



UNIVERSITÉ
DE NAMUR

Institutional Repository - Research Portal Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche

researchportal.unamur.be

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'appel des décisions du tribunal de la famille

Cohen, Laura; Hoc, Arnaud; Janonne, Anne

Published in:

Le tribunal de la famille

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cohen, L, Hoc, A & Janonne, A 2018, L'appel des décisions du tribunal de la famille. Dans *Le tribunal de la famille: des réformes aux bonnes pratiques*. Les cahiers du CeFAP, Larcier , Bruxelles, p. 361-390.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Chapitre VI

L'appel des décisions du tribunal de la famille⁽¹⁾

PAR

Laura COHEN

*Assistante à l'Université catholique de Louvain (CeFAP)
Avocate au barreau de Bruxelles*

Arnaud HOC

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

ET

Anne JANNONE

Conseiller à la cour d'appel de Bruxelles

1. Introduction. La création du tribunal de la famille, en 2013, puis la réforme de certaines règles relatives à l'appel, en 2015 et en 2017 (lois « pots-pourris I et V »), ont complexifié la question de l'appel des décisions rendues en matière familiale.

Cette contribution entend clarifier deux questions essentielles. Quelles sont les conditions de recevabilité de l'appel des décisions rendues par le tribunal de la famille (Section 1) ? Comment s'articule la règle de l'effet dévolutif de l'appel avec celle de la saisine permanente du tribunal de la famille (Section 2) ?

(1) Les auteurs tiennent à remercier les magistrat.e.s qui ont prêté leur concours à la réalisation de cette étude, notamment en acceptant de donner copie de certaines de leurs décisions inédites.

Section 1. La recevabilité de l'appel

2. Décisions susceptibles d'appel. Comme l'énonce la règle d'application générale fixée à l'article 616 du Code judiciaire, « tout jugement peut être frappé d'appel, sauf si la loi en dispose autrement »⁽²⁾. Il existe quelques exceptions à celle-ci en matière familiale.

Ainsi ne sont pas susceptibles d'appel les décisions qui, en matière d'adoption, se prononcent sur la capacité de l'enfant à exprimer son opinion sur le projet d'adoption (art. 1231-10, 3^o, C. jud.), ordonnent une enquête sociale sur l'aptitude à adopter de l'adoptant (art. 1231-29, al. 1^{er}, C. jud.) ou ordonnent une enquête sociale sur l'adoptabilité de l'enfant (art. 1231-35, al. 1^{er}, C. jud.).

Ne sont pas non plus susceptibles d'appel, en matière de divorce par consentement mutuel, les décisions qui prononcent le divorce, sauf pour non-respect des conditions légales ou en cas de réconciliation des conjoints (art. 1299, al. 1^{er}, C. jud.), ou, à l'inverse, celles qui déclarent ne pas y avoir lieu à prononcer le divorce, sauf s'il est interjeté par les deux parties, séparément ou conjointement (art. 1300 C. jud.).

3. Décisions appelables. Comme en toutes matières, la décision rendue doit également, pour être appelable, porter sur une demande dont le montant excède le « taux du ressort »⁽³⁾. Devant le tribunal de la famille et de la jeunesse, qui est une section du tribunal de première instance, ce taux est fixé à 2 500 euros (art. 617, al. 1^{er}, C. jud.) : toute décision portant sur une demande évaluable en argent (ce qui sera le cas en matière patrimoniale), dont la valeur est inférieure à ce montant, est donc rendue en dernier ressort. Par exception, les ordonnances rendues en matière de droits et devoirs entre époux sont toujours appelables, quel que soit le montant de la demande (art. 1253^{quater}, d, C. jud.).

Si le jugement porte sur une demande qui n'est pas évaluable en argent (et ne comprend donc pas de dimension patrimoniale), il est en toute hypothèse toujours appelable (art. 619 C. jud.).

4. Appel immédiat des jugements définitifs et des ordonnances de référé. En vertu de l'article 1050, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, l'appel peut

(2) Sur la portée de cette règle et les exceptions générales à celle-ci, voy. G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, coll. de la Faculté de droit de Liège, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 778 et s.

(3) *Ibid.*, p. 778, n^o 8.24.

être formé dès la prononciation du jugement, même si celui-ci a été rendu par défaut.

Cette règle ne s'applique cependant plus, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 octobre 2015 (loi dite « pot-pourri I »)⁽⁴⁾, qu'aux seuls jugements définitifs, c'est-à-dire aux jugements qui tranchent une « question litigieuse » (art. 19, al. 1^{er}, C. jud.), que cette question porte sur un incident de procédure (recevabilité de l'action, validité d'un acte de procédure) ou, plus classiquement, sur le fond (le jugement tranche une question de fait et/ou de droit qui était contestée)⁽⁵⁾.

En matière familiale doivent être considérés comme des jugements définitifs, et, donc, immédiatement appelables, les décisions rendues dans le cadre de l'urgence dite « réputée » prises sur pied de l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire, et qui sont rendues « comme en référé »⁽⁶⁾.

Sont également immédiatement susceptibles d'appel les ordonnances de référé prises sur pied de l'article 1253ter/4, § 1^{er}, dans le cadre de l'urgence dite « invoquée », et qui sont de ce fait soumises au régime de l'appel de référé (art. 1029 et 1039 C. jud.)⁽⁷⁾.

5. Appel différé des jugements avant dire droit. En revanche, et en vertu de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire tel que modifié par la loi « pot-pourri I », les jugements avant dire droit sont désormais soumis à la règle du retardement de l'appel⁽⁸⁾. Ces jugements, qui visent soit à ordonner une mesure d'instruction, soit à régler provisoirement la situation des parties dans

(4) Loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 22 octobre 2015, p. 65084 (ci-après, loi « Pot-pourri I »).

(5) En revanche, il a été jugé, à raison selon nous, que ne tranche pas une question litigieuse, et ne rend donc pas un jugement définitif, le juge qui, s'étant borné à déterminer l'objet exact de la demande portée devant lui pour apprécier sa compétence, ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si cette demande était fondée ou pas, voy. Mons (14^e ch.), 13 juin 2017, *J.T.*, 2017, p. 533.

(6) Sur la nature et l'autorité de chose jugée attachée à ces décisions, nous renvoyons au surplus à l'étude de Fr. BALOT et J. SOSSON dans le présent ouvrage, pp. 80-82.

(7) A. HOC, « Nature et appelabilité des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire », note sous Bruxelles (41^e ch.), 6 octobre 2017, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 133, n° 11.

(8) Sur la règle de l'appel différé des jugements avant dire droit, voy. G. DE LEVAL, J. VAN COMPENOLLE et F. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *J.T.*, 2015, p. 803 ; Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité », in J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Le procès civil efficace ? Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite « loi pot-pourri I »)*, coll. Bibliothèque de l'Unité de droit judiciaire de l'ULB, Limal, Anthemis, 2015, pp. 129-136 ; P. TAELEMAN et K. BROECKX, « Rechtsmiddelen na pot-pourri I », in B. ALLEMEERSCH et P. TAELEMAN (dir.), *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Potpourri I*, Brugge, die Keure, 2016, pp. 122-133 ; A. HOC, « L'appel différé des jugements avant dire droit », in J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le Code judiciaire en pot-pourri. Promesses, réalités et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 265-288.

l'attente du jugement au fond (art. 19, al. 3, C. jud.), ne peuvent en principe plus faire l'objet d'un appel qu'en même temps qu'est formé appel du jugement définitif⁽⁹⁾, pour autant bien entendu qu'ils soient susceptibles d'appel⁽¹⁰⁾.

En matière familiale, cette règle de l'appel différé vise tant les jugements avant dire droit ordonnés sur la base de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire (éventuellement combiné à l'article 735, § 2, du Code judiciaire), que ceux qui le sont sur la base de l'article 1253^{ter}/5 du Code judiciaire⁽¹¹⁾.

6. Pouvoir du juge d'autoriser l'appel immédiat du jugement avant dire droit. La règle de l'appel différé peut cependant être neutralisée par le juge, qui peut décider d'autoriser l'appel immédiat de son jugement avant dire droit⁽¹²⁾. Toutefois, dans sa rédaction initiale, l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, tel que modifié par la loi « pot-pourri I », comportait une lacune : il ne précisait pas si le juge pouvait autoriser d'office l'appel immédiat de son jugement avant dire droit, ou si cette autorisation ne pouvait résulter que d'une demande expresse des parties, ou de l'une d'elles, en ce sens.

La doctrine s'était divisée sur cette question. Un premier courant⁽¹³⁾ soutenait, à défaut de précision contraire dans le texte de l'article 1050, alinéa 2, que le principe dispositif devait primer et que celui-ci faisait obstacle à ce que le juge puisse autoriser d'office l'appel de son jugement avant dire droit : pareille autorisation devait nécessairement résulter d'une demande d'une ou des parties. Analogie était faite avec le régime ancien de l'exécution provisoire : de jurisprudence constante, lorsque l'exécution provisoire n'était pas de droit, le juge qui l'octroyait sans qu'elle fût sollicitée statuait *ultra petita*.

(9) Pour une application très claire de cette nouvelle règle, voy. not. Liège (10^e ch. D.), 20 février 2017, *J. T.*, 2017, p. 336. Voy. égal. Mons (33^e ch.), 27 juillet 2017, R.G. n° 2016/TF/291 ; Bruxelles (41^e ch.), 30 mai 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 208, cet arrêt précisant, puisque certains faisaient mine d'en douter, que l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire vise tant les jugements qui ordonnent des mesures provisoires que ceux qui ordonnent des mesures d'instruction.

(10) Ne sont ainsi jamais susceptibles d'appel les jugements ordonnant la comparution personnelle des parties (art. 1046 C. jud.), la production de documents (art. 880 C. jud.) ou une descente sur les lieux (art. 1008 C. jud.).

(11) Sur la nature avant dire droit de ces mesures, voy. A. HOC, « Nature et appelabilité des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253^{ter}/5 du Code judiciaire », note sous Bruxelles (41^e ch.), 6 octobre 2017, *op. cit.*, pp. 131-136, spéc. p. 132, n° 7, et p. 133, n° 11.

(12) On notera que pareille possibilité n'existe pas concernant les jugements rendus sur la compétence : en vertu de l'article 1050, alinéa 2, ils ne sont susceptibles d'appel qu'avec le jugement définitif, sans dérogation possible.

(13) G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et F. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *op. cit.*, p. 803 ; A. HOC, « L'appel différé des jugements avant dire droit », *op. cit.*, pp. 274-275, n° 14.

Selon un deuxième courant⁽¹⁴⁾, cette lecture du principe dispositif était trop rigide, et il fallait considérer que le juge pouvait autoriser d'office l'appel de son jugement avant dire droit, dès lors que pareille mesure visait à assurer la bonne marche du procès et, d'une manière générale, la bonne administration de la justice, et était en quelque sorte soustraite de ce fait à la seule volonté des parties.

