



NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKING  
NETHERLANDS COMPARATIVE LAW ASSOCIATION

## **Le Rapport Néerlandais sur la Responsabilité Civile, Pénale et Disciplinaire des Magistrats – Le Juge Néerlandais: Indépendant et Irresponsable**

V.V.R. van Bogaert\*

*Readers are reminded that this work is protected by copyright. While they are free to use the ideas expressed in it, they may not copy, distribute or publish the work or part of it, in any form, printed, electronic or otherwise, except for reasonable quoting, clearly indicating the source. Readers are permitted to make copies, electronically or printed, for personal and classroom use.*

### **1. Contexte**

#### *1.1. Le cadre constitutionnel*

L'ordre judiciaire néerlandais est basé sur la théorie de l'Etat de droit (*Rechtsstaat*) comme celui qui s'est développé dans la première moitié du dix-neuvième siècle en Allemagne. De nombreux fondements de l'Etat de droit se retrouvent dès lors – quoique le plus souvent de manière implicite – dans le système constitutionnel néerlandais. Les principes de la séparation des pouvoirs, l'indépendance judiciaire et la souveraineté de la loi générale jouent notamment un rôle important dans le cadre de la responsabilité des juges.

Dans la constitution néerlandaise (*Grondwet* – GW), la séparation des pouvoirs se retrouve de manière quasi-implicite. C'est ainsi, par exemple, que l'article 81 GW stipule que la compétence législative est accordée conjointement au gouvernement et aux Etats généraux. Que la compétence administrative revienne exclusivement au gouvernement n'est toutefois pas (plus) explicitement inscrit dans la constitution.<sup>1</sup> L'attribution de la compétence juridictionnelle et de l'effet ultérieur de celle-ci s'y trouve en revanche explicitement stipulé, notamment au chapitre 6 GW.<sup>2</sup> La majeure partie des dispositions comprises dans ce chapitre traitent du pouvoir judiciaire et s'intitule *Rechtspraak* (juridiction). Le terme de 'pouvoir judiciaire' utilisé dans la

\* V.V.R. van Bogaert is Lecturer in Jurisprudence at the University of Groningen. Traduction française faite par les services de traduction du Vertaalbureau Van Bogaert.

<sup>1</sup> Jusqu'en 1983, ce fut cependant le cas; l'article 56 GW (1972) déterminait notamment ce qui suit: 'De uitvoerende macht berust bij de Koning' (le pouvoir exécutif incombe au Roi).

<sup>2</sup> La séparation des pouvoirs et la répartition des compétences entre les différents organes (pour autant que possible) indépendants ressort déjà aussi de l'article 57 GW où il est stipulé que, lorsqu'une personne exerce une fonction déterminée, comme celle de ministre, elle ne peut être également membre notamment du parlement et de la Cour de Cassation (ce que l'on appelle les 'incompatibilités') On se reportera, par exemple, à l'article 15 alinéas 7 et 8 RO où des dispositions similaires sont reprises qui concernent les membres de l'administration des tribunaux.

constitution renvoie seulement à l'organe chargé de la juridiction et ne désigne pas la fonction juridictionnelle elle-même aussi.<sup>3</sup>

La constitution ne donne pas d'autre interprétation (de fond) du concept précité de 'pouvoir judiciaire'; les instances qui en relèvent sont dès lors indiquées par la loi conformément au premier alinéa de l'article 116 GW. C'est ce qui se passe dans l'article 2 de la Loi sur l'Organisation judiciaire (*Wet op de Rechterlijke Organisatie – RO*). Il y est stipulé que le terme de 'pouvoir judiciaire' ne couvre que les instances judiciaires de ce que l'on appelle le pouvoir judiciaire 'ordinaire', à savoir les tribunaux, les cours de justice et le *Hoge Raad* (la Cour de Cassation néerlandaise). Les instances juridictionnelles de droit administratif spéciales telles que la Division de juridiction administrative du Conseil d'Etat (*Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State – ABRvS*), le Collège d'appel pour la vie professionnelle (*College van Beroep voor Bedrijfsleven – CBB*) et le Conseil central d'appel (*Centrale Raad van Beroep – CRvB*) n'appartiennent donc pas au pouvoir judiciaire au sens constitutionnel du terme.

Le sixième chapitre de la Constitution commence par l'octroi de la compétence juridictionnelle au pouvoir judiciaire. L'article 112 alinéa 1 GW stipule que le pouvoir judiciaire est chargé du jugement des litiges portant sur les droits civils et sur les créances. La disposition assure également que le pouvoir judiciaire soit en principe toujours apte à prendre connaissance des litiges relatifs à ces droits et créances indépendamment du fait qu'ils trouvent eux-mêmes leur origine dans le droit civil.<sup>4</sup> Cependant, conformément au deuxième alinéa du présent article, tous les litiges ne doivent pas être réglés par le pouvoir judiciaire. L'article 112, alinéa 2 ouvre notamment la possibilité pour le législateur de confier le jugement des litiges qui ne sont pas nés de rapports de droit civil aux instances juridictionnelles qui n'appartiennent pas au pouvoir judiciaire. De la sorte, la compétence de créer de telles instances judiciaires est également accordée au législateur.

L'article 113, alinéa 1 GW stipule ensuite que le jugement des faits délictueux est également confié au pouvoir judiciaire. En ce qui concerne le jugement des faits délictueux, le pouvoir constituant apporte moins de clarté que le premier alinéa ne le laisse supposer vu que, dans le troisième alinéa de l'article 113, il est stipulé que les peines d'emprisonnement peuvent être imposées par le pouvoir judiciaire exclusivement. Van der Pot/Donner en tire pour conclusion que les autres peines telles que les amendes pourraient également être imposées par d'autres instances que le pouvoir judiciaire.<sup>5</sup> Que le législateur partage cette idée ressort, par exemple, de la Loi sur les médias (*Mediawet*), de la Loi sur le tabac (*Tabakswet*) et de la Loi sur le maintien administratif des prescriptions de circulation (*Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften*).<sup>6</sup>

Le fait que les compétences du pouvoir judiciaire soient établies dans la Constitution (articles 112 et 113 GW) et qu'il appartienne au juge de décider s'il est

<sup>3</sup> *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 4. Cfr. Van der Pot & Donner 2001, p. 501-502.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 6.

<sup>5</sup> Van der Pot & Donner 2001, p. 502.

<sup>6</sup> A la Chambre des députés se trouve actuellement une proposition de loi en complément de La loi générale de droit administratif (*Algemene wet bestuursrecht*), ce que l'on appelle la quatrième tranche de la Loi générale de droit administratif, où des règles générales sont notamment données en ce qui concerne l'amende administrative (*Kamerstukken II* 2003/04 et 2004/05, 29 702, nrs. 1-6). Voir annexe 2 dans le Mémoire informatif à la Quatrième tranche (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 168-169) pour plus d'exemples de lois où la compétence d'imposition d'amendes est confiée aux instances qui n'appartiennent pas au pouvoir judiciaire.

compétent pour prendre connaissance d'une affaire indique que le pouvoir judiciaire doit être considéré comme un pouvoir constitutionnel indépendant. La Constitution ne décrit pas précisément comment la répartition des compétences se fait entre les différentes instances judiciaires (qu'elles appartiennent ou non au pouvoir judiciaire). On retrouve cet élément dans diverses lois organiques telles que la Loi sur l'Organisation judiciaire (*Wet op de Rechterlijke Organisatie*), le Code de procédure civile (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering – Rv*), le Code de procédure pénale (*Wetboek van Strafvordering – Sv*), la Loi générale de droit administratif (*Algemene wet bestuursrecht – Awb*), la Loi sur le Conseil d'Etat (*Wet op de Raad van State*), la Loi de juridiction administrative de l'organisation professionnelle (*Wet Bestuursrechtspraak Bedrijfsorganisatie – WBB*) et la Loi d'appel (*Beroepswet*). Une discussion détaillée sur ce sujet nous porterait trop loin dans le cadre de ce rapport.

Le fait que le juge néerlandais soit réellement indépendant d'un point de vue constitutionnel est généralement accepté – bien que la Constitution ne le stipule pas explicitement – et est déduit, pour le pouvoir judiciaire au sens constitutionnel du terme, de l'article 117, alinéa 1 et alinéa 4 GW. On y trouve respectivement stipulé que les membres du pouvoir judiciaire sont nommés à vie (par arrêté royal) et que la loi<sup>7</sup> régleme le statut juridique des membres du pouvoir judiciaire et du procureur général à la Cour de Cassation.<sup>8</sup> Le fait aussi qu'un collège judiciaire soit désigné pour décider de la suspension et du licenciement de juges (article 117 alinéa 3 GW) indique que le pouvoir constituant avait à l'esprit la garantie de l'indépendance du juge lors de la rédaction de la Constitution.

Comme remarqué plus haut, bon nombre d'instances juridictionnelles telles que l'ABRvS et le CRvB ne sont pas couvertes par le terme de 'pouvoir judiciaire' (cfr. article 116 alinéa 1 GW joint à l'article 2 RO), ce qui a pour conséquence que la garantie de l'indépendance de ces juges ne peut être déduite de l'article 117, cette disposition n'ayant trait qu'aux membres du pouvoir judiciaire. Cela ne veut pourtant pas dire, en principe, que ces juges ne peuvent être considérés comme indépendants. L'indépendance (mais en fait le statut juridique) de droit constitutionnel des membres de l'ABRvS, par exemple, est établie par la Constitution en son article 74 GW.<sup>9</sup> Pour le reste des fonctionnaires chargés d'une juridiction, elle n'est toutefois pas garantie constitutionnellement mais l'on pourrait arguer que cette garantie pour les fonctionnaires précités est réglée par loi officielle et de manière similairement implicite comme cela s'est fait dans la Constitution pour les membres du pouvoir judiciaire (selon l'article 4 *Beroepswet* et l'article 5 *WBB*).<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Cette loi est la Loi sur le statut juridique des fonctionnaires judiciaires (*Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren – Wrra*) du 29 novembre 1996 (*Stb.* 1996, 590), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997 (*Stb.* 1996, 616).

<sup>8</sup> Comme établi dans le Mémoire informatif à l'article. 117 GW, cette disposition contient 'la base de l'indépendance du pouvoir judiciaire' (*Kamerstukken II 1979/80*, 16 162, nr. 3, p. 19). Voir aussi Van der Pot & Donner 2001, p. 502-504. Le terme explicite de 'indépendant' concernant le pouvoir judiciaire qui n'apparaît pas dans la Constitution est bien utilisé dans l'article 6 CEDH. Voir à ce sujet notamment Smits 1996, p. 241-300 et Kuijer 2004, *passim*.

<sup>9</sup> Voir aussi les articles 3 et 3a de la Loi sur le Conseil d'Etat (*Wet op de Raad van State*) concernant respectivement la nomination à vie et la réglementation de la suspension et du licenciement des conseils d'Etat qui correspond à la réglementation de suspension et de licenciement des fonctionnaires judiciaires 'ordinaires' (voir chapitre 6A *Wrra*).

<sup>10</sup> Dans ces articles, la Loi sur le statut juridique des fonctionnaires judiciaires (*Wrra*) est déclarée en grande partie d'application conforme, dont, par exemple, aussi l'article 1a *Wrra* (la nomination à vie des fonctionnaires chargés d'une juridiction).

## 1.2. Exercice de compétence judiciaire

Dans le cadre de l'Etat de droit, le concept de loi joue un rôle central. En fait, il s'agit de la pierre angulaire de l'Etat de droit.<sup>11</sup> Le concept de loi de l'Etat de droit est un 'concept unitaire' dans lequel sont réunis tant les éléments matériels que formels. Les deux principales exigences pour une loi au sens de l'Etat de droit sont que, lors de la réalisation de la loi, la représentation populaire soit (pour le moins) concernée et que son texte contienne une prescription générale qui vaille de manière égale pour chacun. Ce n'est qu'alors qu'une loi peut être générale dans le temps (durabilité) et prévisible pour les citoyens. 'Das rechtsstaatliche Gesetz ist der »freie« Staatswille, Allgemeinwille und Selbstbestimmung der einzelnen sind in ihm vermittelt; die Herrschaft dieses Gesetzes bedeutet »die Herrschaft des Prinzips der staatsbürgerlichen Freiheit«'.<sup>12</sup>

Lors de l'élaboration organisationnelle de l'Etat de droit, il est dès lors indispensable de préserver le caractère général de la loi. La séparation du pouvoir de l'Etat en un pouvoir législatif, exécutif et judiciaire n'a, en effet, de sens que lorsque l'on comprend dans le concept de 'loi' une norme générale dominante – ce qui implique aussi certaines exigences qualitatives – et pas seulement quelque chose qui est établi selon une procédure déterminée par un organe législatif.

Compte tenu de la place centrale occupée par la souveraineté de la loi dans le concept d'Etat de droit, il n'y a pas lieu de s'étonner que la position indépendante du pouvoir judiciaire par rapport aux deux autres pouvoirs de l'Etat soit également liée indissolublement à la loi et à son caractère général. Cette indépendance du juge par rapport au pouvoir exécutif ou plus précisément législatif ne peut exister dans l'idée de l'Etat de droit que sous réserve de la dépendance judiciaire de la loi générale.

Dans le lien qui unit le juge (politiquement neutre) indépendant à la loi réside en premier lieu la légitimation de ses décisions. En outre, les autres pouvoirs de l'Etat ne sont assujettis à la loi que si le juge est indépendant par rapport à eux. Cela ne se peut que si le juge ne peut recevoir d'instructions individuelles concernant l'exercice de sa fonction, ni du pouvoir exécutif ni du pouvoir législatif. En ce qui concerne l'indépendance par rapport au pouvoir législatif, il est, par conséquent, important que la loi comporte une norme générale et que le législateur ne puisse utiliser la loi comme instrument lui permettant de donner des indications au juge. Enfin, le lien judiciaire à la loi sert de garantie contre un pouvoir débridé du juge indépendant par rapport aux autres pouvoirs de l'Etat et par rapport au citoyen.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Böckenförde 1991, p. 149.

<sup>12</sup> Böckenförde 1991, p. 150. Cfr. Van den Berg 2003, p. 98-100. Voir également à ce sujet Schmitt 1993, p. 138 et suiv. A la page 142, Schmitt cite Triepel qui affirmait que seul le droit est sacré et non la loi; la loi est donc sous le droit. Cependant, 'der Gegensatz ist nicht der von Recht und Gesetz', selon Schmitt, 'sondern der eines richtig verstandenen Gesetzesbegriffes im Unterschied zu einen hilflosen Formalismus, der alles als Gesetz bezeichnet, was in dem für die Gesetzgebung vorgeschrieben Verfahren zustande kommt'.

<sup>13</sup> Cfr. Schmitt 1993, p. 131-133 et p. 155-156 et Schmitt 1985, p. 36 et suiv.; à la page 36, le *Der Hüter der Verfassung* dit Schmitt de façon concise 'daß es keinen bürgerlichen Rechtsstaat ohne unabhängige Justiz, keine unabhängige Justiz ohne inhaltliche Bindung an ein Gesetz, keine inhaltliche Bindung an das Gesetz ohne sachliche Verschiedenheit von Gesetz und Richterspruch gibt'. Plus loin, il dit, à juste titre selon moi, que, bien que l'Etat de droit civil repose sur la distinction essentielle entre les pouvoirs, jusqu'à un certain degré la séparation des pouvoirs peut se défaire de son caractère strict (voir, par exemple, l'article 81 GW), on peut aussi donner une certaine liberté au juge par rapport à la loi, 'aber man kann ihm *nicht* die politische Entscheidung, die Sache des Gesetzgebers ist, übergeben, *ohne seine staatsrechtliche Stellung zu ändern* [en italique VVB]' (Schmitt 1985, p. 36-37).

Dans le système de l'Etat de droit, le juge remplit une fonction charnière, étant le garant de la loi et, par là, de l'ensemble de l'ordonnement de l'Etat de droit. C'est le pouvoir judiciaire qui assure la liaison entre les deux autres pouvoirs d'Etat et la loi par l'application de la loi générale.

Dans un Etat de droit, la garantie de l'impartialité judiciaire au sein de la procédure est insuffisante; l'indépendance selon le droit constitutionnel du juge doit être garantie aussi. La nécessité de cette indépendance apparaît notamment dès que, par exemple, le pouvoir exécutif agit hors de ses compétences.

Pour que cette indépendance ne soit pas vide de sens, il n'est pas possible, selon le point de vue de l'Etat de droit, de demander au juge de se justifier et/ou de le tenir pour responsable de l'exercice de sa fonction. Dans le cadre du principe de *checks and balances*, la dépendance absolue du juge par rapport à la loi est la condition et la légitimation de cette indépendance. Du point de vue de l'Etat de droit, la compétence du juge se limite, dès lors, à l'application de la loi ou, autrement dit, à la simple subsumption d'un complexe de faits sous une norme légale.

