le début de la procédure* ». Qu'importe, finalement, que cette considération de pur droit fut critiquée par la première branche du moyen, et non par la seconde (12), puisque l'on apprend dans tous les cas qu'à l'estime de la Cour c'est « *en vain* » qu'elle l'a été. Il y a là, même si elle est fugace, une confirmation de l'enseignement de l'arrêt *Greenpeace*, et non seulement la résultante de l'application d'une technique de cassation. Pour le surplus, l'arrêt *G.A.I.A.* considère, sans surprise, que l'absolue nécessité ressortit de l'appréciation souveraine de la juridiction présidentielle.

Les autres moyens de cassation, non reproduits, dénonçaient l'incompatibilité de l'injonction intervenue *in specie* avec le droit à la liberté d'expression et le droit à la liberté de réunion, constitutionnellement et internationalement garantis. Répétons-le cependant, il n'est pas de notre ambition de livrer, dans les lignes qui suivent, un examen exhaustif de ces dernières questions.

II. — PORTÉE DES ARRÊTS COMMENTÉS : APPLICABILITÉ DU PROCÈS ÉQUITABLE EN RÉFÉRÉ

6. — L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme — et son jumeau onusien, étant l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques — trouvent-ils à s'appliquer aux procédures en référé ?

(11) En effet, sont articulés par un rapport évident de surabondance, par le jeu de la subsidiarité, le motif selon lequel les garanties du procès équitable ne s'appliquent pas à la procédure mue sur requête unilatérale et le motif selon lequel, à certaines conditions, ces mêmes garanties ne sont pas violées par semblable requête.

(12) Ainsi que le confirme d'ailleurs la réponse que la Cour y donne, la seconde branche du moyen se bornait à reprocher à la décision attaquée d'avoir admis le bénéfice de l'absolue nécessité.

À notre connaissance, et sous réserve de quelques notables exceptions (13), la question n'a, jusqu'ores, guère retenu l'attention, tant dans la communauté des processualistes belges (14), que parmi les commentateurs classiques des instruments internationaux précités.

Cette discrétion doctrinale traduit-elle une manière d'évidence de la réponse à la question posée (*In claris non fit interpretatio ... nec doctrina*) ? Les prises de position prétorienne successives auxquelles donna lieu l'affaire *Greenpeace* doivent alors sonner le réveil des plumes et des esprits.

7. — On y a en effet déjà fait allusion (*supra*, n° 4) : la Cour d'appel de Gand, dans son arrêt du 25 octobre 2001, affirma de manière péremptoire que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne pouvait trouver à s'appliquer à l'instance de référé. En effet, « *étant admis en l'espèce qu'il ne s'agit aucunement d'une mesure jugeant définitivement de l'existence, de la portée et des modalités d'exercice des droits et obligations des parties, il ne s'agit, toutefois, pas d'une 'contestation' sur des droits et obligations de caractère civil, au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Dans le cadre des ordonnances, rendues en cas d'absolue nécessité, seules des mesures provisoires sont indiquées, ou encore des 'réparations' provisoires de situations pristines qui ont été modifiées à la suite de voies de fait ou d'actes unilatéraux* » (15).

(13) Voy en effet J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 364, n° 406 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Les effectivités d'une nouvelle garantie du procès équitable : le droit à l'exécution du jugement », in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, t. II, Milan Giuffrè, 2005, ici spéc. pp. 657-658, n° 6 ; P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen. Het toepassingsgebied van artikelen 6, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de Mens en 14, lid 1, van het internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten*, Thèse, KUL, 1987, version ronéo, p. 99, n° 81. Adde. FR. TULKENS et J. LOTARSKI, « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 734, et enfin S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, vol. 1, Dossier n° 57 du *Journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 95, n°s 147 et s.. En droit français, voy. la très belle étude de J. NORMAND, « Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe du contradictoire », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé* (sous la dir. de J. van Compernelle et G. Tarzia), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 137 et s. En droit judiciaire italien, voy., au sein de ce même ouvrage collectif, la contribution de M. F. GHIRGA, « L'application aux mesures provisoires du principe dispositif et du principe de la contradiction en droit italien », pp. 116 et s.

(14) Symptomatique est, à cet égard, la démarche de L. DU CASTILLON qui s'interroge sur la compatibilité du « référé unilatéral » avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme sans s'être au préalable enquis de l'applicabilité du second au premier (L. DU CASTILLON, « Variations autour du principe dispositif et du contradictoire dans l'instance en référé », *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Étude de droit comparé* (sous la dir. de J. van Compernelle et G. Tarzia), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 110 et suiv.). Cette question fondamentale, et préjudicielle, est également absente des commentaires auxquels donnèrent lieu les deux arrêts présentement annotés, cités *supra*, note (1).

(15) Gand, 25 octobre 2001, *op. cit.*, ici. p. 225. La traduction ici reprise est celle de la Cour de cassation.

À y regarder de près, la démonstration n'est pas exempte d'ambiguïté, en tant qu'elle opère une manière d'écrasement entre deux questions essentiellement distinctes. Que l'intervention du président statuant en référé s'inscrive *in specie* dans le cadre d'une « contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil », au sens conventionnel du terme, n'est en effet pas douteux : l'inapplicabilité de l'article 6 ne pourrait, en conséquence, être justifiée sous cet angle d'attaque. Autre est par contre la question de savoir si la *nature même* de l'intervention présidentielle concernée — il s'agit d'une décision rendue « au provisoire », et, à ce titre, dépourvue d'autorité de chose jugée — emporte par elle-même l'effet de soustraire le litige qui en est le théâtre aux prévisions de l'article 6. À cette question, la juridiction gantoise répond, semble-t-il, par l'affirmative. À suivre son raisonnement, l'on serait contraint de déduire que, par essence, toute procédure en référé, quel qu'en soit le mode — unilatéral ou contradictoire — d'introduction, échapperait à l'emprise de la garantie conventionnelle précitée.

Telle est, au demeurant, la solution que retiennent, jusqu'à nouvel ordre et en dépit des critiques de leurs commentateurs, les jurisprudences administratives et judiciaires françaises (16).

8. — Radicalement différente sera cependant la position de la Cour de cassation dans l'arrêt *Greenpeace*. De manière inédite à notre connaissance, cette décision affirme explicitement, sans autre forme (ni besoin d'ailleurs) de démonstration, que « l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentale est, en principe, applicable aux procédures qui, conformément à l'article 584 du Code judiciaire, sont jugées en référé par le président du tribunal de première instance ».

L'incise « en principe » indique clairement qu'à l'estime de la Cour, il existerait des circonstances dans lesquelles, à titre exceptionnel, une procédure en référé ne serait pas assujettie aux garanties conventionnelles du procès équitable. La Cour n'y étant pas invitée par les pourvois, ni son arrêt *Greenpeace*, ni son arrêt *Global Action in the Interest of Animals*, ne fournissent cependant la moindre précision quant à l'identité de ces circonstances exceptionnelles. Il se justifie donc d'envisager, ci-après, une manière d'application « sur mesure », au référé, des garanties du procès équitable.

9. — Mais, à ce stade, le débat sur l'applicabilité de principe de ces garanties aux procédures de référé, n'est pas encore clos. Ne voit-on pas, en effet, qu'aux termes des arrêts annotés, la Cour de cassation fait œuvre

(16) Voy. S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 105 et p. 1096, n° 766, citant — et critiquant à juste titre — C.E. fr., 11 mars 1996, *Gaz. Pal.*, 1996, pan. 144; C.E. fr., 20 mars 2000, *R.F.D.A.*, 2001-6, p. 1258, chron. J. ANDRIANTSIMBAZONIVA et L. SERMET; C.A.A. Nantes, 7 mai 1991, *Rec. C.E.*, 1991, p. 522; *Dr. adm.*, 1991, n° 400; C.A.A. Paris, 17 février 1994, *Rec. C.E.*, 1994, p. 1112; *Dr. adm.*, 1994, n° 286, ainsi que Cass. fr. (crim.), 16 juin 1988, *Gaz. Pal.*, 1989, p. 40 et Cass. fr. (crim.), 20 septembre 1994, *Bull.*, n° 299. *Adde* C.E. fr., 25 mars 1999, *D.*, 1999, p. 567, note J.-M. ANDRÉ et C.E. fr., 11 mars 1996, *Gaz. Pal.*, 30 juin 1996, n° 122-184.

palliative ou, au mieux, anticipative. Car trouvera-t-on, dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme (17), quelque précédent apte à informer le débat ainsi esquissé, et, le cas échéant, à dissiper les zones d'ombres et angles morts qu'il comporte ?

Assurément, non.

Largement confidentielle — il s'agit pour l'essentiel de décisions de recevabilité, souvent non publiées —, l'abondante jurisprudence strasbourgeoise intervenue à propos des relations unissant le référé et le procès équitable est d'une obscurité impénétrable. S'y côtoient en effet une « doctrine officielle » foncièrement contestable, quelques notes dissidentes nettement plus convaincantes mais hélas dépourvues de postérité, et, enfin, l'une ou l'autre prises de position largement « involontaires » et « inconscientes » qui affermissent la conviction qu'en cette matière, le juge strasbourgeois navigue résolument « à vue ».

10. — *Une doctrine officielle contestable.* À l'occasion d'une décision *X. c. Royaume-Uni* du 11 mai 1981 (18), la défunte Commission européenne des droits de l'Homme eût à se prononcer sur la compatibilité avec l'article 6 du refus qui avait été opposé à un détenu de prendre les contacts nécessaires à l'introduction d'une procédure en référé visant à ce qu'il soit fait provisoirement interdiction à son employeur de le licencier, en attendant que soit tranché, au fond, le litige qui les opposait. La Commission déclara en l'occurrence le grief manifestement non-fondé, au motif que « *le droit d'accès à un tribunal, tel que le garantit l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention, ne s'étend(ait) pas à la procédure d'urgence devant [la juridiction du travail britannique concernée]* ». Et la Commission de s'en expliquer comme suit : « (...) *cette procédure ne tend pas à une décision ni définitive, ni provisoire, sur les droits de caractère civil que possède [le requérant] vis-à-vis de son employeur. Elle régit simplement la situation temporaire de l'intéressé en attendant qu'il soit statué au principal. [En conséquence] [...], cette procédure échapp(e) à l'article 6 de la Convention* ».

Cette décision — dont les motifs ne sont évidemment pas sans rappeler ceux qui, de manière plus ou moins explicite, président à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand intervenu dans l'affaire *Greenpeace* (*supra*, n° 3) —, constitue le socle d'une jurisprudence européenne « officielle », qui, par analogies et extrapolations successives, en vient aujourd'hui à contester l'applicabilité de l'article 6 à toute forme de procédures en référé, quel que soit le contexte de son intervention ou la finalité de son introduction. Jugé, par exemple, que lorsque l'introduction d'une demande au principal en réparation est précédée d'une procédure en référé tendant à ce que soit ordonnée une expertise destinée à établir les éventuelles fautes commises et l'étendue du dommage subi, le délai raisonnable du procès, exigé par l'article 6, aura

(17) La jurisprudence du Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies, organe de surveillance du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, est quant à elle muette sur la question.

(18) Comm. eur. D.H., req. n° 7990/77, décision *X c. Royaume-Uni* du 11 mai 1981, D.R., vol. 24, ici p. 67.

pour *dies a quo* le jour de l'introduction de la demande principale, et non le jour de l'introduction de la demande en référé (19). Pas davantage l'article 6 ne trouvera-t-il à s'appliquer lorsque la procédure en référé a pour objet, préalablement à l'introduction du litige au fond ou parallèlement au traitement de celui-ci, d'obtenir, à titre conservatoire ou anticipatoire, le prononcé de mesures tendant à la sauvegarde des droits de l'une des parties (20), à la cessation d'un acte attentatoire à ceux-ci (21), l'aménagement

(19) Cour eur. D.H., req. n° 42461/98, décision *Lemesle c. France* du 20 mars 2001. *Adde*, Cour eur. D.H., req. n° 50373/99, décision *Barbier c. France* du 19 février 2002; Cour eur. D.H., req. n° 48566/99, décision *Richart-Luna c. France* du 9 juillet 2002; Cour eur. D.H., req. n° 49544/99, décision *Butel c. France* du 19 mars 2002; Cour eur. D.H., req. n° 7632/04, décision *Brechos c. Grèce* du 11 avril 2006; Comm. eur. D.H., req. n° 39843/98, décision *Jaffredou c. France* du 15 décembre 1998; Cour eur. D.H., req. n° 39594, décision *Kress c. France* du 29 février 2000; Comm. eur. D.H., req. n° 25371/94, décision *C.A. c. France* du 12 avril 1996. Voy. encore, bien que la procédure en référé préalable n'avait pas pour objet le prononcé d'une mesure d'instruction, mais bien d'une mesure conservatoire, Cour eur. D.H., arrêt *Inexco c. Grèce* du 27 avril 2006, § 12.

(20) Voy. p. ex., à propos d'une demande en référé tendant à ce que, jusqu'à ce qu'il soit statué au principal dans le cadre d'un litige portant sur la propriété d'actions de sociétés, il soit fait interdiction à la partie défenderesse d'aliéner les actions litigieuses, Cour eur. D.H., req. n° 39794/98, décision *Apis a.s. c. Slovaquie* du 13 janvier 2000 : « The Court notes that the alleged violation occurred in the course of interlocutory proceedings relating to an interim injunction. The decision of the Supreme Court of 30 May 1997 was only an interim order and it did not involve a decision on the merits of the case which was at that time dealt with by the Bratislava City Court. In these circumstances, the Court finds that the interlocutory proceedings complained of did not involve a 'determination' of the applicant company's civil rights or obligations within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention ». Dans un sens identique, et à propos d'une hypothèse voisine, Cour eur. D.H., req. n° 412327/98, décision *Moura Carreira et Margarida Lourenço Carreira c. Portugal* du 6 juillet 2000. Voy. également, pour un rappel complet des principes, Cour eur. D.H., req. n° 43722/98, décision *Wiot c. France* du 15 mars 2001 : « La Cour rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention ne s'applique qu'aux procédures dans lesquelles il est 'décidé d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil'. Ainsi, cette disposition ne s'applique pas à une procédure de caractère conservatoire tendant à une ordonnance de référé, procédure dans laquelle ne peuvent être prises que des mesures préliminaires ou provisoires qui n'affectent pas le fond de l'affaire ou dans laquelle il n'est pas tranché sur une contestation ». Pour une formule très ramassée et particulièrement abrupte, voy. Cour eur. D.H., req. n° 46190/99, décision *Herold Tele Media s.r.o et autres c. Slovaquie* du 23 mars 2004 : « The Court recalls that interlocutory proceedings relating to a request for an interim measure to be issued do not attract the guarantees of Article 6 § 1 ». *Adde*, Cour eur. D.H., req. 73225/01, décision *Fedotova c. Russie* du 1^{er} avril 2004; Cour eur. D.H., req. n° 41765/98, décision *Hagman c. Finlande* du 14 janvier 2003; Cour eur. D.H., req. 53363/99, décision *Vanek c. Slovaquie* du 31 mai 2005.

(21) Voy. à propos d'une ordonnance en référé intervenant sur requête unilatérale et faisant injonction à une association d'opposants à la cigarette d'utiliser le terme « CAMEL » dans ses slogans et la figure du chameau dans ses logos et affiches, Comm. eur. D.H., req. n° 172000/91, décision *Österreichische Schutzgemeinschaft für Nichtraucher & Rockenbauer c. Autriche* du 2 décembre 1991. Voy. également Comm. eur. D.H., req. n° 18411/91, décision *F.M.Z Gesellschaft mbH & Co. KG F.M.Z. c. Autriche* du 12 janvier 1994. Voy. enfin, Comm. eur. D.H., req. n° 31800/96, décision *Ribstein c. France* du 16 avril 1998.

provisoire de la situation litigieuse (22), ou encore, l'octroi d'une « provision » anticipant le règlement final des droits et obligations en litige (23). La position de la Cour n'est pas différente dans l'hypothèse où la procédure en référé serait, en termes d'objet, totalement indépendante par rapport à une quelconque procédure au fond, envisagée ou concomitante. Ainsi, dans une affaire *Libert c. Belgique* (24), l'article 6 fut jugé inapplicable à une procédure en référé que la requérante avait engagée aux fins qu'il soit sursis à la démolition de son domicile, laquelle avait été préalablement ordonnée par une juridiction pénale en raison d'une contravention à la législation urbanistique en vigueur.

Cette « doctrine officielle », dont le juge strasbourgeois n'hésite pas à tirer les conséquences dans le cadre de son appréciation formée sur le plan de l'épuisement des voies de recours internes (25), se vit, dès l'origine, reprocher son formalisme excessif et son manque de nuance. Certes, nul ne contestera qu'*en droit*, l'office du juge des référés ne s'exerce qu'« au provisoire », et que ses ordonnances ne tranchent pas, avec une autorité de chose jugée pleine et entière, une « contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil ». Ceci étant, nul ne saurait non plus ignorer — et les données présidant aux deux arrêts commentés le confirment à loisir — que, dotées de force contraignante et assorties d'une exécution provisoire légale, certaines ordonnances en référé « sont susceptibles d'apporter des entraves substantielles à l'exercice de droits et obligations de caractère civil » (26) aussi longtemps qu'elles demeurent valides, c'est-à-dire, dans le système belge, aussi longtemps qu'elles n'ont pas été « retirées » par leur auteur en cas de nouvelle saisine de celui-ci, réformées ou rétractées sur recours, ou « contredites » par une décision au fond.

(22) Voy., à propos d'une demande effectuée dans le cadre d'un litige au principal en diffamation, et tendant à ce que le journal auteur de la diffamation prétendue publie un avis signalant qu'une procédure en diffamation est pendante, Cour eur. D.H., req. n° 62763/00, décision *Velragsgruppe News GmbH c. Autriche* du 16 janvier 2003. Voy. également, à propos de mesures relatives à la garde des enfants communs et aux relations personnelles avec ceux-ci durant la procédure en divorce, Cour eur. D.H., req. n° 43316/98, décision *B.R. c. Pologne* du 7 juin 2001; Cour eur. D.H., req. n° 50265/99, décision *Rebuffel c. France* du 8 juillet 2003.

(23) Voy. p. ex., Comm. eur. D.H., req. n° 34300/96, décision *Vico c. France* du 1^{er} juillet 1998.

(24) Cour eur. D.H., req. n° 44734/98, décision *Libert c. Belgique* du 8 juillet 2004.

(25) Voy. en effet, Cour eur. D.H., req. n° 50053/99, décision *Palibrk c. France* du 3 avril 2001 (s'exprimant à propos d'une procédure en référé tendant à la désignation d'un expert) : « (...) pareille procédure, qui ne pouvait qu'aboutir à l'adoption de mesures provisoires, ne constitue pas une voie de recours efficace et adéquate, telle qu'entendue par la jurisprudence relative à l'article 35 § 1 (...) et susceptible de remédier aux griefs et pouvant être prise en compte aux fins de la règle des six mois au sens de l'article 35 § 1 précité ».

(26) Voy. J. VAN COMPERNOLLE, « Les effectivités d'une nouvelle garantie du procès équitable : le droit à l'exécution du jugement », in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, t. II, Milan Giuffrè, 2005, ici spéc. pp. 657-658, n° 6; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 364, n° 406. P. LEMMENS, *Geschillen...*, op. cit., p. 99, n° 81; S. GUINCHARD et al., *Droit processuel...*, op. cit., p. 105.