C'est bien cette dernière lecture qu'a, en définitive, privilégié le législateur. Estimant que, « dans le conflit qui oppose le “principe dispositif” et le juge actif, il convient d'opter résolument pour ce dernier », il a modifié, par la loi du 6 juillet 2017 (loi dite « pot-pourri V »)⁽¹⁵⁾, l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, qui prévoit désormais que cette autorisation peut être donnée par le juge « d'office ou à la demande d'une des parties »⁽¹⁶⁾.

7. Respect du contradictoire ? Dès lors que le législateur a entendu conférer au juge le pouvoir d'autoriser d'office l'appel immédiat de son jugement avant dire droit, une autre question se pose : le juge est-il tenu de soumettre cette question à la contradiction éventuelle des parties avant d'ordonner l'autorisation, ou la décision du juge sur ce point peut-elle être prise sans débats préalables ?

Notre intuition est de dire que le juge peut octroyer cette autorisation sans devoir s'acquitter au préalable d'une dette de contradiction envers les parties, car pareille décision, dès lors qu'elle peut être prise d'office et que le législateur semble s'être rallié à l'idée qu'elle participait avant tout d'un souci de bonne administration de la justice, est assimilable à une mesure d'ordre intérieur⁽¹⁷⁾. On peut ici faire l'analogie avec la décision par laquelle le juge relève d'office son incompétence et qui, par identité de motifs, est une décision qui peut également être prise sans devoir être forcément soumise aux débats⁽¹⁸⁾.

(14) P. TAELEMAN et K. BROECKX, « Rechtsmiddelen na pot-pourri I », *op. cit.*, pp. 131-132, n° 35.

(15) Loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *M.B.*, 24 juillet 2017, p. 75168 (ci-après, loi « pot-pourri V »).

(16) Sur cette modification, voy. A. HOC, « L'appel des jugements avant dire droit après la loi dite “Pot-pourri V” », *R.D.J.P./P & B.*, 2017, p. 176, n° 2 ; *adde* : J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et J.-S. LENAERTS, « Traits essentiels des réformes de procédure civile “pots-pourris IV et V” », *J.T.*, 2017, p. 634, n° 5.

(17) La mesure d'ordre intérieur peut se définir comme étant celle qui « a trait à la simple administration formelle de la justice et qui ne porte ni directement ni indirectement sur l'examen même de l'affaire, ni ne peut influencer sur le jugement de celle-ci » (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Fac. dr. Liège, 1987, n° 705), ou encore, selon la Cour de cassation, comme étant celle qui « ne résout aucune question de fait ou de droit litigieuse, ou n'en préjuge pas, de sorte que la décision n'inflige aucun grief immédiat à aucune des parties » (Cass., 17 février 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 550), ces deux définitions étant citées par G. CLOSSET-MARCHAL, « Considérations sur la nature et le régime des décisions de justice », note sous Cass., 24 janvier 2013, *R.C.J.B.*, 2014, p. 260.

(18) A. FETTWEIS, *La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1971, n° 16, cité par C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, *La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 167.

Par ailleurs, et à considérer que la décision d'autoriser ou non l'appel immédiat soit assimilable dans son régime à une mesure d'ordre intérieur, il faut aussi considérer qu'elle n'est pas susceptible de recours (art. 1046 C. jud.)⁽¹⁹⁾.

Il reste que, même si ce débat préalable sur l'autorisation de faire appel immédiat du jugement avant dire droit ne doit pas nécessairement avoir lieu, il semble de bonne justice de conseiller aux juges de soumettre cette question aux parties en temps utile et toutes les fois que cela est possible. Il semblerait, en revanche, d'une lourdeur excessive d'exiger du juge, ayant déjà pris l'affaire en délibéré, de devoir rouvrir les débats à la seule fin de laisser les parties s'exprimer sur ce point.

8. Appelabilité immédiate des jugements mixtes. La principale difficulté suscitée par l'application du nouvel article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, ne vient pas tant de l'appel des jugements avant dire droit proprement dits que de l'appel des jugements dits mixtes.

Un jugement mixte est un jugement qui contient à la fois un ou plusieurs chefs définitifs (sur incident ou sur le fond), et un ou plusieurs chefs avant dire droit (mesure provisoire et/ou mesure d'instruction). En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, les jugements mixtes sont toujours directement appelables, en ce compris pour leur partie avant dire droit⁽²⁰⁾.

Il faut toutefois faire ici une précision importante. Comme l'a très justement rappelé la cour d'appel de Bruxelles (41^e ch.) dans un arrêt du 27 juillet 2017⁽²¹⁾, un jugement mixte n'est directement appellable que pour autant que l'une des mesures définitives contenues dans celui-ci soit frappée d'appel. Si l'appel est dirigé contre la seule partie avant dire droit, l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire continue à s'appliquer et l'appel immédiat doit être déclaré irrecevable (voy. *infra*, n° 11).

9. Articulation avec l'article 875bis du Code judiciaire. Cette règle de l'appelabilité immédiate des jugements mixtes a vu sa portée considérablement augmentée du fait de l'introduction, par la loi « pot-pourri I », d'une nouvelle règle de procédure. Désormais, l'article 875bis du Code judiciaire exige du juge qu'il déclare l'action recevable avant d'ordonner toute mesure d'instruction, sauf si cette mesure d'instruction a précisément pour but de

(19) G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », *op. cit.*, p. 764, n° 8.11.

(20) Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2014-2015, n° 54-1219/1, p. 172.

(21) Bruxelles (41^e ch.), 27 juillet 2017, *J.T.*, 2017, p. 754.

déterminer si l'action est recevable ou pas. Cette modification vise à éviter que des mesures d'instruction, parfois longues et coûteuses, ne soient ordonnées et diligentées en pure perte, l'action se révélant ultérieurement irrecevable⁽²²⁾.

Le législateur n'a cependant pas perçu qu'en introduisant pareille modification en même temps que celle qu'il venait de porter à l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, il prenait le risque que de nombreux jugements d'instruction ne deviennent des jugements mixtes, donc, directement appelables.

Maints auteurs⁽²³⁾, à la suite du Conseil d'État lui-même⁽²⁴⁾, ont ainsi fait remarquer qu'en obligeant le juge à déclarer l'action recevable avant d'ordonner une mesure d'instruction, on le contraignait à rendre un jugement définitif sur la question de la recevabilité, ce qui ferait à l'avenir de tout jugement ordonnant une mesure d'instruction un jugement mixte directement callable, en parfaite contradiction avec l'objectif poursuivi par la modification de l'article 1050, alinéa 2, qui était précisément d'en différer l'appel.

10. Exigence d'une contestation réelle. Cette crainte s'est révélée en grande partie infondée. En réalité, il n'existe de décision définitive sur la recevabilité, comme sur toute autre question d'ailleurs, que si cette décision porte sur une question « litigieuse », ainsi que le précise l'article 19, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire. Cela suppose, selon la Cour de cassation⁽²⁵⁾, que le juge ait tranché une question qui faisait l'objet d'une contestation entre les parties et qui a été soumise aux débats⁽²⁶⁾.

La jurisprudence – sans doute mue également par la volonté très pragmatique de conserver à l'article 1050, alinéa 2, un effet utile – a fait une application très rigoureuse de ces principes, et l'on peut noter que, de manière générale, les cours d'appel procèdent systématiquement à la vérification du caractère

(22) Sur l'article 875bis tel que modifié par la loi « pot-pourri I », voy. B. PETIT, « L'économie des mesures d'instruction », in J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le Code judiciaire en pot-pourri. Promesses, réalités et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 257-263.

(23) G. DE LEVAL, J. VAN COMPERNOLLE et F. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *op. cit.*, p. 803 ; Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité ? », *op. cit.*, p. 132, n° 47, et, du même auteur, « L'impact de la loi "pot-pourri I" sur l'expertise », *Revue belge du dommage corporel et de la médecine légale*, 2016, pp. 16-20, n° 27 et s.

(24) Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2014-2015, n° 54-1219/1, p. 172.

(25) Cass. (1^{er} ch.), 12 juin 2014, *Pas.*, 2014, p. 1485. Voy. déjà, sur la question précise du caractère définitif ou non d'une déclaration de recevabilité, Cass., 6 décembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 377, et Cass., 15 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 698.

(26) P. TAELEMAN et K. BROECKX, « Rechtsmiddelen na pot-pourri I », *op. cit.*, pp. 125-127, n° 29 ; A. Hoc, « L'appel différé des jugements avant dire droit », *op. cit.*, p. 278, n° 19.

contesté ou non de la recevabilité, et, donc, au caractère partiellement définitif ou non du jugement dont appel immédiat est formé⁽²⁷⁾.

Ainsi, la cour d’appel de Bruxelles (41^e ch.) juge-t-elle irrecevable, dans un arrêt du 15 novembre 2016⁽²⁸⁾, l’appel dirigé contre un jugement ordonnant une expertise dans le cadre de la demande formée par des grands-parents d’obtenir un droit à des relations personnelles avec leurs petits-enfants, jugeant que ne constitue pas un jugement mixte le jugement par lequel le juge ordonne une mesure avant dire droit après s’être borné à déclarer l’action recevable, sans que cette recevabilité ait été contestée ni même contestable⁽²⁹⁾.

Dans le même sens, la cour d’appel d’Anvers (3^e ch.), dans un arrêt du 16 mars 2016⁽³⁰⁾, juge irrecevable l’appel dirigé contre une décision ordonnant un test ADN dans le cadre d’une action en recherche de paternité, au motif qu’il ne peut être question de jugement définitif sur la recevabilité, et, donc, de jugement mixte directement appelable, que si la recevabilité était « réellement » contestée.

Toutefois, la Cour de cassation a récemment rappelé que la contestation de la recevabilité – si elle se devait toujours d’exister – pouvait prendre un tour relativement formel. Dans un arrêt du 19 février 2018⁽³¹⁾, elle a ainsi jugé qu’en demandant au juge de statuer « ce que de droit » sur la recevabilité, le demandeur avait de ce fait soumis cette question au débat, de telle sorte que la décision rendue sur celle-ci était bien une décision définitive au sens de l’article 19, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire⁽³²⁾.

(27) Voy. not. Anvers (3^e ch.), 22 mars 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 208 ; Bruxelles (41^e ch.), 30 mai 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 208 ; Liège, 26 septembre 2016, n° 2016/FA/560, inédit ; Gand (11^e ch.), 29 septembre 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 211 ; Anvers (3^e ch. bis), 3 octobre 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 213 ; Bruxelles (41^e ch.), 11 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 129, note A. Hoc ; Mons (1^{re} ch.), 14 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 11 ; Bruxelles (2^e ch.), 23 décembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 54 ; Mons (31^e ch.), 28 mars 2017, n° 2017/TF/24, inédit ; Mons (33^e ch.), 3 mai 2017, n° 2016/TF/387, inédit.

(28) Bruxelles (41^e ch.), 15 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 9.

