

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### De l'appel-nullité au recours restauré

Hoc, Arnaud

*Published in:*  
Annales de droit de Louvain

*Publication date:*  
2018

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*  
Hoc, A 2018, 'De l'appel-nullité au recours restauré: étude de droit belge et de droit français', *Annales de droit de Louvain*, vol. 78, numéro 1, pp. 53-60.

#### 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.

# De l'appel-nullité au recours restauré. Étude de droit belge et de droit français\*

par Arnaud Hoc

*Docteur en sciences juridiques de l'UCLouvain,  
Maître de conférences à l'UNamur et chargé de cours invité à l'UCLouvain,  
Avocat au Barreau de Namur*

La présente thèse part d'un constat : l'émergence en droit belge d'une figure juridique jusque-là inconnue : l'« appel-nullité ». Ces dernières années, les commentaires se sont en effet multipliés pour rattacher cette figure — déjà connue du droit français — à un phénomène jurisprudentiel particulier : la suspension par le juge d'appel de l'exécution provisoire octroyée par le premier juge.

Il faut se rappeler qu'en droit belge, jusqu'à un passé très récent, l'appel produisait, comme c'est encore le cas aujourd'hui en droit français, un effet suspensif. La décision frappée d'appel n'était pas susceptible d'exécution immédiate, sauf si le juge avait octroyé à la partie victorieuse le bénéfice de l'exécution provisoire — bénéfice sur lequel le juge d'appel n'était pas autorisé à revenir (art. 1402 ancien, C. jud.).

Il existait cependant des hypothèses dans lesquelles cette exécution provisoire avait été octroyée de façon irrégulière. La jurisprudence avait identifié trois types d'irrégularités en la matière : le fait pour le juge d'octroyer l'exécution provisoire alors qu'elle n'avait pas été demandée (statuant ainsi *ultra petita*), le fait de l'octroyer alors qu'elle était interdite par la loi (statuant *contra legem*), ou le fait de l'octroyer en violation des droits de la défense, c'est-à-dire sans avoir donné à la partie contre qui elle était sollicitée la possibilité de se défendre sur ce point, ou en l'octroyant d'office sans soumettre cette question aux débats.

Dans pareilles hypothèses, la jurisprudence de fond acceptait, depuis longtemps, que le juge d'appel puisse supprimer l'exécution provisoire octroyée par le premier juge, alors qu'il n'en avait en principe pas le pouvoir. La Cour de cassation de Belgique, par deux arrêts de principe importants du 1<sup>er</sup> avril 2004 (*Pas.*, p. 556.) et du 1<sup>er</sup> juin 2006 (*Pas.*, p. 1262), avait fini par consacrer ces solutions.

---

\* Résumé de la thèse de doctorat en sciences juridiques défendue par l'auteur le 21 décembre 2018 à l'UCLouvain et qui lui a valu l'obtention du grade de docteur en sciences juridiques. La version intégrale de cette thèse vient de paraître aux éditions Larcier : A. Hoc, *De l'appel-nullité au recours restauré. Étude de droit belge et de droit français*, Bruxelles, Larcier, 2019.



Entre-temps, le système de l'exécution provisoire a été entièrement revu. Opérant une sorte de révolution copernicienne, le droit belge a inversé les principes jusqu'ici en vigueur. Désormais, les jugements définitifs rendus contradictoirement sont en principe exécutoires par provision : ils peuvent donner lieu à exécution immédiate, quand bien même ils seraient frappés d'appel.

Toutefois, le juge dispose de la possibilité de rendre à l'appel un effet suspensif, soit d'office, soit à la demande d'une des parties. Dans ce contexte, la jurisprudence dégagée en matière d'exécution provisoire irrégulière devient en grande partie caduque : puisque l'exécution provisoire est désormais de droit et ne dépend plus, en principe, d'une décision du juge, elle ne saurait plus être irrégulière, sauf dans le cas très résiduaire où elle serait octroyée alors qu'étant exceptionnellement interdite par la loi (par exemple en matière d'état des personnes).

