

**DROIT JUDICIAIRE. — Discipline. — Magistrat. — Suspension dans l'intérêt du service. — Prorogation de la mesure. — Articles 406 et 423 du Code judiciaire. — Obligation de convocation et d'audition préalable.**

Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 22 octobre 2009

Siég. : R. Boes (prés.), E. Stassijns, B. Deconinck, A. Smeynys, et G. Jocqué.

Min. publ. : G. Dubrulle (av. gén.).

Plaid. : M<sup>e</sup> A. De Becker.

(X).

*Prises dans l'intérêt du service, la décision de suspension d'un magistrat et celle de prorogation de cette mesure présentent un caractère exceptionnel, de sorte que l'autorité compétente doit évaluer la situation de mois en mois. La personne concernée doit être entendue chaque fois qu'une prorogation de la suspension est envisagée et, à cet effet, la convocation doit mentionner les éléments donnant lieu à cette mesure.*

(Traduction libre)

**I. La procédure devant la Cour.**

L'appel est dirigé contre l'ordonnance rendue le 24 septembre 2009 par le premier président faisant fonction de la cour d'appel de Bruxelles.

À la requête de la demanderesse, la procédure a lieu à huis clos. (...)

**II. La décision de la Cour.**

1. La demanderesse invoque la nullité de l'ordonnance entreprise aux motifs que :

— elle n'a pas été entendue préalablement à la prorogation de la mesure;

— cette audition s'imposait d'autant plus qu'il n'a pas été seulement décidé de proroger simplement la mesure, mais également de retenir 20% du salaire brut, ce qui constitue une nouvelle mesure;

— la prorogation de la mesure a été prise par le premier président faisant fonction J. van der Eecken, tandis que la mesure originaire émanait du premier président de remplacement Ch.-Ph. Vermeylen, de sorte que le premier cité ne l'a jamais entendue;

— il n'a pas été satisfait à l'exigence de motivation.

2. En vertu de l'article 406, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire, lorsqu'elle est poursuivie pour un crime ou un délit ou lorsqu'elle est poursuivie disciplinairement, la personne concernée peut, lorsque l'intérêt du service le requiert, être suspendue de ses fonctions par mesure

d'ordre pendant la durée des poursuites et jusqu'à la décision finale.

En vertu de l'article 406, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, la mesure d'ordre est prononcée, par l'autorité disciplinaire compétente pour infliger une peine mineure, pour un mois et peut être prorogée de mois en mois jusqu'à la décision définitive. Elle peut entraîner une retenue de 20% du traitement brut.

En vertu de l'article 406, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, aucune mesure d'ordre ne peut être prise sans audition préalable de la personne concernée, conformément à la procédure prévue à l'article 423.

L'article 406, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, prévoit que, toutefois, en cas d'extrême urgence ou de flagrante mesure d'ordre provisoire peut être prise sans audition préalable de la personne concernée. La personne concernée sera entendue immédiatement après l'application de la mesure d'ordre provisoire. Sauf confirmation dans les dix jours par l'autorité qui l'a prise, la mesure d'ordre provisoire cesse de produire ses effets.

3. En application de l'article 423, alinéa 2, du Code judiciaire, la personne concernée est appelée par lettre recommandée contenant notamment l'objet de la convocation et un exposé des faits reprochés.

4. Les dispositions précitées soulignent que ces mesures, prises dans l'intérêt du service, présentent un caractère exceptionnel et que le législateur a voulu obliger l'autorité compétente à évaluer la situation de mois en mois. Pour chaque mesure, les droits de la défense sont garantis par l'obligation d'une audition préalable, après convocation conformément à l'article 423, outre la possibilité d'appel prévue par l'article 415, § 13.

5. Il s'ensuit que la personne concernée doit être entendue chaque fois qu'une prorogation de la suspension est envisagée et qu'à cet effet, la convocation doit mentionner les éléments donnant lieu à cette mesure.

6. En l'espèce, il n'apparaît pas que la demanderesse en appel a été convoquée et entendue par l'autorité compétente en vue de la prorogation de la suspension, conformément aux articles 406 et 423 du Code judiciaire.

7. La mesure n'a dès lors pas été prise régulièrement et doit être annulée.

8. À défaut de convocation contenant les informations mentionnées ci-dessus au point 5, conformément à l'article 423, la Cour est dans l'impossibilité de statuer sur la prorogation de la suspension.

**Par ces motifs :**

La Cour,

Statuant en degré d'appel;

Déclare l'appel recevable et fondé;

Annule l'ordonnance entreprise du 24 septembre 2009 (...).