(29) Selon une conception dite « pragmatique » du contradictoire, le seul fait que la recevabilité fût « contestable » et que la possibilité d’un débat sur ce point ait pu exister suffit à conférer à cette déclaration de recevabilité un caractère définitif. Voy., à ce sujet, A. Hoc, « L’appel différé des jugements avant dire droit », *op. cit.*, p. 279, n° 21, se référant not. à J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK et Fr. BALOT, « L’autorité de la chose jugée happée par la concentration du litige », in G. DE LEVAL et F. GEORGES (dir.), *L’effet de la décision de justice. Contentieux européen, constitutionnel, civil et pénal*, Liège, Anthemis, 2008, p. 197, n° 73, et à M. GRÉGOIRE, « Géométrie de l’instance », *R. C.J.B.*, 2008, p. 65, n° 118.

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

(31) Cass. (3^e ch.), 19 février 2018, *J.T.*, 2018, p. 319.

(32) Cette solution est cohérente avec la jurisprudence constante de la Cour qui considère que le fait de s’en « référer à justice » vaut contestation de la demande, voy. not. Cass., 2 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 3. Il ne faut pas craindre outre mesure le recours à pareille formule de style. En effet, pour que l’appel soit recevable, il faut que l’appelant puisse démontrer un intérêt à agir, ce qui suppose en pareille hypothèse qu’il critique en degré d’appel la décision rendue sur la recevabilité (voy. nos développements au n° 11).

11. Modification de l'article 875bis du Code judiciaire. Quoique la jurisprudence ait donc pris les devants sur cette question, essentiellement pour éviter que la nouvelle règle de l'appel différé des jugements avant dire droit ne reste lettre morte toutes les fois que serait ordonné un jugement d'instruction, le législateur a préféré modifier la rédaction de l'article 875bis pour parer à toute éventualité.

Depuis la loi « pot-pourri V », cette disposition précise que le juge n'est tenu de déclarer l'action recevable que « lorsque la recevabilité est contestée » : ce n'est que dans cette hypothèse que le jugement d'instruction sera un jugement mixte, directement appellable pour le tout⁽³³⁾.

Encore faut-il, ainsi qu'on l'a déjà rappelé (voy. *supra*, n° 8), que l'appel soit dirigé contre au moins un des chefs définitifs contenus dans la première décision. Cela signifie, dans l'hypothèse où l'unique chef définitif contenu dans la décision porte sur la recevabilité de l'action, que l'appelant sollicite du juge d'appel qu'il réforme la décision du premier juge sur ce point, sans quoi l'appel ne pourrait être admis, par défaut d'intérêt⁽³⁴⁾. Concrètement, cela impliquerait que l'appelant demande au juge d'appel de déclarer l'action irrecevable dans l'hypothèse où le premier juge l'aurait déclarée recevable : seul le défendeur pourrait justifier d'un pareil intérêt, le demandeur originaire n'en ayant, en revanche, aucun.

12. Fausse contestation. Malgré le « garde-fou » désormais intégré à l'article 875bis du Code judiciaire, un risque demeure : celui qu'une partie ne soulève devant le premier juge une contestation sur la recevabilité de l'action (ou, d'ailleurs, sur une autre question de procédure ou de fond) qu'à la seule fin d'obtenir un jugement définitif sur celle-ci, quand bien même cette contestation serait parfaitement non fondée et soulevée de façon purement opportuniste, en vue d'obtenir un jugement mixte, et, donc, directement appellable.

La jurisprudence a pour l'heure clairement circonscrit ce risque, les juges d'appel n'hésitant pas à déclarer l'appel immédiat irrecevable lorsqu'il apparaît

Par ailleurs, le fait de soulever une contestation sur la recevabilité de façon purement opportuniste peut faire l'objet de sanctions (voy. nos développements au n° 12).

(33) Voy. A. HOC, « L'appel des jugements avant dire droit après la loi dite "Pot-pourri V" », *op. cit.*, p. 177, n° 5.

(34) Sur ce « détail » généralement omis de la réflexion (et qui, en fait, n'en est pas vraiment un), voy. ce qu'écrivait déjà pertinemment Fr. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel », *op. cit.*, p. 133, note 86.

qu'une contestation n'a été soulevée que dans le but de contourner la règle de l'appel différé fixée à l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire⁽³⁵⁾.

Cette solution est similaire à celle qui a déjà été retenue en matière de contournement du taux du ressort, l'appel pouvant, dans ce cas, être déclaré irrecevable s'il est manifeste qu'une demande incidente (et, singulièrement, une demande reconventionnelle) n'a été introduite devant le premier juge que dans le seul but de rendre le jugement à intervenir appelable⁽³⁶⁾.

Jugé ainsi, par la cour d'appel de Mons (1^{re} ch.)⁽³⁷⁾, que, par analogie avec la jurisprudence relative à l'introduction d'une demande reconventionnelle dans le but d'éviter que la cause ne soit jugée en dernier ressort, il était envisageable que l'appel soit déclaré irrecevable dans l'hypothèse où une demande reconventionnelle n'aurait été introduite que pour contourner la règle de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, ce qui supposerait toutefois de démontrer une intention malicieuse dans le chef de l'appelant (en l'espèce, ce n'était pas le cas).

Il faut enfin rappeler qu'en vertu de l'article 780*bis* du Code judiciaire, l'utilisation de la procédure à des fins manifestement dilatoires et abusives peut, en outre, être sanctionnée par la condamnation au paiement d'une amende civile⁽³⁸⁾.

13. Mesure avant dire droit contestée. Une autre difficulté s'élève dans le débat relatif à l'application de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire aux jugements avant dire droit : *quid* si la mesure avant dire droit a fait l'objet, dans son principe et/ou dans ses modalités, d'une contestation entre les parties ?

La cour d'appel d'Anvers avait, dans un arrêt du 16 mars 2016⁽³⁹⁾, très correctement jugé que le fait qu'une partie se soit opposée à la mesure d'instruction sollicitée par l'autre partie (en l'occurrence, un test ADN dans le cadre d'une

(35) Voy. not. Bruxelles (41^e ch.), 31 juillet 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 412 ; Bruxelles (41^e ch.), 15 septembre 2017, *J.T.*, 2017, p. 794.

(36) P. Taelman et K. Broeckx, « Rechtsmiddelen na pot-pourri I », *op. cit.*, n° 29. Jugé ainsi par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 janvier 2004 (*Pas.*, 2004, p. 11) que, « appelé à statuer, à la suite de la jonction des montants de la demande principale et de la demande reconventionnelle pour procédure téméraire et vexatoire, sur l'appel de la partie qui a introduit la demande reconventionnelle, le juge d'appel peut décider que, la demande reconventionnelle ayant été inspirée de la volonté d'éviter l'application des règles du ressort et l'intérêt poursuivi étant en conséquence illicite, l'appel n'est pas recevable ».

(37) Mons (1^{re} ch.), 14 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 11, note.

(38) P. Taelman et K. Broeckx, « Rechtsmiddelen na pot-pourri I », *op. cit.*, n° 29 ; A. Hoc, « L'appel différé des jugements avant dire droit », *op. cit.*, p. 283, n° 24.

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

action en recherche de paternité), n'avait pas pour effet de transformer le jugement ordonnant cette mesure d'instruction en jugement définitif, et, donc, directement appealable.

De même, la cour d'appel de Bruxelles (41^e ch.), dans un arrêt du 6 octobre 2017, a jugé qu'était irrecevable l'appel immédiat dirigé contre une décision d'ordonner une expertise (visant en l'occurrence à instruire la question des modalités d'hébergement susceptibles de rencontrer au mieux les intérêts des enfants), au motif que celle-ci constituait « indiscutablement » une mesure avant dire droit au sens de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, cette décision n'étant pas « de nature à épuiser la saisine d'un juge sur une question controversée, à créer des effets irréversibles, voire à opérer une prise de position tranchée dans la mise en balance des droits et intérêts en présence contradictoires »⁽⁴⁰⁾.

Un courant jurisprudentiel s'oriente malheureusement dans une autre direction, encouragé par la Cour de cassation, qui, dans un arrêt du 24 janvier 2013⁽⁴¹⁾, a jugé que constituait un jugement définitif le jugement ordonnant une mesure d'instruction ayant fait l'objet d'une contestation entre les parties, au motif qu'en tranchant cette question litigieuse, le juge aurait épuisé sa juridiction sur celle-ci⁽⁴²⁾.

Ainsi, jugé notamment par la cour d'appel de Bruxelles (42^e ch.)⁽⁴³⁾, que constituait un jugement définitif – et, donc, directement appealable – la décision du tribunal de la famille de confier, à titre provisoire, l'hébergement de l'un des enfants communs d'un couple séparé à la mère, vivant au Royaume-Uni, alors que le père, vivant en Belgique, demandait à ce que lui soit confié cet hébergement, le premier juge ayant dès lors, selon la cour d'appel, tranché une question qui était litigieuse entre les parties.

14. Un jugement avant dire droit n'est jamais un jugement définitif⁽⁴⁴⁾. Cette jurisprudence ne nous semble pas pouvoir être suivie, puisque

(40) Bruxelles (41^e ch.), 6 octobre 2017, *J.T.*, 2017, p. 819, note A. HOC et J.-Fr. VAN DROOGENBROECK. Voy. encore, dans le même sens, Bruxelles (41^e ch.), 23 octobre 2017, n° 2017/FA/411, inédit.

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

(42) Cette position a (malheureusement) été confirmée depuis par la Cour, voy. Cass. (1^{re} ch.), 21 avril 2016, R.G. n° C.15.0142.N, *R.W.*, 2016-2017, p. 896 (somm.) ; Cass. (1^{re} ch.), 16 septembre 2016, R.G. n° C.15.0378.N, inédit.

(43) Bruxelles (42^e ch.), 18 octobre 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 214, note critique B. VANLERBERGHE ; dans le même sens, voy. aussi Bruxelles (2^e ch.), 15 septembre 2017, n° 2017/AR/417, inédit ; Mons (33^e ch.), 22 mars 2017, n° 2017/TF/18, inédit ; Bruxelles (41^e ch.), 31 juillet 2017, précité.

(44) Voy. A. HOC et J.-Fr. VAN DROOGENBROECK, « Un jugement avant dire droit n'est jamais un jugement définitif », note sous Bruxelles (41^e ch.), 6 octobre 2017, *J.T.*, 2017, pp. 821-822.

comme l'ont rappelé avec force G. de Leval et J. van Compernelle⁽⁴⁵⁾, le Code judiciaire introduit une distinction fondamentale et indépassable entre les jugements définitifs et les jugements avant dire droit, tant sur le plan de leur définition que sur celui de leur régime, et notamment quant à l'autorité de chose jugée qui leur est attachée, les premiers en étant revêtus, les seconds en étant dépourvus.

Cette jurisprudence est encore critiquable en ce qu'elle semble établir une distinction selon qu'une mesure avant dire droit est ordonnée en présence d'une contestation des parties ou pas, alors que l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire n'en établit aucune, tout autant qu'elle se heurte à l'existence de mesures avant dire droit ordonnées d'office par le juge, et dont on est bien en peine de savoir si, dès lors, elles sont ordonnées à titre définitif ou pas⁽⁴⁶⁾.

