

LE RÉFÉRÉ JUDICIAIRE : PRINCIPES ET QUESTIONS DE PROCÉDURE

par

Jacques ENGLEBERT⁰

*Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris
Maître de conférence à l'ULB*

INTRODUCTION¹

1. L'article 584 du Code judiciaire dispose que "*Le président du tribunal de première instance statue au provisoire dans tous les cas où il reconnaît l'urgence, en toute matière sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire*"² [...]. *Le Président est saisi par voie de référé* [...]."

(0) Je remercie Me Olivier LENGLEZ pour son précieux travail de recherche de la documentation qui a servi de base à la rédaction de la présente contribution, ainsi que M^{me} Isabelle CRISPIN pour sa relecture du manuscrit.

(1) Afin d'éviter d'inutiles redites avec les nombreuses études publiées au cours des années 90 sur le référé, j'ai volontairement limité les références citées dans la présente contribution aux décisions publiées depuis le 1^{er} janvier 2000, exception faite évidemment des arrêts de la Cour de cassation et des autres décisions de principe. Pour un relevé complet de ce qui a été publié sur le sujet, voy. J. van COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence (1985 à 1998) – droit judiciaire privé", *R.C.J.B.*, 1999, p. 59 et s., ici spéc. p. 150, n^o 353.

(2) Le même pouvoir est accordé aux présidents du tribunal de commerce et du tribunal du travail, "*dans les matières qui sont respectivement de la compétence de ces tribunaux*" (art. 584, al. 2, C. jud.) ; si la matière relève normalement de la compétence du juge de paix, le président du tribunal de première instance siégeant en référé est compétent en raison de sa plénitude de juridiction (en ce sens, Comm. Hasselt, 14 janvier 2000, *Limb. Rechtsl.*, 2000, p. 144).

Impossible de traiter des principes régissant le référé sans rappeler le contenu de l'article 584 du Code judiciaire. Sa concision et sa limpidité apparente cachent néanmoins beaucoup de questions. Pour certaines, les réponses ne souffrent plus la discussion. Pour d'autres, les controverses persistent. Enfin, il me semble que pour l'une ou l'autre question, une approche nouvelle s'impose.

2. À la lecture de la doctrine, mise en perspective avec l'enseignement qui se dégage de la jurisprudence, il me semble que l'un des aspects essentiels du référé qui continue à poser problème tient aux conditions dans lesquelles les mesures d'anticipation peuvent être accordées par le président. Si les modalités théoriques propres à de telles mesures sont clairement définies par la doctrine et apparemment admises par les cours et tribunaux, force est de constater un décalage certain entre cet enseignement et sa mise en œuvre effective.

Après avoir rappelé les grands principes qui régissent le référé, tant sous son aspect conservatoire qu'anticipatif, je m'attacherai à illustrer ce décalage, à expliquer qu'il provient en réalité d'une perception imparfaite de la notion du *provisoire*, et à proposer mon point de vue sur cette notion. Je terminerai cette contribution en passant en revue certaines questions de procédure *stricto sensu* qui peuvent poser problème.

I. PRINCIPES

A. L'urgence

3. "*L'urgence est la condition nécessaire et suffisante de la compétence du juge des référés*"³. Il est à présent unanimement admis que l'urgence est une condition de la compétence du juge des référés. Sa réalité conditionne néanmoins également le bien fondé de la demande introduite en référé⁴. Son appréciation est laissée au juge, dans des limites très larges fixées par la Cour de cassation.

(3) G. de LEVAL, "Le référé en droit judiciaire privé", *Act. Dr.*, 1992, p. 855 et s., ici p. 865, n° 14.

(4) Bruxelles, 27 janvier 2000, *J.T.*, 2001, p. 28.

1. L'urgence est une condition de la compétence du juge des référés

4. Si la question de la nature exacte de la condition de l'urgence a été longtemps très controversée⁵, il est actuellement définitivement admis, à la suite des arrêts de la Cour de cassation du 11 mai 1990⁶, que l'urgence est une condition de la compétence matérielle du juge des référés qui s'apprécie, comme toute condition de compétence, en fonction de l'objet de la demande tel qu'il est libellé dans l'acte introductif d'instance, et non en fonction de l'objet réel de celle-ci⁷.

Par contre, si, après s'être déclaré compétent au vu du libellé de la demande, le juge des référés constate que l'urgence n'est pas réellement établie, ou qu'elle a disparu en cours de procédure, il devra déclarer la demande non fondée⁸.

(5) Voy. not. J. van COMPERNOLLE, "Actualité du référé", *Ann. Louv.*, 1991, p. 141 à 172, ici p. 143.

(6) Cass., 11 mai 1990, (deux arrêts de la même chambre), *Pas.*, 1990, I, 1045 et 1050.

(7) À ma connaissance, l'enseignement des arrêts du 11 mai 1990 ne fait plus l'objet de la moindre contestation. Comme je le soulignais en 1993 ("Inédit de droit judiciaire (VII) – Référés (3)", *J.L.M.B.*, 1993, p. 1118 à 1143, ici p. 1122), l'acceptation de cette jurisprudence implique nécessairement que l'on renonce à contester un enseignement antérieur de la Cour de cassation, selon lequel la compétence s'apprécie en fonction de la demande telle que formulée dans l'acte introductif d'instance et non en fonction de l'objet réel de celle-ci. Or cette jurisprudence-là, avant 1991, avait fait l'objet de sévères critiques par une partie importante de la doctrine (not. A. FETTWEIS, "Observations sur le règlement des incidents de compétence et de répartition", *T.P.R.*, 1980, p. 135 à 137 ; J. LAENENS, "De bevoegdheidsregeling en de versnelling van de rechtsbedeling", *T.P.R.*, 1980, p. 114 à 122 ; A. KOHL, "Une jurisprudence controversée et persistante : l'interdiction de déterminer la compétence en fonction de l'objet réel de la demande en justice", *J.T.*, 1983, p. 389 à 392 ; J. van COMPERNOLLE, "À propos de l'étendue du pouvoir du juge de la compétence de procéder à l'examen du fond du litige", note sous Cass., 19 février 1987, *J.T.*, 1988, p. 25 à 28 ; K. BROECKX, "De vicieuze cirkel van de regeling van de bevoegdheidsgeschillen", *T. Vred.*, 1989, p. 232 à 239) et semble encore séduire certaines juridictions du fond (not. Comm. Bruxelles, 18^e ch., 7 février 2003, inédit, RG n° 00/09911, qui précise : "Même si elle évoque une jurisprudence réitérée de la Cour suprême, la thèse de [la défenderesse] ne peut être suivie ; La jurisprudence précitée a, dès son adoption, fait l'objet de critiques nombreuses en doctrine et n'est nullement partagée par les juridictions de fond ; [...] ; Le tribunal fait sienne ces critiques développées avec force par des auteurs éminents ; [...] ; La qualification retenue dans la citation est en conséquence sans incidence sur la compétence du tribunal qui sera appréciée eu égard au fond du litige").

(8) Cass., 6 mai 1991, *Pas.*, 1991, I, 788. Sur cet arrêt et ceux précités du 11 mai 1990, voy. not. J. ENGLEBERT, "Inédits de droit judiciaire (VI) – Référé (2)", *J.L.M.B.*, 1992, p. 508 à 530, ici p. 509 à 511.

La Cour de cassation vient de rappeler cet enseignement, dans un arrêt du 10 avril 2003⁹, sans la moindre ambiguïté : “*Attendu que lorsqu’il est saisi d’une demande présentée comme urgente dans l’acte introductif d’instance, le juge des référés est compétent pour en connaître ; que s’il ne reconnaît pas l’urgence de la demande, il la déclare non fondée*”.

5. Si généralement l’urgence sera explicitement visée dans l’acte introductif d’instance, cette condition n’est pas nécessaire pour que le juge des référés soit compétent. L’urgence peut également se déduire de façon implicite mais certaine de l’acte introductif, notamment eu égard à la nature de la demande¹⁰, sans que la partie demanderesse ne soit tenue de la citer de manière explicite¹¹.

Par ailleurs, il n’est pas nécessaire que la citation précise les circonstances dont il peut raisonnablement être déduit qu’il y a urgence¹². Il suffit que l’urgence soit invoquée. Il s’agit donc clairement, au point de vue de la compétence, d’une exigence purement formelle.

6. Les applications jurisprudentielles de cet enseignement sont nombreuses et ne prêtent plus à discussion¹³. On relèvera toutefois une décision isolée du juge des référés de Liège, du 2 décembre 2002, qui étrangement, analysant la recevabilité de la demande qui lui était

(9) Cass., 10 avril 2003, inédit, C. 02.0229.F/1, disponible sur <http://www.cass.be>.

(10) Bruxelles, 14 février 2002, *J.T.*, 2002, p. 695.

(11) G. de LEVAL, “Le référé en droit judiciaire privé”, *op. cit.*, p. 869, n° 23.1 ; S. BEERNAERT, “Algemene principes van het civiele kort geding”, *R.W.*, 2001-2002, p. 1341 à 1350, ici n°5 ; Bruxelles, 19 janvier 2001, *J.T.*, 2001, p. 105 et s, ici p. 106.

(12) Civ. Bruxelles, réf., 14 février 2000, inédit, RR n° 99/1826/C, disponible sur <http://www.cass.be>.

(13) Voy. not. Bruxelles, 17 mars 2000, *D.A.O.R.*, 2000, p. 275 ; Civ. Namur, réf., 3 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 197 ; Civ. Verviers, 7 février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 389 ; Comm. Anvers, réf., 24 juillet 2002, *P.&B.*, 2002, p. 272 ; voy. aussi les nombreuses références inédites citées par F. MOTULSKY et M. BOBRUSHKIN, “Récents développements du droit des étrangers devant les juridictions de référé civil”, *J.T.*, 2001, p. 97 et s., ici p. 99, note 24 ; voy. également les références citées dans les “Inédits de droit judiciaire” consacrés au référé, à paraître prochainement à la *J.L.M.B.* ; *contra*, à mon avis à tort, où le juge, après avoir constaté le défaut d’urgence, quoique dûment invoquée, se déclare incompétent et renvoie la cause au juge du fond : Comm. Bruxelles, réf., 21 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 469, et ma brève note critique : “Rappel de l’enseignement des arrêts de la Cour de cassation du 11 mai 1990”, p. 470.

soumise précise : “La citation vise l’urgence, elle est donc recevable”¹⁴.

7. La jurisprudence développée autour de la notion d’urgence, devrait également s’appliquer, *mutadis mutandis*, au délicat problème de la “compétence” du juge des référés judiciaires à ordonner des mesures provisoires concomitamment à la saisine (potentielle) du Conseil d’État en vue d’obtenir l’annulation d’un acte ou d’un règlement. Rappelons brièvement que nonobstant les articles 17 et 18 des lois coordonnées du 12 janvier 1973, le juge des référés conserve un pouvoir de juridiction¹⁵ pour connaître de demandes provisoires fondées principalement sur la violation par l’Administration d’un droit subjectif. La doctrine et la jurisprudence estimant qu’il convient, pour départager la juridiction “compétente”, d’analyser “l’objet réel” de la demande¹⁶. Les demandeurs en référé civil ayant tendance à toujours prétendre poursuivre la protection d’un droit subjectif, alors que souvent leurs revendications ne constituent qu’un accessoire de la demande soumise au contentieux objectif¹⁷.

La cour d’appel de Liège, dans un arrêt du 20 mars 2000¹⁸, précise pourtant qu’*“il ne suffit pas, comme semble le soutenir [le demandeur], d’invoquer, dans l’acte introductif d’instance destiné à saisir le juge des référés de l’ordre judiciaire d’une demande de suspension de travaux entrepris en exécution d’un permis d’urbanisme dont la légalité est contestée, une violation de droits subjectifs pour exclure de ce fait la compétence reconnue au Conseil d’État par les articles 17 et 18 des lois coordonnées du 12 janvier 1973”*.

(14) Civ. Liège, réf., 2 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1018.

(15) Comme le souligne à juste titre la cour d’appel de Bruxelles dans son arrêt du 25 octobre 2001 (*J.T.*, 2002, p. 66 et s., ici p. 68), le conflit potentiel entre le juge des référés et le Conseil d’État ne constitue pas un problème de *compétence* mais bien une question de détermination du *pouvoir de juridiction* entre l’ordre judiciaire et l’ordre administratif. *Contra*, à mon sens à tort, F. MOTULSKY et M. BOBRUSCHKIN, “Récents développements...”, *op. cit.*, 2001, p. 99.

(16) Not. Civ. Bruxelles, réf., 6 octobre 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 1102 et note de J. STEVENS, p. 1104.

(17) J. van COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, “Examen de jurisprudence (1985 à 1998)...”, *op. cit.*, ici spéc. n° 384 à 388. Sur l’ensemble de ces questions, sur la pertinence de cette analyse et sur la portée exacte de la notion de *droit subjectif*, voy. la contribution de Ph. LEVERT, “L’intervention du juge des référés en droit administratif”, dans le présent ouvrage, p. ...

(18) Liège, 20 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1055.

Si une telle référence n'exclut pas nécessaire la "compétence" du Conseil d'État, il convient toutefois d'admettre que, dès lors que la violation d'un droit subjectif est invoquée dans l'acte introductif d'instance, le juge des référés sera matériellement compétent pour connaître de la demande et ne pourra donc plus se déclarer sans juridiction. Ce n'est, comme pour l'urgence, qu'à la suite de l'instruction de la cause que le juge des référés pourra déterminer quel est l'objet réel de la demande et plus exactement si le demandeur peut effectivement se plaindre, à titre principal, de la violation par l'Administration d'un droit subjectif. Il pourra alors faire droit à la demande. Au contraire, s'il constate que l'objet réel et principal est la contestation d'un acte ou d'un règlement relevant du contentieux objectif, il devra déclarer la demande non fondée ¹⁹.

2. Conséquences à propos de l'incident de compétence ou de répartition

8. La conséquence pratique de cette jurisprudence est que l'absence d'urgence ne conduit normalement pas à un incident de compétence (ou de répartition), dès lors que, compétent si l'urgence est invoquée, le juge des référés dira la demande non fondée s'il ne reconnaît pas effectivement l'urgence.

9. Il subsiste toutefois une hypothèse où l'incident de compétence (ou de répartition) se posera : lorsque le demandeur en référé n'invoque, en terme de citation, ni explicitement ni implicitement, l'urgence. Dans ce cas, le juge des référés ne trouvera pas dans l'objet de la demande tel qu'il est formulé dans l'acte introductif d'instance la justification de sa compétence spéciale. En pratique, le cas se produira essentiellement lorsque le juge des référés est saisi par erreur.

Ainsi, dans l'une des affaires ayant donné lieu à un des deux arrêts de la Cour de cassation du 11 mai 1990 ²⁰, le demandeur avait saisi le juge des référés d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale

(19) C'est toujours en application de la même règle que le président du tribunal de travail de Bruxelles, siégeant en référé, s'est déclaré compétent pour connaître d'une demande de mesures provisoires introduite par un arbitre contre l'Union belge de football, fondée sur l'existence d'un contrat de travail dès lors que la citation invoquait un tel contrat et ce nonobstant les contestations émises par l'U.B.F. sur la réalité d'un tel contrat (Trav. Bruxelles, réf., 20 avril 2000, *C.D.S.*, 2000, p. 456 et s.).

(20) Cass., 11 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, 1045.

alors qu'en vertu de l'article 1704 du Code judiciaire, il s'agit clairement d'une compétence du tribunal de première instance et non du juge des référés²¹.

Dans ce cas, si le tribunal normalement compétent pour connaître de la demande est le tribunal de première instance de l'arrondissement dont le président a été saisi, se posera un incident de répartition entre les chambres de ce tribunal (article 88, § 2, C. jud.). S'il s'agit d'une chambre d'un autre tribunal (soit du tribunal de première instance d'un autre arrondissement, soit du tribunal de commerce, du travail ou du juge de paix), un incident de compétence devra être soulevé (art. 639 ou 640 C. jud.)²².

10. Le problème peut encore se rencontrer en cas de confusion entre la compétence au provisoire du président siégeant en qualité de juge des référés et les compétences au fond dont le président est investi, spécialement lorsque le législateur prévoit que des actions au fond seront instruites et jugées *comme en référé*. Dans ce cas, le problème de compétence se double d'un problème de validité de mise au rôle. En effet, il est généralement admis²³ que les procédures *comme en référé*, saisissant le juge du fond du litige doivent être inscrites au rôle général alors que les demandes introduites au provisoire en référé sont inscrites au rôle des référés. Le droit de greffe, perçu au moment de l'inscription

(21) Le cas soumis à la Cour de cassation n'est pas isolé. Voy. notamment Civ. Bruxelles, réf., 15 décembre 1995, inédit, RR n° 95/1669/C, où le demandeur avait saisi le juge des référés, sans invoquer l'urgence, d'une opposition à l'ordonnance d'*exequatur* d'une sentence arbitrale, alors qu'en vertu de l'article 1712 C. jud., une telle opposition doit être introduite, au fond, devant le tribunal de première instance.

(22) Voyez toutefois les considérations émises par S. BEERNAERT ("Algemene principes van het civiele kort geding", *R.W.*, 2001-2002, p. 1341 et s., ici n° 6) à ce sujet qui semble exclure tout incident de compétence et qui semble estimer que la procédure de l'art. 88, § 2, C. jud., serait inconciliable avec les nécessités de la procédure en référé. Rappelons toutefois que c'est précisément lorsque l'urgence n'est pas invoquée que ces dispositions doivent être mise en œuvre.

(23) Bruxelles, 8° ch., 14 septembre 1994, inédit, RG n° 1994/3095 ; Civ. Bruxelles, réf., 2 mars 1993, *P.&B.*, 1993, p. 104 ; Civ. Bruxelles, Prés., 2 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 895 ; Civ. Bruxelles, Prés., 27 avril 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 897 ; en ce sens Circ. minist. du 15 juin 1972 interprétant l'art. 5 de l'A.R. du 13 décembre 1968, *Vademecum à l'usage des greffes*, Annexe relative à la perception des droits de greffe, p. 1/65 et 1/66, § 44.

de la cause au rôle, est plus élevé pour une mise au rôle général que pour une mise au rôle des référés²⁴.

Dans ces hypothèses, la solution reste controversée. Certains veulent n'y voir qu'une simple erreur matérielle qui pourrait être corrigée par le juge²⁵. D'autres estiment qu'il convient de corriger le tir tout en invitant le demandeur à régulariser la situation en payant le droit de rôle complet²⁶. Certains encore estiment qu'il y a là matière à incident de répartition²⁷, que certains juges des référés n'hésitent pas à régler sur le champ²⁸ sans avoir égard à la procédure imposée par l'article 88, § 2, du Code judiciaire²⁹.

Je renvoie le lecteur aux considérations développées à ce sujet par M^{me} Ch. Dalcq dans sa contribution au présent ouvrage³⁰.