Que de telles décisions puissent être rendues en méconnaissance complète des garanties du procès équitable semble inconcevable (27). Par ailleurs, et même à supposer que la procédure en référé ait pour unique objet le prononcé d'une mesure d'instruction sans incidence immédiate sur les droits et obligations des parties, l'applicabilité de l'article 6 à son égard n'aurait pas lieu d'être pour autant exclue. Bien que la principale intéressée l'ait parfois perdue de vue, une certaine jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme enseigne en effet qu'un litige de nature purement procédurale, situé à la périphérie d'un litige principal tombant sous l'empire de l'article 6, doit lui-même se voir appliquer l'article 6, par « osmose », si son issue est susceptible d'exercer une influence déterminante sur le règlement du litige principal (28).

11. — *Quelques notes dissonantes.* Les critiques adressées à sa doctrine officielle ont occasionnellement — et, on le constatera, fugacement — ruisselé jusqu'au Palais des droits de l'Homme. Deux affaires, au moins, révèlent une manière de prise de conscience du caractère par trop formaliste de la position consistant à exclure *de plano* la procédure en référé de la catégorie des litiges asservis au respect du procès équitable.

Dans une affaire *Boca c. Belgique* (29), tout d'abord, la Cour européenne accepta d'examiner — et, en l'occurrence, de sanctionner — le délai déraisonnable d'une procédure en référé initiée, dans le cadre d'un divorce, sur

(27) Voy. également les critiques adressées à la doctrine classique de la Cour européenne des droits de l'Homme — et aux échos qu'elle reçoit au demeurant de la part des juges administratifs et judiciaires français — par S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 105, n° 89.

(28) C'est en ce sens qu'il faut comprendre que l'arrêt *Korellis* (Cour eur. D.H., arrêt *Korellis c. Chypre* du 7 janvier 2003, §§ 32-33) ait estimé que l'article 6 peut s'appliquer à une procédure interlocutoire précédant le procès pénal proprement dit fait au requérant, et dont l'objet est de permettre que les experts du requérant puissent eux-mêmes expertiser l'une des pièces probantes, à la condition toutefois — non vérifiée en l'espèce (*Ibid.*, § 36) — que l'issue de cette procédure puisse être considérée comme déterminante pour le sort de l'accusation en matière pénale. *Mutatis mutandis*, un même raisonnement explique que, dans l'affaire *Garaudy*, la Cour ait finalement accepté d'examiner, sous le visa de l'article 6, les griefs que le requérant adressait à l'équité de la procédure en inscription de faux qu'il avait introduite dans le cadre de la procédure pénale diligentée contre lui (Cour eur. D.H., req. n° 65831/01, décision *Garaudy c. France* du 24 juin 2003). On retrouve encore cette idée d'applicabilité par osmose dans une décision *Caldas Ramirez De Arrellano*, lorsque celle-ci affirme que, dans le cadre d'une procédure pénale, « le critère pertinent pour déterminer s'il faut prendre en compte une instance devant une juridiction constitutionnelle en vue d'établir le caractère raisonnable de la durée [de ladite procédure] consiste à rechercher si le résultat de ladite instance peut influencer sur l'issue du litige devant les juridictions ordinaires » (Cour eur. D.H., req. n° 68874/01, décision *Caldas Ramirez De Arrellano c. Espagne* du 28 janvier 2003). Pour des illustrations de cette « applicabilité par osmose » dans le contentieux civil, voy. S. van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence 2002-2004*, vol. 1, *Articles 1 à 6 de la Convention*, Bruxelles, Larcier, 2006, coll. « Les Dossiers du Journal des Tribunaux », vol. 57, p. 94. *Adde, a contrario*, Cour eur. D.H., req. n° 19967/02, décision *Biserica Sfântul Haralambie et autres c. Moldavie* du 30 novembre 2004, ainsi que, quoique de manière moins claire, Cour eur. D.H., req. n° 75341, 71293/01 et 44332/02, décision *Chung Tak. Lam et autres c. Royaume-Uni* du 8 juillet 2003.

(29) Cour eur. D.H., arrêt *Boca c. Belgique* du 15 novembre 2002, §§ 28 à 30.

pied de l'article 1280 du Code judiciaire, et dont l'objet était notamment le règlement de la garde des enfants communs jusqu'à échéance de l'instance au fond. La Cour demeura certes silencieuse sur les motifs qui, en l'espèce, l'avaient conduite à rompre avec ses positions classiques relatives à l'inapplicabilité de l'article 6 à ce type de procédure (30). Au moins peut-on cependant déduire, par le biais de recoupements avec la jurisprudence ultérieurement intervenue, que cette rupture fut, dans le chef de la formation de jugement appelée à statuer en l'affaire, délibérée (31).

Nettement plus explicites furent en revanche les positions de la Cour dans l'affaire *Markass Car Hire Ltd c. Chypre* (32). En l'espèce, le requérant se plaignait du caractère déraisonnable du délai pris par les juridictions nationales chypriotes pour traiter des recours qu'il avait introduits contre une ordonnance en référé délivrée à son encontre, sur requête unilatérale, dans le cadre d'un litige au principal portant sur la restitution de véhicules mis en location. Fait relativement rare : la Cour européenne souleva elle-même, *ex officio*, la question de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention à ce type de procédure (33). Non sans prendre acte que sa jurisprudence antérieure professait une conclusion inverse, le juge strasbourgeois répondit à cette question de manière affirmative. Aux fins de justifier ce qui apparaît comme bien davantage qu'un *distinguo* d'espèce, la Cour européenne eut égard à l'objet même de l'ordonnance en référé — celui-ci coïncidait très largement avec l'objet de l'action introduite au principal — et aux conséquences particulièrement préjudiciables qui furent les siennes, compte tenu de la lenteur du traitement des recours introduits à son encontre. Selon la Cour, « *the combined effect of the measure and its duration caused irreversible prejudice to the applicant's interests and drained to a substantial extent the final outcome of the proceedings of its significance* » (34) (trad. libre : *Les effets combinés de la mesure et de sa durée causèrent un pré-*

(30) La question de l'applicabilité de l'article 6 à ce type de procédure ne fut en effet pas soulevée par le Gouvernement belge, ni au stade de l'examen de la recevabilité de la requête (Cour eur. D.H., req. n° 56615/99, décision du 12 juin 2001), ni au stade de l'examen au fond de celle-ci.

(31) La décision de recevabilité intervenue dans l'affaire *Boca* (Cour eur. D.H., req. n° 56615/99, décision du 12 juin 2001), est en effet citée par la Cour à l'appui du raisonnement qui la conduisit à admettre explicitement, dans l'affaire *Markass Hire Ltd.* (Cour eur. D.H., req. n° 51591/99, décision *Markass Car Hire Ltd c. Chypre* du 23 octobre 2001), que, en dérogation aux enseignements de sa jurisprudence classique, il y a lieu d'appliquer l'article 6 à la procédure en référé concernée en l'espèce.

(32) Cour eur. D.H., req. n° 51591/99, décision *Markass Car Hire Ltd c. Chypre* du 23 octobre 2001 (décision de recevabilité). Dans son arrêt *Markass Hire Ltd c. Chypre* du 2 juillet 2002, la Cour ne revint plus expressément sur la question de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention à la procédure en référé, mais conclut en revanche à sa violation.

(33) Cour eur. D.H., req. n° 51591/99, décision *Markass Car Hire Ltd c. Chypre* du 23 octobre 2001 : « *The Court notes that the Government do not raise any objection as to the applicability of the Article 6 to the proceedings under examination, although, according to certain case-law, Article 6 does not apply to proceedings related to injunctions or interim orders. Having regard to this case-law, the question calls for consideration by the Court of its own motion* ».

(34) Cour eur. D.H., req. n° 51591/99, décision *Markass Car Hire Ltd c. Chypre* du 23 octobre 2001.

judice irréversible aux intérêts du requérant et, dans une mesure substantielle, vidèrent l'issue finale du litige de son importance). En conséquence, il y avait lieu de considérer que « *the interim decision in effect partially determined the rights of the parties in relation to the final claim against the applicant (...), and thereby acquired the character of a 'dispute' over a civil right and obligation to which Article 6 of the Convention was applicable* » (35) (trad. libre : « *En réalité, la décision interlocutoire statuait en partie sur les droits des parties dans le cadre de la demande au fond introduite à l'encontre du requérant (...), et, de ce fait, acquérait la qualification de 'contestation' sur des droits et obligations de caractère civil à laquelle l'article 6 de la Convention est applicable* »).

12. — Foncièrement novatrices — et, à notre estime, particulièrement dignes d'approbation —, ces « notes dissonantes » demeurèrent toutefois sans lendemain (36). La jurisprudence ultérieurement intervenue s'employa au contraire à réaffirmer, sans nuances, la doctrine officielle gouvernant la matière (37), et, d'un mouvement proprement orwellien, alla même jusqu'à nier les apports qu'avaient pu constituer, pour ladite matière, les affaires *Markass Car Hire Ltd* et *Boca* (38).

13. — *Des prises de position inconscientes*. Pour le moins contrasté, le tableau se trouve encore obscurci par l'interférence d'affaires où, faute d'avoir été explicitement soulevée — par les parties ou par la Cour elle-même —, l'application de l'article 6 à une procédure en référé fut *implicite-ment*, quoique certainement admise.

L'exemple le plus fameux de ces prises de position inconscientes est sans conteste l'arrêt *Aerts* (39), où la Cour conclut à la violation de l'article 6 au

(35) *Ibid.*.

(36) Tout juste peut-on signaler l'existence de décisions subséquentes où la Cour fit part de ses hésitations quant à l'applicabilité de l'article 6 aux procédures en référé. Voy. en effet, Cour eur. D.H., req. n° 71612/01, décision *Société Prisma Presse c. France* du 1^{er} juillet 2003. En l'espèce, la société requérante, editrice du magazine *Voici*, avait été condamnée en référé, à l'initiative de J. Hallyday et de son épouse, à la publication d'un communiqué judiciaire, ainsi qu'à des dommages et intérêts provisionnels. Le grief formulé par la requérante sous le visa de l'article 6 de la Convention fut rejeté en ces termes : « *A supposer même que l'article 6 § 1 de la Convention soit applicable à la procédure de référé (...), la Cour observe que la requérante n'a soulevé ni expressément, ni en substance, la violation des articles 6 et 13 de la Convention devant la Cour de cassation. Dès lors, cette partie de la requête doit être rejetée pour non-épuisement des voies de recours internes en application de l'article 35 §§ 1 et 4 de la Convention* » (notre accent).

(37) Symptomatiques sont, à cet égard, les décisions de la Cour qui conclurent à l'inapplicabilité de l'article 6 dans des espèces qui, pourtant, étaient tout à fait comparables à l'affaire *Boca* (règlement en référé des questions relatives à la garde des enfants communs dans le cadre d'un divorce). Voy. en effet, Cour eur. D.H., req. n° 23395/02, décision *Starikow c. Allemagne* du 10 avril 2003; Cour eur. D.H., req. n° 43316/98, décision *B.R. c. Pologne* du 7 juin 2001; Cour eur. D.H., req. n° 50265/99, décision *Rebuffel c. France* du 8 juillet 2003.

(38) Il est à cet égard extraordinaire de constater que, dans une décision *Libert c. Belgique* (Cour eur. D.H., req. n° 44734/98, décision *Libert c. Belgique* du 8 juillet 2004), la Cour verse le précédent *Boca c. Belgique* à l'appui de la thèse selon laquelle l'article 6 ne trouve pas à s'appliquer aux procédures en référé.

(39) Cour eur. D.H., arrêt *Aerts c. Belgique* du 30 juillet 1998.

stade d'une instance en cassation dont la particularité était, précisément, de clôturer une procédure intégralement menée... en référé (40).

14. — Que retenir ?

À l'estime de Madame la Juge Françoise Tulkens, « *il semble acquis que lorsque (des juridictions statuant en référé) adoptent des décisions de nature purement préparatoire, l'article 6 (de la Convention européenne des droits de l'Homme) ne s'y applique pas tandis que lorsqu'elles prennent des décisions qui touchent le contenu même du droit, la Convention pourrait trouver à s'appliquer* » (41).

À la lumière des développements qui précèdent, l'on aperçoit qu'une telle analyse procède davantage de la suggestion *de lege ferenda* — au demeurant sujette à discussion (42) —, que de la description *de lege lata*. Pour l'heure en effet, la jurisprudence strasbourgeoise relative à la matière offre plutôt le spectacle d'une relative cacophonie, dont l'enseignement principal demeure, très largement, l'affirmation tranchée et excessivement formaliste selon laquelle les procédures en référé, quel qu'en soit l'objet, échappent à l'empire de la garantie conventionnelle du procès équitable (*supra*, n° 10).

Cette jurisprudence est, par conséquent, inapte à fournir un soutien impératif aux prises de position qui furent celles de la Cour de cassation

(40) En l'espèce, le requérant, relevant du régime de la défense sociale mais détenu à l'Annexe psychiatrique de la prison de Lantin, avait saisi le président du tribunal de première instance de Liège, statuant en référé, aux fins qu'il enjoigne à l'État de le transférer dans un établissement de défense sociale. Faisant droit à cette demande, l'ordonnance intervenue avait cependant été réformée par la Cour d'appel de Liège, statuant elle aussi en référé. Aux fins de se pourvoir en cassation contre l'arrêt de cette dernière, le requérant avait sollicité l'assistance judiciaire. Le Bureau d'assistance judiciaire près la Cour de cassation ne fit pas droit à cette demande, ce en quoi la Cour européenne des droits de l'Homme aperçut une violation de l'article 6 de la Convention (Cour eur. D.H., arrêt *Aerts c. Belgique* du 30 juillet 1998, § 60). À aucun stade de la procédure devant les instances strasbourgeoises, ne fut soulevée la question de l'éventuelle non-application de l'article 6 à la procédure nationale concernée, au motif qu'il s'agissait d'une procédure en référé. La défunte Commission européenne des droits de l'Homme conclut certes à l'absence d'applicabilité de l'article 6, mais sur base d'un autre motif ; à son estime en effet, les droits en jeu ne pouvaient être considérés comme des droits à caractère civil, et le litige n'avait pas non plus pour objet de statuer sur le « *bien-fondé d'une accusation en matière pénale* » (*Ibid.*, § 58). La Cour souscrivit à la seconde analyse, mais non à la première, et estima, par conséquent, que l'article 6 était applicable au litige (*Ibid.*, § 59).

(41) F. TULKENS et J. LOTARSKI, « Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 734.

(42) L'on sait que la distinction proposée entre mesures conservatoires et mesures d'anticipation fait aujourd'hui l'objet de sérieuses remises en cause (J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire : principes et questions de procédure », in *Le référé judiciaire, l.c.*, pp. 29 et suiv., n°s 35 et suiv., citant X. DIEUX, « La formation, l'exécution et la dissolution du contrat devant le juge des référés », note sous Civ. Liège (réf.), 2 février 1984, *R.C.J.B.*, 1987, ici spéc. p. 254. *Adde* S. BEERNAERT, « Algemene principes van het civiele kort geding », *R.W.*, 2001-2002, p. 1349, n° 32, ainsi que Av. gén. G. BRESSELEERS, concl. précéd. Cass., 5 mai 2000, *Bull.*, 2000, p. 844). Sur cette distinction, pourtant classique, voy. ég. l'étude majeure de J. VAN COMPERNOLLE, « Introduction générale », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien...*, l.c., ici spéc. pp. 11-12. Il nous faudra du reste revenir sur les revers de fortune de cette distinction (*infra*, n° 30).

dans les arrêts commentés. *A fortiori* n'est-elle pas en mesure de jeter quelque éclairage sur les conséquences induites, mais non exprimées, par lesdits arrêts.

Faut-il reprocher à la Cour de cassation de s'être pareillement « écartée » de la doctrine officielle de Strasbourg ? Assurément, non. Sans qu'il soit besoin de spéculer ici sur le caractère délibéré ou non d'un tel écart, il échet de rappeler qu'en toute hypothèse, celui-ci n'a rien de juridiquement blâmable : une juridiction nationale est toujours libre d'interpréter la Convention européenne des droits de l'Homme de manière plus généreuse que la Cour de Strasbourg elle-même (43).

15. — À y regarder d'un peu plus près, cette démarche salubre, et apparemment « bénévole », de la Cour de cassation pourrait néanmoins, et au prix d'un raisonnement quelque peu détourné, trouver un commencement de fondement juridique obligatoire au sein d'un autre ordre juridique supranational.

L'on sait en effet que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne — aujourd'hui fondue dans le projet de traité établissant une Constitution européenne des droits de l'Homme —, comprend un article 47, al. 2 et 3 (art. II-107, al. 2 et 3 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe) consacrant les règles et principes de base du procès équitable (44). En termes de contenu, lesdits règles et principes n'ont rien de particulièrement original : les auteurs de la Charte les ont purement et simplement empruntés à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui en porte l'interprétation (45).

(43) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous C.A., 23 mai 1990, in O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 437. Ce n'est au demeurant pas la première fois que la Cour de cassation se montre plus généreuse que la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'interprétation qu'elle donne de la Convention du même nom. Voy. en effet J. VELU, « À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme : vues de droit comparé sur des évolutions en cours », *Nouveaux itinéraires en droit. Mélanges en hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 535-536.

(44) Intitulé « Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », l'article II-107 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe dispose comme suit : « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ». Sur la portée de cette disposition, voy., de manière générale, J. RIDEAU, « Article II-107 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, sous la dir. de L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 589 et suiv.

(45) Selon les Explications annexées à la Charte, « Le deuxième alinéa [de l'article 47 de la Charte] correspond à l'article 6, § 1^{er}, de la [Convention européenne des droits de l'Homme] [...] » (Texte reproduit dans L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD

L'originalité se situe par contre au niveau du champ d'application des droits consacrés : à la différence du « procès équitable du Conseil de l'Europe » qui n'étend son empire qu'aux « contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil », les règles et principes de bonne justice portés par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux devront s'appliquer à toute « cause » quelconque portée devant un « tribunal » national (46), pourvu que ladite cause s'inscrive dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union (art. II-111, § 1^{er} du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe). Ni la Charte, ni les Explications y annexées ne fournissent quelque indication quant à la nature du « tribunal » ainsi visé et aux types de procédures pareillement asservies aux règles et principes du « procès équitable communautaire ».

Sans trop s'avancer, l'on peut cependant pronostiquer qu'aux fins de répondre à ces questions, le juge communautaire privilégiera une interprétation « holistique » et « systémique » du droit communautaire, interprétation qui le conduira à assimiler en toute hypothèse le « tribunal » visé par l'article 47 de la Charte, à la « juridiction » visée par l'article 234 du Traité instituant la Communauté européenne (47). Or, cette dernière notion a été interprétée, par une jurisprudence constante de la Cour de justice, comme incluant notamment les juges statuant en référé (48).

(dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, op. cit., p. 753). Les mêmes *Explications* indiquent clairement que l'interprétation qui sera donnée à l'article II-107 sera calquée sur celle donnée à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette symétrie interprétative est affirmée, de manière plus générale par l'article 52, § 3, de la Charte (devenu l'article II-112, § 3 du traité établissant une Constitution pour l'Europe). Au sujet de cette dernière disposition et de sa portée, voy. L. BURGOGUE-LARSEN, « Article II-112 », *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Partie II, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, op. cit., pp. 658 et suiv.

(46) Voy. P. WACHSMANN, « Les droits civils et politiques », *R.U.D.H.*, 2000, Numéro spécial. *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Actes des journées d'études organisées à Strasbourg, les 16 et 17 juin 2000*, sous la dir. de F. Benoît-Rohmer, p. 18.

