

Entendu madame Molle, avocat général, en son avis oral conforme,
 Déclare l'appel irrecevable.
 Condamne monsieur E.K. aux dépens de la procédure d'appel, liquidés à 90 € (indemnité de procédure) pour madame N.A.
 Renvoie la cause au premier juge.
 (...)

Note – Nature et appelabilité des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire

1. Faits – Monsieur K. et Madame A. sont en instance de divorce devant le Tribunal de la famille de Bruxelles. Ils ont deux enfants communs, tous deux mineurs d'âge. Le Tribunal de la famille, « *statuant à titre provisoire conformément à l'article 1253ter/5 du Code judiciaire* », a ordonné la tenue d'une enquête sociale, confié l'exercice conjoint de l'autorité parentale aux deux parties, et confié l'hébergement principal des enfants à Madame A., se réservant à statuer pour le surplus.

Monsieur K. a formé appel de ce jugement et a demandé à la Cour de se saisir de l'intégralité du litige, conformément à l'effet dévolutif de l'appel. Madame A. a contesté la recevabilité et le fondement de l'appel, considérant que le jugement ne contenait que des mesures avant dire droit, et que celles-ci n'étaient du reste pas sérieusement contestables.

2. Problématique – L'arrêt annoté constitue une parfaite illustration des principes régissant désormais l'appel des jugements avant dire droit rendus en matière familiale. Il tranche correctement deux questions cruciales et épineuses. Quelle est la nature des décisions prises par le tribunal de la famille sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire ? (I). Dans quelle mesure pareilles décisions sont-elles directement appelables ? (II).

I. Nature des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 C. jud.

3. Nouvelle typologie – La première question est celle de savoir quelle est la nature exacte des mesures ordonnées sur pied de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire. L'on sait qu'avec la création du tribunal de la famille, le législateur a entendu réorganiser le régime

des « mesures provisoires », jusque-là essentiellement régies par les articles 223 du Code civil et 1280 du Code judiciaire.

Désormais, le tribunal de la famille a le pouvoir d'ordonner quatre types de mesures⁴ : celles prises en raison de l'urgence invoquée (art. 1253ter/4, § 1^{er}, C. jud.), celles prises au bénéfice de l'urgence réputée (art. 1253ter/4, § 2, 1^o à 6^o, C. jud.), celles prises en vertu de l'article 1253ter/5, C. jud., et enfin les mesures prises sur pied de l'article 19, al. 3, C. jud.

4. Urgence invoquée – Il y a d'abord les mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/4, § 1^{er}, du Code judiciaire, dans le cadre de l'urgence dite « *invoquée* ». Le législateur y a réservé la possibilité aux parties d'agir en référé devant le tribunal de la famille, à condition d'invoquer l'urgence et de la démontrer. Ici, le tribunal de la famille fait office de juge des référés (sans préjudice de la compétence propre du président du tribunal, qui peut être saisi sur requête unilatérale en cas d'absolue nécessité, voir les art. 1025 et s., C. jud.)⁵ et se prononce à titre provisoire par une décision qui n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée mais uniquement de l'autorité de chose décidée (ne liant pas le juge du fond)⁶.

5. Urgence réputée – Il y a ensuite les mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/4, § 2, 1^o à 6^o, du Code judiciaire, dans le cadre de l'urgence dite « *réputée* ». Le législateur a ainsi prévu que pour un certain nombre de causes (résidences séparées, autorité parentale, hébergement et droit aux relations personnelles avec un enfant mineur, etc.), l'urgence ne devait être ni invoquée, ni démontrée mais était toujours présumée. Le tribunal de la famille se prononce sur celles-ci « *comme en référé* », c'est-à-dire selon les formes et les délais du référé, mais « *au fond* » et pas à titre provisoire. Cela signifie que les décisions rendues sur la base de l'article 1253ter/4, § 2, 1^o à 6^o, du Code judiciaire sont des décisions définitives, revêtues de l'autorité de chose jugée, et qui ne peuvent être modifiées qu'en présence d'« *éléments nouveaux* » (art. 1253ter/7 C. jud.)⁷.

6. Mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 et 19, al. 3, C. jud. – Il y a enfin les mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire, que le tribunal de la famille peut prendre « *à titre provisoire* », outre celles qu'il peut

4. Pour une présentation générale des nouvelles règles introduites par la loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille (M.B., 27 septembre 2013, p. 68429), voir not. Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, pp. 469 à 499 ; P. SENAËVE, « De voorlopige maatregelen voor de familierechtbank », in *Echtscheiding, voorlopige maatregelen en onderhoudsgelden in de familierechtbank* (sous la dir. de P. SENAËVE), Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 137 à 177 ; A.-Ch. van GYSEL, « La procédure devant le tribunal de la famille », in *Le tribunal de la famille et de la jeunesse* (sous la dir. de A.-Ch. van GYSEL et E. DISKEUVE), 2^e éd., coll. de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Limal-Bruxelles, Anthemis-Larcier, 2015, pp. 84 et 85 ; J. SAUVAGE et A.-Ch. van GYSEL, « Quelque chose de (pot) pourri dans le royaume de Belgique », in *États généraux du droit de la famille II. Actualités juridiques et judiciaires de la famille en 2015 et 2016*, coll. Famille & Droit, Limal-Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2016, pp. 30 à 36 ; J. SOSSON, « Indemnités d'occupation et aliments : un couple détonant... » in *La liquidation des régimes matrimoniaux. 8^e journée d'études juridiques Jean Renauld* (sous la dir. de J. SOSSON et P. VAN den EYNDE), coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 321 à 327.
 5. A.-Ch. van GYSEL, *op. cit.*, pp. 116 et 117 ; J. SOSSON, *op. cit.*, p. 326.
 6. Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, *op. cit.*, pp. 477 à 480 ; A.-Ch. van GYSEL, *op. cit.*, pp. 117 et 118 ; J. SOSSON, *op. cit.*, p. 326.
 7. Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, *op. cit.*, pp. 473 à 477 ; A.-Ch. van GYSEL, *op. cit.*, pp. 118 à 122 ; J. SOSSON, *op. cit.*, p. 324.



prendre « conformément aux articles 19, al. 2 [désormais, al. 3], et 735, § 2 du Code judiciaire »⁸.

C'est bien la question de la nature des décisions ordonnées sur pied de l'article 1253ter/5 qui pose question : s'agit-il de décisions définitives « au fond », puisqu'elles rentrent dans l'énumération des causes « réputées urgentes » (art. 1253ter/4, § 2, 7°, C. jud.), ou s'agit-il de décisions avant dire droit, puisqu'elles peuvent être ordonnées « outre » celles prévues à l'article 19, al. 3, du Code judiciaire, qui autorise de manière générale toute juridiction à se prononcer avant dire droit et dans l'attente de la décision au fond, que ce soit en vue d'ordonner une mesure d'instruction ou pour aménager provisoirement la situation des parties ?

La Cour d'appel de Bruxelles considère que les mesures ordonnées par le tribunal de la famille sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire sont des mesures provisoires, en ce sens qu'elles sont prises avant dire droit, soit pour instruire la demande (en l'espèce, l'enquête sociale), soit pour aménager provisoirement la situation des parties (en l'espèce, quant à l'exercice de l'autorité parentale et quant à l'hébergement principal des enfants mineurs). Cette position doit être approuvée.

7. Nature provisoire et avant dire droit des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5, C. jud. – En effet, il faut bien voir que ce n'est pas parce que l'article 1253ter/4, § 2, 7°, range dans la catégorie des causes « réputées urgentes » les mesures provisoires ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 que celles-ci suivent le régime des décisions ordonnées « comme en référé ». Si c'était le cas, cela signifierait que ces mesures prises « à titre provisoire » seraient en fait ordonnées « au fond », ce qui n'est ni plus ni moins qu'une contradiction dans les termes⁹.