La réflexion aurait donc pu s'arrêter là. C'était sans compter sur le fait que la jurisprudence initiée en matière d'exécution provisoire a progressivement essaimé dans d'autres domaines du droit. Certains ont vu, en effet, dans cette jurisprudence, une manifestation de ce que la doctrine et la jurisprudence françaises nomment « l'appel-nullité », théorie selon laquelle l'appel doit être admis, quand bien même il serait interdit par la loi, lorsqu'il est dirigé contre une décision affectée d'un excès de pouvoir.

Avec le recul, on peut se demander si la jurisprudence belge en matière d'exécution provisoire entretient véritablement un rapport avec cette théorie française : toujours est-il que le lien entre les deux figures a été fait en doctrine, ce qui a donné des idées aux plaideurs. L'on a vu donc fleurir, en Belgique, des décisions faisant application, d'une manière plutôt libre et sans toujours beaucoup de rigueur, de la théorie française de l'appel-nullité, au motif — à vrai dire contestable — que les deux arrêts rendus par la Cour de cassation de Belgique en matière d'exécution provisoire auraient implicitement consacré la théorie en question.

C'est dans le domaine du remplacement des auxiliaires de justice (on parle aussi parfois de « mandataires » de justice) que l'appel-nullité a connu ses premières applications en droit belge. Bien souvent, l'auxiliaire de justice (curateur, médiateur de dettes, administrateur provisoire, notaire, expert) ne dispose d'aucun recours pour contester la décision qui ordonne son remplacement : cela tient à toute une série de facteurs qui, combinés, peuvent finalement aboutir à ce résultat.

Cela peut résulter du fait qu'on considère que l'auxiliaire de justice n'est pas une partie et n'a donc pas qualité pour former appel, ou bien qu'il n'y a pas intérêt, n'ayant aucun droit acquis à rester en fonction. Cela peut tenir

à la nature de la décision rendue, la décision ordonnant le remplacement s'analysant parfois comme une simple mesure d'administration judiciaire, et étant à ce titre insusceptible de recours. Plus radicalement, cela peut résulter du fait que le législateur a expressément fermé tout recours à l'égard de la décision ordonnant pareil remplacement, dans un objectif avoué d'efficacité et de célérité.

Face à cette situation, la théorie de l'appel-nullité, fraîchement importée en droit belge, a fait figure d'aubaine : elle permettait, quitte à en tordre un peu les conditions d'application, d'obtenir l'ouverture d'une voie de recours pour contester la décision ordonnant le remplacement d'un auxiliaire de justice. Ces premières applications, si elles ont indéniablement contribué à l'essor de l'appel-nullité en jurisprudence belge, n'ont cependant pas toujours été très heureuses, tant la théorie s'est vue instrumentalisée, et parfois dévoyée, avant même d'avoir été bien comprise.

On constate toutefois que l'appel-nullité fait aujourd'hui l'objet, en droit belge, d'applications plus variées, et surtout, plus raisonnées. C'est ainsi qu'on a pu voir un juge accueillir l'appel formé contre une décision rendue en matière d'expropriation d'extrême urgence pour cause d'utilité publique, en principe insusceptible de recours, au motif que la décision rendue était affectée d'un excès de pouvoir (Civ. Liège, div. Liège (2<sup>e</sup> ch.), 8 janvier 2016, *J.T.*, 2016, p. 224, obs. A. Hoc).

*De lege ferenda*, des voix s'élèvent pour que l'on fasse également application de l'appel-nullité à l'égard des jugements avant dire droit, qui ne sont en principe susceptibles que d'un appel différé, sur la considération que le droit français admet lui aussi, et en application de cette même théorie, qu'un jugement avant dire droit soit susceptible d'un appel immédiat lorsqu'il est affecté d'un excès de pouvoir.

