

III. La décision de la Cour.

Sur le second moyen.

En degré d'appel, une demande nouvelle est irrecevable lorsqu'elle vise à obtenir une condamnation en vertu d'une demande dont le premier juge n'a pas été saisi, sur laquelle il n'a pas statué ou qui n'était pas virtuellement contenue dans la demande sur laquelle ce juge s'est prononcé ou dont il a été saisi.

L'action paulienne ne peut être considérée comme une demande virtuellement contenue dans une demande tendant à entendre condamner un débiteur au paiement d'une somme d'argent.

L'arrêt constate qu'un jugement du 18 février 1993 a alloué à la société aux droits de laquelle vient la demanderesse le bénéfice de divers montants à charge, notamment, de la société De. et que, dans le cadre de la procédure d'appel, la défenderesse, société issue de la scission de la société De. et fils, oppose à la demande dirigée contre elle l'acte de scission aux termes duquel la dette litigieuse a été transférée à une autre société issue de la scission.

En décidant que l'action paulienne intentée par la demanderesse en degré d'appel à la suite de cette défense est irrecevable, l'arrêt ne viole aucune des dispositions visées au moyen.

Le moyen ne peut être accueilli.

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi;

Condamne la demanderesse aux dépens;



OBSERVATIONS

Les étranges nouveautés de la demande nouvelle

1. Dans l'arrêt annoté, la Cour décide que : « En degré d'appel, une demande nouvelle est irrecevable lorsqu'elle vise à obtenir une condamnation en vertu d'une demande dont le premier juge n'a pas été saisi, sur laquelle il n'a pas statué ou qui n'était pas virtuellement contenue dans la demande sur laquelle ce juge s'est prononcé ou dont il a été saisi ».

Le lecteur ne manquera pas d'être surpris, s'il fait le rapprochement avec l'arrêt du 29 novembre 2002⁽¹⁾, dans lequel la Cour décide : « Qu'il suit de ces dispositions légales qu'en degré d'appel également, l'article 807 précité requiert uniquement que la demande étendue ou modifiée soit fondée sur un fait ou un acte invoqué dans la citation; Qu'il ne requiert pas que la demande étendue ou modifiée à l'égard de la partie contre laquelle la demande originaire a été introduite ait été portée devant le premier

juge ou ait été virtuellement contenue dans la demande originaire, en d'autres termes ait été implicitement contenue dans l'objet de la demande originaire ».

2. On ne pouvait imaginer contradiction plus flagrante. S'agit-il d'un revirement de jurisprudence, d'autant plus inopiné que la Cour introduit ainsi une condition non mentionnée dans l'article 807 du Code judiciaire? Probablement pas. Pour tenter de saisir l'intention réelle de la Cour, il convient de relire l'excellente analyse de la jurisprudence de la Cour suprême en cette matière réalisée par S. Mosselmans². Cet auteur fait observer une double dérive dans la jurisprudence de la Cour.

3. Dans les arrêts des 9 mars 1972³, 24 novembre 1972⁴ et 2 décembre 1982⁵, la Cour avait déjà décidé que l'application de l'article 807 du Code judiciaire en degré d'appel impliquait que la demande étendue ou modifiée en degré d'appel ait déjà été portée devant le premier juge. Ce que la Cour incriminait toutefois, ce n'était pas tant le fait que la demande nouvelle n'ait pas été formée devant le premier juge mais le fait qu'une demande ait été dirigée pour la première fois en appel contre une partie dont le demandeur incident n'était pas l'adversaire en première instance⁶.

Pour bien comprendre le problème il convient de rappeler les points suivants. Une demande nouvelle est une demande par laquelle le demandeur originaire étend sa demande à des points qui n'étaient pas initialement réclamés. Il n'y a pas de changement de parties, juste une modification de l'objet de la demande (et, éventuellement une modification de la cause de la demande si le demandeur se fonde sur des faits nouveaux⁷). Cette modification peut intervenir pour la première fois en degré d'appel, sans autre conditions que celles imposées par l'article 807, à savoir que la demande nouvelle doit être formée contradictoirement et doit se fonder sur un fait ou un acte invoqué dans l'acte introductif d'instance.