(47) L'article 234 TCE investit la Cour de justice de sa compétence préjudicielle (en interprétation et en validité), et définit les obligations des « juridictions nationales » quant au renvoi préjudiciel. Sur l'interprétation de ce terme « juridiction nationale », voy., de manière générale, voy. K. LEENAERTS et D. ARTS, *Europees Procesecht*, 2^e éd., Anvers, Maklu, 1999, pp. 53 à 60.

(48) Voy. C.J.C.E., 107/76, *Hoffman-La Roche* du 24 mai 1977, *Rec.*, 1977, p. 957; C.J.C.E., 27 octobre 1982, *Morson et Jhanjan*. Il est par ailleurs acquis, dans la jurisprudence communautaire, que les ordonnances en référé constituent des « décisions » au sens de l'article 25 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : voy. en ce sens C.J.C.E., C-39/02, arrêt du 14 octobre 2004, en cause *Mersk Olie & Gas A/S c. Firma M. de Haan et W. de Boer*, pt. 46 : « Ainsi qu'il est rappelé dans le rapport sur la convention de Bruxelles (JO 1979, C 59, p. 71, point 184), l'article 25 de cette convention n'est pas limité aux décisions qui mettent fin en tout ou en partie au litige, mais vise également les décisions avant-dire-droit ou qui ordonnent des mesures provisoires ou conservatoires ».

Par déductions successives (49), l'on aboutit alors à constater que, par le relais formel de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la procédure en référé doit être assujettie — à tout le moins lorsque l'on se trouve dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union — à des règles et principes du procès équitable matériellement identiques à celles que porte l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, tel qu'interprété par le juge de Strasbourg.

Certes objectera-t-on immédiatement qu'en raison de l'échec — provisoire? — du processus de ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se trouve, *hic et nunc*, privée de tout effet juridiquement contraignant. L'on ne perdra pas de vue, cependant, la fécondité et la performance des stratégies prétoriennes, actuellement à l'œuvre, et visant à conférer à cette Charte, de manière indirecte, une certaine force obligatoire. À cet égard, l'on attirera l'attention sur le caractère proprement révolutionnaire de l'arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006 (50), dans lequel la Cour de justice a pris le parti, à la suite de ses avocats généraux (51) et du Tribunal de première instance (52), d'interpréter, à la lumière de la Charte, la portée des principes généraux qui, à l'heure actuelle, soutiennent la majeure partie du catalogue des droits fondamentaux de l'Union.

16. — Tout sinueux que soit le raisonnement qui y conduit, l'affirmation suivante nous semble par conséquent parfaitement défendable, à défaut d'être à l'abri de toute discussion : *l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme aux procédures en référé, quoique contestée par la Cour européenne des droits de l'Homme, est au moins en partie rendue obligatoire par les principes généraux du droit communautaire*.

C'est dire, en d'autres termes, que les arrêts annotés, qui affirment cette applicabilité de principe, rencontrent notre complète approbation.

Le référé est assujetti aux exigences du procès équitable : la belle affaire. Mais comment et dans quelles proportions? La Cour de cassation ne le dit point, et n'avait point à le dire. Il convient donc à présent de tirer les conséquences concrètes de cette affirmation, tant au niveau de la fonction de juger en référé envisagée de manière générale (III), qu'au niveau spécifiques des procédures mues sur requête unilatérale (IV).

(49) L'on ajoutera, à titre confortatif, que les juridictions communautaires tiennent pour acquis que les règles du procès équitable s'appliquent dans le cadre de la procédure en référé menée devant elles-même. Voy. en ce sens, C.J.C.E., C-471/02 P (R) 1, Ordonnance *Gomez-Reino c. Commission* du 8 avril 2003, pt. 52.

(50) C.J.C.E., C-540/03, arrêt du 27 juin 2006, en cause *Parlement c. Conseil*, spéc. pt. 38 et 58. Sur cet arrêt, voy. le commentaire de A. Bailleux, « La Cour de justice et les droits de l'Homme. A propos de l'arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006 », *J.T.*, 2006, p. 589 et suiv.

(51) Voy. p. ex., parmi beaucoup d'autres, les conclusions de l'Avocat général Tizzano du 8 février 2001 dans C-173/99, *BECTU c. Secretary of State for Trade and Industry* ; les conclusions de l'Avocat général Colomer du 11 mars 2004 dans C-150/30P, *Chantal Hectors c. Parlement européen*.

(52) Voy. notamment T.P.I., T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke A.G. c. Commission* du 10 février 2001 ; T-177/01, *Jego-Quere c. Commission*, 3 mai 2002, pt. 47.

III. — CONSÉQUENCES DES ARRÊTS ANNOTÉS :
APPLICATION DU PROCÈS ÉQUITABLE EN RÉFÉRÉ

17. — Il a parfois été soutenu que l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme aux procédures en référé serait incompatible avec l'urgence qui les caractérise, et en atténuerait — voire anéantirait — la performance (53). Telle serait peut-être la raison profonde qui, au-delà des paravents d'arguments formalistes et peu convainquants, pousserait la jurisprudence de Strasbourg (*supra*, n° 10), et, à sa suite, certaines jurisprudences nationales (françaises notamment (*supra*, n° 7 *in fine*)), à exclure cette application.

Le propos manque à nos yeux de la démonstration empirique qui, le cas échéant, en assoirait la pertinence. L'incompatibilité alléguée, ou, plus exactement, pressentie, par ces discours est-elle, en pratique, à ce point dramatique et irrémédiable qu'il faille crier « casse-cou » lorsque la Cour de cassation belge affirme pour sa part que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'applique, en règle générale, aux procédures en référé ? Voire.

La mesure des retombées des arrêts commentés, et partant l'analyse de leur pertinence, requièrent une manière d'inventaire. Les garanties conférées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme sont éminemment variées. L'ensemble que forme leur addition peut certes faire l'objet d'une déclaration d'applicabilité de principe ; telle est la portée de nos arrêts. Mais il serait outrancièrement réducteur d'envisager leur application au référé *in globo*, sans discernement, aux fins — prévisibles — de déboucher sur un constat de carence accablant pour la Cour de cassation. A la recherche d'un procès équitable « sur mesure », ...

A. — *Les garanties indifférentes*

18. — A la vérité, certaines exigences du procès équitable sont parfaitement indifférentes aux requisits d'efficiencia des situations d'urgence soumises au juge des référés. Il n'est aucune raison d'extraire ce dernier du régime de ces garanties-là, qui n'ont pas, *en elles-mêmes*, pour but ou effet de contrarier le prompt déroulement de la procédure en référé.

L'on aperçoit pas, par exemple, de lien nécessaire entre, d'une part, l'urgence du traitement d'un litige, et, d'autre part, la moindre impartialité ou la moindre indépendance du juge appelé à en connaître (54).

(53) Voy. les observations de J. ANDRIANTSIMBAZONIVA et L. SERMET à propos de C.E. fr., 20 mars 2000, *R.F.D.A.*, 2001-6, p. 1258, chron.

(54) Il est certes parfaitement concevable que l'exigence d'impartialité, dans certains cas, s'oppose à ce qu'un même magistrat statue d'abord au provisoire, et ensuite sur le fond, et contrarie de la sorte un légitime souci d'expédience et d'économie procédurales (Pour un aperçu récent de l'état de la question, voy. J-F. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG, A. DECROËS, O. MIGNOLET et B. BEELDENS, « Les avatars de l'article 660 du Code judiciaire », *Liber amicorum J. van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 792-807). Il reste que cette situation n'a aucun lien logique nécessaire avec l'applicabilité *vel non* de l'article 6 à la procédure conduisant à la décision du juge statuant au provisoire.

Pas davantage l'exigence d'un tribunal « *établi par la loi* » et le principe de la publicité des audiences et du prononcé ne semblent entretenir quelconque incompatibilité de principe avec la fonction de juger en référé.

B. — Une garantie cristallisée : le délai raisonnable

19. — Il paraît hors de doute qu'une garantie particulière du procès équitable connaîtra par définition une application plus sévère dans le cadre du référé : le délai raisonnable.

Tel est au demeurant l'enseignement que livra la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'à titre exceptionnel et en marge de la doctrine classique qui est la sienne (*supra*, n^{os} 10 et s.), elle admit l'applicabilité de l'article 6 aux procédures concernées (55). Cette sévérité accrue est somme toute parfaitement légitime et logique, et ne compromet en rien la viabilité et la performance du référé : tout au contraire leur rend-t-elle justice, en les renforçant.

C'est dire combien la déclaration d'applicabilité des garanties du procès équitable au référé est ici la bienvenue.

Le propos a une portée bien plus importante que sa seule logique cosmétique. Songeons que c'est à la lumière de cet axiome de sévérité renforcée que nos juridictions, puis la Cour européenne des droits de l'Homme, devront jauger le caractère raisonnable, *vel non*, du délai de règlement d'un référé et, le cas échéant, apprécier la responsabilité civile de l'Etat belge du chef des lenteurs dénoncées (56).

En effet, le problème d'impartialité susceptible de se présenter concerne l'impartialité du juge du fond du litige appelé à statuer après l'intervention de la juridiction des référés. Excluerait-on l'applicabilité de l'article 6 à la procédure menée au provisoire, ce problème demeurerait entier (Comp. S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès*, *op. cit.*, p. 105). Voy. au demeurant Comm. eur. D.H., req. n^o 172000/91, décision *Österreichische Schutzgemeinschaft für Nichtraucher & Rockenbauer c. Autriche* du 2 décembre 1991, où la Commission ne conclut cependant pas à la violation de l'article 6 du fait d'un tel « cumul du fond et du provisoire ».

(55) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Boca c. Belgique* du 15 novembre 2002, § 28 (à propos d'une procédure initiée, dans le cadre d'un divorce, sur pied de l'article 1280 du Code judiciaire, et tendant à ce qu'il soit statué sur le droit de garde des enfants communs pendant l'instance au fond) : « Une procédure en référé est par essence une procédure dont la solution ne peut souffrir aucun retard, même au stade de l'appel et nonobstant le caractère exécutoire de l'ordonnance prise en référé en première instance » (adde, sur cet arrêt, J. VELU, *Considérations sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs au droit à un procès équitable dans les affaires mettant en cause la Belgique*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2004, p. 59, n^o 57). Voy. également, Cour eur. D.H., arrêt *Markass Car Hire Ltd c. Chypre* du 2 juillet 2002, § 39 (commenté *supra*, n^o 11) : « The Court first notes that, according to the Supreme Court, the procedure for deciding an interim order which is issued on an ex parte basis is an exceptional one and must therefore be treated as a matter of urgency. In the present case, what was at stake for the applicant's company was its financial survival, since the interim order provided that a great number of its vehicles had to be handed over to another car hire company ».

(56) Sur cette thématique, voy. J. VELU, *Considérations sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs au droit à un procès équitable dans les affaires mettant en cause la Belgique*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2004, pp. 57 et s., n^{os} 56 et s.

C. — *Les garanties chronophages :
une application modulée*

20. — Tout compte fait, la difficulté ne peut éventuellement surgir qu'à l'endroit des garanties « chronophages » du procès équitable, tels le principe du contradictoire, le principe de l'égalité des armes, l'exigence de motivation des décisions de justice, ou encore, le droit à l'assistance judiciaire gratuite aux profit des parties litigantes — demandereses ou défenderesses — les plus démunies.

1) *L'idée*

21. — La question peut être libellée comme il suit : dans le prolongement de l'idée de l'autonomie du référé (57), existerait-il une manière de doctrine du « procès équitable allégé » qui érigerait l'urgence d'une demande et le caractère provisoire de la décision attendue en motifs d'édulcoration, voire de dilution, de ces garanties « chronophages » ?

Les arrêts annotés autorisent à tout le moins l'interrogation, le premier d'entre eux énonçant en effet que « *l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales est, en principe, applicable aux procédures* » de référé.

La porte est donc ouverte à l'adaptation, à la modulation. Mais dans quelle mesure ? Par hypothèse, la jurisprudence strasbourgeoise n'offre pas de réponse précise à cette question, puisque — à tout le moins officiellement — elle en récuse la pertinence même (*supra*, nn° s 10 et s.).

La « remontée » aux principes généraux du procès équitable aux fins d'y découvrir les bases légitimes d'une « géométrie variable » des garanties de bonne justice, est, quant à elle, une démarche qui n'est guère plus porteuse. Sur ce plan en effet, le juge européen des droits de l'Homme ne livre à ce jour que des enseignements épars sur des problématiques à ce point éloignées les unes des autres qu'une recomposition d'ensemble en un tableau cohérent s'avère, au-delà de pures spéculations doctrinales, impossible. L'on sait par exemple — mais il s'agit là d'un enseignement dénué d'intérêt pour notre problématique — que les garanties générales du procès équitable civil sont censées être moins exigeantes que les garanties générales du procès équitable pénal (58). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative à la responsabilité des États membres du fait des actes commis par un État tiers postule quant à elle l'existence d'un « noyau dur » — et, en conséquence, d'une « périphérie molle » — des droits

(57) G. DE LEVAL, « Le référé en droit judiciaire privé », *Act. dr.*, 1992-3, ici spéc. pp. 858 et s.; G. DMEZ et Ch. PANIER, « L'autonomie du référé », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, l.c., pp. 45 et s.

(58) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Jokela c. Finlande* du 21 mai 2002, § 68 : « *Les impératifs inhérents à la notion de 'procès équitable' ne sont pas nécessairement les mêmes dans les litiges relatifs à des droits et obligations de caractère civil que dans les affaires concernant des accusations en matière pénale* ». Adde, Cour eur. D.H., arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, § 43.

du procès équitable (59). Elle n'apporte cependant pas d'indications supplémentaires quant au contenu plus précis de ces deux sous-ensembles. Il en va de même s'agissant de la jurisprudence qui suggère que, pour des raisons d'économie procédurale, les litiges accessoires au litige principal peuvent légitimement n'être astreints qu'aux « garanties fondamentales du procès équitable » (60). Récemment, le juge européen a admis que, pour des raisons d'expédience et de lutte contre l'arriéré judiciaire, les garanties du procès équitable pouvaient valablement être atténuées dans le cadre de procédures d'admission de recours (61). Toute la question est cependant de savoir si, et dans quelle mesure, l'urgence est, par analogie avec ces jurisprudences éparses, en mesure de justifier pareille atténuation. Le seul indice que livre la jurisprudence strasbourgeoise en ce sens — mais il est foncièrement isolé — réside dans un arrêt *P., C. et S. c. Royaume-Uni*. Jugé, en l'occurrence, que le caractère urgent du traitement d'une demande peut justifier que l'on s'abstienne de pourvoir à l'assistance judiciaire gratuite de l'une des parties litigantes (62).

(59) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Drozd et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, § 110; Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, § 113; Cour eur. D.H., arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005, § 88-91; Cour eur. D.H., req. 71555/01, décision *Einhorn c. France* du 16 octobre 2001. Dans toutes les affaires précitées, la Cour a estimé qu'un État pouvait engager sa responsabilité s'il rendait possible en amont — au travers de l'extradition — ou s'il cautionnait en aval — par le biais de l'*exequatur* donné à une décision étrangère — la tenue, dans un État tiers, d'un procès entaché d'un « déni de justice flagrant ». La même Cour a estimé que pareil « déni de justice flagrant » n'est pas constitué par cela seul que le procès concerné n'est pas respectueux de chacune des garanties de l'article 6.

(60) Cour eur. D.H., arrêt *Beer c. Autriche* du 6 février 2001, § 18 : « *The Court finds that it is understandable that in ancillary matters, such as the determination of the cost of proceedings, the national authorities should have regard to the demands of efficiency and economy. As its case-law bears out, the Court attaches great importance to that objective, but it does not, however, justify disregarding the fundamental principle of adversarial proceedings* ».

(61) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Stepinska c. France* du 15 juin 2004, §§ 17-18, et Cour eur. D.H., req. n° 34763/02, décision *Burg et autres c. France* du 28 janvier 2003. Dans le cadre des affaires précitées, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que la procédure d'admission de pourvoi devant la Cour de cassation française, telle qu'organisée par l'article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire, n'était astreinte qu'à une obligation allégée en termes de motivation des décisions de justice, et ne devait être jugée qu'à l'aune d'une conception « matérielle » du principe du contradictoire, moins exigeante, car plus réaliste, que la conception « formelle » de ce principe, habituellement imposée par le juge strasbourgeois. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence (2002-2004)*, vol. 1, *Articles 1 à 6 de la Convention*, Bruxelles, Larcier, coll. « Les dossiers du Journal des Tribunaux », vol. 57, 2006, p. 153-154.

(62) Cour eur. D.H., arrêt *P., C. et S. c. Royaume-Uni* du 16 juillet 2002, § 90 : « *Ainsi, même s'il n'est parfois pas facile à un plaideur d'agir en personne dans une procédure, vu le caractère limité des deniers publics disponibles pour les actions civiles, le système judiciaire doit nécessairement comporter une procédure de sélection; par ailleurs, il faut que l'on puisse établir que celle-ci a fonctionné dans une affaire donnée de manière non arbitraire ou non disproportionnée, ou sans porter atteinte à la substance du droit d'accès à un tribunal (...). Il peut également arriver que d'autres facteurs relatifs à l'administration de la justice (par exemple la nécessité de trancher rapidement, ou les droits d'autrui) aient un effet limitatif sur la mise à disposition d'une assistance dans une affaire, mais pareille restriction doit aussi satisfaire aux critères exposés ci-dessus* » (notre accent).

On le voit : il semble bien hasardeux de vouloir, *hic et nunc*, construire une doctrine exhaustive du procès équitable « écréqué » apte à désamorcer *de plano* l'ensemble des contradictions susceptibles de survenir entre l'urgence de la justice en référé et les impératifs de l'article 6.

Ce constat n'empêche cependant pas que, plus modestement et plus pragmatiquement, l'on s'enquière de la question de savoir si les règles « de droit commun » portées par cette disposition conventionnelle ne recèlent pas d'ores et déjà la flexibilité nécessaire pour « amortir », si besoin est, les points de friction les plus évidents.

2) *La contradiction des débats : aménagée*

22. — Une très belle thèse vient de démontrer, de manière tout à fait convaincante, que si la célérité du procès pouvait être érigée en idée directrice, le principe du contradictoire, issu du droit naturel, devrait toujours garder l'ascendant sur elle (63).

L'analyse empirique des conséquences des arrêts annotés vient conforter le postulat.

Pour ce qui concerne le principe du contradictoire au sens où l'entend la jurisprudence européenne, on reste en effet bien en mal d'apercevoir, dans nos textes et pratiques de droit processuel, les manifestations d'un allègement justifié par l'urgence.

Les dispositions régissant l'échange des pièces et des écrits de procédure (64) s'appliquent indistinctement aux procédures au fond et aux procédures en référés. Le juge n'est pas davantage délesté de la dette de contradiction qu'il contracte envers les parties à raison de ses initiatives (65), par cela qu'il statue au provisoire et au bénéfice de l'urgence (66).

(63) D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse, Paris, L.G.D.J., 2006, ici spéc. pp. 114 et s.

(64) Il est vrai que l'applicabilité de l'article 747, § 2, du Code judiciaire, figure de proue et canal procédural du contradictoire, aux procédures de référé a tout un temps été discutée. Depuis l'arrêt rendu le 8 juin 1995 par la Cour de cassation (*Pas.*, 1995, I, p. 597; *R.D.J.P./P. & B.*, 1995, p. 189, note E. BREWAEYS), le principe de cette applicabilité paraît fermement acquis (voy. J. VAN COMPERNOLLE, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, A. DECROËS et O. MIGNOLET, « Examen de jurisprudence (1991-2001). Droit judiciaire », *R.C.J.B.*, 2002, p. 553, n° 548, et les réf. citées ; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 154, n° 107; J. ENGLEBERT, « Inédits de droit judiciaire-Référé (5) », *J.L.M.B.*, 2005, p. 181.). *Contra* Civ. Bruxelles, 6 juin 2002, *J.L.M.B.*, 03/696, cité par J. ENGLEBERT, o.c., p. 181.