Pour réfléchies qu'elles soient, ces applications nouvelles n'en posent pas moins d'épineuses questions, auxquelles la jurisprudence belge ne répond aujourd'hui que de façon éparse, sans véritable systématisme et ne craignant pas certaines contradictions. L'on peine encore à répondre clairement à des questions aussi essentielles que celles de savoir à quelles conditions l'appel, en principe fermé ou différé, a vocation à être immédiatement rétabli, et quels doivent être les pouvoirs du juge d'appel une fois pareil appel accueilli.

\*

Pour tenter de trouver une réponse à ces questions, il a paru donc utile d'en retourner à l'origine de la théorie, telle qu'elle s'est développée au fil des ans en droit français. L'on constate ainsi qu'en France, l'appel-nullité plonge

ses racines jusqu'à la Révolution française, époque à laquelle fut théorisée la notion d'excès de pouvoir.

Le législateur révolutionnaire, pour qui tous les pouvoirs découlaient de la Nation et qui avait gardé en mémoire les abus causés par les « arrêts de règlement » des Parlements d'Ancien régime, craignait particulièrement l'établissement (ou le rétablissement) d'un « gouvernement des juges ». Pour se prémunir d'une telle dérive, il a donc prévu que tout jugement par lequel un juge excéderait ses pouvoirs serait susceptible d'un recours spécifique devant la Cour de cassation, à l'initiative du Procureur général et sur ordre du garde des Sceaux. Très rapidement, cependant, ce recours très spécifique va prendre une extension inattendue.

D'une part, la notion même d'excès de pouvoir va se dilater : alors qu'à l'origine, elle ne visait que la violation du principe de la séparation des pouvoirs, elle va progressivement s'entendre de toute méconnaissance, par le juge, de ses pouvoirs juridictionnels.

D'autre part, la Cour de cassation, en dehors de toute référence textuelle claire, va considérer qu'un recours doit toujours rester ouvert au profit des parties *elles-mêmes* lorsque la décision est affectée d'un excès de pouvoir, même lorsque la loi prévoit en principe qu'une décision n'est pas susceptible de recours.

Cette évolution fulgurante, déjà consolidée à la Restauration et qui prend son ampleur maximale sous la Monarchie de Juillet, va elle-même inspirer les juges d'appel, qui vont faire application des mêmes principes au sein de leurs ressorts respectifs, considérant que l'appel doit toujours rester ouvert en cas d'excès de pouvoir, quand bien même la loi interdirait en principe pareil recours.

L'« appel-nullité » était né, tirant son nom de l'idée que si l'appel est rétabli contre le prescrit légal, ce n'est pas tant pour obtenir la réformation de la décision rendue que pour faire constater sa nullité flagrante.

L'appel-nullité va survivre jusqu'à notre époque, connaissant des succès divers, d'ailleurs directement indexés sur l'évolution de la législation en matière de voies de recours : l'appel-nullité est davantage mobilisé lorsque les voies de recours sont fermées, et la notion d'excès de pouvoir elle-même se dilate ou se contracte au regard de cette même évolution, soulignant bien son caractère fonctionnel. L'excès de pouvoir est une notion protéiforme, que l'on aura tendance à interpréter d'une manière d'autant plus large qu'elle est le sésame permettant la restauration du recours en principe fermé.

Sans surprise, l'appel-nullité va connaître un nouvel essor au mitan des années 1980 en France, avec l'adoption de la loi de 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, caractérisée, sur le plan procédural, par une fermeture drastique des voies de recours — en vue de favoriser la célérité de la procédure, jugée cruciale en la matière. C'est l'époque à laquelle la notion d'excès de pouvoir va être totalement redéfinie, pour englober la violation des règles fondamentales du procès, et en particulier celles du principe des droits de la défense et du principe contradictoire.

Progressivement, la notion va finir par englober toute violation d'une règle procédurale, aussi minime soit-elle, jusqu'au point où presque plus rien ne va permettre de la distinguer fondamentalement de la simple violation de la loi. Seule une certitude demeure : l'excès de pouvoir ne peut jamais s'entendre d'un mal jugé ou, pour le dire autrement, d'une erreur de fond — la solution inverse reviendrait, il est vrai, à autoriser la restauration du recours dans virtuellement tous les cas.