**RÉFÉRÉ. — Conditions. — Urgence (art. 584, C. jud.). — Persistance en degré d'appel. — Exécution de l'ordonnance dont appel assortie d'astreintes. — Disparition de l'urgence. — Conséquences. — Rejet de l'appel et caducité de la mesure ordonnée par le premier juge.**

Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 17 avril 2009

Siég. : E. WaÛters (prés. sect. et rapp.), E. Dirix, E. Stassijns, B. Deconinck et A. Smeynys.

Min. publ. : G. Dubrulle (av. gén.).

Plaid. : MM<sup>es</sup> H. Geinger et J. Verbist.

(Hyundai Merchant Marine Co Ltd c. Wirtz Shipping & Co et Manuport Logistics s.a.).

*S'il constate que la cause n'est plus urgente, le juge d'appel, saisi de l'appel d'un défendeur en référé à qui une mesure provisoire a été imposée, ne doit plus se prononcer sur la base des droits apparents des parties ni sur la légalité de la mesure demandée, même pas pour le passé, et peut se borner à constater le défaut d'urgence de la cause.*

*Ce défaut d'urgence peut résulter du fait que la mesure urgente et provisoire ordonnée par le premier juge a été entre-temps exécutée.*

(Traduction libre)

(Extraits)

**La décision de la Cour.**

1. L'article 584, alinéa 2, du Code judiciaire prévoit que le président du tribunal du travail et le président du tribunal du commerce peuvent statuer au provisoire dans les cas dont ils reconnaissent l'urgence, dans les matières qui sont respectivement de la compétence de ces tribunaux. Ces présidents qui siègent en référé doivent pour prendre une mesure provisoire au sens de cet article vérifier si la demande présente encore un caractère urgent au moment du prononcé.

2. L'article 1068, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire dispose que l'appel contre un jugement définitif ou contre un jugement avant dire droit saisi du fond du litige le juge d'appel.

Il résulte de l'effet dévolutif de l'appel prévu par cette disposition que le juge qui connaît de l'appel d'un jugement rendu en matière de mesures provisoires en référé ne doit pas examiner la légalité de cette décision, mais est tenu de statuer sur la cause elle-même. Il ne se prononce dès lors pas comme juge de cassation de la décision dont appel et l'objet de l'appel n'est pas la légalité de cette décision, mais la cause elle-même.



## OBSERVATIONS

## « Il y a urgence ! »

Il s'ensuit, en outre, que s'il constate que la cause n'est plus urgente, le juge d'appel, saisi de l'appel par un défendeur en référé à qui une mesure provisoire a été imposée, ne doit plus se prononcer sur la base des droits apparents des parties et sur la légalité de la mesure demandée, même pas pour le passé, et peut se borner à constater le défaut d'urgence de la cause. Le caractère urgent de la cause doit, en effet, être apprécié au moment de la prononciation de la décision.

3. Le défaut d'urgence peut résulter du fait que la mesure urgente et provisoire demandée et ordonnée par le premier juge a été entre-temps exécutée.

4. L'astreinte prévue par l'article 1385bis du Code judiciaire est une incitation à assurer l'exécution de la mesure ordonnée et non une indemnité. L'arrêt constate que l'exécution de la mesure demandée est intervenue avant que les astreintes soient dues alors qu'en cas de défaut d'urgence constaté par le juge d'appel, la mesure ordonnée par le premier juge devient caduque à partir de sa prononciation.

Dès lors, le moyen est dénué d'intérêt en tant qu'il fait grief aux juges d'appel, qui ne pouvaient statuer qu'au provisoire et par provision, de ne pas s'être prononcés sur les astreintes ordonnées par le premier juge.

5. Ce qui précède n'emporte aucune contrariété avec le fait que, conformément à l'article 1039 du Code judiciaire, la mesure ordonnée en référé est exécutoire par provision nonobstant opposition ou appel.

Cela n'est pas davantage contraire avec la circonstance que l'ordonnance prononcée par le premier juge en référé et imposant une mesure urgente et provisoire a continué à exister, a pu être exécutée et a eu autorité de chose jugée jusqu'à ce qu'elle soit devenue caduque ensuite de la décision rendue en appel en raison du défaut d'urgence de la cause en appel.