Elle a aussi pour conséquence, et non des moindres, de rendre immédiatement applicable tout jugement contenant des mesures avant dire droit dont le principe et/ou les modalités auraient été contestées, en tout ou en partie, par l'une des parties : l'on reconnaîtra que cette hypothèse se présente souvent.

Seuls demeurerait des jugements avant dire droit les jugements consentis de plein accord entre les deux parties... mais qui s'analyseraient alors comme des « jugements d'accord », insusceptibles d'appel en vertu de l'article 1043 du Code judiciaire⁽⁴⁷⁾ !

Pareille jurisprudence revient donc, dans de très nombreux cas, à priver l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire de tout effet utile, et ce, de façon bien plus certaine que ne l'entraîne l'application de l'article 875bis du Code judiciaire, ainsi qu'on l'a démontré plus tôt (voy. *supra*, nos 9-11)⁽⁴⁸⁾.

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

(46) B. VANLERBERGHE, « Het hogere beroep tegen vonnissen alvorens recht te doen en de moeilijke toepassing van artikel 1050, tweede lid, Ger.W. », note sous Bruxelles (42^e ch.), 18 octobre 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 218, n^o 4.

(47) A. HOC et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Un jugement avant dire droit n'est jamais un jugement définitif », *op. cit.*, p. 822, qui rappellent qu'en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, le fait de s'en « référer à justice » vaut contestation de la demande, voy. not. Cass., 2 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 3.

(48) On notera incidemment, et quoique cela ne concerne pas directement le sujet que nous traitons ici, que cette jurisprudence pourrait également avoir une incidence sur le caractère exécutoire du jugement avant dire droit : alors qu'en vertu de l'article 1397, alinéa 3 *nouveau*, du Code judiciaire, un jugement avant dire droit est toujours exécutoire par provision (sans dérogation possible), l'exécution provisoire peut être suspendue pour les jugements définitifs (art. 1397, al. 1^{er} et al. 2, C. jud.) : à suivre la Cour de cassation, un jugement avant dire droit qui aurait fait l'objet d'une discussion pourrait donc voir sa force exécutoire suspendue par l'introduction d'un appel ou d'une opposition, voy., sur ce point, A. Hoc et

Il est certain, en particulier dans des matières aussi sensibles que celles dont le tribunal de la famille doit traiter, que certaines mesures avant dire droit peuvent avoir des incidences considérables – et parfois provisoirement... très durables – sur la situation des parties, et qu'il peut être opportun d'en autoriser l'appel immédiat.

Mais, très précisément, il existe un mécanisme permettant au juge, d'office ou à la demande d'une partie, d'autoriser l'appel immédiat du jugement avant dire droit dont l'opportunité aurait été contestée par les parties et qui serait susceptible de porter durablement préjudice à l'une d'elles. Il n'y a donc pas lieu, pour obtenir un résultat similaire par des voies détournées, de tordre les principes fondamentaux du droit judiciaire, quand bien même la Cour de cassation, qui devrait toujours en assurer la garde, se serait sur ce point temporairement égarée.

15. Jugement provisionnel. Il ne faut pas confondre jugement provisoire et jugement provisionnel⁽⁴⁹⁾.

Le jugement provisoire est un jugement avant dire droit qui aménage la situation des parties dans l'attente de la décision au fond (en réglant, p. ex., les questions liées à l'hébergement des enfants ou à l'occupation du domicile conjugal pendant la durée d'une instance de divorce, ou octroyant à l'une des parties une pension *ad litem* destinée à couvrir les frais de la procédure).

Le jugement provisionnel est, en revanche, un jugement définitif partiel, par lequel le juge « accorde définitivement [un] montant à titre de provision (en réalité d'avance) à valoir sur un montant plus important dont le *quantum* ne pourra être fixé qu'ultérieurement »⁽⁵⁰⁾. Ainsi, par exemple, du jugement qui, dans le cadre d'une procédure en liquidation-partage, octroierait déjà à l'un des époux la quotité incontestablement due de l'indemnité d'occupation que lui doit l'autre époux du fait de son maintien dans un immeuble indivis appartenant au couple⁽⁵¹⁾.

J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Un jugement avant dire droit n'est jamais définitif », *op. cit.*, p. 821. Sur l'exécution provisoire en matière familiale, voy., dans le présent ouvrage, la contribution de C. DE BOE, M. MALLIEN et J.-E. BEERNAERT, pp. 389-437.

(49) Sur cette distinction, voy. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « La réforme du Code judiciaire dite "Pot-pourri I" : quelles incidences sur le parcours procédural de la victime ? », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthémis, 2016, pp. 256-259, n° 58.

(50) H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) : principes, conditions et caractéristiques », in G. DE LEVAL (dir.), *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, p. 71, n° 99.

(51) Voy. et comp. A. DEMORTIER, « L'indemnité d'occupation dans la liquidation du régime matrimonial », in J. SOSSON et P. VAN DEN EYNDE (dir.), *La liquidation des régimes matrimoniaux. Aspects théoriques et pratiques*, Actes de la 8^e journée d'études juridiques Jean Renauld, coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 273, n° 26 et note (131).

Le jugement provisoire est bien un jugement avant dire droit et, de ce fait, soumis à la règle du retardement de l'appel (art. 1050, al. 2, C. jud.), tandis que le jugement provisionnel est bien un jugement définitif et, de ce fait, appellable immédiatement (art. 1050, al. 1^{er}, C. jud.).

16. Jugement avant dire droit assorti d'une astreinte. Peut-on interjeter immédiatement appel de la décision par laquelle le juge assortit son jugement avant dire droit d'une astreinte ? La jurisprudence est divisée sur ce point.

Dans un arrêt du 5 juillet 2017⁽⁵²⁾, la cour d'appel de Liège (10^e ch. D.) a jugé qu'était immédiatement appellable le jugement ayant condamné le père à payer à la mère une astreinte de 100 euros par jour de non-présentation de l'enfant, même si le jugement avant dire droit fixant provisoirement les modalités d'hébergement de l'enfant commun des deux parties n'était pas lui-même directement appellable, au motif que « la partie de la décision qui condamne à une astreinte est toujours susceptible d'appel, indépendamment de la question de savoir si un recours est possible ou non à l'encontre de la condamnation principale ».

À l'inverse, la cour d'appel de Bruxelles (41^e ch.) a, quant à elle, dans un arrêt du 6 octobre 2017⁽⁵³⁾, jugé qu'était irrecevable l'appel immédiat formé tant à l'égard du jugement réglant provisoirement les modalités d'hébergement de l'enfant commun d'un couple séparé qu'à l'égard de la décision assortissant ce premier jugement d'une astreinte, au motif que le « caractère accessoire de toute condamnation à une astreinte a pour conséquence qu'elle est de la même nature que la décision à laquelle elle se rattache », et qu'il « serait pour le moins incohérent, pour l'instance d'appel, de devoir examiner la pertinence des astreintes sans pouvoir statuer sur, [et] le cas échéant réformer, la mesure provisoire elle-même ».

17. Doctrine versus jurisprudence. En fait, l'une et l'autre position sont défendables. Dans la pureté des principes, le jugement ordonnant une astreinte devrait suivre le sort du jugement sur lequel elle porte : si l'astreinte commine une décision qui n'est pas susceptible d'appel, la partie de la décision qui ordonne cette astreinte ne devrait pas non plus être susceptible d'appel

(52) Liège (10^e ch. D.), 5 juillet 2017, n° 2017/FA/61, inédit ; dans le même sens, Liège (10^e ch. D.), 27 juin 2017, n° 2017/FA/89, inédit ; Liège (10^e ch. D.), 7 septembre 2017, n° 2017/FA/12, inédit.

(53) Bruxelles (41^e ch.), 6 octobre 2017, précité.

(« l'accessoire suit le principal »⁽⁵⁴⁾). C'est la position adoptée ici par la cour d'appel de Bruxelles, et celle que défend traditionnellement la doctrine⁽⁵⁵⁾.

Il faut cependant composer avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui, en vertu d'une jurisprudence constante⁽⁵⁶⁾ et bien suivie par les juridictions de fond⁽⁵⁷⁾, juge que la décision d'ordonner une astreinte est toujours susceptible d'appel, quand bien même le jugement sur lequel porte cette astreinte ne le serait pas lui-même. C'est la position adoptée ici par la cour d'appel de Liège.

On peut toutefois se demander si cet enseignement de la Cour de cassation est transposable à la problématique nouvelle engendrée par l'entrée en vigueur de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire. Peut-on se contenter d'assimiler, à l'égard de la question qui nous occupe ici, un jugement avant dire droit dont l'appel est seulement différé à un jugement avant dire droit qui n'est jamais susceptible d'appel, comme un jugement qui ordonne une production de documents (art. 880 C.jud.) ou la comparution personnelle des parties (art. 1008 C.jud.) ?

18. Solution privilégiée. La réponse n'est pas claire et n'appelle pas une réponse catégorique. Mais, si nous devons pencher pour une solution plutôt qu'une autre, nous aurions toutefois tendance à penser qu'un jugement d'astreinte assortissant un jugement avant dire droit ne devrait pas être appellable immédiatement, sauf dans l'hypothèse où le juge aurait – peut-être précisément en raison du fait que le jugement est assorti d'une astreinte – autorisé l'appel immédiat du jugement avant dire droit.

Quoi qu'il en soit, et même à considérer que la jurisprudence s'orienterait plutôt vers la solution inverse et considérerait donc que le jugement d'astreinte serait toujours immédiatement appellable, il faut bien voir que le pouvoir du

(54) On peut ici faire l'analogie avec l'article 621 du Code judiciaire (à défaut de pouvoir l'appliquer directement), qui prévoit que « les jugements rendus sur incidents et les jugements d'instruction suivent pour la recevabilité de l'appel le sort de la demande principale ».

(55) J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, *L'astreinte*, 3^e éd., Tiré à part du Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 80, n^o 105 ; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 74, n^o 121 ; G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence (1993 à 2005). Droit judiciaire privé. Les voies de recours », *R.C.J.B.*, 2006, pp. 168-169, n^o 24 ; voy. aussi D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 489, n^o 5.20, et O. MIGNOLET, « L'astreinte. Chronique de jurisprudence (2007-2011) », *J.T.*, 2012, p. 858, n^o 18.

(56) Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1999, I, p. 722 et concl. Av. gén. PIRET ; *R.W.*, 1989-1990, p. 145 ; Cass., 12 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1493 ; *R.W.*, 2000-2001, p. 728.

(57) Liège, 8 janvier 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1002 ; Mons, 14 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 711 ; Bruxelles, 16 décembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 239 ; Anvers, 1^{er} juin 2005, *R.D.J.P.*, 2005, p. 233.

juge d'appel demeurerait limité à cette seule question : il ne pourrait revenir immédiatement sur le jugement avant dire droit lui-même, qui resterait, en toute hypothèse, exécutoire de plein droit, sans dérogation possible (art. 1397, al. 3, C. jud.).

