

Variations autour de l'appel des ordonnances «sur référé»

HAKIM BOULARBAH¹

1. Les spécificités de l'appel de référé

1. Régime de l'appel des ordonnances rendues en référé. Le Code judiciaire ne consacre que peu de dispositions propres à l'appel des ordonnances rendues en référé².

L'article 1039, alinéa 2, du Code judiciaire prévoit que les ordonnances «sur référé» sont «*exécutoires par provision, nonobstant opposition ou appel, et sans caution, si le juge n'a pas ordonné qu'il en serait fourni une*». L'alinéa 3 de la même disposition énonce que «*si la partie défaillante forme opposition à l'ordonnance, son appel de l'ordonnance par défaut ne pourra être admis*»³.

L'article 1040, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire dispose encore que le délai de comparution en degré d'appel est celui prévu à l'article 1035, alinéa 2, du même Code soit un délai réduit à deux jours⁴. Si néanmoins le cas requiert célérité, le premier président peut, en vertu de l'article 1040, alinéa 2, du Code judiciaire, permettre par ordonnance de citer à l'audience dans le délai qu'il indiquera⁵.

Enfin, les articles 1040, alinéa 3, et 1066, alinéa 2, du Code judiciaire obligent, sauf accord contraire des parties, la cour d'appel à retenir à l'audience d'intro-

¹ Avocat, Maître de conférences à l'Université Libre de Bruxelles

² Sur l'appel des ordonnances «sur référé» en général, voy. not. LINDEMANS, D., *Kort geding*, Anvers, Kluwer, 1985, pp. 168-177; FETTWEIS, A., *Manuel de procédure civile*, 2^{ème} éd., Liège, 1987, p. 337, n° 450 et p. 542, n° 836; MARCHAL, P., «Les référés», *Rép. Not.*, Tome XV, Livre XXIV, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 90-92, n°s 67-75; TAELEMAN, P., «Het kort geding», *P. & B.*, 1997, p. 223, n° 34; VAN COMPERNOLLE, J., «Introduction générale», in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 18; CLOSSET-MARCHAL, G., «Les voies de recours», in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 318-325; DE LEVAL, G., «Le référé», in *4^{ème} Formation permanente des huissiers de justice 1998*, Diegem, Kluwer - Story-Scientia, 1999, p. 146.

³ Cette disposition ne fait cependant que rappeler le principe général qui interdit de cumuler l'opposition et l'appel (Voy. DE LEVAL, G., observations sous Mons, 14 septembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 255 et les réf. citées).

⁴ Voy. pour un rappel de la règle, Cass., 31 janvier 1997, *Pas.*, I, 147.

⁵ VAN COMPERNOLLE, J., «L'appel», in *Le droit judiciaire rénové*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 160, n° 9; ROUARD, P., *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 715, n° 871.

duction et au plus tard dans les trois mois et à une audience de relevé s'il échet, le recours contre toute décision présidentielle en référé⁶.

Sous réserve de ces quelques particularités, l'appel contre les ordonnances «sur référé» est en règle à exercer dans les délais et les formes du droit commun⁷.

2. Rôle spécifique de l'appel de référé. Pourtant, outre les fonctions qu'elle remplit classiquement⁸, la voie de l'appel exerce, en matière de référé, un rôle spécifique et, à plusieurs égards, fondamental. Celui-ci avait déjà été souligné par M. le procureur général P. Leclercq dans ses conclusions précédant un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1930. Se prononçant sur la recevabilité du pourvoi dirigé contre un arrêt de référé, l'éminent magistrat relevait en effet que «le juge du fond ne réforme pas l'ordonnance de référé, mais encore il y a un juge auprès duquel la partie peut prendre son recours pour la faire réformer, et ce juge n'est pas le juge du fond, c'est le juge d'appel en matière de référé. 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 mettre à néant sans attendre la décision du juge du fond; or, si la partie a légalement intérêt à les faire réformer par le juge d'appel, comment est-il possible de dire qu'elle n'a pas intérêt à faire anéantir par la Cour de cassation l'arrêt rendu sur cet appel?»⁹.

La «fonction» particulière qu'est appelé à remplir l'appel de référé est en grande partie la conséquence de l'absence d'effets de la décision rendue au principal sur l'ordonnance présidentielle (n° 3) mais également de la réduction du contrôle que la Cour de cassation exerce sur les décisions de référé (n° 4).

3. Autonomie de l'instance en référé par rapport à l'instance au principal. Il est établi, au terme d'un enseignement constant, que, lorsqu'elle intervient, la décision ultérieure du juge du fond clôturant l'instance au principal n'a sur l'ordonnance de référé aucun effet rétroactif^{10,11}. «La décision sur le fond ne constitue

⁶ VAN COMPENOLLE, J., «L'appel», o.c., p. 162, n° 14.

⁷ FETTWIS, A., o.c., p. 336, n° 450; LINDEMANS, D., o.c., p. 170, n° 296.

⁸ On enseigne classiquement que l'appel remplit plusieurs rôles: il permet de faire rectifier les erreurs que les premiers juges auraient pu commettre en faisant réexaminer la cause par des magistrats généralement plus nombreux et plus expérimentés, il sert de voie de nullité contre les décisions prononcées en première instance (art. 20 C. jud.), enfin il permet aux plaideurs de réparer les erreurs intervenues en première instance dans la défense de leurs intérêts (FETTWIS, A., o.c., p. 492, n° 734; KOHL, A., *L'appel en droit judiciaire privé*, Coll. Prolegomena, n° 15, Bruxelles, Ed. H. Swennen, p. 15, n° 2). Pour une analyse approfondie des diverses fonctions de l'appel, cons. BROECKX, K., *Het recht op hoger beroep en het beginsel van dubbele aanleg in het civiele geding*, Anvers, Maklu, 1995, pp. 51 et s.

⁹ *Pas.*, 1930, I, 98.

¹⁰ Cass., 7 juillet 1941, *Pas.*, I, 278 et la note R.H.; Conclusions de M. le procureur général P. Leclercq, avant Cass., 6 février 1930, *Pas.*, I, 103; MARCHAL, P., o.c., p. 73, n° 41.

¹¹ Voy. toutefois pour une critique récente de cette solution, DE LEVAL, G., «Le problème de l'exécution de l'ordonnance rendue par le juge des référés», in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 400-401.

aucune censure à l'égard des mesures provisoires prises dans la procédure de référé. En d'autres termes, le titre de ces mesures provisoires est resté valide et leur exécution ne prendra fin qu'avec la décision définitive sur le fond»¹².

Il en découle, comme on le sait, des conséquences fort importantes.

C'est ainsi que seule la réformation en degré d'appel de l'ordonnance de référé assortie d'une astreinte qui aurait été encourue permet, la mise à néant du titre rétroagissant, d'obtenir le remboursement de l'astreinte qui aurait été payée^{13,14,15}.

Toujours en vertu du même principe, seule la réformation de la décision présidentielle par les juges du degré supérieur, permet de mettre en œuvre la responsabilité objective¹⁶ prévue par l'article 1398, alinéa 2, du Code judiciaire¹⁷ en vertu duquel l'exécution provisoire a lieu aux risques et périls de la partie qui l'a obtenue¹⁸.

En d'autres termes, dans l'état actuel du droit, la partie qui se borne à invoquer la décision différente rendue ultérieurement par le juge du fond qui déboute le

¹² Concl. de M. le procureur général Krings, alors avocat général, avant C.J. Benelux, 14 avril 1983, R.W., 1983-1984, col. 223 et s.

¹³ C.J. Benelux, 5 juillet 1985, R.W., 1985-1986, col. 936. Voy. WAGNER, K., 'Dwangsom', A.P.R., Story-Scientia, Malines, 2003, p. 108, n°s 113-116; VANDERMERSCH, M., «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; MARCHAL, P., o.c., p. 73, n° 40 et n° 41 b).

¹⁴ Cette solution a été récemment critiquée, voy. DE LEVAL, G., «Le problème de l'exécution...», o.c., p. 400 et, dans le sens préconisé par cet auteur, Civ. Liège (jeun.), 25 août 1994, J.L.M.B., 1994, p. 1320.

¹⁵ Dans un arrêt du 10 janvier 2003 (C.01.0579.N, inédit), la Cour de cassation a rappelé que la décision d'appel qui annule ou réforme la décision de première instance, contient le titre permettant d'obtenir le remboursement de ce qui a été payé en exécution de la décision du premier juge en sorte que le juge d'appel n'est pas tenu de mentionner expressément que l'appelant a droit au remboursement de ces sommes à charge de l'intimé.

¹⁶ Cass., 7 avril 1995, *Pas.*, I, 396.

¹⁷ Voy. l'étude de référence de VAN OEVELEN, A. et LINDEMANS, D., «Het kort geding: herstel van schade bij andersluidende beslissing van de bodemrechter», T.P.R., 1895, p. 1051. Adde, DIRIX, E. et BROECKX, K., 'Beslag', A.P.R., Anvers, Kluwer, 2001, p. 162, n° 256; BEERNAERT, S., 'Algemene principes van het civiele kort geding', R.W., 2001-2002, p. 1349, n° 34; MARCHAL, P., o.c., p. 73, n° 41; DE LEVAL, G., *Traité des saisies*, Faculté de droit de Liège, 1988, p. 442. Pour une critique de cette solution, voy. DE LEVAL, G., «Le problème de l'exécution...», o.c., p. 401.