6. Il résulte de ce qui précède que, dans le cas où il constate le défaut d'urgence de la mesure provisoire demandée, son absence de compétence pour ordonner une mesure provisoire en référé et la caducité, à compter de la prononciation de sa décision, de la mesure éventuellement ordonnée en première instance, le juge d'appel, ne statuant pas davantage sur les droits apparents des parties et la légalité de la mesure demandée, ne prive pas la partie condamnée du droit à une voie de recours et ne commet pas un déni de justice.

7. Supposant que les juges d'appel étaient néanmoins tenus d'examiner les droits apparents des parties et ne pouvaient se borner à la constatation du défaut d'urgence de la cause au moment de la prononciation de leur décision, le moyen manque en droit.

[Dispositif conforme aux motifs.]

1. Un couple se déchire sur le sort de ses enfants; des sans-papiers désespérés se perchent au sommet des grues; des piquets de grève s'annoncent; des bruits d'avions incommodes; le gouvernement vole au secours des banques, de l'épargne et de l'économie : palliant les lenteurs de la procédure ordinaire et fort du pouvoir qu'il tient de la Cour de cassation de s'avancer sur le fond des droits en litige, le juge des référés s'invite, aujourd'hui plus que jamais, au cœur des espaces les plus sensibles du vivre ensemble. Les crises soumises à son arbitrage sont majeures; les enjeux déferés à son emprise sont fondamentaux.

2. Si l'urgence permet de justifier de ponctuels aménagements techniques au droit judiciaire commun, l'importance des contentieux tranchés au provisoire invite par contre à une vigilance accrue du respect des garanties essentielles du procès équitable. Une procédure judiciaire qui joue et change des vies ne peut faire fi des droits fondamentaux des justiciables. Mettant fin aux atermoiements de sa jurisprudence, là où celle de notre Cour de cassation n'affectait déjà et heureusement plus aucune hésitation (J.-Fr. et S. VAN DROOGHENBROECK, « Référé et procès équitable », note sous Cass., 14 janvier 2005 (deux arrêts), *R.C.J.B.*, 2006, pp. 491 et s.), la Cour européenne des droits de l'homme, statuant en grande chambre, vient du reste de décider que les garanties du procès équitable déduites de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales trouvaient, dans toute la mesure du possible, à s'appliquer aux procédures mues au provisoire, du type « référé » (C.E.D.H., gde ch., *Micallef c. Malte*, du 15 octobre 2009, prochainement publié et commenté dans nos colonnes).

Aujourd'hui, tout porte donc le justiciable à s'attendre à un référé équitable.

3. L'arrêt annoté suscite de très vives inquiétudes car il déçoit cette attente.

4. Un juge des référés condamne sous astreinte une société commerciale à exécuter une prestation contractuelle. Contrainte par le caractère exécutoire imprimé à l'ordonnance par l'article 1039 du Code judiciaire, et soucieuse de ne pas encourir les astreintes, la société s'exécute tout en interjetant appel de sa condamnation. Les juges d'appel la déboutent au motif que l'urgence requise au jour du prononcé de leur arrêt a disparu du fait de l'exécution de l'ordonnance entreprise.

L'arrêt annoté s'approprie ce curieux raisonnement, estimant que « le défaut d'urgence peut résulter du fait que la mesure urgente et provisoire demandée et ordonnée par le premier juge a été entre-temps exécutée ».

Cette décision malmène quelques grands piliers du procès civil démocratique.

5. Il est certain que l'urgence de la situation litigieuse, requise par l'article 584 du Code judiciaire en tant que condition de fondement de la demande en référé, doit persister au second de-

gré de juridiction, en sorte que la cour d'appel doit en vérifier le maintien au jour du prononcé de sa propre décision (voy. par exemple Cass., 19 janvier 2006, *Pas.*, I, 188; *NjW*, 2007, p. 319, note N. PEETERS; Cass., 9 juin 2000, *Pas.*, I, 1051; Cass., 11 mai 1998, *Pas.*, I, 536; Cass., 4 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 260 *Adde*, les nombreuses décisions recensées et approuvées par H. BOULARBAH, « Variations autour de l'appel des ordonnances "sur référé" », in *Imperat lex - Liber amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 232, n° 5, J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire : principes et questions de procédure », in *Le référé judiciaire* (sous la dir. de J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH), Bruxelles, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2003, p. 21, n° 21; J. ENGLEBERT, « Inédits de droit judiciaire (X) - Référés (4) », *J.L.M.B.*, 2000, p. 360, G. CLOSSET-MARCHAL, « Les voies de recours », in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien* (sous la dir. de J. VAN COMPERNOLLE et G. TARZIA), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 319, n° 6; P. MARCHAL, « Les référés », *Rép. not.*, t. XV, l. XXIV, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 52, n° 20; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Liège, P.U. Liège, 1987, p. 337, n° 450; G. DE LEVAL, « Le référé », in *Quatrième formation permanente des huissiers de justice*, Diegem, Kluwer-Story-Scientia, 1999, p. 146; J. LAENENS, « Overzicht van rechtspraak - De bevoegdheid (1993-2000) », *T.P.R.*, 2002, p. 1504, n° 2, E. KRINGS, « La jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique en matière de référé », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs - Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 213, n° 15; W. WECKUYSEN, « Kort geding en gemeen recht », in *Kortgeding*, Bruxelles, Larcier, p. 3, n° 10; S. BEERNAERT, « Algemene principes van het civiele kort geding », *R.W.*, 2001-2002, p. 1343, n° 9).