3. Définition et portée de la notion d'urgence

11. Il y a urgence, selon la formule consacrée, "*dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénient sérieux, rend une décision immédiate souhaitable*"³¹. Pour le commissaire royal à la réforme judiciaire, Ch. Van Reepghinghen, "*on recourra au référé lorsque la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu*"³² [...] "*le concept laisse au juge des référés un large pouvoir d'appréciation et son imprécision même, dans une juste mesure, la plus grande liberté*"³³.

(24) Loi-programme du 24 décembre 1993, art. 8 et 10.

(25) Civ. Bruxelles, réf., 10 septembre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 893.

(26) Civ. Bruxelles, réf., 2 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 895, et Civ. Bruxelles, réf., 27 avril 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 895 et note F. JONGEN, "Toutes affaires cessantes", p. 900.

(27) Civ. Bruxelles, réf., 28 mars 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1800 et *A.&M.*, 2002, p. 171.

(28) Civ. Bruxelles, réf., 11 janvier 2002, inédit, RR n° 2001/1839/C.

(29) S. BEERNAERT, "Algemene principes...", *op. cit.*, n° 6, prône d'ailleurs une modification législative allant dans ce sens.

(30) Ch. DALCQ, "Les procédures 'comme en référé'", dans le présent ouvrage, p. 145 et s., ici spéc. p. 175.

(31) Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, 908.

(32) Voy. encore *infra*, n° 15.

(33) Ch. VAN REEPGHINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, éd. Mon. belge, 1964, p. 218.

12. J'avais cru déceler, il y a déjà dix ans, une tendance à une sévérité accrue dans l'appréciation de l'urgence par les présidents siégeant en référé³⁴, sentiment corroboré quelques années plus tard par l'évolution de la jurisprudence³⁵. Au vu des dizaines de décisions publiées depuis trois ans et de l'application au cas par cas de la notion de l'urgence, je m'interroge sur l'effectivité de cette évolution. Certes, les juges des référés prennent souvent soin de rappeler qu'il ne suffit plus d'invoquer les lenteurs de la procédure ordinaire mais qu'il faut également des circonstances propres à la cause, pour justifier l'urgence et qu'il appartient au juge d'apprécier ces circonstances avec rigueur³⁶. Il n'en reste pas moins qu'en pratique, eu égard à la liberté totale laissée au juge pour apprécier l'urgence, l'intensité de cette exigence apparaît extrêmement variable.

Dans ces conditions, il n'y a, à mon avis, aucune règle qui puisse être valablement dégagée. Généralement, qu'il l'exprime expressément ou non, le juge procédera à une balance des intérêts en présence pour déterminer s'il s'impose d'ordonner immédiatement l'une ou l'autre mesure. Mais, en pratique, tout sera fonction du cas d'espèce et le commentateur ne peut que se limiter à fournir quelques exemples.

13. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles, dans le cadre du conflit qui opposait la RTBF à la société Adecco quant au refus de diffusion d'un spot publicitaire, après avoir constaté qu'Adecco avait pu rapidement obtenir de RTL-TVi la diffusion du spot refusé par la RTBF, a estimé que *“ayant pu parer elle-même aux inconvénients sérieux qu'elle pouvait craindre de subir faute de diffusion du spot dans la partie francophone du pays, il ne se justifiait pas qu'Adecco ait recours à la procédure de référé [...] ; Compte tenu de la diffusion du spot sur les antennes de RTL-TVi et Club RTL [...], il n'est pas établi qu'Adecco risquait de subir un préjudice grave voire un inconvénient sérieux si*

(34) J. ENGLEBERT, “Inédits de droit judiciaire (VII) – référé (3)”, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1122 et 1123.

(35) J. ENGLEBERT, “Inédits de droit judiciaire (X) – référé (4)”, *J.L.M.B.*, 2000, p. 361.

(36) Ainsi, après avoir rappelé l'ensemble des principes précités, le président du tribunal de première instance de Verviers conclut que ces *“principes [...] conduisent à n'admettre la réalité de l'urgence qu'avec une certaine rigueur, en tenant compte, in concreto, des intérêts en conflits”* (Civ. Verviers, réf., 7 février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 389).

[...] le premier juge n'ordonnait pas à la RTBF de diffuser [...] le spot litigieux sur ses antennes”³⁷.

Au contraire, la même cour d'appel a estimé qu'il y avait urgence à mettre, le cas échéant, un terme à une détention administrative qui, n'étant pas qualifiée de *préventive*, risquait de ne pas pouvoir venir en déduction d'une condamnation dont le demandeur pouvait faire l'objet en Allemagne, pays qui demandait précisément son extradition³⁸.

4. Urgence et inertie du demandeur

14. Doctrine³⁹ et jurisprudence conviennent qu'il n'y a pas lieu à référé lorsque le demandeur a trop tardé à agir. Néanmoins, nonobstant cette inertie fautive, l'urgence pourra quand même être reconnue “*si la situation existante est aggravée par des faits nouveaux ou par l'effet de sa simple durée*”^{40 41}.

On retrouve en pratique de nombreuses applications de cette règle. Leur analyse montre qu'en définitive, comme c'est généralement le cas en référé, le président détient un très large pouvoir d'appréciation.

15. À côté de l'inertie “classique” du demandeur qui tarde simplement à agir, on retrouve de plus en plus souvent des cas où c'est sa stratégie procédurale qui lui est reprochée.

Traditionnellement, on enseigne qu'il y a urgence lorsque “*la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu*”⁴². Comme d'autres l'ont déjà souligné à juste titre, “*compte tenu de l'importance de l'arriéré judiciaire aujourd'hui, cette affirmation,*

(37) Bruxelles, 22 juin 2001, *J.T.*, 2001, p.841 (la décision du première juge, du 25 janvier 2001, a été publiée à la *J.L.M.B.*, 2001, p. 876).

(38) Bruxelles, 20 septembre 2002, inédit, RG n° 2000/KR/287.

(39) Not. P. MARCHAL, *Les référés*, Larcier, 1992, p. 50, n° 16.

(40) G. de LEVAL, “Le référé en droit judiciaire privé”, *op. cit.*, 1992, p. 867 ; Bruxelles, 27 janvier 2000, *J.T.*, 2001, p. 28 et 29.

(41) Le juge des référés de Bruxelles (Civ. Bruxelles, réf., 2 mars 2000, *J.T.*, 2002, p. 113 et s.) a estimé que le fait qu'un article contenant des propos diffamatoires reproduit sur Internet avait déjà été publié plus d'un an auparavant dans un quotidien, sans que le demandeur ne réagisse à cette publication, n'était pas éluusif de l'urgence dès lors que la présence de cet article sur Internet est de nature à aggraver d'heure en heure le préjudice du demandeur. Pour un commentaire critique de cette décision, voyez la note d'observations de E. WERY, publiée sous l'ordonnance, p. 116.

(42) Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire, op. cit.*, p. 218 ; la Cour de cassation a repris à son compte cette formule dans son arrêt du 21 mai 1987 (*Pas.*,

prise à la lettre, justifierait toujours l'urgence"⁴³. Depuis lors, la doctrine précise que, si l'encombrement des juridictions de fond peut être invoqué à l'appui de l'urgence, il s'impose d'établir d'autres "éléments de fait propres à la cause et constitutifs d'une urgence inhérente à celle-ci"⁴⁴.

Encore faut-il que le demandeur ait essayé de mettre en œuvre la procédure normale. Ainsi, on estime généralement qu'il n'y a plus urgence si le demandeur pouvait obtenir le même résultat que celui recherché en référé dans le cadre d'une procédure au fond qu'il s'est abstenu d'introduire. C'est ce que rappelle le juge des référés de Bruxelles dans son ordonnance du 6 juin 2002, dans une affaire opposant l'État belge à un couple de Pakistanais qui demandaient en référé la condamnation de l'État à légaliser leur acte de mariage. Le juge constate que "les demandeurs se sont vus opposer un refus à leur demande de légalisation dès le mois de janvier 1998 et que, sans qu'aucun élément nouveau ne soit intervenu, ils ont introduit une nouvelle fois la même demande en 2000. Or l'on ne peut se créer une nouvelle urgence artificiellement en reformulant une demande qui vous a déjà été refusée antérieurement. Dans l'intervalle, les demandeurs auraient largement eu le temps de faire trancher le litige relatif à la légalisation de leur acte de mariage par un juge du fond"⁴⁵.

Mais, il peut s'avérer que le fait d'avoir tenté d'obtenir, sans succès, une mesure provisoire (voire une décision définitive) du juge du fond, ne soit pas suffisant pour justifier l'urgence. Ainsi, dans l'affaire opposant les riverains de l'aéroport de Bierset aux sociétés gérant l'aéroport, le juge des référés de Namur⁴⁶ constate que "si [...] les parties demanderesse ont fait montre d'une 'extraordinaire énergie procédurale', encore faut-il constater qu'il ne s'est pas toujours agi, loin s'en faut, d'assurer adéquatement une défense efficace". Après avoir remarqué que, dans le cadre de la procédure qu'ils avaient déjà introduite au fond depuis plusieurs mois, les demandeurs n'avaient pas

1987, I, 1160). La formule est couramment reprise par les cours et tribunaux, not. Bruxelles, 12 février 2002, *R.W.*, 2001-2002, p. 1575.

(43) J.-F. van DROOGHENBROECK, "Aspects actuels du référé-provision", *Les procédures en référé*, CUP, vol. XXV, sept. 1988, p. 25.

(44) P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 14, p. 46.

(45) Civ. Bruxelles, réf., 6 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 637.

(46) Civ. Namur, réf., 31 juillet 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1225, et *Journ. Proc.*, 2000, n° 397, p. 25 et s. avec la note de J. SAMBON, "Le référé en matière de protection de l'environnement : entre tradition et avancée", p. 29 et s.

réellement diligenté l'instruction⁴⁷, le juge des référés en déduit que *“les parties demanderesses ont, par leur stratégie procédurale, laissé se créer l'urgence qu'elles allèguent aujourd'hui au soutien des demandes qu'elles nous soumettent, en sorte qu'il n'y a pas, en l'espèce, urgence réelle au sens de l'article 584 du Code judiciaire”*.

16. Il ne faudrait toutefois pas sombrer dans l'excès contraire. Ainsi le recours à l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire, devant le juge du fond – que les juges des référés invoquent souvent pour reprocher aux demandeurs de n'avoir pas tenté d'obtenir par la “voie normale” ce qu'ils sollicitent en référé –, est très généralement aléatoire, pour ne pas dire, notamment devant les juridictions bruxelloises, quasi illusoire⁴⁸. Il convient sans doute, au juge des référés, avant de conclure à l'absence d'urgence à défaut pour le demandeur d'avoir tenté d'obtenir le même résultat en application de cette disposition à l'audience d'introduction, devant le juge du fond, de se renseigner sur la façon dont se déroule l'audience d'introduction au sein de son propre tribunal afin de vérifier si, pratiquement et à quelles conditions, il est possible d'obtenir une mesure provisoire avec la même rapidité qu'en référé. Il veillera, à cette occasion, à vérifier également le délai pris, par certaines chambres d'introduction, pour délibérer.

(47) Le juge retient que les demandeurs n'ont pas réellement utilisé les ressources de l'article 19, al. 2, du Code judiciaire, qui avait pourtant été invoqué *ab initio* ; qu'ils auraient pu saisir plus tôt le juge des référés ; qu'ils auraient pu introduire une action au fond mais ‘comme en référé’ pour la protection de l'environnement, dans le cadre de la loi du 12 janvier 1993 ; enfin il constate que les demandeurs n'ont pas estimé “*devoir utiliser efficacement le temps de plaidoiries relativement substantiel qui leur avait été assigné, de longue date, pour s'expliquer devant [le juge du fond], sur l'ensemble des chefs de demandes, à des dates extrêmement voisines de celle à laquelle elles avaient souhaité plaider devant nous*”. Une solution semblable est retenue par le juge des référés de Bruxelles (Civ. Bruxelles, réf., 3 janvier 2001, inédit, RR n° 00/1561/C, disponible sur <http://www.cass.be>) qui, saisi par un prétendu locataire d'une demande en interdiction d'expulsion, constate que “*il est flagrant que la demanderesse, après avoir introduit une procédure au fond devant le juge de paix afin de faire reconnaître ses droits au bail, s'est désintéressée de la procédure et a négligé sa mise en état*”. En l'espèce, la procédure d'expulsion avait été entamée depuis plus de 15 mois.

(48) Les développements fouillés consacrés à cette disposition et à ses prétendues ressources procédurales, par J.-F. van DROOGHENBROECK (“Aspect actuels du référé-provision”, *op. cit.*, n° 26 à 43) m'apparaissent comme un exercice de style théorique très éloigné des réalités pratiques que rencontre le plaideur qui fréquente les chambres d'introduction.

À titre d'exemple, je citerai le cas d'une affaire introduite le 16 octobre 2001⁴⁹ devant la première chambre (chambre d'introduction) du tribunal de première instance de Bruxelles, dans laquelle le demandeur, sur pied de l'article 19, al. 2, du Code judiciaire, sollicitait à titre de mesure avant dire droit la désignation d'un expert comptable en vue de procéder à la vérification des décomptes d'exploitation d'enregistrements musicaux. La partie défenderesse contestait la pertinence de la mesure d'instruction et estimait que cette question ne pouvait pas être traitée dans le cadre de débats succincts. La cause a été remise à plusieurs reprises devant la première chambre pour, en définitive, être plaidée le 23 octobre 2002, soit plus d'un an après son introduction. Le jugement a été rendu le 19 décembre 2002. Il ordonne le renvoi de la cause au rôle général après avoir constaté qu'il faut, pour pouvoir traiter d'une demande fondée sur l'article 19, al. 2, du Code judiciaire à l'audience d'introduction, que "*les débats succincts soient brefs et que la demande provisoire soit urgente*"⁵⁰, conditions qui en l'espèce "*ne paraissent pas réunies*"⁵¹.

17. Il me semble que le renvoi à l'application de l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire à l'audience d'introduction qui, sous l'impulsion d'une partie de la doctrine⁵² tend à se généraliser⁵³, repose sur une comparaison erronée de ce que l'on peut obtenir (et de la façon dont on peut l'obtenir) en référé par rapport à l'audience d'introduction d'une procédure au fond, où seules les demandes n'appelant que des débats succincts au sens de l'article 735 du Code judiciaire peuvent être retenues⁵⁴.

Il est à mon sens vain, à cet égard, de suggérer que la loi précise que telle ou telle demande – et notamment la demande d'une provision –

(49) La citation introductive d'instance avait été signifiée le 3 octobre 2001.

(50) Cette dernière exigence ne trouve aucun appui dans la loi. Voy. M. STORME et P. TAELMAN, "Het kort geding : ontwikkelingen en perspectieven", *Procedures in nieuw België en Komend Europa*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, p. 5 à 71, ici spéc. n° 22.

(51) Civ. Bruxelles, 1^{er} ch., 19 décembre 2002, inédit, RG n° 2001/12211/A.

(52) Voy. not. M. STORME et P. TAELMAN, "Het kort geding : ontwikkelingen en perspectieven", *op. cit.*, ici spéc. n° 21 et 22, et J.-F. van DROOGHENBROECK, "Aspects actuels du référé-provision", *op. cit.*, n° 26 à 43.

(53) Voy. les références citées dans les "inédits de droit judiciaire" consacrés au référé, à paraître prochainement à la *J.L.M.B.*

(54) En ce sens, S. BEERNAERT, "Algemene principes...", *op. cit.*, n° 12.

devra obligatoirement être traitée dans le cadre de débats succincts⁵⁵. Le caractère succinct d'un débat ne se décrète pas par la loi. Il dépend des circonstances de fait qui entourent le litige et de l'enchevêtrement des relations juridiques que les parties au procès ont nouées entre elles, voire encore de la complexité de la règle de droit elle-même, invoquée à l'appui des prétentions respectives⁵⁶.

À très juste titre, la cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 27 janvier 2000⁵⁷, relève *“qu'il ne peut davantage être reproché aux intimés de ne pas avoir fait application de l'article 735 du Code judiciaire [devant le juge du fond] ; qu'en effet l'importance des écrits déposés devant le premier juge et la cour de céans et la longueur des plaidoiries suffisent à démontrer que la simple question de la désignation d'un expert dépassait le cadre des débats succincts”*.

Quiconque pratique un tant soit peu la juridiction présidentielle sait que de nos jours il est très rare qu'en référé une affaire puisse être traitée sous le bénéfice des débats succincts. Confondre urgence et simplicité résulte sans doute d'un vieux mythe persistant d'une époque totalement révolue. Même si en 1987, dans la seconde édition de son *Manuel de procédure civile*, A. Fettweis écrivait encore dans les quelques pages qu'il consacrait au référé⁵⁸, qu'eu égard à *“la simplicité relative d'un examen limité au plan du provisoire [...] dans la généralité des cas, on procédera par débat succinct (art. 735), la cause étant plaidée dès l'introduction ou à très bref délai”*, tout en précisant que si *“l'échange et le dépôt de conclusions sont facultatifs (art. 735, al. 2)”*, en pratique il sera *“sage de procéder à un échange de conclusions dans des délais abrégés”*⁵⁹.

18. On notera encore que la possibilité d'obtenir un résultat équivalent devant le juge compétent au fond ne semble plus être unanimement retenue par la jurisprudence comme exclusif de l'urgence. Ainsi la cour

(55) Voy. la proposition faite en ce sens par M. STORME et P. TAELEMAN, *op. cit.*, n° 22.

(56) À l'expérience, il m'est apparu que n'étaient en définitive succinctes que les causes dans lesquelles aucune contestation n'était soulevée : jugement d'accord, demande de termes et délais, certaines procédure par défaut, etc.

(57) *J.T.*, 2001, p. 28 et 29.

(58) Il est sans doute significatif de constater que, sur un ouvrage de 769 pages, l'éminent auteur n'en consacrait que 14 à la procédure en référé.

(59) A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Fac. Dr. Lg, 1987, p. 333, n° 449.

d'appel de Liège décide "qu'en ce qui concerne l'argument de [l'intimé] selon lequel il y aurait 'défaut d'urgence à raison de la compétence d'un autre juge', en l'espèce le président du tribunal de commerce siégeant comme en référé dans le cadre d'une action en cessation, [...], outre qu'aucune règle juridique n'impose à une partie de choisir obligatoirement une voie plutôt que l'autre dès lors que les deux magistrats sont également compétents, on ne voit pas en quoi la compétence concurrente du président du tribunal de commerce supprimerait l'urgence qui justifie la compétence du président du tribunal de première instance statuant en référé" ⁶⁰. De même, le juge des référés de Bruxelles n'écarte pas d'office la possibilité d'intervenir en matière d'exécution d'un jugement nonobstant le fait que la procédure devant le juge des saisies, normalement compétent pour connaître d'une telle demande, offre les mêmes garanties de rapidité qu'en référé ⁶¹.

À l'inverse, le président du tribunal de première instance de Liège a rejeté une demande développée dans le cadre d'un litige opposant un bailleur à son locataire au motif que l'article 708 du Code judiciaire offrait la possibilité d'obtenir une abréviation du délai de citer devant le juge de paix et que rien ne permettait de considérer que la mise en état de la cause mettrait plus de temps devant le juge de paix qu'en référé ni que la décision n'interviendrait pas aussi rapidement ⁶².