¹⁸ Certains plaideurs ont parfois tenté d'échapper à la responsabilité objective prévue par l'article 1398, alinéa 2, du Code judiciaire, en soutenant que cette disposition ne s'appliquerait que dans les hypothèses où l'exécution provisoire a été accordée par le juge (art. 1398, alinéa 1^{er} et 1400 C. jud.) et non dans les cas où la loi prévoit que la décision est de plein droit exécutoire par provision (art. 1397 C. jud.). Une telle interprétation de l'article 1398, alinéa 2, du Code judiciaire aurait pour conséquence que l'on ne pourrait pas engager, sur la base de cette disposition, la responsabilité de la partie qui exécute une ordonnance de référé, laquelle est exécutoire par provision en vertu de la loi (art. 1039, al. 2 C. jud.). Dans un jugement du 15 janvier 2003, excellemment motivé, le tribunal de première instance de Bruxelles a rejeté cette thèse et considéré, à juste titre selon nous, que l'article 1398, alinéa 2, du Code judiciaire s'applique à toutes les hypothèses d'exécution provisoire, que celle-ci soit légale ou judiciaire (Civ. Bruxelles, 12^{ème} ch., 15 janvier 2003, R.G. n° A/01/04494, inédit) (voy. not. dans ce sens, A. VAN OEVELEN et D. LINDEMANS, o.c., p. 1057, n° 10 et les nombreuses références citées à la note (21)).

demandeur en référé et «désavoue» l'ordonnance présidentielle, ne peut obtenir le remboursement des frais d'exécution, des frais judiciaires et des astreintes qu'elle a dû exposer. Elle peut uniquement obtenir la réparation des conséquences de l'exécution de l'ordonnance de référé dans l'hypothèse où elle parvient à démontrer l'existence de circonstances particulières permettant de qualifier de fautif le comportement de la partie qui a obtenu gain de cause en référé¹⁹.

La réformation en degré d'appel constitue donc «le passage obligé» pour la partie condamnée à une mesure provisoire par une ordonnance «sur référé» lorsqu'elle souhaite poursuivre à charge de la partie adverse la restitution de ce qu'elle a été condamnée à exécuter et obtenir la réparation du préjudice causé par l'exécution de la décision du président.

4. **Contrôle limité de la Cour de cassation sur les décisions de référé.** Comme on le sait, la Cour de cassation n'exerce sur les décisions de référé qu'un contrôle limité que celui-ci porte sur l'appréciation par le juge des référés de l'urgence et de l'apparence des droits ou encore sur le respect par ce même juge de l'obligation constitutionnelle de motivation²⁰.

Il est tout d'abord établi que l'urgence est une question que le juge «du fond» (par opposition au juge de cassation) apprécie souverainement en fait, et qui pour ce motif échappe au contrôle de la Cour de cassation²¹. Selon la jurisprudence de la Cour elle-même, «en ce qui concerne la question de l'urgence, le juge des référés dispose d'un large pouvoir d'appréciation en fait et, dans une juste mesure, de la plus grande liberté»²². En conséquence, la Cour ne censure l'appréciation par laquelle le juge des référés retient l'urgence (ou l'absence d'urgence) que si cette appréciation recèle une erreur manifeste, incompatible avec la notion légale d'urgence²³.

La Cour suprême exerce également un contrôle atténué sur les décisions aux termes desquelles le juge des référés, statuant sur le fondement de l'apparence des droits invoqués par les parties (et, le cas échéant, au prix d'une interprétation d'une ou plusieurs règles de droit), ordonne, ou refuse d'ordonner, des mesures provisoires. Dès le 22 février 1991, la Cour de cassation a ainsi décidé

¹⁹ VAN OEVELEN, A. et LINDEMANS, D., o.c., p. 1085, n° 43; MARCHAL, P., o.c., p. 73, n° 41 b).

²⁰ Sur cette question, voy. la très belle étude de VAN DROOGHENBROECK, J.-F., «Aspects actuels du référé provision», in *Les procédures en référé*, Formation permanente C.U.P., vol. XXV, septembre 1998, pp. 18 et s. et les nombreuses références citées.

²¹ MARCHAL, P., o.c., p. 25, n° 21, et les réf. citées à la note (2); KRINGS, E., «Het kort geding naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1991, p. 1067, n° 18; DE LEVAL, G., «Le référé en droit judiciaire privé», *Act. dr.*, 1992, p. 876, n° 32 et les réf. citées; VAN COMPERNOLLE, J., «Actualités du référé», *Ann. dr. Louv.*, 1989, p. 145 et les réf. citées; TAELEMAN, P., o.c., pp. 205-206, n° 5-6; VAN DROOGHENBROECK, J.-F., o.c., p. 33, n° 44-46 et les réf. citées aux notes (67) à (69); VAN COMPERNOLLE, J. et CLOSSET-MARCHAL, G., «Examen de jurisprudence (1985 à 1998). Droit judiciaire privé», *R.C.J.B.*, 1999, pp. 154-155, n° 357.

²² Cass., 17 mars 1995, *Pas.*, I, 330, et la note (1); Cass., 13 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 41; Cass., 21 mai 1987, *Pas.*, I, 1160.

²³ CLOSSET-MARCHAL, G., «L'urgence», in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 28.

qu'un arrêt rendu en appel de référé qui «se borne à examiner si l'existence d'un droit est suffisamment vraisemblable pour ordonner une mesure conservatoire de droit», et qui rejette la demande, ne se prononce pas quant au fond sur les droits des parties et, partant, n'implique aucune violation des dispositions de droit matériel appliquées aux parties²⁴. Dans un autre arrêt, du 4 juin 1993, la Cour a précisé que «le juge des référés peut ordonner des mesures conservatoires s'il existe une apparence de droit justifiant qu'une décision soit prise»; que «le juge qui se borne à examiner les droits apparents des parties, en n'appliquant aucune règle de droit qui ne puisse raisonnablement fonder la mesure provisoire qu'il ordonne, n'excède pas sa compétence» et qu'«une telle décision qui ne se prononce pas au fond sur le droit des parties, ne viole pas le droit matériel dont le juge fait application dans son appréciation»²⁵.

Il est ainsi fermement établi que le juge des référés qui se borne à examiner les droits apparents des parties et n'invoque aucune règle de droit ne pouvant «raisonnablement» fonder les mesures provisoires qu'il a prises ou qu'il a refusé de prendre, n'excède pas ses pouvoirs. Pareille décision, qui ne se prononce pas au fond sur le droit des parties, ne viole en outre pas le droit matériel que le juge prend en considération dans son appréciation²⁶. En d'autres termes encore, le juge des référés dispose d'un pouvoir véritablement souverain dans l'application des règles de droit avancées au fondement de l'évidence des prétentions des parties, sous réserve d'un contrôle (extrêmement) marginal de la Cour de cassation, qui ne la conduit à casser la décision du juge des référés que si, compte tenu des circonstances de la cause, celui-ci s'est livré à une appréciation manifestement déraisonnable desdites règles²⁷. Dans son arrêt du 31 janvier 1997, la Cour de cassation rappelle ainsi que «pourvu qu'il n'applique pas des règles de

²⁴ Cass., 22 février 1991, *Pas.*, I, 607. Voy. LEMMENS, P., «Het onderzoek van de ogenschijnlijke rechten van de partijen door de rechter in kort geding en het toezicht door het Hof van Cassatie», *R.D.C.*, 1991, pp. 675 et s.; MARCHAL, P., o.c., pp. 60-61, n° 27; RAES, S., «De toepassing van het recht door rechter in kort geding», note sous Cass., 4 juin 1993, *R. Cass.*, 1993, p. 167 et s.; H. R., «Le juge des référés: en toute liberté?», note sous Cass., 4 juin 1993, *R.D.C.*, 1993, pp. 930-931; VAN COMPERNOLLE, J. et CLOSSET-MARCHAL, G., o.c., pp. 162-164, n° 364-365; VAN DROOGHENBROECK, J.-F., o.c., pp. 18 et s.; VAN COMPERNOLLE, J., «Propos sur la juridiction des référés en droit belge», in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Dray*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 473 et s., spéc. pp. 481-482; STORME, M., «Kort geding omdat het moet», note sous Cass., 4 février 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 813.

²⁵ Cass., 4 juin 1993, *Pas.*, I, 542. Souligné par l'auteur.

²⁶ Cass., 16 novembre 1995, *Pas.*, I, 1049; Cass., 25 novembre 1996, *Pas.*, I, 1158; Cass., 31 janvier 1997, *R.D.C.*, 1997, p. 367, concl. De Riemaecker (av. gén.) et *Pas.*, I, 148; Cass., 25 juin 1999, *Pas.*, I, 999; Cass., 4 février 2000, *Pas.*, I, 297; *R.D.C.*, 2000, p. 184, note B.D.; *R.W.*, 2000-2001, p. 813, note STORME, M., Cass., 15 novembre 2001, C.00.0030.N., *inédit*; Cass., 17 octobre 2002, C.01.0268.F., *inédit*.