6. En revanche, il est douteux que, dans le cadre de ce contrôle, les juges d'appel puissent, d'une part imputer au défendeur originaire la charge de la preuve de la persistance de l'urgence en appel, et d'autre part débouter ce dernier de son appel au motif que l'urgence a disparu du fait de l'exécution qu'il a donnée à l'ordonnance dont appel.

Qu'il soit appelant ou intimé, c'est toujours au demandeur originaire qu'il incombe de prouver l'urgence justifiant les mesures qu'il sollicite en référé, et non à son adversaire qui — par hypothèse — s'oppose à ces mesures et ce faisant conteste l'urgence alléguée (J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire... », *op. cit.*, p. 21, n° 21; G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 319, n° 6; G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 258, n° 368; H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 233, n° 6; Bruxelles, 22 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 840; Bruxelles, 19 janvier 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 108).

Au demeurant, la recevabilité de l'appel d'une ordonnance de référé n'a jamais été subordonnée à la démonstration de l'urgence par l'appelant, défendeur originaire (G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 319, n° 6; H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 233, n° 6; A. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 337, n° 450; A. LE PAIGE, *Les voies de recours*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 41, n° 53; Liège, 31 août 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1523; Bruxelles, 19 janvier 2001, *Rev. prat. soc.*, 1991, 2001, p. 93; Bruxelles, 22 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 840).

Plus fondamentalement, il a toujours été admis que l'exécution — toujours contrainte par la loi

(article 1039 du Code judiciaire, en vertu duquel les ordonnances de référé sont exécutoires de plein droit) et souvent par la menace des astreintes — d'une ordonnance de référé ne prive ni d'intérêt ni d'objet l'appel formé contre elle par le défendeur originaire, pas plus qu'elle justifierait l'irrecevabilité de cet appel à défaut d'une urgence qu'il n'a pas à démontrer (H. BOULARBAH, *op. cit.*, pp. 231-233, nos 5 et 6; J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire... », *op. cit.*, p. 21, n° 21; G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 319, n° 6; A. KOHL, *L'appel en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Swinnen, 1990, p. 23, n° 13.5; G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence*, *op. cit.*, p. 259, n° 368; Bruxelles, 19 janvier 2001, *Rev. prat. soc.*, 2001, p. 93; Bruxelles, 22 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 840; Bruxelles, 19 novembre 1996, *Pas.*, 1996, II, 119; Bruxelles, 13 avril 1999, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 83. Rapp., dans le même sens en droit judiciaire français, outre les réf. citées *infra*, 13, J. NORMAND, « Les voies de recours », in *Les mesures provisoires...*, *loc. cit.*, p. 348).

7. Rompant avec ces solutions constantes, l'arrêt annoté viole des textes et des principes essentiels.

À suivre son raisonnement, force serait tout d'abord d'admettre la suppression pure et simple du droit d'appel au détriment de tous les défendeurs en référé qui, par l'effet même de la loi et par crainte judiciaire des astreintes, auront exécuté leur condamnation.

Qu'il s'agisse ou non d'une option délibérée de politique judiciaire, il est peu probable que cette mesure radicale soit compatible avec le droit d'accès à un tribunal et le droit à l'égalité des armes, tous deux garantis par l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (dont l'application au référé est désormais certaine : C.E.D.H., gde ch., *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, cité *sub 2*), combinés avec le droit au double degré de juridiction, garanti ici par les articles 616, 1039 et 1050 du Code judiciaire, qui ne tolèrent d'exception à ce droit que par et dans le texte exprès de la loi.

Privé de l'appel par son obéissance à la loi et au juge, ce même justiciable s'expose à d'encore plus funestes conséquences.