Autre chose est de former une demande contre une partie déjà à la cause, mais avec laquelle aucun lien d'instance ne s'était encore noué. Il ne s'agit pas seulement d'une modification de l'objet de la demande, mais aussi d'un changement de parties, puisque le demandeur originaire dirige ses prétentions nouvelles contre

une partie à laquelle il ne réclamait initialement rien. Il s'agit alors d'une forme de demande en intervention forcée⁸. La demande en intervention forcée à laquelle on songe spontanément est celle qui oblige un tiers à la procédure à intervenir. Toutefois une demande incidente dirigée par une partie contre une autre partie à la cause dont elle n'était pas encore l'adversaire est également une forme particulière d'intervention forcée qui, selon l'article 813, peut se former par simples conclusions⁹. Cette demande n'est pas soumise aux conditions de l'article 807 (ce n'est pas une demande nouvelle au sens de cet article). En revanche, une telle demande est interdite pour la première fois en degré d'appel par l'article 812, alinéa 2, du Code judiciaire¹⁰.

Dès lors, dans les arrêts de 1972 et 1982, la Cour sanctionnait en réalité une demande en intervention forcée interdite et non une demande nouvelle. En relevant une violation de l'article 807, la Cour confondait donc les conditions de la demande nouvelle et la demande en intervention forcée.

4. La jurisprudence rappelée ci-dessus n'est toutefois pas applicable dans le cas d'espèce, vu ses spécificités. Il convient ici de faire un bref rappel des faits qui ont donné lieu à l'arrêt annoté. Un maître de l'ouvrage assigne son entrepreneur en responsabilité. En première instance, l'entrepreneur est condamné à indemniser le maître de l'ouvrage. Il interjette appel de la décision. Durant la procédure d'appel, l'entrepreneur, qui est une société commerciale, procède à une scission. Son actif et son passif sont répartis entre deux sociétés. L'une d'entre elle fait intervention volontaire et l'autre est citée en intervention forcée. Bien que, sur le plan formel, il y ait eu intervention en appel, l'interdiction prévue à l'article 812, alinéa 2, ne s'applique pas. En effet, le but de cette disposition est de préserver le double degré de juridiction en évitant que des tiers se voient mis en cause pour la première fois en degré d'appel, sans possibilité de recours ordinaire contre la décision qui sera rendue¹¹. La situation est différente lorsque l'intervenant, volontaire ou forcé, vient aux droits d'une partie déjà à la cause, de telle sorte que la demande qu'il dirige contre une autre partie ou qui est dirigée contre lui n'est que la continuation d'un débat déjà entamé devant le premier juge. Raisonner autre-

(1) Cass., 29 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2301, concl. Thijs, *R.W.*, 2002-2003, p. 1299, note MOSSELMANS.

(2) S. MOSSELMANS, « La modification de la demande dans le cadre de l'article 807 du Code judiciaire », *Rapport de la Cour de cassation*, 2002, pp. 177 et s., spécialement pp. 189-190, également disponible en néerlandais dans l'ouvrage *Gerechtelijk recht - Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, commentaire de l'article 807.

(3) Cass., 9 mars 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 639.

(4) Cass., 24 novembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 293.

(5) Cass., 2 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 412.

(6) H. BOULARBAH et J. ENGLEBERT, « Questions d'actualité en procédure civile », in *Actualités en droit judiciaire*, sous la direction de G. DE LEVAL, C.U.P., vol. 83, décembre 2005, Bruxelles, Larcier, p. 65, n° 25, note 76.

(7) Cette modification de la cause ne peut être que partielle, vu l'exigence légale de fonder la demande nouvelle sur des faits et des actes déjà invoqués dans la citation. Toutefois cette exigence est assouplie du fait que la demande nouvelle peut, pour partie, se fonder sur des faits nouveaux, pour autant qu'elle s'appuie partiellement sur des faits invoqués dans l'acte introductif d'instance (Cass., 3 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 455; Cass., 4 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 158; Cass., 11 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1048; Cass., 28 juin 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1250; Cass., 10 novembre 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 2315, *R.W.*, 2007-2008, p. 21).