²⁷ En ce sens, voy. les concl. de M. l'avocat général Bressleers, précédant Cass., 5 mai 2000, *Pas.*, I, 844; H.R., note sous Cass., 4 juin 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 930; RAES, S., o.c., pp. 167 et s.; DE LEVAL, G., «Le référé...», o.c., p. 881, n° 43; VAN COMPERNOLLE, J. et CLOSSET-MARCHAL, G., «Examen de jurisprudence...», o.c., pp. 162-164, spéc. n° 364; VAN COMPERNOLLE, J., «Propos sur la juridiction des référés...», o.c., pp. 481-482; LAENENS, J., «Overzicht van rechtspraak – De Bevoegdheid (1993-2000)», *T.P.R.*, 2002, p. 1526, n° 54.

droit *déraisonnables* ou refuse *déraisonnablement* d'appliquer celles-ci dans son raisonnement, le juge des référés constate souverainement, à la lumière d'une première appréciation, s'il existe une atteinte illicite apparente justifiant la prononciation d'une mesure²⁸.

Enfin, aux termes d'une jurisprudence tout aussi constante de la Cour suprême, l'obligation constitutionnelle de motivation est substantiellement allégée lorsqu'il est question d'en apprécier le respect dans le chef d'une juridiction des référés saisie d'une demande tendant à l'obtention d'une mesure provisoire au regard d'apparences de droit alléguées par les parties²⁹. Ainsi, dans son arrêt précité du 22 février 1991, après avoir relevé qu'une décision qui se limite à examiner dans quelle mesure les droits apparents du demandeur en référé justifient qu'une mesure conservatoire soit prise «ne se prononce pas quant au fond sur les droits des parties et ne viole pas le droit matériel dont elle fait application dans son appréciation», la Cour de cassation en déduit qu'en l'espèce «la cour d'appel n'était pas tenue de répondre plus avant aux conclusions des demandeurs»³⁰. Cet enseignement a été confirmé par les arrêts que la Cour a prononcés les 9 mai 1994 et 4 février 2000, lesquels énoncent que «lorsque le juge en référé constate que la cause est urgente et, après avoir évalué les intérêts, décide qu'un danger immédiat menace le demandeur en référé si une mesure déterminée n'est pas ordonnée, il n'est pas tenu de répondre de manière plus précise [arrêt du 9 mai 1994] ou circonstanciée [arrêt du 4 février 2000] aux moyens de défense soulevés par la personne à l'égard de laquelle la mesure est demandée»³¹.

Face à cette «atténuation» du contrôle de la Cour de cassation sur les décisions rendues en référé et à une époque où les ordonnances présidentielles, «sous

²⁸ Nous soulignons. La Cour a logiquement déduit les conséquences qu'impliquait sa jurisprudence sur la rédaction et la présentation des moyens de cassation qui reprochent à la juridiction des référés son appréciation du bien-fondé des mesures qu'elle ordonne. Le moyen, dirigé contre une décision qui constate l'urgence de la situation et qui ordonne une mesure provisoire limitée dans le temps, au prix d'une balance des intérêts en présence, et aux termes d'une appréciation – provisoire également – de l'apparence des droits invoqués par les parties en cause, doit démontrer que cette décision applique, ou refuse d'appliquer, «de manière déraisonnable», les règles de droit dont il invoque la violation (Cass., 5 mai 2000, *Pas.*, I, 843, avec les concl. de M. l'avocat général Bresseleers; Cass., 17 octobre 2002, C.01.0268.F., *inédit*). Le moyen de cassation qui critique la décision du juge des référés est partant irrecevable lorsqu'il ne soutient pas que la décision attaquée a fait une application «déraisonnable» des dispositions légales dont il allègue la méconnaissance. Voy. toutefois, Cass., 11 janvier 2002 (C.00.0313.F., *inédit*) qui accueille le moyen de cassation dirigé contre un arrêt de référé alors même que ce moyen n'invoquait pas la violation de l'article 584 du Code judiciaire et ne soutenait pas que la cour d'appel ait fait une application «déraisonnable» des dispositions légales dont la violation était invoquée.

²⁹ Voy. not. LEMMENS, P., «Het onderzoek...», *o.c.*, 1991, pp. 681-683, n^{os} 11-15; VEROUGSTRAETE, I., «Le référé commercial, le retour aux sources», Centre des facultés universitaires catholiques pour recyclage en droit, p. 7, n^o 12 (session 1992); VAN COMPERNOLLE, J. et CLOSSET-MARCHAL, G., «Examen de jurisprudence...», *o.c.*, p. 163, n^o 365; DE LEVAL, G., «Le référé...», *o.c.*, p. 881, n^o 43; TAFLMAN, P., *o.c.*, p. 222, n^o 33; VAN DROOCHENBROECK, J.-F., *o.c.*, pp. 20-22, n^o 17.

³⁰ Cass., 22 février 1991, *Pas.*, I, 607. Souligné par l'auteur.

³¹ Cass., 9 mai 1994, *Pas.*, I, 453; Cass., 4 février 2000, *Pas.*, I, 297. Nous soulignons.

couvert d'évidences et d'apparences, procèdent en réalité à un examen particulièrement subtil et minutieux des questions de droit débattues par les parties»³², l'appel constitue désormais la seule voie permettant à la partie condamnée au provisoire d'obtenir un nouvel examen de la cause, non seulement en fait, mais également en droit tant en ce qui concerne l'urgence, le provisoire et les apparences de droit. L'importance du rôle du juge de l'appel de référé s'accroît ainsi à mesure que s'estompe celui de la Cour de cassation.

2. L'intérêt à interjeter appel d'une ordonnance de référé exécutée – L'urgence, condition de recevabilité de l'appel de référé?

5. Incidence de l'exécution de l'ordonnance de référé sur la recevabilité de l'appel. En vertu de l'article 1039, alinéa 2, du Code judiciaire, les ordonnances «sur référé» sont «exécutives par provision, nonobstant opposition ou appel, et sans caution, si le juge n'a pas ordonné qu'il en serait fourni une».

On en déduit que les décisions présidentielles sont exécutoires par provision sans appréciation possible du président³³. Lorsqu'une partie est condamnée en première instance, l'appel qu'elle interjette contre l'ordonnance rendue en référé est partant dans tous les cas dépourvu d'effet suspensif³⁴. Afin d'accélérer le traitement de la cause en degré d'appel, les articles 1040, alinéa 3, et 1066, alinéa 2, du Code judiciaire obligent par conséquent la cour d'appel à retenir – mais non à statuer³⁵ – à l'audience d'introduction et au plus tard dans les trois mois et à une audience de relevé s'il échet, l'appel contre toute décision présidentielle en référé. L'article 1040 du Code judiciaire prévoit également que le délai de comparution en degré d'appel est celui prévu à l'article 1035, alinéa 2, du même Code, soit un délai réduit à deux jours.

Compte tenu de l'encombrement des rôles des cours d'appel, on sait cependant que l'article 1066, alinéa 2, du Code judiciaire³⁶ – lequel n'est pas prescrit à peine de nullité – est rarement appliqué en pratique³⁷. Il en résulte que l'appel dirigé contre une ordonnance de référé est souvent plaidé et jugé plusieurs mois,

³² VAN DROOCHENBROECK, J.-F., *o.c.*, p. 19, n^o 16.

³³ CLOSSET-MARCHAL, G., «Les voies de recours», *o.c.*, p. 318, n^o 4; MARCHAL, P., *o.c.*, p. 71, n^o 40.

³⁴ Dans une affaire célèbre, certains plaideurs ont cependant tenté, avec un succès relatif, de demander, par la voie d'une requête unilatérale, au premier président de la cour d'appel de Bruxelles de suspendre l'exécution provisoire d'une ordonnance de référé prononcée par le président du tribunal de commerce (voy. Bruxelles (prés.), 2 juillet 1998, T.R.V., 1998, p. 339).

³⁵ Cass., 14 mars 1974, *Pas.*, I, 729; Cass., 3 juin 1971, *Pas.*, I, 981.

³⁶ Et même l'article 1040 du Code judiciaire...

voire plusieurs années, après que la décision présidentielle ait été prononcée et, bien souvent, exécutée³⁸.

Il n'est dès lors pas rare que la partie qui a obtenu gain de cause en premier ressort invoque que l'appel interjeté par son adversaire, condamné en première instance, est devenu sans intérêt ou sans objet, compte tenu de l'exécution de la décision présidentielle³⁹.

Il est cependant constant que l'exécution d'une décision exécutoire par provision, ne prive ni d'intérêt, ni d'objet l'appel exercé contre cette décision par la partie qui a procédé à l'exécution⁴⁰, ni ne suffit à prouver que cette même partie a renoncé à l'exercice d'un recours⁴¹.

La jurisprudence fait régulièrement application de ces principes s'agissant de l'appel d'ordonnances rendues en référé⁴². Dans un arrêt du 19 janvier 2001, la cour d'appel de Bruxelles rappelle ainsi à très juste titre que «*la partie initialement défenderesse en référé a un intérêt né et actuel, que ne fait pas disparaître l'exécution de la mesure ordonnée par la décision critiquée, à soumettre au contrôle du juge du second degré la décision à laquelle elle s'était opposée en première instance et dont elle dénie la régularité*»⁴³. En d'autres termes, «*l'intimée ne peut exciper de l'exécution de l'ordonnance entreprise par l'appelante pour faire valoir que celle-ci n'aurait plus d'intérêt à relever appel de la décision.*

³⁷ On peut à cet égard relever que dans un arrêt du 28 février 2002 (C.01.0540.N., inédit), la Cour de cassation a eu à connaître d'une requête en prise à partie qui était dirigée contre trois conseillers de la cour d'appel d'Anvers. La requérante reprochait aux juges d'appel de s'être rendus coupables d'un déni de justice en fixant la cause pour plaidoiries le 19 janvier 2004 alors que le dernier délai pour l'échange des conclusions expirait le 15 avril 2002 et qu'il s'agissait d'une action en cessation d'une violation de droits d'auteur qui doit être instruite et jugée «dans les formes du référé». Bien que la Cour ait rejeté la requête pour des motifs propres à la procédure de prise à partie, cette affaire démontre de manière flagrante qu'il est, en l'état actuel, impossible, pour la plupart des cours d'appel, de respecter les délais de la procédure accélérée de l'article 1066 du Code judiciaire et de retenir les appels «de référé» à l'audience d'introduction et, au plus tard, dans les trois mois.