Rappelons en effet qu'une décision définitive ultérieurement prononcée sur le fond du litige n'emporte hélas, en aucune manière, la restitution des sommes versées en exécution de l'ordonnance de référé précédemment intervenue, pas plus que des astreintes échues et payées sur la base de cette même ordonnance.

Seule la réformation de cette ordonnance par la cour d'appel statuant en référé permet la restitution de ces sommes (C.J. Benelux, 5 juillet 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 936; *proc. gén.* E. Krings, concl. précédant C.J. Benelux, 14 avril 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 223 et s.; K. WAGNER, « Dwangsom », *A.P.R.*, Malines, Story-Scientia, 2003, p. 108, nos 113 et s.; M. VANDERMERSCH, « Incidence sur l'astreinte de la réformation en appel de la décision entreprise », note sous Bruxelles, 4 novembre 1993, *R.G.D.C.*, 1995, p. 230; P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 73, nos 40 et 41; H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 227, n° 3. Voy. déjà *proc. gén.* P. Leclercq, concl. précédant Cass., 6 février 1930, *Pas.*, 1930, I, 98. *Comp.*, en sens critique, G. DE LEVAL, « Le problème de l'exécution de l'ordonnance rendue par le juge des référés », in *Les mesures provisoires...*, *loc. cit.*, p. 400).

De même, seule la réformation de l'ordonnance de référé par la cour d'appel permet la mise en œuvre de l'article 1398, alinéa 2, du Code judiciaire, instaurant un régime de restitution et de responsabilité objective à la charge de celui qui, « à ses risques et périls », a contraint son adversaire à s'exécuter (A. VAN OEVELEN et D. LINDEMANS, « Het kort geding : herstel van schade bij andersluidende beslissing van de bodemrechter », *T.P.R.*, 1995, p. 1051; E. DIRIX et K. BROECKX, *Beslag*, A.P.R., Anvers, Kluwer, 2001, p. 162; S. BEERNAERT, *op. cit.*, *R.W.*, 2001-2002, p. 1349, n° 34; P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 73, n° 41; G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, Liège, P.U. Liège, 1988, p. 442; H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 227, n° 3. *Comp.*, en sens critique, G. DE LEVAL, « Le problème de l'exécution... », *op. cit.*, p. 401).

Or, avec l'arrêt annoté, il n'est plus d'appel possible si bien que les chances de restitution et d'indemnisation offertes au défendeur respectueux de la loi et soucieux de la préservation de son patrimoine sont inexistantes, tandis que les « risques et périls » du demandeur impétueux sont nuls (voy. d'ailleurs, illustrant le malaise, *Civ. Verviers* (sais.), 31 mai 2002, *R.D.J.P.*, 2002, p. 198). Devrait-on conseiller au premier, en s'abstenant d'exécuter l'ordonnance, de s'exposer à des mesures de contrainte (et spécialement de lourdes astreintes) aux seules fins de se ménager l'accès à la juridiction d'appel et quelque espoir de réformation? La parade est absurde car « nul ne saurait être tenu d'enfreindre la loi pour pouvoir obtenir une décision sous l'angle de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, quant à un "droit de caractère civil" » (C.E.D.H., *Posti et Rakho c. Finlande*, du 24 septembre 2002, § 64). N'est-ce pourtant pas l'extrémité à laquelle conduit l'arrêt annoté?

8. L'apparente consolation qu'il concède est du reste impuissante à lever la profonde injustice qu'il crée. Après avoir déduit l'absence d'urgence de l'exécution de la décision dont appel, la Cour poursuit en effet que lorsque la cour d'appel constate la disparition de l'urgence, la mesure ordonnée par le premier juge est frappée de « caducité » à partir du prononcé de son arrêt.

La belle affaire que cette « caducité » de la mesure puisque, par hypothèse, cette dernière a déjà sorti ses pleins et irréversibles effets par l'exécution que l'appelant lui a donnée.

Le cynisme de la solution n'est guère plus séduisant que les motifs avancés pour la justifier.

9. Reconduisant ici une jurisprudence plus ferme, mais non moins contestée, la Cour considère que « lorsqu'un défendeur en référé interjette appel de l'ordonnance qui lui a imposé une mesure provisoire, le juge d'appel n'est pas tenu de statuer sur la mesure demandée et ordonnée eu égard aux droits apparents des parties, mais il peut se borner à statuer eu égard au caractère urgent de la cause, qui doit en effet être apprécié au moment de cette prononciation de la décision » (voy. déjà, en ce sens, Cass., 19 janvier 2006, *Pas.*, I, 188; Cass., 19 septembre 2002, *Pas.*, I, 1697; Cass., 9 juin 2000, *Pas.*, I, 1051).