5. Disparition de l'urgence

19. Si l'urgence doit exister au moment de l'introduction de la demande, elle doit subsister jusqu'à l'issue de la procédure pour que le juge puisse faire droit à la demande. Le principe ne fait l'objet d'aucune discussion. On l'a vu, si l'urgence disparaît en cours de procédure, le juge des référés doit déclarer la demande non fondée.

Une question se pose de savoir si l'urgence doit être constatée jusqu'à la clôture des débats ou jusqu'au prononcé de l'ordonnance, voire de l'arrêt en degré d'appel.

(60) Liège, 5 décembre 2001, publié en sommaire (sans l'extrait précité), *J.L.M.B.*, 2003, p. 708.

(61) Civ. Bruxelles, réf., 3 janvier 2001, inédit, RR n° 00/1561/C, disponible sur <http://www.cass.be>; la décision justifie cette solution par l'invocation, en terme de citation, d'une voie de fait dont se déduirait nécessairement l'urgence, faisant à cet égard notamment référence à l'enseignement de P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 45.

(62) Civ. Liège, réf., 6 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1537.

J'ai déjà eu l'occasion, en 1992, d'exprimer ma préférence pour la première solution. Le retard éventuel que pourrait prendre un magistrat pendant son délibéré ne peut pas avoir d'influence sur le fondement de la demande au regard de l'urgence. D'autant plus que, s'il a constaté l'urgence au moment de la clôture des débats mais qu'il s'interroge sur la persistance de celle-ci à l'issue de son délibéré, il lui appartiendrait, à mon avis, dans le respect des droits de la défense, de permettre aux parties de s'expliquer sur cette éventuelle disparition de l'urgence. Tout cela manquerait singulièrement d'efficacité dans le cadre d'une procédure qui se veut rapide et efficace.

20. Dans un arrêt du 11 mai 1998, la Cour de cassation décide que le juge des référés "*apprécie l'urgence de la cause au moment de sa décision*"⁶³. On relèvera toutefois qu'il n'était pas demandé à la Cour de choisir entre la clôture des débats ou la date du prononcé, le moyen se contentant d'invoquer que l'urgence devait s'apprécier non au moment où la décision était rendue mais "*au moment où la demande était formée*".

La jurisprudence des cours et tribunaux reste divisée sur la question sans toutefois que l'on puisse réellement déterminer si c'est par habitude de langage ou s'il s'agit du reflet d'une volonté explicite. Ainsi, la cour d'appel de Liège a décidé dans un arrêt du 21 décembre 1999 que l'urgence devait "*être déterminée au moment où la décision de référé est rendue*"⁶⁴ et qu'en degré d'appel "*la cour [...] doit [...] constater que l'urgence subsiste au jour du prononcé de son arrêt*"⁶⁵. Par contre, la même cour décide, dans un arrêt du 3 décembre 2002 que l'urgence "*doit exister [...] jusqu'à la clôture des débats*"⁶⁷ et selon le

(63) Cass., 11 mai 1998, *Pas.*, 1998, I, 536.

(64) C'est moi qui souligne.

(65) C'est moi qui souligne.

(66) Liège, 21 décembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 269 ; en ce sens, Bruxelles, 22 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 841 ; C.T. Liège, 27 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 129 ; Bruxelles, 20 janvier 2000, *A.&M.*, 2001, p. 139 ; V. DE SMET, obs. sous Civ. Mons, réf., 8 août 1994, *Bull. Ass.*, 2001, p. 146.

(67) Liège, 3 décembre 2002, inédit, RG n° 2002/RF/12, disponible sur <http://www.cass.be>.

juge des référés de Bruxelles, l'urgence "doit persister jusqu'à la prise en délibéré de la cause"⁶⁸.

6. L'urgence en degré d'appel

21. En cas d'appel, l'urgence doit persister pendant la procédure devant la cour d'appel. À défaut, la cour devra constater qu'il n'y a plus lieu à référé vu la disparition de l'urgence en cours de procédure. Cette règle d'apparence fort simple a conduit à d'importantes hésitations.

Qu'il me soit permis de renvoyer le lecteur à la récente et importante contribution consacrée exclusivement à ce sujet par H. Boularbah dans le *Liber Amicorum* édité à l'occasion de l'accession à l'éméritat du premier président Marchal, dont je partage sans réserve l'ensemble des considérations⁶⁹.

Je me contenterai de rappeler ici que le problème de la persistance de l'urgence en appel ne concerne que l'hypothèse où l'appel est introduit par le demandeur originaire qui, n'ayant pas obtenu du juge des référés les mesures provisoires qu'il sollicitait, demande à la cour d'appel de les lui octroyer. Il est, dans ce cas évident, que l'appelant, demandeur originaire, doit établir qu'il y a toujours urgence à obtenir ces mesures. Par contre, la disparition de l'urgence est sans incidence sur le débat lorsque c'est le défendeur originaire qui introduit un appel pour contester les mesures provisoires ordonnées par le juge des référés⁷⁰. Pas plus que lorsqu'il est défendeur en référé, l'appelant ne doit évidemment prouver l'urgence à prendre une mesure dont il conteste précisément soit le bien fondé, soit l'urgence même. En d'autres termes, si la disparition de l'urgence en appel empêche la cour de prononcer ou confirmer une mesure provisoire, elle n'empêche nullement celle-ci de se placer au moment où le premier juge a statué

(68) Civ. Bruxelles, réf., 18 mai 2000, inédit, RR n° 2000/160/C, disponible à la date erronée du 1^{er} mai 2000, sur <http://www.cass.be> ; Civ. Verviers, réf., 6 octobre 2000, *A.&M.*, 2002, p. 196.

(69) H. BOULARBAH, "Variations autour de l'appel des ordonnances *sur référé*", *Imperat Lex – Liber Amicorum Pierre MARCHAL*, Larcier, 2003, p. 225 à 245.

(70) Bruxelles, 22 juin 2001, *J.T.*, 2001, p. 840 et s.; Bruxelles, 19 janvier 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 108.

pour vérifier si à ce moment-là la mesure ordonnée se justifiait, notamment au regard de l'urgence ⁷¹.

7. Les différents degrés d'urgence

22. Si la procédure de référé apparaît elle-même trop lente pour résoudre en temps utile le litige, le plaideur peut recourir, dans certaines circonstances très strictes, à la procédure unilatérale, soit qu'il y ait urgence extrême, soit qu'il convienne de s'aménager un effet de surprise ⁷² soit encore qu'il n'est pas possible de déterminer l'identité de la 'partie adverse' ⁷³.

Je n'aborderai pas ici la procédure sur requête unilatérale et renvoie en conséquence le lecteur à la contribution de H. Boularbah, dans le présent ouvrage, consacrée à l'intervention du juge des référés par voie de requête unilatérale ⁷⁴.

23. Il existe encore une voie médiane entre le référé de droit commun et la procédure unilatérale. C'est la possibilité d'obtenir une abréviation du délai de citer. Cette procédure permet de réduire les délais de procédure tout en garantissant le respect du principe fondamental de procédure qu'est le contradictoire.

La réduction du délai de citer est évidemment nettement moins efficace que la procédure unilatérale puisqu'une fois la procédure introduite, les règles du référé "classique" sont applicables. En pratique toutefois, il est possible grâce à une telle réduction d'obtenir, outre une introduction très rapide, une instruction fortement accélérée.

(71) Liège, 17 juin 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 378 à 381, et *J.T.*, 2002, p. 667 ; Liège, 15 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 335 ; *contra* Liège, 23 mars 2001, *R.R.D.*, 2002, p. 323.

(72) Not. Bruxelles, 14 novembre 2000, *R.W.*, 2000-2001, p. 1281 ; Civ. Liège, prés., 27 septembre 1996, *R.G.D.C.*, 2000, p. 263, et *A.J.T.*, 1999-2000, p. 451 ; Trav. Charleroi, réf., 4 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 487.

(73) Cass., 25 février 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 116, *R.W.*, 1999-2000, p. 789 ; Civ. Bruxelles, 27 avril 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 59 ; Civ. Anvers, réf., 14 septembre 2000, *A.J.T.*, 2001, p. 708 ; H. BOULARBAH, "L'absence de partie adverse ou l'impossibilité d'identifier celle-ci, condition de l'introduction de la demande par voie de requête unilatérale", note sous Cass., 25 février 1999, *P.&B.*, 1999, p. 97 à 101 ; pour un cas intéressant d'action en cessation-environnement (loi du 12 janvier 1993), introduite sur requête unilatérale à défaut d'identification précise des parties adverses, voy. Civ. Tournai, Prés., 18 juin 2003, inédit, RG n° 03.846.B.

(74) Cet ouvrage, p. 65 à 121.

Le litige qui a opposé le pilote de ‘formule un’, M. Schumacher, au distributeur des casques “Bell” en donne un excellent exemple ⁷⁵. La société de droit belge S.P.O.R.T.S., distributeur des casques “Bell” entendait faire respecter par le champion bien connu son engagement contractuel à courir avec un casque “Bell”. Alors que les parties sont en discussion, le 9 février 2001, le conseil du pilote confirme au distributeur que son client renonce définitivement à courir avec un casque “Bell” et qu’il utilisera à l’avenir un casque d’une marque concurrente. Le prochain grand prix avait lieu en Australie du 2 au 4 mars. Après avoir localisé le domicile du pilote en Suisse, la demanderesse a obtenu le 16 février une ordonnance autorisant à citer le défendeur moyennant le respect d’un délai de quatre jours ⁷⁶. La citation fut signifiée le 16 février pour l’audience des référés du 26 février. La cause fut remise à la demande du pilote au 28 février pour y être plaidée et l’ordonnance, longuement motivée, faisant droit à la demande, fut rendue le 1^{er} mars. Il apparaît ainsi qu’en référé une affaire complexe peut être introduite, plaidée et jugée en moins de quinze jours.

24. La partie citée à comparaître sous le bénéfice d’une ordonnance abrégative du délai de citer peut, à titre reconventionnel, introduire une tierce opposition contre cette ordonnance si elle estime que l’abréviation du délai n’était pas justifiée. Une telle tierce opposition sera rarement fondée. Il appartient de démontrer qu’aucune urgence particulière ne justifiait la réduction du délai de citation mais, en plus, le tiers opposant devra établir son intérêt à contester cette abréviation, qui ne pourrait résulter que dans le préjudice éventuel qu’il pourrait avoir subi dans l’organisation de sa défense. Saisi d’une telle demande dans l’affaire précitée ⁷⁷, le juge des référés constate qu’ayant pris connaissance de la citation le 19 février, ayant comparu à l’audience d’introduction du 26 et ayant obtenu une remise pour conclure au 28, le défendeur “*a donc pu bénéficier d’un délai suffisant pour organiser sa défense*”. L’importance des arguments développés à l’appui de sa défense en atteste par ailleurs.

(75) Civ. Bruxelles, réf., 1^{er} mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 250 à 253.

(76) En vertu des articles 55, 2^o, et 1035, al. 2, C. jud., le délai légal de deux jours aurait dû être augmenté de trente jours dès lors que le défendeur était domicilié dans un pays européen non limitrophe de la Belgique.

(77) Civ. Bruxelles, réf., 1^{er} mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 251.

25. Le juge qui autorise une abréviation du délai de citer, aussi importante soit-elle, ne doit pas oublier de préciser le délai de comparution minimum que devra néanmoins respecter le demandeur. En effet, il convient de laisser au défendeur un minimum de temps pour comparaître ⁷⁸.

Enfin, il convient de ne pas oublier que l'article 708 du Code judiciaire permet au demandeur de solliciter une abréviation du délai de citer auprès du juge de paix pour les matières relevant de sa compétence ⁷⁹.

Sur la computation du délai de citation, voyez *infra*, n° 62.

8. Contrôle de la notion d'urgence par la Cour de cassation

26. Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions du juge des référés faisant l'objet d'une contribution spécifique dans le présent ouvrage, sous la plume de M. Regout, je renvoie le lecteur à ce texte ⁸⁰.

(78) Est ainsi critiquable l'ordonnance du président du tribunal de première instance de Namur (Civ. Namur, Prés., 5 mars 2003, inédit, RR n° 683/03) qui autorise, le 5 mars 2003 la partie demanderesse à citer la partie défenderesse à une audience extraordinaire de référé qui se tiendra le même jour à 15h00, sans préciser le délai minimum qui devra être respecté par le demandeur entre la signification de la citation et le début de l'audience. Une telle ordonnance permettrait de faire valablement signifier la citation à 14h55 au défendeur domicilié à Bruxelles pour l'audience débutant le même jour à 15h00 à Namur, rendant tout débat contradictoire illusoire.

(79) Sur l'incidence que cette possibilité peut avoir sur l'appréciation de l'urgence en référé, voy. *supra*, n° 18.

(80) M. REGOUT, "Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions de référé", cet ouvrage, p. 123 et s., ici spéc. n° 3.

B. Le provisoire

1. Acception actuelle

27. À la suite d'une longue évolution, doctrine⁸¹ et jurisprudence⁸² conviennent de nos jours que la précision légale selon laquelle le juge des référés "*statue au provisoire*"⁸³ a pour unique portée que sa décision n'est pas revêtue de l'autorité de la chose jugée à l'égard du juge du fond, qui ne sera en conséquence pas lié par ce qu'aura décidé le juge des référés⁸⁴. Cette précision dans l'article 584, alinéa 2, du Code judiciaire n'a donc pas d'autre portée que d'annoncer en quelque sorte la règle qui est clairement inscrite à l'article 1039, alinéa 1^{er}, du même code : "*Les ordonnances sur référé ne portent préjudice au principal*"⁸⁵.

Ce faisant, il semblerait qu'on en soit revenu à la conception originaire du référé, qui prévalait déjà lors de la rédaction du Code de procédure civile⁸⁶ et qui subsistait encore, à la fin des années 60, devant nos cours et tribunaux. Ainsi, en 1967, le juge des référés de Liège, saisi

(81) Not. J. van COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence (1985-1998)...", *R.C.J.B.*, 1999, 160, n° 362 ; P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 29 ; G. de LEVAL, "le référé en droit judiciaire privé", *op. cit.*, p. 876 ; M. STORME et P. TAELMAN, "Het kort geding : ...", *op. cit.*, n° 65. Seul, à ma connaissance E. KRINGS ("La jurisprudence récente de la Cour de cassation de Belgique en matière de référé", *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs – Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 205 à 220, ici spéc. p. 214 et s.) développe une conception beaucoup plus restrictive du provisoire.

(82) Not. Liège, 5 mars 1991 (cité par J. ENGLEBERT, "Inédits...", *J.L.M.B.*, 1992, p. 514) et Comm. Liège, réf., 14 juillet 1992 (cité par J. ENGLEBERT, "Inédits...", *J.L.M.B.*, 1993, p. 1128).

(83) Art. 584, al. 1^{er}, C. jud.

(84) Cette évolution ne s'est pas faite sans certaines réticences. Voy. not. Comm. Bruxelles, 15 octobre 1990 (cité par J. ENGLEBERT, "Inédits...", *J.L.M.B.*, 1992, p. 512), voir *infra* note n° 107.

(85) La doctrine ajoute parfois (e.a. J. van COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence (1985-1998)...", *R.C.J.B.*, 1999, p. 159, n° 361) que l'ordonnance de référé ne peut pas être déclarative ni constitutive de droit. Cette précision, exacte dans son principe, ne me semble pas pertinente dès lors qu'elle se résume à une question de formulation (en ce sens, M. STORME et P. TAELMAN, "Het kort geding...", *op. cit.*, n° 27). Ainsi, au lieu d'ordonner l'expulsion d'un locataire après avoir constaté qu'il occupe les lieux sans titre ni droit, ce que le juge des référés ne peut pas décider (en ce sens, Bruxelles, 18 juin 1991, cité par J. ENGLEBERT, "Inédit...", *J.L.M.B.*, 1993, p. 1128), il pourra prendre la même mesure, en se gardant bien de dire le droit, mais en considérant que, selon les apparences et eu égard à la balance des intérêts, il convient d'ordonner l'expulsion du locataire.

(86) P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 54, n° 25.

d'une demande de droit de visite introduite par les grands-parents d'une petite fille, contre les parents de celle-ci, admet que "*les mesures réclamées sont certes de nature à produire, par leur réalisation, un effet définitif et irrévocable*" mais relève concomitamment que "*la portée de l'art. 809 du CPC n'est autre que de préciser que les ordonnances de référés n'ont pas, quant au fond, l'autorité de la chose jugée, qu'elles ne lient pas le tribunal pour l'appréciation du litige au fond*"⁸⁷.

28. Pourtant, par son arrêt du 13 janvier 1972, la Cour de cassation a largement troublé les esprits en affirmant que "*l'incompétence du juge des référés pour aborder le fond du litige est absolue et d'ordre public*"⁸⁸.

2. Évolution de la notion

29. Issue de la doctrine française du XIX^e siècle, une conception restrictive du provisoire s'est largement développée, selon laquelle l'obligation de statuer *au provisoire* faisait interdiction au juge des référés d'aborder le fond du litige⁸⁹, c'est-à-dire d'examiner les droits des parties⁹⁰, au motif qu'il ne pouvait prendre aucun *préjugement* sur ce que le juge du fond allait décider⁹¹. C'est cette conception que consacre l'arrêt précité de la Cour de cassation du 13 janvier 1972⁹². Elle a été très amplement enseignée⁹³.

Mais, comme le souligne fort justement P. Marchal, prise à la lettre une telle conception du provisoire paralyserait totalement l'institution en réduisant à peu de choses les pouvoirs du juge des référés⁹⁴.

(87) Civ. Liège, réf., 8 février 1967, *Pas.*, 1967, III, 113 et s., ici p. 115.

(88) Cass., 13 janvier 1972, *Pas.*, 1972, I, 469 et s., ici p. 471.

(89) J. van COMPERNOLLE, "Actualité du référé", *op. cit.*, p. 147 et s.

(90) P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 26, p. 56, b).

(91) M. STORME et P. TAELMAN, "Het kort geding ...", *op. cit.*, n° 23.

(92) Cet arrêt est présenté comme confirmant une jurisprudence de la Cour de cassation bien établie, plus particulièrement par trois arrêts antérieurs des 5 janvier 1922 (*Pas.*, 1922, I, 122), 15 novembre 1923 (*Pas.*, 1924, I, 28) et 6 février 1930 (*Pas.*, 1930, I, 87).

(93) Not. A. FETTWEIS, *Éléments de compétence civile*, P.U.Lg., 1983, p. 144, n° 273.

(94) *Op. cit.*, n° 26, p. 56, b).

30. C'est ainsi que le principe de l'interdiction d'aborder le fond étant établi, il y a très rapidement été apporté deux tempéraments. D'une part, il a été admis que le juge des référés "*puise dans les articles 584 et 1039 du Code judiciaire le pouvoir de mettre fin, sans délai, aux conséquences dommageables d'une voie de fait, sans pour autant préjuger le fond*"⁹⁵. D'autre part, il a été reconnu au juge des référés la possibilité de prendre en compte les droits des parties s'ils sont *évidents* ou s'ils ne sont pas *sérieusement contestés*.