Nous retrouvons également dans le droit néerlandais le fondement de l'Etat de droit esquissé ci-dessus concernant la relation entre le juge et les deux autres pouvoirs d'Etat et, plus particulièrement, concernant la relation entre le juge et la loi. Les articles 11, 12 et 13 de la Loi relative aux dispositions générales (*Wet houdende Algemeene Bepalingen – Wet AB*) sont les dispositions les plus importantes dans lesquelles l'exercice des compétences judiciaires se trouve décrit de manière plus approfondie et dans lesquelles la relation plus spécifique du juge à la loi est formulée.

C'est dans l'article 12 de la Wet AB que se manifeste le mieux l'existence d'une séparation entre les pouvoirs judiciaire et législatif. Cette disposition est reprise de l'article 5 du *Code Napoléon (CN)* qui a été introduit à l'époque en France en prévention des situations intolérables qui existaient sous l'Ancien Régime suite à la compétence qu'avaient les parlementaires d'exécuter les arrêts de règlement. Dans l'article 12 Wet AB, il est, dès lors, inscrit que le juge ne peut rendre que des décisions qui soient contraignantes pour les parties; il ne peut donc lier aucun effet général à son prononcé. S'il venait à le faire, il se retrouverait dans le domaine du législateur et enfreindrait en cela aussi la (souveraineté de la) loi en plaçant sa volonté particulière au-dessus de la volonté du législateur.

Le lien qui unit le juge à la loi découle logiquement de l'article 12 Wet AB. Ce lien est explicité dans l'article 11 par la reprise de la formulation qui s'y trouve contenue – laissant peu de place à l'imagination – à savoir que 'le juge doit parler de droit selon la loi'. Cette dépendance du juge à la loi implique ensuite aussi qu'il ne peut teinter cette loi par une interprétation et porter atteinte ainsi à la volonté du législateur. Ce fondement se retrouve également dans la législation néerlandaise et notamment dans la même disposition, article 11 Wet AB, où se trouve stipulé que le juge ne peut 'en aucun cas juger de la valeur intrinsèque ou du bien-fondé de la loi'.

En outre, la mise en dépendance du juge par rapport à la loi, du point de vue du droit néerlandais, est énoncée également dans une disposition constitutionnelle, à savoir l'article 120 GW. Il y est notamment stipulé que le juge ne procède pas au jugement de la constitutionnalité de la loi. Cette disposition est venue en place de la phrase reprise dans l'article 131 alinéa 2 GW (1972): 'Les lois sont inviolables', qui apparaissait dans notre Constitution depuis 1848.

Avec l'introduction en 1848 de la disposition stipulant que les lois sont inviolables, le pouvoir constituant visait à laisser au législateur la décision de savoir si (le contenu de) la loi était conforme ou non à la Constitution et donc à retirer cette compétence notamment au juge (mais aussi à l'administration). Cependant, cette

‘inviolabilité de la loi’ n’a jamais été vraiment contestée. Aujourd’hui encore, on entend toujours plus de voix s’élever pour plaider en faveur de l’octroi au juge d’une compétence de contrôle de la constitutionnalité d’une loi.<sup>14</sup>

L’introduction de la nouvelle formulation dans l’article 120 de notre Constitution actuelle de 1983 par rapport à la compétence de contrôle de la constitutionnalité judiciaire ne vise aucune modification de la situation existante avant cette année. Bref, l’article 120 constitue une nouvelle confirmation du fait que l’ordre du droit néerlandais – notamment en ce qui concerne la position du juge par rapport au législateur – selon le droit constitutionnel est basé sur les fondements de l’Etat de droit: la séparation des pouvoirs, la souveraineté de la loi, le lien subséquent du juge (notamment) à la loi et, par voie de conséquence, la position indépendante du juge. Cette indépendance judiciaire est, comme on le dit, reconnue aussi par le pouvoir constituant néerlandais et, quoique de manière implicite, se trouve ‘ancrée’ dans la Constitution (article 117 GW).

Enfin, nous connaissons encore une dernière disposition dans laquelle le mode d’exercice des compétences judiciaires est décrit plus en détail, à savoir l’article 13 de la Wet AB. Il est stipulé dans cet article que ‘le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice’. Cette disposition est reprise de l’article 4 du Code Napoléon, où le référé législatif est supprimé pour les tribunaux inférieurs et où la compétence d’interprétation de la loi a été accordée implicitement aux juges.<sup>15</sup>

Un même raisonnement qu’à l’article 4 *CN* se retrouvait à l’article 13 de la Wet AB, à savoir que le déni de justice par le juge n’est pas permis et qu’une compétence d’interprétation du juge doit nécessairement découler de cette interdiction. Il en résulte donc une friction entre les articles 11 et 13 de la Wet AB, vu que la première disposition nommée interdit l’interprétation judiciaire de la loi alors que la deuxième l’impose.

### *1.3. Evolution de l’exercice de la compétence judiciaire et de l’indépendance judiciaire*

#### *1.3.1. L’exercice de la compétence judiciaire à ce jour*

Le cœur même de la compétence d’interprétation judiciaire qui était déjà présente avec l’entrée en vigueur de la Wet AB de 1838 dans son article 13 a depuis lors, et notamment après la deuxième guerre mondiale, pu se développer jusqu’à une situation où la loi fait essentiellement office de fil conducteur et non plus de moyen *nec plus ultra* pour résoudre les litiges et répondre aux questions juridiques.

<sup>14</sup> Voir l’initiative-proposition de loi de Halsema où il est proposé de supprimer partiellement ce qui est stipulé dans l’article 120 GW, de sorte que tout juge néerlandais – et donc aussi le légendaire juge de canton de Middelburg – peut contrôler les lois formelles au chapitre I de la Constitution (*Kamerstukken II* 2001/02 – 2004/05, 28 331).

<sup>15</sup> Ce *référé législatif* a été une procédure facultative où des juges pouvaient, si nécessaire, avoir recours au législateur pour se faire expliquer la loi ou, à la requête, créer une nouvelle loi. Cette figure juridique supprimée à l’article 4 *CN* était, en principe, conforme aux fondements de l’Etat de droit: elle avait, en effet, pour but de sécuriser la souveraineté de la loi et de mettre un terme à l’utilisation des parlements français sous l’Ancien Régime pour développer sa propre jurisprudence et rédiger des règles générales relatives à l’interprétation et l’application des lois. Cela s’est fait en retirant la compétence d’interprétation des lois aux juges et en accordant cette compétence au pouvoir législatif exclusivement. Voir, en outre, à ce sujet notamment Hufteu 1965.

Le juge néerlandais d'aujourd'hui ne peut pas (plus) être considéré comme l'apporteur de la loi (au sens de l'Etat de droit); il se présente plutôt comme 'inventeur de droit' ou même comme 'créateur' ou 'façonneur de droit', se situant à côté ou juste en dessous du législateur. En effet, l'interprétation de la loi *praeter* et *contra legem* mais aussi le façonnement de nouvelles règles juridiques par le juge se font systématiquement dans la pratique. En outre, le juge néerlandais s'inspire également de plus en plus de sentences antérieures, notamment du *Hoge Raad* et s'y sent lié.<sup>16</sup>

C'est ainsi, par exemple, que dans l'affaire *Enka/Dupont*,<sup>17</sup> la Cour de Cassation a estimé qu'une partie au procès, malgré la présence d'une interdiction légale d'appel, en cas de négligence de formes essentielles telles que la violation du principe du contradictoire, devait avoir la possibilité de faire appel en instance supérieure de la sentence en première instance. Cette sentence, qui est en fait *contra legem*, est reprise à plusieurs occasions par le juge<sup>18</sup> et s'est donc développée en une nouvelle règle de droit. Bien que nous ne connaissions pas de jure de système de précédents de droit aux Pays-Bas et qu'il soit même interdit au juge, dans l'article 12 de la Wet AB, d'accorder un effet général à ses sentences, nous pouvons dire à juste titre qu'une espèce de système de précédents est apparu de facto dans la pratique judiciaire néerlandaise. Vu l'espace que le juge s'est aménagé (initialement) – et qui n'est reconnu ou confirmé que plus tard jusqu'à un certain point par le législateur (pouvoir constituant) – en matière d'exercice de sa compétence juridictionnelle, une forme de fonctionnement de précédents des sentences judiciaires est devenue également nécessaire pour la sûreté et l'uniformité du droit.<sup>19</sup> Comme le juge s'estime lié à des sentences antérieures, notamment de collèges judiciaires qui rendent la justice en dernière instance, comme la Cour de Cassation dans les affaires civiles et les affaires pénales et comme la Division de juridiction administrative du Conseil d'Etat dans les affaires administratives, une hiérarchie est également apparue dans la pratique entre les juges, selon le droit strictement constitutionnel, qui n'a pas lieu d'être.

Bien que le lien entre le juge et la loi ne soit pas encore légalement établi (*supra* 1.2), le législateur (pouvoir constituant) – comme nous l'avons déjà relevé ci-dessus – a reconnu de diverses manières dans la pratique le glissement de la position du juge par rapport à la loi.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Cfr. notamment Kortmann 2005, p. 250-252.

<sup>17</sup> HR (Dutch Supreme Court) 29 mars 1985, *NJ* 1986, 242, a.nt. WHH et LWH.

<sup>18</sup> Voir notamment HR 25 mars 1988, *NJ* 1989, 3, a.nt. WHH; HR 4 mars 1988, *NJ* 1989, 4, a.nt. WHH; HR 7 décembre 1990, *NJ* 1992, 85, a.nt. HJS; HR 12 février 1993, *NJ* 1993, 572, a.nt. HJS; HR 18 février 1994, *NJ* 1994, 742, a.nt. HJS; HR 22 novembre 1996, *NJ* 1997, 204 et 205, a.nt. PAS; HR 27 mars 1998, *NJ* 1998, 553; HR 5 mars 1999, *NJ* 1999, 676, a.nt. JBMV et HR 11 juillet 2003, *NJ* 2003, 564.

<sup>19</sup> Cfr. Scholten 1974, p. 86-89 et Asser & Vranken 1995, p. 120-122. La nécessité d'un régime de précédents s'est annoncée il y a un certain temps déjà, voir notamment l'analyse de littérature de Kottenhagen 1986, p. 57-109. Voir aussi Teuben 2004, chapitre 7 (voir pour la signification des précédents pour le droit néerlandais notamment p. 259 et suiv.). Teuben constate qu'un glissement s'est généralement produit dans la littérature, d'idées essentiellement 'déclaratoires' vers des idées plus 'constitutives'. 'Le juge', dit-elle, 'est plutôt généralement vu maintenant comme un créateur d'un (parfois) nouveau droit et, en outre, l'acceptation d'un lien dans les cas ultérieurs s'adapte aux jugements juridiques rendus un jour par le juge, de sorte que cela devient réellement des règles à portée plus générale'. Il en va de même de la juridiction, selon Teuben; ici, une même image est à apprécier, notamment par rapport au lien avec les prononcés du *Hoge Raad* (Teuben 2004, p. 279-280).

<sup>20</sup> Kortmann considère la 'tâche de création juridique du juge' comme extralégale (Kortmann 2005, p. 250-251). Au sens strict, il a raison en cela vu que le législateur (pouvoir constituant) n'a nulle

La répartition des compétences entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif et, plus particulièrement, le lien du juge à la loi s'est manifesté, outre la disposition de l'article 120 GW dont il a déjà été question, jusqu'en 1983 dans la Constitution néerlandaise en ce qui concerne aussi la cassation des décisions judiciaires par le *Hoge Raad*. En effet, il était inscrit encore dans la Constitution de 1972, en son article 179, que le *Hoge Raad* pouvait annuler et priver de leur effet les actes, dispositions et jugements des membres du pouvoir judiciaire qui étaient contraires 'aux lois'. Dans l'actuel article 118 alinéa 2 GW, le terme de 'lois' a disparu. La disposition s'énonce désormais comme suit: 'Le *Hoge Raad* est chargé, dans les cas et dans les limites déterminés par la loi, de la cassation des sentences judiciaires pour motif de *violation du droit*' [en italique VVB]. Une conformité de fond est ainsi obtenue avec l'article 99 RO (*ancien*), maintenant l'article 79 RO, où les motifs de la cassation sont (également) inscrits. En 1963 déjà, en effet, cette disposition avait été modifiée et la formulation selon laquelle la Cour de Cassation pouvait annuler notamment des arrêts et des décisions judiciaires pour motif de 'violation de la loi' avait été remplacée par 'violation du droit'.<sup>21</sup>

Le remplacement du terme 'loi' par le terme 'droit' tant dans l'article 118 alinéa 2 GW que dans l'article 79 RO visait une extension de la compétence de cassation du *Hoge Raad* pour que le *Hoge Raad* puisse non seulement user de son pouvoir de cassation en cas de violations de la loi mais aussi en cas de violations du droit non écrit. L'on songeait notamment au moment de la modification de la loi au droit coutumier (y compris au droit international public) et aux 'règles qui devaient être trouvées hors de la loi', comme c'est principalement le cas dans le cadre du droit privé international.

Avec cette extension des compétences – qui s'était faite en réalité déjà avant la modification de la loi de 1963 dans la pratique jusqu'à un certain degré – l'objectif de la juridiction de cassation a également changé. De fait, en France au moment de la Révolution, l'objectif consistait à veiller à une application correcte et uniforme de la loi et à protéger la loi contre son interprétation par le juge; aujourd'hui, le but consiste à tendre vers une unité du droit et une sûreté du droit et à combattre les décisions abusives. En outre, le façonnement<sup>22</sup> et le développement du droit sont même désignés comme tâches du *Hoge Raad*; c'est notamment le cas depuis l'introduction en 1988 de l'article 101a RO (*ancien*), maintenant l'article 81 RO. Il y est notamment stipulé que, lorsque la Cour de Cassation juge qu'une plainte ne peut donner lieu à une cassation et n'exige pas de réponse aux questions juridiques dans l'intérêt de

part explicité cette tâche judiciaire. On peut cependant, à partir de diverses modifications de la loi, déduire, selon moi, que le législateur (pouvoir constituant) a reconnu la compétence de créateur juridique du juge en fournissant, pour le moins, au juge un espace de mouvement pour procéder à cette création de loi.

<sup>21</sup> *Kamerstukken II* 1980/81, 16 163 (R 1146), nr. 8, p. 4. Voir en ce qui concerne la modification de l'article 99 RO (*ancien*) notamment: *Kamerstukken II* 1950/51, 2079, nr. 3, p. 4 et *Kamerstukken II* 1962/63, 2079, nr. 4, p. 1-9.

<sup>22</sup> Voir déjà *Kamerstukken II* 1962/63, 2079, nr. 4, p. 2, où le gouvernement dit que l'extension des motifs de cassation dans l'article 99 RO (*ancien*) offre l'avantage qu'il crée la possibilité d'une création juridique. Voir aussi le Rapport provisoire du 30 septembre 1980 dans le cadre de la révision de la constitution, où la fraction CDA signale l'intérêt d'une extension de ce que l'on appelle la 'cassation dans l'intérêt de la loi' en rapport avec l'importante tâche de création juridique du *Hoge Raad* (*Kamerstukken II* 1980/81, 16 163 (R 1146), nr. 6, p. 2).

l'unité juridique ainsi que du *développement* du droit, il n'existe qu'une obligation limitée de motivation.<sup>23</sup>

### 1.3.2. L'indépendance (et l'impartialité) judiciaire à ce jour

Comme on l'a déjà dit plus haut, il découle de l'article 117 GW que le juge néerlandais est constitutionnellement indépendant. Cette indépendance constitutionnelle implique tout d'abord que le pouvoir judiciaire soit politiquement neutre et dès lors indépendant par rapport aux deux autres pouvoirs, à savoir l'exécutif et le législatif. En second lieu, cette indépendance implique aussi qu'il n'y ait pas de hiérarchie entre les juges et qu'ils soient indépendants entre eux. Il résulte aussi de l'absence d'une hiérarchie mutuelle et de la dépendance subséquente que nous n'accordons pas de jure un effet de précédent et une valeur générale aux sentences judiciaires.

Outre l'indépendance constitutionnelle, nous reconnaissons également l'impartialité judiciaire au sein de la procédure. C'est ce que stipule l'article 12 RO, où il est établi que

'les fonctionnaires judiciaires notamment à charge juridictionnelle (...) ne peuvent en aucune manière s'immiscer auprès des parties ou de leurs avocats, de procureurs ou mandataires au sujet de quelque litiges pendants ou de litiges dont ils savent ou suspectent qu'ils leur seront attribués'.