L'arrêt annoté précise la formule, en la durcissant, lorsqu'il énonce que « s'il constate que la cause n'est plus urgente, le juge d'appel, saisi de l'appel par un défendeur en référé à qui une mesure provisoire a été imposée, ne doit plus se prononcer sur la base des droits apparents des parties et sur la légalité de la mesure demandée, même pas pour le passé, et peut se borner à constater le défaut d'urgence de la cause ».

La Cour adosse ce raisonnement à l'effet dévolutif de l'appel, régi par l'article 1068 du Code judiciaire, dont il résulterait selon elle que « le juge qui connaît de l'appel d'un jugement rendu en matière de mesures provisoires en référé ne doit pas examiner la légalité de cette décision mais est tenu de statuer sur la cause elle-même », qu'« il ne se prononce dès lors pas comme juge de cassation de la décision dont appel » et que « l'objet de l'appel n'est pas la légalité de cette décision, mais la cause elle-même ».

10. Cette dernière affirmation perd fondamentalement de vue que si, en référé comme au fond, l'appel permet certes l'achèvement du litige (de la « cause »), il est d'abord et surtout conçu comme une voie d'annulation et de correction des erreurs de jugement du premier juge, et donc de réformation de la décision de ce dernier (G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., 2005, Bruxelles, Larcier, p. 279, n° 189 et p. 299, n° 208; K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van dubbele aanleg in het civiele geding*, Anvers, Maklu, 1996, pp. 35 et s., nos 45 et s.; A. FETTWIS, *op. cit.*, p. 491; P. VAN ORSHOVEN, « Het (recht op) hoger beroep – Waarom en waarheen? », in *Finalité et légitimité du droit judiciaire*, C.I.D.J., Bruxelles, la Chartre, 2005, pp. 133 et s.; G. CLOSSET-MARCHAL, « L'appel », in *Dix ans d'application de la loi du 3 août 1992 et ses réformes*, C.I.D.J., Bruxelles, la Chartre, 2004, p. 132).

En autorisant le juge d'appel à s'en tenir au constat de la disparition de l'urgence en degré d'appel, l'enseignement qui se dégage de l'arrêt annoté dénie précisément au justiciable condamné par le juge des référés toute possibilité d'obtenir la réformation de cette condamnation et — par voie de conséquence — la restitution des sommes versées en exécution de celle-ci, de même que la réparation du préjudice causé par cette exécution. Or, comme le soulignait déjà le procureur général Paul Leclercq, « les ordonnances de référé sont, comme tous les jugements, et dans les mêmes conditions, susceptibles d'appel et d'être réformées par les cours d'appel; c'est donc que la partie a légalement intérêt à les faire réformer par le juge d'appel » (*proc. gén.* P. Leclercq, concl. précédant Cass., 6 février 1930, *Pas.*, 1930, I, 98).

11. Même s'il était démontré qu'elle présentait la vertu économique de désengorger les juridictions d'appel du contentieux des référés, l'impasse résultant pour le justiciable de la jurisprudence actuellement suivie par la Cour est inacceptable.

Cette jurisprudence essuie du reste, depuis longtemps, les critiques de la doctrine (H. BOULARBAH, *op. cit.*, pp. 239 et s., nos 12 et s.; D. LINDEMANS, *Kort geding*, Anvers, Kluwer, 1985, p. 171; J. ENGLEBERT, « Le référé judiciaire... », *op. cit.*, p. 21, n° 21).

Elle porte, on l'a dit, une atteinte disproportionnée et injustifiée au droit au double degré de juridiction garanti par des textes (articles 616, 1039, 1050 et 1398, C. jud.) qui ne tolèrent d'entorses qu'expressément prévues par la loi.

Cette solution conduit également le juge d'appel à violer l'article 1138, 3<sup>o</sup>, du Code judiciaire puisqu'en se bornant à constater la disparition de l'urgence, ce juge s'abstient de se prononcer sur le recours l'invitant sans équivoque à réformer ou à annuler l'ordonnance dont appel (H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 241, n° 13).