C'est ce que résumait déjà excellemment Braas dans son *Précis de procédure civile*, en 1934 : "*L'incompétence du président pour statuer au principal, pour aborder le fond, est d'ordre public [...]. Le principe est incontestable. Mais il échet d'en déterminer la portée et de ne pas restreindre exagérément la prérogative présidentielle [...]. Celui qui demande en référé une mesure qui implique nécessairement le bien-fondé de sa prétention, doit justifier la certitude de son droit et dès l'instant où sa prétention au fond n'est pas incontestable, le juge des référés doit se déclarer sans compétence*"⁹⁶.

31. La théorie de la *voie de fait* a connu un énorme succès. Elle a certainement contribué à l'essor du référé. La *voie de fait* c'est "*l'acte qui ne peut manifestement s'autoriser d'aucune justification légale*" ou encore "*l'acte par lequel on empêche l'exercice d'un droit évident*"⁹⁷. C'est le domaine de l'*illégalité flagrante*. C'est cette notion qui sert à justifier les premières mesures coercitives à l'encontre de l'Administration⁹⁸. Elle est encore fréquemment invoquée, plus par habitude que par réelle nécessité, tant par les plaideurs à l'appui de leurs demandes que par les présidents dans leurs ordonnances⁹⁹.

32. Avec ces premières exceptions, l'interdiction d'aborder le fond n'est plus apparue en pratique comme un dogme absolu. Le succès du référé aidant, on a estimé que "*tout droit, même s'il n'a pas un caractère*

(95) Bruxelles, 30 juin 1975, *Pas.* 1976, II, 94 et s., ici p. 95.

(96) Chevalier BRAAS, *Précis de procédure civile*, 2^e éd., Bruylant-LGDJ, 1934, p. 267 et 268.

(97) P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 26, p. 57.

(98) Voy. la contribution de Ph. LEVERT dans le présent ouvrage, "L'intervention du juge des référés dans le droit administratif", spéc. n° 5.

(99) Not. civ. Bruxelles, réf., 6 juin 2002, inédit, RR n° 2002/571/C ; Bruxelles, 25 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 66 et s., ici p.70.

certain et évident ou s'il est sérieusement contesté, mérite d'être protégé en attendant une décision judiciaire définitive"¹⁰⁰. Mais ne pouvant pas dans ce cas se fonder sur un droit *évident*, il ne pouvait être question, dans cette hypothèse d'accorder, comme l'écrivait Braas "*une mesure qui implique nécessairement le bien-fondé de [la] prétention [du demandeur]*". Par contre, on a estimé que s'il ne s'agissait que de prendre une mesure conservatoire, en vue d'aménager provisoirement la situation des parties, sans, évidemment, préjuger du fond de l'affaire, le juge des référés, pour autant qu'il puisse s'appuyer sur des *apparences* de droit suffisantes, pouvait "*examiner les apparences [et] donner une appréciation provisoire et superficielle des droits en conflits*"¹⁰¹.

33. Le tableau est ainsi complet. Le juge des référés pourra toujours ordonner qu'il soit mis fin à une *voie de fait*, le cas échéant en prononçant une injonction de faire ou de ne pas faire à l'auteur de cet acte manifestement illégal. Les mêmes mesures pourront également être ordonnées, en préjugant sur la décision au fond, si les droits dont se prévaut le demandeur sont *évidents* et *non sérieusement contestés*. Enfin, face aux *apparences*, sans donc aborder le fond du droit, le juge des référés qui ne devra procéder qu'à un examen *prima facie* du problème qui lui est soumis, pourra ordonner toutes les mesures conservatoires qui ne préjugent pas de l'issue du litige, afin de régler provisoirement la situation des parties.

C'est donc le principe de l'interdiction faite au juge des référés d'aborder le fond du litige qui est à l'origine de la distinction classique fermement établie et qui persiste de nos jours entre *droits apparents/mesures conservatoires* et *droits évidents/mesures d'anticipation*¹⁰².

34. Ce qui est très surprenant, c'est que cette distinction se perpétue alors même que l'axiome de départ, selon lequel la notion du *provisoire* interdirait au juge des référés d'analyser le fond du droit, est unanimement tenu pour obsolète, depuis que la Cour de cassation, en 1982¹⁰³, revenant incontestablement sur sa jurisprudence antérieure, a affirmé "*que la défense, faite par l'article 1039 du Code judiciaire aux*

(100) P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 26, p. 57.

(101) J. VELU, conclusions avant Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, 915.

(102) P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 26-1, p. 57 et 58.

(103) Cass., 9 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 48 et s., ici p. 50.

ordonnances de référé de porter préjudice au fond, n'interdit pas au juge d'examiner les droits des parties, sous réserve de ne point ordonner des mesures qui porteraient à celle-ci un préjudice définitif et irréparable".

3. Conséquence de l'arrêt du 9 septembre 1982 : inutilité de la distinction entre droit *apparent* et droit *évident*

35. Ce qui impressionne dans l'attendu précité de l'arrêt du 9 septembre 1982, c'est la généralité et la clarté des termes employés.

Sa portée exacte doit être appréciée au regard du moyen soulevé par le demandeur. Ce dernier estimait que le juge des référés était "*incompétent pour mettre fin à une situation et même à une voie de fait*"¹⁰⁴, *chaque fois que pour statuer sur la demande il doit se prononcer sur les droits d'une des parties alors que ceux-ci font l'objet d'une contestation dont le juge du fond peut seul connaître*"¹⁰⁵. Il est remarquable, me semble-t-il, de constater que la Cour elle-même ne fait aucune allusion aux notions de *voie de fait*, de *droits évidents* ou d'*apparences suffisantes*, alors même que le premier juge avait estimé que "*de suffisantes apparences de droit*" justifiaient les mesures demandées et que la cour d'appel, confirmant l'ordonnance, avait précisé que le premier juge s'était contenté de "*mettre fin à une voie de fait*".

À mon sens, la Cour balaye ces notions, qui n'étaient en définitive que des expédients destinés à contourner les effets de la conception restrictive du provisoire, pour poser un principe général applicable à toutes les actions en référé : le juge des référés peut examiner les droits des parties¹⁰⁶ pour prendre sa décision. La seule limite est qu'il ne peut pas ordonner une mesure qui causerait à une partie un dommage définitif et irréparable, car, dans ce cas, son ordonnance porterait préjudice au fond. Seul le respect de cette limite est susceptible de préserver l'effectivité de la règle selon laquelle le juge du fond n'est pas lié par ce qu'a décidé le juge des référés et pourra toujours prendre une décision contraire.

(104) C'est moi qui souligne.

(105) *Pas.*, 1983, I, 50. En l'espèce, la mère, qui avait la garde des enfants mineurs, était partie s'établir avec ceux-ci en Israël. Saisi en référé par le père, le président du tribunal avait décidé de rétablir le *statu quo ante* en ordonnant à la mère de rapatrier en Belgique les enfants et en lui faisant défense de quitter le royaume avec ceux-ci.

(106) Quels qu'ils soient : évidents ou simplement apparents, contestés ou non.

La voie ainsi ouverte par la Cour de cassation était considérable¹⁰⁷.

36. Avec P. Marchal¹⁰⁸, je m'étonne de constater que doctrine et jurisprudence se sont bien gardées, en général, de tirer toutes les conséquences qu'impose cette évolution alors même que l'unanimité s'est faite pour considérer que la seule portée qu'il convient de donner au provisoire est que l'ordonnance de référé n'a pas autorité de chose jugée à l'égard du juge du fond.

La distinction entre mesures conservatoires et mesures d'anticipation, entre apparences de droits et droits évidents, n'a plus aucune raison d'être¹⁰⁹.

Le juge des référés peut avoir égard aux droits des parties. Il les apprécie, au vu des arguments développés de part et d'autre, en définitive comme n'importe quel juge. Il tranche en conséquence en faveur d'une des parties, rejetant la demande à défaut de fondement ou au contraire faisant droit à celle-ci dès lors qu'il la juge fondée. Peu

(107) L'avancée était manifestement trop importante pour certains juges. Les considérations développées à l'encontre de cette évolution par le président du tribunal de commerce de Bruxelles, en 1990, sont particulièrement intéressantes en ce qu'elles soulignent, *a contrario*, tout l'intérêt de la conception large du *provisoire*, qu'avec d'autres je préconise : *"s'il est exact que pour aménager une situation d'attente le juge des référés peut examiner le fond du droit [...] ; il convient néanmoins de manier certaines idées récentes au sujet du référé avec prudence et circonscription. Il en est ainsi de la notion de 'provisoire'. Dire que la notion de 'provisoire' implique simplement que l'ordonnance de référé ne fait pas préjudice au principal nous paraît un peu court, dans la mesure où on voudrait uniquement dire par là que le juge du fond garderait toute liberté de trancher dans un sens contraire à celui du juge des référés. Avancer cela c'est reléguer au plan purement théorique et abstrait la distinction entre la procédure des référés toute axée sur l'urgence de remédier à une situation de fait et sur l'opportunité d'aménager une situation d'attente entre les parties ou de prendre une mesure destinée à éviter un préjudice imminent et peut-être irréparable à l'une des parties, et la décision au fond. Il est évident qu'une telle solution, loin de porter remède aux situations de fait que tout le monde déplore, ne fera en définitive qu'aggraver les choses par les risques de confusion et de contradiction entre décisions judiciaires dont elle est porteuse. Peut-on imaginer que le juge des référés, par une décision qui n'aurait plus de provisoire que le non, crée une situation irréversible qui rende le jugement au fond pratiquement inopérant ?"* (comm. Bruxelles, réf., 15 octobre 1990, cité par J. ENGLEBERT, "Inédits...", *J.L.M.B.*, 1992, p. 515 et 516) ; en ce sens également, E. KRINGS, "La jurisprudence récente...", *op. cit.*, p. 214 et 215.

(108) P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 28, spéc. p. 62.

(109) En ce sens : X. DIEUX, "La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés", note sous Civ. Liège, réf., 2 février 1994, *R.C.J.B.*, 1987, p. 250 à p. 270, ici p. 254.

importe à cet égard que les droits invoqués par le demandeur ou les faits qui sous-tendent la demande soient évidents ou qu'il puisse se prévaloir d'apparences suffisantes. À mon sens, un droit n'est *évident* que lorsque le juge déclare la demande fondée. C'est l'appréciation du juge qui rend le droit évident ou, s'il rejette la demande, la contestation sérieuse. Peu importe qu'il s'agisse du juge du fond ou du juge des référés. La seule différence est que le juge des référés ne peut opérer cette appréciation judiciaire des droits ou des faits qui lui sont soumis que s'il y a urgence. En outre, son appréciation n'est que provisoire dès lors qu'elle n'a aucune autorité à l'égard du juge du fond. Enfin, pour laisser encore un sens à l'action au fond et au droit qu'a le juge du fond de décider autrement que ne l'a fait le juge des référés, ce dernier ne peut pas ordonner une mesure qui porterait préjudice de façon définitive et irréparable à une partie.

Ainsi, soit la mesure cause un préjudice provisoire, et le juge du fond pourra, s'il ne suit pas l'appréciation des droits faite par le juge des référés, y mettre fin et ordonner le cas échéant la réparation du dommage subi entre-temps. Soit le préjudice est définitif et le juge du fond qui ne pourra plus y mettre fin, ordonnera sa réparation par équivalent.

4. Intérêt et limites de la mise en œuvre de la conception extensive du *provisoire*

37. Cette conception large du provisoire permettrait de mettre un terme à la distinction très généralement théorique que persistent à faire doctrine et jurisprudence entre les conditions permettant d'obtenir une mesure conservatoire et celles ouvrant la porte aux mesures d'anticipation. Comme je tenterai de le démontrer ci-après, la plus grande confusion règne à cet égard, laissant la plus grande liberté d'appréciation au juge¹¹⁰ (et les plus grandes incertitudes aux plaideurs) quant aux mesures qu'il peut ordonner.

Quant à la doctrine, force est de constater qu'elle ne parvient pas à proposer une classification adéquate des mesures que peut prendre le juge des référés en fonction de l'intensité des droits soumis à son appréciation et est bien obligée d'admettre qu'entre les mesures

(110) J. van COMPERNOLLE, "Introduction générale", *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruylant, 1998, p. 12 : "L'opinion du juge des référés sur le degré d'évidence ou de vraisemblance des prétentions des parties, sur l'existence ou la non-existence de leurs droits respectifs, laisse au président une marge d'appréciation considérable".

d'attente et les mesures d'anticipation, "*la frontière est parfois bien difficile à tracer, tant il est vrai que la notion même de contestation sérieuse prête à interprétation divergente, voire même à une très large subjectivité*"¹¹¹.

38. La seule crainte, très certainement fondée, que l'on peut émettre à l'encontre du développement de cette conception très large du *provisoire* est qu'elle n'engendre un engorgement réel des audiences de référé, retirant par là même à cette institution toute l'efficacité que l'on a voulu lui donner en définissant le plus largement possible la notion du *provisoire*. C'est ce qu'évoque à demi-mot la doctrine lorsqu'elle stigmatise la crainte de débordements : "*l'évolution du provisoire était souhaitable et a été heureusement consacrée par la Cour de cassation. Elle doit cependant demeurer contenue dans des limites permettant d'éviter les débordements*"¹¹².

À mon sens, toutefois, cette conséquence pratique sans doute inévitable n'enlève rien à la pertinence, en droit, de la conception élargie du *provisoire*. Plutôt que de craindre des "*débordements*", il me semble qu'il serait plus utile de tirer toutes les conséquences de la jurisprudence de la Cour de cassation de 1982 en réorganisant complètement, d'un point de vue pratique, la juridiction des référés¹¹³.

À titre de simples exemples, on pourrait suggérer de retirer des audiences de référé civil, à Bruxelles, toutes les actions relevant de la compétence de pleine juridiction du président¹¹⁴, en créant une chambre du "comme en référé" à part entière¹¹⁵, ou encore une chambre spéciale

(111) J. van COMPERNOLLE, "Actualité du référé", *op. cit.*, p. 151.

(112) *Ibidem*, p. 151 ; E. KRINGS, évoquant le succès croissant du référé-provision, parle de "*dérive*" (*op. cit.*, p. 209).

(113) Ce qui implique évidemment que des moyens nouveaux soient octroyés aux juridictions concernées.

(114) Il faut à cet égard que le législateur tire notamment les conséquences de l'extension exponentielle des compétences du président siégeant "comme en référé" (voy. à ce sujet la contribution de Ch. DALCQ dans le présent ouvrage, p. 192). Partageant, sur ce point, l'analyse de E. KRINGS (*op. cit.*, n° 9, p. 210), j'estime que la multiplication des procédures *comme en référé* constitue en réalité l'aboutissement ultime de l'évolution extensive de la notion du *provisoire*, à un stade où les dernières limites sont levées, le juge étant dans ces cas expressément appelé à statuer au fond (outre le fait, qu'en plus, l'urgence est présumée).

(115) Comme il existe une *chambre des cessations* au sein du tribunal de commerce de Bruxelles, distincte de la chambre des référés.

de “référé divorce”¹¹⁶, voire même plus généralement de “référé familial”. Sans doute conviendrait-il aussi de spécialiser les juges des référés, dont on ne peut raisonnablement pas attendre qu’ils maîtrisent indifféremment, et dans l’urgence, les arcanes du droit administratif, les subtilités du droit des obligations et des contrats, le droit fiscal, le droit des étrangers, le droit international, le droit de la responsabilité, les particularités du droit de la famille, etc.

39. Une autre critique pourrait être formulée à l’encontre de la conception large du *provisoire*, relative aux conditions dans lesquelles les juges des référés doivent statuer. Ainsi, on soutient parfois que devant trancher le litige avec rapidité, pour conserver au référé son efficacité, le juge ne peut pas aborder l’affaire dans le détail et ne peut donc que statuer sur la base d’une appréciation *prima facie* des droits et des faits qui lui sont soumis ou que sur la base de droits évidents qui ne nécessitent pas un examen fouillé de la cause.

Dans ce cas, le *provisoire* ne serait qu’une conséquence de l’urgence, ce qui ne me semble pas être une approche exacte de cette notion. En outre, la pratique dément cette objection. Même s’il travaille certainement sous la pression de l’urgence, le juge des référés procède à une analyse aussi, si non parfois plus, minutieuse des éléments de fait et de droit que le juge du fond¹¹⁷, quoiqu’en se sentant obligé, d’un point de vue très formel, de préciser que l’analyse ainsi faite ne l’est que *prima facie*.

5. Analyse de la jurisprudence

40. C’est une évidence, la jurisprudence n’a à ce jour nullement admis la conception élargie du *provisoire*. Elle reste attachée, du moins formellement, à la distinction entre mesures conservatoires et mesures d’anticipation et à celles corrélatives d’apparences et de droits évidents.

a) *Jurisprudence de la Cour de cassation*

41. La Cour de cassation elle-même, semble être très vite revenue en arrière, par rapport à la limpidité de l’enseignement de son arrêt du 9 septembre 1982, comme si elle avait été effrayée par sa soudaine

(116) Not. pour toutes les actions introduites sur base de l’art. 1280 C. jud.

(117) Voy. *infra*, n° 47.

audace¹¹⁸. Ainsi, par une série d'arrêts ultérieurs, généralement présentés par la doctrine comme confirmant l'arrêt de septembre 1982, ou à tout le moins comme contribuant avec ce dernier, à l'élaboration d'une conception cohérente du *provisoire*, la Cour de cassation va, à mon sens, réintroduire la confusion qu'elle avait remarquablement écartée dans son arrêt de septembre 1982, entre les notions précitées.

Dans un arrêt du 29 septembre 1983¹¹⁹, la Cour de cassation précise que "*la défense faite par l'article 1039 du Code judiciaire aux ordonnances de référé de porter préjudice au principal n'interdit pas de prendre une mesure conservatoire s'il y a des apparences de droit suffisantes pour justifier une décision*"¹²⁰. La mesure critiquée consistait en un ordre de cessation des travaux de construction d'un immeuble en raison des dégâts causés aux bâtiments voisins et alors que le permis de bâtir était apparemment frappé de péremption. Le moyen qui invoquait la violation de l'article 1039 du Code judiciaire soutenait que le juge des référés "*ne peut fonder sa décision sur le droit appartenant à l'une des parties ou sur une situation de fait que lorsque ce droit ou cette situation de fait ne peuvent être sérieusement contestés, et non sur une apparence de droit*". Au lieu de répondre, comme un an plus tôt, que le juge des référés peut prendre en considération les droits de parties et ordonner toute mesure qui ne cause pas un préjudice définitif et irréversible à une partie, la Cour réintroduit la distinction obsolète entre droit évident et apparence et précisant que le juge ne viole pas la notion de provisoire lorsque, pour prendre une mesure conservatoire, il se fonde sur des apparences de droit suffisantes. Il est impossible de voir dans cet arrêt une confirmation par la Cour de cassation de sa jurisprudence antérieure¹²¹.