Les juges qui sont partiaux ou donnent l'apparence de l'être peuvent être récusés par les parties au procès. Les juges ne doivent cependant pas attendre une éventuelle procédure de récusation; ils peuvent aussi se dispenser de l'affaire.<sup>24</sup> Par rapport à la question de savoir s'il y a lieu pour le juge de se retirer<sup>25</sup> ou d'introduire une requête pour pouvoir se dispenser,<sup>26</sup> il existe, depuis le mois de mars 2004, un code de conduite établi par l'Association de juridiction néerlandaise (*Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak* – NVvR) et l'assemblée des présidents, appelé *Leidraad onpartijdigheid van de rechter* (fil conducteur d'impartialité du juge). Ce fil conducteur se compose de dix recommandations qui ne sont pas de nature exécutoire; il vise à offrir au juge un simple outil lui permettant de juger de son impartialité (ou de sa partialité) dans une affaire concrète.<sup>27</sup>

La distinction pratiquée ici entre indépendance constitutionnelle et impartialité judiciaire dans la procédure<sup>28</sup> s'estompe notamment sous l'influence de la Convention

<sup>23</sup> Veegens, Korthals Altes & Groen 1989, nrs. 75. De l'avis de Veegens, Korthals Altes et Groen, le terme de 'développement juridique' est visé vraisemblablement comme un synonyme de 'création juridique'. Autrement: Kortmann 2005, p. 251. Voir encore l'article 101a RO (*ancien*) notamment Pinckaers 1997.

<sup>24</sup> Voir les articles. 36-41 Rv; articles. 512-518 Sv; articles. 8:15-8:20 Awb.

<sup>25</sup> Il s'agit de la décision informelle du juge de ne pas traiter lui-même l'affaire sur la base de faits et de circonstances par lesquels son impartialité pourrait être/serait compromise.

<sup>26</sup> Cfr. article 40 Rv, article 517 Sv et article 8:19 Awb.

<sup>27</sup> Voir sous <<http://www.rechtspraak.nl/naar+de+rechter/landelijke+regelingen/Algemeen/>>.

<sup>28</sup> Par rapport à la distinction faite ici, il convient toutefois de formuler deux remarques. Tout d'abord, dans les systèmes constitutionnels d'Europe occidentale, l'indépendance effective juridiquement décrite du juge (l'indépendance constitutionnelle) va de pair avec l'indépendance qu'exige conceptuellement la théorie de l'Etat de droit et, en second lieu, nombreux sont ceux qui distinguent différentes sortes d'indépendance judiciaire, qui sont appelées et/ou classées autrement. La Commission Leemhuis, par exemple, dans son rapport sur l'équipement et

→

de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe (CEDH). Le droit international a, en effet, une grande influence sur l'ordre juridique néerlandais en raison du système d'incorporation pratiqué par les Pays-Bas en ce qui concerne l'effet de celui-ci; tout le droit international (exécutoire pour le Royaume des Pays-Bas) se répercute dans l'ordre juridique national sans transposition dans le droit national et doit être appliqué par les instances publiques en tant que tel.<sup>29</sup> Pourtant, si l'application du droit international devait s'avérer inconciliable avec le droit national, le juge sera tenu d'appliquer le droit national à moins qu'il s'agisse de normes du droit international public écrites 'contraignantes pour tous' conformément aux articles 93 et 94 GW; autrement dit, si elles revêtent le caractère matériel de prescriptions généralement contraignantes et sont notifiées. Dans ce cas, le juge doit appliquer prioritairement la règle du droit international et laisser hors d'application la règle de droit national. Ce régime s'étend dans tous les cas aux lois au sens formel et peut-être aussi à la Constitution elle-même. Le juge néerlandais doit toujours contrôler in concreto si une disposition du droit international revêt un effet contraignant pour tous.<sup>30</sup>

La CEDH et les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme jouent un rôle très important en maints domaines, donc aussi dans le cadre de la demande de la position et du travail du pouvoir judiciaire. Comme cela s'avérera plus loin par rapport à la responsabilité civile relative à l'acte judiciaire,<sup>31</sup> l'influence de l'article 6 alinéa 1 CEDH est sensible dans le cadre actuel en raison du fait que l'on ne peut accepter – et assurément actuellement – que cette disposition sera toujours considérée en principe par le juge comme une disposition 'contraignante pour tous'.<sup>32</sup>

l'organisation de la magistrature en exercice établit une distinction entre micro-, méso- et macro-indépendance. Voir le Rapport de la Commission consultative sur l'équipement et l'organisation de la magistrature en exercice Commission Leemhuis 1998, p. 12-13. La micro-indépendance concerne, selon la Commission, le niveau du juge individuel qui juge une affaire. On vise en cela l'impartialité du juge dans la création de son jugement. La méso-indépendance concerne le fonctionnement des tribunaux: ce fonctionnement doit être libéré de l'influence administrative. La macro-indépendance ou indépendance constitutionnelle concerne la position indépendante du pouvoir judiciaire dans son ensemble par rapport aux autres pouvoirs d'Etat politiques. Un groupe de travail de la division de l'organisation judiciaire de la NVvR a procédé, dans son rapport intitulé *De onafhankelijke rechter*, un autre classement de l'indépendance judiciaire, notamment en une indépendance constitutionnelle, de position juridique, fonctionnelle et factuelle. Voir Commission Tuchtrect 1981, p. 2 et suiv. Il s'agit respectivement de l'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport aux autres organes d'Etat, de l'immovibilité de la personne du juge, de l'espace légal dont dispose le juge lors de sa prise de décision et, enfin, de la mesure selon laquelle le juge se sent réellement libre et indépendant dans sa prise de décision (voir grosso modo le même sens: Franken 1997). Les classements qui sont faits ici en ce qui concerne l'indépendance judiciaire ne sont pas la panacée; en effet, on peut faire pour ainsi dire encore des centaines d'autres classements (qui sont faits aussi) tout aussi défendables (cfr. Smits 1996, p. 255 et suiv., qui traite du reste bien du classement de la NVvR). Le groupe de travail de la NVvR remarque aussi, dès le début de son rapport, que même entre les membres du groupe de travail, 'l'on ne s'entend pas d'une seule voix sur la signification des aspects ici mentionnés de l'indépendance judiciaire'. Voir aussi un autre classement encore, par exemple Duynstee 1974, notamment p. 43 et Kuijer 2004, p. 207-210.

<sup>29</sup> Ceci se base sur une règle non écrite du droit constitutionnel. Ce point est déterminé par la Cour de Cassation notamment dans l'affaire *Grenstraktaat van Aken* (HR 3 mars 1919, *NJ* 1919, 371). Le pouvoir constituant a confirmé ensuite ceci en 1983 en autant de mots (*Kamerstukken II* 1977/78, 15 049 (R1100), nr. 3, p. 10 et suiv.).

<sup>30</sup> Voir notamment Brouwer 1992, p. 294 et suiv.

<sup>31</sup> *Infra* 2.3.

<sup>32</sup> En ce qui concerne l'influence de l'article 6 CEDH sur l'interprétation de l'indépendance et de l'impartialité judiciaire selon le droit néerlandais, voir par exemple: HR 15 février 2002, *NJ* 2002, →

Dans la première phrase de l'article 6 alinéa 1 CEDH, il est notamment dit que 'Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi'. Selon la jurisprudence constante de la CEDH, on vise par le concept de 'juridiction' non seulement les instances judiciaires qui sont de tout temps ordinairement comprises dans le 'pouvoir judiciaire'<sup>33</sup> mais toute instance qui a pour tâche de 'to determine matters within its competence on the basis of rules of law, following proceedings conducted in a prescribed manner'<sup>34</sup> et toute instance qui a la compétence de 'to quash in all respects, on questions of fact and law, the decision of the body below'.<sup>35</sup> Ce n'est pas le lieu ici de déterminer si l'organe en question se compose de membres du jury, de juges de carrière et/ou de juges profanes.<sup>36</sup>

Il est difficile de déterminer ce que la Cour européenne entend précisément par les termes de 'indépendant et impartial' au sens du premier alinéa du présent article vu que la Cour n'applique généralement pas de distinction entre les deux concepts.<sup>37</sup> Certains auteurs tentent néanmoins, à l'occasion de divers arrêts de la Cour de Strasbourg, de procéder à une telle distinction et essaient de coller des 'définitions strasbourgeoises' sur les différentes 'espèces' d'indépendance qui sont distinguées ordinairement dans la littérature par rapport au droit national.<sup>38</sup> Selon moi, cela conduit cependant à un résultat assez forcé, vu que la Cour européenne elle-même ne donne pas de définitions bien délimitées et ne peut en fait pas en donner non plus.

En effet, le fait que la CEDH soit rédigée à partir de la perspective des choix de parties plaignantes et non de choix dogmatiques impose à la Cour de sensibles limitations en termes de liberté de mouvement. Il s'agit de limitations dont la Cour semble aussi convaincue. La Cour nous rappelle dans ses arrêts à tous les coups que son rôle ne s'étend qu'au contrôle par cas de la compatibilité du droit national avec la Convention.<sup>39</sup> Comme dans le cas aussi de l'indépendance et de l'impartialité judiciaire, cela conduit ordinairement à des sentences casuistiques qui sont bourrées de lieux communs. Comme la CEDH n'est pas un traité constitutionnel – comme l'est

197; HR 30 juin 2000, *NJ* 2001, 316; HR 19 novembre 1999, *NJ* 2001, 30 et HR 23 janvier 1998, *NJ* 1998, 525.

<sup>33</sup> Voir notamment *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, CEDH 28 juin 1984, nrs. 7819/77 et 7878/77, par. 76.

<sup>34</sup> *Sramek contre Autriche*, CEDH 22 octobre 1984, nr. 8790/79, par. 36. Voir aussi notamment *Bentham contre Pays-Bas*, CEDH 23 octobre 1985, nr. 8848/80, par. 40 et *H. contre Belgique*, CEDH 30 novembre 1987, nr. 8950/80, par. 50.

<sup>35</sup> Zie notamment *Schmautzer contre Autriche*, CEDH 23 octobre 1995, nr. 15523/89, par. 36.

<sup>36</sup> Cfr. Notamment *Holm contre Suède*, CEDH 25 novembre 1993, nr. 14194/88, par. 30.

<sup>37</sup> Smits 1996, p. 244; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 451; Wagner 2001, p. 2-6 et Van den Eijnden 2003, p. 39.

<sup>38</sup> *Supra* note de bas de page 37. Ovey & White 2002, p. 160-163 semblent en revanche voir 'l'indépendance et l'impartialité' au sens de l'article 6 alinéa 1 CEDH comme un ensemble – quoique avec des aspects différents – ce qui, selon moi, reflète de quelle manière la Cour européenne des droits de l'homme utilise réellement elle-même les concepts actuels en général.

<sup>39</sup> Dans les affaires *Kleyn e.a. contre Pays-Bas* (CEDH 6 mai 2003, nrs. 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, par. 193) et *Pabla Ky contre Finlande* (CEDH 22 septembre 2004, nr. 47221/99, par. 29) notamment, la Cour européenne a établi clairement, dans le cadre de l'indépendance judiciaire, en premier lieu que: 'although the separation of powers between political organs of government and the judiciary has assumed growing importance in the Court's case-law (...), neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction. The question is always whether, in a given case, the requirements of the Convention are met'. Cfr. aussi *McGonnell contre Royaume-Uni*, CEDH 8 février 2000, nr. 28488/95, par. 51.

mutatis mutandis le Traité CE – on ne peut non plus attacher de critères et/ou définitions institutionnels à cette Convention et l'on ne peut dès lors attendre non plus de la Cour strasbourgeoise de tels critères et définitions.

Le concept 'd'impartialité' est décrit en termes assez généraux par la Cour européenne comme étant l'absence de préjugés ou de parti pris. En ce qui concerne cette impartialité, la Cour établit une distinction entre une approche subjective et objective.<sup>40</sup> Dans le cadre de l'impartialité subjective, la Cour regarde les idées personnelles du juge en question. Cette impartialité est supposée exister jusqu'à preuve du contraire par la Cour strasbourgeoise. Un appel de partialité subjective du juge réussit cependant rarement vu la difficulté de prouver les idées personnelles ou les préjugés de quelqu'un.<sup>41</sup>

Dans le cadre de l'impartialité objective, on se tourne vers la question de savoir si, selon les termes de la Cour dans l'affaire *Piersack*, 'he [le juge – VVB] offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt' par rapport à son absence de préjugés. Il s'agit ici de questions par rapport à la composition du tribunal, aux fonctions secondaires et à l'implication antérieure d'un ou de plusieurs membres du tribunal à un stade antérieur de la procédure.<sup>42</sup>

La question de savoir s'il s'agit d'impartialité objective est traitée souvent par la Cour européenne contradictoirement à la question de l'indépendance vu que, comme le dit la Cour, 'the concepts of independence and objective impartiality are closely linked'.<sup>43</sup> En ce qui concerne 'l'indépendance', la Cour strasbourgeoise ne donne en fait aucune définition; elle déclare seulement que le juge doit être indépendant par rapport au pouvoir exécutif et aux parties.<sup>44</sup> La Cour européenne des droits de l'homme donne ensuite une énumération des diverses circonstances qui pourraient influencer cette indépendance, comme le mode de nomination des instances judiciaires, la durée du mandat, ce que l'on appelle 'l'apparence of independence' et la présence de garanties contre une pression extérieure,<sup>45</sup> cette dernière exigence pouvant en fait être considérée comme un objectif qui, selon les termes de Wagner, 'est réalisé par la réponse à un certain nombre d'exigences spéciales'.<sup>46</sup> Comme le disent Jacobs et White, il ne s'agit pas, dans ce cadre, directement de la personne, du comportement ou d'une implication antérieure dans la procédure d'un membre

<sup>40</sup> *Piersack contre Belgique*, CEDH 1<sup>er</sup> octobre 1982, nr. 8692/79, par. 30; *Hauschildt contre Danemark*, CEDH 24 mai 1989, nr. 10586/83, par. 46 et suiv. et *Procola contre Luxembourg*, CEDH 28 septembre 1995, nr. 14570/89, par. 48. Voir encore notamment Smits 1996, p. 284 et suiv.; Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 454 et suiv.; Wagner 2001, p. 3-4; Ovey & White 2002, p. 160 et Van den Eijnden 2003, p. 40.

<sup>41</sup> Voir, par exemple *Pullar contre Royaume-Uni*, CEDH 10 juin 1996, nr. 22399/93. Voir encore à ce sujet notamment Ovey & White 2002, p. 160-162.

<sup>42</sup> *Piersack contre Belgique*, CEDH 1<sup>er</sup> octobre 1982, nr. 8692/79, par. 30. Voir aussi *De Cubber contre Belgique*, CEDH 26 octobre 1984, nr. 9186/80.

<sup>43</sup> Voir notamment *Kleyn e.a. contre Pays-Bas*, CEDH 6 mai 2003, nrs. 39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, par. 192; *McGonnell contre Royaume-Uni*, CEDH 8 février 2000, nr. 28488/95, par. 48 et 49; *Findlay contre Royaume-Uni*, CEDH 25 février 1997, nr. 22107/93, par. 73 et *Debled contre Belgique*, CEDH 22 septembre 1994, nr. 13839/88, par. 36.

<sup>44</sup> *Ringeisen contre Autriche*, CEDH 16 juillet 1971, nr. 2614/65, par. 95. Voir aussi *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, CEDH 23 juin 1981, nrs. 6878/75 et 7238/75, par. 55.

<sup>45</sup> Voir notamment *Campbell et Fell contre Royaume-Uni*, CEDH 28 juin 1984, nrs. 7819/77 et 7878/77, par. 78. Voir Wagner 2001, p. 3; Ovey & White 2002, p. 162-163 et Van den Eijnden 2003, p. 40.

<sup>46</sup> Wagner 2001, p. 6.

spécifique d'un tribunal mais d'aspects plus formels de l'organisation judiciaire tels que la séparation des pouvoirs et le statut juridique.<sup>47</sup>

En outre, lorsque nous examinons de plus près la conception de l'indépendance par la Cour européenne et la façon dont (l'interprétation de) cette conception se rapporte aux fondements de l'Etat de droit esquissés ci-dessus qui se situent en principe à la base même de l'ordre juridique néerlandais, il apparaît clairement combien les idées de la Cour concernant l'indépendance judiciaire sont en contradiction avec le principe d'indépendance de l'Etat de droit qui implique la neutralité politique du juge. Ainsi, la nomination et/ou le licenciement des juges par des organes des pouvoirs législatif et exécutif n'est pas jugé(e) contraire à l'indépendance par la Cour européenne, à moins qu'il ne s'agisse de préférence;<sup>48</sup> de même l'élection des juges est jugée conciliable avec l'indépendance judiciaire au sens de la Convention<sup>49</sup> et un mandat à vie n'est pas davantage une exigence nécessaire pour la protection de cette indépendance.<sup>50</sup> Le contrôle exercé sur le juge par un organe extérieur au pouvoir judiciaire n'est donc pas contraire à la CEDH, à condition cependant, selon l'arrêt *Van den Hurk*,<sup>51</sup> que cette instance non judiciaire n'ait pas la compétence de défaire des décisions judiciaires exécutoires.