On peut légitimement reprocher au législateur d'avoir brouillé les pistes en faisant référence, dans l'énumération de l'article 1253ter/4, § 2, aux mesures provisoires ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5, mais cela ne signifie en réalité qu'une seule chose : que ces mesures provisoires pourront être ordonnées sans qu'il faille invoquer ni démontrer d'urgence, et selon les formes et les délais de la procédure en référé. En revanche, et contrairement aux décisions ordonnées sur la base de l'article 1253ter/4, § 2, 1° à 6°, il ne s'ensuit pas que ces mesures provisoires

seraient prises « comme en référé » et seraient revêtues de l'autorité de chose jugée. Si c'était le cas, il n'existerait aucune différence de régime entre les mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/4, § 2, et celles ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5. Le postulat de rationalité du législateur oblige donc d'en déduire sa volonté, implicite mais certaine, de différencier les deux régimes¹⁰.

Cette lecture est du reste clairement confirmée par celle de l'article 1479 du Code civil qui, si l'entente entre des cohabitants légaux est sérieusement perturbée, autorise le tribunal de la famille à prononcer des mesures urgentes « analogues à celles prévues aux articles 1253ter/5 et 1253ter/6 du Code judiciaire », et dont le caractère provisoire est réaffirmé sans équivoque : elles n'ont de durée que limitée et prennent fin au terme de la durée de validité fixée par le juge ou, à défaut, au jour de la cessation de la cohabitation légale, sauf pour ce qui concerne les enfants communs.

8. Modification textuelle opérée par le projet de loi dit « Pot-pourri V » – L'article 78 du projet de loi dit « Pot-pourri V »¹¹ entend apporter une modification à la lettre du texte de l'article 1253ter/5, et vise à remplacer les mots « à titre provisoire, les mesures » par les mots « les mesures provisoires ». L'objectif du législateur est *a priori* d'assurer une parfaite concordance entre les textes français et néerlandais, ce dernier parlant de « *voorlopige maatregelen* » et pas de « *maatregelen ten voorlopige titel* ».

La lecture des travaux préparatoires a cependant pu jeter le trouble sur la portée réelle de cette modification. Ainsi, en son premier état, le commentaire article par article du projet de loi faisait état d'une curieuse explication pour justifier cette modification : en parlant désormais de « mesures provisoires » et plus de mesures prises « à titre provisoire », l'intention aurait en fait été de faire désormais des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 des mesures provisoires prises « au fond »¹².

Cette approche, qui fait droit à une thèse défendue notamment par P. SENAËVE¹³, nous semble incompatible avec la nature même des mesures provisoires et doit être réfutée, pour tous les motifs que nous avons déjà avancés plus haut. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle un amendement fut déposé¹⁴, suite aux remarques formulées à ce sujet par le Professeur

8. Fr. BALOT et L. GENDEBIEN, *op. cit.*, pp. 484 à 486 ; P. SENAËVE, *op. cit.*, pp. 150 à 153 ; A.-Ch. van GYSEL, *op. cit.*, pp. 112 et 113 ; J. SOSSON, *op. cit.*, p. 326.

9. J. SOSSON, *op. cit.*, p. 325, note 31, se référant notamment à G. de LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, « Manuel de procédure civile », Bruxelles, Larcier, 2015, p. 699, n° 7.53.

10. J. SOSSON, *op. cit.*, p. 325, note 31.

11. Projet de loi portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice (ci-après « Projet de loi dit « Pot-pourri V » »), *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/1, pp. 79 et 80.

12. Projet de loi dit « Pot-pourri V », p. 79.

13. P. SENAËVE, *op. cit.*, pp. 145 à 150, et spéc. pp. 148 à 150, n° 281 ; dans le même sens, voir M. MALLIEN, « La séparation du couple non marié : questions de compétence », in *La séparation du couple non marié* (sous la dir. de J. SOSSON), coll. Les Cahiers du CeFAP, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 248 et 149, n° 40.

14. Projet de loi dit « Pot-pourri V », Amendements, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/3, p. 10.



VAN DROOGHENBROECK en Commission de la Justice¹⁵, visant à abroger le mot « provisoires » dans l'article 1254, § 1^{er}, al. 6, que « seules les mesures visées par l'article 1253ter/4, 7^o et 1253ter/5 peuvent être qualifiées de 'provisoires' en raison de la précarité qu'elles présentent et qui les prive de [l']autorité de chose jugée ». Cet amendement n'a finalement pas été adopté¹⁶, alors qu'il aurait permis de clarifier une fois pour toutes les choses. C'est sans doute regrettable, mais cela ne change rien à la nature des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5, qui demeurent donc – aux termes même du nouveau texte, plus encore que dans l'ancien ! – des mesures « provisoires » soumises au régime des jugements avant-dire droit.