Face à cette extension continue du concept d'excès de pouvoir, jugée menaçante pour l'équilibre des voies de recours voulu par le législateur, la Cour de cassation de France va intervenir de façon (trop) énergique en 2005, en excluant que la violation du principe contradictoire puisse constituer un excès de pouvoir et autoriser la restauration de l'appel en principe fermé (Cass. fr. (ch. mixte), 28 janvier 2005, *Bull. ch. mixte*, n° 1 ; *D.*, 2006, p. 545, obs. P. JULIEN et N. FRICERO).

Dans les années suivantes, la Cour de cassation va en faire de même avec les autres principes directeurs du procès, suscitant la consternation chez les commentateurs. S'il est bien une hypothèse dans laquelle le recours devrait toujours être maintenu, c'est celle où la décision a été rendue en violation d'un de ces principes.

La lecture littérale de la notion d'excès de pouvoir prônée par la Cour de cassation — qui, marquant un retour aux sources, ne veut plus y voir que la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs — montre bien l'impasse théorique dans laquelle elle s'est enfermée, refusant de faire de l'appel-nullité une lecture fonctionnelle : sa fonction est de permettre la réparation d'une décision rendue dans des circonstances procédurales gravement irrégulières, ce qu'interdisent tout à la fois les principes directeurs du procès civil définis par la législation nationale et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, consacrant le droit au procès équitable.

\*

Cette lecture fonctionnelle est confirmée par l'existence de figures procédurales similaires à l'appel-nullité dans des droits étrangers.

Ainsi, on constate que la jurisprudence néerlandaise admet elle aussi que l'appel soit rétabli, quand il est interdit par la loi, lorsque la décision a été rendue en violation du droit au procès équitable : il s'agit de la *doorbrekings-jurisprudentie*, « *doorbreken* » signifiant littéralement « rompre », à la manière d'une digue qui finit par céder. Lorsque la décision est entachée d'une telle irrégularité de procédure, la Cour suprême des Pays-Bas juge que la règle prohibant l'appel doit céder face à la nécessité de réparer la violation d'une règle jugée supérieure.

Même constat en droit allemand, où la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale exige depuis longtemps qu'un recours reste ouvert lorsqu'une décision a été rendue en violation du droit à être entendu, garanti par la *Loi fondamentale* allemande.

Plus récemment, le législateur allemand a même coulé cette jurisprudence dans la loi, en créant à cette fin un recours spécifique appelé « *Anhörungsrüge* » (littéralement, « recours pour défaut d'audition »), exercé non pas devant le juge d'appel mais directement devant le juge ayant rendu la décision, pour lui permettre de réparer son erreur sans attendre que la décision soit frappée d'un recours devant la Cour constitutionnelle fédérale.

Ces similitudes frappantes entre les droits observés induisent l'existence de fondements communs, susceptibles d'éclairer la raison profonde de l'existence de pareils mécanismes jurisprudentiels. L'on pourrait ainsi qualifier la figure de l'appel-nullité, ainsi que ses équivalents néerlandais ou allemand, d'institutions de droit naturel.

Intuitivement, c'est même le chemin pris par la jurisprudence, justifiant rarement ses décisions en la matière autrement que par de vagues références au caractère « inacceptable » ou « insupportable » de la solution qui consisterait à laisser subsister des décisions rendues en violation d'une règle essentielle de procédure.

Cette référence au droit naturel n'est pas en soi condamnable, si l'on veut bien concevoir le droit naturel comme étant l'expression d'une quête de Justice et non comme l'imposition de règles immanentes et préétablies, ou autrement dit, et comme le défendait Jean Carbonnier, si l'on veut bien « placer le droit naturel devant nous plutôt que derrière » (*Droit civil. Les obligations*, 1957, p. 295).