Bref, on peut établir clairement que, selon la Cour européenne des droits de l'homme, il n'est pas question de violation de l'indépendance au sens de l'article 6 alinéa 1 de la CEDH tant que le juge en question, dans les circonstances données en vue de la protection juridique du plaignant, a pu rendre son jugement sans préjugés ni parti pris – ceci, en principe, indépendamment de l'interprétation du statut juridique et de l'organisation judiciaire dans son ensemble. Cette conclusion n'a pas de quoi surprendre étant donné, comme on l'a dit, que la Convention n'est pas un traité constitutionnel qui offre des points d'ancrage à des critères institutionnels. Un choix dogmatique manque dans la Convention et n'a pas non plus été créé par la Cour européenne des droits de l'homme. Cette absence d'un choix dogmatique peut être vue comme un inconvénient mais offre en même temps un avantage vu qu'elle réduit le nombre de violations des particularités judiciaires nationales que l'on observerait sans nul doute autrement.<sup>52</sup>

Si un choix dogmatique est effectivement fait en faveur du principe d'indépendance de l'Etat de droit, en principe les Pays-Bas ne passeraient pas l'examen portant sur la question de la neutralité politique des juges. Les membres à charge juridictionnelle du pouvoir judiciaire sont, en effet, désignés par le gouvernement (article 117 alinéa 1 GW). En outre, pour les membres du *Hoge Raad* s'applique le principe qui veut qu'avant qu'un nouveau membre ne soit nommé, la Chambre des députés des Etats généraux procède d'abord à une sélection entre les candidats et propose ensuite trois personnes à la nomination (article 118 alinéa 1 GW).

<sup>47</sup> Ovey & White 2002, p. 162.

<sup>48</sup> Cfr. Concernant la nomination par le pouvoir législatif *Crociani e.a. contre Italie*, ECRM 18 décembre 1980, nrs. 8603/79, 8722/79, 8723/79 et 8729/79, *D.R.*, vol. 22, par.10; voir, concernant la nomination par le pouvoir exécutif, notamment. *Ringeisen contre Autriche*, CEDH 16 juillet 1971, nr. 2614/65, par. 95 et *Campbell et Fell contre le Royaume-Uni*, CEDH 28 juin 1984, nrs. 7819/77 et 7878/77, par. 78. Voir par. 80 de l'affaire précitée *Campbell et Fell* concernant le licenciement; voir aussi *Bryan contre le Royaume-Uni*, CEDH 22 novembre 1995, nr. 19178/91, par. 36.

<sup>49</sup> Cfr. *H. contre Belgique*, CEDH 30 novembre 1987, nr. 8950/80, par. 51.

<sup>50</sup> Cfr. *Ringeisen contre Autriche*, CEDH 16 juillet 1971, nr. 2614/65, par. 95.

<sup>51</sup> *Van den Hurk contre Pays-Bas*, CEDH 19 avril 1994, nr. 16034/90, par. 45.

<sup>52</sup> Cfr. Wagner 2001, p. 17-18.

## 2. La responsabilité civile

### 2.1. Remarques générales

Au dix-neuvième siècle déjà, le juge civil avait la compétence de prendre connaissance des actions en dommages et intérêts pour agissements abusifs des pouvoirs publics.<sup>53</sup> Cette compétence du juge de droit civil repose aujourd'hui sur l'article 112, alinéa 1 GW, où il est stipulé que 'au pouvoir judiciaire incombe le règlement des litiges portant sur des droits civils et sur des créances'. Le juge civil possède cette compétence depuis l'arrêt du *Hoge Raad* du 31 décembre 1915 dans l'affaire *Guldemon/Noordwijkerhout*<sup>54</sup> expliquée au sens le plus large et cette compétence est depuis lors dépendante de la formulation subjective du fondement de l'action (*obiectum litis*). Autrement dit, dès que le requérant déclare dans son acte d'assignation qu'il est question d'un 'fait abusive', la compétence du juge civil est ainsi attribuée. La nature véritable du litige (de droit public ou privé) ne joue aucun rôle dans l'établissement de la compétence.<sup>55</sup>

Le dogme de l'acte abusif des pouvoirs publics s'est développé en raison d'agissements (prétendus) abusifs du pouvoir exécutif et s'y rapporte donc au premier ressort. Actuellement, l'Etat est responsable tant pour ce qui concerne les agissements de droit (public et privé) préjudiciables que les agissements de fait; sous le terme 'd'agissements' – comparable à ce qui se trouve stipulé dans l'article 6:162 alinéa 2 BW – il faut également entendre les omissions.<sup>56</sup>

Jusqu'à la seconde moitié du siècle précédent environ, les actions pour agissements abusifs des pouvoirs publics n'aboutissaient que dans le cas d'une administration abusive. Avec l'arrêt *Pocketbooks II* de 1969,<sup>57</sup> le *Hoge Raad* a estimé que les actions en dommages et intérêts pour réglementation abusive étaient aussi acceptables. La question de la réglementation abusive a fortement gagné en importance au cours de ces dernières années<sup>58</sup> et, lorsque la possibilité d'un contrôle constitutionnel judiciaire sera introduite,<sup>59</sup> connaîtra une importance certainement encore plus grande.

En principe, l'action en dommages et intérêts pour juridiction abusive doit être possible. Cependant, comme nous en reparlerons plus loin, ce point est considéré aux Pays-Bas comme particulièrement problématique.

Quand, en général, un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, se comporte de manière abusive, la responsabilité de l'Etat sera fondée ordinairement sur l'article 6:162 BW avec l'application de ce que l'on appelle le critère *Babbel*. Les comportements d'un fonctionnaire (dans ce cas) ou d'un organe sont assimilés à ceux

<sup>53</sup> Voir notamment Van Maanen & De Lange 2005, p. 15 et suiv. et Van Maanen 1996.

<sup>54</sup> HR 31 décembre 1915, *NJ* 1916, p. 407.

<sup>55</sup> Tak 1997, p. 138 et suiv.; Van Maanen & De Lange 2005, p. 33-34; Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2002, p. 504 et suiv. et Asser & Hartkamp 2002, nrs. 276 et suiv. Cfr. HR 18 août 1944, *NJ* 1944/1945, 598 (*Alkmaar/Noord-Holland*) et HR 28 février 1992, *NJ* 1992, 687, a.nt. MS (*AB* 1992, 301 a.nt. FHvdB).

<sup>56</sup> Pendant longtemps, le contrôle de l'acte judiciaire public assuré par le juge civil n'était pas possible; seuls des agissements publics abusifs selon le droit privé pouvaient donner lieu à des dommages et intérêts. Un changement est survenu ici avec l'arrêt *Ostermann* (HR 20 novembre 1924, *NJ* 1925, 89). Voir aussi Van Maanen 1996.

<sup>57</sup> HR 24 janvier 1969, *NJ* 1969, 316, a.nt. HD.

<sup>58</sup> Cfr. Par exemple Van Male 1995.

<sup>59</sup> Voir l'initiative-proposition de loi déjà nommée de Halsema (*supra* note de bas de page 14).

de l'Etat lorsque les comportements concernés 'dans les relations sociales équivalent à des comportements de la personne juridique'.<sup>60</sup>

En outre, l'Etat peut, en principe, aussi, sur la base de la responsabilité qualitative de l'article 6:170 BW, être tenu responsable vu que les fonctionnaires peuvent généralement être considérés comme des 'subalternes' au sens de l'article précité. La responsabilité qualitative tirée de l'article 6:170 BW n'a, depuis l'acceptation du critère *Babbel* précité dans le cadre de la responsabilité des personnes juridiques en vertu de l'article 6:162 BW, en fait qu'une fonction complémentaire. Les cas où la responsabilité de l'Etat est basée sur la responsabilité qualitative sont dès lors assez rares. Cela n'arrive en fait que si le fonctionnaire en question a usé abusivement de sa compétence, étant donné qu'un tel agissement dans les relations sociales n'équivaut pas à un agissement de la personne juridique elle-même.<sup>61</sup>

En principe, il est également possible de tenir un fonctionnaire/organe personnellement responsable en plus de l'Etat en vertu de l'article 6:162 BW. Dans ce que l'on appelle l'arrêt *Houtvester* de 1933, le *Hoge Raad* a accepté une telle double responsabilité par rapport aux personnes juridiques de droit public.<sup>62</sup> Dans l'arrêt *Etat des Pays-Bas et M. Van Hilten contre M.* du 11 octobre 1991, la Cour de Cassation a confirmé sa décision de l'arrêt *Houtvester* et accepté même explicitement la responsabilité des fonctionnaires judiciaires.<sup>63</sup> Une action intentée contre un fonctionnaire en personne ne peut, selon le *Hoge Raad*, être honorée que si le comportement abusif est imputable au fonctionnaire personnellement au vu des circonstances du cas.<sup>64</sup>

Le régime brièvement exposé ici concernant la responsabilité de l'Etat et la responsabilité personnelle des fonctionnaires devrait, en principe, devoir s'appliquer aussi dans le cas d'agissement judiciaire abusif. Cependant, un autre régime est d'application ici. Etant donné que la responsabilité personnelle des juges pour des agissements préjudiciables pratiqués dans l'exercice de la fonction est, aux Pays-Bas, bien plus controversée que la responsabilité de l'Etat pour l'agissement précité et que le juge néerlandais jouit aussi de l'immunité de droit civil, je me pencherai d'abord ci-dessous, mais pour des raisons pratiques aussi, sur la responsabilité des juges en personne.

## 2.2. Responsabilité personnelle du juge

### 2.2.1. Immunité judiciaire

Jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1997, la situation *Van Hilten* évoquée brièvement ci-dessus était d'application, en théorie en tout cas, en ce qui concerne la responsabilité civile du juge en personne. Cela a pris fin avec l'entrée en vigueur de la 'Loi du 29 novembre 1996 portant création de la Loi modifiée relative au statut des fonctionnaires

<sup>60</sup> HR 6 avril 1979, *NJ* 1980, 34 a.nt. CJHB (*Kleuterschool Babbel*).

<sup>61</sup> Hoekzema 2000, p. 214-216; Asser & Hartkamp 2002, nr. 260. Cfr. HR 4 novembre 1938, *NJ* 1939, 536, a.nt. PS.

<sup>62</sup> HR 6 janvier 1933, *NJ* 1933, p. 593, a.nt. PS. Voir ci-dessus notamment Telders 1935, p. 621 et suiv.

<sup>63</sup> Pour la définition du terme 'fonctionnaire judiciaire', voir l'article 1 alinéa 1 sub b RO; l'on entend également sous ce terme les fonctionnaires judiciaires qui sont chargés d'actes juridictionnels. Dans l'affaire *Van Hilten*, il s'agissait cependant de la responsabilité personnelle d'un officier de justice.

<sup>64</sup> HR 11 octobre 1991, *NJ* 1993, 165, a.nt. CJHB et C; également publié en *AA* 1992, p. 792-799, a.nt. S.C.J.J. Kortmann. Voir aussi à ce sujet Sieburgh 2000, p. 139.

judiciaires' (*Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren – Wrra*).<sup>65</sup> Dans l'article 42 Wrra qui est introduit dans la loi précitée, il est stipulé qu'un juge (fonctionnaire judiciaire) qui a porté préjudice à un tiers dans l'exercice de sa fonction ne peut être tenu responsable par ce tiers. Cette immunité vaut tant pour les dommages résultant de ce que l'on appelle les 'fautes professionnelles', comme la perte de dossiers (article 42 alinéa 1 Wrra), que pour les dommages résultant d'une 'sentence judiciaire', en quoi il faut également entendre le déni de justice, si l'on en croit la Mémoire informatif (article 42 alinéa 3 Wrra).<sup>66</sup> Pour les dommages résultant de 'fautes professionnelles', la loi déclare clairement que l'Etat peut en être tenu responsable et que, lorsqu'un fonctionnaire judiciaire agit intentionnellement ou de façon consciemment imprudente, l'Etat peut, en vertu de l'article 42 alinéa 2 Wrra, intenter une action récursoire vis-à-vis du fonctionnaire concerné.<sup>67</sup> En ce qui concerne la possibilité d'une responsabilité de l'Etat pour acte juridictionnel abusif, le législateur nous laisse dans l'incertitude et déclare que l'on ne peut dire nettement si l'Etat pourra être poursuivi avec succès à cet égard.<sup>68</sup>

En outre, jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2002, il était possible de poursuivre le juge (et uniquement lui) pour déni de justice en dommages et intérêts (articles 844-852 Rv (*ancien*)). Par déni de justice, il faut comprendre le refus par le juge de statuer sur des requêtes ou de statuer sur un litige qui lui est confié; le propos n'est pas ici de traiter du fait de savoir si le déni de justice concerné a été la conséquence d'un manque à ses devoirs (négligence) ou du fait que le juge pensait qu'il n'était pas tenu de statuer.<sup>69</sup> Depuis l'entrée en vigueur de la 'Loi de révision du droit de la procédure pour les affaires civiles, en particulier le mode procédural en première instance' (*Wet tot herziening van het procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*), cette possibilité a également disparu. Au lieu de la procédure de responsabilité spéciale en cas de déni de justice selon les articles 844-852 Rv (*ancien*), un seul article de loi a vu le jour, à savoir l'article 26 Rv: 'Le juge ne peut refuser de statuer'. Suite à la modification de la loi précitée, il n'existe pas (plus) de possibilité de tenir le juge pour personnellement responsable de la violation de

<sup>65</sup> Loi du 29 novembre 1996, *Stb.* 1996, 590, entrée en vigueur le 1er janvier 1997 (*Stb.* 1996, 616); cette loi remplace la Loi sur le statut juridique des fonctionnaires judiciaires de 1957 (*Stb.* 1957, 534). La Wrra est l'exécution de l'article 117 alinéa 4 GW. Elle règlemente donc le statut juridique des membres du pouvoir judiciaire chargés d'actes juridictionnels et le procureur général auprès du *Hoge Raad*. Cependant, le champ d'application de la Wrra englobe non seulement les personnes citées dans l'article 117 alinéa 4 GW mais aussi les membres de la magistrature existante, les auditeurs judiciaires en formation (*raio's*), autrement dit ceux qui sont en exercice auprès du pouvoir judiciaire ordinaire au sens de l'article 1 RO, cfr. *Kamerstukken II* 1994/95, 24 220, nr. 3, p. 2-3. Pour d'autres informations contextuelles sur cette législation, voir aussi Appels 1995, p. 126-128 et Appels 1997, p. 209-211.

<sup>66</sup> *Kamerstukken II* 1994/95, 24 220, nr. 3, p. 5. Jusqu'au 15 octobre, le troisième alinéa de l'article 42 Wrra ci-dessus s'énonce encore comme suit: 'Pour les dommages qui résultent d'une décision judiciaire, un fonctionnaire judiciaire n'est pas responsable, à moins que l'article 852, premier alinéa, du Code de procédure civile ne soit d'application'. Cette formule conditionnelle est supprimée de 'la Loi du 8 septembre relative à l'adaptation du Code de procédure civile et toutes les autres lois relatives au nouveau droit de la procédure' (*Wet van 8 september tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en enige andere wetten in verband met het nieuwe procesrecht*) (*Stb.* 2005, 455 en 484) vu que la procédure de déni de justice en vertu des articles 844-852 Rv (*ancien*) a disparu du Code de procédure civile depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

<sup>67</sup> Pour la procédure de recours, voir aussi l'article 42 alinéa 4 et alinéa 5 Wrra.

<sup>68</sup> *Kamerstukken II* 1994/95, 24 220, nr. 3, p. 5. *Infra* 2.3.

<sup>69</sup> HR 8 avril 1929, *NJ* 1929, p. 874, a.nt. PS.

cette interdiction.<sup>70</sup> Compte tenu du fait qu'une nouvelle interdiction de déni de justice est peut-être sympathique et pourrait assurément être fonctionnelle aussi, l'historique de la réalisation de cette disposition ne permet nulle part d'en déduire quelle est la relation entre l'article 26 Rv et l'interdiction de déni de justice en vigueur depuis 1838 dans l'article déjà traité plus haut, l'article 13 de la Wet AB. On ne peut donc dire avec certitude si la nouvelle disposition apporte une quelconque valeur ajoutée à cet égard.<sup>71</sup>

### 2.2.2. Motifs d'introduction de l'immunité judiciaire

Il est à remarquer que l'immunité de droit civil du juge est introduite sans bruit. Ni l'introduction de l'article 42 Wvra ni la suppression de la procédure civile de déni de justice par l'article 844 et suiv. Rv (*ancien*) n'ont suscité la moindre discussion aux Pays-Bas. Les Etats généraux n'ont connu le moindre débat non plus dans le cadre du vote de la 'Loi du 29 novembre 1996 portant création de la Loi modifiée relative au statut des fonctionnaires judiciaires' et de la 'Loi de révision du droit de la procédure pour les affaires civiles', où les dispositions ont été introduites ou supprimées. C'est d'autant plus remarquable, me semble-t-il, que les raisons invoquées par le gouvernement pour leur introduction sont dénuées de toute cohérence logique et sont de nature purement pragmatique.