³⁸ Voy. déjà sur cette question, les tristes constats de VEROUGSTRAETE, I., «Het kort geding. Recente trends», *T.P.R.*, 1980, p. 276, n° 33, LINDEMANS, D., *o.c.*, p. 170, n° 296 et FETTWEIS, A., *o.c.*, p. 491, n° 734.

³⁹ Voy. not. Bruxelles, 19 janvier 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 93.

⁴⁰ Cass., 24 octobre 1997, *Pas.*, I, 1075; Anvers, 3 juin 1998, *R.G.* n° 1994/AR/3323, *inédit*.

⁴¹ Cass., 1^{er} décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 359; MARCHAL, P., *o.c.*, p. 71, n° 40; CLOSSET-MARCHAL, G., «Les voies de recours», *o.c.*, p. 319, n° 5.

⁴² Ces principes s'appliquent bien entendu que la décision exécutoire par provision soit une ordonnance du juge des référés ou une décision du juge du fond, déclarée exécutoire par provision. Voy. à ce dernier égard, les très vives discussions intervenues en France au sujet de la possibilité de rendre exécutoires par provision toutes les décisions de première instance (CADIET, L., «Feu l'exécution immédiate des jugements? Regrets de la France du milieu», *J.C.P.*, éd. G., 2002, p. 1489; LE BARS, Th. et VILLACÈQUE, J., «Vers une suppression de l'effet suspensif de l'appel?», *D.*, 2002, p. 1987; MAGENDIE, J.-C., «L'exécution immédiate des décisions de justice: l'injuste critique d'une réforme nécessaire», *D.*, 2002, p. 2411. Pour un résumé de la controverse, voy. DIRIX, E., «Dient de schorsende werking van het hoger beroep niet te worden afgeschaft?», *R.W.*, 2002-2003, p. 477).

⁴³ Bruxelles, 19 janvier 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 93.

En effet, l'exécution se fait aux risques et périls de celui qui la poursuit et n'empêche pas la cour d'appel de juger un appel régulier»⁴⁴.

Dans un arrêt remarquablement motivé du 22 juin 2001, la cour d'appel de Bruxelles⁴⁵ rappelle encore que «*toute partie défenderesse devant le premier juge, dont les moyens de défense n'ont pas été retenus et qui, en conséquence, a fait l'objet d'une condamnation, a intérêt à introduire un appel contre cette décision puisqu'elle justifie d'un grief résultant de la décision attaquée*»⁴⁶. Mais la cour d'appel précise également que la partie appelante a intérêt à voir réformer l'ordonnance attaquée afin de pouvoir mettre en cause la responsabilité objective de la partie intimée, sur la base de l'article 1398, alinéa 2 du Code judiciaire⁴⁷.

Il est ainsi acquis que l'exécution de l'ordonnance de référé par la partie qui a été condamnée par le président ne prive pas d'intérêt l'appel interjeté par cette partie. Cette ordonnance lui inflige en effet un grief en sorte qu'elle dispose d'un intérêt évident à en obtenir la mise à néant. Mais la partie condamnée par l'ordonnance de référé a en outre le droit de soumettre celle-ci à la censure du juge d'appel pour en obtenir la réformation et pouvoir ensuite mettre en cause la responsabilité objective du demandeur originaire et récupérer les frais et dépens⁴⁸ auxquels elle aurait été condamnée, le cas échéant, en première instance.

6. L'urgence n'est pas une condition de recevabilité de l'appel. Certains plaideurs n'ont pas non plus hésité à défendre que l'appel interjeté par le défendeur originaire, condamné en première instance, serait irrecevable en raison de la disparition de l'urgence en degré d'appel, précisément par suite de l'exécution de l'ordonnance entreprise⁴⁹. Cette thèse se heurte à l'enseignement constant suivant lequel l'urgence n'est pas une condition de recevabilité de l'appel formé à l'encontre de la décision du juge des référés accordant la mesure querellée⁵⁰. Il est en effet établi que toutes les ordonnances de référé sont susceptibles d'appel par la partie qui a été condamnée par le premier juge sans que celle-ci doive justifier d'une quelconque urgence pour en obtenir la réformation⁵¹.

7. Conclusion. Voie de réformation et, le cas échéant, d'annulation de l'ordonnance «sur référé», l'appel dirigé contre une telle décision n'est pas irrecevable au motif que l'appelant aurait exécuté l'ordonnance qu'il entreprend

⁴⁴ Bruxelles, 19 novembre 1996, *Pas.*, 1996, II, 119. Voy. ég. Bruxelles, 13 avril 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 83.

⁴⁵ Bruxelles, 22 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 840.

⁴⁶ Voy. ég. en France, NORMAND, J., «Les voies de recours», in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 348.

⁴⁷ Voy. *supra*, n° 3.

⁴⁸ Bruxelles, 19 janvier 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 93.

⁴⁹ Voy. not. Bruxelles, 19 janvier 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 93.

⁵⁰ KOHL, A., *o.c.*, p. 23, n° 13; FETTWEIS, A., *o.c.*, p. 336, n° 450; LE PAIGE, A., *Les voies de recours*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 41, n° 53; Bruxelles, 19 janvier 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 93.

⁵¹ CLOSSET-MARCHAL, G., «Les voies de recours», *o.c.*, p. 319, n° 6.

devant la cour d'appel. La recevabilité de cet appel n'est guère plus soumise à la condition que la cause soit encore urgente au stade de l'appel. L'exécution provisoire n'ayant lieu qu'aux risques et périls de celui qui la poursuit, la voie de l'appel doit demeurer ouverte, nonobstant l'exécution éventuelle de l'ordonnance sur référé ou la disparition de l'urgence, afin précisément de permettre d'engager la responsabilité de la partie qui a obtenu gain de cause devant le président et d'obtenir la réparation du préjudice causé par l'exécution de l'ordonnance réformée en appel. Comme nous le verrons ci-après, cette solution rejaillit également sur l'office du juge d'appel confronté à la disparition de l'urgence en degré d'appel⁵².

3. Apparition ou disparition de l'urgence en degré d'appel

8. **Moment de l'appréciation de l'urgence en degré d'appel.** Il est fermement établi en doctrine⁵³ et en jurisprudence⁵⁴, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 1976⁵⁵, que l'urgence doit exister non seulement lors de l'introduction de la demande en référé, mais jusqu'à la clôture des débats⁵⁶, voire même au moment du prononcé de la décision⁵⁷, cette règle s'appliquant en degré d'appel. Partant, lorsqu'un litige en référé est porté devant la cour d'appel, celle-ci doit tenir compte des éléments nouveaux survenus depuis l'ordonnance rendue par le président pour apprécier souverainement l'urgence⁵⁸. Toutes les

⁵² Voy. *infra*, n° 10 et s.

⁵³ Voy. not. P. MARCHAL, *o.c.*, p. 52, n° 20; KRINGS, E., «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; LAËNENS, J., «Overzicht van rechtspraak (1993-2000)», *o.c.*, p. 1504, n° 8; CLOSSET-MARCHAL, G., «L'urgence», *o.c.*, p. 26 et «Les voies de recours», *o.c.*, p. 319, n° 6; DE LEVAL, G., «Le référé», *o.c.*, p. 146; BEERNAERT, S., *o.c.*, p. 1343, n° 9.

⁵⁴ Liège, 3 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 37; Liège, 26 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 838; Liège, 17 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 667; Bruxelles, 4 mai 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 84; Liège, 23 mars 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 323; Bruxelles, 19 janvier 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 93; Liège, 15 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 335; Bruxelles, 8 septembre 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 284; Bruxelles, 20 janvier 2000, *A.M.*, 2001, p. 141; Bruxelles, 19 novembre 1999, *A.M.*, 2001, p. 139; Liège, 21 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 269; Bruxelles, 22 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 321; Bruxelles, 15 mars 1996, *Ing. Cons.*, 1996, p. 286; C.T. Liège, 19 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1033; Liège, 19 octobre 1995, *J.T.*, 1996, p. 285; Bruxelles, 14 septembre 1995, *Pas.*, 1995, II, p. 57; Liège, 31 août 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1523; C.T. Bruxelles, 7 février 1991, *J.D.S.*, 1991, p. 61; Mons, 2 février 1989, *Pas.*, 1989, II, 189.

⁵⁵ Cass., 4 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 260.

⁵⁶ Liège, 19 octobre 1995, *J.T.*, 1996, p. 285; Liège, 31 août 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1523.