(65) Au sujet de cette dette, voy. A.-L. FETTWEIS, « Le rôle actif du juge balisé par le principe dispositif et le respect des droits de la défense », in *Au-delà de la loi ?* (sous la dir. de S. Gilson), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, ici spéc. pp. 152 et s.; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Actualités en droit judiciaire* (sous la dir. de G. de Leval), Formation permanente C.U.P., vol. 83, Bruxelles, Larcier, 2005, ici spéc. pp. 199 et s., n°s 65 et s.

(66) En ce sens, voy. J. NORMAND, « Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction », o.c., in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien...*, l.c., ici spéc. pp. 145 et s. (au départ de l'article 16 du Nouveau Code de Procédure Civile); A. LACABARATS, « Le référé », in *Le Nouveau Code de procédure civile : vingt*

Cela étant, il convient de raison garder dans l'application de ces textes.

Avec Pierre Marchal, il faut, à peine de nuire à l'utilité même du référé, admettre que ces « règles ordinaires » soient « aménagées en vue de concilier le caractère succinct des débats et les droits de la défense » (67).

Aussi persistons-nous à considérer que l'urgence peut, par exemple, sans dévaloriser les droits de la défense, justifier qu'en dépit des protestations du défendeur, l'affaire ne soit point remise ou que certaines pièces ou certains écrits, quoique communiqués *in extremis*, ne soient pas écartés (68). Dans le même ordre d'idées, l'on peut parfaitement concevoir, sans écorner l'article 747, § 2, du Code judiciaire, « la fixation d'un calendrier contraignant d'échange de conclusions dès l'audience d'introduction » de l'instance en référé (69). On peut encore admettre, à notre estime, que le juge des référés s'acquitte valablement de sa dette de contradiction par l'interpellation, à la barre, des plaideurs au sujet du moyen soulevé d'office (70), l'urgence justifiant l'économie d'une remise et *a fortiori* d'une réouverture des débats.

Une note un peu facétieuse pour clore l'analyse du référé au crible du principe du contradictoire. L'on sait que la Cour européenne des droits de l'Homme déduit de ce principe un droit, pour les parties, à répliquer aux conclusions du ministère public (71). Ne voit-on pas que cette facette du contradictoire ne viendra jamais ternir la compatibilité de la procédure belge de référé aux garanties fondamentales du procès équitable? Il se trouve en effet que l'article 764 du Code judiciaire extrait le juge des référés du champ de l'obligation de la communication au parquet qui pèse sur le juge du fond (72). C'est précisément l'urgence de la situation qui, dit-

ans après, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 par la Cour de cassation de France, Paris, La Documentation française, 1998, ici spéc. pp. 220 et s.; P. MARCHAL, « Les référés », *Rép. not.*, t. XV, l. XXIV, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 83, n° 57; L. DU CASTILLON, « Variations autour du principe dispositif et du principe du contradictoire dans l'instance en référé », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien...*, l.c., ici spéc. p. 105, n° 21; G. DE LEVAL, note sous Liège, 31 août 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1524 citant S. VELU, « Le juge des référés et la liberté d'expression », in *Présences du droit public et des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, t. III, pp. 1757 et s., spéc. pp. 1789-1790.

(67) P. MARCHAL, « Les référés », o.c., p. 83, n° 57.

(68) J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Aspects actuels du référé-provision », in *Les procédures en référé*, Formation permanente C.U.P., vol. XXV, Liège, 1998, p. 22, n° 17.

(69) J. ENGLEBERT, « Inédits de droit judiciaire-Référé (5) », *J.L.M.B.*, 2005, p. 181.

(70) D'ailleurs, la Cour de cassation l'admet même de la part du juge du fond : Cass., 6 septembre 1979, *Pas.*, 1980, p. 13; Cass., 22 décembre 1986, *A.C.*, 1986-1987, p. 542. Sur ce rôle actif du magistrat à l'audience de plaidoiries, cons. X. MALENGREAU, « A propos des usages dans les tribunaux. Quelques réflexions sur le rôle du juge à l'audience civile », *J.T.*, 2000, pp. 673-676. *Adde*, A. FETTWEIS, *Manuel...*, o.c., 2^e éd., pp. 76-78, n°s 35-37; S. MOSSELMANS, « Artikel 807 Ger. W. », in *Commentaar*, o.c., 2002, n° 10 *in fine*. Sur tout ceci, voy. ég. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge, les parties, le fait et le droit », in *Actualités en droit judiciaire*, l.c., pp. 216 et s., n°s 90 et s.

(71) S. VAN DROOGHENBROECK, « La réplique au ministère public : quousque tandem? », note sous Cass., 13 septembre 1999, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 748 et s.

(72) G. DE LEVAL, « L'avis du ministère public en matière civile : une pièce fondamentale du procès équitable en droit belge », in *Amice Curiae, Quo vadis?* (sous la dir. de M. Storme et P. Van Orshoven), Bruxelles-Bruylant-Kluwer, 2002, p. 41.

on, a justifié que le détour par le parquet soit épargné aux acteurs de l'instance de référé (73) .

3) *L'obligation de motivation : délestée ?*

23. — De toutes les garanties du procès équitable, l'obligation de motivation des décisions de justice est sans doute celle dont la transposition au référé se prête aux discussions les plus nourries. Il se trouve que le débat n'a pas attendu les arrêts *Greenpeace* et *Global Action in the Interest of Animals* pour s'engager. Une controverse bat son plein depuis une quinzaine d'années (74), que nos arrêts invitent à revisiter. Ceux-ci revitalisent donc une question déjà ancienne : l'autonomie du référé et les réquisits de l'urgence commanderaient-ils l'allègement de l'obligation de motivation (plus spécifiquement celle de répondre aux conclusions des parties) que les règles du procès équitable, relayées par l'article 149 de la Constitution et l'article 780, 3°, du Code judiciaire, imposent « en principe » au juge des référés ?

24. — La directive souple tracée par les arrêts annoté (« en principe ») coïncide ici traits pour traits avec celle de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Il ne souffre évidemment pas le doute que le droit à un procès équitable recouvre l'exigence de motivation des décisions de justice, que la Cour de Strasbourg appréhende comme un principe de bonne administration de la

(73) P. MARCHAL, « Les référés », *o.c.*, p. 87, n° 62, et les réf. citées à la note (6). Voy. ég. G. DE LEVAL, note sous Cass., 26 avril 1990, *J.L.M.B.*, 1990, p. 988.

(74) G. DE LEVAL, « Le référé en droit judiciaire privé », *o.c.*, *Act. dr.*, 1992, ici spéc. p. 881, n°s 42-43; M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions de référé », in *Le référé judiciaire* (sous la dir. de J. Englebert et H. Boularbah), *l.c.*, ici spéc. pp. 139 et s., n°s 24 et s.; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence... », *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1999, p. 163, n° 365; S. BEERNAERT, « Algemene principes van het civiele kort geding », *o.c.*, *R.W.*, 2001-2002, ici spéc. p. 1350, n° 36; E. KRINGS, « Het kort geding naar belgisch recht », *o.c.*, *T.P.R.*, 1991, ici spéc. p. 1076, n° 36; P. LEMMENS, « Het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen door de rechter in kort geding en het toezicht door het Hof van cassatie », note sous Cass., 22 février 1991, *R.D.C.*, 1991, pp. 675 et s.; P. TAELEMAN, « Het kort geding », *R.D.J.P./P.&B.*, 1997, ici spéc. pp. 222 et s., n° 33; D. LINDEMANS, *Kort geding*, Anvers, Kluwer, 1985, ici spéc. p. 125, n° 188; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Aspects actuels du référé provision », in *Les procédures en référé* (sous la dir. de J. van Compernelle), Formation permanente C.U.P., vol. XXV, Liège, 1998, ici spéc. pp. 18 et s., n°s 15 et s.; S. RAES, « De toepassing van het recht door rechter in kortgeding », note sous Cass., 4 juin 1993, *Rec. Arr. Cass.*, 1993, ici spéc. p. 170, n° 17; H.R., « Le juge des référés : en toute liberté ? », note sous Cass., 4 juin 1993, *R.D.C.*, 1993, pp. 930-931; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Le référé en droit judiciaire », in *Procédures d'urgence*, actes du colloque organisé à Liège le 14 mars 1992, sten., ici spéc. p. 32; I. VEROUGSTRAETE, « Le référé commercial : le retour aux sources », Centre des Facultés catholiques pour le recyclage en droit, session 1992, sten., ici spéc. p. 7, n° 12; I. VEROUGSTRAETE, « Het Hof van cassatie en de motiveringsplicht », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, ici spéc. p. 1080, n° 20; M. STORME, « Kort geding omdat het moet », note sous Cass., 4 février 2000, *R.W.*, 2000-2001, ici spéc. p. 815 *in fine*.

justice (75). Mais elle a souvent souligné aussi que l'intensité de cette obligation pouvait varier au gré d'une série de critères, dont celui de la nature de la décision (76). Les particularités de certaines procédures, jointes aux circonstances de l'espèce, peuvent justifier un assouplissement, voire la dilution, de l'exigence (77).

On le voit, la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'Homme cautionnent à l'unisson la possibilité théorique d'un déstagement de l'obligation de motivation au profit du juge des référés. Pourvu que la nature de sa décision le commande... Est-ce bien le cas? L'urgence de la situation déteindrait-elle à ce point sur le délibéré et l'office du juge des référés que celui-ci aurait licence d'expédier, voir de bâcler, la réponse aux conclusions des parties? Telle est précisément la question qui, depuis quelques années déjà, fait débat.

Pour mieux répondre à la question, il nous paraît qu'il faille d'abord l'élaguer.

25. — Dans cette perspective, l'on se gardera donc de relier à notre question cette jurisprudence dont il résulte que le juge des référés qui conclut au non-fondement de la demande pour défaut d'urgence n'est point tenu de répondre aux moyens aux termes desquels le demandeur alléguait l'existence, dans son chef, de droits apparents ou évidents (78), ou encore que la Cour d'appel, siégeant en référé, n'a pas à répondre aux moyens relatifs à l'apparence de droit admise par l'ordonnance dont appel lorsqu'elle constate l'absence ou la disparition de l'urgence de la cause (79). Il s'agit là d'applications indiscutables de la jurisprudence classique (80) selon laquelle le juge ne doit pas répondre aux moyens privés de pertinence par

(75) Cour eur. D.H., arrêt *Garcia Ruiz c. Espagne* du 21 janvier 1999, § 26; M. REGOUT-MASSON, « Réflexions sur la motivation des jugements et arrêts en matière civile et commerciale », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, ici spéc. p. 199; FR. KUTY, « L'obligation de motivation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1998, pp. 850 et s. *Adde*, sur l'appartenance de l'obligation de motivation aux garanties du procès équitable, B. MAES, *De motiveringsverplichting van de rechter*, Anvers, Kluwer, 1990, pp. 1-2; Proc. Gén. F. DUMON, « La motivation des jugements et arrêts et la foi due aux actes », *J.T.*, 1978, p. 466, n° 3.

(76) Parmi beaucoup d'autres, voy. p. ex. Cour eur. D.H., arrêt *Garcia Ruiz c. Espagne* du 21 janvier 1999, § 26; Cour eur. D.H., arrêt *Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne* du 9 décembre 1994, §§ 27-29; Cour eur. D.H., arrêt *Higgins et autres c. France*, *R.T.D.H.*, 1998, p. 837; Cour eur. D.H., arrêt *Karakasis c. Grèce* du 17 octobre 2000, § 27.

(77) M. REGOUT-MASSON, « Réflexions sur la motivation des jugements et arrêts en matière civile et commerciale », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, ici spéc. p. 199; J. VELU et R. ERGEC, *R.P.D.P.*, compl. VII, v° « Convention européenne des droits de l'homme », o.c., ici spéc. n° 478.

(78) Cass., 17 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 330; Cass., 9 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1051.

(79) Cass., 9 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1051. Au sujet de cet arrêt, et plus généralement sur les rapports entre l'urgence et l'effet dévolutif de l'appel, voy. l'excellente étude de H. BOULARBAH, « Variations autour de l'appel des ordonnances sur référé », in *Imperat lex. Liber amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 225 et s.

(80) A son sujet, B. MAES, *De motiveringsverplichting van de rechter*, o.c., pp. 63-65, et les réf. citées.

sa décision (81) (82). Eu égard au caractère cumulatif des conditions du référé, le défaut d'urgence suffit à fonder une ordonnance de rejet (83).

Le principe échappe au champ de la controverse sous la réserve d'une importante précision : il va sans dire que dans tous les cas, et pas seulement dans l'hypothèse rencontrée ici, l'obligation de motivation demeure pleine et entière quant à la décision sur l'urgence elle-même. Le juge des référés verra sa décision cassée s'il ne répond pas aux moyens relatifs à l'urgence (84) (85).

26. — Une seconde balise vient limiter le périmètre de la controverse dont il est question ci-dessous. Il y a que celle-ci ne porte que sur l'une seule des deux facettes de l'obligation de motivation prescrites par l'article 149 de la Constitution et l'article 780,3°, du Code judiciaire. L'on sait que cette obligation recouvre deux exigences qui ne peuvent être confondues : les motifs du juge doivent d'une part permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle de légalité, et d'autre part comporter la réponse aux moyens articulés par les écrits de procédure. Seul l'éventuel adoucissement de cette seconde facette fait problème.

(81) M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions de référé », *o.c.*, in *Le référé judiciaire*, *l.c.*, pp. 140-141, n° 26, citant comme illustrations Cass., 30 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 876 ainsi que Cass., 3 décembre 2001, C.99.1092.F.; M. REGOUT-MASSON, « Réflexions sur la motivation des jugements et arrêts... », *o.c.*, in *Liber amicorum Lucien Simont...*, *l.c.*, p. 203; P. Taelman, « Het kort geding », *o.c.*, *R.D.J.P./P.&B.*, 1997, p. 223, n° 33 *in fine*..

(82) Pour une autre application de cette technique classique en référé, voy. 17 octobre 2002, *Pas.*, 2002, n° 551, épinglé par M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation... », *o.c.*, in *Le référé judiciaire*, *l.c.*, p. 141, n° 26.

(83) Avec M. REGOUT-MASSON (« Réflexions sur la motivation des jugements et arrêts... », *o.c.*, in *Liber amicorum Lucien Simont*, *l.c.*, p. 203), l'on peut se demander pourquoi « en pratique pourtant, les décisions de référés traitant de l'apparence de droit à titre surabondant ne sont pas rares ». A notre estime, il faut peut-être prendre en compte des enjeux de stratégie juridictionnelle. L'expérience laisse souvent le sentiment que le juge qui, par surcroît de sa décision de non-urgence, énonce que la mesure demandée excède les contours du provisoire, s'évertue en réalité à dissuader l'appel. Un rejet fondé sur le seul défaut d'urgence décourage moins les plaideurs, d'autant moins que l'apparition ou la résurgence de l'urgence en instance d'appel peut leur sauver la mise (H. BOULARBAH, « Variations autour de l'appel des ordonnances sur référé... », *o.c.*, in *Imperat lex...*, *l.c.*, p. 235, n° 9; G. DE LEVAL, « Le référé... », *o.c.*, *Act. dr.*, 1992, p. 871, n° 23, note (75); Bruxelles, 9 janvier 1987, *J.L.M.B.*, p. 338). Par contre, ils hésiteront à deux fois à interjeter appel si, surabondamment, l'ordonnance conclut à l'absence d'évidence ou, selon le cas, d'apparence de droit, justifiant la mesure. Il n'est donc pas certain que ce type de motivations surabondantes, fréquentes en pratique, desservent l'économie de la procédure, ce d'autant moins que, par ricochet, le justiciable qui s'entend dire qu'il ne peut se prévaloir d'un droit évident ou apparent, éprouvera également quelque réticence à saisir le juge du fond de sa prétention.

(84) Cass. fr. (2° civ.), 30 mai 1956, *Bull. civ.*, II, n° 303; Cass. fr. (2° civ.), 11 juillet 1976, *Bull. civ.*, II, n° 252.

(85) Si moyen il y a, le juge des référés étant par contre dispensé de motiver l'urgence lorsque celle-ci n'est pas contestée par les parties. En ce dernier cas, l'admission du bénéfice de l'urgence peut même résulter implicitement de sa décision (G. DE LEVAL, « Le référé... », *o.c.*, *Act. Dr.*, 1992, p. 869, n° 21, note (67); E. KRINGS, « Het kort geding... », *o.c.*, *T.P.R.*, 1991, p. 1066, n° 17; M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation... », *o.c.*, in *Le référé judiciaire...*, *l.c.*, p. 139, n° 24).

A notre connaissance, nul n'a jamais soutenu que le juge (d'appel) des référés pourrait, à raison de l'urgence de la situation, se dispenser de constater les éléments de fait et de droit nécessaires à l'examen de la légalité de son appréciation au provisoire par la Cour de cassation. L'on s'accorde au contraire pour considérer que sa décision s'expose à la censure de la Cour, sur le visa de l'article 149 de la Constitution (86) (87), si lesdits éléments manquent (88).

L'interrogation porte donc uniquement sur l'exigence de réponse aux conclusions. Qu'il soit permis, avant d'y venir, de déduire deux observations de cette distinction consensuelle.

Il y a tout d'abord qu'en pratique, l'exigence, intacte et indiscutée, d'une motivation permettant l'exercice du contrôle de cassation, entraînera souvent la conséquence d'éluder la question problématique d'un allègement de la réponse aux conclusions. C'est souvent parce qu'il laisse sans réponse les moyens des parties que le juge prive du même coup la Cour de cassation de la possibilité d'exercer son contrôle de légalité; qu'importe alors l'explication, il y aura cassation sur la base de l'article 149 de la Constitution.

Force est ensuite d'apercevoir que la promotion unanime de la soumission du juge des référés à la première dimension de l'obligation de motivation, fragilise l'argument selon lequel l'allègement de la seconde dimension reposerait sur la célérité de l'intervention de ce même juge. Une motivation soignée à raison de l'exhaustivité des constatations nécessaires au déploiement du contrôle de légalité requière-t-elle substantiellement moins de temps et d'attention que la même motivation acquise au prix d'une réponse systématique aux moyens (non dépourvus d'intérêt : *supra*, n° 25) articulés par les conclusions des parties ?

27. — Au vu des développements qui précèdent, et dans la stricte mesure où ceux-ci lui préservent quelque intérêt, reste la question : qu'advient-il, aux mains du juge des référés, de l'obligation de réponse aux conclusions ?

(86) Cass., 7 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 516, concl. Proc. Gén. J. DU JARDIN; Cass., 19 octobre 2000, *R.C.J.B.*, 2001, p. 5 et la note, lumineuse, de A. MEEÛS.