Il en va de même des conclusions prises par J. Velu, précédant l'arrêt du 21 mars 1985¹²² qui sont présentées, à mon sens à tort, comme résumant et conciliant parfaitement les enseignements des précédents

(118) Selon E. KRINGS, "*la Cour a eu conscience des risques inhérents à un tel système*" (*op. cit.*, n° 18, p. 215).

(119) Cass, 29 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 84.

(120) La Cour de cassation reprendra à plusieurs reprises cette expression dans des arrêts ultérieurs. Voy. les références citées par P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 60, spéc. note 5.

(121) *Contra*, M. STORME et P. TEALMAN, "Het kort geding ...", *op. cit.*, n° 24, qui précisent que le point de vue dégagé par la Cour dans son arrêt du 9 septembre 1982 "*werd nadien herhaaldelijk bevestigd, o.m. in het arrest van 29 september 1983*".

(122) *Pas.*, 1985, I, p. 909 à 927, ici spéc. p. 915. L'arrêt, publié p. 927 à 929, confirme la jurisprudence de l'arrêt précité du 29 septembre 1983.

arrêts ¹²³. Loin de concilier l'arrêt de septembre 1982 avec les arrêts postérieurs précités, J. Velu se limite à mettre en valeur l'enseignement de l'arrêt du 29 septembre 1983, passant totalement sous silence la portée de l'arrêt de 1982 ¹²⁴, pour conclure sur cette question, par ce passage inlassablement repris depuis lors par la doctrine et la jurisprudence : *“S’il est de principe qu’il n’appartient pas au juge des référés de juger le fond du droit ¹²⁵, ce principe appelle toutefois certains tempéraments. Le juge peut fonder sa décision sur le droit appartenant à l’une des parties ou sur une situation de fait à la condition que ce droit ou cette situation de fait ne soient pas sérieusement contestés. Même lorsque ce droit ou cette situation sont sérieusement contestés, il peut aussi, s’agissant de prendre une mesure conservatoire, apprécier les faits constants impliquant une apparence de droit suffisante : autrement dit il peut examiner les apparences, donner une appréciation provisoire et superficielle des droits en conflit”*.

42. C'est un retour pur et simple à la conception restrictive du provisoire, modalisée par l'expédient dénoncé ci-avant qu'est la distinction entre mesures conservatoires et mesures d'anticipation ¹²⁶. Comme si l'arrêt du 9 septembre 1982 n'avait pas existé.

La Cour a confirmé sa position, notamment par ses arrêts du 22 février 1991 ¹²⁷ et du 13 mai 1991 ¹²⁸.

Dans un arrêt du 25 novembre 1996, la Cour de cassation confirme encore que *“lorsque la cause est urgente, le juge des référés peut ordonner des mesures conservatoires, pour autant que des droits*

(123) P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 60.

(124) Et ce quand bien même J. Velu prend soin de préciser (après n'avoir pas estimé nécessaire de s'étendre sur les interprétations diverses que la notion d'urgence a reçu en doctrine) : *“Je voudrais simplement me référer à trois arrêts récents que votre Cour a rendu en la matière: ceux des 9 septembre 1982, 21 octobre 1982 et 29 septembre 1983...”*, tout en poursuivant immédiatement : *“...et rappeler plus spécialement à son attention ce dernier arrêt”*.

(125) Une note renvoie même à l'arrêt du 13 janvier 1972.

(126) *“Ainsi constate-t-on que dans une série importante d'arrêts ultérieurs, la Cour a adopté une attitude beaucoup plus prudente”*, E. KRINGS, *op. cit.*, p. 216.

(127) *Pas.*, 1991, I, 607.

(128) *Pas.*, 1991, I, 737.

apparents justifient la décision ; que sa décision ne peut établir des droits, ni modifier définitivement la situation juridique des parties”¹²⁹.

Je ne crois pas que l’on puisse dès lors affirmer, comme le fait J. van Compernelle, que *“l’enseignement qui se dégage de ces arrêts paraît tout à fait clair : le juge des référés peut, pour justifier sa décision, s’appuyer sur le droit d’une des parties lorsque l’évidence de ce droit ou à tout le moins l’apparence de son existence crée les conditions d’une absence de contestation sérieuse”*¹³⁰. On ne peut, au contraire que constater le fossé qui sépare l’arrêt du 9 septembre 1982 des arrêts qui l’ont suivi¹³¹.

b) Jurisprudence des juges des référés

43. Contraints de maintenir la distinction classique entre apparences et évidences, mesures conservatoires et mesures d’anticipation, les juges des référés, que ce soit en première instance ou en appel, jonglent avec l’élasticité de ces notions au gré de leur sensibilité et prennent les plus grandes libertés dans l’appréciation au cas par cas de celles-ci. Les décisions plus récentes font apparaître par ailleurs un phénomène d’estompement de l’exigence d’un droit évident au profit de la seule apparence.

44. Le juge des référés de Liège a été saisi d’une demande de démolition d’une passerelle entre deux immeubles surplombant la voirie au motif que la présence de cette passerelle empêche la poursuite de la réalisation des travaux de revitalisation du quartier. Le propriétaire de l’immeuble auquel la passerelle est reliée s’oppose à cette démolition. Dans le cadre d’un rappel préalable des principes s’appliquant au référé, le juge souligne que *“sur base des droits apparents¹³² des parties, [il] peut prendre des mesures d’anticipation, soit des injonctions de faire,*

(129) Cass., 25 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, 454.

(130) J. van COMPERNOLLE, “Actualité du référé”, *op. cit.*, p. 149. Il est intéressant de noter dès à présent le glissement opéré entre *apparence* et absence de *contestation sérieuse*.

(131) Il est encore étonnant de lire que dans leur dernier examen de jurisprudence, J. van COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, soulignent que l’abandon de la conception restrictive du *provisoire*, est le fruit d’une profonde évolution de la jurisprudence *“depuis 1983”* (*R.C.J.B.*, 1999, n° 361), passant sous silence l’arrêt du 9 septembre 1982 mais pas celui du 29 septembre 1983.

(132) C’est moi qui souligne.

de ne pas faire, de payer une somme d'argent"¹³³. Exit donc l'exigence d'un droit certain et évident pour une mesure d'anticipation. Analysant ensuite les circonstances propres à la cause, il persiste en affirmant que *"la démolition postulée est une injonction de faire que peut prendre le juge des référés dans un contexte d'apparence suffisante"*¹³⁴. La demande apparaît pourtant clairement comme une mesure d'anticipation sur ce qui pourrait être demandé et accordé par le juge du fond. En réalité, plus que l'intensité des droits en présence, c'est à la suite d'une balance des intérêts respectifs des parties que le juge décide que la démolition de cette passerelle ne pourra causer qu'un faible préjudice au propriétaire par rapport au préjudice grave que doit subir la ville (et l'intérêt général) par l'interruption des travaux de revitalisation du quartier. Quant au caractère *définitif* de la mesure ordonnée, le juge relève que *"la mesure de démolition, certes irréversible, pourra toujours faire l'objet de réparation par équivalent"*¹³⁵.

La cour d'appel de Liège s'est fondée sur une apparence d'amalgames susceptibles de porter atteinte à l'honneur des appelants pour ordonner la suppression de certains passages d'un site web¹³⁶. À nouveau, le juge ne réclame plus un droit évident pour prendre une mesure de censure manifestement anticipative sur ce qui pourrait être demandé et accordé par le juge du fond.

Le fait pour le juge de se satisfaire systématiquement de simples apparences revient évidemment à appliquer, sans le reconnaître ouvertement, la conception élargie du *provisoire*.

45. Une autre façon de contourner la difficulté est de qualifier de préférence la mesure sollicitée de conservatoire, même lorsque son caractère anticipatif semble établi.

Le juge des référés de Bruxelles décide en ce sens qu'une demande d'interdiction de faire usage d'une dénomination déterminée, et la mesure de publicité de cette interdiction, ne constituent que des mesures conservatoires qui sont justifiées lorsque, s'appuyant sur un

(133) Civ. Liège, réf., 2 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1018.

(134) *Ibidem*, p. 1021.

(135) *Ibidem*, p. 1021.

(136) Liège, 28 novembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 308 et 309, et note de A. CRUQUENAIRE et J. HERVEG, "La responsabilité des intermédiaires de l'Internet et les procédures en référé ou comme en référé", p. 309 à 311.

examen des droits apparents, *“il est établi que cet usage porte préjudice aux droits d’une autre partie”*¹³⁷.

La même attitude peut être décelée dans l’arrêt de la cour d’appel de Bruxelles du 28 mai 1999¹³⁸. La cour était saisie par Canal+ d’une demande de condamnation de divers câblodistributeurs à diffuser sur le câble ses programmes numériques. Les intimés soutenaient qu’il s’agissait manifestement d’une mesure anticipative – la même demande étant par ailleurs concomitamment introduite devant le juge du fond –, pour laquelle Canal+ devait établir l’existence d’un droit certain et évident, ce qu’elle restait, selon les intimés en défaut de faire. La cour rétorque *“que la mesure sollicitée en l’espèce tend [...] seulement [...] à l’aménagement d’une situation provisoire dans l’attente d’une décision au fond”*, ce qui, à mon sens n’enlève rien au caractère anticipatif de la mesure sollicitée (toute demande en référé ayant en définitive pour but de régler une situation d’attente avant l’obtention hypothétique d’une décision au fond). La cour ajoute ensuite, et ceci est plus intéressant, que la mesure *“n’est en rien susceptible de porter définitivement et irréversiblement atteinte aux droits [des câblodistributeurs]”*, la mise à la disposition de Canal+ d’un canal de télédistribution n’ayant rien d’irréversible. La cour d’appel de Bruxelles fait donc, en pratique, une application pure et simple de la jurisprudence dégagée de l’arrêt de la Cour de cassation du 9 septembre 1982¹³⁹.

46. Un autre phénomène dans la mise en œuvre des principes rappelés ci-avant se rencontre dans certaines décisions où l’analyse des apparences ne porte plus sur les droits ou les circonstances de fait qu’invoque le demandeur à l’appui de sa demande, conformément aux principes fixés par les articles 875 du Code judiciaire et 1315 du Code civil, mais bien sur l’attitude du défendeur. Ainsi, le juge des référés de Bruxelles, pour apprécier le bien fondé d’une demande de retrait de certains passages d’un site web, jugés attentatoires à son honneur par le demandeur, constate que *“même si l’intention méchante du défendeur n’est pas prouvée, celui-ci ne donne aucun élément objectif sur lequel il*

(137) Civ. Bruxelles, réf., 27 mars 2001, *J.T.*, 2002, p. 325, en sommaire.

(138) Bruxelles, 28 mai 1999, *A.&M.*, 2000, p. 259 à 273, ici p. 266 et 267.

(139) En première instance, le juge des référés de Bruxelles avait statué exactement en sens contraire : *“Attendu que la mesure sollicitée par Canal+ s’analyse en une demande d’anticipation en référé ; Attendu en effet que la demanderesse sollicite du juge des référés qu’il anticipe sur une éventuelle décision du juge du fond ; qu’il s’agit d’un type de référé-provision”* (Civ. Bruxelles, réf., 24 juin 1998, *A.&M.*, 2000, p. 367 et s.).

se base pour diffuser une telle insinuation injurieuse. L'insinuation n'est donc, *prima facie*, *pas fondée*. *Le défendeur a dès lors, en apparence, outrepassé la limite de sa liberté d'expression*" ¹⁴⁰. Pour ordonner une mesure de censure anticipative, ne convenait-il pas plutôt, selon l'enseignement traditionnel, d'exiger du demandeur d'établir son droit certain et évident à obtenir une telle mesure ? Une fois encore, il apparaît clairement que c'est l'acception large de la notion du *provisoire* qui est implicitement appliquée.

47. On trouve encore de nombreuses décisions qui, tout en affirmant ne pouvoir procéder, eu égard au *provisoire*, qu'à un examen superficiel, *prima facie*, des droits en litige (se mettant ainsi en conformité apparente avec l'enseignement contenu dans les conclusions précitées de J. Velu ¹⁴¹) procèdent ensuite à un examen extrêmement approfondi des droits, exactement de la même façon qu'aurait procédé un juge du fond. L'ordonnance du juge des référés de Bruxelles du 18 mai 2000 ¹⁴², où le juge procède à une analyse extrêmement fouillée de la portée des statuts d'un groupement professionnel et des décisions prises au cours de diverses assemblées générales, tout en rappelant, à plusieurs reprises, que tous ces développements n'interviennent que "*prima facie*", en est un excellent exemple. Il en va de même de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 28 janvier 1999 ¹⁴³, ou encore de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 30 juin 1998, ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 2000 ¹⁴⁴.

(140) Civ. Bruxelles, réf., 2 mars 2000, *J.T.*, 2002, p. 113 et s., ici p. 114 et *A.&M.*, 2001, p. 147 à 151.

(141) *Pas.*, 1986, I, 815.

(142) Civ. Bruxelles, réf. 18 mai 2000, inédit, RR n° 2000/160/C, disponible sur <http://www.cass.be> à la date erronée du 1^{er} mai 2000.

(143) Bruxelles, 28 janvier 1999, *A.&M.*, 2000, p. 259 à 273, qui analyse dans le détail les droits des parties concernant la validité du "must carry" et sa compatibilité avec les normes de droit européen ainsi que l'éventuelle position dominante des câblodistributeurs. En l'espèce, l'arrêt rendu par la cour d'appel, en référé, comporte 44 pages alors que le jugement rendu au fond, sur le même problème, règle la question en 18 pages. Même si l'on enlève les considérations développées par la cour sur les notions d'urgence et de provisoire, propres au référé, on constate que son analyse, soi-disant *prima facie*, du fond des droits en présence et très certainement aussi fouillée que celle effectuée par le juge du fond.

(144) *Bull.*, 2000, p. 843. La lecture du second moyen fait clairement apparaître l'étude très fouillée à laquelle la cour d'appel de Bruxelles a procédé quant à la validité d'une taxe

48. Sans doute pour tempérer quelque peu leur appréciation osée du *provisoire*, à plusieurs reprises, les magistrats décident de limiter dans le temps les effets de la mesure anticipative, conditionnant la poursuite de ses effets à l'introduction d'une action au fond, "*car seul le juge du fond pourra se prononcer définitivement sur le caractère calomnieux, diffamatoire ou simplement fautif des propos incriminés*"¹⁴⁵. Ils attribuent ainsi à la notion du *provisoire*, une nouvelle acception : la décision de référé serait provisoire parce que ses effets sont limités dans le temps¹⁴⁶.

Le juge des référés de Bruxelles allant jusqu'à déclarer une demande irrecevable au motif qu'elle n'était "*assortie d'aucune limitation dans le temps et n'est même pas soumise à la condition de l'intentement dans un bref délai d'une action au fond [...] ; qu'ainsi l'action [...] dépasse manifestement le caractère provisoire d'une action en référé et constitue en réalité une action au fond*"¹⁴⁷.

Une telle conception est évidemment incompatible avec la définition bien admise du *provisoire* qui est liée à l'absence d'autorité de chose jugée de l'ordonnance de référé à l'égard du juge du fond et nullement au caractère éventuellement limité dans le temps de la mesure décidée en référé.

49. À l'inverse, on trouve encore des décisions qui font une application stricte de la conception classique du *provisoire*. Saisi par une ASBL d'une demande de réintégration au sein d'un groupement professionnel en raison de vices, notamment quant à l'exercice d'un droit de veto, dans la procédure d'exclusion, le juge des référés de

communale sur l'exploitation aéronautique au regard notamment de la convention de Chicago de 1944 relative à l'aviation civile internationale.

(145) Civ. Bruxelles, réf., 2 mars 2000, *J.T.*, 2002, p. 115 ; Liège, 28 novembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 308.

(146) En ce sens, P. KALLAI, "Les pouvoirs du juge des référés en cas de modification unilatérale apportée à un contrat de travail, à la lumière des interventions présidentielles en matière de concession de vente et de contrat de crédit", *C.D.S.*, 2001, p. 225 à 230, qui conclut que "*L'adjonction des termes 'la présente ordonnance cessera ses effets lorsque les parties auront pu trouver un accord entre elles sur lesdites modifications ou lorsque le contrat aura été résilié, par décision judiciaire définitive [...] nous semble particulièrement judicieuse puisqu'elle indique clairement que l'ordonnance est là pour donner une solution d'attente aux parties'*"; sur cette tendance, voy. les intéressantes considérations critiques de N. DIAMANT, "Le référé 'conditionnel' – témoignage et réflexion", *R.D.C.*, 2001, p. 714 à 716.

(147) Civ. Bruxelles, réf., 24 juin 1998, *A.&M.*, 2000, p. 367 et s., ici p. 370.

Bruxelles estime que *“l’exécution de la décision d’exclusion de la demanderesse n’est pas intervenue en violation flagrante des dispositions statutaires relatives à l’exercice du droit de veto ; que comme le relève justement la défenderesse, la demande de réintégration formulée par la demanderesse constitue une mesure d’anticipation ; Qu’à la différence des mesures conservatoires, qui tendent à aménager une situation d’attente de nature à sauvegarder les intérêts en conflit lorsqu’il existe une contestation sérieuse, les mesures d’anticipation supposent que l’existence du droit dont elles assurent la protection ne soit pas sérieusement contestable”*¹⁴⁸.

50. Reste enfin l’appréciation du caractère définitif et irréparable du préjudice que la mesure ordonnée en référé pourrait causer à une des parties. Là encore, les sensibilités divergent. Ainsi, ont été considérées comme définitives (irréversibles) et irréparables :

- la demande *“de contraindre le maître de l’ouvrage à conclure contre son gré un contrat d’entreprise, dans le cadre d’une solution du litige offerte par l’architecte. L’accueil de cette demande produirait des effets irréversibles et excéderait manifestement les mesures que peut prendre le juge des référés puisqu’une fois les travaux réalisés, tout autre mode de réparation sera impossible”*¹⁴⁹ ;
- la demande de légalisation d’un acte de mariage réalisé au Pakistan et ce en vue de pouvoir vivre en Belgique au motif que *“la légalisation d’un acte ne peut être ordonnée dans une procédure en référé, dès lors qu’elle crée des conséquences irréversibles en droit et rendrait tout débat au fond superflu”*¹⁵⁰ ;
- la publication de l’ordonnance à intervenir, dès lors qu’une telle mesure est considérée comme relevant de la réparation du préjudice qui est de la seule compétence du juge du fond¹⁵¹ ;
- la demande de destruction du support contenant l’enregistrement original d’une émission de télévision dont par ailleurs la rediffusion est interdite¹⁵².

(148) Civ. Bruxelles, réf., 17 janvier 2001, inédit, RR n° 99/1827/C, disponible sur <http://www.cass.be>.

(149) Civ. Bruxelles, réf., 19 mars 2001, *J.T.*, 2002, p. 196, en sommaire.

(150) Civ. Bruxelles, 6 juin 2002, *J.T.*, 2002, p. 637.