En ce qui concerne l'exclusion de la responsabilité personnelle pour 'fautes professionnelles' (article 42 alinéa 1 Wvra), le gouvernement déclare dans le Mémoire informatif que cela servira la confiance du public dans le pouvoir judiciaire, car:

'Si quelqu'un, par exemple, intentait une action en justice contre un juge ou un officier de justice où il déclare le fonctionnaire judiciaire responsable des dommages résultant d'une erreur professionnelle de ce fonctionnaire judiciaire et que, dans cette procédure, la responsabilité personnelle de l'intéressé venait à être rejetée par le juge statuant, cela pourrait donner lieu à une accusation de politique corporatiste. A l'inverse, la crainte de cette accusation pourrait avoir pour effet de voir le juge conclure trop rapidement à l'existence d'une responsabilité personnelle. Dans les deux cas, la confiance dans le pouvoir judiciaire s'en trouvera atteinte'.<sup>72</sup>

Une telle motivation témoigne, à mon sens, uniquement d'un manque de confiance dans le pouvoir judiciaire de la part des pouvoirs publics eux-mêmes. En outre, il est tout aussi bien si pas meilleur de défendre un raisonnement inverse, consistant à dire que la confiance dans le pouvoir judiciaire se trouve précisément accrue en cas d'acceptation d'une responsabilité personnelle des fonctionnaires judiciaires. En effet, le pouvoir dominant perd de son autorité normative lorsque le pouvoir lui-même viole ses propres normes. C'est d'autant plus vrai lorsque cette violation est commise par un juge étant donné que le juge est l'organe par excellence qui doit utiliser le pouvoir. Cette perte d'autorité peut ensuite être restaurée si (les conséquences de) ces fautes sont réparées. C'était, en outre, également la justification qui se dissimulait derrière

<sup>70</sup> Voir *Kamerstukken II* 1999/00 et 2001/02, 26 855 et la Disposition du Ministre de la Justice du 14 décembre 2001, *Stb.* 2001, 623.

<sup>71</sup> Voir encore Van Bogaert 2005, p. 116-120.

<sup>72</sup> *Kamerstukken II* 1994/95, 24 220, nr. 3, p. 4.

l'ancienne responsabilité des juges pour déni de justice et qui se dissimule derrière les malversations dans notre Code pénal.<sup>73</sup>

Le gouvernement poursuit son argumentation de la justification de l'exclusion de la responsabilité personnelle des fonctionnaires judiciaires pour 'fautes professionnelles' en affirmant que la rupture avec la situation pratique n'est pas grande vu qu'en premier lieu, la responsabilisation des fonctionnaires judiciaires se produit rarement, 'par manque d'intérêt', vu que l'on peut poursuivre aussi l'Etat pour agissements abusifs de ses fonctionnaires et, en second lieu, parce que les rares poursuites qui sont engagées ne sont pas 'rétribuées légèrement'.<sup>74</sup>

La motivation de cette raison pragmatique est comme un serpent qui se mord la queue. On peut, en effet, décemment se poser la question de savoir si le fait que des actions en dommages et intérêts contre des fonctionnaires judiciaires en personne n'aient pratiquement jamais été rétribuées n'était pas la cause du faible nombre d'actions intentées contre ces fonctionnaires judiciaires. Qu'il soit question d'un 'manque d'intérêt' est une conclusion qui ne vient de rien et n'est pas fondé sur la moindre donnée empirique.

Pour justifier l'article 42 alinéa 3 Wvra, où la responsabilité judiciaire pour sentences judiciaires abusives est exclue, le législateur se contente de recourir à quelques lieux communs: notamment que 'en ce qui concerne le système des voies de recours juridiques (...), les sentences judiciaires [doivent être] en principe tenues hors de la sphère de responsabilité' et qu'il est généralement admis que (...) les dommages résultant d'une sentence abusive ne peuvent engendrer en aucun cas une responsabilité personnelle des juges'.<sup>75</sup>

L'argument de ce que l'on appelle le système fermé des voies de recours juridiques est déjà critiqué et rejeté par bien des juristes. Tout d'abord parce qu'une voie de recours ne peut prévenir ou réparer en toutes circonstances les dommages occasionnés abusivement par des sentences judiciaires et, en second lieu, parce qu'une procédure de responsabilité contre le juge et/ou l'Etat pour sentence abusive ne porte pas atteinte à l'autorité de la chose jugée de cette sentence et qu'aucune violation n'est dès lors faite au système (fermé) des voies de recours.<sup>76</sup> En outre, le deuxième argument, à savoir le fondement visiblement accepté de façon générale selon lequel un acte juridictionnel abusif ne peut donner naissance à une responsabilité personnelle du juge, n'est étayé ou fondé sur le moindre fait ou argument.

Il faut admettre que divers jurisconsultes ont estimé qu'une responsabilité professionnelle des juges – hormis le cas du déni de justice – était exclue vu que le législateur n'a demandé dans le temps la création d'une procédure de responsabilité séparée qu'en cas de déni de justice (articles 844-852 Rv (*ancien*)). Suite à cela, le législateur n'aurait voulu admettre en aucun cas la responsabilité professionnelle.<sup>77</sup> D'autres ont, en revanche, objecté que le simple fait que le législateur n'ait pas voulu codifier les autres cas de la *prise à partie* française dans une *lex specialis* ne justifie en rien la conclusion selon laquelle le législateur n'a pas voulu de responsabilité

<sup>73</sup> Voir Van Bogaert 2005, chapitre II.

<sup>74</sup> *Kamerstukken II* 1994/95, 24 220, nr. 3, p. 4.

<sup>75</sup> *Kamerstukken II* 1994/95, 24 220, nr. 3, p. 5.

<sup>76</sup> Voir Van Bogaert 2005, p. 304-311 et la littérature qui s'y trouve citée.

<sup>77</sup> Oudeman 1847, p. 310; Van Boneval Faure 1889, p. 256; Telders 1935, p. 625; Wolfsbergen 1943, p. 244; Wolfsbergen 1946, p. 49; Blomkwist 1972, p. 283; Van Zeben 1972, p. 211-212 (cependant, selon Van Zeben, cette exclusion d'une responsabilité personnelle du juge, sauf pour le déni de justice, n'est pas (plus) à défendre); Kortmann 1985, p. 36.

personnelle des juges sur la base des dispositions générales relatives à un acte abusif pour motif, par exemple, de dol ou de concussion.<sup>78</sup>

Les deux fondements concernant l'intention du législateur sont cependant tout aussi défendables, vu que rien de l'historique de la loi des articles 844 et suiv. Rv (*ancien*) ne permet de conclure pourquoi, outre le déni de justice, le législateur n'a pas repris, par exemple, le dol et la concussion dans la procédure de responsabilité personnelle spéciale. Le rejet de toute forme de responsabilité professionnelle judiciaire – la responsabilité pour déni de justice, en effet, n'existe plus non plus – engendre cependant, selon moi, une discordance entre les fonctionnaires judiciaires et les autres, qu'aucune raison convaincante n'est venue justifier et qu'à mon sens, surtout en cas de comportement préjudiciable reprochable personnellement, on ne pourrait trouver. En outre, on se trouve en présence d'une situation étrange où le juge qui s'est rendu coupable, par exemple, d'un dol peut (en principe) être poursuivi au niveau pénal mais pas personnellement en dommages et intérêts.<sup>79</sup>

Dans le Mémoire informatif à la nouvelle interdiction de déni de justice de l'article 26 Rv qui est venue remplacer la procédure de responsabilité précitée, le gouvernement donne comme raison de la suppression de la procédure de déni de justice que la procédure de déni de justice telle qu'inscrite dans les articles 844-852 Rv (*ancien*) était 'obsolète'. En effet, cette procédure n'a pratiquement jamais été appliquée par le passé et lorsqu'elle le fut, cela ne donna que peu de résultat.<sup>80</sup> Le gouvernement en a recherché la cause dans 'la complexité des dispositions visées'. En outre, une procédure séparée n'est pas nécessaire non plus vu que deux autres procédures ou voies de recours existent qui permettent d'obtenir réparation pour déni de justice, à savoir la procédure des plaintes pour le pouvoir judiciaire pour motif de conduite désobligeante<sup>81</sup> et – selon les termes employés par le gouvernement – 'la possibilité générale de poursuivre l'Etat en dommages et intérêts, comme il ressort notamment de (...) l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Capuano (CEDH 25 juin 1987, Publ. CEDH Série A vol. 119, NJ 1990, 231)'.<sup>82</sup>

La question qui vient directement à l'esprit consiste à savoir si les alternatives précitées sont en mesure de remplacer de façon satisfaisante l'ancienne procédure des articles 844-852 Rv (*ancien*) afin de réparer (les conséquences de) un futur déni de justice – vu son caractère particulier. En soumettant à une inspection et une réflexion plus profondes les deux alternatives, qui semblent bonnes de prime abord, on est bien forcé de conclure, avec une probabilité frisant la certitude, qu'aucune des deux n'est équipée pour, d'une part, taper sur les doigts d'un juge qui refuse de statuer et, d'autre part, pour réparer les dommages occasionnés suite au déni de justice, deux aspects que prévoyait l'ancienne procédure de déni de justice.

<sup>78</sup> Van Eyk 1875, p. 73-74; Donker 1926, p. 392; conclusion A-G Berger et annotation Scholten auprès du Hoge Raad 3 décembre 1971, NJ 1972, 137; Van Dijk & Smit 1990, p. 94-95. Cfr. Van Oevelen 1987, nr. 530.

<sup>79</sup> *Infra* 3.

<sup>80</sup> Le gouvernement fait référence ici à l'affaire du juge de canton (refusant de statuer) de Schagen: HR 8 avril 1929, NJ 1929, p. 874 et HR 21 octobre 1929, NJ 1929, p. 1681. Dans cette affaire, le déni de justice a été reconnu mais le juge en question n'a pas été condamné au paiement de dommages et intérêts vu qu'il n'a pas été possible de juger des dommages qui auraient été ainsi occasionnés aux requérants.

<sup>81</sup> Dans le Mémoire informatif, il est fait référence à la procédure en vertu des articles 14a-14e RO (*ancien*). Cependant la procédure des plaintes concernant le pouvoir judiciaire est modifiée en même temps que la suppression de la procédure relative au déni de justice (voir article 26 RO et article XIII de la Loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux).

<sup>82</sup> *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 3, p. 56.

En ce qui concerne la procédure des plaintes, un problème se pose notamment au niveau de la disposition voulant qu'une plainte ne puisse concerner une 'décision judiciaire'.<sup>83</sup> On peut trouver divers arguments à cet égard, qui arrivent à la conclusion qu'une plainte pour déni de justice est une plainte qui concerne une décision judiciaire, ce qui a pour effet que de telles plaintes ne sont pas autorisables dans une procédure de plaintes. En premier lieu, on peut déduire de l'historique de la loi de l'article 42 alinéa 3 Wvra que les dommages résultant du déni de justice sont considérés par le législateur comme des dommages résultant d'une sentence judiciaire abusive. En outre, le terme de 'décision judiciaire' dans le cadre de la procédure des plaintes a été interprété de tout temps de façon très large. On entend notamment en cela non seulement les décisions judiciaires contre lesquelles s'ouvrent (en principe) des voies de recours mais aussi les décisions des juges qui n'entrent pas dans le cadre d'une procédure judiciaire, des décisions qui sont prises en vertu de la politique judiciaire et des décisions qui présentent beaucoup de similitude avec l'acte juridictionnel en général.<sup>84</sup>

Ce que le gouvernement entend par la responsabilité de l'Etat 'style *Capuano*' reste très flou. Il semble tout d'abord que le gouvernement considère le déni de justice comme équivalent à un dépassement du délai raisonnable au sens de l'article 6 alinéa 1 CEDH dont il était question dans l'affaire *Capuano*, ce qui est fondamentalement erroné à mon sens. En effet, on peut en principe avoir déjà affaire à un déni de justice sans qu'un laps de temps ne soit écoulé du fait que le juge refuse consciemment de rendre un jugement parce que, par exemple, il pense que les parties ont fait un usage abusif du droit de procédure en engageant une action.<sup>85</sup> En outre, le juge qui refuse de rendre justice commet un manquement plus grave que le juge qui s'accorde plus de temps pour préparer sa sentence qu'il n'est raisonnablement nécessaire. En second lieu, la référence à l'affaire *Capuano* de la Cour strasbourgeoise soulève la question de la procédure à suivre. Le justiciable doit-il, dans le cadre d'une procédure strasbourgeoise, sur la base de l'article 6 alinéa 1 CEDH intenter une action en dommages et intérêts contre l'Etat? Ou le gouvernement estime-t-il souhaitable que la responsabilité de l'Etat résultant d'une sentence abusive – une responsabilité qui ne représente que peu de chose sinon rien aujourd'hui<sup>86</sup> – soit en revanche étendue aux cas de transgression judiciaire du délai raisonnable? Etant donné que l'historique de la loi de l'article 26 Rv ne donne aucune autre explication à ce sujet, on ne peut donner qu'une réponse préliminaire à cette question.

Comme les Pays-Bas ne disposent pas d'un recours efficace (au sens de l'article 35 alinéa 1 CEDH) contre les transgressions judiciaires du délai raisonnable (alias le déni de justice),<sup>87</sup> on pourrait en conclure que le gouvernement, en faisant référence à l'affaire *Capuano*, avait à l'esprit une procédure internationale auprès de la Cour

<sup>83</sup> Pour la procédure des plaintes interne, voir l'article 26 alinéa 4 RO, et pour la procédure des plaintes 'externe', voir l'article XII de la Loi sur l'organisation et l'administration des tribunaux selon l'article 14a alinéa 1 RO (*ancien*).

<sup>84</sup> Voir notamment HR 6 janvier 1984, *NJ* 1984, 185, a.nt. WHH (*Ombudsman* 1984, p. 171-174, a.nt. G.P.I.M. Wuisman) et HR 28 avril 1989, *NJ* 1990, 463, a.nt. WMK. Dans le premier arrêt cité, une plainte concernant une décision prise d'office sans la compétence par un président du tribunal afin de ne plus joindre un avocat en tant que conseiller d'une prévenue a même été considérée comme une plainte qui n'entraînait pas en considération pour un contrôle de constitutionnalité dans le cadre d'une procédure des plaintes, sous prétexte qu'il s'agirait d'une décision basée sur la politique judiciaire. Voir encore Van Bogaert 2005, p. 139-188.

<sup>85</sup> Cfr. HR 8 avril 1929, *NJ* 1929, p. 874 et HR 21 octobre 1929, *NJ* 1929, p. 1681.

<sup>86</sup> *Infra* 2.3.

<sup>87</sup> Van Bogaert 2005, p. 124-131.

strasbourgeoise plutôt d'une action en dommages et intérêts nationale. Si un citoyen souhaitait déposer une plainte auprès de la Cour européenne des droits de l'homme contre les Pays-Bas pour transgression du délai raisonnable ou déni de justice, cela poserait un problème aux Pays-Bas depuis l'affaire *Kudła contre Pologne*<sup>88</sup> du fait de l'absence d'une voie de recours nationale effective. Dans l'affaire *Kudła*, la Cour de Strasbourg avait notamment rompu avec l'idée existant jusqu'alors qu'une plainte déposée en vertu de l'article 13 CEDH (*droit à un recours effectif*) ne devait plus être examinée dès qu'une violation du délai raisonnable au sens de l'article 6 alinéa 1 CEDH était acceptée. Outre une action en vertu de l'article 6 alinéa 1 CEDH, il existe donc aussi maintenant une action en vertu de l'article 13 CEDH qui a des chances d'aboutir. Selon la Cour européenne, le fait de savoir si, dans le cadre du délai raisonnable, il est question d'une 'effective remedy before a national authority' au sens de l'article 13 CEDH dépend de la question de savoir si 'the means available to the applicant (...) would have been 'effective' in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had already occurred'. Autrement dit, la présence d'un moyen soit préventif soit répressif suffit à satisfaire aux exigences de l'article 13 CEDH. Etant donné que ni l'un ni l'autre n'existent selon le droit des Pays-Bas, le juge néerlandais ferait bien, par exemple, d'élargir la doctrine de 'l'acte juridictionnel abusif' à des violations du délai raisonnable. La question consiste toutefois à savoir s'il le fera.

### 2.3. Responsabilité de l'Etat pour l'acte judiciaire

#### 2.3.1. Non responsable à moins que ...

L'arrêt de la Cour de Cassation de 1971 dans l'affaire *X contre l'Etat des Pays-Bas*, où l'Etat a été déclaré responsable pour une décision (prétendue) abusive du juge de canton à Utrecht dans une question relative au droit du travail ne fait toujours pas autorité à ce jour. Il est déterminé dans cette affaire que l'Etat n'est pas fondamentalement responsable du jugement abusif en vertu du fait que cela serait inconciliable avec le système fermé des voies de recours (et, plus implicitement, qu'il s'agirait d'une atteinte illicite à l'autorité de la chose jugée). La Cour de Cassation a toutefois jugé qu'une exception à la règle de non-responsabilité était acceptable, notamment s'il s'avère que le juge, lors de la préparation de l'affaire, a violé des principes juridiques fondamentaux d'une telle manière qu'il n'est plus question d'un 'traitement honnête et impartial de l'affaire' (une norme qui, comme le dit le *Hoge Raad*, s'inspire de l'article 6 CEDH) et que la partie lésée au procès, en vue de limiter les dommages, a épuisé toutes les voies de recours contre la sentence judiciaire préjudiciable.<sup>89</sup>

Autrement dit, seule une violation du principe du *fair trial* (procès équitable) comme inscrit dans l'article 6 alinéa 1 CEDH peut conduire à une action en dommages et intérêts fructueuse. Dès que la violation est acceptée et que la sentence dans laquelle s'est produite la violation aurait connu une autre issue si le juge avait effectivement respecté le principe du *fair trial* lors de la préparation de l'affaire, la responsabilité de l'Etat est établie. Que l'on puisse parler ici en fait d'une espèce de 'responsabilité de risque' ressort clairement d'un récent arrêt du *Hoge Raad* dans le

<sup>88</sup> CEDH 26 octobre 2000, nr. 30210/96 (voir aussi *NJ* 2001, 594).