(87) En France, il s'agit d'un cas typique de cassation pour défaut de base légale : en fondant sa décision sur des « motifs qui ne mettent pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur l'existence d'une obligation non sérieusement contestable », autorisant l'intervention du juge des référés en vertu de l'article 809, al. 2, du N.C.P.C., « la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Cass. fr. (ass. plén.), 16 novembre 2001, *D.*, 2002, p. 598, note C. PUIGELIER; *adde*, dans le même sens, Cass. fr. (com.), 1^{er} mars 1983, *Bull. civ.*, IV, n° 91; Cass. fr. (soc.), 13 novembre 1986, *Bull. civ.*, V, n° 524; A. PERDRIAU, « Intérêt de la cassation pour manque de base légale », *J.C.P.*, 1990, II, n° 21.509; J.-M. COULON, note sous Cass. fr. (ass. plén.), 28 juin 1996, *D.*, 1996, *ici spéc.* p. 501, du même auteur, note sous Cass. fr. (2^e civ.), 16 juin 1993, *D.*, 1993, p. 590; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, o.c., t. III, Paris, Sirey, 1991, *ici spéc.* n° 1289.

(88) M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions de référé », o.c., in *Le référé judiciaire*, l.c., *ici spéc.* p. 139, n° 24; S. BEERNAERT, « Algemene principes van het civiele kort geding », o.c., *R.W.*, 2001-2002, *ici spéc.* p. 1350, n° 36.

C'est ici qu'intervient le commentaire de cette jurisprudence controversée qui, sans être ni formellement condamnée ni explicitement consacrée par les arrêts commentés ou par l'enseignement de la Cour européenne des droits de l'Homme, propose un déstagement de cette obligation.

28. — Cette jurisprudence doit d'abord faire l'objet d'une relativisation dans le temps et dans l'espace. Il se trouve en effet, d'une part, que les trois arrêts formant cette jurisprudence ont été précédés (89) et suivis (90) par d'autres qui, quant à eux, ne laiss(ai)ent nullement entrevoir un quelconque estompement de l'obligation de motivation en référé. On observe, d'autre part, que si l'enseignement qui se dégage de ces trois arrêts est certes, et de toute évidence, inspiré par une jurisprudence ancienne du Hoge Raad des Pays-Bas (91), la Cour de cassation de France en a, elle, toujours pris le contre-pied (92).

29. — A quoi tient cette jurisprudence fragile, ou du moins épisodique ? On l'a dit : trois arrêts, seulement, lui ont donné consistance en plus de quinze ans. Et encore. L'un d'entre eux ne se laisse guère interpréter sérieusement, faute d'une publication exhaustive.

30. — Aux termes du premier, du 22 février 1991 (93), la décision « *qui afin d'ordonner une mesure conservatoire, se borne à examiner les droits apparents des parties, ne se prononce pas quant au fond sur les droits des parties et ne viole pas le droit matériel dont il fait application dans son appréciation* », en sorte que semblable décision n'a pas à « *répondre plus avant aux conclusions* » aux termes desquelles les demandeurs en cassation débattaient sur le fond des droits en litige.

(89) Voy. p. ex. Cass., 6 septembre 1984, *Pas.*, 1985, p. 29; Cass., 25 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 219; *A.C.*, 1985-1986, p. 249, concl. Proc. Gén. E. KRINGS (alors av. gén.); Cass., 21 mai 1987, *Amén.*, 1987, p. 91, recensés par P. LEMMENS, « Het onderzoek... », *o.c.*, *R.D.C.*, 1991, p. 682, n° 12.

(90) Voy. p. ex. Cass., 25 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 999 et Cass., 5 juin 2003, C.010181.F., épinglés par M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation... », *o.c.*, in *Le référé judiciaire*, *l.c.*, p. 140, n° 25.

(91) Sur cette filiation, voy. P. LEMMENS, « Het onderzoek... », *o.c.*, *R.D.C.*, 1991, p. 682, n° 12, citant H.R., 30 octobre 1964, *N.J.*, 1965, n° 35; H.R., 26 mars 1965, *N.J.*, 1965, n° 163; H.R., 20 février 1953, *N.J.*, 1954, n° 3; H.R., 28 juin 1963, *N.J.*, 1963, n° 483; H.R., 22 juin 1973, *N.J.*, 1975, n° 10; H.R., 27 janvier 1984, n° 803, dont il ressort que « *aan de motivering in kort geding niet dezelfde eisen mogen worden gesteld als die welke gelden voor vonnissen in het algemeen* ». Adde S. RAES, « De toepassing van het recht door de rechter in kort geding », *o.c.*, *Rec. Arr. Cass.*, 1993, p. 170, n° 17 ainsi que I. VEROGSTRAETE, « Le référé commercial... », *o.c.*, p. 7, n° 12.

(92) Voy. p. ex. Cass. fr. (soc.), 13 novembre 1986, *Bull. civ.*, V, n° 524; Cass. fr. (com.), 25 novembre 1986, *Bull. civ.*, IV, n° 225; Cass. fr. (com.), 18 décembre 1986, *Bull. civ.*, IV, n° 242.

(93) Cass., 22 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 607; *R.D.C.*, 1991, p. 673, avec l'excellente note critique, déjà citée, de P. LEMMENS..

Nous ne sommes guère les seuls, loin s'en faut, à éprouver quelque difficulté à suivre l'idée consacrée par cet arrêt (94). Au demeurant, parmi les quelques partisans du délestage de l'obligation de motivation en référé (95), seul Georges de Leval s'est, très subtilement du reste, essayé à la justifier (96).

L'explication repose sur la distinction classique entre apparences de droit justifiant l'édiction de mesures d'attente (ou conservatoires) et évidences du droit autorisant, faute de « *contestation sérieuse* », le prononcé de mesures anticipant véritablement le règlement du fond du litige par application des règles de droit matériel en jeu. De cette distinction découle la suggestion, séduisante, qu'en se cantonnant aux apparences constatées, le juge des référés n'est point tenu de répondre aux moyens touchant aux évidences alléguées. Le raisonnement prend appui, on le voit, sur la jurisprudence, déjà évoquée (*supra*, n° 25), selon laquelle le juge n'a plus à répondre aux moyens privés d'intérêt par sa propre décision. La démonstration recèle-t-elle d'autres atouts que sa logique formelle? Il est permis d'en douter. Force est tout d'abord d'observer, une fois encore (*supra*, n° 40) que la distinction entre apparence et évidence, et avec elle la dichotomie entre mesures conservatoires et mesures anticipatoires, ont vécu (97), ou qu'à tout le moins « *la frontière est parfois bien difficile à tracer, tant il est vrai que la notion même de contestation sérieuse prête à interprétations divergentes, voire même à une très large subjectivité* » (98). Entre apparence et évidence, il n'y a finalement qu'une variation dans la gradation de la solidité des prétentions. Cette variation ne paraît pas suffisamment objectivable pour justifier toutes les différences de régime entre mesures conservatoires et mesures anticipatoires. Du moins le critère nous paraît-il trop ténu, ou trop

(94) Les critiques furent nombreuses : M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions de référé », in *Le référé judiciaire* (sous la dir. de J. Englebert et H. Boularbah), l.c., ici spéc. pp. 139 et s., n°s 24 et s.; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence... », o.c., *R.C.J.B.*, 1999, p. 163, n° 365; P. LEMMENS, « Het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen door de rechter in kort geding en het toezicht door het Hof van cassatie », note sous l'arrêt in *R.D.C.*, 1991, pp. 675 et s.; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Aspects actuels du référé provision », in *Les procédures en référé* (sous la dir. de J. van Compernelle), Formation permanente C.U.P., vol. XXV, Liège, 1998, ici spéc. pp. 18 et s., n°s 15 et s.; S. RAES, « De toepassing van het recht door rechter in kortgeding », note sous Cass., 4 juin 1993, *Rec. Arr. Cass.*, 1993, ici spéc. p. 170, n° 17.

(95) D. LINDEMANS, *Kort geding*, Anvers, Kluwer, 1985, ici spéc. p. 125, n° 188; I. VEROUGSTRATE, « Le référé commercial : le retour aux sources », Centre des Facultés catholiques pour le recyclage en droit, session 1992, sten., ici spéc. p. 7, n° 12; M. STORME, « Kort geding omdat het moet », note sous Cass., 4 février 2000, *R.W.*, 2000-2001, ici spéc. p. 815 *in fine*.

(96) G. DE LEVAL, « Le référé en droit judiciaire privé », o.c., *Act dr.*, 1992, ici spéc. p. 881, n°s 42-43.

(97) J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire : principes et questions de procédure », in *Le référé judiciaire*, l.c., pp. 29 et suiv., n°s 35 et suiv., citant X. DIEUX, « La formation, l'exécution et la dissolution du contrat devant le juge des référés », note sous Civ. Liège (réf.), 2 février 1984, *R.C.J.B.*, 1987, ici spéc. p. 254. *Adde* S. BEERNAERT, « Algemene principes van het civiele kort geding », *R.W.*, 2001-2002, p. 1349, n° 32, ainsi que Av. gén. G. BRESSELEERS, concl. précéd. Cass., 5 mai 2000, *Bull.*, 2000, p. 844.

(98) J. VAN COMPERNOLLE, « Actualité du référé », o.c., *Ann. dr. Louvain*, p. 151.

subjectif, pour justifier l'abaissement de l'exigence de motivation des ordonnances portant mesures dites « conservatoires ».

Sans même verser dans l'iconoclasme, l'on peut déjà se demander si la logique formelle qui sous-tend la justification conférée à l'arrêt du 22 février 1991 n'est pas tout simplement réversible. En effet, les moyens libellés sur le registre de l'évidence des droits en litige n'ont-ils pas vocation, ou au moins l'effet, de faire mouche dans l'appréciation de l'apparence de ces mêmes droits ? Paul Lemmens observe à très juste titre que « *als een partij middelen aanvoert tot staving van een bepaalde visie op de rechtsverhouding tussen de partijen, dan zijn die middelen ook relevant voor de beoordeling van de ogenschijnlijke rechten : die middelen kunnen immers de schijn of [...] de 'waarschijnlijkheid', in de ene of de andere zin doen overhellen* » (99). Martine Regout de renchérir : « les conditions relatives au droit matériel peuvent avoir une incidence sur l'appréciation de l'apparence de droits et des mesures à prendre » (100). On reste bien en mal de pouvoir la contredire.

31. — En revanche, nous sommes moins enclins à la suivre lorsqu'elle épargne cette même critique à l'arrêt du 4 février 2000. La Cour y énonce que « *le juge des référés qui constate que la cause est urgente et, après avoir évalué les intérêts, décide qu'un dommage immédiat menace le demandeur en référé si une mesure conservatoire déterminée n'est pas ordonnée, n'est pas tenu de répondre de manière plus circonstanciée aux moyens de défense soulevés par la personne à l'égard de laquelle la mesure est demandée et fondés sur le droit matériel* » (101). A l'instar de l'annotateur de l'arrêt à la *Revue de droit commercial belge*, nous pensons que « *cette décision s'inscrit dans le droit fil* » de l'arrêt du 22 février 1991, précité (102). Madame Regout ne partage pas ce sentiment aux motifs qu'à la différence de l'arrêt du 22 février 1991, l'arrêt du 4 février 2000, innovant ce faisant quant aux conditions des référés, « *ne retient pas l'apparence de droits* », en sorte qu'« *il n'y aurait aucun inconvénient* », cette fois, « *à dégager le juge de son obligation de répondre aux conclusions sur le droit matériel lorsque même l'apparence de ce droit reste en dehors du débat* » (103).

La Cour de cassation aurait-elle brutalement abandonné toute liaison entre l'intervention du juge des référés et l'apparence des droits à sauvegarder ? La question déborde largement de l'objet de notre propos. Pour lors, nous souscririons plus volontiers à la lecture selon laquelle l'arrêt relègue sans doute le critère du *fumus boni juris* au second plan, mais ne l'aban-

(99) P. LEMMENS, « Het onderzoek... », o.c., *R.D.C.*, 1991, pp. 682-683, n° 13.

(100) M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation... », o.c., in *Le référé judiciaire*, l.c., p. 143, n° 27.

(101) Cass., 4 février 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 297 ; *R.W.*, 2000-2001 avec la note enthousiaste de M. STORME, « Kort geding omdat het moet », *R.D.C.*, 2000, p. 186, note signée B.D.

(102) B.D., note sous l'arrêt in *R.D.C.*, 2000, p. 186.

(103) M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation... », o.c., in *Le référé judiciaire...*, l.c., p. 143, n° 29.

donne point pour autant (104). L'arrêt subordonne le prononcé de la mesure de sauvegarde à une balance des intérêts et à la menace d'un dommage dans le chef du demandeur. Comment concevoir le triomphe de l'intérêt du demandeur et la vérification d'un dommage potentiel dans son chef, sans passer par la reconnaissance d'une apparence de droit justifiant la protection accordée ? Point de dommage, nous paraît-il, sans l'idée juridique corrélatrice d'un droit — apparent — à la réparation conférant — *prima facie* — à son titulaire un intérêt supérieur à celui qui lui contesterait son droit. Ceci pour dire qu'à notre estime, l'arrêt du 4 février 2000, appelle les mêmes commentaires sceptiques en ce qu'il déleste l'obligation de motivation au profit du juge des référés (*supra*, n° 30).

32. — Si son commentaire n'était pas compromis par l'absence de publication du moyen qu'il rejette, le troisième et dernier arrêt, du 9 mai 1994, justifierait la formulation de réserves beaucoup plus vives.

A s'en tenir aux extraits qui en ont été publiés à la *Pasicrisie*, la Cour paraît en effet étendre son entreprise de délestage de l'obligation de réponse aux conclusions, limitée jusque-là à la réponse aux moyens de droit matériel, aux moyens pris des (autres) garanties procédurales. Il suit de cet arrêt que « le juge des référés qui, comme en l'espèce, constate qu'il y a urgence et qu'un dommage immédiat menace le demandeur en référé si une mesure déterminée n'est pas ordonnée, n'est pas tenu de répondre de manière plus précise aux moyens de défense soulevés par le défendeur en référé invoquant qu'il a besoin de temps pour examiner certains éléments et que lesdites pièces doivent être écartées des débats » (105). Le moyen de cassation n'étant pas publié, on ignore les motifs aux termes desquels la décision attaquée avait, de manière insuffisante selon le demandeur, répondu aux moyens de procédure (inédits, eux aussi) de celui-ci. Si, et seulement si, il devait se confirmer, au vu de ces éléments inconnus, que la Cour de cassation considère que même pris de la violation des droits de la défense, les moyens soumis au juge des référés appellent une réponse moins scrupuleuse que d'ordinaire, son arrêt du 9 mai 1994 ne susciterait pas l'enthousiasme.

L'urgence propre au référé autorise certes, on l'a dit (*supra*, n° 22), que le principe — bien vivace — du contradictoire, subisse quelques aménagements formels, telles une politique plus sévère des remises et des renvois au rôle, l'abréviation des délais de conclusions ou de communication de pièces, etc... Adapter les formes de la contradiction à la célérité du procès, c'est une chose. Dispenser le juge de l'obligation d'expliquer ces adaptations, c'en est une tout autre. Il faut selon nous se garder d'assimiler la possibilité d'accélérer la cadence de la contradiction et l'obligation de motiver l'usage de cette possibilité, surtout aux yeux de celui qui s'oppose à ce régime d'ex-

(104) B.D., note précitée sous l'arrêt in *R.D.C.*, 2000, p. 186. Comp. M. STORME, « Kort geding omdat het moet », note sous l'arrêt in *R.W.*, 2000-2001, pp. 814-815.

(105) Cass., 9 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 453. Compte tenu de l'absence de publication du moyen, l'arrêt n'a forcément donné lieu qu'à des commentaires très prudents : M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation... », o.c., in *Le référé judiciaire, l.c.*, p. 142, n° 28 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Actualités du référé-provision », in *Les procédures de référé, l.c.*, ici spéc. p. 22, n° 17.

ception et au détriment duquel celui-ci est malgré tout consenti. Au contraire, le caractère exceptionnel de la déformalisation du contradictoire ne justifierait-il pas une motivation particulièrement claire et soignée ?

33. — Résumons-nous : la jurisprudence sporadique formée par ces trois arrêts ne nous convainc pas. Avec beaucoup d'autres (106), nous demeurons persuadés que l'obligation constitutionnelle et supra-nationale de motivation des décisions de justice n'a pas à subir de mutation lorsqu'elle est déférée au juge du provisoire.

Les arrêts annotés, postérieurs à cette jurisprudence, fixent un principe dont il convient, ici, de ne point s'écarter. Aucune raison impérieuse ne vient justifier que l'obligation de motivation fasse exception à l'applicabilité de principe des règles du procès équitable au référé.

Les ordonnances sont de plus en plus nombreuses qui, en première et souvent en dernière ligne, sous couvert d'évidences ou d'apparences de droit, se livrent en réalité à un examen particulièrement subtil et minutieux des questions de fait et de droit débattues par les parties. Les enjeux économiques, sociaux, institutionnels, véhiculés par ces décisions sont immenses et délicats. Guidée par la nécessité de déboucher sur le constat ou l'infirmité d'une évidence, l'appréciation au provisoire s'avère souvent plus intense et plus circonspecte que le jugement au fond lui-même. Au demeurant, il est parfois requis du juge des référés qu'il anticipe, en la prédisant sans risque de désaveu, la décision du juge du fond.

Au vu de l'ampleur de sa tâche juridictionnelle et de l'impact de son intervention, il ne serait même pas fantaisiste d'affirmer que le juge des référés doit veiller, plus qu'un autre, à s'expliquer de sa décision (107).

Dira-t-on, au contraire, que l'exigence est déraisonnable au vu des impératifs de la célérité ? La minutie et le soin apportés dans l'urgence à la motivation de l'immense majorité des ordonnances de référé invitent à beaucoup plus d'optimisme. Le constat est, du reste, tout à l'honneur de leurs auteurs.

(106) M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions de référé », in *Le référé judiciaire* (sous la dir. de J. Englebert et H. Boularbah), *l.c.*, ici spéc. pp. 139 et s., n^{os} 24 et s. ; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence... », *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1999, p. 163, n^o 365 ; E. KRINGS, « Het kort geding naar belgisch recht », *o.c.*, *T.P.R.*, 1991, ici spéc. p. 1076, n^o 36 ; P. LEMMENS, « Het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen door de rechter in kort geding en het toezicht door het Hof van cassatie », note sous Cass., 22 février 1991, *R.D.C.*, 1991, pp. 675 et s. ; P. Taelman, « Het kort geding », *R.D.J.P./P.&B.*, 1997, ici spéc. pp. 222 et s., n^o 33 ; J.-Fr. van Drooghenbroeck, « Aspects actuels du référé provision », in *Les procédures en référé* (sous la dir. de J. van Compernelle), Formation permanente C.U.P., vol. XXV, Liège, 1998, ici spéc. pp. 18 et s., n^{os} 15 et s. ; S. Raes, « De toepassing van het recht door rechter in kortgeding », note sous Cass., 4 juin 1993, *Rec. Arr. Cass.*, 1993, ici spéc. p. 170, n^o 17.

(107) M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de cassation... », *o.c.*, in *Le référé judiciaire*, *l.c.*, p. 142, n^o 27 *in fine*.

IV. — LA REQUÊTE UNILATÉRALE
AU CRIBLE DU PROCÈS ÉQUITABLE

34. — Les procédures sur requête unilatérale (108) auxquelles l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'applique « en principe » (*supra*, n° 16), sont-elles dignes du label du procès équitable ?

Déjà assez délicates, les relations qu'entretiennent le référé et les garanties du procès équitable deviennent franchement orageuses à l'aune de l'hypothèse où, « absolue nécessité » ou « extrême urgence » oblige, le juge de l'urgence est saisi et statue, conformément à ce qu'autorise l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire, sur requête unilatérale.

Il est en effet que cette unilatéralité heurte *a priori* de front le principe du contradictoire, dont la Cour européenne s'emploie à souligner le caractère « fondamental » (109) (*infra*, A).