12. Aussi, même si cette jurisprudence est parfois suivie (Liège, 23 mars 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 323; Liège, 3 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 37), il nous paraît qu'il faut lui préférer celle — symptomatiquement plus abondante — dont il résulte au contraire que « si le défaut d'urgence en degré d'appel enlève toute compétence à la cour pour statuer à nouveau sur l'objet du litige tel qu'il lui est présenté au jour des débats devant elle, elle n'en demeure pas moins compétente pour examiner si, au jour où le premier juge a statué, il s'est à bon droit déclaré compétent, tant sur le plan de l'urgence que sur le plan de la compétence territoriale que sur le plan de la compétence *ratione materiae*, s'il a correctement apprécié les faits de la cause et si l'astreinte qu'il a ordonnée était justifiée. À défaut d'adopter cette solution, soit l'appelante est privée d'un degré de juridiction, soit l'intimée voit sa procédure dénuée de toute sanction efficace » (Liège, 15 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 335; Bruxelles, 22 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 840; Liège, 7<sup>e</sup> ch., 8 février 2000, R.G. n° 1999/RF/208, inédit cité par H. BOULARBAH, *op. cit.*, p. 237, n° 13, note (79); Liège, 17 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 667; Bruxelles, 19 décembre 1996, *Pas.*, 1996, II, 119).

13. La jurisprudence, majoritaire et dissidente, de nos cours d'appel est aussi celle de la Cour de cassation de France. Dépositaire et tributaire des principes fondamentaux qui viennent d'être rappelés, celle-ci s'écarte diamétralement de l'enseignement de l'arrêt annoté lorsqu'elle rappelle, récemment encore, « au juge d'appel, statuant en matière de référé, que même si la demande est devenue sans objet [précisément par suite de l'exécution de la mesure demandée], il lui appartient de se placer au moment où le premier juge a rendu sa décision pour apprécier la pertinence de la demande » (Cass. fr., 2<sup>e</sup> ch. civ., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-17.174; Cass. fr., ch. soc., 12 février 2008, pourvoi n° 07-11.698 et Cass. fr., ch. soc., 24 juin 2003, pourvoi n° 01-14.441, cités et approuvés par J.-M. SOMMER et Cl. NICOLÉTIS, « Chronique de la Cour de cassation - Deuxième chambre civile », *D.*, 2009, pp. 2069-2079).

Avec les commentateurs de cette jurisprudence, « on voit bien l'incidence que peut avoir un tel examen sur l'instance en liquidation d'une astreinte éventuellement ordonnée en première instance ou encore sur les frais de la procédure. Les juges d'appel sont donc invités à rédiger avec soin le dispositif de leur arrêt et à dire, quand ils constatent que la demande est devenue sans objet, si cette demande était fondée lorsque le juge des référés a rendu sa décision » (*idem*). Ladite Cour vient du reste de préciser que « les juges d'appel peuvent confirmer [et partant réformer voire infirmer] une injonction assortie d'astreinte, cette injonction fût-elle devenue sans objet au jour où ils statuent, dès lors que subsiste le droit pour le bénéficiaire [ou, selon le cas, le défendeur condamné en première instance] d'en demander, s'il y a lieu, la liquidation » (Cass. fr., 2<sup>e</sup> ch. civ., 9 juillet 2009, *Procédures*, octobre 2009, p. 16, note R. PERROT).

14. L'estompement des exigences du procès équitable en référé de droit belge n'est sans doute (mais hélas...) pas le fait exclusif de l'arrêt annoté.

Songeons au délestage injustifié de l'obligation de motivation (voy. en particulier Cass., 22 février 1991, *Pas.*, I, 607, justement critiqué par M. REGOUT, « Le contrôle de la Cour de

cassation sur les décisions de référé », in *Le référé judiciaire*, *loc. cit.*, pp. 141 et s., n° 27), ainsi qu'à l'atténuation du contrôle de cassation sur l'appréciation au provisoire en référé (M. REGOUT, *op. cit.*, pp. 127 et s.).

15. Il n'empêche qu'avec l'arrêt annoté, le recul du référé équitable franchit une étape d'autant plus préoccupante que l'exigence du respect des garanties du procès équitable est désormais solennellement affirmée par la Cour de Strasbourg (*supra*, 2). À l'heure où le contraste entre la solennité du juge des référés et le gigantisme des crises portées à son jugement a sans doute atteint son paroxysme, ce processus autorise l'expression des plus vives inquiétudes.

Eu égard aux pouvoirs considérables qui sont aujourd'hui les siens, à la précipitation dans laquelle il est appelé à statuer, à la permission qui lui est accordée de s'affranchir du strict respect de la règle de droit, on ne peut tolérer que la décision du juge des référés échappe au contrôle du juge d'appel. L'ordonnance présidentielle ne peut se transformer ainsi, paradoxalement, en une « voie de fait » contre laquelle la partie condamnée, dans l'urgence et au seul vu des apparences, ne disposerait d'aucun recours effectif.