(8) H. BOULARBAH et J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 68, n° 30.

(9) H. BOULARBAH, « La Cour d'arbitrage et le droit judiciaire privé », *Rev. dr. U.L.B.*, 2002, pp. 256 et s., n° 15; S. MOSSELMANS, « Tussenvorderingen in het gerechtelijk privaatrecht », *R.W.*, 2004-2005, pp. 1601 et s., n° 16.

(10) Cass., 29 octobre 2004, *J.T.*, 2005 (abrégé), p. 378, *Pas.*, 2004, I, p. 1693, *R.A.B.G.*, 2005, p. 817, note VERBEKE, *R.W.*, 2004-2005, p. 1618, note MOSSELMANS; Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 2014, *R.A.B.G.*, 2005 (abrégé), p. 820, note VERBEKE, *R.W.*, 2006-2007 (sommaire), p. 1521; Cass., 5 janvier 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 33, *R.W.*, 2008-2009 (sommaire), p. 146, *R.G.D.C.*, 2009, p. 60; Cass., 16 mars 2007, *Pas.*, 2007, I, p. 552, *R.W.*, 2007-2008 (sommaire), p. 1153, note MOSSELMANS; Cass., 30 septembre 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 2049, *R.D.J.P.*, 2010, p. 73.

(11) A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, éd. Fac. droit, 1987, n° 601; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, n° 205. Sur les incohérences de la jurisprudence en matière de sauvegarde du double degré de juridiction, voy. cependant : J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'intervention de tiers à la procédure d'appel en droit belge », in *Le double degré de juridiction*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 167 et s., plus particulièrement la jurisprudence citée aux n°s 31 et s.

ment rendrait d'ailleurs la poursuite de la procédure impossible si le défendeur procède à une scission en degré d'appel comme c'est le cas en l'espèce. Le demandeur serait alors bloqué dans sa procédure, à défaut d'adversaire à qui s'adresser : il ne pourrait plus agir contre la société scindée, qui est dissoute, et ne pourrait pas agir contre les sociétés issues de la scission, parce qu'il s'agirait d'une intervention forcée formée en appel. Dans ce cas précis, on a donc affaire à une forme d'intervention forcée qui n'est pas interdite par l'article 812. La Cour de cassation l'a indirectement confirmé dans des arrêts de 2003 et 2009¹². Elle a admis que l'assureur subrogé dans les droits de la victime peut intervenir volontairement en degré d'appel et former une demande de condamnation contre le responsable de l'accident, pour autant que la victime ait déjà formé une demande d'indemnisation contre ce responsable en première instance. Bien que ce soit la situation inverse à celle du cas d'espèce¹³, la philosophie de ces arrêts est bien que l'article 812, alinéa 2, ne fait pas obstacle à une intervention agressive, volontaire ou forcée, en degré d'appel lorsqu'il y a eu substitution de parties et que la demande dirigée par ou contre l'intervenant a déjà été formée devant le premier juge.

En outre, il faut rappeler que la scission d'une société ne rompt pas le lien procédural d'instance et que la procédure peut donc être valablement continuée contre les sociétés issues de la scission¹⁴. En d'autres termes, l'intervention de celles-ci à la procédure est purement formelle mais pas substantielle en ce sens qu'elle ne crée pas un nouveau lien d'instance. Donc, en cas de scission, il y a d'autant moins de raison de d'assimiler la demande dirigée en degré d'appel contre les sociétés bénéficiaires de la scission à une demande en intervention prohibée par l'article 812, alinéa 2.

Dès lors, dans le cas présent, on ne peut considérer que la jurisprudence des arrêts de 1972 et 1982 relevés par S. Mosselmans est applicable, puisqu'il ne s'agit pas d'une forme d'intervention forcée interdite en appel. Le problème ne venait pas de ce que les sociétés bénéficiaires de la scission étaient intervenues en appel, en lieu et place de la société scindée. La spécificité du cas d'espèce réside dans le fait que, pour la première fois en appel, le demandeur originaire remet en cause l'opposabilité de la scission en invoquant l'action paulienne. Il s'agit donc d'une demande nouvelle *sensu stricto*¹⁵, puis-

qu'il ne faut pas s'attacher au changement de parties.