<sup>89</sup> HR 3 décembre 1971, *NJ* 1972, 137, a.nt. GJS.

cadre d'une procédure 'd'un acte juridictionnel abusif' concernant une sentence de la Cour européenne de Strasbourg.<sup>90</sup>

La Cour européenne, dans son arrêt du 23 avril 1997 rendu dans le cadre de l'affaire *M. c.s. contre Pays-Bas*, avait constaté la violation de l'article 6 alinéa 1 jo. alinéa 3 sub d CEDH, où les actions pénales néerlandaises des plaignants s'appuyaient de façon décisive ('to a decisive extent') sur des déclarations de témoignage anonymes.<sup>91</sup> Lors de cette sentence, *M. c.s.* – malgré la réparation équitable en vertu de l'article 41 CEDH – a intenté une action en dommages et intérêts contre l'Etat des Pays-Bas pour acte juridictionnel abusif, vu qu'une révision de l'affaire pénale pour sentence de condamnation de la CEDH n'était pas (encore) possible à l'époque. Dans la procédure nationale 'd'acte juridictionnel abusif', l'Etat a été jugé responsable sans autre examen quant à la gravité de la violation du principe du *fair trial* pour les dommages résultant des sentences judiciaires de condamnation. Vu que, de l'avis du *Hoge Raad*, la présomption d'innocence s'oppose à ce que le juge civil engage une enquête pour savoir si le juge pénal serait aussi arrivé à une condamnation sans la preuve obtenue contrairement à la Convention, il a été accepté pratiquement tel quel, en raison de la violation de la convention constatée par la CEDH, qu'un bon fondement faisait défaut pour la détention subie et des dommages et intérêts avaient été accordés par voie de conséquence.

Les procédures 'd'acte juridictionnel abusif' comme celle de *M. c.s.* ne se présenteront cependant plus à l'avenir. En effet, pour ce qui concerne les actes juridictionnels pénaux abusifs en violation de la CEDH, il existe depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003 un motif de révision séparé dans le cas où la Cour européenne des droits de l'homme constate une violation de la CEDH par le juge pénal néerlandais. La décision pénale peut être revue dans ce cas, en vertu de l'article 457 alinéa 1 sub 3<sup>o</sup> Sv. Si le prononcé concerné est ensuite annulé dans le cadre de la procédure de révision sans qu'une peine ou une mesure ne soit imposée, à la demande de l'ancienne partie condamnée, des dommages et intérêts sont accordés équitablement en vertu des articles 89-93 Sv (article 481 Sv).<sup>92</sup>

Une autre tendance générale commence à se dessiner dans le monde juridique néerlandais en ce qui concerne la problématique de l'acte juridictionnel abusif, qui met l'accent de plus en plus sur la réparation juridique formelle par l'ouverture d'une voie de recours supplémentaire telle qu'une procédure de révision ou de révocation et moins sur l'obtention d'une réparation juridique matérielle par l'octroi de dommages et intérêts.<sup>93</sup> En ce qui concerne le droit civil et le droit administratif, le gouvernement a annoncé que, tant pour le droit de procédure civile que pour le droit de procédure administrative, on examinera dans quelle mesure une procédure de révocation ou, respectivement, de révision est nécessaire en cas de violations judiciaires de la CEDH.<sup>94</sup>

<sup>90</sup> HR 18 mars 2005, *NJ* 2005, 201, a.nt. EAA.

<sup>91</sup> CEDH 23 avril 1997, *NJ* 1997, 635, a.nt. Kn.

<sup>92</sup> *Kamerstukken II & Kamerstukken I* 2000/01 et 2001/02, 27 726; *Stb.* 2002, 479.

<sup>93</sup> Cfr. Rb. 's-Gravenhage 18 septembre 1996, *JOR* 1996, 106, a.nt. S.C.J.J. Kortmann et Hof 's-Gravenhage, 17 juillet 1997, *NJ Kort* 1997, 75 (*Dombo Beheer BV*); le gouvernement concernant l'article 42 alinéa 3 Wvra (*Kamerstukken II* 1994/95, 24 220, nr. 3, p. 5). Voir, en outre, notamment l'épreuve du Van Kempen 2003 et la littérature qui s'y trouve citée. Voir aussi Van Bogaert 2005, p. 250-258.

<sup>94</sup> *Kamerstukken II* 1999/00, 26 855, nr. 5, p. 77-78 et *Kamerstukken II* 2000/01, 27 726, nr. 3, p. 11 et nr. 5, p. 16.

La discussion concernant notamment la révision des décisions des organes administratifs et, dans le prolongement de celle-ci, des sentences du juge administratif s'est enflammée aux Pays-Bas en 2004, particulièrement à l'occasion de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans l'affaire *Kühne & Heitz*.<sup>95</sup> Cet arrêt a fait que la discussion concernant la réparation juridique formelle ne soit plus menée seulement par rapport aux violations de la CEDH mais aussi par rapport aux violations (judiciaires) du droit communautaire. En outre, fin 2003, l'affaire *Köbler*<sup>96</sup> assurait déjà le retentissement nécessaire concernant la responsabilité de l'Etat pour violations judiciaires du droit communautaire, de sorte que la discussion sur la réparation matérielle par rapport à la réparation formelle s'est aiguisée.

Depuis le 12 août 2005, il semble qu'une réponse, quoique provisoire, soit donnée à la question pressante de savoir si un nouveau fondement de révocation ou de révision sera introduit dans le droit de procédure civile et le droit de procédure administrative pour cause de violations judiciaires de la CEDH (et du droit communautaire). Le Ministre de la Justice a notamment envoyé une lettre au Président de la Chambre des députés lui disant que les préparatifs à l'introduction de ce fondement étaient clôturés.<sup>97</sup> Pour le droit civil, la réouverture de l'affaire juridique selon le ministre est, en effet, trop difficile pour la partie adverse de la partie lésée et les tiers éventuellement concernés par l'affaire civile vu qu'ils se trouveraient trop longtemps dans l'incertitude juridique en ce cas.<sup>98</sup> Pour ce qui concerne le droit administratif, une révision des sentences judiciaires serait inutile vu qu'il est possible d'obtenir une révision juridique par la décision récusée qui se trouve au fondement de la procédure judiciaire en vertu de l'article 4:6 Awb par une reconsidération de l'organe administratif. En outre, comme le dit le Ministre, en raison des fautes du juge administratif, une action pour agissement abusif peut, en effet, être intentée auprès du juge civil pour acte juridictionnel abusif.<sup>99</sup>

### 2.3.2. L'influence de la Cour de Justice luxembourgeoise (l'affaire *Köbler*)

Comme on l'a dit, l'affaire *Köbler*<sup>100</sup> a provoqué quelque agitation aux Pays-Bas parce que cet arrêt de la Cour du Luxembourg pourrait bien faire office de catalyseur à un assouplissement de la responsabilité de l'Etat pour ce qui concerne les décisions judiciaires abusives en général. Dans l'affaire *Köbler contre la République d'Autriche*, la Cour de Justice a dû pour la première fois se pencher explicitement sur la question de savoir dans quelles circonstances un Etat membre est responsable des violations du droit communautaire commises par des instances judiciaires. Que les Etats membres pouvaient déjà être responsables des violations judiciaires du droit communautaire se trouvait déjà établi, en principe, depuis l'arrêt *Francovich*<sup>101</sup> et en

<sup>95</sup> HvJ EG 13 janvier 2004, *AB* 2004, 58, a.nt. RW. Voir notamment à ce sujet Barkhuysen & Griffioen 2004, p. 2132-2140; Jans & De Graaf, 2004, p. 98-102; Krans 2004, p. 575-576; Polak 2004, p. 489-490; Wattèl 2003, p. 844-845; Widdershoven & Ortlep 2004, p. 34-48.

<sup>96</sup> HvJ EG 30 septembre 2003, affaire C-224/01, *Pb.* 2001, C212/118; *AB* 2003, 429 a.nt. RW; *NJ* 2004, 160 a.nt. MRM; *JB* 2004, 41 a.nt. MC; reproduit sous forme abrégée in *SEW* 2004, p. 270-274, a.nt. Jans.

<sup>97</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28.

<sup>98</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28, p. 4.

<sup>99</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 28, p. 7.

<sup>100</sup> CJCE 30 septembre 2003, affaire C-224/01, *Pb.* 2001, C212/118.

<sup>101</sup> Affaires jointes C-6 et 9/90, *Francovich et Bonifaci*, *Jur.* 1991, I-5357 (*NJ* 1994, 2).

toute certitude depuis l'arrêt *Brasserie du Pêcheur*.<sup>102</sup> Cette jurisprudence a été confirmée ensuite aussi fin 2003, dans l'arrêt *Köbler*.

Les critères que la Cour de Justice a également posés dans l'affaire *Köbler* pour juger de la responsabilité de l'Etat pour une violation judiciaire découlent de la jurisprudence *Francovich* et la confirment. Il est donc question d'une responsabilité de l'Etat pour les violations judiciaires du droit communautaire lorsque (a) la règle juridique enfreinte s'étend à l'octroi de droits à des particuliers; (b) il est question d'une violation qualifiée suffisante et (c) il existe un lien causal entre la violation de l'obligation incombant à l'Etat et les dommages subis par le justiciable.

La responsabilité *Köbler* connaît cependant une limitation: elle est notamment limitée aux violations du droit communautaire par des instances judiciaires qui rendent justice en dernière instance. En effet, des particuliers ne peuvent faire valoir les droits accordés par le droit communautaire qu'auprès d'un juge de dernière instance vu que celui-ci est tenu, en vertu du troisième alinéa de l'article 234 du Traité CE, de s'adresser à la CJCE en principe dès qu'une question de droit communautaire se pose à lui.<sup>103</sup> Selon la théorie concrète la plus courante et partagée par la Cour luxembourgeoise elle-même, tous les juges contre les décisions desquels (dans des cas concrets) aucune voie de recours ordinaire ne s'ouvre plus sont tenus de procéder à un renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234 Traité CE. Autrement dit, il s'agit non seulement du *Hoge Raad*, de l'ABRvS mais aussi des juges d'instances inférieures contre la sentence desquels aucun appel supérieur n'est possible parce que, par exemple, le seuil d'appelabilité n'est pas atteint.<sup>104</sup>

La responsabilité pour violations judiciaires du droit communautaire est dès lors liée à la question de savoir si le juge national concerné a négligé son obligation en vertu de l'article 234 Traité CE de poser une demande préjudicielle à la CJCE. La violation de l'obligation de renvoi préjudiciel précitée n'est cependant absolument pas suffisante pour donner naissance à une responsabilité de l'Etat. Les critères *Cilfit*<sup>105</sup> relatifs à la problématique de l'*acte clair* et de l'*acte éclairé* jouent à ce titre un grand rôle. Lors de l'établissement de la nécessité du renvoi, les instances judiciaires nationales ont donc une certaine marge d'appréciation, ce qui, selon l'affaire *Dillenkofer*, a une influence sur le deuxième critère d'abus, à savoir l'exigence de la violation qualifiée suffisante.<sup>106</sup> En outre, la gravité de la violation de la règle communautaire à appliquer joue bien entendu un rôle.

L'appréciation proprement dite du droit à des dommages et intérêts dans une situation *Köbler* doit se faire au niveau des Etats membres. Il est notamment établi par la jurisprudence que – comme la Cour du Luxembourg nous le rappelle aussi dans l'affaire *Köbler* –

<sup>102</sup> Affaires jointes C-46 et 48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, *Jur.* 1996, I-1029 (NJ 1997, 145).

<sup>103</sup> Affaire C-224/01, *Köbler*, § 34-35.

<sup>104</sup> Voir à ce sujet notamment Kapteyn *et al.* 2003, p. 405-406. Dans l'affaire C-99/00, *Lykeskog*, *Jur.* 2002, I-4839 (NJ 2003, 120), § 14-19 a choisi la CJCE pour la théorie concrète. Voir aussi déjà l'affaire 6/64, *Costa/ENEL*, *Jur.* 1964, 1203; dans cette affaire, la CJCE a considéré recevable le renvoi préjudiciel du juge de paix de Milan. Dans le cas concret, il n'existait pas de recours ordinaire ouvert contre la décision de ce juge de paix. Voir aussi Jans, *supra* note 96, p. 273; Krans 2004a, p. 827-834 et Wissink & Meijer, 2004, p. 96. Autrement: notre Ministre de la Justice, *Aanhangsel Handelingen I* 2003-2004, nr. 14 (au point 3).

<sup>105</sup> Affaire 283/81, *Cilfit I*, *Jur.* 1982, 3415.

<sup>106</sup> Affaires jointes C-178, 179 et 188-190/94, *Dillenkofer e.a.*, *Jur.* 1996, I-4845 (NJ 1997, 493).

‘en l’absence d’une réglementation communautaire, c’est à l’ordre juridique interne de chaque État membre qu’il appartient de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire’.<sup>107</sup>

Cela signifie, pour les Pays-Bas, que le juge civil doit prendre connaissance, dans le cadre d’une procédure sur la base de l’article 6:162 BW, des actions en dommages et intérêts intentées contre l’Etat pour violations judiciaires du droit communautaire.<sup>108</sup>

Au niveau national, un ‘schisme’ s’ouvre ainsi, pour ce qui concerne la responsabilité de l’Etat pour acte juridictionnel abusif, entre les violations judiciaires du droit national, par exemple, et celles du droit communautaire. Ce schisme permet ensuite de se poser légitimement la question de savoir si le critère national plus strict de ‘l’acte juridictionnel abusif’ de 1971 ne doit pas être adapté plus ‘à la Köbler’. Une telle adaptation permettrait éventuellement d’assurer la transparence du droit. Pour les Pays-Bas, cela impliquerait une assez grande conversion fondamentale étant donné qu’aux Pays-Bas, l’on part précisément de la non-responsabilité par rapport aux actes juridictionnels préjudiciables. Un réenrichissement ‘köblérien’ impliquerait donc une modification radicale du fondement néerlandais. C’est provisoirement à notre juge de faire un premier pas à cet égard, vu que le Ministre de la Justice ne voit pas de motif pour l’heure d’introduire une proposition de loi en réponse à l’arrêt *Köbler*.<sup>109</sup>

### 2.3.3. Le critère actuel d’acte juridictionnel abusif: une norme malheureuse

La violation du principe d’un traitement ‘honnête et impartial de l’affaire’ comme norme pour établir la responsabilité convient mal, selon moi, et est pour le moins une norme malheureusement choisie – vu qu’elle ne tient pas compte de la nature de l’acte juridictionnel et de la réalité judiciaire. Un ‘acte juridictionnel abusif’ a trait aux décisions judiciaires qui sont contraires au droit ou, autrement dit, juridiquement incorrectes. Les décisions judiciaires peuvent être juridiquement incorrectes sans qu’il soit question d’une violation du principe du procès équitable, le *fair trial* précité, et inversement aussi. La violation du principe de *fair trial* doit avoir eu des conséquences pour la rectitude juridique de la sentence judiciaire si des dommages doivent en résulter pour les parties. Lorsqu’un juge se montre partial mais rend une sentence qui serait rendue par tout autre juge, mais impartial, il n’y aura aucune conséquence matérielle contraire pour les parties au procès. La partialité du juge pourrait alors être poursuivie par voie disciplinaire.

La question se pose cependant de savoir quand une sentence judiciaire peut être considérée comme juridiquement correcte. Le critère pour la rectitude juridique doit, à mon sens, être recherché par le juge lui-même. En effet, c’est alors le juge lui-même qui, en vertu de sa tâche de création juridique (initialement faite à sa mesure et ensuite reconnue jusqu’à une certaine mesure par le législateur (pouvoir constituant)) – détermine ce qui est (non)abusif par application du droit qui est en vigueur à un

<sup>107</sup> Affaire C-224/01, *Köbler*, § 46. Cfr. notamment affaire 33/76, *Rewe*, *Jur.* 1976, 1989, § 5 et affaire 45/76, *Comet*, *Jur.* 1976, 2043, § 13. Voir aussi notamment les affaires C-6 et 9/90, *Francovich et Bonifaci*, § 42 et affaires jointes C-46 et 48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, § 67.

<sup>108</sup> Cfr. Notamment Widdershoven & Ortlep 2004 p. 36. Voir aussi *Aanhangsel Handelingen I* 2003-2004, nr. 14 (notamment la réponse du Ministre de la Justice à la troisième question du parlementaire à la Première Chambre Jurgens).