⁵⁷ Cass., 11 mai 1998, *Pas.*, I, 536 qui précise que «le juge statuant en référé apprécie l'urgence au moment de sa décision»; Liège, 21 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 269; Bruxelles, 3 mars 1998, *I.R.D.I.*, 1998, p. 249; Bruxelles, 22 avril 1997, *J. dr. jeun.*, 1998, n° 172, p. 28; Civ. Hasselt (réf.), 30 janvier 1997, *Limb. Rechtsl.*, 1997, p. 100. Sur cette question, voy. ENGLEBERT, J., «Inédits de droit judiciaire (X) – Référés (4)», *J.L.M.B.*, 2000, p. 360.

situations sont dès lors concevables en instance d'appel. Au terme de son arrêt, la cour d'appel peut ainsi décider que l'urgence absente en première instance n'est pas plus avérée en degré d'appel⁵⁹ ou, au contraire, estimer que l'urgence, absente lorsque le président a statué, est apparue en degré d'appel⁶⁰. La cour d'appel peut encore constater que l'urgence, admise par le président, a disparu en degré d'appel⁶¹, ce qui sera souvent le cas par suite de l'exécution de l'ordonnance dont appel.

On examinera ci-après ces deux derniers cas de figure.

9. **Apparition de l'urgence en degré d'appel.** Contrairement à une idée parfois reçue, il découle de ce que l'urgence doit être appréciée par le juge d'appel de référé «au moment de sa décision», qu'une demande qui n'était pas urgente en première instance peut le devenir, par suite de l'aggravation des circonstances ou même de l'écoulement du temps, en degré d'appel⁶². La mesure provisoire refusée en première instance peut partant être accordée en degré d'appel⁶³, même si l'urgence est apparue entre les deux instances⁶⁴.

10. **Disparition de l'urgence en degré d'appel.** Que doit par contre décider la cour d'appel lorsqu'elle constate souverainement en fait que l'urgence n'existe plus à la date de la clôture des débats ou du prononcé de son arrêt? En d'autres termes, quelle attitude le juge d'appel de référé doit-il adopter suite à la disparition de l'urgence au stade de l'appel?

Les réponses données à cette interrogation varient.

Selon certains arrêts, la cour d'appel devrait constater qu'elle est devenue incompétente⁶⁵. De telles décisions sont en contradiction flagrante avec la solution retenue par la Cour de cassation dans ses deux arrêts du 11 mai 1990^{66,67}. Comme l'a récemment rappelé la cour d'appel de Bruxelles, «dès lors que l'urgence a été invoquée dans la citation originaire, il est satisfait à cette

⁵⁸ Bruxelles, 4 mai 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 84; Gand, 14 mai 1998, *I.R.D.I.*, 1998, p. 354; Liège, 7 mai 1998, *J.T.*, 1998, p. 552; Bruxelles, 22 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 321; Gand, 17 avril 1996, *P. & B.*, 1996, p. 226; Bruxelles, 15 mars 1996, *Ing.-Cons.*, 1996, p. 286; CLOSSET-MARCHAL, G., «Les voies de recours», *o.c.*, p. 319, n° 6; ROUARD, P., *o.c.*, p. 758, n° 910. Comp. en France, NORMAND, J., «Les voies de recours», in *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 348.

⁵⁹ Voy. par exemple, Bruxelles, 19 novembre 1999, *A.M.*, 2001, p. 139.

⁶⁰ Voy. par exemple, Bruxelles (2^{ème} ch.), 27 octobre 2000, *R.R.* n° 1999/KR/361, *inédit*.

⁶¹ Voy. par exemple, Bruxelles, 20 janvier 2000, *A.M.*, 2001, p. 141.

⁶² LINDEMANS, D., *o.c.*, p. 88, n° 122; Bruxelles (2^{ème} ch.), 27 octobre 2000, *R.R.*, n° 1999/KR/361, *inédit*.

⁶³ Voy. par exemple, Bruxelles, 9 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 338.

⁶⁴ DE LEVAL, G., «Le référé...», *o.c.*, p. 871, n° 23, note (75).

⁶⁵ Liège, 21 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 269; voy. ég. Liège, 20 décembre 1999, *inédit*, mais cité par ENGLEBERT, J., «Inédits de droit judiciaire (X) – Référés (4)», *o.c.*, p. 360.

⁶⁶ Cass., 11 mai 1990, *Pas.*, I, 1045 et 1050. Le deuxième de ces arrêts (n° 537) stigmatise d'ailleurs l'utilisation par les juges d'appel des termes «incompétence».

⁶⁷ Voy. ég. ENGLEBERT, J., «Inédits de droit judiciaire (X) – Référés (4)», *o.c.*, p. 360 qui critique à très juste titre un arrêt inédit de la cour d'appel de Mons du 8 novembre 1999 ayant statué dans le même sens.

*condition de compétence de la juridiction des référés. L'examen de la réalité de l'urgence – s'appréciant au jour où le juge statue, y compris en degré d'appel – est une question de fondement de la demande en référé*⁶⁸. Ces arrêts nous paraissent en outre méconnaître les règles gouvernant le pouvoir de juridiction de la cour d'appel et de la cour du travail qui sont respectivement compétentes pour connaître des ordonnances «sur référé» rendues par les présidents du tribunal de première instance et du tribunal du commerce (art. 602, 2° du Code judiciaire) et par le président du tribunal du travail (art. 607 du Code judiciaire)⁶⁹. La disparition de l'urgence en instance d'appel n'a pas pour effet de leur ôter cette compétence.

Pour d'autres décisions, les juges d'appel devraient simplement constater qu'il n'y a plus lieu à référé en degré d'appel⁷⁰. Cette formulation paraît plus conforme aux principes⁷¹. La cour d'appel, statuant en appel de référé, doit considérer, lorsque l'urgence était invoquée dans l'acte introductif d'instance, que le premier juge et, partant, elle-même sont compétents pour connaître de la demande en référé mais que, en raison de la disparition de l'urgence, cette demande doit, à ce stade, être déclarée non fondée.

11. Sort de l'ordonnance entreprise en cas disparition de l'urgence en instance d'appel (jurisprudence des cours d'appel). Dès lors qu'elle constate que l'urgence a disparu et qu'il n'y a dès lors plus lieu à référé en degré d'appel, quel sort la cour d'appel doit-elle réserver à l'ordonnance rendue en première instance lorsque celle-ci a fait droit aux mesures provisoires initialement sollicitées?

Une fois encore, les réponses apportées à cette question en jurisprudence sont très diverses.

Certains arrêts, déjà évoqués, constatent leur incompétence pour statuer en degré d'appel et ne se prononcent dès lors pas sur la confirmation ou la réformation de l'ordonnance entreprise⁷². D'autres décisions constatant la disparition de l'urgence mettent *ipso facto* à néant la décision attaquée⁷³. D'autres arrêts disent simplement qu'il y n'a pas ou plus lieu à référé sans se préoccuper

⁶⁸ Bruxelles, 8 septembre 2000, R.P.S., 2000, p. 284. Voy. ég. Bruxelles, 19 janvier 2001, R.P.S., 2001, p. 93; Bruxelles, 19 novembre 1996, Pas., 1996, II, 119. La Cour de cassation vient de rappeler cette solution dans un arrêt du 10 avril 2003 (C.02.0229.F, www.cass.be).

⁶⁹ Voy. LINDEMANS, D., o.c., p. 87, n° 121; STRANART, A.-M., «Principes généraux», in *La juridiction des référés*, Charleroi, C.I.Fo.P., 1976, p. 7. Comp. toutefois, Cass., 19 avril 2002, C.01.0014.F, inédit.

⁷⁰ Voy. par exemple, Bruxelles, 14 septembre 1995, Pas., 1995, II, p. 57; Liège, 19 octobre 1995, J.T., 1996, p. 285; Liège, 13 octobre 1986, R.F. n° 4887/85, inédit, cité par DE LEVAL, G., «Inédits de compétence et de procédure», J.L.M.B., 1987, p. 74.

⁷¹ Voy. dans ce sens, Cass., 9 juin 2000, Pas., I, 1051.

⁷² Voy. not. Liège, 21 décembre 1999, J.T., 2000, p. 269.

⁷³ Bruxelles, 20 janvier 2000, A.M., 2001, p. 141; Liège, 19 octobre 1995, J.T., 1996, p. 285 qui décide en outre que «l'existence de l'astreinte dépend nécessairement de l'existence de la condamnation sur la demande principale; que si, comme en l'espèce, la condamnation disparaît, l'astreinte perd toute raison d'être».

du sort de l'ordonnance dont appel⁷⁴. Dans un arrêt du 23 mars 2001, la cour d'appel de Liège va même jusqu'à décider que, dès lors que la mesure ordonnée par le premier juge a été exécutée, il n'est plus possible pour le juge d'appel «de se prononcer sur les mérites de l'ordonnance entreprise» et «qu'est donc vain le débat que les parties poursuivent sur le point de savoir si la condition de l'urgence était remplie lorsque l'action fut intentée (...); que l'est tout autant le débat sous l'angle de la condition du 'provisoire' et relatif à la pertinence en fait comme en droit de la thèse avancée par le premier juge et à la justification de son droit d'empiéter aussi largement sur le fond dans le cadre d'un référé»⁷⁵. Dans un arrêt du 3 décembre 2002, la même cour d'appel dit encore qu'il n'y a plus lieu à référé «en sorte que la cour n'a plus à examiner le fondement de la demande [du demandeur originaire]»⁷⁶ et ce, même si la condamnation de première instance était assortie d'astreintes et que celles-ci ont été partiellement encourues⁷⁷.

Pour toutes ces décisions, la disparition de l'urgence au stade de l'appel interdit donc aux juges d'appel d'examiner le bien-fondé et la régularité de l'ordonnance entreprise. Pour des raisons qui demeurent obscures, celle-ci se voit tantôt mise à néant, tantôt (implicitement) maintenue.

Une autre partie de la jurisprudence des cours d'appel nous paraît beaucoup plus conforme aux principes.