II. Appelabilité des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5, C. jud.

9. Règle de l'appel différé des jugements avant dire droit – L'intérêt de distinguer clairement la portée des différentes mesures pouvant être ordonnées par le tribunal de la famille ne réside pas seulement dans celui de savoir si la décision prise est ou non revêtue de l'autorité de chose jugée. La distinction permet aussi de déterminer si la décision est susceptible d'un appel immédiat ou pas.

En effet, et depuis l'entrée en vigueur de la loi dite « Pot-pourri I », l'article 1050, al. 2, du Code judiciaire prévoit que les jugements avant dire droit ne sont plus susceptibles d'appel immédiat, sauf décision contraire du juge. Ils ne peuvent plus être frappés d'appel qu'en même temps qu'est formé l'appel contre le jugement définitif¹⁷.

Cette nouvelle règle, critiquée en son principe par certains auteurs¹⁸, vise à accélérer la marche du procès, en évitant que l'appel de décisions interlocutoires ne soit formé qu'à des fins purement dilatoires. En n'autorisant à l'égard de ces décisions qu'un appel différé, le législateur parie sur le fait qu'une fois la décision au fond rendue, l'appel du jugement avant dire droit, entre-temps déjà exécuté, aura perdu de son intérêt¹⁹.

Le législateur a toutefois réservé la possibilité pour le juge d'autoriser l'appel immédiat de son jugement

avant dire droit. La question de savoir si ce dernier pouvait octroyer pareille autorisation même d'office, c'est-à-dire sans qu'elle ait été sollicitée par l'une des parties, était controversée. Défendue par certains auteurs²⁰, cette thèse se heurtait au principe dispositif : à défaut de disposition légale contraire, celui-ci interdit en principe au juge d'octroyer aux parties quelque chose qu'elles n'ont pas demandé²¹.

10. Modification opérée par le projet de loi dit « Pot-pourri V » – Le législateur, conscient de la difficulté, a entendu clarifier les choses dans son projet de loi « Pot-pourri V », dont l'article 151 prévoit désormais expressément la possibilité pour le juge d'autoriser d'office l'appel immédiat du jugement avant dire droit par dérogation au principe dispositif, le législateur ayant estimé que « dans le conflit qui oppose le 'principe dispositif' et le juge actif, il convient d'opter résolument pour ce dernier »²².

11. Champ d'application de l'article 1050, al. 2, C. jud. en matière familiale – Pour en revenir à la question qui nous occupe plus précisément ici, l'intérêt de savoir si les mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 sont ou non des décisions avant dire droit réside bien entendu dans la question de savoir si elles sont susceptibles d'un appel immédiat ou pas.

Puisque nous avons dit qu'il s'agissait de mesures avant dire droit pures et simples, il faut en conclure aussi qu'elles ne peuvent être frappées d'appel qu'avec le jugement définitif, à l'instar des décisions prises sur la base de l'article 19, al. 3, du Code judiciaire.

Il en va différemment pour les mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/4, § 2, 1^o à 6^o, qui, prises « comme en référé », constituent de véritables jugements définitifs, susceptibles d'un appel de droit commun immédiat (art. 1050, al. 1^{er}, C. jud.).

Quant aux mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/4, § 1^{er}, elles constituent des décisions prises « en référé », qui sont elles aussi susceptibles d'un appel immédiat, sous la forme et selon les délais de l'« appel de référé » (art. 1029 et 1039 C. jud.)²³.