Section 2. L'effet dévolutif de l'appel

19. Position du problème. Au-delà des questions liées au caractère immédiatement appellable ou non des décisions rendues par le tribunal de la famille, c'est celle des pouvoirs du juge d'appel en matière familiale qui constitue l'une des principales problématiques auxquelles sont désormais confrontés plaideurs et magistrats. En effet, en cas de survenance d'une circonstance nouvelle, et plus généralement dans l'hypothèse où l'une des parties souhaiterait faire valoir une nouvelle prétention, une difficulté tient à la possibilité ou, au contraire, à la prohibition d'une saisine conjointe des juges d'instance et d'appel et, dans ce dernier cas, à la désignation du juge amené à en connaître.

La question ne se pose pas lorsque la saisine de la cour est complètement vidée sur l'ensemble des points litigieux qui lui étaient soumis : dans ce cas, le dossier retourne tout simplement au juge d'instance pour permettre la mobilisation de la saisine permanente.

En revanche, elle se pose avec acuité lorsque la cour d'appel n'a pas encore vidé sa saisine : il s'agit alors de déterminer quel est le juge compétent pour examiner une demande nouvelle, que celle-ci tende à la révision d'une mesure ordonnée par le premier juge à la suite d'une circonstance nouvelle ou qu'elle soit formée en dehors de toute circonstance nouvelle à titre de prétention nouvelle.

Le tribunal de la famille pourrait-il être saisi par le biais de la saisine permanente d'une demande en révision, voire d'une demande nouvelle par voie principale ou, à l'inverse, la nouvelle prétention ou la modification de la mesure à laquelle cette circonstance nouvelle pourrait donner lieu devraient-elles être nécessairement traitées par la cour d'appel ?

Pour répondre aux épineuses questions soulevées ci-avant, il convient d'en revenir d'abord aux principes.

20. Effet dévolutif élargi de l'appel. Tandis que, sous l'empire du Code de procédure civile, les pouvoirs du juge d'appel ne pouvaient s'étendre au-delà

de ce qui avait été jugé au premier degré (*Tantum devolutum, tantum judicatum*), le Code judiciaire a consacré, en son article 1068, alinéa 1^{er}, une règle novatrice.

Alors qu'auparavant l'effet dévolutif était limité à ce qui avait été jugé par le premier juge, l'appel dirigé contre un jugement définitif ou avant dire droit saisit depuis lors de plein droit le juge d'appel de la totalité de la contestation, en ce compris pour les questions non encore tranchées par le premier juge⁽⁵⁸⁾. Cette règle, qui résulte de la volonté expresse du législateur⁽⁵⁹⁾, a été instaurée dans le but – sans doute déjà illusoire à l'époque – de rendre la justice plus rapide et d'éviter des appels dilatoires⁽⁶⁰⁾.

Elle signifie, comme le rappelle parfaitement A. Decroës dans une contribution récente⁽⁶¹⁾, que le juge d'appel est, par l'effet dévolutif et dans les limites de l'appel formé par les parties, saisi du jugement de l'ensemble de la cause. L'appel lui défère ainsi la connaissance du litige dans son ensemble avec toutes les questions de fait ou de droit qu'il comporte, ce qui implique que le juge d'appel est tenu, en règle, d'examiner également les moyens invoqués en degré d'appel qui ne l'avaient pas été devant le premier juge⁽⁶²⁾.

C'est ce qu'on appelle l'effet dévolutif « élargi » de l'appel, par opposition à l'effet dévolutif « simple », encore en vigueur, par exemple, en droit français⁽⁶³⁾, qui ne s'étend qu'aux points déjà jugés par le premier juge. De jurisprudence constante, ce principe est d'ordre public et ne peut donc faire l'objet d'une dérogation, ni à l'initiative du juge ni même en vertu d'un accord des parties⁽⁶⁴⁾.

(58) G. CLOSSET-MARCHAL, « Le point sur les voies de recours, L'appel », in H. BOULARBAH (dir.), *Actualités et développements récents en droit judiciaire*, CUP, vol. 70, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 293 et réf. citées.

(59) Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la Réforme judiciaire*, Bruxelles, Éd. du Moniteur belge, 1964, p. 390 : « le juge d'appel est désormais compétent pour connaître de toutes les questions qui restent en litige » ; *adde* : C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, *La compétence*, *op. cit.*, p. 686 : « le juge saisi du recours tranche ce qui n'a pas été jugé en première instance. Ce pouvoir revient d'office à la juridiction d'appel ; la volonté des parties ne peut tenir l'exercice de ce pouvoir en échec » ; *contra* : P. SENAËVE, « Imbroglia in de familierechtbank », *T. Fam.*, 2017, p. 238, qui affirme que l'effet dévolutif élargi de l'appel est principalement une création de la Cour de cassation, sans toutefois étayer ce point de vue.

(60) Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la Réforme judiciaire*, *op. cit.*, p. 391.

(61) A. DECROËS, « L'effet dévolutif de l'appel et le principe dispositif ou les limites de la saisine du juge d'appel », *J.T.*, 2017, pp. 425-426 ; A. DECROËS, « L'effet dévolutif de l'appel et le jugement ordonnant une mesure d'instruction », *J.T.*, 2010, pp. 462-465.

(62) Cass., 16 mars 2012, *Pas.*, 2012, n° 176, concl. Av. gén. M. GENICOT ; Cass., 29 mai 2015, *Pas.*, 2015, I, n° 356.

(63) Art. 561 C. pr. civ. (fr.).

(64) G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », *op. cit.*, p. 804, n° 8.46 ; G. CLOSSET-MARCHAL, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence (1993 à 2005). Droit judiciaire privé. Les voies de recours », *op. cit.*, p. 295, n° 267 ; H. BOULARBAH, « Le point sur la procédure civile. Les voies de recours », in H. BOULARBAH et G. DE LEVAL (dir.), *Le point sur les procédures (2^e partie)*, CUP, vol. 43, Liège, Anthemis, 2000, p. 302, n° 57 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Considérations sur l'effet dévolutif de l'appel dans le Code judiciaire », note sous Cass., 5 mai 1988, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 526 et s. ; Cass.,

La cour d'appel de Mons fait une parfaite application de ces principes dans un arrêt du 13 septembre 2017⁽⁶⁵⁾. Considérant que le pouvoir de connaître de ce qui n'a pas été jugé par le premier juge revient d'office à la juridiction d'appel et que la volonté des parties ne peut tenir l'exercice de ce pouvoir en échec, la cour a ainsi fixé un calendrier d'échange de conclusions et une date d'audience afin de permettre aux parties de plaider sur les chefs de la demande sur lesquels le premier juge n'avait pas encore statué.

Il faut toutefois bien voir que, depuis la modification de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, l'effet dévolutif « élargi » est amené à fonctionner moins souvent, puisqu'il suppose que l'appel soit formé contre une décision ne tranchant pas définitivement le litige : hormis le cas de l'appel dirigé contre un jugement définitif sur incident (question de recevabilité ou de nullité), il ne fonctionnera donc plus que dans l'hypothèse où un appel immédiat est formé contre un jugement mixte ou, moyennant l'autorisation du premier juge, contre un jugement avant dire droit (voy. *supra*, n^{os} 6-8).

21. Exception générale à l'effet dévolutif : confirmation d'une mesure d'instruction. La rigueur de la règle posée à l'article 1068, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire connaît une seule exception. L'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire prévoit en effet que, par dérogation à l'effet dévolutif, en cas de confirmation, même partielle, d'une mesure d'instruction ordonnée par le jugement entrepris et contestée devant la cour, le juge d'appel doit renvoyer la cause au premier juge.

Inversement, si le juge d'appel infirme totalement la mesure d'instruction ordonnée par le premier juge ou qu'aucune contestation n'a été érigée contre celle-ci, l'effet dévolutif joue pleinement et le juge d'appel est tenu de se réserver la cause.

En résumé, nous pouvons dire que, selon qu'il réforme totalement ou qu'il infirme, même partiellement, la mesure d'instruction ordonnée par le premier

18 mai 1998, *R.D.J.P.*, 1999, p. 173 ; Cass., 28 octobre 1999, *Pas.*, p. 573. Le principe de loyauté procédurale fait toutefois obstacle à ce qu'une partie invoque la violation de l'effet dévolutif pour la première fois devant la Cour de cassation, alors qu'elle avait marqué son accord à ce qu'on y déroge devant le juge d'appel, malgré le fait que la règle soit d'ordre public, voy. Cass., 16 mars 2012 et Cass., 1^{er} mars 2012, *J.T.*, 2012, pp. 462-463, obs. J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Une victoire pour la loyauté procédurale ».

(65) Mons, 13 septembre 2017, R.G. n^o 217TF/68, *J.T.*, 2017, pp. 822-823 ; Voy. dans le même sens : Trib. fam. Namur, div. Namur (3^e ch.), 11 décembre 2017, *J.T.*, 2018, p. 74 ; G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », *op. cit.*, p. 814, n^o 8.5 qui précise que, si des éléments nouveaux surviennent durant l'instance d'appel, ils seront soumis à la juridiction d'appel en vertu du principe de l'effet dévolutif de l'appel, tandis que, si la juridiction d'appel a vidé sa saisine, alors l'affaire revient devant le tribunal de la famille par dépôt de conclusions ou d'une demande au greffe.

juge, le juge d'appel doit, dans le premier cas, se réserver la cause au bénéfice de l'effet dévolutif et, dans le second cas, renvoyer la cause au premier juge⁽⁶⁶⁾. Cette exception à la règle est, elle aussi, d'ordre public⁽⁶⁷⁾.

22. Effet dévolutif et appel d'un jugement mixte. Dans le cas particulier de l'appel d'un jugement mixte, le juge d'appel est tenu de statuer sur les points de la contestation sur lesquels le premier juge s'est définitivement prononcé et qui sont frappés d'appel, de même que sur les points de la contestation qui n'ont pas encore été tranchés par lui, puis de se prononcer sur la pertinence de la mesure d'instruction. Il ne peut donc renvoyer la cause au premier juge sans avoir préalablement statué sur les points du litige détachables de la mesure d'instruction et ne dépendant pas des résultats de celle-ci⁽⁶⁸⁾.

Précisons encore que l'effet dévolutif ne soustrait pas l'exécution de la mesure d'instruction à la connaissance du premier juge. En effet, le premier juge conserve son pouvoir de juridiction pour suivre le déroulement de l'expertise qu'il a ordonnée, régler les contestations survenant dans ce cadre et statuer sur le remplacement de l'expert, tant que le juge d'appel n'a pas rendu de décision qui lui interdit de renvoyer la cause au premier juge⁽⁶⁹⁾.