<sup>109</sup> *Aanhangsel Handelingen I* 2003-2004, nr. 14.

moment donné en un lieu déterminé. Le juge doit toujours ‘retrouver’ le droit ou le ‘créer’ notamment par une interprétation de la loi et à l’aide de la jurisprudence et de la doctrine. Lorsqu’une doctrine juridique donnée n’est pas encore ou pas complètement cristallisée, il en résulte que le juge dispose dans une mesure plus ou moins importante d’un ‘espace de choix’ lors de l’exercice de sa tâche. Il va sans dire que cet espace de choix n’existe pas si, au sein de l’avocasserie, il n’existe pas (plus) la moindre discussion concernant la solution d’un problème juridique donné.

Le critère de ‘l’autre juge’ offre, selon moi, un résultat lors de l’établissement de la (non)rectitude d’une décision judiciaire. Autrement dit, un autre juge moyen, placé dans les mêmes circonstances, aurait-il décidé de la même manière? Lorsque le juge en question s’écarte de la doctrine dominante (si elle existe), il s’agit alors d’une forte indication qu’il est question d’une décision judiciaire incorrecte et qu’il faut, selon moi, permettre dans tous les cas la possibilité d’une responsabilité de l’Etat. Lorsqu’il est réellement question d’une décision judiciaire incorrecte, une responsabilité personnelle du juge ne serait pas non plus inconvenante dans la mesure où il s’agit ordinairement dans un tel cas d’un juge incapable ou inattentif.<sup>110</sup>

### 3. La responsabilité pénale

Selon le droit néerlandais, les juges peuvent être, en principe, poursuivis en droit pénal ordinaire pour des faits délictueux commis tant dans le cadre de l’exercice de la fonction qu’en dehors de celui-ci; alors, il n’existe pas un privilège de juridiction ou une sorte d’immunité dont bénéficie le juge.

En comparaison avec le *Code pénal (Cp)* français de 1811 qui a été en vigueur aux Pays-Bas pendant soixante-quinze ans environ suite au rattachement à la France en 1810, notre Code pénal (*Wetboek van Strafrecht – Sr*) actuel de 1886 contient un catalogue très limité de malversations. Le Mémoire informatif du Projet gouvernemental d’origine (*Oorspronkelijk Regeerings-Ontwerp – O.R.O.*) au Titre XXX, intitulé *Ambtsmisdrijven* (malversations) (à présent le Titre XXVIII du Code pénal), a déclaré que la portée de ce titre par rapport au *Code pénal* français de 1811 et des projets antérieurs pour un Code pénal néerlandais devait être élargie vu que ‘la répression de négligences et d’agissements incorrects commis par des fonctionnaires dans l’exercice de leur fonction n’appartient que partiellement au champ d’application de la législation pénale’. De l’avis du gouvernement d’alors, une grande part des malversations antérieures devait être notamment cédée à la ‘discipline’.<sup>111</sup>

Il en résulte maintenant qu’une seule malversation est explicitement dirigée sur le juge, à savoir celle mentionnée dans l’article 364 Sr. Cet article stipule que ce que l’on appelle la ‘corruption passive’ commise par des juges est punissable; en d’autres mots, il déclare punissable le juge qui accepte un cadeau, une promesse ou un service de parties ou de tiers, ‘sachant ou étant censé savoir que cela lui est fait, offert ou prêté afin [en premier lieu – VVB] d’exercer de son influence sur la décision d’une affaire qui lui a été confiée’ (alinéa 1) ou, en deuxième lieu, ‘d’obtenir une condamnation dans une affaire pénale’ (alinéa 3).<sup>112</sup> En outre, le juge qui demande des cadeaux, des promesses et des services en vue d’exercer de son influence sur une affaire qui est soumise à son jugement ou pour qu’il condamne le prévenu dans une affaire pénale est également punissable (article 364 alinéas 2 ou 4 Sr).

<sup>110</sup> Voir aussi Van Bogaert 2005, p. 425-439.

<sup>111</sup> Smidt 1882, p. 45.

<sup>112</sup> Voir à ce sujet Sikkema 2000, p. 891-911 et Sikkema 2005, paragraphe 5.4.

L'article 364 Sr (anc. 178 Sr) est – comme nous le lisons chez Sikkema – né du souhait de protéger la confiance publique dans l'intégrité et l'impartialité de la juridiction.<sup>113</sup> Cette confiance peut être également ternie d'autres manières si, par exemple, une affaire est soumise au jugement d'un juge dans laquelle un parent du juge a également un intérêt. Néanmoins de telles formes de partialité (apparente) ne donnent plus lieu aujourd'hui à un fait délictueux.

Sous le *Code pénal* français jadis en vigueur, il en allait autrement. En vertu de l'article 183 *Cp*, toute forme pratiquement de partialité (notamment) judiciaire était déclarée punissable; il y est notamment déterminé que les juges 'qui se sont prononcés pour ou contre quelqu'un [c'est-à-dire une partie – VVB] par faveur ou inimitié' commettent une malversation et sont sanctionnés d'une 'privation de leurs droits civiques'.<sup>114</sup> Dans le Projet gouvernemental d'origine se trouvait, en outre, une disposition comparable à l'article 183 *Cp*, qui n'a pas été reprise par le Code pénale final et définitif. La disposition ici visée était l'article 410 O.R.O. qui stipulait ce qui suit:

'Le membre du pouvoir judiciaire qui, sachant qu'il existe contre lui quelque motif de récusation, néglige d'en faire part à l'autorité désignée par la loi est puni d'un emprisonnement de six mois au plus ou d'une amende de trois cents florins au maximum'.

L'article 410 O.R.O. a déclaré donc, du moins indirectement, punissable non seulement la partialité judiciaire mais aussi l'apparence de partialité pourvu que le juge fût au courant de ce fait et n'en ait fait part à l'autorité désignée. Selon le jugement de la Chambre des députés, cette disposition devait toutefois être supprimée vu qu'il était question de sanctionner ici quelque chose 'que toutes les autres législations laissent à la discrétion et à la conscience professionnelle du juge'. En outre, selon l'opinion de la Chambre des députés, le risque de partialité existait aussi dans les cas qui ne donnent pas lieu à une récusation et la nécessité d'une disposition telle que l'article 410 'ne s'est jamais fait sentir'. En outre, les parties qui ont le droit de récusation peuvent avoir une telle confiance dans le juge qu'elles veulent renoncer à leur droit de récusation. Cette possibilité deviendrait cependant illusoire avec l'existence d'une disposition pénale telle que l'article 410.

Considérant l'article 13 Wet AB, à savoir qu'un juge peut être poursuivi pour déni de justice, il est, en outre, étrange que notre Code pénal ne comporte pas (plus) de disposition pénale spéciale qui déclare délictueux le déni de justice. Jusqu'en 1886, l'interdiction du déni de justice de l'article 13 Wet AB – héritière et copie conforme de l'article 4 *Code Napoléon* – trouvait son pendant pénal dans l'article 185 *Cp* où il était stipulé que:

'tout juge ou tribunal (...), qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, ou de l'obscurité de la loi, aura dénié de rendre la justice, qu'il doit aux parties, après en avoir été requis, et qui aura persévéré dans son déni, après avertissement ou injonction de ses supérieurs, pourra être poursuivi, et sera puni d'une amende de deux cents francs au moins et de cinq cents

<sup>113</sup> Sikkema 2005, p. 388-389.

<sup>114</sup> Article 183 *Cp*: 'Tout juge ou administrateur qui se sera décidé par faveur pour une partie ou par inimitié contre elle, sera coupable de forfaiture et puni de dégradation civique'.

francs au plus, et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt'.

Du fait que l'article 185 *Cp*, contrairement à l'article 13 *Wet AB*, parle de déni de justice *sous quelque prétexte que ce soit* a amené Van Eyk à en déduire que les cas cités dans l'article 13 *Wet AB* n'étaient pas visés de manière limitative et ne servaient donc que d'exemples.<sup>115</sup> Le *Hoge Raad* s'est également rangé à cet avis, comme il ressortait par exemple de l'arrêt du 30 juin 1869 (*W* 3274). Dans l'affaire précitée, le prévenu G.J.M. avait refusé en tant que membre du tribunal d'arrondissement à B. de siéger dans une juridiction en cours pour d'autres membres du tribunal et où il siégeait jusqu'alors. Le président de dudit tribunal avait souhaité que G.J.M. y siège parce que l'un des juges qui siégeait dans l'affaire avait dû s'absenter et était resté absent sans motif légal. La question qui s'est posée alors consistait à savoir s'il était question de déni de justice au sens de l'article 185 *Cp* vu que ce refus ne constituait pas un fondement pour des dommages et intérêts en vertu de l'article 844 *Rv* (*ancien*). Selon le *Hoge Raad*, ce dernier élément ne constituait pas un obstacle à la condamnation du juge en question étant donné que, dans l'article 185 *Cp*, on parlait de *toutes* les formes de déni de justice, dont le prétexte aussi.

Malgré le fait que le Projet gouvernemental d'origine comportait encore une disposition ayant trait au déni de justice, du moins le refus ou la négligence intentionnelle d'un fonctionnaire à respecter une obligation qui lui est imposée par ou en vertu de la loi (cfr. article 392 *O.R.O.*), cette disposition n'a pas été reprise non plus dans le code définitif en raison du motif déjà mentionné précédemment que de telles dispositions relevaient du droit disciplinaire.<sup>116</sup>

Bien que, comme on l'a dit, une seule disposition pénale explicite subsiste en matière de faits délictueux commis par des juges dans l'exercice de leur fonction, cela ne doit pas signifier pour autant que les juges ne peuvent être poursuivis que pour corruption passive (article 364 *Sr*). La question de savoir si les juges peuvent être poursuivis pénalement pour abus de pouvoir (article 365 *Sr*), par exemple, dépend de la question de savoir si le terme de 'fonctionnaire' (au sens du Code pénal) s'étend aux fonctionnaires judiciaires chargés d'actes juridictionnels.

Le Code pénal ne nous donne pas de réponse claire à ce sujet: il ne comporte notamment pas de définition du terme de fonctionnaire vu que ceci, comme nous le lisons dans le Mémoire informatif, 'n'est pas à sa place dans le code pénal', car, comme le disait le Ministre de la Justice Modderman au cours des délibérations à la Chambre des députés le 29 octobre 1880, 'un Code ne peut être une doctrine'. Le Titre IX du premier tome du Code pénal, intitulé *Beteekenis van sommige in het wetboek voorkomende uitdrukkingen* (signification de certaines expressions apparaissant dans le Code) et où l'on trouve une description des termes 'fonctionnaire' et 'juge' (article 84 *Sr*), ne vise seulement, selon Modderman, qu'à 'indiquer la signification technique de ces expressions qui ont, dans ce projet, soit une signification plus large soit une signification plus étroite qu'ailleurs ou qui sont ambiguës ailleurs'.<sup>117</sup> L'article. 84 *Sr*, où le concept de 'fonctionnaire' est décrit ne donne dès lors pas de définition mais étend ce concept (comme il est utilisé dans la langue de tous les jours et/ou dans d'autres lois).

<sup>115</sup> Van Eyk 1875, p. 103. Cfr. Chauveau & Hélie 1858, p. 564, nr. 1915.

<sup>116</sup> Smidt 1882, p. 55.

<sup>117</sup> Smidt 1882, p. 45 et p. 492-493.

L'article 84 alinéa 2 Sr dit en premier lieu que 'par fonctionnaires et par juges' il faut entendre arbitres et en second lieu que 'par juges', il faut également comprendre 'ceux qui exercent un pouvoir de droit administratif'. La formulation 'par fonctionnaires et par juges' laisserait entendre que nous avons affaire à deux dimensions différentes. La mention séparée des juges dans l'article 364 Sr pourrait confirmer aussi cette impression; la pénalisation de la corruption passive par des 'fonctionnaires' est aussi, en outre, reprise dans deux dispositions séparées (articles 362 et 363 Sr).<sup>118</sup> Cependant, il existe plusieurs points de repère tant dans (l'historique de) la loi que dans la jurisprudence, qui indiquent une direction opposée.<sup>119</sup>

En premier lieu, à en croire la jurisprudence du *Hoge Raad*, par 'fonctionnaire' au sens du Code pénal, il faut généralement entendre celui qui 'est désigné par le pouvoir public compétent à une fonction publique pour exécuter la tâche de l'Etat ou de ses organes'. Il faut donc aussi comprendre en cela les juges puisqu'ils sont désignés par l'autorité publique et exercent une partie de la tâche de l'Etat.<sup>120</sup>

En second lieu, il peut être fait référence à l'article 392 O.R.O. déjà cité, où a été déclaré punissable le 'fonctionnaire' qui refuse ou néglige intentionnellement de respecter une obligation qui lui est imposée par ou en vertu de la loi. Cet article s'adresse à tous les fonctionnaires, dont notamment le juge.<sup>121</sup> Bien que l'article 392 O.R.O. n'ait pas été repris dans le code final, on peut en déduire que, dans tous les cas, le concept de fonctionnaire tel qu'il est utilisé dans l'O.R.O. ne se limitait pas seulement, par exemple, aux fonctionnaires du pouvoir exécutif. Vu qu'il n'apparaît pas dans la genèse ultérieure de notre actuel Code pénal que la suppression de l'article 392 O.R.O. entraîne une modification de l'interprétation du concept de fonctionnaire, on peut en conclure que les juges aussi peuvent être poursuivis en vertu, par exemple, de l'article 365 Sr, relatif à l'abus de pouvoir.

Enfin, le *Hoge Raad* a déclaré encore que les juges sont des fonctionnaires au sens de l'article 267 sub 2° Sr (offense faite à un fonctionnaire pendant ou en relation avec l'exercice légal de son service) et de l'article 249 alinéa 2 sub 1° Sr (acte de débauche commis par un fonctionnaire avec une personne assujettie à son autorité). Bien que ces malversations ne soient pas rangées sous le titre XXVIII *Malversations*, il s'agit néanmoins, selon les deux arguments précédents, d'une forte indication que le concept de fonctionnaire du titre précité doit être compris de la même manière.<sup>122</sup>

Bref, on peut conclure que le concept de 'juge' – auquel n'appartiennent (selon toute vraisemblance) que les membres de la magistrature en fonction – fait partie du concept de 'fonctionnaire' au sens du Code pénal. Il s'ensuit que les juges peuvent en principe être poursuivis sur la base de toutes les malversations où le terme de 'fonctionnaire' est utilisé. Il n'existe cependant aucune certitude à ce sujet, comme on l'a dit; en effet, pour autant que j'ai pu l'examiner, aucun juge ne s'est fait encore condamner pour malversation.

<sup>118</sup> Demeersseman 1985, p. 484-485.

<sup>119</sup> Cfr. Sikkema 2005, chapitre 2 et Van Rest 1991, p. 68-69.

<sup>120</sup> Pompe 1959, p. 386-387. Voir HR 25 octobre 1915, *NJ* 1915, p. 1205, *W* 9861 et HR 16 novembre 1948, *NJ* 1949, 138.

<sup>121</sup> Smidt 1882, p. 54-55. Il ressort au vu du Mémoire informatif et du Rapport de la Chambre des députés avec réponse gouvernementale concernant l'article 392 O.R.O. que le terme de 'fonctionnaire' ne recouvrait pas seulement ce que l'on appelle les 'fonctionnaires administratifs' mais aussi les fonctionnaires du ministère public, les juges et les fonctionnaires investis d'un 'pouvoir administratif'.

<sup>122</sup> Voir respectivement HR 1er février 1983, *NJ* 1983, 336 et HR 19 décembre 1989, *NJ* 1990, 292. Cfr. Sikkema 2005, p. 48-51.

Les fonctionnaires – et donc aussi les juges – peuvent être condamnés pour avoir commis une malversation à une amende ou une peine d'emprisonnement. En outre, ils peuvent également être démis de leur fonction en vertu des articles 28 jo. 29 Sr. La démission de leur fonction n'est possible, en vertu de l'article 29 Sr, qu'en cas de condamnation pour malversation mais aussi pour tout autre méfait par lequel le coupable a violé une obligation spéciale ou lorsqu'il a fait usage du pouvoir, des possibilités et des moyens que lui offrait sa fonction. En outre, dans de tels cas, en vertu de l'article 44 Sr, la sanction établie sur le fait peut, à l'exception des amendes, être majorée d'un tiers. Enfin, le Deuxième tome du Code pénal, mentionne encore un certain nombre de méfaits spécifiques où la démission de la fonction est reprise explicitement au titre de sanction, comme dans l'article 118 Sr (offense intentionnelle du chef ou d'un membre du gouvernement d'un Etat ami).

Lorsqu'un juge commet un fait répréhensible en dehors de l'exercice de sa fonction, la démission de la fonction par le juge pénal n'est pas possible. Dans ce cas pourtant, il peut être licencié par le *Hoge Raad* dans le cadre d'une procédure disciplinaire mais uniquement s'il est condamné par sentence judiciaire devenue irrévocable pour un méfait ou qu'une mesure lui est imposée par une telle sentence qui a pour conséquence la privation de liberté (article 46m Wrra).