15. Projet de loi dit « Pot-pourri V », rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Özlen Özlen et MM. Stefaan Van Hecke et Christian Brotcorne, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/8, p. 168.
16. Projet de loi dit « Pot-pourri V », Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Özlen Özlen et MM. Stefaan Van Hecke et Christian Brotcorne, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/8, p. 37.
17. Sur le nouvel article 1050, al. 2, du Code judiciaire, voir not. G. de LEVAL, J. van COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *J.T.*, 2015, p. 803 ; Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité », in *Le procès civil efficace ? Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite « loi pot-pourri I »)* (sous la dir. de J. ENGLEBERT et X. TATON), coll. Bibliothèque de l'Unité de droit judiciaire de l'ULB, Limal, Anthemis, 2015, pp. 129 à 136 ; P. TAELEMAN et K. BROECKX, « Rechtsmiddelen na pot-pourri I », in *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I* (sous la dir. de B. ALLEMEERSCH et P. TAELEMAN), Brugge, Die Keure, 2016, pp. 122 à 133 ; A. HOC, « L'appel différé des jugements avant dire droit » in *Le Code judiciaire en pot-pourri. Promesses, réalités et perspectives* (sous la dir. de J-Fr. van DROOGHENBROECK), Bruxelles, Larquier, 2016, pp. 265 à 288.
18. J. ENGLEBERT, « Analyse des aspects 'procédure civile' du Plan Justice présenté par le ministre Koen GEENS le 18 mars 2015 », 22 mars 2015, www.procedurecivile.be, p. 6 ; dans le même sens Fr. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 131, n° 44.
19. A. HOC, *op. cit.*, pp. 268 à 270, n° 7.
20. P. TAELEMAN et K. BROECKX, *op. cit.*, pp. 131 et 132, n° 35.
21. G. de LEVAL, J. van COMPERNOLLE et Fr. GEORGES, *op. cit.*, p. 803 ; A. HOC, *op. cit.*, pp. 274 et 275, n° 14.
22. Projet de loi dit « Pot-pourri V », p. 119.
23. G. CLOSSET-MARCHAL, « L'appel de référé en questions », note sous Cass. (1^{re} ch.), 16 juin 2011, *R.C.J.B.*, 2012, pp. 391 à 424.



12. Appelabilité immédiate des jugements mixtes – La démonstration pourrait s'arrêter là si les choses n'étaient pas encore compliquées par une difficulté supplémentaire : en principe, l'appel d'un jugement avant dire droit n'est possible qu'avec l'appel du jugement définitif. Mais que se passe-t-il si la décision rendue par le tribunal est un jugement mixte, c'est-à-dire pour partie avant dire droit, et pour partie définitif, ce qui arrive fréquemment en pratique ?

La réponse du législateur, ainsi qu'elle figure textuellement dans les travaux préparatoires de la loi « Pot-pourri I », est sans ambiguïté : un jugement mixte est immédiatement susceptible d'appel, en ce et y compris pour sa partie avant dire droit. Il ne s'agit là en réalité que de l'application de la jurisprudence constante de la Cour de cassation sur ce point, que le législateur a visée et n'a pas entendu remettre en cause²⁴.

13. Articulation avec l'article 875bis, C. jud. – Cette conclusion a suscité l'émoi – pour ne pas dire l'effroi ! – de la doctrine qui, à la suite du Conseil d'État, y a vu le risque que tous les jugements ordonnant des mesures d'instruction ne demeurent en fait susceptibles d'appel immédiat²⁵. La cause du trouble ne réside pas tant dans l'article 1050, al. 2, du Code judiciaire que dans l'article 875bis du même code, qui, dans sa version remaniée (également par la loi « Pot-pourri I »), oblige désormais le juge à déclarer l'action recevable avant de pouvoir ordonner une mesure d'instruction²⁶.

Puisqu'une décision se prononçant sur la recevabilité de l'action (comme d'ailleurs sur un autre incident de procédure) est une décision définitive au même titre qu'une décision se prononçant sur le fond de la cause, on en a déduit que, le juge étant désormais tenu de déclarer l'action recevable avant d'ordonner une mesure d'instruction, pareille décision serait toujours mixte, et par conséquent toujours immédiatement appellable²⁷.