Il y a urgence à ce que la Cour suprême, suivant l'exemple de son homologue française (*supra*, 13), reconsidère la solution retenue par l'arrêt annoté.

Hakim BOULARBAH

Gilberte CLOSET-MARCHAL

Georges DE LEVAL

Jacques ENGLEBERT

Frédéric GEORGES

Dominique MOUGENOT

Christian PANIER

Jean-François VAN DROOGHENBROECK

*Professeurs de droit judiciaire*

(Extraits)

### I. Les faits et antécédents de la procédure.

Les parties se sont mariées le 18 janvier 1984 sous le régime de la séparation de biens et sont divorcées par jugement prononcé le 5 avril 2005 par le tribunal de première instance de Nivelles, signifié le 13 mai 2005, coulé en force de chose jugée le 14 juin 2005 et transcrit dans les registres de l'état civil de la commune de Rixensart le 20 mars 2006.

De leur union sont nés deux enfants, S. et H., aujourd'hui majeurs.

Par acte authentique du 14 janvier 1987 reçu par M<sup>e</sup> Boels, notaire de résidence à Saint-Gilles, la comtesse X a vendu à Mme M. pour la somme de 2.250.000 BEF un terrain sis à Grez-Doiceau, sur lequel a été construite la résidence conjugale, aucune renonciation au droit d'accession n'ayant été prévue.

Par ordonnance de référé du 8 août 2003, M. V. a été autorisé à résider seul à la résidence conjugale sise à Grez-Doiceau, à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2003, Mme M. étant invitée à faire choix d'une autre résidence.

M. V. se maintenant dans cet immeuble, Mme M. a, par citation signifiée le 5 mars 2008, sollicité du juge de paix de Jodoigne que l'actuel appelant soit condamné à quitter les lieux qu'il occupe sans titre ni droit, sous peine d'en être expulsé.

Par citation du 9 mai 2008, M. V. a introduit une procédure devant le tribunal de première instance à l'encontre de Mme M. et du notaire Boels — dont il entend mettre en cause la responsabilité — par laquelle il sollicite que l'acte authentique du 14 janvier 1987 dressé en l'étude dudit notaire, soit rectifié : son nom devant figurer en lieu et place de celui de Mme M. au titre d'acquéreur du terrain de Grez-Doiceau; les montants payés devant être mentionnés comme payés par lui seul. Il demande également que les frais de rectification de l'acte soient mis à charge du notaire Boels, de même que les dépens.

Dans le cadre de cette procédure, par ses secondes conclusions additionnelles et de synthèse, M. V. modifie sa demande et sollicite qu'il soit dit pour droit que ledit acte authentique contient une donation immobilière du terrain de M. V. à Mme M. permettant ainsi à celui-ci de révoquer cette donation *ad nutum* conformément à l'article 1096 du Code civil.

Par son jugement actuellement entrepris du 21 août 2008, le magistrat cantonal, faisant droit à la demande de Mme M., a condamné M. V. à quitter l'immeuble litigieux à la date du 31 octobre 2008 et, à défaut, a autorisé l'intimée à l'en faire expulser.

Le premier juge a dit la demande reconventionnelle en dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire introduite par M. V. non fondée, et ce d'autant plus que les parties étaient bien conscientes des spécificités de la situation débattue devant le juge des référés, l'ordonnance du 8 août 2003 qui a autorisé l'époux à fixer sa résidence principale en l'immeuble litigieux faisant expressément mention du fait que le terrain avait été acheté au nom de l'épouse.

**PREUVE. — Écrit. — Acte authentique. — Force probante (art. 1319 C. civ.). — Jusqu'à preuve du contraire.**

Civ. Nivelles, 23 juillet 2009

Siég. : M. Baes (juge f.f. prés.), C. Van Brussel et J.-M. Dwelshauwers.

Plaid. : MM<sup>es</sup> P. D. Horion, F. Legros et Ph. Erkes.

(V. c. M.).

*L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme jusqu'à preuve du contraire. Cette force probante subsiste jusqu'au moment où la nullité de l'acte authentique est prononcée. Une procédure tendant à remettre en cause la validité d'un acte authentique, ou à en rectifier certaines mentions, ne permet pas de réserver à statuer sur l'action fondée sur cet acte.*