(151) Civ. Anvers, réf., 21 décembre 1999, *A.&M.*, 2000, p. 296.

(152) Civ. Bruxelles, réf., 30 janvier 2002, *A.&M.*, 2002, p. 368.

De même, il a été jugé que l'action de l'ayant-droit à la marchandise tendant à obliger l'armateur d'un bateau à se charger des frais de traitement d'une cargaison avariée dépassait le cadre d'une mesure provisoire ¹⁵³.

Par contre, le juge des référés de Bruxelles ¹⁵⁴ a estimé que la demande qui tend à interdire à l'État belge, en vue des élections communales du 8 octobre 2000, de fournir aux bureaux de vote et de dépouillement des communes de Saint-Gilles et Ixelles, les logiciels de vote et de système de totalisation de votes émis, établis en application de la loi sur le vote automatisé et à ordonner à l'État belge de fournir au contraire à ces mêmes bureaux le papier électoral sur lequel seront imprimées des formules de vote, au motif que le système de vote électronique mis en place ne serait pas conforme à l'article 25b du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui exige entre autre l'honnêteté des élections et le secret du vote, ne dépassait pas les limites du *provisoire*.

Répondant à l'argument de l'État selon lequel, au contraire, la demande ne relevait pas du *provisoire*, le président précise que *“le fait que les mesures provisoires ordonnées pourraient avoir des effets irréversibles n'enlève rien à la compétence du juge des référés d'examiner les droits des parties et, en cas d'apparence de droit, d'ordonner ces mesures. Celles-ci ne lieraient pas le juge du fond qui aurait à connaître de l'étendue et de la portée exacte des droits des parties. En l'espèce, les mesures demandées portent sur les élections du 8 octobre prochain, sur la base de droits apparents et manifestes mais ne préjudicient en rien l'examen par le juge du fond d'une demande relative à l'application dans les communes des demandeurs de la loi sur le vote automatisé au regard de sa conformité avec l'article 25b du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Après le 8 octobre, la question du fond gardera toute sa raison d'être et pourra être tranchée en toute liberté par un juge du fond pour que les droits des parties puissent être fixés définitivement”*.

Certes la question de principe pourra encore être tranchée pour l'avenir, mais pour ce qui concerne les élections du 8 octobre, si le juge avait en définitive fait droit à la demande, la situation n'était-elle pas définitive et irréparable : *“si, contraint par le juge des référés, l'État avait fait en sorte que les élections concernées puissent se dérouler sur*

(153) Civ. Anvers, réf., 10 juin 2002, *Dr. Eur. Transp.*, 2003, liv. 1, p. 108.

(154) Civ. Bruxelles, réf., 15 septembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 340 et s.

*support papier, les mesures prises par le juge auraient pu être regardées comme définitives et ses effets comme irréversibles. Pour autant qu'il soit saisi, on voit mal, en effet, comment le juge du fond, s'écartant quelques mois plus tard de la position du juge des référés, pourrait faire en sorte que les effets principaux des coups de crayon, portés sur papier dans les isolements des élections communales, puissent être gommés. Les conseillers communaux élus pour six ans le resteront et le fait que leur mandat leur ait été conféré dans le respect d'une procédure qui est, au demeurant, celle que n'a jamais cessé de connaître cinquante-cinq pour-cent de l'électorat belge ne pourrait, nous semble-t-il, rien y changer"*¹⁵⁵.

De même, la cour d'appel de Bruxelles considère, dans un arrêt du 10 novembre 2000¹⁵⁶, qu'une demande d'interdiction de commercialisation d'un médicament avant une date déterminée, reste dans les limites du provisoire au motif qu'elle est limitée dans le temps¹⁵⁷ et que si ces mesures "*sont décisives pour la solution du litige, en ce sens qu'il ne sera pas possible de revenir rétroactivement sur l'éventuelle suspension de la commercialisation [...] qui serait prononcée, elles ne fixent cependant pas les droits des parties*".

Le juge des référés de Gand a pour sa part estimé que "*een gebeurlijke inschrijving 'ten voorlopige titel' in een school brengt als maatregel op zich geen onomkeerbare gevolgen teweeg vermits de gevolgen van de inschrijving onmiddellijk kunnen worden ongedaan gemaakt wanneer de bodemrechter zou oordelen dat de weigering gegrond is*"¹⁵⁸.

La cour d'appel d'Anvers a estimé que la mesure visant à ordonner à une commune de donner son autorisation au raccordement d'un bâtiment servant d'habitation de vacances à l'eau et à l'électricité ne porte aucunement atteinte aux droits des parties de manière définitive et irrévocable¹⁵⁹.

(155) J.-T. DEBRY, "Élections honnêtes, le juge et l'électeur face à la loi et sa machine", note sous Civ. Bruxelles, réf., 15 septembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 340.

(156) Bruxelles, 10 novembre 2000, *IR.DI*, 2001, p. 63 à 69, ici p. 68.

(157) Sur le lien entre provisoire et limité dans le temps, voy. *supra*, n° 48.

(158) Civ. Gand, réf., 24 septembre 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 57.

(159) Anvers, 9 mai 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 824.

6. Position de la doctrine

51. La doctrine enseigne traditionnellement et quasi à l'unisson que les mesures qui peuvent être prises par le juge des référés se divisent en deux grandes catégories : les mesures conservatoires¹⁶⁰ et les mesures anticipatives¹⁶¹.

Le principe théorique posé, la classification effective de certaines mesures dans l'une ou l'autre catégorie pose vite de sérieux problèmes¹⁶².

Si tous les auteurs s'accordent à considérer que les demandes d'expertise, de séquestre, voire de désignation d'un administrateur *ad hoc*, constituent des mesures conservatoires¹⁶³, la limite devient plus difficile à tracer pour les mesures d'interdiction d'aliéner¹⁶⁴, d'interdiction de publier un article (ou une émission)¹⁶⁵, etc., étant admis par ailleurs que les mesures d'anticipation consistent en des injonctions de faire, de ne pas faire ou de payer.

Une doctrine plus récente estime que cette classification ne serait qu'une mise en œuvre d'un principe de proportionnalité de la mesure ordonnée au regard du degré d'évidence des droits invoqués au provisoire : *“deze regel houdt in dat, hoe verregaander de gevorderde maatregel, des te duidelijker de rechten van partijen moeten vaststaan”*¹⁶⁶. Cette vision permettrait d'éviter une classification trop

(160) Que d'aucuns subdivisent encore en mesures purement préparatoires par opposition aux mesures conservatoires de stabilisation ou de sauvegarde d'un droit ou de remise en état d'une situation dans l'attente de la résolution du litige au fond (not. L. du CASTILLON, “Les pouvoirs, au provisoire, du juge des référés : déraison de la mesure ou mesure de la déraison?”, *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien – étude de droit comparé*, Bruylant, 1998, p. 32 à 44, ici p. 35).

(161) J. van COMPERNOLLE, “Introduction générale”, *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien – étude de droit comparé*, Bruylant, 1998, p. 5 à 18, ici p. 12.

(162) En ce sens, S. BEERNAERT, “Algemene principes...”, *op. cit.*, n° 32, p. 1349 : *“Het onderscheid tussen beide soorten maatregelen is in praktijk echter niet altijd duidelijke”*.

(163) Not. M. STORME et P. TAELEMAN, “Het kort geding : ...”, *op. cit.*, n° 28.

(164) Généralement présentée comme une mesure conservatoire alors qu'il s'agit d'une injonction de ne pas faire pouvant largement anticiper sur la décision du juge du fond.

(165) Présentée not. par P. MARCHAL comme une mesure conservatoire (*op. cit.*, n° 26-1, p. 58) alors qu'il s'agit souvent d'une mesure exclusivement anticipative sur ce qui peut être demandé au juge du fond.

(166) S. BEERNAERT, “Algemene principes...”, *op. cit.*, p. 1348, n° 30 ; en ce sens, M. BRESSELEERS, conclusions avant Cass. 5 mai 2000, *Bull.*, 2000, p. 844.

formelle et pratiquement irréalisable entre les différents types de mesures pouvant être prises *au provisoire*.

52. On constate dès lors une tentative manifeste de la doctrine, après avoir affirmé les principes, d'estomper au maximum la distinction entre les deux hypothèses. Ainsi, dans sa dernière contribution consacrée à ce sujet, J. van Compernelle estime que le juge des référés peut fonder sa décision *“sur le droit appartenant à une partie ou sur une situation juridique lorsque ce droit ou cette situation sont évidents ou ne peuvent être sérieusement contestés. Le juge des référés peut ainsi prendre les mesures que justifient les apparences de droits suffisantes”*¹⁶⁷, tout en précisant qu'en ce qui concerne *“les mesures assurant à titre d'anticipation, le respect de droits non sérieusement contestables [...] l'accent [est mis] sur l'apparence d'un droit dont l'existence est certaine ou n'est pas sérieusement contestable et [le juge] se fonde sur cette apparence pour autoriser la protection d'un droit non douteux”*¹⁶⁸. On peut toutefois se demander ce qu'est l'apparence d'un droit dont l'existence est certaine et si, dans la thèse classique, l'apparence n'était pas le contraire même de l'évidence¹⁶⁹.

J'estime que seul l'abandon de cette distinction permettrait de reconstituer une harmonie entre la jurisprudence telle que décrite ci-dessus et la notion du *provisoire*.

7. Le cas, prétendument particulier, du référé-provision

53. Le référé-provision n'est qu'un cas particulier de mesures d'anticipation pouvant être ordonnées par le juge des référés. Ces mesures, qu'ils s'agissent d'une injonction de faire, de ne pas faire ou de payer, répondent aux mêmes exigences.

Pourtant, la doctrine semble donner plus d'importance au référé-provision qu'aux autres demandes de mesures d'anticipation, n'envisageant souvent le référé-anticipation que sous l'angle du référé-provision et se montrant à l'égard des autres mesures d'anticipation généralement moins exigeante qu'en matière d'allocation

(167) J. van COMPERNOLLE, “Introduction générale”, *op. cit.*, p. 11.

(168) *Ibidem*, p. 12.

(169) Mais le même auteur n'écrivait-il pas déjà en 1991 (“Actualité du référé”, *op. cit.*, p. 148) que *“le juge des référés peut ainsi prendre – à titre conservatoire ou d'anticipation – les mesures que justifient les apparences de droit suffisantes”*.

d'une provision sonnante et trébuchante. L'approche de la jurisprudence est assez semblable.

Il convient pourtant de rappeler que les premières mesures d'anticipation admises en référé ont été des injonctions de ne pas faire. C'est de l'existence et de l'admission de celles-ci que la doctrine a déduit la possibilité pour le juge des référés d'ordonner des injonctions de faire et notamment de payer des provisions : *“si la reconnaissance et la sanction d'un droit évident se traduisent le plus souvent par des injonctions d'abstention en vue notamment de mettre fin à une voie de fait [...], il ne s'agit là que d'une application particulière d'un principe, beaucoup plus riche en potentialités, susceptible de se concrétiser en une condamnation de faire ou de donner. Il n'est donc pas inconcevable que le juge des référés [...] prenne parti sur l'existence d'un droit évident et ordonne une mesure provisoire conforme à celui-ci en prononçant une condamnation de somme”*¹⁷⁰.

54. Sans doute s'est-on ému lorsque, en conformité avec l'évolution de la conception du *provisoire*, le juge des référés qui n'avait d'autre limite que de ne pas prendre une mesure définitive et irréparable a, sur la base d'une analyse des droits en présence, commencé à condamner une partie à payer une provision à valoir sur ce qui était demandé au fond. C'était évidemment un exemple très parlant des progrès que l'évolution de la conception du *provisoire* autorisait.

Tout en approuvant cette évolution, la doctrine a ressenti le besoin de la circonscrire dans les limites très étroites de l'incontestable évidence, qui ne correspondent pas avec ce qui est admis pour d'autres mesures d'anticipation¹⁷¹.

Sur ce point, je ne peux pas suivre P. Marchal qui, à mon sens, à son tour ne tire pas toutes les conséquences de ses remarquables développements, lorsqu'il écrit, en conclusions de son chapitre consacré au provisoire et après avoir souligné la fausseté du postulat qui fonde la conception restrictive, que *“la notion de droit évident conserve sa raison d'être dans certains cas, tel celui du référé-provision”*¹⁷².

(170) G. de LEVAL, “L'examen du fond des affaires par le juge des référés”, *J.T.*, 1982, p. 421 et s, ici n°13.

(171) Voy. *supra* la jurisprudence citée, n° 44.

(172) P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 28, p. 63.

55. Le caractère tout à fait évident et certain des droits invoqués s'est imposé comme une condition *sine qua non* : "en matière de référé-provision, le juge des référés devient le juge de l'évident et de l'incontestable"¹⁷³. Pour G. de Leval, avant d'accorder une provision au créancier, "le juge des référés doit avoir la conviction de l'existence d'un droit manifestement incontestable"¹⁷⁴ [...]. Le juge des référés ne peut se contenter d'une créance qui conserve une apparence raisonnable de fondement ; [...], il doit exiger une créance dont la certitude, l'exigibilité et la liquidité ne sont pas ébranlées par les contestations émises ou déduites de l'étude du dossier [...]"¹⁷⁵. Citant une ordonnance du président du tribunal de première instance de Liège, G. de Leval insiste encore : "Le juge des référés cesse d'être compétent s'il ne peut pas statuer avec certitude et sans crainte raisonnable de pouvoir être contredit par les juridictions du fond"¹⁷⁶.

Au contraire, pour illustrer la sanction d'un droit évident par une injonction de ne pas faire, le même auteur¹⁷⁷ cite un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 6 novembre 1981¹⁷⁸, alors que cet arrêt décide que l'ordre fait au maître de l'ouvrage de cesser les travaux jusqu'à ce que le juge du fond statue sur la validité du permis de bâtir peut se prendre au motif que le permis de bâtir est "apparemment"¹⁷⁹ *frappé de péremption*", la cour précisant par ailleurs que "le fait que les droits et titres soient contestés ne peut empêcher [le juge des référés] de prendre une mesure provisoire ; qu'il ne prendra toutefois une telle mesure que s'il y a des apparences de droits suffisantes pour justifier la décision". On est loin des certitudes et des évidences exigées pour le référé-provision.

56. L'exigence stricte d'un droit certain et évident pour obtenir un référé-provision peut s'expliquer par le fait que, face à une telle demande qui impose au juge des référés de *préjuger* la cause, on considère que celui-ci devrait pouvoir statuer sans crainte d'être

(173) Civ. Liège, réf., 5 novembre 1992, cité par J. ENGLEBERT, "Inédits...", *J.L.M.B.*, 1993, p. 1133.

(174) C'est moi qui souligne.

(175) G. de LEVAL, "L'examen...", *op. cit.*, n° 20 et 21.

(176) *Ibidem*, n° 21, citant Civ. Liège, réf., 17 décembre 1980, inédit, RG n° 14849/80.

(177) *Ibidem*, n° 21.

(178) Bruxelles, 6 novembre 1981, *J.T.*, 1982, p. 428.

(179) C'est moi qui souligne.

contredit par les juridictions de fond¹⁸⁰. Ainsi, le droit cesserait d'être évident dès lors "qu'il existe une incertitude, si faible soit-elle sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond, s'il venait à être saisi"¹⁸¹. Pour J. van Compernelle, il ne peut exister "aucun doute raisonnable sur le droit allégué" parce que "on ne peut contraindre un débiteur à déboursier une somme parfois élevée sans être certain de l'existence de sa dette, sous peine de l'exposer à une plus grande injustice en cas de débouté au fond et d'insolvabilité ultérieure du demandeur en référé"¹⁸².

Selon X. Dieux, "il ne paraît pas excessif d'affirmer qu'il eut été sans intérêt de prévoir que le juge du fond n'est pas lié par les appréciations du juge des référés, s'il était interdit à ce dernier de se pencher sur les droits des parties"¹⁸³. Dans le même esprit, il convient de s'interroger sur l'intérêt qu'il y a à insister sur le fait que la décision du juge des référés n'a pas autorité de chose jugée et ne s'impose pas au juge du fond, qui pourra ultérieurement décider autrement si, par ailleurs, il ne peut ordonner une mesure d'anticipation que s'il n'y a aucun risque à ce que le juge du fond décide autrement. Poursuivre dans cette voie revient en réalité à dénier au juge des référés le droit d'analyser le fond du droit sauf lorsqu'il n'y a en réalité rien à analyser vu l'évidence de la solution qui s'impose. Voilà une autonomie réduite à peu de chose.

La doctrine qui s'oppose à cette évolution du *provisoire*, n'est pas exempte de contradictions. Ainsi, selon E. Krings, depuis 1983, la Cour de cassation "n'admet que la constatation de l'apparence d'un droit, ce qui nécessairement évite une éventuelle contrariété avec la décision ultérieure du juge du fond"¹⁸⁴. Je ne vois toutefois pas en quoi le fait pour le juge des référés de ne se fonder que sur des *apparences* éviterait tout risque de contrariété avec la décision que pourrait prendre ensuite le

(180) G. de LEVAL, "L'examen du fond des affaires...", *op. cit.*, n° 21.

(181) J. NORMAND, "Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé", *R.T.D.C.*, 1979, p. 654. Pour E. KRINGS, "il n'est pas souhaitable, voire même tolérable, qu'une contrariété existe dans une affaire entre les décisions émanant au même degré de deux juges, l'un statuant sur référé, l'autre statuant au fond" (*op. cit.*, n° 18, p. 215).

(182) J. van COMPERNELLE, "Actualité du référé", *op. cit.*, p. 162. Ce risque n'est toutefois nullement propre au référé-provision sans qu'il ne justifie pour autant une telle sévérité dans les autres cas d'anticipation.

(183) X. DIEUX, "La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés", *op. cit.*, p. 254.

(184) E. KRINGS, *op. cit.*, n° 19, p. 217.

juge du fond après un examen approfondi des droits des parties. C'est oublier que les apparences peuvent être trompeuses.

Sans doute le point de vue de E. Krings s'explique-t-il par le fait qu'en réalité cet auteur dénie au juge des référés le pouvoir de prendre d'autres mesures que celles strictement conservatoires¹⁸⁵. Mais, là encore, son raisonnement est ambigu. En effet, E. Krings conclut sa note en ces termes : "*il suffit qu'il existe une apparence de droits et que, sur ce fondement le juge des référés ordonne une mesure provisoire (conservatoire), c'est-à-dire qu'il ne peut ordonner une mesure qui porterait aux parties ou à l'une d'elles un préjudice définitif et irréparable (arrêt du 9 septembre 1982)*"¹⁸⁶. Or, si la limite est l'absence de mesures portant à l'une des parties un préjudice définitif et irréparable au sens de l'arrêt du 9 septembre 1982, rien n'empêche le juge des référés d'aborder le fond des droits en présence, sans se limiter aux prétendues apparences, ni d'ordonner des mesures d'anticipation pour autant que les conséquences de celles-ci soient le cas échéant réparables, éventuellement par équivalent.