23. Exception particulière à l'effet dévolutif en matière de liquidation-partage. En vertu de l'article 1224/2 du Code judiciaire, l'appel n'opère pas d'effet dévolutif lorsqu'il porte sur un jugement prononcé avant l'ouverture des opérations de liquidation-partage. L'article précise qu'une fois cet appel tranché, la cause est renvoyée au premier juge.

Ce qu'il y a lieu d'entendre par « ouverture des opérations » n'est pas précisé par la loi, mais devrait s'entendre de la signature du procès-verbal d'ouverture des opérations⁽⁷⁰⁾. Ne produit donc pas d'effet dévolutif l'appel des décisions rendues avant cette signature, ce qui peut viser la décision de désignation du

(66) Cass., 7 septembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 1945 et Cass., 24 novembre 2016, R.G. n° C.13.0455.F

(67) Cass., 5 janvier 2006, *Pas.*, 2006, p. 28 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2000-2015). Droit judiciaire privé. Principes généraux du Code judiciaire », *R.C.J.B.*, 2017, p. 157, n° 113. *Contra* : A. SOORS, « L'effet dévolutif de l'appel en liquidation-partage judiciaire », *J.T.*, 2018, p. 70, qui considère que, par son arrêt du 1^{er} mars 2012 (*J.T.*, 2012, p. 462), la Cour de cassation aurait opéré un revirement de jurisprudence et considéré que l'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire ne ressortissait plus à l'ordre public. Il nous semble au contraire que la Cour a simplement refusé, au nom de la loyauté procédurale, que le moyen tiré de la violation de l'article 1068, alinéa 2 – fût-il d'ordre public – soit invoqué devant elle par une partie qui avait accepté qu'on y déroge devant le juge d'appel. Voy., à ce sujet, J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Une victoire pour la loyauté procédurale », *J.T.*, 2012, p. 463.

(68) Cass., 29 septembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2116 ; G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », *op. cit.*, p. 809, n° 8.47, B, e).

(69) Cass., 30 janvier 2014, *Pas.*, p. 315 ; art. 963, § 2, C. jud. et art. 973, §§ 1^{er} et 2, C. jud.

(70) A. SOORS, « L'effet dévolutif de l'appel en liquidation-partage judiciaire », *op. cit.*, p. 70.

notaire, mais aussi, par exemple, la décision qui se prononce sur la validité d'un testament pourvu qu'elle soit prononcée avant ladite signature⁽⁷¹⁾.

L'objectif est comparable à celui de l'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire et vise à « allier la célérité procédurale tout en évitant la perte d'un degré de juridiction en cas d'appel d'un jugement préalable à l'ouverture des opérations »⁽⁷²⁾, l'idée étant de ne permettre à l'effet dévolutif de jouer que lorsque le dossier se trouve effectivement entre les mains du notaire.

24. Articulation de l'effet dévolutif et de l'effet relatif de l'appel. Le principe de l'effet dévolutif doit être considéré à la lumière du principe dispositif qui permet aux parties de limiter l'objet de leur appel à un ou plusieurs chefs de la décision entreprise, l'important ici étant de se rappeler que cette limitation ne peut en toute hypothèse concerner que les chefs de demande sur lesquels le premier juge *a déjà statué*. Il s'agit de l'effet relatif de l'appel⁽⁷³⁾.

Si l'appel principal est limité à certains segments du jugement attaqué qui lui font grief, l'intimé peut neutraliser l'effet relatif de l'appel en attaquant les autres segments du litige par la voie d'un appel incident, et « reconstituer » ainsi en appel l'entière du litige dont le premier juge avait été saisi⁽⁷⁴⁾.

Autrement dit, la combinaison des effets dévolutif et relatif emporte que le juge d'appel est saisi de toutes les décisions prononcées par le premier juge et frappées d'appel, principal ou incident (à l'exclusion, donc, des décisions prononcées par le premier juge et qui ne sont pas entreprises) ainsi que de toutes les autres demandes non encore jugées par le premier juge⁽⁷⁵⁾.

25. Possibilité d'introduire une demande nouvelle en degré d'appel. Aux termes de l'article 807 du Code judiciaire, la demande dont le juge est saisi peut être étendue ou modifiée, si les conclusions, contradictoirement prises, sont fondées sur un fait ou un acte invoqué dans la citation, même si leur qualification juridique est différente. Dans un esprit d'efficacité de la justice, ce

(71) *Ibid.*, p. 71, et les autres exemples cités.

(72) *Ibid.*, p. 70.

(73) G. CLOSSET-MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, op. cit., p. 151, n° 235.

(74) G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », op. cit., p. 799, n° 8.41. Nous attirons l'attention du lecteur sur l'article 39 du projet de loi déposé le 10 avril 2018 modifiant le Code judiciaire, le Code civil, la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire et des dispositions diverses en matière de justice, dite loi « pot-pourri VI », qui insère un nouvel alinéa à l'article 1054 du Code judiciaire, rédigé comme suit : « L'appel incident ne peut être admis que s'il est formé dans les premières conclusions prises par l'intimé après l'appel principal ou incident formé contre lui ».

(75) Cass., 15 janvier 2015, *Pas.*, 2015, p. 122.

texte autorise l'introduction par le demandeur de demandes nouvelles, c'est-à-dire de prétentions nouvelles s'ajoutant ou se substituant à la demande initiale. L'application de l'article 807 du Code judiciaire suppose néanmoins un lien de connexité entre la demande principale et la demande nouvelle⁽⁷⁶⁾.

En vertu des articles 807, 1042 et 1068 du Code judiciaire, que la demande nouvelle tende à la révision d'une décision antérieure ou non, elle peut être formée pour la première fois en degré d'appel et, en application de l'effet dévolutif, doit être introduite devant le juge d'appel tant que celui-ci n'a pas vidé sa saisine⁽⁷⁷⁾. Il suit de ces dispositions qu'en principe, une demande nouvelle tendant à l'obtention qu'il soit statué sur une nouvelle prétention doit être introduite devant le juge d'appel tant que la cause est pendante devant lui.

26. Application de ces principes en matière familiale. La Cour de cassation avait rappelé, dans un arrêt du 29 mai 2015, et portant sur une décision rendue avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2013 portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse, que ces principes étaient applicables au contentieux familial, dans une affaire relative aux obligations alimentaires entre ex-époux⁽⁷⁸⁾.

Saisi sur la base de l'article 1280 *ancien* du Code judiciaire, le tribunal avait statué sur la demande en divorce, constaté que la demande reconventionnelle en paiement d'une pension alimentaire n'était pas en état d'être jugée et donné acte d'un calendrier d'échange de conclusions. Saisie d'un pourvoi dirigé contre l'arrêt rendu par la cour d'appel à la suite de ce jugement interlocutoire, la Cour de cassation a considéré que les juges d'appel avaient violé l'article 1068 du Code judiciaire en décidant que les parties devaient mettre en état, devant le premier juge, la partie de la demande reconventionnelle tendant à obtenir une pension alimentaire après divorce⁽⁷⁹⁾.

(76) Toutefois, à défaut de connexité, il n'appartient pas au juge saisi de soulever d'office cette exception qui ne concerne pas l'ordre public, et qui ne peut donc être soulevée que par le défendeur, voy. Cass., 13 septembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1677 ; Cass., 17 juin 2002, *Pas.*, I, 2002, p. 1376 ; G. DE LEVAL et B. BIEMAR, « L'action en justice. La demande et la défense », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 163, n° 2.40, et p. 166, n° 2.42.

(77) En revanche, lorsque la cour d'appel a déjà statué sur un segment du litige à titre définitif et a ordonné la réouverture des débats avant de statuer sur un autre segment du litige, elle ne peut connaître, à cette occasion, de la demande en modification de la décision qu'elle a rendue, cette demande devant être portée devant le tribunal, voy. Cass., 23 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1273.

(78) Cass., 29 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 356.

(79) Les termes de l'arrêt sont très clairs : « Cette règle [de l'effet dévolutif] implique qu'en principe, l'appel dessaisit le premier juge de l'ensemble du litige, en ce compris les chefs de demande sur lesquels il n'avait pas encore été statué, et en saisit le juge d'appel. La partie qui interjette appel peut limiter cet appel mais cette limitation ne peut concerner que les chefs de demande sur lesquels le premier juge a déjà statué. Les chefs de demande sur lesquels il n'a pas encore été statué sont portés devant le juge d'appel en vertu du principe même de l'effet dévolutif étendu de l'appel contenu à l'article 1068 du Code judiciaire ».

27. Le mécanisme de la saisine permanente déroge-t-il à l'effet dévolutif ? Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2013, les principes semblaient donc clairs, et la jurisprudence non équivoque. Mais la mise en place du tribunal de la famille, et l'instauration d'un système quasi généralisé de saisine permanente devant celui-ci, a pu jeter le trouble : comment articuler celle-ci avec les principes régissant l'appel, et singulièrement l'effet dévolutif ?

La jurisprudence⁽⁸⁰⁾ a depuis lors imaginé des solutions pour régler cette question, davantage par souci de pragmatisme que par véritable conviction – dans le flou entraîné par une réforme de si grande ampleur, on ne saurait tout à fait lui en tenir rigueur. Une partie de la doctrine a, quant à elle, défendu, de manière plus volontaire, l'idée selon laquelle l'instauration de ce mécanisme de saisine permanente portait dérogation – fût-elle implicite – à l'effet dévolutif de l'appel⁽⁸¹⁾. Cette approche n'est pas la nôtre.

La principale raison en est que la saisine permanente, conçue pour tenir compte du caractère évolutif du contentieux familial, existait déjà bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2013, qui n'a fait, en réalité, qu'en étendre le champ d'application, et ne remet donc pas en cause ni ne déroge en aucune façon aux principes jusque-là en vigueur et bien fixés en jurisprudence.

28. La saisine permanente est un mode simplifié d'introduction de l'instance. La saisine permanente est un mécanisme qui permet aux parties de ressaisir le tribunal par une simple demande adressée au greffe, car la cause est restée inscrite au rôle. Elle permet ainsi de faire ramener la cause devant le juge⁽⁸²⁾. Il s'agit donc avant tout d'un mode de saisine spécifique, auquel il peut être recouru uniquement lorsqu'une partie sollicite la révision de mesures définitives ordonnées par le tribunal en raison de la survenance de circonstances nouvelles⁽⁸³⁾.

Elle constitue aussi, lorsqu'elle est autorisée, une exception à la règle du dessaisissement, selon laquelle le juge qui a déjà statué sur une question litigieuse

(80) Voy., p. ex., les solutions retenues par Liège (10^e ch. D.), 24 avril 2017, R.G. n° 2016/fa/562, inédit ; Bruxelles (43^e ch.), 1^{er} février 2018, R.G. n° 2017/FA/593, inédit ; Bruxelles (42^e ch.), 7 février 2017, R.G. n° 2016/FA/300, inédit.

(81) Voy. not. J. SAUVAGE, « Le tribunal de la famille à l'épreuve de sa pratique – Chronique de jurisprudence », in *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 136, n° 29 ; P. SENAËVE, « Imbroglia in de familierechtbank », *op. cit.*, p. 238.