Dans son excellent arrêt du 22 juin 2001 déjà signalé⁷⁸, la cour d'appel de Bruxelles précise ainsi que «il n'est pas contesté que l'urgence n'existe plus au jour où la Cour statue mais la question continue à se poser de savoir si au jour où le premier juge a statué, il y avait urgence à ordonner les mesures précisées au dispositif de l'ordonnance»⁷⁹. Considérant à la suite de son examen qu'il n'y avait pas urgence au jour où le premier juge a statué, la cour d'appel décide

⁷⁴ Voy. par exemple, Bruxelles, 14 septembre 1995, Pas., 1995, II, p. 57 qui relève cependant dans ses motifs qu'«à bon droit le premier juge a pu considérer que, au moment de l'intentement de l'action, le recours à la juridiction des référés était admissible dès lors qu'il s'agissait d'aménager une situation d'attente jusqu'à la décision au fond (critère du provisoire) en parant à l'exécution d'une voie de fait aux conséquences préjudiciables (critère de l'urgence)» et confirme ainsi implicitement mais certainement l'ordonnance entreprise.

⁷⁵ Liège, 23 mars 2001, R.R.D., 2001, p. 323. Dans la même décision, l'arrêt décide de manière contradictoire que «l'astreinte prononcée par le premier juge ne saurait être réclamée dès lors qu'il a été satisfait à l'ordre donné et qu'au moment de la clôture des débats en appel, il est constaté que la livraison du véhicule a eu lieu et que la demande est devenue sans objet».

⁷⁶ Liège, 3 décembre 2002, J.L.M.B., 2003, p. 37.

⁷⁷ Voy. ég. Liège, 20 décembre 1999, inédit, mais cité par ENGLEBERT, J., «Inédits de droit judiciaire X – Référés (4)», o.c., p. 360 qui décide que «le caractère accessoire de l'astreinte commande de décider que si la cour, statuant en référé, ne s'estime plus compétente à défaut d'urgence pour statuer sur la demande principale, elle ne l'est plus non plus pour confirmer ou réformer la décision en ce qu'elle porte sur la condamnation accessoire à l'astreinte».

⁷⁸ Bruxelles, 22 juin 2001, J.T., 2001, p. 840.

⁷⁹ Voy. ég. Liège, 7^{ème} chambre, 8 février 2000, n° 1999/RF/208, inédit.

partant qu'il n'y avait pas matière à référé et met à néant l'ordonnance attaquée⁸⁰.

Dans un tout aussi remarquable arrêt du 15 novembre 2000, la cour d'appel de Liège décide pareillement 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 rationae materiae, s'il a correctement apprécié les faits de la cause et si l'astreinte qu'il a ordonnée était justifiée*»⁸¹. «*A défaut d'adopter cette solution*», précise la cour, «*soit l'appelante est privée d'un degré de juridiction, soit l'intimée voit sa procédure dénuée de toute sanction efficace*».

Analysant les solutions précédemment retenues en jurisprudence, la cour d'appel de Liège estime en effet qu'aucune d'elles n'est satisfaisante. L'arrêt du 15 novembre 2000 relève tout d'abord que si le juge d'appel devait considérer que la disparition de l'urgence en degré d'appel emporte la mise à néant de plein droit de l'ordonnance de première instance, assortie le cas échéant, d'une astreinte, l'appelant pourrait «*avoir intérêt à faire traîner la procédure d'appel jusqu'à la disparition de l'urgence*» et, «*dans ce cas de figure, l'astreinte prononcée par le premier juge sera toujours inutile car dénuée d'effet puisque disparaissant avec la compétence du juge d'appel pour confirmer la mesure*». Si, en revanche, énonce l'arrêt du 15 novembre 2000, le juge d'appel était tenu de décider que lorsque l'urgence disparaît, il n'est plus compétent pour statuer sur la demande principale et sur l'astreinte, «*il laisserait subsister la décision entreprise, tant dans sa demande principale que subsidiaire – l'astreinte – privant ainsi les justiciables d'un second degré de juridiction quant au point de savoir si, au jour où cette décision a été prise par le juge d'instance, elle était ou non fondée*». L'arrêt du 15 novembre 2000 rappelle à ce dernier égard que «*le juge du fond ne peut réformer une ordonnance du juge des référés et qu'il s'ensuit que l'astreinte qui est prononcée par ce juge ne peut être modifiée que par lui en sorte que, à défaut de réformation par le juge de référé d'appel, seule une procédure en révision pourrait, dans les conditions limitativement énumérées par la loi, être introduite devant le juge qui a prononcé l'astreinte*»⁸².

⁸⁰ Comp. Bruxelles, 19 décembre 1996, *Pas.*, 1996, II, 119 qui, après avoir constaté que l'ordonnance entreprise a été exécutée, décide «*qu'il y a urgence à ce que le juge d'appel vérifie la légalité de la mesure prise par le premier juge*».

⁸¹ Liège, 15 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 335. Voy. ég. dans le même sens, Liège, 17 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 667.

⁸² Le juge des saisies de Verviers a ainsi eu à connaître d'une espèce dans laquelle la cour d'appel s'était bornée à constater qu'en raison de l'exécution de la décision de première instance et de la disparition subséquente de l'urgence, elle était «*incompétente*» et ne s'était pas prononcée sur le sort à réserver à l'ordonnance prononcée en première instance. Le juge des saisies n'a eu d'autre possibilité que de considérer que les astreintes encourues en raison de la décision du premier juge restaient dues dès lors que l'ordonnance de première instance n'avait pas été mise à néant par la cour d'appel (voy. Civ. Verviers (sais.), 31 mai 2002, *R.D.J.P.*, 2002, p. 198).

12. Sort de l'ordonnance entreprise en cas de disparition de l'urgence en instance d'appel (jurisprudence de la Cour de cassation). La Cour de cassation a également eu l'occasion de se prononcer à deux reprises sur cette délicate question, d'une manière qui ne nous paraît toutefois pas exempte de toute critique.

Dans un arrêt du 9 juin 2000⁸³, la Cour a décidé que «*par le fait même qu'il doit apprécier une mesure provisoire, le juge d'appel saisi de l'appel interjeté par le défendeur en référé auquel une mesure provisoire a été imposée, n'est pas tenu de statuer sur la mesure demandée et ordonnée eu égard aux droits apparents des parties mais peut se borner à statuer eu égard au caractère urgent de la cause*». La Cour rejette partant comme manquant en droit, la seconde branche du moyen de cassation pris de la violation des articles 584, 1039 et 1068 du Code judiciaire qui reprochait aux juges d'appel d'avoir refusé d'examiner la validité ou la légalité de la décision du premier juge dès lors qu'ils avaient constaté que «*en raison de la limitation de sa durée la décision contestée en l'espèce ne peut plus avoir d'effet et que, de facto, il y a été mis fin depuis longtemps*». Plus précisément, le demandeur faisait valoir que «*suite à l'appel interjeté par le demandeur contre l'ordonnance de référé, la cour d'appel était tenue de statuer non seulement sur la recevabilité contestée de la demande en référé mais aussi sur la question de savoir si, après examen des droits apparents des parties, les mesures demandées et les contraintes pouvaient ou non être ordonnées*».

En refusant d'accueillir ce moyen, la Cour de cassation paraît considérer, à l'instar de certains arrêts des cours d'appel précités, que lorsque l'urgence disparaît en degré d'appel, la cause n'est plus «*susceptible d'instruction en référé*» et que, partant, et nonobstant l'effet dévolutif de l'appel, le juge de l'appel de référé «*n'est pas tenu de statuer sur la mesure demandée et ordonnée eu égard aux droits apparents des parties, mais peut se borner*» à constater qu'il n'y a plus d'urgence. L'appelant, condamné en première instance, se voit ainsi étrangement privé du droit d'obtenir une vérification par les juges d'appel de la régularité et de la légalité de l'ordonnance présidentielle puisque ceux-ci sont, par suite de la disparition de l'urgence, dispensés de statuer «*sur la recevabilité contestée de la demande en référé mais aussi sur la question de savoir si, après examen des droits apparents des parties, les mesures demandées et les contraintes pouvaient ou non être ordonnées*».

La Cour a récemment confirmé cette solution dans un arrêt du 19 septembre 2002⁸⁴ à propos d'une espèce dans laquelle les juges d'appel avaient été appelés à statuer sur l'appel interjeté contre une décision de référé après que le juge du fond se soit prononcé sur le litige.

Par une ordonnance du 3 novembre 1999, le président du tribunal de première instance de Tournai avait fait interdiction au défendeur en cassation et à ses

⁸³ Cass., 9 juin 2000, *Pas.*, I, 1051.

⁸⁴ Cass., 19 septembre 2002, C.01.0527.F, inédit.

chasseurs de s'engager sur les terres exploitées par le demandeur en cassation. Suite à l'action introduite au fond par le demandeur en cassation, le juge de paix du premier canton de Tournai avait prononcé la même interdiction par un jugement du 28 juin 2000. Par un arrêt du 17 octobre 2000, la cour d'appel de Mons avait décidé que la demande originaire en référé ainsi que les demandes reconventionnelles étaient devenues sans objet suite au prononcé de la décision au fond. Le demandeur en cassation avait dirigé contre cet arrêt un moyen pris de la violation des articles 12, 602, 2°, 700, 780, 1035, 1042 et 1068 du Code judiciaire, qui soutenait notamment que la demande originaire n'était pas devenue sans objet suite au jugement au fond qui avait prononcé au bénéfice du demandeur une interdiction de passage identique à celle ordonnée par le juge des référés, dans la mesure où l'interdiction prononcée par la décision au fond valait uniquement pour l'avenir. La Cour de cassation a rejeté le moyen comme manquant en droit au motif que «*par cela même qu'il doit apprécier une mesure provisoire, le juge d'appel, saisi du recours formé par le défendeur auquel une mesure provisoire a été imposée, n'est pas tenu de statuer sur la mesure demandée et ordonnée par le juge des référés eu égard aux droits apparents des parties et peut se borner à constater que cette mesure est devenue sans objet suite à la décision rendue par le juge du fond*».