14. Notion de jugement définitif – Cette crainte était en fait exagérée, et la jurisprudence récente l'a correctement montré. En effet, il ne faut pas perdre de vue que pour qu'on puisse parler d'un jugement définitif au sens de l'article 19, al. 1^{er}, du Code judiciaire, il faut que le juge ait tranché une question « litigieuse »,

ce qui suppose qu'ait existé à l'égard de cette dernière une « contestation » entre les parties²⁸.

Même si ce constat est quelque peu contre-intuitif, ce n'est donc pas parce que le juge est en principe tenu de déclarer l'action recevable que cette « déclaration » constitue un jugement définitif : conceptuellement, les deux questions sont distinctes. En décider autrement reviendrait à accepter que la question de la recevabilité puisse être définitivement tranchée sans avoir été soumise au débat contradictoire, et quand bien même, cela reviendrait le cas échéant à couvrir d'éventuelles fins de non-recevoir relevant de l'ordre public²⁹.

15. Pratique des cours d'appel – Bien que cela complique singulièrement leur tâche, il revient donc désormais aux juges d'appel de s'assurer, au moment d'examiner la recevabilité *ratione temporis* de l'appel, que le jugement qui leur est déféré ne contient aucune disposition définitive, en particulier (mais pas exclusivement) quant à la recevabilité de l'action, qui en ferait un jugement mixte, par conséquent immédiatement susceptible d'appel.

C'est à cet exercice que se livre très justement la Cour d'appel de Bruxelles dans l'espèce commentée, jugeant, après avoir constaté que la recevabilité des demandes originaires n'avait fait l'objet d'aucun débat devant le premier juge et que celui-ci ne les avait d'ailleurs pas expressément déclarées recevables, que le premier jugement ne comprenait aucune décision définitive et ne se prononçait que sur des chefs avant dire droit, et concluant par conséquent à l'irrecevabilité de l'appel interjeté trop tôt.

On constatera avec approbation que c'est là aussi l'approche des autres cours d'appel du Royaume, qui elles aussi procèdent désormais systématiquement à pareille vérification, pour en conclure le plus souvent à l'irrecevabilité de l'appel immédiat³⁰. La crainte que tout jugement ordonnant une mesure d'instruction constitue nécessairement, et par une forme d'automatisme, un jugement mixte, peut donc être aujourd'hui largement apaisée.

16. Modification opérée par le projet de loi dit « Pot-pourri V » – Pour se rassurer tout à fait, on verra que l'article 148 du projet de loi « Pot-pourri V » lève définitivement toute ambiguïté à ce propos, et précise

24. Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice (ci-après « Projet de loi dit 'Pot-pourri I' »), Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2014-2015, n° 54-1219/1, p. 24.

25. Projet de loi dit « Pot-pourri I », Avis du Conseil d'État, p. 172.

26. B. PETIT, « L'économie des mesures d'instruction », in *Le Code judiciaire en pot-pourri*, op. cit., pp. 257 à 263.

27. G. de LEVAL, J. VAN COMPENOLLE et Fr. GEORGES, op. cit., p. 803 ; Fr. LEJEUNE, op. cit., p. 132, n° 47 et, du même auteur, « L'impact de la loi 'pot-pourri I' sur l'expertise », *Revue belge du dommage corporel et de la médecine légale*, 2016, pp. 16 à 20, n°s 27 et s.

28. P. TAELMAN et K. BROECKX, op. cit., pp. 125 à 127, n° 29 ; A. HOC, op. cit., p. 278, n° 19.

29. A. HOC, op. cit., p. 279, n° 20, se référant à J. van COMPENOLLE, « Considérations sur la nature et l'étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile », note sous Cass. (1^{re} ch.), 10 septembre 1981, *R.C.J.B.*, 1984, p. 268.

30. Voir not. Anvers (3^e ch.), 16 mars 2016, *R.W.*, 2015-2016, p. 1623, note B. VANLERBERGHE ; Anvers (3^e ch.), 22 mars 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 208 ; Bruxelles (41^e ch.), 30 mai 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 208 ; Gand (11^e ch.), 29 septembre 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 211 ; Anvers (3^e ch. bis), *T. Fam.*, 2016, p. 213 ; Mons (1^{re} ch.), 14 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 11 ; Bruxelles (41^e ch.), 15 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 9 ; Bruxelles (2^e ch.), 23 décembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 54.



désormais que le juge n'est tenu de déclarer l'action recevable, avant d'ordonner une mesure d'instruction, que « *lorsque la recevabilité de l'action est contestée* ». Les travaux préparatoires précisent ainsi que « *l'intention du législateur était en effet que le juge ne doive au préalable qu'examiner uniquement une contestation réelle de la recevabilité* »³¹ (nous soulignons).