(82) Voy. H. BOULARBAH, P. MOREAU et L. FRANKIGNOUL, « La procédure de droit commun. L'instance », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 348, n° 3.107. Nous renvoyons pour le surplus à l'étude de Fr. BALOT et J. SOSSON dans le présent ouvrage, pp. 104 et s.

(83) S. BRAT et P. MONTERO BARRETO, « Le mécanisme de la saisine permanente devant le tribunal de la famille », *Act. dr. fam.*, 2017/4, p. 79.

et, partant, vidé son pouvoir de juridiction sur cette question ne peut en principe revenir sur sa décision, c'est-à-dire statuer à nouveau sur la même question litigieuse⁽⁸⁴⁾.

En réalité, ce mécanisme n'est pas neuf, et a été intégré dans le Code judiciaire par la loi du 31 mars 1994⁽⁸⁵⁾ en vue de permettre des économies de procédure et d'éviter les inconvénients de dessaisissement du juge. L'article 1280 du Code judiciaire, tel qu'il avait été complété à l'époque, prévoyait que le juge des référés restait saisi pendant toute la procédure en divorce. La demande en révision des mesures ordonnées pouvait être introduite devant celui-ci pendant l'instance en divorce en cas de survenance d'un élément nouveau.

Simple et efficace, ce mécanisme a été retenu pour bon nombre de procédures créées ultérieurement et notamment pour la saisine permanente en matière d'autorité parentale devant le tribunal de la jeunesse consacrée par la loi du 18 juillet 2006⁽⁸⁶⁾. L'article 387*bis*, tel qu'il avait été modifié, prévoyait que le tribunal de la jeunesse restait saisi jusqu'à la majorité de l'enfant, voire son émancipation, et qu'une demande en révision pouvait être introduite en cas d'élément nouveau par conclusions ou par demande écrite, déposée ou adressée au greffe.

29. Généralisation de la saisine permanente. La loi du 30 juillet 2013, qui a inséré l'article 1253*ter*/7, § 1^{er}, dans le Code judiciaire, est innovante en ce qu'elle a étendu le champ d'application de la saisine permanente, qui n'est plus réservé à l'instance en divorce (art. 1280 *ancien* C. jud.) ou à la matière de l'autorité parentale devant les tribunaux de la jeunesse (art. 387*bis* C. civ.)⁽⁸⁷⁾.

(84) FR. BALOT, « Autorité de la chose jugée et exception de dessaisissement dans le procès fragmenté », note sous Liège, 7 juin 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15347/7, n° 6 ; G. DE LEVAL, « Le jugement », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 663, n° 7.31.

(85) L'article 21 de la loi du 31 mars 1994 modifiant l'article 931 du Code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures en divorce a complété l'article 1280 du Code judiciaire comme suit : « Le président du tribunal ou le juge qui en exerce les fonctions, reste saisi durant toute la procédure en divorce. Sans préjudice d'une nouvelle citation ou d'une comparution volontaire des parties, la cause peut être ramenée devant lui, dans les quinze jours, par simple dépôt au greffe des conclusions d'une des parties » (*M.B.*, 21 juillet 1994, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1994).

(86) L'article 3 de la loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement (*M.B.*, 4 septembre 2006), entrée en vigueur le 14 septembre 2006, a modifié l'article 387*bis* du Code civil, inséré par la loi du 13 avril 1995, comme suit : « Devant le tribunal de la jeunesse, la cause reste inscrite au rôle jusqu'à ce que les enfants concernés par le litige soient émancipés ou aient atteint l'âge de la majorité légale. En cas d'éléments nouveaux, elle peut être ramenée devant le tribunal par conclusions ou par demande écrite, déposée ou adressée au greffe » ; D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *Act. dr. fam.*, 2013, p. 191.

(87) Les travaux préparatoires précisent que la saisine permanente imaginée par la réforme s'inscrit dans la continuité du régime antérieur applicable aux divorces pour désunion irrémédiable ou aux modalités d'hébergement ou d'un droit aux relations personnelles, voy. Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n° 53-3356/005, pp. 32-35.

Depuis le 1^{er} septembre 2014⁽⁸⁸⁾, toutes les demandes tendant à la modification de décisions relatives aux résidences séparées, à l'autorité parentale, à l'hébergement et au droit aux relations personnelles, ainsi qu'aux aliments dus entre majeurs et à l'égard des enfants, peuvent donc être introduites devant le tribunal de la famille par un mode simplifié dans le cadre de la saisine permanente. La saisine permanente s'étend également aux litiges relatifs aux droits de garde et de visite transfrontières, aux autorisations de mariage (art. 167 C. civ.) et aux refus de cohabitation légale (art. 146^{quater} C. civ.)⁽⁸⁹⁾.

La saisine permanente concerne donc toutes les décisions définitives prises au bénéfice de l'urgence réputée (visées à l'article 1253^{ter}/4, § 2, 1^o à 6^o, C. jud.), lesquelles restent inscrites au rôle afin que le demandeur puisse aisément et rapidement solliciter qu'une nouvelle décision soit prononcée⁽⁹⁰⁾. Elle concerne aussi les mesures provisoires, au sens des articles 1253^{ter}/4, § 2, 7^o, et 1253^{ter}/5 du Code judiciaire, bien que ces mesures ne soient en toute hypothèse revêtues que d'une autorité *rebus sic stantibus*⁽⁹¹⁾, et étaient donc de toute façon révisables en cas de survenance de circonstances nouvelles⁽⁹²⁾.

30. Champ d'application de la saisine permanente : questions particulières. L'extension du champ d'application de ce mécanisme appelle quelques observations.

Les droits de garde et de visite transfrontières sont régis par une procédure particulière fixée aux articles 1322^{bis} et suivants du Code judiciaire. Une partie de ce contentieux – et notamment celui relatif au déplacement illicite d'enfants – relève de l'autorité parentale et est, donc, susceptible de révision en vertu de l'article 387^{bis} du Code civil. En revanche, d'autres demandes

(88) Date de l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2013 précitée.

(89) Si la proposition de loi annonçait que la saisine permanente était instaurée pour la plupart des matières qui relèvent de l'urgence présumée, à savoir les mesures urgentes et provisoires entre époux et cohabitants légaux, les demandes relatives à l'autorité parentale, l'hébergement et le droit aux relations personnelles envers les enfants mineurs et les obligations alimentaires (proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2010–2011, n° 53–0682/001, p. 16), des débats ont eu lieu en commission de la Chambre sur la question de savoir s'il convenait d'exclure de la saisine permanente les procédures relatives aux droits de garde et de visite transfrontières, aux autorisations à mariage et contre les refus de cohabitation légale (Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013–2014, n° 53–3356/005, pp. 32–35). Le législateur a finalement étendu le champ d'application de la saisine permanente aux litiges relatifs aux droits de garde et de visite transfrontières, aux autorisations de mariage et aux refus de cohabitation légale.

(90) A.-Ch. VAN GYSEL (dir.), *Traité de droit civil belge*, t. I, *Les personnes*, vol. 2, *Incapables, Droit judiciaire familial, Questions de droit international privé*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1354, n° 1386.

(91) Voy., sur ce point, la contribution de Fr. BALOT et J. SOSSON dans le présent ouvrage.

(92) S. BRAT et P. MONTERO BARRETO, « Le mécanisme de la saisine permanente devant le tribunal de la famille », *op. cit.*, p. 80.

relevant de ce contentieux ne paraissent pas susceptibles de révision. Nous pensons, par exemple, au contentieux relatif à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision en matière de garde d'enfants.

Les décisions rendues en matière d'autorisation de mariage et de refus de cohabitation légale – à la différence du contentieux relatif à l'autorité parentale, à l'hébergement, aux obligations alimentaires, ainsi qu'aux droits et devoirs entre époux – sont revêtues de l'autorité de la chose jugée⁽⁹³⁾. Aucune disposition légale ne prévoit une limitation de celle-ci, ni la possibilité de revoir la décision judiciaire en cas d'éléments nouveaux. À notre avis, ce type de contentieux n'aurait pas dû être visé à l'article 1253ter/7 du Code judiciaire. Il serait donc opportun *de lege ferenda* de réduire les hypothèses dans lesquelles le demandeur peut bénéficier de la saisine permanente aux causes réputées urgentes visées à l'article 1253ter/4, § 2, 1^o à 4^o, du Code judiciaire.

En ce qui concerne les droits et devoirs respectifs des époux autres que ceux visés à l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire et la liquidation du régime matrimonial des ex-époux, matières qui ne sont pas réputées urgentes, la décision judiciaire a une autorité de chose jugée limitée *rebus sic stantibus* et les parties sont autorisées à saisir le juge à nouveau selon la procédure visée à l'article 1253quater, e), du Code judiciaire, disposition qui existait antérieurement à la loi du 30 juillet 2013.

Dans un souci d'exhaustivité, il convient d'attirer l'attention du lecteur sur l'insertion du contentieux relatif à l'accueil familial dans les causes réputées urgentes par l'introduction d'un nouvel alinéa 2/1^o à l'article 1253ter/4, § 2, du Code judiciaire et sur la possibilité de révision des mesures ordonnées dans ce type de contentieux par l'insertion d'un nouvel article 387duodecies⁽⁹⁴⁾ dans le Code civil⁽⁹⁵⁾.

Tant la possibilité de révision de la mesure que le recours au mécanisme de la saisine permanente paraissent judicieux, puisque le contentieux relatif à l'autorité parentale – qui jusqu'alors était exclusivement réservé aux parents d'un enfant dont la filiation était établie juridiquement – est évolutif par nature.

(93) Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2013-2014, n^o 53-3356/001, p. 36.

(94) Cette disposition énonce que le tribunal de la famille peut modifier ou mettre fin, dans l'intérêt de l'enfant, à toute décision relative à l'autorité parentale, et ce, conformément aux articles 1253ter/4 à 1253ter/6 du Code judiciaire.

(95) Loi du 19 mars 2017 modifiant la législation en vue de l'instauration d'un statut pour les accueillants familiaux, *M.B.*, 5 avril 2017, p. 48369 (entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2017).

31. Exigence de circonstances nouvelles et sanction. Le recours au mécanisme de l'article 1253ter/7 suppose néanmoins que l'on puisse démontrer l'existence d'éléments nouveaux. La sanction du défaut d'éléments nouveaux à l'appui d'une demande tendant à la révision d'une mesure demeure sujette à des hésitations. À notre avis, il convient de distinguer trois hypothèses.