5. S. Mosselmans épingle à ce sujet un autre arrêt, daté du 18 mai 2000¹⁶. Les circonstances de fait de cet arrêt étaient sensiblement les mêmes que celles de l'arrêt annoté, à savoir que le demandeur originaire avait, pour la première fois en degré d'appel, introduit une action paulienne contre son débiteur, alors qu'il s'était borné à demander sa condamnation au paiement d'une somme d'argent en première instance. Le moyen libellé relevait que, en se fondant sur l'action paulienne pour obtenir, pour la première fois en appel, l'inopposabilité d'une vente immobilière, le demandeur se fondait sur un fait (l'insolvabilité frauduleuse du débiteur) qui n'était pas mentionné dans la citation. La Cour aurait donc pu casser pour violation classique de l'article 807, en ce que le demandeur ne respectait pas l'une des conditions imposées dans cet article : se fonder sur les mêmes faits que dans la demande originaire. Étonnamment, ce n'est pas ce qu'a fait la Cour. Elle casse effectivement mais sur la motivation suivante :

« Attendu qu'en degré d'appel, une demande est nouvelle et irrecevable, lorsqu'elle vise à obtenir une condamnation en vertu d'une demande dont le premier juge n'a pas été saisi, sur laquelle le premier juge n'a pas statué ou qui n'était pas davantage virtuellement contenue dans la demande sur laquelle le premier juge s'est prononcé ou dont il a été saisi; Attendu que l'action paulienne ne peut être considérée comme étant une demande virtuellement contenue dans une demande tendant à entendre condamner un débiteur au remboursement d'une dette d'argent ».

La Cour a donc utilisé exactement la même formulation que dans l'arrêt annoté.

6. D'où vient cette référence à la « demande virtuellement contenue dans la demande sur laquelle le premier juge s'est prononcé ou dont il a été saisi »? Certainement pas de l'article 807, qui n'y fait aucune allusion. Probablement de l'article 808 du Code judiciaire, qui vise cette fois la demande additionnelle, qui porte sur des éléments déjà en germes dans la demande originaire, autrement dit qui y étaient « déjà virtuellement compris » (des intérêts, des arrérages, des mensualités... venus à échéance en cours de procédure)¹⁷. Le régime de la demande additionnelle est différent de celui de la demande nouvelle. Comme elle ne peut véritablement surprendre le défendeur, elle peut être formée par défaut. On ne peut donc déduire par analogie des critères d'application de la demande nouvelle (article 807) en puisant dans le régime de la demande additionnelle (article 808)¹⁸. Si c'est de l'article 808 que la Cour a tiré la référence à la demande virtuellement contenue dans la demande originaire, il s'agit d'une inspiration malheureuse. Le concept de « demande virtuellement contenue

dans la demande originaire » n'est par ailleurs pas inconnu dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci l'utilise, à bon escient cette fois, pour apprécier les effets de la prescription en cas de modification de la demande. Lorsque la prescription est acquise, la demande modifiée sera déclarée irrecevable, sauf si elle était « virtuellement comprise dans la demande originaire ». Dans ce cas, l'effet interruptif de prescription de l'acte introductif d'instance s'étend à la demande modifiée¹⁹. Les contours exacts de cette jurisprudence restent encore à préciser mais, selon une certaine lecture, l'effet interruptif de prescription de l'acte introductif d'instance pourrait s'étendre à des demandes incidentes autres que de simples demandes additionnelles. On voit bien qu'il s'agit uniquement de l'examen des effets de la prescription et qu'il n'est pas ici question des conditions générales de recevabilité de la demande nouvelle. L'extension du concept de « demande virtuellement comprise dans la demande originaire » à d'autres matières ne se justifie donc pas.