#### **4. La responsabilité disciplinaire**

Selon l'article 1 alinéa 2 sub a et sub b de la loi Wrra, la direction du tribunal est désignée comme l'autorité fonctionnelle par rapport aux fonctionnaires judiciaires qui sont actifs auprès de ce tribunal. Cette direction est constituée par le président, les présidents du secteur et un membre non judiciaire (article 15 RO). Le président et les présidents de secteur sont des fonctionnaires judiciaires d'une juridiction contentieuse; le membre non judiciaire est un fonctionnaire de la justice qui, suivant le quatrième alinéa de l'article 15 RO, porte le titre de responsable de la gestion. Suite aux dispositions de l'article 116 alinéa 4 GW, la direction n'est pas compétente à l'égard des fonctionnaires judiciaires d'une juridiction contentieuse (et nommés à vie) s'agissant des questions de contrôle de l'exercice de la fonction. En effet, pour des raisons d'indépendance de la justice, seuls des juges peuvent se juger mutuellement et un membre non judiciaire figure dans la direction du tribunal.<sup>123</sup> L'autorité fonctionnelle pour les membres chargés de compétence juridictionnelle du *Hoge Raad* équivaut d'ailleurs à un fonctionnaire judiciaire chargé de compétence juridictionnelle, à savoir le président du *Hoge Raad* (article 1 alinéa 2 sub c Wrra); le *Hoge Raad*, depuis la réorganisation sur grande échelle de la fin des années 90 du siècle dernier, n'est pas placé sous la direction d'une administration.

Le contrôle officiel visé à l'article 116 alinéa 4 est à présent régi par le législateur dans l'article 46a Wrra (entretiens d'évaluation) et dans les articles 46c-46e Wrra (mesures disciplinaires).

L'article 46a Wrra stipule que l'autorité fonctionnelle doit régulièrement accorder son attention à l'exécution des tâches par les fonctionnaires judiciaires, et cela au moyen d'entretiens d'évaluation. Ces entretiens ont lieu lorsque l'autorité de fonction le juge souhaitable ou à la demande du fonctionnaire judiciaire lui-même. Cet entretien doit faire l'objet d'un rapport écrit, établi par l'autorité fonctionnelle concernée, et le fonctionnaire évalué doit avoir l'occasion de donner son point de vue sur le rapport. Ce point de vue doit également figurer dans le rapport. En vertu de

<sup>123</sup> *Kamerstukken II 1999/00*, 27 181, nr. 3, p. 18, p. 38-39, p. 70 et 71.

l'alinéa 4 de l'article précité, l'autorité fonctionnelle relative aux fonctionnaires judiciaires chargés de compétence juridictionnelle nommés à vie est constituée par l'administration de la justice moins le membre non judiciaire.

En outre, des mesures disciplinaires peuvent être imposées aux fonctionnaires judiciaires précités, à savoir l'avertissement écrit et le licenciement (articles 46c-46e Wrra). Un avertissement écrit peut être imposé, notamment si la dignité de la fonction, les occupations ou les obligations de la fonction sont négligées et si des dispositions interdisant l'exercice d'une certaine profession sont enfreintes (article 46d alinéa 1 Wrra). Cette mesure est imposée aux fonctionnaires concernés par le président des tribunaux respectifs (article 46d alinéa 1 Wrra). La mesure disciplinaire de licenciement ne peut être imposée que par le seul *Hoge Raad* (article 46d alinéa 2 Wrra), notamment si le fonctionnaire judiciaire en question cause par ses agissements ou sa négligence un préjudice grave à la bonne marche des affaires de la juridiction contentieuse qui lui a été confiée (article 46c alinéa 2 Wrra).

A côté du contrôle visé dans l'article 116 alinéa 4 GW, l'article 117 alinéa 3 GW stipule que les membres du pouvoir judiciaire chargés d'une juridiction contentieuse peuvent être suspendus et licenciés par un tribunal appartenant au pouvoir judiciaire. Sur la base de l'article 46o alinéa 1 Wrra, cette mesure est prise par le *Hoge Raad* sur la demande du procureur général au *Hoge Raad*. Le procureur général peut introduire cette demande d'office ou à la demande de l'autorité fonctionnelle, à savoir les présidents des tribunaux respectifs (article 46o alinéa 2 Wrra). La suspension s'applique si le fonctionnaire judiciaire en question se trouve en détention provisoire et s'il a été condamné pour un délit par une décision de justice qui n'est pas encore irrévocable ou si, lors d'une telle décision, une mesure est prise qui a pour conséquence une privation de liberté (article 46f Wrra). Le licenciement peut avoir lieu dans certaines conditions en raison par exemple d'une incapacité de longue durée pour maladie (article 46i Wrra), de l'acceptation d'une fonction ou d'un emploi qui est incompatible avec la fonction de juge (article 46l Wrra) et en cas de condamnation irrévocable en raison d'un délit (article 46m Wrra).

Pour conclure, un juge peut aussi être licencié à sa propre demande. Il est également licencié dès qu'il a atteint l'âge de soixante-dix ans. Dans ces deux cas, toutefois, la démission n'intervient pas du fait du *Hoge Raad*, mais du gouvernement par arrêté royal (article 117 alinéa 2 GW jo. article 46h Wrra).

## **Bibliographie**

### **Asser & Hartkamp 2002**

Asser, C. & Hartkamp, A.S., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht: Deel III. De verbintenis uit de wet*, 11<sup>ème</sup> édition, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2002.

### **Asser & Vranken 1995**

Asser, C. & Vranken, J.B.M., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel (2)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995.

**Barkhuysen & Griffioen 2004**

Barkhuysen, T. & Griffioen, H.M., 'Formele rechtskracht en kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie', *Nederlands Juristenblad*, 2004, p. 2132-2140.

**Van den Berg 2003**

Van den Berg, R., *Vormen van begrip van wet en wetgeving. Wetsbegrippen in de Staatsrechtsgeleerdheid in Duitsland en Nederland in de negentiende en twintigste eeuw*, diss. UvT, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003.

**Blomkwist 1972**

Blomkwist, J.W.H., 'Over onrechtmatige rechtspraak', *Ars Aequi*, 1972, p. 281-288.

**Böckenförde 1991**

Böckenförde, E.-W., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp Taschenbuch. Wissenschaft, 914, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

**Van Bogaert 2005**

Van Bogaert, V.V.R., *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu-uitgevers, 2005.

**Van Boneval Faure 1889**

Van Boneval Faure, R., *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht*, 3<sup>e</sup> Partie, 2<sup>e</sup> édition révisée, Leiden: Brill, 1889.

**Brouwer 1992**

Brouwer, J.G., *Verdragsrecht in Nederland. Een studie naar de verhouding tussen internationaal en nationaal recht in een historisch perspectief*, diss. RuG, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992.

**Chauveau & Hélie 1858**

Chauveau, A. & Hélie, F.-A., *Théorie du Code pénal*, Tome Premier, Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1858.

**Commission Leemhuis 1998**

Commission Leemhuis, *Rechtspraak bij de tijd (januari 1998)*, La Haye: édition Casparie, 1998.

**Commission Tuchtrect 1981**

Commission Tuchtrect de la NVvR, 'Rapport Tuchtrect', *TREMA*, 1981, p. 204-217.

**Demeersseman 1985**

Demeersseman, H.A., *De autonomie van het materiële strafrecht*, diss. VU Amsterdam, Arnhem: Gouda Quint, 1985.

**Van Dijk & Van Hoof 1998**

Van Dijk, P & Van Hoof, G.J.H. (a.m.d. A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, B.P. Vermeulen e.a.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3<sup>ème</sup> édition, La Haye/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1998.

**Van Dijk & Smit 1990**

Van Dijk, Chr.H. & Smit, R.J.M., 'Aansprakelijkheid voor door de rechter gemaakte fouten', in: De Doelder, H. e.a. (red.), *Met recht naar 2000*, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1990, p. 91-99.

**Donker 1926**

Donker, L.A., 'De consequenties van het arrest van den H.R. van 20 November 1924', *WPNR* (2953), 1926, p. 389-393.

**Duynstee 1974**

Duynstee, F.J.F.M., 'Rechterlijke onafhankelijkheid', in: Aerts, W. (red.), *Rechtspleging. Opstellen rond het thema rechterlijke organisatie, bijeengebracht ter gelegenheid van het vijfjarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Deventer: Kluwer, 1974, p. 35-56.

**Van den Eijnden 2003**

Van den Eijnden, P.M., 'De onafhankelijke rechter bewaakt', in: Bovend'Eert, P.P.T. & De Groot-van Leeuwen, L.E. (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Serie Rechtspleging KUN, Deventer: Kluwer, 2003, p.35-57.

**Van Eyk 1875**

Van Eyk, J.C., *Bijdrage tot de leer der rechtsweigerings*, diss. Hoogeschool te Utrecht, Utrecht: Bosch, 1875.

**Franken 1997**

H. Franken, *Onafhankelijk en verantwoordelijk*, Deventer: Gouda Quint, 1997.

**Hoekzema 2000**

Hoekzema, J.W., *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad. Een rechtsvergelijkende studie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2000.

**Hufteau 1965**

Hufteau, Y.-L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Travaux et recherches de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris, Série droit privé, 2, Paris: Presses Universitaires de France 1965.

**Jans & De Graaf 2004**

Jans J.H., & De Graaf, K.J., 'Bevoegdheid = verplichting? Enkele opmerkingen over de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Kühne & Heitz', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2004, p. 98-102.

**Kapteyn et al. 2003**

Kapteyn, P.J.G., Geelhoed, L.A., Mortelmans, K.J.M. & Timmermans, C.W.A. (hoofdred.), *Kapteyn – VerLoren van Themaat. Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, 6<sup>ème</sup> édition, Deventer: Kluwer, 2003.

**Van Kempen 2003**

Van Kempen, P.H.P.H.M.C., *Heropening van procedures na veroordelingen door het CEDH. Over redres van schendingen van het CEDH in afgesloten strafaffaires alsook afgesloten civiele en bestuursaffaires*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2003.

**Kortmann 2005**

Kortmann, C.A.J.M., 'De rechtsvormende taak van de hoge raad', *TREMA*, 2005, p. 250-252.

**Kortmann 1985**

Kortmann, S.C.J.J., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg*, inaug. rede KUN, Deventer: Kluwer, 1985.

**Kottenhagen 1986**

Kottenhagen, R.J.P., *Van precedent tot precedent. Over de plaats en functie van het rechtersrecht in een gecodificeerd stelsel*, diss. EUR, Arnhem: Gouda Quint, 1986.

**Krans 2004**

Krans, H.B., 'Het arrest Köbler: aansprakelijkheid voor schending van EG-recht in rechterlijke uitspraken', *Nederlands Juristenblad*, 2004, p. 571-576.

**Krans 2004a**

Krans, H.B., 'De kantonrechter als hoogste rechter', *WPNR* (6595), 2004, p. 827-833.

**Kuijer 2004**

Kuijer, M., *The blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 CEDH*, MI-71, diss. UL, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2004.

**Van Maanen 1996**

Van Maanen, G.E., *De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19e en 20e eeuw*, *Ars Aequi Cahiers Rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis*, partie 5, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

**Van Maanen & De Lange 2005**

Van Maanen, G.E. & De Lange, R., *Onrechtmatige overheidsdaad. Rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, *Monografieën Privaatrecht* 3, 4<sup>ème</sup> édition, Deventer: Kluwer, 2005.

**Van Male 1995**

Van Male, R.M., *Gevolgen van onrechtmatige regelgeving in Nederland*, Preadvies, Vereniging voor de Rechtsvergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995.

**Van Oevelen 1987**

Van Oevelen, A., *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht*, *Aansprakelijkheidsrecht deel 4*, Antwerpen/Apeldoorn: MAKLU et Bruxelles: Ced/Samsom, 1987.

**Oudeman 1847**

Oudeman, A., *Het Nederlandsch wetboek van burgerlijke regtsvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en door formulieren in praktijk gebracht*, 2<sup>e</sup> édition corrigée, Partie III, Groningen: J.B. Wolters 1847.

**Ovey & White 2002**

Ovey, C. & White, R., *Jacobs and White, the European convention on human rights*, 3<sup>ème</sup> édition, Oxford-New York: Oxford University Press, 2002.

**Pinckaers 1997**

Pinckaers, J.E.H.M., *Artikel 101a RO*, Deventer: Gouda Quint, 1997.

**Polak 2004**

Polak, J.E.M., 'Kroniek van het algemeen deel van het bestuursrecht', *Nederlands Juristenblad*, 2004, p. 488-496.

**Pompe 1959**

Pompe, W.P.J., *Handboek van het Nederlandse Strafrecht*, 5<sup>ème</sup> édition révisée, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959.

**Van der Pot & Donner 2001**

Van der Pot, C.W. & Donner, A.M., *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, adapté par: L. Prakke, J.L. de Reede, G.J.M. van Wissen, 14<sup>ème</sup> édition, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001.

**Van Rest 1991**

Van Rest, P.H.S., *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond. Beschouwingen over article 43 Sr*, Arnhem: Gouda Quint, 1991.

**Schmitt 1985**

Schmitt, C., *Der Hüter der Verfassung*, 3. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

**Schmitt 1993**

Schmitt, C., *Verfassungslehre*, 8. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 1993

**Scholten 1974**

Scholten, P., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel*, 3<sup>ème</sup> édition, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1974.

**Sieburgh 2000**

Sieburgh, C.H., *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Serie recht en praktijk, nr. 112, Deventer: Kluwer, 2000.

**Sikkema 2000**

Sikkema, E., 'Over ambtelijke omkoping. Het wetsvoorstel herziening corruptiewetgeving', *Delikt & Delinkwent*, 2000, p. 891-911.

**Sikkema 2005**

Sikkema, E., *Ambtelijke corruptie in het strafrecht. Een studie over omkoping en andere ambtsdelicten*, CRBS-Dissertatiereeks, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2005.

**Smidt 1882**

Smidt, H.J., *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Partie III, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink, 1882.

**Smits 1996**

Smits, P., *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure. Over de betekenis van art. 6 EVRM voor het Nederlands burgerlijk procesrecht*, diss. EUR, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

**Tak 1997**

Tak, A.Q.C., *De overheid in het burgerlijk recht*, 's-Gravenhage: VUGA Edition, 1997.

**Telders 1935**

Telders, B.M., 'De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke lichamen en hunne organen volgens het burgerlijk recht', in: Versteeg, J. e.a. (red.), *Rechtskundige opstellen: op 2 november 1935 door oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. E.M. Meijers*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1935, p. 613-627.

**Teuben 2004**

Teuben, K., *Rechttersregelingen in het burgerlijk (proces)recht*, diss. UL, Deventer: Kluwer, 2004.

**Veegens, Korthals & Groen 1989**

Veegens, D.J., Korthals Altes, E. & Groen, H.A., *Cassatie in burgerlijke affaires*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989.

**Wagner 2001**

Wagner, K., 'De onafhankelijkheid van de rechter naar Europees recht', in: Van Orshoven, P., Verhey, L.F.M. & Wagner, K. (red.), *De onafhankelijkheid van de rechter*, avis préliminaires de l'Association de l'étude comparative du droit en Belgique et aux Pays-Bas, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, p. 1-18.

**Wattèl 2003**

Wattèl, P.J., 'Staatsaansprakelijkheid voor EG-rechtelijk onrechtmatige hoogste rechtspraak', *WPNR* (6553), 2003, p. 840-845.

**Widdershoven & Ortlep 2004**

Widdershoven, R.J.G.M. & Ortlep, R., 'Schendingen van EG-recht door rechters', *Overheid en Aansprakelijkheid*, 2004, p. 34-48.

**Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2002**

Van Wijk, H.D., Konijnenbelt, W. & Van Male, R.M., *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 12<sup>ème</sup> édition révisée, La Haye: Elsevier juridisch, 2002.

**Wissink & Meijer 2004**

Wissink, M.H. & Meijer, R., 'Köbler: staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogste rechterlijke instanties', *Vermogensrechtelijke Annotaties*, 2004 (1), p. 91-112.

**Wolfsbergen 1943**

Wolfsbergen, A., 'Rechttersaansprakelijkheid', *Nederlands Juristenblad*, 1943, p. 243-244.

**Wolfsbergen 1946**

Wolfsbergen, A., *Onrechtmatige daad*, Leiden: Universitaire pers Leiden, 1946.

**Van Zeben 1972**

Van Zeben, C.J., 'Onrechtmatige daad van de rechter', in: Beekhuis, C.H. e.a. (red.), *Van Opstall-bundel*, Deventer: Kluwer, 1972, p. 207-216.

Cite as: V.V.R. van Bogaert, *Le Rapport Néerlandais sur la Responsabilité Civile, Pénale et Disciplinaire des Magistrats – Le Juge Néerlandais: Indépendant et Irresponsable*, vol. 11.1 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (May 2007), <<http://www.ejcl.org/111/article111-3.pdf>>.