Tenterait-on d'aplanir la difficulté en alléguant l'existence, au profit de la personne préjudiciée par la décision intervenue, d'une voie de rétractation (*i.e.* la tierce opposition) apte à restaurer la contradiction initialement déficitaire ? Surgira alors un second écueil : le juge, saisi d'une voie de recours contre une décision qu'il a lui-même rendue, présente-t-il encore l'impartialité requise pour statuer à nouveau ? (*infra*, B)

La peste — une procédure non contradictoire — ou le choléra — un juge partial — ? Un examen tant soit peu nuancé s'impose.

A. — *Procédure unilatérale
et principe du contradictoire*

35. — La question de la compatibilité de la procédure prévue par l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire avec le principe du contradictoire garanti au titre de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et du principe général des droits de la défense, a fait l'objet d'un débat doctrinal bien nourri (110).

(108) A leur sujet, H. BOULARBAH, « L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale : conditions, procédure et voies de recours », *o.c.*, in *Le référé judiciaire*, *l.c.*, pp. 65 et s., et les multiples réf. citées en note (8); E. MONARD et D. DEGREEF, *Het eenzijdig verzoekschrift*, Anvers, Kluwer, 1998, 195 p.

(109) Cour eur. D.H., arrêt *Beer c. Autriche* du 6 février 2001, § 18.

(110) J. LINSMEAU, « Le référé, fragments d'un discours critique », *Rev. Dr. ULB*, 1993, pp. 17 et suiv. ; M. VAN HOECKE, « Vordering op eenzijdig verzoekschrift en het recht van de verdediging », *o.c.*, *R.W.*, 1990-1991, pp. 56 et s. ; L. DU CASTILLON, « Variations autour du principe dispositif et du contradictoire dans l'instance en référé », *o.c.*, in *Les mesures provisoires en droit français, belge et italien...*, *l.c.*, pp. 108 et suiv. ; H. BOULARBAH, « L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale... », *o.c.*, in *Le référé judiciaire...*, *l.c.*, p. 66, n° 1 ; G. DE LEVAL, « Au sujet de l'inversion du contentieux (pour sortir du néolithique) », in *Liber amicorum Commission Droit et vie des affaires 40ème anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 242 ; E. BREWAEYS, B. MAES, R. VERBEKE, V. BOESMANS et P. VANLERSBERGHE, « Het recht van verdediging tijdens de behandeling van de zaak », *Moet het recht van de verdediging worden afgeschaft ? Les perversions du droit de la défense*, sous la dir. de B. Maes et M. Storme, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 38 *Adde*, en droit français, J. NORMAND, « Le juge du provisoire face

36. — Sans qu'il soit besoin de revenir en détail sur l'argumentaire des uns et des autres, l'on ne peut manquer d'observer la tonalité résolument « sacrificielle » des positions et conclusions qui alimentent la controverse. D'aucuns — et il semble qu'il s'agisse là de la thèse majoritairement adoptée (111) —, considèrent que la requête unilatérale est un « *mal nécessaire* » (112), sur l'autel duquel la contradiction des débats peut être sacrifiée — *Nood breekt tegenspraak* (113) —, à la condition toutefois qu'au travers d'une interprétation étroite et sévère de la notion d'« absolue nécessité » (114) qui en légitime la pratique, ce sacrifice demeure exceptionnel. D'autres, professant une hiérarchie strictement inverse des valeurs en présence — *Tegenspraak breekt Nood* —, plaident purement et simplement, au nom des droits de la défense, pour l'abolition de l'institution de la requête unilatérale comme mode d'introduction de l'instance en référé (115).

37. — Toute l'originalité et la fécondité des arrêts commentés consiste à dépasser — ou, à tout le moins, à tenter de dépasser — la logique ainsi esquissée en affirmant que l'unilatéralité de la procédure en référé n'implique en réalité pas un sacrifice déchirant des exigences du contradictoire, mais uniquement un diffèrement, parfaitement licite en droit, de la pleine satisfaction à celles-ci.

Dans l'affaire *Greenpeace*, la Cour d'appel de Gand avait affirmé que « *le respect des droits de la défense n'exclut nullement que des circonstances excep-*

au principe dispositif et au principe de la contradiction », o.c., in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, l.c., ici spéc. pp. 146 et s.

(111) En ce sens, voy. not. M. VAN HOECKE, « *Vordering op eenzijdig verzoekschrift en het recht van de verdediging* », o.c., *R.W.*, 1990-1991, pp. 566 et s.; L. DU CASTILLON, « *Variations autour du principe dispositif et du contradictoire dans l'instance en référé* », o.c., in *Les mesures provisoires en droit français, belge et italien...*, l.c., pp. 108 et suiv.; H. BOULARBAH, « *L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale...* », o.c., in *Le référé judiciaire...*, l.c., p. 66, n° 1; G. DE LEVAL, « *Au sujet de l'inversion du contentieux (pour sortir du néolithique)* », in *Liber amicorum Commission Droit et vie des affaires 40ème anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 242.; J. NORMAND, « *Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction* », o.c., in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, l.c., ici spéc. pp. 146 et s.

(112) Pour reprendre l'expression bien choisie de H. BOULARBAH, « *L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale : conditions, procédure et voies de recours* », *Le référé judiciaire*, (sous la dir. de J. Englebert et H. Boularbah), éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2003, p. 121. Voy. aussi M. STORME, « *Art. 6 E.V.R.M en het eenzijdig verzoekschrift* », o.c..

(113) Pour reprendre le sous-titre de l'ouvrage de E. MONARD et D. DEGREEF, *Het eenzijdig verzoekschrift*, Anvers, Kluwer, 1998.

(114) Sur l'interprétation actuellement donnée à cette notion, voy. H. BOULARBAH, « *L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale : conditions, procédure et voies de recours* », op. cit., pp. 77 et suiv. Adde, E. MONARD et D. DEGREEF, « *Het kort geding op eenzijdig verzoekschrift : het verassingseffect* », *Limb. Rechtsl.*, 2004, pp. 263 et suiv.

(115) En ce sens, E. BREWAEYS, B. MAES, R. VERBEKE, V. BOESMANS et P. VANLERSBERGHE, « *Het recht van verdediging tijdens de behandeling van de zaak* », *Moet het recht van de verdediging worden afgeschaft? Les perversions du droit de la défense* (sous la dir. de B. Maes et M. Storme), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 38 (s'exprimant à propos de l'article 584, al. 3, du Code judiciaire) : « *Wij pleiten ervoor om deze procedures af te schaffen. De meerwaarde die zij bieden t.o.v. een tegensprekelijke procedure in kort geding weegt niet op tegen de schade die deze procedures toebrengen aan het recht van de verdediging* ».

tionnelles puissent exister ou des circonstances d'absolue nécessité dans lesquelles la contradiction ne peut pas ou ne doit pas être réalisée dès le début de la procédure » (116). Cette même Cour d'appel, statuant cette fois-ci dans l'affaire *Global Action in the Interest of Animals* (117), avait parachevé cette affirmation en soulignant la circonstance que le Code judiciaire prévoit la possibilité de remédier au déficit de contradiction initial : « toute personne n'étant pas intervenue dans la procédure unilatérale, dont les droits sont préjudiciés par l'ordonnance, dispose de la voie de recours qu'est la tierce opposition ».

À l'occasion de ses deux arrêts du 14 janvier 2005, la Cour de cassation donnera, tantôt explicitement (*supra*, n° 4), tantôt implicitement (*supra*, n° 5), son imprimatur à la démonstration ainsi livrée : « les droits de la défense, tels qu'ils résultent de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'empêchent pas qu'en cas d'absolue nécessité une procédure soit introduite sur requête unilatérale, à la condition que, d'une part, la loi prévoit une telle procédure et, d'autre part, les personnes intéressées aient la possibilité de former un contredit en garantie de leurs droits ».

En point de mire de la Cour, la tierce opposition que les articles 1033 et 1122 du Code judiciaire ouvrent à toute personne qui s'estime préjudiciée par une décision à laquelle, faute d'avoir été appelée (en raison ici du caractère unilatérale de l'instance), elle n'est point partie.

C'est l'inversion du contentieux, lumineusement mise en exergue par le Doyen de Leval (118), qui, sur fond de procès équitable, se trouve ainsi adoubée par la Cour de cassation. Relevons incidemment que le droit français appellerait sans conteste la même validation, dès lors que l'article 496, alinéa 2, du Nouveau Code de Procédure Civile dispose que « s'il est fait droit à la requête » unilatérale, « tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance » (119).

38. — Que penser ?

(116) Gand (réf.), 25 octobre 2001, *R.W.*, 2003-2004, p. 224. La traduction française ici reprise est celle de la Cour de cassation. L'accentuation est la nôtre.

(117) Gand (réf.), 1^{er} septembre 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 464.

(118) G. DE LEVAL, « À propos de l'inversion du contentieux », in *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires. Quarantième anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 231 et s.; sur les connexions entre l'inversion du contentieux et le procès équitable, voy. G. DE LEVAL, « Les droits de la défense : granit ou alibi ? », in *Les droits de la défense*, Liège, éd. du Jeune barreau de Liège, 1997, pp. 206-207.

(119) On parle de « référé-rétractation » (à son sujet, cons. S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile 2002-2003*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 620 et s., n°s 3315 et s.). Il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une voie de recours mais d'un « moyen d'instaurer un premier degré de juridiction, afin que soit rétrospectivement respecté le principe de la contradiction » (J. NORMAND, « Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe du contradictoire », in *Les mesures provisoires en droit français, belge et italien...*, l.c., pp. 148-149; adde H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. III, *Les procédures de première instance*, Paris, Sirey, 1991, n° 1390; R. PERROT, in *R.T.D.Civ.*, 1984, p. 387; in *R.T.D.Civ.*, 1987, p. 411; P. BERTIN, « Le référé à fin de rétractation de l'ordonnance rendue sur requête unilatérale en divorce est-il un 'recours' interdit par l'article 1107 NCPC ? », *J.C.P.*, G., 1984, I, p. 3146).

Le raisonnement de la Cour de cassation repose sur la prémisse selon laquelle « *lors de l'appréciation du respect des droits de la défense tels qu'ils découlent du droit à un procès équitable visé à l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe général des droits de la défense, il convient de rechercher si la cause, prise dans son ensemble, respecte les droits de la défense* » (notre accent).

Au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, cette prémisse est parfaitement valide. Selon un arrêt *Nemeth*, « *l'équité de la procédure doit s'apprécier à la lumière de la procédure considérée dans son ensemble et non d'un élément isolé (...). Ce principe vaut aussi bien pour les garanties spécifiques du paragraphe 3 que pour la notion de procès équitable du paragraphe 1 de l'article 6* » (120). L'on déduit de ce principe dit « *de l'examen global* » que, dans le cadre d'une procédure judiciaire à étapes successives, une entorse aux garanties du procès équitable commise à l'occasion d'une instance déterminée n'est pas *ipso jure* irrémédiable et peut parfaitement être réparée ou encore, « *purgée* », à l'occasion d'une instance ultérieure, à la condition toutefois que le juge appelé à y statuer dispose en droit, et fasse exercice en fait, d'une « *plénitude de juridiction* » sur le litige. Le défaut de contradiction (121), ou encore, le défaut d'impartialité (122) sont, selon le mécanisme subdécrit, des « *vices* » intégralement remédiables.

De cette prémisse, la Cour de cassation tire la conclusion qu'en raison de la disponibilité de la tierce opposition (123), l'institution de la requête unilatérale n'est pas, *in se*, contraire à l'article 6.

Là encore, le raisonnement semble trouver de solides cautions dans la jurisprudence européenne. Dans les affaires qui leur furent soumises et qui mettaient en cause une décision de justice unilatérale contre laquelle la partie préjudiciée disposait d'une voie de recours, les organes strasbourgeois n'ont pas conclu à la violation de la Convention du seul fait d'un quelconque vice de contradiction des débats, ni éprouvé la nécessité de soulever *ex officio* la question de cette violation (124). Plus positivement, l'on rappellera que selon la Cour européenne des droits de l'Homme, l'article 6 ne s'oppose certainement pas à ce qu'une partie puisse être jugée par défaut, lorsque celle-ci dispose du droit de faire opposition à sa condamnation (125).

(120) Cour eur. D.H., arrêt *Nemeth c. République Tchèque* du 20 septembre 2005, § 51. Dans un sens identique, voy., e. a., Cour eur. D.H., arrêt *Dallos c. Hongrie* du 1^{er} mai 2001, § 47 et références citées par cet arrêt.

(121) Voy. p. ex., Cour eur. D.H., arrêt *I.J.L., G.M.R. et A.K.P. c. Le Royaume-Uni* du 19 septembre 2000, § 117.

(122) Cour eur. D.H., arrêt *Cianetti c. Italie* du 22 avril 2004, § 44.

(123) Au sujet de cette voie de recours extraordinaire, cons. G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence (1993 à 2005). Les voies de recours », *R.C.J.B.*, 2006.

(124) Dans l'affaire *Markass Car Hire Ltd*, qui, pour rappel, est l'une des seules affaires où la Cour européenne des droits de l'Homme conclut à l'applicabilité de l'article 6 aux procédures en référé, la décision incriminée avait été rendue sur requête unilatérale.

(125) Voy. p. ex., Cour eur. D.H., arrêt *Somogyi c. Italie* du 18 mai 2004, § 66.

Tolérables sous l'angle de l'article 6, les procédures judiciaires unilatérales sont même, dans certains cas d'urgence, souhaitables aux fins de protection des droits fondamentaux (126). La Cour européenne serait au demeurant bien malvenue d'en critiquer l'usage par les États, dès lors qu'elle y a parfois recours, dans le cadre de son propre « référé », pour éviter que, durant l'instance au fond portée devant elle, des atteintes irrémédiables ne soient portées aux droits et libertés dont elle a la garde... (127)

39. — Déduira-t-on de ce qui précède que, grâce aux vertus « purgatives » de la tierce opposition, la requête unilatérale cesse de soulever quelque difficulté que ce soit au regard des exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme, en sorte que l'usage modéré et exceptionnel de ce mode introductif d'instance, encadré par une interprétation stricte de

(126) On admettra sans peine, au regard de la doctrine classique des droits de l'Homme, qu'une restriction de liberté ordonnée par un juge est, même sans débat contradictoire préalable, toujours préférable à une restriction de liberté ordonnée par une autorité administrative agissant d'office ou sur dénonciation. Voy. p. ex., à propos de perquisitions opérées dans un cabinet d'avocats, Cour eur. D.H., req. n° 620002/, décision *Tamosius c. Roayume-Uni* du 19 septembre 2002 : « *En l'espèce, la perquisition a été opérée en vertu d'un mandat décerné par un juge; en vertu de la loi, celui-ci devait estimer qu'il y avait une bonne raison de penser qu'il y avait eu fraude fiscale et que des éléments de preuve pourraient être découverts dans les locaux à perquisitionner. Si le requérant se plaint que le mandat a été obtenu dans le cadre d'une procédure non contradictoire, alors que dans d'autres contextes définis par la loi des procédures contradictoires sont prévues, la Cour fait observer qu'il peut y avoir de bonnes raisons de ne pas avertir qu'une perquisition est projetée. L'examen attentif d'un juge, même dans une procédure non contradictoire, est néanmoins une garantie importante contre tout abus* »).

(127) L'article 39, § 1^{er}, du règlement de la Cour, prévoit en effet que « *La chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure* ». Ainsi que l'indiquent les termes mêmes de cette disposition, des mesures provisoires peuvent parfaitement être indiquées au Gouvernement défendeur sans que celui-ci n'ait été préalablement informé de la demande, ni entendu en ses explications : l'urgence inhérente à la situation y fait parfois *de facto* obstacle (voy. à cet égard, la chronologie du traitement de la demande de mesures provisoires qui avait été introduite dans l'affaire *Conka c. Belgique* : Cour eur. D.H., req. n° 51564/99, décision *Conka et autres ainsi que Ligue des droits de l'Homme c. Belgique* du 13 mars 2001). L'absence de contradiction de cette procédure n'a jamais été dénoncée par la doctrine, qui y voit au contraire la *conditio sine qua non* de son efficacité : voy. à ce sujet J.-F. FLAUSS, « Discussion », *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, sous la dir. de G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 205-206. Comp. cependant H.R. GARRY, « When Procedures Involve Matters of Life and Death : Interim Measures and the European Convention on Human Rights », *European Public Law*, 2001/7). Suite à un revirement de jurisprudence intervenu dans une affaire *Mamatkulov c. Turquie*, les mesures provisoires indiquées par la Cour doivent en principe être considérées comme obligatoires pour les États : l'État qui s'abstiendrait d'y déférer commettrait une violation de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Sur ceci, voy. S. van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence (2002-2004)*, vol. 2, *Articles 7 à 59 de la Convention et Protocoles additionnels*, Bruxelles, Larcier, coll. « Les dossiers du Journal des Tribunaux », 2006, n°s 585 à 587, pp. 207 et 208, ainsi que Ph. FRUMER, « Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'Homme persiste et signe. Commentaire de l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005 », *Rev. Trim. Dr. Homme*, 2005, pp. 797 et suiv.

la condition d'« absolue nécessité », deviendrait du même coup une précaution parfaitement superflue ?

Dans le registre de la pure équité procédurale — c'est-à-dire à l'aune des seules exigences portées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme — une réponse affirmative pourrait, en théorie, être avancée (128).

Cet angle d'analyse est, cependant, trop étroit.