17. Nature de la décision ordonnant une mesure avant dire droit ayant fait l'objet d'une contestation – Il nous faut enfin, si l'on ose l'expression, « soulever un lièvre » : peut-on considérer qu'une mesure « avant dire droit » puisse être qualifiée de jugement « définitif », par conséquent immédiatement susceptible d'appel, si celle-ci a été ordonnée alors qu'elle était l'objet d'une contestation entre les parties ? Les cours d'appel semblent divisées sur la question.

La Cour d'appel d'Anvers, dans un arrêt du 16 mars 2016³², avait selon nous très correctement jugé qu'un jugement ordonnant une mesure d'instruction demeurerait un jugement avant dire droit, quand bien même celle-ci aurait fait l'objet d'une contestation entre les parties.

Mais dans un arrêt du 18 octobre 2016³³, la Cour d'appel de Bruxelles (42^e ch.) a au contraire jugé qu'était immédiatement appellable une décision réglant provisoirement la question de l'hébergement des enfants communs d'un couple en instance de divorce, au motif qu'il existait une contestation entre les parties sur ce point et qu'un débat avait eu lieu à ce sujet devant le premier juge.

18. Jurisprudence de la Cour de cassation – Cet arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles laisserait totalement perplexe s'il ne trouvait – il faut bien le reconnaître – quelque puissant soutien dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Déjà dans un arrêt du 24 janvier 2013³⁴, la juridiction suprême avait considéré que lorsqu'une mesure préalable destinée à instruire la demande prise par le juge au cours de la procédure avait fait l'objet d'une contestation et que celui-ci avait dû trancher, épuisant ainsi sa juridiction sur celle-ci, la décision était une décision définitive sur incident et non une décision avant dire droit.

Cette approche, sévèrement condamnée par les doyens de LEVAL et van COMPERNOLLE, qui y ont vu à juste titre une confusion tout aussi injustifiable qu'impraticable entre jugement définitif et jugement avant dire droit³⁵, a pourtant été confirmée par deux arrêts récents, l'un du 21 avril 2016³⁶ (jugant que ne constituait pas un jugement définitif une décision procédant à la description de la mission de l'expert, mais au motif que ce point n'avait fait l'objet d'aucune contestation entre les parties), l'autre du 16 septembre 2016³⁷ (jugant que constituait un jugement définitif une décision ordonnant une expertise, au motif qu'il avait existé une contestation entre les parties sur l'admissibilité de ce moyen de preuve).

19. Critiques – Au-delà des critiques générales déjà formulées par les deux auteurs précités à l'endroit de cette jurisprudence, on se ralliera aux observations formulées par B. VANLERBERGHE sous l'arrêt rendu par la 42^e chambre de la Cour d'appel de Bruxelles le 18 octobre 2016³⁸. Elle souligne à juste titre que l'article 19, al. 3, du Code judiciaire n'établit aucune distinction selon qu'une mesure avant dire droit est ordonnée en présence d'une contestation des parties ou pas³⁹.

Plus fondamentalement encore, l'idée qu'une mesure avant dire droit puisse être qualifiée de définitive au seul motif qu'une contestation aurait existé entre les parties à son égard, et puisse donc être susceptible d'un appel immédiat contrairement à celle qui aurait été ordonnée sans qu'aucune contestation n'ait été élevée entre les parties, se heurte à l'existence de mesures avant dire droit ordonnées d'office par le juge.

On ne voit pas en effet ce qui pourrait justifier qu'une mesure avant dire droit ordonnée d'office par le juge ne puisse pas être susceptible d'appel immédiat – alors même qu'il est possible que les parties aient quelque motif de vouloir la contester – tandis que celle qui aurait été ordonnée après avoir été sollicitée par l'une des parties et contestée par l'autre serait quant à elle soumise à ce régime de faveur⁴⁰.