57. Ainsi, en application de la conception large du *provisoire*, le juge des référés pourrait très bien condamner une partie à payer une somme à titre de provision, même en présence d'un droit contesté, pour autant qu'il trouve dans l'argumentaire du demandeur les éléments déterminants pour déclarer sa demande fondée. Le préjudice ainsi causé à la partie défenderesse ne sera jamais, en droit¹⁸⁷, "*définitif et irréparable*", puisque le juge du fond pourra toujours ordonner le remboursement de la provision perçue, augmentée le cas échéant d'intérêts en réparation du préjudice subi.

Certes, le risque existe que le bénéficiaire de la provision soit entre-temps devenu insolvable et ne puisse plus rembourser. Il s'agit toutefois là d'un problème d'exécution, qui rend *en fait* le préjudice définitif¹⁸⁸. Mais cette situation se présente de la même façon au fond, lorsque le juge déclare son jugement exécutoire par provision ou

(185) *Ibidem*, n° 20, p. 217 et 218, l'auteur y assimilant expressément la notion du *provisoire* à celle de *conservatoire*.

(186) *Ibidem*, n° 20, p. 218.

(187) En ce sens, M. STORME et P. TAELMAN, "Het kort geding:...", *op. cit.*, n° 25: "*Er mag geen definitieve wijziging aan de rechtspositie van partijen worden aangebracht*". Au contraire, E. KRINGS estime qu'il faut se placer *en fait* et non en droit pour apprécier le caractère définitif et irréparable du préjudice (*op. cit.*, p. 208).

(188) En ce sens, M. STORME et P. TAELMAN, "Het kort geding:...", *op. cit.*, n° 25.

lorsqu'il est réputé tel par la loi ¹⁸⁹, sans que cela ne suscite le moindre émoi en doctrine. À mon sens, cette conséquence, en fait, n'a pas pour effet de limiter les pouvoirs du juge des référés. Elle devrait juste entraîner, comme le propose pertinemment G. de Leval, "*une plus grande sévérité dans la mise en œuvre du titre de référé car il est doublement précaire, non seulement parce qu'il est susceptible d'appel mais aussi parce qu'il ne porte pas préjudice au principal*" ¹⁹⁰.

8. Conséquence du caractère non provisoire de la demande

58. Le provisoire n'étant pas une condition de la compétence du juge des référés mais bien une limite à sa juridiction, la Cour de cassation a décidé que le juge des référés "*épuise sa juridiction lorsqu'il décide qu'il ne peut accueillir la demande telle qu'il en a été saisi, étant donné que celle-ci excède les limites du provisoire. Il s'ensuit que, dans un tel cas, le président ne peut être tenu ni de renvoyer encore un quelconque litige devant un autre juge ni statuer sur le fond ; il s'ensuit qu'il ne peut être question d'appliquer l'article 88, § 2, du Code judiciaire, ni d'obliger le juge d'appel à connaître du fond de la cause*" ¹⁹¹.

Cette jurisprudence semble généralement admise par la doctrine ¹⁹². En pratique, il subsiste parfois une certaine confusion sur ce point. Ainsi, dans l'affaire des psychiatres de l'établissement de défense sociale de Paifve, la cour d'appel de Liège ¹⁹³ refuse, à juste titre, de connaître d'une demande de dommages et intérêts introduite par l'État belge à l'encontre de l'Ordre des avocats de Liège et de l'O.B.F.G. (demandeurs originaires) pour "*battage médiatique programmé*" au motif qu'elle devrait "*décider au fond que les intimés ou l'un d'eux a commis une faute. De plus cette faute devrait être*

(189) Notamment dans tous les cas où le président du tribunal, siégeant comme en référé, statue au fond.

(190) G. de LEVAL, "Le problème de l'exécution de l'ordonnance rendue par le juge des référés", *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruylant, 1998, p. 395 à 402, ici p. 401. L'auteur préconise en conséquence une application de l'article 1398, al. 2, C. jud., en cas d'exécution provisoire d'une ordonnance de référé rendue inopérante par une décision contradictoire au fond. J'adhère sans réserve à cette suggestion.

(191) Cass., 14 juin 1991, *Pas.*, 1991, I, 899 ; *R.D.C.*, 1992, p. 257 avec la note de A.-S. MAERTENS, "Uitspraak bij voorraad voorschrift over de machten van de rechter in kort geding".

(192) J. van COMPERNOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence (1985-1998)...", *op. cit.*, 1999, p. 164, n° 366.

(193) Liège, 3 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 37 (la décision dont appel, rendue par le juge des référés de Liège, le 3 mai 2002 a été publiée à la *J.L.M.B.*, 2002, p. 999).

*appréciée, non en raison d'un appel téméraire ou vexatoire, cas dans lequel il est admis que le juge des référés octroie des dommages et intérêts, ni même dans le cadre d'une procédure téméraire et vexatoire ce qui pourrait être allégué s'il apparaissait que les actions des Ordres des avocats auraient été imprudemment intentées mais par rapport au comportement des intimés dans les circonstances de fait qui ont entouré la procédure judiciaire". La cour en déduit que "le juge des référés est incompétent¹⁹⁴ pour apprécier de manière définitive le comportement éventuellement fautif d'un justiciable et dès lors l'action en dommage et intérêts est irrecevable¹⁹⁵". S'il s'était agi, comme l'indique à tort la cour, d'un problème de compétence, il ne convenait pas de déclarer la demande irrecevable mais bien de soulever un incident de compétence. En réalité, conformément à l'enseignement précité de la Cour de cassation, il ne s'agit nullement d'un problème de compétence mais de fondement de la demande. Après avoir constaté que la demande de l'État belge ne relevait pas du provisoire, il appartenait à la cour de la déclarer *non fondée*.*

II. QUESTIONS DE PROCÉDURE

A. Plénitude de juridiction

59. J'avais en son temps appris (et par la suite enseigné¹⁹⁶) que le président du tribunal de première instance, siégeant en référé, bénéficiait d'une plénitude de juridiction, allant au-delà de la simple prorogation de compétence dont bénéficie le tribunal de première instance. Dès lors qu'aux termes de l'article 584 du Code judiciaire, il est compétent en toutes matières sauf celles que la loi soustrait au pouvoir judiciaire, "*aucun déclinatoire de compétence ne peut [...] être opposé à l'action en référé mue devant le président du tribunal [de première instance]*"¹⁹⁷.

Cette règle me paraissait indiscutable¹⁹⁸. Il semble qu'il n'en soit rien. En effet, dans une récente ordonnance, le juge des référés de Bruxelles fait droit au déclinatoire de compétence soulevé par la partie

(194) C'est moi qui souligne.

(195) C'est moi qui souligne.

(196) J. ENGLEBERT, "Inédits...", *J.L.M.B.*, 1993, p. 1118, et 2000, p. 9.

(197) J. van COMPERNOLLE, "Actualité du référé", *op. cit.*, p. 152.

(198) J. ENGLEBERT, "Inédits...", *J.L.M.B.*, 2000, p. 9 ; une note en bas de page, publié à la *Pasicrisie* de 1983, p. 48, sous un arrêt de la Cour de cassation du 9 septembre

défenderesse et ordonne le renvoi de la cause au président du tribunal de commerce de Bruxelles, siégeant en référé : *“Verweerder leidt met redenen uit voormelde bepaling¹⁹⁹ af dat de bevoegdheid van de Voorzitter van de rechtbank eerste aanleg aldus wordt beperkt door de concurrerende bevoegdheid van de Voorzitters van de arbeidsrechtbank en van de rechtbank van koophandel voor de materies die tot de materiële bevoegdheid van deze respectieve rechtbank behoren”*²⁰⁰, ajoutant que, bien que cela ne soit pas expressément rappelé par l’article 584 du Code judiciaire, *“wordt thans door de rechtspraak en ook door de meerderheid van de rechtsleer terecht aangenomen dat een exceptie van onbevoegdheid ook voor de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg kan worden opgeworpen”*^{201 202}.

60. Cette jurisprudence isolée, quoiqu’en pense le juge ayant rendu la décision précitée, n’est pas conforme au texte de l’article 584 du Code judiciaire. Elle doit être catégoriquement rejetée. Elle aurait par ailleurs, si elle devait faire école, un effet désastreux sur l’efficacité du référé. La plénitude de juridiction donne au demandeur qui choisit d’introduire son référé devant le président du tribunal de première instance l’assurance qu’aucun problème lié à la compétence matérielle de ce juge ne pourrait être soulevé, écartant ainsi une exception dilatoire qui,

1982, précise : *“Sur ce que le président du tribunal de première instance statuant en référé sur la base de l’article 584, alinéa 1^{er}, du Code civil, bénéficie d’une véritable plénitude de juridiction, cons. FETTWEIS, Droit judiciaire privé, fasc. I, 5. éd., n° 135, p. 122 et réf., Compétence, n° 467 ; E. GUTT et A.M. STRANART, “Examen de jurisprudence, Droit judiciaire privé”, R.C.J.B., 1973, p. 86, n° 63 notamment [...]”* ; en ce sens encore E. KRINGS, *“La jurisprudence récente de la Cour de cassation...”*, op. cit., p. 207.

(199) Il s’agit des articles 568, al. 1 et 2, et 584, al. 1 et 2, C. jud.

(200) Civ. Bruxelles, réf., 13 février 2003, inédit, RR 2003/2/C ; traduction libre : *“Le défendeur déduit à raison des précédentes dispositions que la compétence du président du tribunal de première instance est donc limitée par la compétence concurrente des présidents du tribunal du travail et du tribunal du commerce pour les matières ressortissant des compétences matérielles respectives de ces tribunaux”*.

(201) Traduction libre : *“Il est à présent accepté à juste titre par la jurisprudence et la majorité de la doctrine qu’une exception d’incompétence peut également être soulevée devant le président du tribunal de première instance”*.

(202) La décision cite à l’appui de sa thèse une ordonnance du juge des référés d’Anvers du 21 décembre 1989 (R.W., 1990-1991, p. 373) ainsi qu’un article de J. LAENENS (*“Overzicht van rechtspraak – bevoegdheid (1979-1992)”*, T.P.R., 1993, p. 1553 et 1554) et un autre de I. VEROUGSTRAETE (*“Het kort geding: recent trends”*, T.P.R., 1980, p. 272).

comme son nom l'indique, pourrait avoir pour effet de retarder sérieusement l'issue de la procédure, en principe urgente.

B. Introduction de l'instance et mise au rôle

1. Computation du délai de citation

61. Le délai de citation, en référé, est de deux jours. En vertu de l'article 1040 du Code judiciaire, ce délai s'applique également en appel²⁰³. Dans les matières visées à l'article 704 du Code judiciaire, il semble admis que la demande soit introduite par requête²⁰⁴.

62. Quoique cette controverse ne concerne pas exclusivement la procédure en référé, je crois utile d'attirer l'attention sur un arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1988²⁰⁵, qui décide que l'application de la règle visée à l'article 53 du Code judiciaire – selon laquelle le jour de l'échéance est compris dans le délai et, lorsque ce jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié, le jour de l'échéance est reporté au plus prochain jour ouvrable –, oblige à considérer que lorsque la signification d'une citation en référé a lieu un vendredi, le délai de deux jours commence à courir le samedi et se termine le dimanche. Le jour de l'échéance doit donc être reporté au plus prochain jour ouvrable, soit le lundi. En conséquence de quoi, le premier jour utile de comparution ne pourrait être que le mardi suivant.

G. de Leval approuve cette jurisprudence, estimant que c'est à juste titre qu'il convient d'appliquer la règle de l'article 53 du Code judiciaire aux délais d'attente. J'ai peine à partager ce point de vue. Le délai d'attente étant un délai franc, j'ai tendance à penser qu'il conviendrait d'admettre que l'échéance tombe hors délai et que, dès que le délai complet a été respecté, le but de la loi a été atteint et l'acte peut être posé, si c'est possible matériellement. Je partage en conséquence l'opinion de M. Storme et P. Taelman, selon laquelle l'application de l'article 53 au délai de citation méconnaît fondamentalement la

(203) Cass., 31 janvier 1997, *Pas.*, 1997, I, 147.

(204) T. trav. Bruxelles, réf., 8 mai 2000, *C.D.S.*, 2000, p. 553.

(205) Cass., 9 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 406.

différence, en particulier du point de vue de leur finalité, entre les délais accélérateurs et les délais d'attente ²⁰⁶.

Toutefois, eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation et à la controverse qui divise la doctrine, il convient d'être prudent. Notons néanmoins que la nullité découlant du non-respect du délai de comparution sera couverte s'il apparaît que le but de la loi est atteint, ce qui sera toujours le cas pour autant que la cause ne soit pas plaidée et prise en délibéré le jour de l'introduction mais qu'elle soit remise à une date permettant d'accorder au défendeur un délai minimum pour organiser sa défense, comparable au délai de citation.

2. Mise au rôle (renvoi *supra*, n° 10)

C. Instruction, mise en état et jugement de la cause

1. Application de l'article 747, § 2, du Code judiciaire en référé

63. Contrairement à ce que décide le juge des référés de Bruxelles dans une ordonnance du 6 juin 2002 ²⁰⁷, il ne fait pas de doute que l'article 747, § 2, du Code judiciaire, peut parfaitement trouver à s'appliquer dans le cadre d'une procédure en référé ²⁰⁸. Au contraire, la fixation de délais contraignants, notamment dès l'audience d'introduction, répond parfaitement à l'exigence d'une mise en état sous le bénéfice de l'urgence.

(206) M. STORME et P. TAELEMAN, "Het kort geding: ontwikkelingen en perspectieven", *op. cit.*, ici spéc. n° 49; en ce sens D. LINDEMANS, *Commentaar Gerechdelijk Recht*, Kluwer, art. 53, n° 3.

(207) Civ. Bruxelles, 6 juin 2002, inédit, RR n° 2002/571/C, cité dans les "Inédits de droit judiciaire" consacré au référé, à paraître prochainement à la *J.L.M.B.* On constatera par ailleurs que la même chambre, présidée par le même magistrat, avait deux années plus tôt manifestement accepté le principe de l'application de cette disposition en référé (voir civ. Bruxelles, 18 mai 2000, inédit, RR n° 2000/160/C, disponible à la date erronée du 1^{er} mai 2000 sur <http://www.cass.be>); pour un refus d'application de l'art. 747, § 2, C. jud., en référé voyez aussi Civ. Bruxelles, réf., 26 décembre 2001, inédit, RR n° 2001/1385/C.

(208) En ce sens, G. de LEVAL, "La mise en état de la cause", *Le nouveau droit judiciaire privé – commentaires*, Dossier du JT n° 5, Larcier, 1994, p. 59 à 123, ici spéc. n° 15, p. 88.

Sans doute les modalités de son application doivent être adaptées aux critères de rapidité et d'efficacité qui s'imposent en référé. Mais il est injustifiable d'édicter une exclusion de principe de cette disposition devant la juridiction présidentielle.

64. Je pense en conséquence qu'en référé il conviendrait de généraliser la pratique mise en place par la 1^{re} chambre *bis* de la cour d'appel de Bruxelles, consistant à fixer dès l'audience d'introduction l'échéancier d'échange des conclusions. D'un point de vue pratique, il convient qu'en fonction du degré d'urgence de la cause et de la durée des débats, le juge précise aux plaideurs la date la plus rapprochée possible à laquelle leur cause pourra être entendue. En fonction de cette date, il appartient aux parties de fixer leur calendrier d'échange de conclusions de sorte que les dernières conclusions soient communiquées quelques jours avant l'audience de plaidoiries. Le cas échéant, il appartient au juge de les départager.

Pour éviter qu'à des fins dilatoires la partie défenderesse fasse défaut à l'audience d'introduction, il est prudent de déjà mentionner dans l'acte introductif d'instance que l'on entend faire acter, sous le bénéfice de l'article 735 du Code judiciaire, les délais pour l'échange des conclusions dès l'audience d'introduction, tout en mentionnant, à titre indicatif, les délais que l'on souhaite obtenir, sous réserve, comme précisé ci-avant, de la date effective à laquelle la cause pourrait être effectivement plaidée.

Dans ce cas, dès lors que l'article 735 du Code judiciaire est invoqué en citation, il convient à la partie défenderesse d'être présente à l'audience d'introduction à laquelle elle pourra faire part de ses observations quant aux délais proposés, étant entendu qu'à défaut d'accord, il appartient au président de fixer d'autorité les délais qui s'imposent. Si la partie défenderesse ne comparait pas, je ne vois pas ce qui pourrait empêcher le juge de fixer immédiatement les délais, le cas échéant par une ordonnance prise sur pied de l'article 747, § 2²⁰⁹. Ou, plus efficacement encore, de solliciter une ordonnance sur "le fond" de

(209) Voy. H. BOULARBAH et J.-F. van DROOGHENBROECK, "La mise en état des causes... perdue", *J.T.*, 2000, p. 813 et s., ici spéc. n° 10, p. 815 et la note 30. Ces auteurs laissent transparaître une certaine réticence à cette solution. Certes la partie défenderesse n'aura pas eu, dans ce cas, quinze jours pour faire valoir ses observations, comme le prévoit l'art. 747, § 2, C. jud. Néanmoins, étant en référé, il convient d'admettre que ce délai puisse être réduit au délai de citation effectivement accordé. En effet, si le législateur estime qu'un délai de minimum deux jours est suffisant pour permettre à la partie

l'affaire par défaut qui sera de plein droit exécutoire nonobstant l'éventuelle opposition. Ce risque devrait nécessairement inciter la partie défenderesse à comparaître à l'audience d'introduction.

65. J'estime en conséquence qu'il conviendrait d'abandonner définitivement la pratique *extra legem* des remises à "dates relais". Outre qu'elles encombrant inutilement le rôle des audiences et retardent significativement l'appel du rôle au début de chaque audience, elles sont au regard de la nécessité de mettre la cause en état, d'une efficacité très limitée. En effet, je vois mal quelle sanction pourrait être appliquée à la partie qui n'aura pas conclu pour la "date relais". Par ailleurs, la succession de plusieurs "dates relais", parfois assez éloignées, pourrait constituer un indice d'absence d'urgence.

66. Devant certaines juridictions, spécialement en référé, parfois au motif qu'aucune feuille d'audience n'est tenue, le juge refuse d'acter les délais mais invite les parties à déposer un document (formellement, il s'agit de conclusions d'accord), dans lequel elles fixent le calendrier d'échange de conclusions. Souvent, un formulaire type est à la disposition des plaideurs dans la salle d'audience²¹⁰. Il convient d'être particulièrement prudent face à cette façon de procéder.

D'une part, l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2001²¹¹, qui admet que la sanction de l'article 747, § 2, du Code judiciaire, s'applique lorsqu'il est donné acte aux parties du calendrier amiable qu'elles ont arrêté à l'audience d'introduction, insiste sur le fait que ces délais avaient été actés au *procès-verbal* de l'audience²¹². Il n'est pas certain qu'une telle solution serait automatiquement étendue à un

défenderesse "de préparer sa défense et [...] de mandater un avocat" (A. FETTWEIS, *Manuel...*, op. cit., n° 250, p. 208), il convient *a fortiori* d'admettre que ce délai est suffisant pour permettre au défendeur de réfléchir aux délais dont il souhaiterait bénéficier pour communiquer ses conclusions.