(128) Comp. cependant, C.J.C.E., C-123/91, arrêt *Minalmet GmbH c. Brandeis Ltd* du 12 novembre 1992, où, statuant sur l'interprétation de l'article 27, 2, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la Cour de justice avait affirmé que (pt. 19) « la possibilité de faire usage ultérieurement d'une voie de recours contre une décision par défaut déjà rendue exécutoire, ne peut pas constituer une voie équivalant à une défense préalable à la décision ». L'on ne saurait cependant, à notre estime, interpréter le *dictum* précité comme l'affirmation, générale et abstraite, d'une infirmité de la contradiction « différée » par rapport à la contradiction préalable (voy. au demeurant les critiques auxquelles l'arrêt, interprété en ce sens, a donné lieu : G. DE LEVAL, « A propos de l'inversion du contentieux », in *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires. Quarantième anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 242 et les réf. citées à la note (41); voy. déjà C.J.C.E., 21 mai 1980, af. 125/79, arrêt *Denilauler c. Couchet*, *Recueil*, 1980, p. 1553, avec les concl. de l'Av. gén. MAYRAS; *R.C.D.I.P.*, 1980, p. 787, note A. MEZGER; *Clunet*, 1980, p. 939, obs. A. HUET; *adde* J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Les compétences internationale et territoriale du juge du provisoire », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien, l.c.*, p. 492, n° 23). Le juge communautaire s'emploie en effet à contextualiser cette affirmation par la prise en considération des données juridiques propres à l'État dont la législation se trouvait en cause. Ainsi poursuit-il en affirmant (pt. 20 de l'arrêt) : « En effet, comme le relève à juste titre la juridiction de renvoi, dès lors qu'une décision exécutoire est intervenue, le défendeur ne peut obtenir, le cas échéant, le sursis à l'exécution de cette décision que dans des conditions plus difficiles et peut en outre être confronté à des difficultés de procédure. Les possibilités de défense d'un défendeur défaillant sont donc sensiblement affaiblies ». L'on notera au surplus que, par le biais d'une interprétation constructive de la notion de « notification régulière et en temps utile de l'acte introductif d'instance », la Cour de Justice est parvenue à la conclusion que la reconnaissance mutuelle des décisions rendues sur requête unilatérale ne devait pas être *de plano* écartée sur base de l'article 27, 2, *sudit*. Voy. C.J.C.E., C-39/02, arrêt du 14 octobre 2004, en cause *Maersk Olie & Gas A/S c. Firma M. de Haan et W. de Boer*, ainsi que la jurisprudence de la C.J.C.E. relative aux procédures unilatérales d'injonction de payer existant en droit italien et allemand. Cette jurisprudence est synthétisée dans les conclusions de l'avocat général P. LÉGER du 13 juillet 2004 précédant l'arrêt *Maersk Olie & Gas A/S c. Firma M. de Haan et W. de Boer*, précité; voy. en particulier C.J.C.E., 13 juillet 1995, *Hengst Import BC c. Campese*, aff. C-474/93, *R.C.D.I.P.*, 1996, p. 152, obs. H GAUDEMET-TALLON; *Rev. not. b.*, 1996, p. 139; *R.D.C.*, 1996, p. 820. Sur cette dernière jurisprudence, voy. encore H. BORN, M. FALLON et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Droit judiciaire international. Chronique de jurisprudence (1991-1998)*, Dossier n° 28 du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 589, n° 314 ainsi que J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et S. BRIJS, *Un titre exécutoire européen*, Dossier n° 53 du Journal des Tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 67, n° 67. Notons enfin que le régime belge de l'exécution provisoire (de plein droit) des ordonnances sur requête unilatérale pourrait être regardé comme satisfaisant aussi à la lecture la plus exigeante des jurisprudences *Minalmet* et *Denilauler* de la Cour de Justice. On songe évidemment à l'article 1127 du Code judiciaire en vertu duquel « le juge des saisies peut, sur citation à la requête de la partie qui a formé la tierce opposition et toute autres parties appelées, suspendre à titre provisoire, en tout ou en partie, l'exécution de la décision attaquée ». Au sujet de cette disposition trop souvent méconnue, voy. G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, P.U. Liège, 1988, pp. 37-38, n° 21; G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE, « L'évolution du référé : mutation ou renouveau ? », *J.T.*, 1985, p. 522, n° 18, note (53); G. CLOSSET-MARCHAL, « Les voies de recours », in *Les*

Il est en effet que les mesures ordonnées sur requête unilatérale sont en elles-mêmes susceptibles de constituer des restrictions irréversibles (129) à certains droits fondamentaux substantiels, restrictions dont la validité s'apprécie notamment à la lumière de la qualité du processus décisionnel suivi. À ce titre, la jurisprudence strasbourgeoise est de plus en plus encline à requérir que des mesures portant par exemple limitation de la liberté d'expression (130), du droit au respect des biens (131), du droit au respect de la vie familiale (132) ou du droit au respect de la vie privée (133), aient vu leur adoption précédée, ou, à tout le moins, immédiatement suivie, de la possibilité pour les intéressés de faire valoir leur point de vue de manière équitable. Lorsque les mesures en cause infligent un préjudice irréversible en fait aux droits et libertés en cause, la Cour européenne des droits de l'Homme n'autorisera le retardement du débat contradictoire que dans des circonstances d'urgence impérieuse ou dans l'hypothèse où l'effet de surprise s'impose en impératif incontournable. Ainsi, dans une affaire *Haase c. Allemagne*, se trouvait en cause la compatibilité avec l'article 8 de la Convention d'une ordonnance par laquelle un juge des référés, agissant à la requête de l'Office de la protection de la jeunesse allemand, avait soustrait des mineurs en danger à la garde de leurs parents, sans audition préalable de ceux-ci. Certes la Cour admit-elle que « *lorsque des mesures doivent être prises d'urgence pour protéger un enfant, il peut ne pas toujours être possible, compte tenu justement de l'urgence, d'associer au processus décisionnel les personnes qui ont la garde de l'enfant. Semblable concertation, lorsqu'elle est envisageable, peut même ne pas être souhaitable si les personnes en question sont perçues comme représentant une menace immédiate pour l'enfant, dès lors*

mesures provisoires en droit belge, français et italien..., l.c., p. 327, n^{os} 26-27; *R.P.D.B.*, Compl. t. VIII, v^o « Saisies-Généralités », Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 593-596.

(129) La mobilisation de l'article 1127 du Code judiciaire (voy. la note précédente), ou d'une disposition équipolente, s'avérant impuissante à enrayer, dans ces cas, la force exécutoire de l'ordonnance sur requête. L'on ne peut, au demeurant, qu'approuver la jurisprudence de la Cour de cassation de France selon laquelle la seule perspective (ni même la réalité) d'un débat contradictoire par le truchement du « référé-rétractation » de l'article 496 du N.C.P.C. (*supra*, n^o 37 *in fine*), ne peut en aucun cas suffire à légitimer, *a posteriori*, la saisine de la juridiction de référé par requête unilatérale (Cass. fr. (3^e civ.), 27 mai 1998, *J.C.P.*, G., 1998, IV, p. 2608; Cass. fr. (com.), 26 janvier 1999, *Bull. civ.*, IV, n^o 28; D., 1999, somm., p. 213, obs. P. JULIEN; Procédures, 1999, n^o 21, obs. R. PERROT; *R.T.D.Civ.*, 1999, 1999, p. 463, obs. R. PERROT).

(130) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Association Ekin c. France* du 17 juillet 2001, § 61 (à propos d'une restriction préventive « administrative » à la liberté d'expression). Les mêmes principes ont été retenus par la Cour à propos des restrictions à la liberté de réunion : Cour eur. D.H., arrêt *Guner et autres c. Turquie* du 12 juillet 2005, § 77.

(131) « *Nonobstant le silence de l'article 1^{er} du protocole n^o 1 en matière d'exigences procédurales, les procédures applicables en l'espèce doivent aussi offrir à la personne concernée une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes afin de contester effectivement les mesures portant atteinte aux droits garantis par cette disposition* » (Cour eur. D.H., arrêt *Jokela c. Finlande* 21 mai 2002, § 45) Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002, § 96; Cour eur. D.H., req. n^o 38602/02, décision *Yildirim c. Italie* du 10 avril 2003.

(132) Voy. notamment Cour eur. D.H., arrêt *W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A n^o 121, § 64; Cour eur. D.H., arrêt *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2002, § 52.

(133) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Connors c. Royaume-Uni* du 27 mai 2004, § 83 et 92.

que le fait même d'avertir préalablement ces personnes serait de nature à priver la mesure de son efficacité » (134). En l'espèce cependant, la Cour n'aperçut aucun motif de considérer que l'unilatéralité de la mesure contestée était réellement indispensable : un débat contradictoire préalable eût parfaitement pu avoir lieu sans que l'intérêt des mineurs concernés eût à en souffrir. Concluant ainsi à la violation de l'article 8, la Cour jugea non nécessaire d'examiner par surcroît si cette absence de contradiction était également constitutive d'un manquement aux exigences de l'article 6 du même instrument (135).

40. — On le voit : s'il n'oppose pas d'obstacle rédhibitoire à pareil schéma procédural, le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, considéré globalement, commande cependant de ne différer l'instauration du débat contradictoire, par le truchement de la tierce opposition, que dans des circonstances exceptionnelles. En ce sens, il fait certainement obstacle à un quelconque relâchement de l'interprétation — souveraine (136) — de la condition d'« absolue nécessité » qui, aux termes de l'article 584, al. 3, du Code judiciaire belge, constitue le sésame de la procédure unilatérale en référé (137). L'on ne peut donc que se réjouir de voir la doctrine (138) et la jurisprudence (139) abonder en ce sens.

(134) Cour eur. D.H., arrêt *Haase c. Allemagne* du 8 avril 2004, § 95.

(135) *Ibid.*, § 108.

(136) Voy. le second arrêt annoté (*G.A.I.A.*), réponse à la seconde branche du premier moyen de cassation.

(137) D'aucuns (voy. L. DU CASTILLON, « Variation autour du principe dispositif et du contradictoire dans l'instance en référé », *op. cit.*, p. 112-113) ont suggéré que la technique dite du « référé unilatéral conditionnel » puisse être un heureux complément de cette interprétation stricte. Cette technique consiste pour le président saisi à assortir l'octroi de la mesure sollicitée de l'obligation, pour la partie qui l'a obtenue, d'introduire dans un délai déterminé et à peine de caducité de ladite mesure, une procédure contradictoire (en référé ou au fond) (comp. H. BOULARBAH, « L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale... », *op. cit.*, pp. 74 et suiv.). À l'appui d'une telle suggestion, l'on peut sans doute verser l'arrêt *Éditions Plon c. France* du 18 mai 2004. En l'espèce, la Cour européenne des droits de l'Homme jugea compatible avec l'article 10 de la Convention, l'ordonnance en référé, confirmée en appel, qui avait fait défense à la société requérante de poursuivre la diffusion de l'ouvrage *Le Grand Secret*, co-rédigé par l'ancien médecin de feu le Président Mitterrand. Aux fins d'asseoir cette conclusion, la Cour européenne des droits de l'Homme prit acte du fait que, lorsqu'elle confirma ladite interdiction, la Cour d'appel enjoignit aux demandeurs — l'épouse et les descendants du Président défunt — d'engager, dans un délai d'un mois et à peine de caducité de l'interdiction, une procédure au fond à l'encontre de la société éditrice, et ce, en vue d'un débat contradictoire plus approfondi (Cour eur. D.H., arrêt *Éditions Plon c. France* du 18 mai 2004, § 47). Il reste cependant que la technique du « référé unilatéral conditionnel » peut avoir un effet pervers, en favorisant l'octroi à la légère des mesures sollicitées (voy. les considérations très judicieuses de H. BOULARBAH, « L'intervention... », *op. cit.*, pp. 74 et suiv. et réf. citées).

(138) H. BOULARBAH, « L'intervention... », in *Le référé judiciaire*, l.c., pp. 85 et s., n^{os} 17 et s.; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Liège, P.U. Liège, 1987, p. 331, n^o 447; E. KRINGS, « La jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique en matière de référé », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs. Mélanges offerts à Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1995, p. 210, n^o 8; J. VAN COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (1986-1996). Droit judiciaire privé », *R.C.J.B.*, 1999, p. 156, n^o 358; P. TAELEMAN, « Het kort geding », o.c., p. 210 n^o 15. En doctrine française, cons.

B. — Tierce opposition et impartialité

41. — Voie privilégiée de la restauration de la contradiction des débats, la tierce opposition s'exerce, selon l'article 1125, al. 1, du Code judiciaire, « devant le juge qui a rendu la décision attaquée ». De cette circonstance, la demanderesse *Greenpeace* avait, en degré d'appel, déduit un motif de remettre en cause l'impartialité du juge de la tierce opposition. La Cour d'appel de Gand avait cependant contesté la pertinence de l'argument : « *de bemerking omtrent de mogelijke partijdigheid wanneer eenzelfde magistraat zou rechtspreken voor de beschikking op verzoekschrift en bij de beoordeling van het rechtsmiddel, is niet aan de orde* » (140).

Ce n'est ni la première fois — ni sans doute la dernière — que se pose la question de la licéité, au regard de l'article 6 de la Convention, du « cumul » qui caractérise l'office du juge statuant sur tierce opposition ou — hypothèse voisine, voire identique — sur opposition (141).

42. — Par hypothèse, nulle difficulté ne se posera si, conformément à ce que permet l'article 1125 du Code judiciaire (142), le juge devant lequel la tierce opposition est portée n'est pas, « physiquement », le même que celui qui a rendu la décision querellée, mais bien un juge du même tribunal ou de la même Cour (143). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a en effet exclu qu'une violation de l'article 6 puisse être

p. ex. J. NORMAND, « Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe du contradictoire », in *Les mesures provisoires...*, l.c., pp. 146-147 et les réf. citées; S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile (2002-2003)*, o.c., p. 615, n^{os} 3306 et les réf. citées).

(139) Voy. les innombrables décisions citées par les auteurs évoqués à la note précédente.

(140) Gand, 25 octobre 2001, *R.W.*, 2003-2004, ici p. 225.

(141) Pour une synthèse récente de la problématique, voy. D. DE MAREZ, « Het derdenverzet en artikel 6 E.V.R.M : kan de rechter dubbel onpartijdig zijn? Enkele vragen naar aanleiding van het geschil over een bankgarantie », *DA/OR*, 2001, pp. 315 à 332, G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence... », o.c., *R.C.J.B.*, 2006, ainsi que S. COOLS, « Kan de rechter op (derden)verzet nog onpartijdig zijn? », *P.&B./R.D.J.P.*, 2002, pp. 78 à 81. Voy. enfin, B. BEELDENS, « L'impartialité et la problématique du cumul des fonctions judiciaires », *Ann. dr.*, 2001, pp. 239 et s., spéc. p. 279, ainsi que F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 623 et suiv.

(142) G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence... », o.c., *R.C.J.B.*, 2006, n^o 502; H. BOULARBAH, « L'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale... », o.c., in *Le référé judiciaire*, l.c., p. 114, n^o 54; K. WAGNER, *Derdenverzet*, Malines, Kluwer, 2004, série « Algemene praktische rechtsverzameling », pp. 37 et suiv.; Bruxelles, 10 avril 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 84.

(143) Le même raisonnement peut être tenu à propos de l'opposition, puisque celle-ci ne doit pas nécessairement être portée devant le même magistrat que celui qui a rendu la décision par défaut querellée (G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, Coll. de la Faculté de droit de Liège, p. 293). Voy. au demeurant, en matière pénale, Cass., 2 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 785.

constituée par la seule existence d'un « cumul » purement « institutionnel » (144).

43. — La difficulté survient par contre lorsque la tierce opposition est portée devant son « juge naturel », à savoir, le magistrat ou au moins l'un des magistrats qui est l'auteur (ou le coauteur) de l'ordonnance entreprise.

La problématique suscitée par de tels « cumuls personnels » a, du reste, suscité les prises de positions les plus contrastées. La palme de la confiance reviendra sans doute à la Cour d'arbitrage qui, par *obiter dictum*, n'hésita pas à qualifier de « *parti pris extrême* » — autant dire : risible ? — le doute qui serait jeté sur l'impartialité du juge statuant sur opposition contre une décision qu'il aurait préalablement rendue par défaut (145). À l'opposé du spectre se situe la thèse récemment soutenue par Franklin Kutu. Au terme d'un examen exhaustif des positions doctrinales et jurisprudentielles jusqu'ores adoptées en la matière, l'auteur aboutit à la conclusion que « *le principe du remploi du magistrat dans l'exercice de la même fonction judiciaire peut susciter des difficultés lorsqu'il est appliqué à l'hypothèse de la connaissance successive d'une cause par défaut, puis sur opposition. L'interdiction de ce cumul d'interventions éradiquerait le risque du magistrat incapable de jeter un regard critique sur sa première décision, à tout jamais satisfait de sa première vision du dossier, fût-elle partielle et incomplète* » (146). Et l'auteur d'affirmer que « *seule l'incompatibilité entre le jugement par défaut et sur opposition est de nature à garantir la stricte impartialité de la décision à intervenir* » (147).

Pour opposées qu'elles soient sur le fond, les deux thèses ont toutefois ceci de commun que, empruntant la forme de jugements abstraits posés sur la validité de l'institution du « remploi du juge » en tant que telle, elles sont pourvoyeuses d'une incontestable sécurité juridique : toujours ou jamais.

(144) Voy. Cour eur. D.H., req. n° 58811/00, décision *G.L. et S.L. c. France* du 6 mars 2003 (à propos de la coexistence de fonctions consultatives et juridictionnelles au sein du Conseil d'État français). Comp. Cour eur. D.H., arrêt *Sacilor-Lormines c. France* du 9 novembre 2006, §§ 72-73.

(145) En l'occurrence, la Cour d'arbitrage était interrogée sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combiné avec l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'Homme, du « cumul » que l'article 601bis du Code judiciaire implique dans le chef du juge de police. Répondant de manière affirmative à la question ainsi posée, la Cour avait affirmé que (pt. B.4. de l'arrêt) : « *Aux yeux d'un public exempté de préjugé malveillant envers les institutions, un magistrat n'apparaît pas comme suspect de partialité par cela seul qu'il a déjà eu à traiter d'une question qui lui est posée. Dans un système où l'autorité de la chose jugée est relativisée par égard aux vertus du contradictoire, il est cohérent de considérer que les juges, au cours d'un nouveau débat, tiennent compte d'arguments de nature à remettre en cause leur conviction précédente, comme il advient couramment d'ailleurs lorsqu'une opposition les amène à revenir sur un jugement rendu par défaut. Le législateur a pu raisonnablement estimer qu'une méfiance de principe était un parti pris extrême risquant de compliquer exagérément l'organisation de la justice, d'autant que si les circonstances de l'espèce justifient une méfiance particulière, le juge doit s'abstenir* » (C.A., n° 163/2003, 10 décembre 2003) (notre accent).

(146) F. KUTU, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 630.

(147) *Idem*.

44. — La contemplation de l'évolution contemporaine de la jurisprudence strasbourgeoise montre cependant que la certitude confortable des évaluations désincarnées et des conclusions dogmatiques n'est pas, loin s'en faut, le registre dans lequel se meut la problématique de l'impartialité du juge (148).

Jugeons-en.

Dans une affaire *Thomann c. Suisse*, le requérant dénonçait, sous visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, le fait que les mêmes magistrats l'aient pénalement condamnés, tout d'abord par défaut, et ensuite, contradictoirement, sur opposition. La Cour européenne des droits de l'Homme déclara cependant ce grief non-fondé, en s'appuyant principalement sur les motifs suivants : « *les juges qui réexaminent en présence de l'intéressé une affaire qu'ils ont dû d'abord juger par défaut, sur la base des éléments dont ils pouvaient alors disposer, ne sont en aucune manière liés par leur première décision; ils reprennent à son point de départ l'ensemble de l'affaire, toutes les questions soulevées par celle-ci restant ouvertes et faisant cette fois l'objet d'un débat contradictoire à la lumière de l'information plus complète que peut leur fournir la comparution personnelle de l'accusé* » (149). « *Du reste* », ajoute la Cour, « *si une juridiction devait modifier sa composition chaque fois qu'elle fait droit au recours d'un condamné absent, celui-ci se verrait avantagé par rapport aux prévenus qui comparaissent dès l'ouverture de leur procès, car il obtiendrait ainsi que d'autres magistrats le jugent une seconde fois dans la même instance. Cela contribuerait de surcroît à ralentir le travail de la justice, obligeant un plus grand nombre de juges à étudier un même dossier, ce qui paraît peu compatible avec le respect du délai raisonnable* » (150).

Les premier et troisième motifs reproduits, à savoir les bienfaits attachés au caractère contradictoire du réexamen de la cause et l'économie de procédure, nous semblent tout à fait transposables à la situation de « cumul » qu'occasionne l'exercice de la tierce opposition à l'encontre d'une ordonnance rendue sur requête unilatérale.

L'on aurait cependant tort d'apercevoir dans l'arrêt *Thomann* un quelconque brevet de conventionnalité décerné, de manière abstraite, générale et définitive, à l'endroit de semblables cumuls — qu'ils surviennent sur opposition ou tierce opposition. Que la restauration d'un débat contradictoire puisse fournir au juge les motifs de se départir de sa position pristine, et ainsi apaiser les craintes que l'on pourrait nourrir vis-à-vis des « préjugés » qu'il pourrait avoir, relève en effet d'une probabilité abstraite, d'un *quod plerumque fit*.