20. Caractère impraticable de la solution retenue – À la rigueur ce débat pourrait rester largement théorique s'il n'avait des implications pratiques aussi importantes. Car, reconnaissons-le, rares sont les mesures avant dire droit, qu'il s'agisse de mesures

31. Projet de loi dit « Pot-pourri V », p. 116.

32. Anvers (3^e ch.), 16 mars 2016, *R.W.*, 2015-2016, p. 1623, note B. VANLERBERGHE.

33. Bruxelles (42^e ch.), 18 octobre 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 214, note B. VANLERBERGHE.

34. Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 221, concl. Av. gén. Th. WERQUIN ; *J.T.*, 2013, p. 196, note J. van COMPERNOLLE et G. de LEVAL ; *R.C.J.B.*, 2014, p. 255, note G. CLOSSET-MARCHAL ; *R.W.*, 2012-2013, p. 1159 (sommaire).

35. J. van COMPERNOLLE et G. de LEVAL, « L'instruction sans obstruction ? À propos de la nature de la décision prorogeant le délai pour le dépôt du rapport d'expertise », note sous Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2013, *J.T.*, 2013, pp. 198 à 201 ; *adde* G. CLOSSET-MARCHAL, « Considérations sur la nature et le régime des décisions de justice », note sous Cass. (1^{re} ch.), 24 janvier 2013, *R.C.J.B.*, 2014, pp. 258 à 287.

36. Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 2016, R.G. C.15.0142.N, *R.W.*, 2016-2017, p. 896 (sommaire).

37. Cass. (1^{re} ch.), 16 septembre 2016, R.G. C.15.0378.N, inédit.

38. B. VANLERBERGHE, « Het hoger beroep tegen vonnissen alvorens recht te doen en de moeilijke toepassing van artikel 1050, tweede lid, Ger. W. », note sous Bruxelles (42^e ch.), 18 octobre 2016, *T. Fam.*, 2016, pp. 216 à 222.

39. *Ibid.*, p. 218, n^o 4.

40. *Ibid.*, p. 219, n^o 7.



d'instruction ou de mesures provisoires, qui ne font pas l'objet d'une contestation quelconque entre les parties, en particulier dans des matières aussi sensibles que celles dont connaît le tribunal de la famille.

Considérer que, dès l'instant où une mesure avant dire droit ferait l'objet d'une contestation, elle devrait être qualifiée de définitive et donc être immédiatement appellable, reviendrait en fait à ruiner purement et simplement l'application de l'article 1050, al. 2, en matière familiale, et ce bien plus sûrement, on l'a vu, que ne l'entraîne l'application de l'article 875*bis* du Code judiciaire.

21. Conclusions – En conclusion, les mesures ordonnées par le tribunal de la famille sur la base de l'article 1253*ter*/5 du Code judiciaire constituent des mesures avant dire droit, soumises à la règle de l'appel différé (art. 1050, al. 2, C. jud.). Le projet de loi « Pot-pourri V », s'il modifie légèrement la formulation de l'article, se fait sur ce point à droit constant et confirme en réalité le régime en vigueur.

Ce n'est que si cette mesure avant dire droit est ordonnée au sein d'un jugement mixte, tranchant également de façon définitive une ou plusieurs questions litigieuses, que le jugement sera susceptible d'appel immédiat, en ce compris pour ce qui concerne sa partie avant dire droit. La pratique récente montre que les cours d'appel, comme en l'espèce, procèdent très justement à une vérification systématique de cet aspect des choses.

À notre sens, et comme l'ont exprimé de plus éminents auteurs avant nous, la mesure avant dire droit ne devient pas une décision définitive, donc immédiatement susceptible d'appel, au seul motif qu'elle aurait fait l'objet d'une contestation entre les parties. La jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point est intenable tant sur le plan théorique que pratique et devrait à ce double titre être révisée.

Arnaud HOC
Assistant à l'Université catholique de Louvain
Centre de droit privé (droit judiciaire)