C'est bien cette quête de Justice — au-delà et parfois même contre le strict respect de la loi — qui a amené à la reconnaissance de principes généraux

du droit, dont l'un des plus importants est précisément le principe du respect des droits de la défense.

Nulle part consacré comme tel, ce principe irrigue pourtant nombre de dispositions de procédure et en constitue véritablement la pierre de touche, à telle enseigne que son caractère constitutionnel ne fait plus de doute aujourd'hui et confère à l'appel-nullité un fondement au moins médiat : il y a un sens à restaurer l'appel, contre la lettre de la loi, lorsque la décision est entachée de la violation d'un principe de rang constitutionnel, donc supérieur à la loi.

Née d'un idéal de Justice et nourrie des principes communs empruntés aux systèmes juridiques de ses signataires, c'est cependant bien la Convention européenne des droits de l'homme qui confère aujourd'hui à l'appel-nullité son fondement le plus solide.

Il se déduit en effet d'une lecture combinée de l'article 6 et de l'article 13 de la Convention qu'il doit toujours exister un recours effectif ouvert au justiciable lorsqu'une décision a été rendue en violation du droit au procès équitable. Le caractère subsidiaire de l'intervention de la Cour de Strasbourg, principe consacré par l'article 35 de la Convention, plaide du reste pour que ce recours soit exercé dans le cadre juridictionnel interne, la violation pouvant ainsi être réparée directement à la source.

Encore gardera-t-on à l'esprit que l'intervention de la Cour européenne ne se conçoit pas dans l'abstrait : celle-ci conditionne la recevabilité du recours à l'existence d'un préjudice important dans le chef de celui qui allègue avoir été victime d'une violation de la Convention.

Par identité de motifs, le recours restauré — qu'il s'agisse de l'appel-nullité ou d'un autre recours remplissant la même fonction — ne devrait être admis que pour autant que celui qui invoque une violation du droit au procès équitable démontre en quoi cette violation lui a causé un préjudice. Pour cela, il devrait suffire que celui-ci démontre avec suffisamment de vraisemblance que la décision rendue aurait pu lui être plus favorable si la violation en cause n'avait pas été commise.

L'examen du droit procédural de l'Union européenne, lui-même pénétré des principes que nous venons d'évoquer, et en particulier de ceux consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme, conduit à la même conclusion.

L'exigence de protection juridictionnelle effective — aujourd'hui consacrée par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux après avoir été dégagée par la jurisprudence de la Cour de justice — plaide pour qu'un recours reste toujours ouvert lorsqu'une décision a été rendue (dans un domaine où le droit

européen est applicable) en violation du droit au procès équitable — et ce même si la décision en cause a été rendue en dernier ressort.

La jurisprudence européenne va ici plus loin que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, en n'excluant pas qu'un recours immédiat puisse être rétabli même à l'encontre d'une décision prise par une juridiction nationale suprême, si cette décision est entachée d'une violation suffisamment caractérisée du droit au procès équitable.

En définitive, c'est bien « un » recours qui doit être restauré lorsqu'une décision de justice a été rendue en violation du droit au procès équitable, que ce recours prenne la forme d'un appel, d'un pourvoi, d'une opposition, d'une tierce opposition ou d'un autre recours encore, pourvu que la violation soit réparée chaque fois qu'il en a résulté un préjudice pour le justiciable qui l'allègue c'est-à-dire chaque fois qu'il peut être établi que, sans cette violation, la décision rendue aurait pu lui être plus favorable qu'elle ne l'a été.

Il ne se comprendrait pas non plus que pareille décision puisse sortir de quelconques effets : si la décision en cause est assortie de l'exécution provisoire, celle-ci doit pouvoir être suspendue par le juge, quand bien même la loi ne prévoirait pas cette solution. Cette problématique constituait le point de départ de la présente thèse ; elle en constitue, par un singulier retour des choses, aussi le point de conclusion.

\*

\* \*