- *Primo*, si le demandeur n'a invoqué aucune circonstance nouvelle dans l'acte introductif mais qu'il existe effectivement des circonstances nouvelles, le recours à la saisine permanente ne pourra être sanctionné par la nullité de la demande écrite que si cette exception a été soulevée par le défendeur et qu'un préjudice procédural est établi (art. 860 et 861 C. jud.)⁽⁹⁶⁾.
- *Secundo*, si le demandeur n'a invoqué aucune circonstance nouvelle et qu'il n'existe aucune circonstance nouvelle après l'examen de la cause, la demande sera déclarée *irrecevable*, dès lors qu'elle porte atteinte à l'autorité de la chose jugée si le défendeur a soulevé la fin de non-recevoir⁽⁹⁷⁾.
- *Tertio*, si le demandeur a invoqué des circonstances nouvelles qui ne sont pas établies après l'examen de la cause, la demande sera déclarée *non fondée*.

En règle, une demande nouvelle, qui ne porte pas sur la révision d'une mesure déjà ordonnée par le tribunal de la famille, ne peut donc pas bénéficier du mécanisme de la saisine permanente. Cependant, si les formes ne sont pas respectées, le recours à la saisine permanente n'étant pas d'ordre public, il ne sera sanctionné que pour autant que le moyen soit soulevé par l'une des parties et que le préjudice procédural soit établi.

32. Synthèse. En résumé, la saisine permanente ne constitue pas une dérogation à l'effet dévolutif de l'appel. Ce n'était pas le cas hier, ce ne l'est pas non plus aujourd'hui : l'insertion de l'article 1253ter/7 dans le Code judiciaire ne fait qu'étendre le champ d'application d'un mécanisme qui existait déjà par le

(96) Sur les conditions auxquelles l'acte introductif d'instance peut être déclaré nul, voy. P. KNAEPEN, « Le point sur l'introduction irrégulière des demandes principales », *J.T.*, 2017, p. 721 et D. PIRE, « Questions diverses de droit judiciaire familial », in D. PIRE (dir.), *Actualités du droit des personnes et des familles. Le point en 2018*, CUP, vol. 180, Limal, Anthemis, 2018, p. 195, n° 32.

(97) L'exception d'autorité de la chose jugée relève en principe de l'ordre privé et ne peut dans ce cas être soulevée d'office par le juge saisi. Sur cette question, qui suscite des débats au sein de la doctrine, nous renvoyons à J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « Le régime de l'exception de chose jugée », in H. BOULARBAH et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les défenses en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 194-198 ; Fr. BALOT, « Autorité de la chose jugée et exception de dessaisissement dans le procès fragmenté », *op. cit.*, n° 15347/7, n° 5.

passé. De la même manière que l'effet relatif ne constitue pas une exception à l'effet dévolutif, mais doit simplement s'harmoniser avec celui-ci, la saisine permanente ne déroge pas non plus à cet effet dévolutif.

Il faut reprendre les choses dans l'ordre et ne pas mélanger les cas de figure.

- Lorsqu'un appel est formé contre une décision rendue par le tribunal de la famille et que cet appel est dit recevable (voy. *supra*, pour les règles de recevabilité de l'appel), l'ensemble de l'affaire est transféré à la cour d'appel en vertu de l'effet dévolutif.
- La cour d'appel est saisie des points déjà tranchés par le premier juge et qui sont frappés d'appel (principal ou incident), ainsi que de l'ensemble des points non encore tranchés.
- Si la cour d'appel confirme une mesure d'instruction ordonnée par le tribunal de la famille, elle statue sur les points déjà tranchés par le premier juge et entrepris devant elle, et sur les points non encore tranchés par le tribunal et détachables de la mesure d'instruction, renvoyant la cause au tribunal pour le surplus (exécution de la mesure d'instruction et jugement au fond sur les points non encore tranchés qui en dépendent).
- Si l'une des parties désire introduire une demande nouvelle et que l'affaire est toujours pendante devant la cour, cette partie devra le faire devant la cour aux conditions fixées à l'article 807 du Code judiciaire, conformément à l'effet dévolutif (art. 1042 *juncto* art. 1068 C. jud.).
- En revanche, cette partie ne pourra donc pas introduire cette demande nouvelle devant le premier juge. D'ailleurs, le mécanisme de la saisine permanente ne s'applique qu'aux questions déjà tranchées par le premier juge et sur lesquelles une partie lui demande de revenir en raison de circonstances nouvelles, ce qui n'est pas le cas d'une demande nouvelle, qui, par hypothèse, ne lui a jamais été soumise.
- Le mécanisme de la saisine permanente ne pourra être mobilisé par une partie, alors que l'affaire est pendante devant la cour d'appel, que dans la seule hypothèse où des circonstances nouvelles justifient que soit révisée une décision prise par le tribunal de la famille et qui n'a pas été frappée d'appel, par voie principale ou incidente. Cette solution ne constitue pas une dérogation à l'effet dévolutif, puisqu'en vertu de l'effet relatif, le juge d'appel ne peut pas être amené à réformer une décision qui n'a été entreprise devant lui par personne.
- La question de savoir si, confrontée à une décision du tribunal de la famille dont elle aimerait obtenir la révision, une partie a plutôt intérêt

à attendre la survenance de circonstances nouvelles pour ressaisir le premier juge, ou bien à frapper immédiatement cette décision d'appel, est une question d'opportunité et de stratégie judiciaire, l'une et l'autre option étant du reste soumises à des conditions de recevabilité distinctes, mais, dans les deux cas, relativement strictes.

- Il convient toutefois de se rappeler, au moment d'opérer ce choix, que, si une décision faisant l'objet d'une demande de révision devant le tribunal de la famille peut encore être potentiellement frappée d'appel, une décision frappée d'appel ne peut, en revanche, plus être soumise au premier juge tant que le juge d'appel n'a pas vidé sa saisine sur celle-ci, conformément à l'effet dévolutif.

33. Casus. Pour bien comprendre comment s'articule ces principes, prenons le cas pratique suivant : une partie a soumis au tribunal de la famille différentes demandes tendant à l'autorisation des parties de résider séparément, à l'exercice de l'autorité parentale, aux modalités d'hébergement de l'enfant commun et aux aliments dus entre époux, ainsi qu'en faveur de l'enfant.

Par le jugement attaqué, le tribunal de la famille a :

- statuant à titre définitif, autorisé les époux à résider séparément et fixé le *quantum* des aliments dus entre époux et en faveur de l'enfant ;
- avant dire droit, désigné un expert afin de procéder à l'examen psychologique de l'enfant et d'être éclairé sur les capacités éducatives des parents ;
- à titre provisoire et dans l'attente du rapport d'expertise, aménagé les modalités d'hébergement de l'enfant chez ses parents ;
- réservé à statuer sur la demande relative à l'autorité parentale et les dépens.

Si une des parties interjette appel de cette décision, en limitant son appel aux décisions relatives aux résidences séparées et à l'hébergement de l'enfant, la cour d'appel est saisie de l'appel des décisions prises en matière de résidences séparées et d'hébergement de l'enfant, mais également de la question non encore tranchée de l'autorité parentale en vertu de la combinaison des effets relatif et dévolutif de l'appel.

Deux hypothèses doivent ici être envisagées :

- si la mesure d'expertise n'est pas contestée devant la cour ou si, contestée, elle n'est pas confirmée par la cour, ne fût-ce que partiellement, il

n'y a pas lieu de renvoyer la cause au premier juge. La cour doit statuer sur l'autorité parentale et l'hébergement de l'enfant après avoir pris connaissance du rapport d'expertise, en application de l'article 1068, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire ;

- si la mesure d'instruction est contestée et confirmée par la cour, ne fût-ce que partiellement, celle-ci est tenue de renvoyer au premier juge les demandes qui sont liées à cette mesure d'instruction, c'est-à-dire, dans notre hypothèse, les demandes relatives à l'autorité parentale et à l'hébergement de l'enfant, en application de l'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire :
 - le juge d'appel renvoie la cause au premier juge après avoir vidé son pouvoir de juridiction et, dans notre hypothèse, après avoir statué sur les résidences séparées, sur la mesure d'instruction et sur les dépens de la procédure d'appel,
 - elle ne peut donc pas concomitamment renvoyer la cause au premier juge pour les suites de la mesure d'instruction et poursuivre l'instruction de celle-ci sur les éléments définitivement tranchés (résidences séparées) ou qui n'ont pas encore été tranchés par le premier juge.

Par ailleurs, et tant que le juge d'appel n'a pas complètement vidé sa saisine :

- en cas de survenance d'une *circonstance nouvelle* pendant la procédure d'appel, qui a une incidence sur l'un des trois segments du litige soumis à la cour d'appel (dans notre hypothèse, les résidences séparées, l'hébergement de l'enfant et l'autorité parentale), il sera interdit au premier juge de se prononcer sur la demande de modification de la mesure précédemment ordonnée dans le cadre de sa saisine permanente, et il devra, selon nous, déclarer la demande irrecevable ;
- en cas de survenance d'une *circonstance nouvelle*, de nature financière par exemple, affectant uniquement la question des obligations alimentaires, dont l'on a par hypothèse indiqué qu'elles n'étaient pas soumises à la cour d'appel, la demande de révision doit être portée devant le tribunal de la famille par le recours au mécanisme de la saisine permanente ;
- en cas de difficultés nouvelles suscitant l'introduction d'une *demande nouvelle*, par exemple, un conflit à propos du choix de l'établissement scolaire, les parties sont également tenues d'introduire leur demande devant le juge d'appel, en application de l'effet dévolutif élargi ;
- en cas de prétention nouvelle, la question de savoir si une partie a plutôt intérêt à attendre l'issue de la procédure d'appel pour former celle-ci par voie principale devant le tribunal, ou bien à introduire

celle-ci devant la cour d'appel en application de l'article 807 du Code judiciaire, est une question d'opportunité et de stratégie judiciaire qui revient au demandeur.

★

34. Conclusion. Tant la règle de l'appel différé des jugements avant dire droit, applicable en toutes matières, que la généralisation de la saisine permanente, propre à la matière familiale, témoignent de la volonté du législateur de réduire le nombre d'appels et de maintenir autant que possible la cause devant le premier juge.

La combinaison de ces deux réformes importantes et quasi simultanées a pu justifier des hésitations en pratique. Il convient néanmoins de respecter la volonté du législateur et il n'appartient pas aux juges, sous le prétexte d'une prétendue spécificité du droit familial, de contourner celle-ci pour des motifs d'opportunité, aussi légitimes qu'ils puissent apparaître (tels que le désengorgement des juridictions d'appel, dont la charge est très lourde, ou la volonté de préserver le double degré de juridiction).

Il est important désormais, près de cinq ans après la création du tribunal de la famille, et plus de deux ans après l'entrée en vigueur de la loi « pot-pourri I », de jouer avec les nouvelles règles, d'autant que celles-ci ne sont pas aussi rigides qu'il n'y paraît. Ainsi, la règle de l'appel différé des jugements avant dire droit est contrebalancée par la possibilité d'obtenir l'autorisation de faire un appel immédiat d'un jugement avant dire droit, et la règle de l'effet dévolutif ne fait pas obstacle à ce que la cause, une fois tranchée par la cour, revienne devant le tribunal de la famille si des circonstances nouvelles le justifient.

★

★ ★