(148) La plus belle illustration en la matière est fournie par la question que soulève, sous l'angle de l'exigence d'impartialité, le « cumul du fond et du provisoire ». Pour un résumé de l'état actuel des débats belges en la matière, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG, A. DECROËS, O. MIGNOLET et B. BEELDENS, « Les avatars de l'article 660 du Code judiciaire », *Mélanges J. van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, spéc. pp. 798 et suiv.

(149) Cour eur. D.H., arrêt *Thomann c. Luxembourg* du 10 juin 1996, § 35.

(150) *Ibid.*, § 36.

Cette probabilité suffit à justifier, sur un plan abstrait, une présomption simple d'impartialité dans le chef de ce juge (151). Cette présomption simple doit cependant subir l'épreuve d'un examen empirique, à la lumière de chaque litige particulier. Il se peut en effet *qu'in concreto*, et eu égard à l'identité des questions en litige ainsi qu'à la manière dont elles ont été abordées dans les deux instances successives, la contradiction restaurée ne puisse sérieusement se voir reconnaître les vertus *qu'in abstracto*, on est enclin à lui prêter.

Tel est au demeurant l'enseignement que, par analogie, l'on croit pouvoir dégager d'un arrêt ultérieur, rendu dans une affaire *San Leonard Band Club c. Malte* (152). En l'espèce, trois juges appartenant à la formation de jugement s'étant prononcée dans une cause déterminée avaient été ultérieurement appelés à statuer sur la demande de « *retrial* » — demande que la Cour européenne des droits de l'Homme apparente à un pourvoi en cassation (153) — formée contre la décision intervenue. Constatant que la demande de « *retrial* » avait pour objet de faire censurer les erreurs de droit prétendument commises dans cette première décision, le juge de Strasbourg conclut à la violation de l'article 6. Ce faisant, il affirma que l'affaire *sub judice* se distinguait de l'affaire *Thomann* ci-avant visée. Dans l'affaire *Thomann* en effet, « *les juges appelés à siéger lors du second procès avaient été saisis d'éléments nouveaux complétant le dossier et ils avaient pour mission non de statuer sur des erreurs qu'on leur aurait imputées mais de réexaminer l'ensemble de l'affaire* » (154). Dans l'affaire *San Leonard Band Club* par contre, la demande de « *retrial* » introduite par la requérant n'avait pas pour objet de verser quelque élément nouveau au débat, mais uniquement de contester l'interprétation de la loi donnée par la décision attaquée. En conséquence, les magistrats auteurs de la décision sur le fond devaient uniquement, dans le cadre de l'instance de « *retrial* », se prononcer sur le point de savoir s'ils avaient précédemment commis des erreurs de droit (155). Eu égard à l'objet de celui-ci, la Cour estima que lesdits juges ne présentaient plus l'impartialité suffisante pour trancher le litige.

(151) Comp avec l'arrêt *De Haan c. Pays-Bas* du 26 août 1997, où la Cour conclut à la violation de l'article 6 en présence d'un juge ayant siégé deux fois en la même qualité au cours de la même instance. Pour distinguer la présente cause de l'affaire *Thomann*, la Cour fit en substance valoir que le caractère « contradictoire » des décisions successivement intervenues, faisait obstacle à ce que, à l'instar de ce qui avait été le cas dans le précédent *Thomann*, l'on prenne argument de la « restauration de la contradiction » pour évacuer le risque de partialité (Cour eur. D.H., arrêt *De Haan c. Pays-Bas* du 26 août 1997, § 47). Sur la comparaison de ces deux arrêts, et les conclusions qu'il convient d'en tirer, voy. K. RIMANQUE et B. DE SMET, *Het recht op behoorlijke rechtsbedeling. Een overzicht op basis van artikel 6 EVRM*, Anvers, Maklu, 2002, pp. 74-75.

(152) Cour eur. D.H., arrêt *San Leonard Band Club. c. Malte* du 29 juillet 2004.

(153) *Ibid.*, § 43.

(154) *Ibid.*, § 64.

(155) *Ibid.*, §§ 63-64.

45. — À l'examen, il semble que la jurisprudence belge (156) intervenue sur la question épouse de manière relativement fidèle les nuances — d'autres diront les méandres — de la jurisprudence strasbourgeoise.

Aux termes d'une jurisprudence bien établie, la Cour de cassation considère qu'« *il ne peut être déduit de la seule circonstance qu'ensuite de l'opposition, la cause est à nouveau portée devant la juridiction qui a rendu le jugement par défaut et que (...) celle-ci est composée de l'un des juges qui ont statué par défaut et de deux autres juges, que le juge en question ne serait pas indépendant et impartial au sens de l'article 6, alinéa 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...)* » (157).

De manière tout à fait congruente par rapport à ce qui précède, la même Cour décidait, sous l'empire de l'ancienne législation relative à la faillite, que « *de la circonstance qu'à la suite de l'opposition du failli, le tribunal qui serait appelé à juger de son état de cessation de paiements et de l'ébranlement de son crédit, serait le même que celui qui (...) a prononcé d'office sa faillite, il ne peut être déduit que ce tribunal ne serait pas impartial au sens de l'article 6, alinéa 1^{er}* » de la Convention européenne des droits de l'Homme (158).

46. — Il est permis d'apercevoir, en sous-jacence de ces arrêts, non seulement l'expression de la présomption d'impartialité du juge statuant pareillement sur opposition ou tierce opposition, mais aussi le fondement de cette présomption.

La Cour de cassation note ainsi dans certains de ces arrêts que le juge, saisi de l'opposition, ne pouvait être réputé connaître les moyens de défense de l'opposant lorsqu'il statua par défaut (159). La restauration de la contradiction « sublime » en quelque sorte l'office du juge statuant sur (tierce) opposition : loin d'être astreint à une épreuve psychologiquement

(156) Les positions de principe en la matière sont au demeurant identiques à celles que retient la jurisprudence française. Voy. S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel*, *op. cit.*, p. 624 et réf. citées.

(157) Cass., 25 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 102. Un arrêt du 16 janvier 2002 précise que la même solution s'impose au regard du principe général de droit de l'impartialité du juge (Cass., 16 janvier 2002, *Pas.*, 2002, p. 161). Voy. antérieurement, et toujours au terme d'une formulation plus ou moins identique, Cass., 5 mai 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 636; Cass., 2 novembre 1993, *Pas.*, 1193, I, p. 916; Cass., 3 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 646.

(158) Cass., 1^{er} avril 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 348; *T.R.V.*, 1994, p. 186, note S. RAES.

(159) Voy. not. Cass., 3 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 646 : « *Il ne peut être déduit de la seule circonstance que, en raison de l'opposition, la cause est reportée devant la juridiction qui a statué par défaut et qui (...) pouvait être composée des mêmes juges que ceux qui avaient déjà statué par défaut, que ces juges, qui n'avaient pu connaître, lors de la décision rendue par défaut, les moyens de défense que le prévenu pouvait, le cas échéant, faire valoir, ne seraient pas des juges indépendants et impartiaux au sens de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* » (notre accent). Dans un sens identique, mais plus ramassé, voy. Cass., 25 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 102.

douloureuse consistant à examiner la nécessité de devoir se « déjuger » (160), celui-ci se voit offrir l'opportunité d'un « mieux-juger » (161).

47. — En même temps, les termes prudents utilisés par la Cour de cassation (« *de la seule circonstance...* ») indiquent l'éventualité que cette contradiction restaurée puisse, dans certaines circonstances particulières, ne pas produire les effets de sublimation qui, en théorie, peuvent lui être attachés, en sorte que la présomption d'impartialité du juge statuant sur (tierce) opposition doive être renversée (162).

La jurisprudence de la Cour de cassation ne comporte pas de précisions supplémentaires, ni d'illustrations à ce sujet. Par contre, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 27 avril 2000 (163) s'engouffre dans la brèche ouverte par cette jurisprudence. En l'occurrence, la juridiction bruxelloise était invitée à se prononcer sur l'impartialité du juge appelé à statuer sur l'opposition introduite contre une faillite qu'il avait lui-même déclarée « d'office ». Dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'arrêt du 27 avril 2000 rappelle que, « *uit het enkele feit dat de rechtbank die uitspraak doet over het verzet dezelfde is als die ambtshalve of bij verstek over de faillietverklaring besliste, niet valt af te leiden dat die rechtbank als zodanig niet meer onpartijdig zou kunnen oordelen* ». L'arrêt ajoute cependant que « *wanneer de verzetdoende partij over de ambtshalve aangeven feiten en over de toepassing van het recht dient ten overstaan van dezelfde rechters die de betwiste beslissing hebben gewezen en zij deze in het door hen gevormde oordeel dus moet tegenspreken, zij op objectieve grond twijfels kan koesteren over de onpartijdige houding van die rechters; dat die rechters immers uit eigen beweging een bijzondere verstrekkende maatregel hebben getroffen en een grondverklaring van het verzet voor henzelf niet enkel inhoudt dat zij hun vergissing in het benutten van de bijzondere door hen utigeoefende bevoegdheid moeten toegeven, maar zelfs met zich kan brengen dat een door hen begane fout aan de orde zou kunnen komen; dat een verzetdoende partij dan ook op objectieve gronden kan vrezen dat die rechters bij het beoordelen van de bewijzen welke tegen hun argument worden ingebracht, geïnspireerd kunnen zijn om hun gelijk staande te houden* ». Et l'arrêt de conclure que « *de derdenverzet tegen een ambtshalve uitgesproken faillissement in het licht van artikel 6, lid 1 EVRM zodoende diende te worden gebracht voor een anders samengestelde kamer van de rechtbank ter vermijding van een objectieve schijn van partijdigheid* ».

(160) Voy. B. BEELDENS, « L'impartialité et la problématique du cumul des fonctions judiciaires », *op. cit.*, p. 280.

(161) G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, Coll. de la Faculté de droit de Liège, p. 293 (s'exprimant à propos de l'opposition) : « *A la différence de l'appel, il s'agit ici d'une voie de rétractation; le juge est appelé à parachever le travail dont l'imperfection initiale a pour origine une mauvaise information; s'agissant d'une voie de rétractation, il n'est donc pas irrationnel du tout que l'affaire revienne devant le même juge; on oserait même dire que c'est peut-être la meilleure solution* ».

(162) S. COOLS, « Kan de rechter op (derden)verzet nog onpartijg zijn? », *op. cit.*, p. 79.

(163) Bruxelles, 27 avril 2000, *P & B/RD.J.P.*, 2001, pp. 74 et suiv.

L'on concédera volontiers que la portée exacte de cet arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles n'est pas à l'abri de toute équivoque (164) — ne semble-t-il pas *in fine* prendre le contre-pied d'une jurisprudence de la Cour de cassation à laquelle il dit pourtant prêter allégeance? —, et que la ligne qu'il invite à tracer entre cumul personnel licite et cumul personnel interdit, est pour le moins sinueuse, voire franchement floue.

Il demeure cependant possible de relire cet arrêt à la lumière de la jurisprudence strasbourgeoise précédemment citée, aux fins d'en donner une interprétation qui, tout en demeurant conforme aux engagements internationaux de la Belgique, ne perturberait cependant pas à outrance le fonctionnement de nos juridictions. L'on peut en effet ressaisir le raisonnement de la juridiction bruxelloise comme une forme d'anticipation de l'enseignement de l'arrêt *San Leonard Band Club*. L'impartialité du juge appelé à restituer dans une cause sur opposition ou tierce opposition sera avant tout fonction des griefs et moyens articulés par la partie (tiers) opposante à l'encontre de l'ordonnance entreprise. Ces moyens et arguments injecteraient-ils au débat des éléments de fait ou de droit nouveaux par rapport à ceux auxquels le juge avait originairement eu égard? La contradiction restaurée pourra alors jouer l'effet de sublimation que l'on attend d'elle, et le grief de partialité, être repoussé à bon droit. L'opposition ou la tierce opposition se bornerait-elle par contre à inviter le juge, *ceteris paribus*, à réexaminer la rectitude des motifs de fait ou de droit qu'il a d'ores et déjà versés au soutien de sa première décision? L'impartialité de ce juge se trouvera compromise.

48. — Reconnaissons-le : la frontière proposée est singulièrement moins nette en pratique qu'elle ne l'est en théorie, et son tracé exact s'avèrera le terrain d'une indépassable casuistique.

La théorie de « l'examen global », déjà rappelée (*supra*, n° 38) permet cependant, sinon de circonvenir totalement, du moins de réduire considérablement et pragmatiquement les inconvénients pratiques d'une telle situation (165). Une instance d'appel viendra, le cas échéant, « purger » le vice de partialité, avéré ou simplement pressenti, qui résulterait d'un cumul personnel douteux localisé au niveau de la première instance (166).

Quid, en revanche, si pareil cumul entache l'office du juge d'appel? La difficulté n'est pas insurmontable dès lors que, selon la jurisprudence stras-

(164) S. COOLS, « Kan de rechter op (derden)verzet nog onpartijg zijn? », *op. cit.*, p. 80.

(165) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *De Haan c. Pays-Bas* du 26 août 1997, § 54 : « une juridiction supérieure ou suprême peut, dans certains cas, effacer la violation initiale d'une clause de la Convention ».

(166) L'on notera que dans l'affaire *Thomann*, la défunte Commission européenne des droits de l'Homme avait notamment motivé son constat d'absence de violation de l'article 6 par le constat que le requérant, condamné par défaut et contradictoirement par les mêmes juges, avait de toute façon bénéficié d'un appel, devant d'autres juges, à l'encontre de sa condamnation (Comm. eur. D.H., req. 17.602/91, rapport *Thomann c. Suisse*). La Cour, pour sa part, n'estima pas nécessaire d'asseoir ses propres conclusions sur semblable constat.

bourgeoise, l'instance de cassation, malgré son objet limité, peut, dans certaines circonstances, jouer un rôle réparateur des défauts d'impartialité qui affecteraient les instances au fond qui l'on précédée (167).

Spéculer pareillement sur les effets bénéfiques de la doctrine de l'« *examen global* » pourrait apparaître quelque peu déplacé dans une perspective de saine économie des procédures. Renvoyer au lendemain et à d'autres ce que l'on pouvait faire soi-même et aujourd'hui, est une maxime dont la mise en œuvre semble bien peu compatible avec la nécessité de réduire l'arriéré judiciaire. Il n'est toutefois pas certain que cet objectif de réduction sera mieux servi par une attitude de prudence extrême, consistant à exclure de manière catégorique et systématique qu'un juge puisse statuer sur (tierce) opposition contre une décision qu'il a lui-même rendue (168).

Calcul sordide ?

Nous ne le pensons pas. Le droit du procès équitable est une subtile construction formée de garanties non hiérarchisées entre elles et dont l'équilibre, de l'aveu même de sa principale architecte (169), requiert une certaine dose de réalisme et de sens des contingences. Mépriser le premier et snober les secondes aura pour unique effet de pousser les États à expurger leur système judiciaire de tous les luxes — le droit au double degré de juridiction en matière civile, l'institution d'un contrôle de cassation — dont la Convention européenne des droits de l'Homme, interprétée strictement, permet de faire l'économie. Il n'est pas certain que ce soit ce qui ait à gagner quoi que ce soit dans l'avènement d'une telle politique d'austérité.

CONCLUSION

49. — L'on attend généralement du discours des droits de l'Homme qu'il soit pourvoyeur de certitudes unilatérales, manichéennes et définitives. On exige de lui qu'il aligne des propositions garnies de « toujours » et de « jamais ».

(167) Voy. en effet la porte laissée ouverte par Cour eur. D.H., arrêt *Ciannetti c. Italie* du 22 avril 2004, § 44, par Cour eur. D.H., arrêt *Kyprianou c. Chypre (GC)* du 15 décembre 2005, § 134, ainsi que par Cour eur. D.H., arrêt *Thaler c. Autriche* du 3 février 2005, § 37. Voy. également, quoiqu'il ne se soit plus agi ici d'un problème d'impartialité, Cour eur. D.H., arrêt *Dallos c. Hongrie* du 1^{er} mars 2001, §§ 49.

(168) H. BOULARBAH, « Dessaisissement, récusation et impartialité du juge : évolutions récentes en matière civile », *P & B*, 1999, p. 299; S. RAES, « Enkele aspecten van het verzet van de gefailleerde », note sous Cass., 1^{er} avril 1993, *T.R.V.*, 1994, p. 195.

(169) Voy. Cour eur. D.H., req. n° 410/02, décision *Johans c. Finlande* du 31 août 2004; Cour eur. D.H., arrêt *Jussila c. Finlande* du 23 novembre 2006, § 42. L'on rappellera que, à l'appui de son constat de non-violation de l'article 6 dans l'affaire *Thomann*, la Cour européenne des droits de l'Homme avait affirmé qu'une conception trop extrême de l'exigence d'impartialité du juge statuant sur opposition « contribuerait de surcroît à ralentir le travail de la justice, obligeant un plus grand nombre de juges à étudier un même dossier, ce qui paraît peu compatible avec le respect du délai raisonnable » (Cour eur. D.H., arrêt *Thomann c. Luxembourg* du 10 juin 1996, § 36). L'argument essuya une véhémence critique de la part de F. KUTY, pour qui « l'exigence d'impartialité (est) *primordiale par rapport à celle du délai raisonnable* » (F. KUTY, *L'impartialité...*, op. cit., p. 626). L'on n'aperçoit cependant pas ce qui, en logique ou en droit, permet d'affirmer une telle hiérarchie.

De même, on forme généralement, de manière plus ou moins consciente, le pari qu'entre deux interprétations possibles de l'instrument conventionnel dont elle a la garde, la Cour de Strasbourg privilégiera nécessairement celle qui est la plus extensive, quitte à bousculer sans ménagement ni regrets des institutions juridiques nationales, qui, jusqu'ores et sans elle, n'avaient somme toute pas démerité.

Ainsi que le laissent apercevoir les quelques lignes qui précèdent, ces attentes, craintes ou espoirs sont, plus souvent qu'à leur tour, déjoués.

50. — Dans la problématique de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention au référé, c'est la Cour de cassation qui, pionnière et pastorale, endosse avec panache le rôle de l'interprète *pro victima*, tandis que la Cour européenne des droits de l'Homme se cramponne, dans la plus grande confusion, à une position formaliste et, osons-le, franchement rétrograde (170).

51. — Quelques précieuses balises paraissent pouvoir être assignées à l'entreprise de transposition du procès équitable en référé : l'indépendance, l'impartialité et la publicité inchangées; le délai raisonnable cristallisé; la contradiction aménagée et la motivation préservée.

52. — Les questions relatives à la compatibilité de la requête unilatérale avec les garanties du procès équitable n'appellent quant à elles pas d'autres réponses que provisoires (171), conditionnelles et parcellaires. Un « *nihil obstat* », sans doute. Mais point de « toujours » ou de « jamais »; tout juste des « en règle » ou des « en principe » qui ne révéleront leur exacte portée qu'à la lumière des circonstances particulières, et irréductiblement singulières, de chaque espèce. En principe, la saisine unilatérale de la juridiction présidentielle ne heurte pas le principe du contradictoire. Et en règle, cette même juridiction n'est pas partielle lorsqu'elle statue sur tierce opposition.

JEAN-FRANÇOIS
VAN DROOGHENBROECK,
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE
DE LOUVAIN
PROFESSEUR INVITÉ AUX FACULTÉS
UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS

et

SEBASTIEN
VAN DROOGHENBROECK,
PROFESSEUR AUX FACULTÉS
UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS

(170) Voy. ég. les vives critiques de J. VAN COMPERNOLLE, « Les effectivités d'une nouvelle garantie du procès équitable : le droit à l'exécution du jugement », in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, t. II, Milan Giuffrè, 2005, ici spéc. pp. 657-658, n° 6.

(171) Le terme est de circonstance.