Il est intéressant de souligner que c'est ici le demandeur en référé, qui avait obtenu gain de cause en première instance, qui reprochait à la cour d'appel, suite à l'appel interjeté par le défendeur en référé, d'avoir déclaré «sans objet» la demande originaire en référé suite au prononcé d'un jugement au fond. Le défendeur originaire, condamné en première instance, se trouvait en effet dans une position relativement favorable puisque l'interdiction prononcée par le président s'était vue subitement effacée de l'ordre juridique sans que la cour d'appel ne se soit prononcée sur son bien-fondé. A l'inverse, l'intimé qui avait obtenu gain de cause en première instance avait vu pour sa part implicitement mise à néant l'ordonnance qu'il avait obtenue en première instance⁸⁵.

13. Sort de l'ordonnance entreprise en cas de disparition de l'urgence en instance d'appel (appréciation critique). Par ses arrêts des 9 juin 2000 et 19 septembre 2002, la Cour de cassation semble donc admettre que le juge d'appel n'est pas tenu de se prononcer sur la confirmation ou la réformation de l'ordonnance entreprise mais qu'il peut se borner à constater qu'il n'y a plus lieu à intervention du juge des référés en raison de la disparition de l'urgence au stade de l'appel.

⁸⁵ Pourtant, comme le soutenait l'intimé, demandeur en cassation, l'interdiction qu'il avait obtenue de la part du président n'était pas devenue sans objet suite au prononcé de la décision du juge du fond puisqu'elle portait sur une période antérieure à celle visée par le jugement au principal. Conformément aux principes qui ont été rappelés (*supra*, n° 3), l'intimé avait donc un intérêt à ce que le titre qu'il avait obtenu en référé (assorti, le cas échéant, d'astreintes) reste valide jusqu'au prononcé de la décision du juge du fond.

En acceptant, dans l'arrêt du 9 juin 2000, que la cour d'appel puisse ainsi se limiter à décider que la cause n'est plus urgente, la Cour de cassation dénie à l'appelant le droit de faire constater l'illégalité ou l'irrégularité dont serait entachée l'ordonnance présidentielle⁸⁶ et d'en obtenir la réformation, avec effet rétroactif et les conséquences qu'elle emporte sur le plan de la restitution des astreintes et la réparation des dommages causés par l'exécution de la décision⁸⁷. Or, comme le relevait M. le procureur général P. 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*»⁸⁸. Dès lors que la cour d'appel est dispensée de l'obligation d'examiner la légalité des mesures prononcées en première instance au seul motif que l'urgence qu'il y avait à ordonner ces mesures a disparu en degré d'appel, l'appelant se voit également privé du droit au double degré de juridiction qui lui est pourtant accordé par l'article 616 du Code judiciaire. Il perd en effet la possibilité de faire réexaminer par les juges du degré supérieur l'ordonnance rendue par le président et d'obtenir, le cas échéant, la censure des erreurs de fait ou droit commises par celui-ci⁸⁹.

Il nous paraît en outre que la cour d'appel qui se borne à se déclarer incompétente ou à constater qu'il n'y a plus lieu à référé sans examiner le bien-fondé de l'ordonnance qui lui est déferée, ne statue pas sur les fins de la requête d'appel⁹⁰ et, partant, viole les articles 1050, 1068 et 1138, 3° du Code judiciaire. Par son acte d'appel, l'appelant, condamné en première instance, postule en effet la réformation ou l'annulation de l'ordonnance «*sur référé*»⁹¹. En ne statuant pas sur son recours, mais en se bornant à constater la disparition de l'urgence, la cour d'appel ne vide pas sa saisine. L'appel est avant tout, il ne faut pas l'oublier, «*la voie de réformation du premier juge*»⁹².

Toutes ces difficultés ne pourraient-elles pas être résolues en considérant que lorsqu'il décide qu'il n'y a plus lieu à référé, l'arrêt de la cour d'appel emporte

⁸⁶ Voy. LINDEMANS, D., *o.c.*, p. 171, n° 296 qui relève que «*daardoor wordt in feite het rechtsmiddel van hoger beroep uitgehold*» et que «*huvendien zal de eisende partij in dergelijk geval meestal de kosten van beide instanties moeten dragen*».

⁸⁷ Voy. *supra*, n° 3. On peut également se demander si raisonner en ces termes ne revient en réalité pas à rendre sans intérêt l'appel interjeté contre une ordonnance de référé qui a été exécutée par l'appelant (puisque cette exécution entraîne la disparition de l'urgence) et à transformer l'urgence en condition de recevabilité de cet appel (comp. *supra*, n° 7).

⁸⁸ *Pas.*, 1930, I, 98. Nous soulignons.

⁸⁹ Voy. dans ce sens, Liège, 15 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 335.

⁹⁰ Et non de la demande originaire, comme le soutenait erronément le pourvoi ayant conduit au prononcé de l'arrêt précité du 9 juin 2000. En effet, en déclarant qu'il n'y a plus lieu à référé, la cour d'appel se prononce sur la recevabilité et le bien-fondé de cette demande mais pour l'avenir, *ex tunc*, sans se préoccuper du sort de l'ordonnance entreprise qui, à défaut de réformation, doit être considérée comme maintenue pour le passé.

⁹¹ C'est la raison pour laquelle, au terme de l'article 1057, 7° du Code judiciaire, l'acte d'appel doit contenir, à peine de nullité, l'énonciation des griefs de l'appelant (BROECKX, K., *o.c.*, p. 72, n° 130).

⁹² FETTWEIS, A., *o.c.*, p. 492, n° 734.

une réformation « implicite » de l'ordonnance présidentielle? C'est la solution qui avait apparemment été retenue par la cour d'appel de Mons dans l'espèce ayant conduit au prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 septembre 2002. Comme on l'a indiqué, un tel procédé est inéquitable pour l'intimé qui a obtenu gain de cause en première instance et qui voit l'ordonnance présidentielle réformée par le seul effet du temps et non en raison des éventuels vices dont elle serait entachée⁹³. Afin de rencontrer ce dernier écueil, un auteur a récemment proposé que lorsque l'ordonnance rendue par le premier juge est « réformée » par suite de la disparition de l'urgence, une exception soit apportée au régime de la responsabilité objective prévue par l'article 1398, alinéa 2, du Code judiciaire⁹⁴. Une telle « réformation » devrait, selon cet auteur, produire les mêmes effets qu'une décision en sens contraire ultérieurement rendue par le juge du fond, c'est-à-dire qu'elle ne produirait pas d'effet rétroactif mais n'aurait lieu qu'*ex nunc*⁹⁵.

Une telle proposition, qui permet de préserver les droits de l'intimé qui a obtenu gain de cause devant le président, se heurte cependant aux critiques précédemment émises en ce qui concerne la situation de l'appelant. Ce dernier dispose en effet, lorsqu'il a été condamné en première instance, d'un intérêt à obtenir la réformation de la décision de première instance avec toutes les conséquences qui s'y attachent. En considérant que la disparition de l'urgence en degré d'appel conduit à une réformation – quelque peu « minimaliste » – de l'ordonnance « sur référé », on prive le défendeur originaire du droit d'obtenir la réparation du dommage qui lui a été causé par l'exécution de l'ordonnance de première instance et la restitution des éventuelles astreintes qui auraient été encourues par suite de celle-ci.

En conclusion, on peut accepter que, statuant dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel, la cour d'appel constate que l'urgence a disparu et que, partant, la demande originaire est devenue sans objet et qu'il n'y a plus lieu à référé à ce stade⁹⁶. On ne peut en revanche admettre que la cour d'appel se limite à cette constatation et qu'elle ne vérifie pas si, *au moment où le président a statué*, il y avait une urgence et des apparences de droit justifiant les mesures provisoires figurant au dispositif de l'ordonnance dont appel. Par conséquent, même si l'urgence a disparu au stade de l'appel, notamment par suite de l'exécution de la décision de première instance, la cour d'appel est tenue de vérifier la légalité et la régularité de l'ordonnance « sur référé » et, en particulier, si les conditions d'urgence et de provisoire étaient réunies lorsque l'ordonnance a été prononcée. En d'autres termes encore, même si elle constate qu'il n'y a plus lieu à référé en degré d'appel, la cour d'appel est tenue de confirmer ou de réformer expressément la décision du président.

⁹³ Voy. dans ce sens, Liège, 15 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 335.

⁹⁴ BEERNAERT, S., *o.c.*, p. 1349, n° 35. Voy. également WAGNER, K., *o.c.*, p. 12, n° 11.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 1350, n° 35.

⁹⁶ Voy. *supra*, n° 10.