(210) C'est notamment le cas à l'audience des référés de Bruxelles, à la chambre d'introduction du tribunal de commerce de Bruxelles et à la chambre des saisies du tribunal de première instance de Bruxelles. On remarquera toutefois que le contenu de ce document varie sensiblement d'une juridiction à l'autre. Il est manifestement le fruit d'initiatives personnelles – et apparemment non concertées – de certains magistrats.

(211) Cass, 1^{er} juin 2001, inédit, n° C980405N, disponible sur <http://www.cass.be>.

(212) Il semble qu'il y ait une incertitude quant à la question de savoir si c'est au *procès-verbal d'audience*, au sens de l'art. 721, 3°, C. jud., ou à la *feuille d'audience* au sens de l'art. 780 C. jud., que les délais doivent être actés. La cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 23 juin 1994 (*J.L.M.B.*, 1994, p. 1065), ainsi que H. BOULARBAH et

calendrier arrêté dans des conclusions d'accord²¹³ mais qui ne serait pas en outre acté au *procès-verbal* de l'audience.

67. D'autre part, les formulaires préétablis recèlent parfois de mauvaises surprises. Ainsi, dans le formulaire type mis à la disposition des plaideurs devant la chambre des référés du tribunal de première instance de Bruxelles, il est mentionné que "*les parties s'accordent pour fixer de la manière suivante leurs délais pour conclure et pour écarter toutes conclusions déposées*²¹⁴ *en dehors de ceux-ci : Date de dépôt au greffe des conclusions : [...]*". Le juge des référés de Bruxelles²¹⁵ en a déduit que les parties avaient décidé de sanctionner non pas la communication tardive, comme le prévoit expressément le texte de l'article 747, § 2, du Code judiciaire en son cinquième alinéa, mais bien le dépôt des conclusions au greffe. Ce qui le conduit à la solution absurde, en terme de respect des droits de la défense²¹⁶, d'écarter des débats des conclusions qui avaient bien été communiquées à la partie adverse dans le délai convenu mais qui avaient été déposées au greffe en dehors du délai²¹⁷.

Je ne peux que conseiller la lecture très attentive de ces formulaires types. Le cas échéant, il peut être utile d'y apporter les modifications souhaitées, dès lors qu'il ne s'agit en définitive que d'y relater l'accord des parties.

J.-F. van DROOGHENBROECK ("La mise en état...", *op. cit.*, p. 814, n° 4 et s.) ne visent que la feuille d'audience. L'arrêt précité de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2001 vise quant à lui expressément le procès-verbal d'audience.

(213) Voy. les réserves émises à cet égard par J.-F. van DROOGHENBROECK, *Actualités en droit judiciaire : développements récents de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de mise en état des causes*, Conférence du Jeune barreau de Bruxelles, 6 février 2002.

(214) C'est moi qui souligne.

(215) Civ. Bruxelles, réf., 26 décembre 2001, inédit, RR 2001/1385/C.

(216) En effet, si la loi lie la sanction de l'écartement à la communication des conclusions, c'est au motif que c'est celle-ci qui garantit matériellement le respect du contradictoire en mettant l'autre partie effectivement en mesure de prendre connaissance des arguments et moyens développés dans les conclusions.

(217) En l'espèce, les conclusions avaient été envoyées au greffe des référés par télécopieur le dernier jour convenu par les parties mais à 17h11, soit en dehors des heures d'ouverture du greffe. En application de l'article 52, al. 2, C. jud., elles ont été présumées déposées le lendemain, soit hors délai.

68. Afin de garantir une mise en état efficace et un respect du contradictoire, il appartient au juge des référés, tout comme au juge du fond, d'assurer le respect scrupuleux des délais fixés pour l'échange des conclusions, le cas échéant en ordonnant l'écartement d'office des conclusions tardives.

La décision précitée du juge des référés de Bruxelles, du 6 juin 2002, me semble à cet égard éminemment critiquable. Sous prétexte qu'en l'espèce le calendrier d'échange de conclusions résulte d'un "accord" entre les parties et non d'une application formelle de l'article 747, § 2, du Code judiciaire, qui selon le juge "*n'est pas applicable dans la procédure en référé*", le juge des référés précise que "*dans le cadre du référé, la mise en état devant être menée dans des délais très courts, il convient de faire application de ces accords avec discernement, l'exécution de ceux-ci devant être dominée par le seul souci de réaliser une bonne justice, et non pas de priver le tribunal d'éléments indispensables pour apprécier la nécessité de la prise de mesures urgentes et provisoires, qui [...] peuvent avoir des conséquences de fait définitives*"²¹⁸. C'est oublier que, devant le juge du fond, où il semble normal d'appliquer avec rigueur la sanction de l'écartement des conclusions tardives²¹⁹, les conséquences sont aussi, généralement, définitives.

(218) Civ. Bruxelles, 6 juin 2002, inédit, RR n° 2002/571/C.

(219) La Cour de cassation a rappelé, dans son arrêt du 18 mai 2000 (*J.T.*, 2000, p. 826), que le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation dans l'application de la sanction et que celle-ci n'est pas subordonnée à la démonstration d'un quelconque grief dans le chef de la partie qui sollicite l'écartement (voyez J.-F. van DROOGHENBROECK, "*Actualité du droit judiciaire : développements récents de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de mise en état des causes*", Conférence du Jeune barreau de Bruxelles, 6 février 2002, p. 6.

2. Réponse aux conclusions des parties

69. Je me permets juste d'attirer l'attention du lecteur sur un arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2000 qui décide que *“le juge des référés qui constate que la cause est urgente et, après avoir évalué les intérêts, décide qu'un dommage immédiat menace le demandeur en référé si une mesure conservatoire déterminée n'est pas ordonnée, n'est pas tenu de répondre de manière plus circonstanciée aux moyens de défense soulevés par la personne à l'égard de laquelle la mesure est demandée et fondés sur le droit matériel”*²²⁰.

Pour un commentaire pertinent de cet arrêt, je renvoie le lecteur à la contribution de M. Regout dans le présent ouvrage, consacrée au *“contrôle de la Cour de cassation sur les décisions de référé”*²²¹.

3. Avis du ministère public

70. Depuis la réforme du Code judiciaire de 1992, la procédure en référé est expressément exclue du champ d'application de l'article 764 du Code judiciaire, qui énumère les demandes qui doivent être communiquées pour avis au ministère public. Il subsiste toutefois certaines hypothèses où l'avis du ministère public sera exigé, même en référé²²².

Le juge des référés de Bruxelles a apparemment déduit de cette exclusion que les aménagements apportés par la loi du 14 novembre 2000 sur la façon dont l'avis du ministère public devait être rendu et plus spécialement sur le droit pour les plaideurs d'y répondre, ne s'appliquaient pas en référé, lorsque le ministère public était amené à donner son avis. J'écris *apparemment* car je ne dispose que d'une publication du sommaire de la décision rédigé comme suit : *“La loi du 14 novembre 2000 modifiant le Code judiciaire ne s'applique pas dans*

(220) Cass., 4 février 2000, *Pas.*, 2000, I, 297 ; *R.W.*, 2000-2001, p. 813, et la note de M. STORME, “Kort geding omdat het moet”, p. 814 ; en ce sens : comm. Anvers, réf., 19 octobre 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 872.

(221) M. REGOUT, “Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions de référé”, ci-après p. 123 et s., spéc. n° 29 et 30.

(222) Sur cette question, voyez, P. LEMMENS, “L'organisation judiciaire”, in *Le droit judiciaire rénové – premier commentaire de la loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire*, Kluwer, 1992, p. 47 à 67, ici spéc. p. 58 et 59.

les procédures particulières, telle que celle du référé"²²³. Il ne m'apparaît pas certain que l'on puisse déduire de l'exclusion du référé du champ d'application de l'article 764 du Code judiciaire que, lorsque le ministère public est malgré tout appelé à donner un avis devant le juge des référés, les dispositions des articles 766 et 767 telles que modifiées par la loi du 14 novembre 2000 ne seraient pas applicables. Il peut toutefois apparaître que les nouvelles dispositions introduites par la loi du 14 novembre 2000, en ce qu'elles allongent inévitablement la procédure, ne sont pas compatibles avec l'exigence de traitement rapide des causes soumises au juge des référés. C'est vraisemblablement ces considérations d'efficacité qui ont inspiré le juge des référés dans l'ordonnance précitée. En effet, je précise immédiatement que, dans un souci de scrupuleux respect des droits de la défense, le juge des référés, après avoir écarté l'application de la loi du 14 novembre 2000, a néanmoins décidé qu' "*il importe, toutefois, que le juge des référés s'inspire de l'esprit de cette loi, qui veut qu'après avis donné par le ministère public, les parties aient la possibilité d'y répondre*".

4. Les dépens

71. L'article 1017 du Code judiciaire dispose notamment que "*tout jugement définitif prononce, même d'office, la condamnation aux dépens contre la partie qui a succombé*". Selon le commissaire royal à la réforme du Code judiciaire, seuls les jugements définitifs au fond seraient visés par cet article, à l'exclusion des décisions du juge des référés²²⁴. La doctrine a quelque peu aménagé cette règle et admet que le juge des référés peut condamner la partie qui succombe aux dépens lorsqu'il rejette la demande²²⁵. Elle précise qu'il en va de même lorsque sa décision "*met fin au litige*"²²⁶. Dans le cas contraire, le juge des référés réserve à statuer sur les dépens "*pour qu'ils soient joints à ceux de la procédure au fond*". Si la procédure en référé ne connaît pas de suite au fond, il appartient à la partie qui entend récupérer les dépens de référé de saisir le juge du fond d'une action autonome visant à obtenir la condamnation de la partie adverse aux dépens de référé. C'est ce que

(223) Civ. Bruxelles, réf., 6 juin 2001, inédit, RR n° 01/330/c, disponible sur <http://www.cass.be>.

(224) Ch. VAN REEPHINGHEN, *op. cit.*, p. 362 : "*il s'agit seulement des jugements définitifs sur le fond de la cause. Tel n'est pas le cas des décisions du juge des référés, dont par définition, les décisions ne portent pas préjudice au principal*".

(225) P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 88, n° 63.

(226) *Ibidem*.

confirme expressément l'arrêt de la Cour de cassation du 30 avril 1971, qui précise *“qu'il appartient au juge saisi d'une telle action d'apprécier si la partie, à laquelle le remboursement des dépens est réclamé, a fait valoir dans le litige qui a donné lieu à la procédure en référé des prétentions qui n'étaient pas fondées et, dans ce cas, de condamner cette partie, comme une partie succombante, aux dépens de cette procédure”*²²⁷.

Une ordonnance du juge des référés de Bruxelles, du 11 octobre 1999 fait une complète application de ces principes²²⁸. Par contre, c'est de façon quelque peu excessive que la cour d'appel de Liège précise, sans nuance, dans un arrêt du 14 janvier 2000, *“que les dépens d'une instance en référé doivent être réservés par le juge pour être mis à charge de la partie succombant au principal”*²²⁹.

72. Avec G. de Leval²³⁰, on peut toutefois s'interroger sur le bien fondé de cet enseignement. Dès lors qu'il est admis que *“l'instance en référé est autonome, ayant un objet et une finalité distincts de ceux d'une instance au principal”* et que sa recevabilité n'est *“nullement conditionnée par l'exercice préalable, concomitant ou ultérieur d'une action au fond”*²³¹, je pense que l'on pourrait convenir que le juge des référés peut toujours se prononcer sur la condamnation aux dépens. Certes, il s'agirait d'une entrave au principe selon lequel les ordonnances du juge de référés ne peuvent pas porter préjudice au principal. Cependant, une exception à ce principe a déjà été admise pour les dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire²³². On répliquera sans doute que cette dérogation a été justifiée en raison de l'article 563, alinéa 3, du Code judiciaire. Ce à quoi il peut être répondu que celle-ci s'autorise du contenu même de l'article 1017, qui, contrairement à ce que croit devoir préciser le commissaire royal dans son rapport, ne parle pas de jugement définitif au fond mais simplement de jugements définitifs, qualité que possèdent bien les décisions rendues

(227) Cass., 30 avril 1971, *Pas.*, 1971, I, 779.

(228) Civ. Bruxelles, réf., 11 octobre 1999, *J.T.*, 2000, p. 203.

(229) Liège, réf., 14 janvier 2000, inédit, RG n° 1999/RF/263.

(230) G. de LEVAL, “Le référé en droit judiciaire privé”, *op. cit.*, p. 833 et spéc. la note 129.

(231) Bruxelles, réf., 6 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 378 ; P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 36 et 37.

(232) Cass., 4 octobre 1979, *Pas.*, 1980, I, 157 ; P. MARCHAL, *op. cit.*, n° 34.

en référé au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation²³³. C. Cambier estimait que le juge des référés était compétent pour connaître d'une demande de dommages et intérêts pour procédure téméraire et vexatoire dès lors qu'une telle demande se rapporte au droit d'action²³⁴. Le même principe est applicable aux dépens²³⁵, ce que confirme la cour du travail de Liège dans un arrêt du 1^{er} avril 2003, précisant que *“les dépens sont afférents au droit d'action et non au droit subjectif”*²³⁶.

Se prononçant définitivement et en toute hypothèse sur les dépens, le juge des référés renforcerait encore l'autonomie de cette procédure. Cette solution rendrait inutile de devoir introduire une procédure séparée, au fond, sur cette seule question. De telles procédures s'inscrivant en porte à faux avec le principe général d'économie de procédure.

73. Reste à régler l'hypothèse où le juge du fond, saisi du même litige que le juge des référés, rejette les prétentions de celui qui avait triomphé au provisoire et donc obtenu la condamnation (définitive) de son adversaire aux dépens. Cette question n'est qu'un cas particulier du problème plus vaste (et controversé) des effets de la décision rendue au principal sur l'ordonnance de référé. Sur ce point, je rejoins sans réserve les judicieuses considérations développées par G. de Leval²³⁷. L'auteur estime en effet qu'il *“est contradictoire d'estimer que si l'ordonnance ne peut porter préjudice au principal il est certain que le juge du fond ne peut la réviser et dire que le juge des référés s'est trompé”*²³⁸. Au contraire, la décision du juge des référés n'étant que provisoire, elle ne lie pas le juge du fond. Ainsi, si comme nous l'avons vu, le juge des référés peut prendre des mesures définitives et irréversibles pour autant qu'elles ne soient pas irréparables, cela signifie que le juge du fond peut, le cas échéant, ordonner leur réparation. Je ne vois en conséquence pas ce qui empêcherait le juge du fond de constater que le juge des référés

(233) Voir les arrêts cités par G. de LEVAL, *ibidem*, note 230 ; l'auteur y précise à juste titre que *“le principal ne s'identifie donc pas au définitif”*.

(234) C. CAMBIER, *Précis de droit judiciaire civil*, Larcier, 1981, t. II, p. 335.

(235) G. de LEVAL, *Ibidem*, note 230.

(236) C.T. Liège, réf., 1^{er} avril 2003, inédit, RG n° 93/2002 ; on notera toutefois que, dans cette affaire, la cour réformait l'ordonnance du premier juge et constatait la disparition de l'urgence.

(237) G. de LEVAL, *“Le problème de l'exécution de l'ordonnance rendue par le juge des référés”*, *op. cit.*, ici p. 400 et s.

(238) *Ibidem*, p. 401.

s'est trompé et en conséquence d'ordonner à la partie qui a triomphé en référé de rembourser les dépens perçus ou de prendre en charge les dépens de l'autre partie.

En pratique, on constate, même si cette tendance est minoritaire, quelques décisions rendues en référés qui condamnent aux dépens nonobstant le fait qu'une condamnation provisoire est accordée et qu'en conséquence il n'est pas mis fin au litige²³⁹.

D. Sort de l'ordonnance de référé

74. L'ordonnance de référé peut être frappée d'appel (ou d'opposition si elle a été rendue par défaut) et être en conséquence confirmée, totalement ou partiellement, ou infirmée et rétractée par le juge d'appel. Les règles de droit commun sont applicables. Le seul réel problème qui se pose à ce sujet concerne la persistance de l'urgence dans le cadre du recours. Je n'y reviens pas²⁴⁰.

L'ordonnance, non réformée dans le cadre d'un recours ordinaire, peut néanmoins apparaître incompatible avec la décision rendue ultérieurement par le juge du fond. La doctrine traditionnelle expose que la décision du juge du fond ne peut avoir aucun effet rétroactif sur l'ordonnance de référé qui subsisterait donc jusqu'au prononcé de la décision au fond. En d'autres termes, le juge du fond n'étant pas le juge d'appel du juge des référés, il ne peut pas réformer la décision de ce dernier. Simplement, la décision au fond rendra caduque pour l'avenir la décision rendue au provisoire²⁴¹.

Je ne suis nullement convaincu par la pertinence de cet enseignement et je rejoins les critiques formulées à son encontre par G. de Leval²⁴², auxquelles, dans le cadre de la présente contribution, je me contenterai de renvoyer le lecteur. C'est à mon sens une question essentielle qui devrait connaître d'importants développements dans les

(239) Civ. Tournai, réf., 25 octobre 2000, inédit, RG n° 00.181.C ; Civ. Namur, réf., 18 septembre 2001, inédit, RR n° 324/01 et Liège, réf., 16 mars 2001, inédit, RG n° 2000/RF/303, Civ. Verviers, cités dans les "Inédits de droit judiciaire" consacré au référé, à paraître prochainement à la *J.L.M.B.*

(240) Voy. *supra*, n° 21.

(241) Voy. not. P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 73, n° 41.

(242) G. de LEVAL, "Le problème de l'exécution de l'ordonnance rendue par le juge des référés", *op. cit.*, ici p. 400 à 402.

prochaines années ²⁴³.

CONCLUSIONS

75. On peut déduire de l'analyse de la notion d'*urgence* et de celle du *provisoire* que le juge des référés dispose, en pratique, d'une liberté extrêmement large, tant pour apprécier s'il reconnaît l'*urgence* que pour décider si la mesure sollicitée dépasse ou non les limites du *provisoire*.

Liberté d'autant plus large qu'elle n'est contrôlée par la Cour de cassation qu'à titre très marginal ²⁴⁴.

De ce constat et de l'examen des décisions publiées, il ressort que le juge des référés peut tout décider. Sa juridiction ne connaît quasi aucune limite, sauf celles qu'il veut bien s'appliquer à lui-même.

Loin de craindre des débordements que ce constat pourrait amener, j'estime au contraire que conscient de cette situation, il conviendrait de donner aux juges des référés les moyens de leurs pouvoirs.

À n'en pas douter, il s'agit d'une institution promise à encore un très bel avenir.

*
* *

(243) Voy. not. les importants développements consacrés à cette question par S. BRIJS, "L'intervention du juge...", dans le présent ouvrage, p. 341 et s.

(244) Voy. M. REGOUT, "Le contrôle de la Cour de cassation sur les décisions de référé", dans le présent ouvrage, p. 123 et s.