7. En résumé donc, la formulation de l'arrêt annoté est inappropriée et ne correspond pas aux conditions d'application de l'article 807. Sans doute la solution juridique du cas d'espèce était-elle correcte, mais elle aurait pu être exprimée bien plus adéquatement, en relevant que l'introduction d'une action paulienne en degré d'appel ne constituait pas une demande nouvelle recevable parce qu'elle ne s'appuyait pas sur des faits mentionnés dans l'acte introductif d'instance. Si le tiers avait été un véritable intervenant forcé et non une partie subrogée à l'une des parties présentes à la cause, la Cour aurait aussi pu relever que la demande incriminée constituait une demande en intervention interdite en appel. Espérons que la Cour en revienne rapidement à la formulation tout à fait correcte de l'arrêt du 29 novembre 2002, cité au début de cet article, et balaie les étranges scories de sa jurisprudence en cette matière. Entre-temps, avocats et juges du fond devront être bien attentifs, pour ne pas se perdre dans les méandres de la jurisprudence de la Cour.

Pour terminer, on ne peut manquer de relever que le malheureux créancier, confronté à la fraude éventuelle de son débiteur en cours d'instance, n'aura d'autre ressource que d'introduire une nouvelle procédure s'il veut invoquer l'action paulienne. C'est peut-être conforme au prescrit de l'article 807 mais assez malheureux, en termes d'économie de procédure. L'économie de procédure, pourtant expressément invoquée par le juge du fond, n'avait pas suffi, aux yeux de la Cour de cassation, à justifier l'extension de la demande dans la cause qui a donné lieu à l'arrêt du 18 mai 2000 précité. Ce pourrait donc être l'occasion d'une réflexion sur le manque d'élasticité des conditions de la demande nouvelle mais ceci est une autre histoire.

H. BOULARBAH
G. DE LEVAL
D. MOUGENOT

et J.-F. VAN DROOGHENBROECK

(12) Cass., 16 novembre 2009, *J.T.*, 2010, p. 71, *Pas.*, 2009, I, p. 2654, *T.G.R.* - *T.W.V.R.*, 2010, p. 174, *R.D.J.P.*, 2010 (sommaire), p. 163; Cass., 3 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 134, *R.G.A.R.*, 2005, 1396, *R.G.D.C.*, 2005, p. 49, *R.D.J.P.*, 2003, p. 356, *Dr. circ.*, 2003, p. 3287 et le commentaire par H. BOULARBAH et J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 71, n° 33. Toujours dans ce même esprit, la Cour de cassation a admis qu'une partie intervenante puisse demander en degré d'appel la confirmation d'une condamnation déjà prononcée en première instance (Cass., 8 avril 2005 *Pas.*, 2005, p. 814 et son commentaire par H. BOULARBAH et J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 73, n° 36).

(13) Dans les arrêts de 2003 et 2009, l'intervenant est demandeur; dans le cas présent, il est défendeur.

(14) G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 183, n° 128, note 24; comp. A. HENKES, *concl. préc.*, Cass., 26 mai 2011, *J.T.*, 2011, p. 691.

(15) Le moyen cité dans l'arrêt annoté soutient qu'il s'agit « d'une défense soulevée par le créancier à une cause de libération invoquée par le débiteur ». Cette tentative de requalification ne nous convainc pas et c'est à bon droit que, sur ce point, la Cour considère que l'ac-

tion paulienne introduite par le demandeur est une demande et non une défense.

(16) Cass., 18 mai 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 304; l'arrêt attaqué de la cour d'appel de Mons, qui a donné lieu à l'arrêt de cassation annoté, y fait d'ailleurs référence.

(17) M. CASTERMANS, *Gerechtigd privaatrecht*, Gand, Story Publishers, 2009, n° 654; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 24; A. FETTWEIS, *op. cit.*, n° 68.

(18) S. MOSSELMANS, *op. cit.*, 2002, p. 192.

(19) Cass., 12 janvier 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 75, *R.G.D.C.*, 2010, p. 401, note DUPONT, *T.G.R.* - *T.W.V.R.*, 2010, p. 321. Voy. aussi conclusions de l'avocat général délégué Thijs sous Cass., 29 novembre 2002, précité, et M. DUPONT, « L'interruption de la prescription et les demandes virtuellement comprises dans la citation », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 402 et s.