Concrètement, dans le dispositif de son arrêt, la juridiction d'appel doit, dans un premier temps, se prononcer sur le sort qu'elle entend réserver à l'ordonnance dont appel et, dans l'hypothèse où elle confirme cette décision, elle doit ensuite, statuant à nouveau en degré d'appel, dire qu'il n'y a plus lieu à référé à ce stade. Le dispositif de l'arrêt déjà cité de la cour d'appel de Liège du 15 novembre 2000 peut à cet égard servir de « modèle ». Dans celui-ci, les juges d'appel constatent tout d'abord « *qu'au jour où le premier juge a statué, il était compétent et qu'il a correctement apprécié les faits tout en assortissant sa décision d'une astreinte excessive* » et confirment dès lors la décision entreprise sous l'émendation que l'astreinte est réduite. Enfin, ils constatent « *qu'actuellement, il n'y a plus urgence et qu'en conséquence, actuellement le référé n'a plus d'objet* ». Seule cette solution permet à l'appel de référé de remplir pleinement le rôle essentiel qui est le sien.

4. Effet dévolutif de l'appel et persistance de l'absence d'urgence et de provisoire en degré d'appel

14. Effet dévolutif et appel de référé. L'article 1068, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire confère à l'appel un effet dévolutif élargi saisissant de plein droit la juridiction d'appel de l'ensemble des points litigieux quand bien même ceux-ci n'auraient pas été abordés et débattus devant le premier juge. Bien que cette disposition ne vise que l'appel formé contre les jugements définitifs et avant dire droit, il est constant que l'effet dévolutif s'attache également à l'appel formé contre une ordonnance « sur référé »⁹⁷.

Dans cette matière, le principe de l'effet dévolutif signifie cependant uniquement que le juge d'appel est saisi de l'intégralité du provisoire. La cour d'appel ne pourrait être saisie du fond du litige⁹⁸, l'effet dévolutif renforcé ne pouvant avoir pour conséquence de conférer au juge d'appel plus de pouvoirs que n'en avait le premier juge⁹⁹.

C'est ainsi que lorsque le juge d'appel qui est saisi de la contestation en référé considère que c'est à bon droit que le premier juge des référés a décidé que la demande excède les limites du provisoire, il n'est pas tenu, par suite de l'effet dévolutif de l'appel, de statuer sur des chefs de demande qui ne relèvent pas de la compétence du juge des référés¹⁰⁰.

⁹⁷ CLOSSET-MARCHAL, G., « Les voies de recours », *o.c.*, p. 319, n° 6.

⁹⁸ FETTWEIS, A., *o.c.*, p. 530, n° 816.

⁹⁹ CLOSSET-MARCHAL, G., « Les voies de recours », *o.c.*, p. 320, n° 7; VAN COMPERNOLLE, J., « Considérations sur l'effet dévolutif de l'appel dans le Code judiciaire », note sous Cass., 24 décembre 1987 (2 arrêts) et Cass., 5 mai 1998, *R.C.J.B.*, 1989, p. 526, n° 4.

¹⁰⁰ Cass., 14 juin 1991, *Pas.*, I, 899; Cass., 26 novembre 1998, *Pas.*, I, 1159.

De même, lorsqu'elle constate que la demande en référé ne présente pas un caractère d'urgence et que dès lors elle est non fondée, la cour d'appel ne peut connaître du fond de la cause¹⁰¹ et ne doit pas, lorsqu'elle n'est pas le juge d'appel compétent, renvoyer la cause à la juridiction d'appel qu'elle estime compétente¹⁰².

15. Effet dévolutif de l'appel et déclinatoires de la compétence présidentielle. Il serait toutefois faux d'énoncer que l'effet dévolutif élargi de l'appel ne permettrait en aucun cas à la juridiction d'appel de connaître du fond d'une cause soumise en première instance au juge des référés¹⁰³. La juridiction d'appel doit en effet vérifier, même d'office, la compétence du premier juge pour apprécier sa propre compétence à connaître de l'appel introduit devant elle, cet appel fût-il limité au fondement des demandes dont le premier juge avait été saisi¹⁰⁴. Lorsqu'il constate l'incompétence du juge des référés pour connaître de la demande – parce que l'urgence n'était pas invoquée dans l'acte introductif¹⁰⁵ ou parce que le premier juge n'était pas compétent *ratione materiae* en raison de l'objet du litige¹⁰⁶ –, la cour d'appel est tenue de vérifier si celle-ci relève de sa propre compétence en tant que juge d'appel compétent du premier degré¹⁰⁷. Si tel est le cas, il lui appartient, par l'effet dévolutif de l'appel, de saisir de la cause. Dans l'hypothèse inverse, elle doit renvoyer la cause au juge d'appel compétent¹⁰⁸.

En vertu de ces principes, il est établi depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 11 mai 1990¹⁰⁹, que le juge d'appel des référés est tenu de se prononcer sur le fond de la cause lorsqu'il constate que l'urgence n'était pas invoquée dans l'acte introductif d'instance et que, partant, le premier juge était incompétent pour connaître de la demande¹¹⁰.

¹⁰¹ Cass., 11 mai 1990, *Pas.*, I, 1050.

¹⁰² Cass., 6 mai 1991, *Pas.*, I, 788.

¹⁰³ Sur l'ensemble de cette question, voy. not. H. BOULARBAH, «L'effet dévolutif de l'appel et le sort en degré d'appel des déclinatoires de la compétence du juge siégeant en référé et comme en référé en matière commerciale», *R.D.C.*, 1999, pp. 97 et s.

¹⁰⁴ Cass., 19 avril 2002, C.01.0014.F, *inédit*, précédé des conclusions de M. l'avocat général Henkes.

¹⁰⁵ Voy. par exemple, Bruxelles, 15 février 1995, *Pas.*, 1994, II, 45.

¹⁰⁶ Voy. par exemple, Bruxelles, 13 avril 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 83 à propos de l'appel dirigé contre une ordonnance de production de pièces prononcée par le président du tribunal de commerce alors que cette demande relevait de la compétence du président du tribunal de première instance.

¹⁰⁷ MARCHAL, P., *o.c.*, p. 53, n° 22. Voy. par exemple, Bruxelles, 13 avril 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 83.

¹⁰⁸ Bruxelles, 15 février 1995, *Pas.*, 1994, II, 45; Bruxelles, 7 juin 1995, *Pas.*, 1995, II, 33 (à propos d'une demande incidente).

¹⁰⁹ Cass., 11 mai 1990, *Pas.*, I, 1045 (n° 535).

¹¹⁰ MARCHAL, P., *o.c.*, p. 92, n° 75.

5. Conclusion

16. Confirmation du rôle spécifique de l'appel de référé. Sous réserve de quelques particularités qui résultent de la nature même d'une décision prise sur le visa de l'urgence, l'appel des ordonnances «*sur référé*» est largement régi par les règles ordinaires¹¹¹.

En raison de l'autonomie de la procédure de référé par rapport à l'instance au principal et du contrôle particulièrement réduit qu'exerce la Cour de cassation en cette matière, l'appel des ordonnances sur référé exerce néanmoins un rôle particulièrement important. D'une part, il constitue la seule voie permettant d'obtenir la réformation avec effet rétroactif de la décision présidentielle¹¹². Or, celle-ci est indispensable pour obtenir la restitution d'astreintes encourues en raison de cette décision ou la réparation du préjudice causé par l'exécution de l'ordonnance. D'autre part, l'appel de référé permet de censurer l'appréciation de l'urgence, du provisoire et de l'apparence des droits à laquelle s'est livrée le président. Il constitue à cet égard le dernier rempart contre l'erreur de fait, de droit ou de procédure alors que la Cour de cassation ne constitue, en la matière, plus que le rempart contre l'erreur «manifeste» ou «déraisonnable» de droit¹¹³. Cette fonction «disciplinaire»¹¹⁴ de l'appel de référé a pour conséquence que l'exécution de l'ordonnance dont appel ne prive pas le recours d'intérêt et que cet appel n'est pas subordonné à la démonstration d'une urgence¹¹⁵. De même, lorsqu'elle constate que l'urgence a disparu en instance d'appel, notamment en raison de l'exécution de la décision de première instance, la cour d'appel ne peut se borner à dire pour droit qu'il n'y a plus lieu à référé. Elle doit, selon nous, se prononcer en outre sur la régularité et le bien-fondé de l'ordonnance dont appel¹¹⁶.

La mission de «censeur» dévolue au juge d'appel de référé est enfin illustrée par le sort en degré d'appel des déclinatoires de la compétence présidentielle¹¹⁷. La cour d'appel est en effet appelée à vérifier, le cas échéant d'office, si le président qui a rendu la décision entreprise devant elle était bien matériellement et territorialement compétent. Dans l'hypothèse où la juridiction d'appel conclut à l'incompétence du premier juge, elle est tenue de renvoyer la cause au juge d'appel compétent, ce qui, dans certains cas limités, pourra la conduire à statuer elle-même sur le fond de la cause.

¹¹¹ Voy. *supra*, n° 1.

¹¹² Voy. *supra*, n° 3.

¹¹³ Voy. *supra*, n° 4.

¹¹⁴ Sur la notion de rôle disciplinaire en matière de voies de recours, voy. PERDRIAU, A., «Le rôle disciplinaire du juge de cassation», *J.C.P.*, éd. Gén., 2002, I-150, p. 1292, n° 3.

¹¹⁵ Voy. *supra*, n° 7.

¹¹⁶ Voy. *supra*, n° 13.

¹¹⁷ Voy. *supra*, n° 14.

IMPERAT LEX

LIBER AMICORUM
PIERRE MARCHAL

