

N° 93 / 2022
du 16.06.2022
Numéro CAS-2021-00099 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, seize juin deux mille vingt-deux.

Composition:

Roger LINDEN, président de la Cour,
Théa HARLES-WALCH, conseiller à la Cour de cassation,
Christiane JUNCK, conseiller à la Cour de cassation,
Jean ENGELS, premier conseiller à la Cour d'appel
Michèle HORNICK, conseiller à la Cour d'appel,
Isabelle JUNG, avocat général,
Viviane PROBST, greffier en chef de la Cour.

Entre:

la société en commandite par actions SOC1), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par le gérant commandité, la société anonyme Soc11), établie et ayant son siège social à (...), elle-même représentée par le conseil d'administration,

demanderesse en cassation,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu, assisté de la société en commandite simple Kleyr Grasso, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par le gérant, la société à responsabilité limitée Kleyr Grasso GP, établie à la même adresse, elle-même représentée aux fins de la présente instance par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant à la même adresse,

et:

1) la société anonyme SOC2), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par le conseil d'administration,

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

2) la société anonyme SOC3), établie et ayant son siège à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par le conseil d'administration,

3) l'établissement public SOC4), établi et ayant son siège à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représenté par le conseil d'administration,

4) la société anonyme SOC5), établie et ayant son siège à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par le conseil d'administration,

5) la société anonyme SOC6), établie et ayant son siège à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par le conseil d'administration,

6) la société coopérative SOC7), établie et ayant son siège à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par le conseil d'administration,

7) la société anonyme SOC8), établie et ayant son siège à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par le conseil d'administration,

8) la société anonyme SOC9), établie et ayant son siège à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par le conseil d'administration,

9) la société en commandite par actions SOC10), établie et ayant son siège social à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...), représentée par son administrateur provisoire,

défendeurs en cassation.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 97/21 - VII, rendu le 30 juin 2021 sous le numéro CAL-2020-00417 [il faut lire : *CAL-2021-00417*] du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, septième chambre, siégeant en matière de saisie-arrêt ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 1^{er} septembre 2021 par la société en commandite par actions SOC1) (ci-après « *la société SOC1* ») à la société anonyme SOC2), la société anonyme Soc3) , l'établissement public autonome SOC4), la société anonyme SOC5), la société anonyme Soc6), la société coopérative SOC7), la société anonyme SOC8), la société anonyme Soc9) (ci-après « *les sociétés tierces* »)

saisies ») et à la société en commandite par actions SOC10) déposé le 8 septembre 2021 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 27 octobre 2021 par la société SOC2) à la société SOC1), aux sociétés tierces saisies et à la société en commandite par actions SOC10) déposé le 29 octobre 2021 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint John PETRY.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, un magistrat du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des saisies comme en matière des référés, avait dit fondée la demande en rétractation d'une ordonnance du président dudit tribunal ayant autorisé la société SOC2) à pratiquer à charge de la société SOC1) saisie - arrêt pour un certain montant entre les mains des défendeurs en cassation sub 2-9. La Cour d'appel a, par réformation, dit la demande en rétractation non fondée et déclaré bonne et valable la saisie-arrêt autorisée par ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré la demande en rétractation de la société Soc1) non fondée, d'avoir déclaré la saisie-arrêt bonne et valable et d'avoir condamné la société Soc1) à une indemnité de procédure de 1.000 EUR pour l'instance d'appel et aux frais et dépens de l'instance d'appel,

alors que devant la Cour d'appel, Soc1) a invoqué le moyen selon lequel l'absence de tout risque d'irrecouvrabilité de la créance invoquée devait conduire au rejet de la mesure conservatoire demandée par Soc2) ; que l'arrêt attaqué lui a donné acte de ce moyen (page 6 de l'expédition de l'arrêt [page 5 de la copie], alinéa 3) ;

que la Cour d'appel n'a toutefois pas du tout répondu à ce moyen ; que le défaut de réponse à conclusions vaut défaut de motifs et dès lors violation de l'article 249, 1^{er} alinéa du nouveau Code de procédure civile, en combinaison avec l'article 587 du même code. ».

Réponse de la Cour

En tant que tiré de la violation des articles 249, alinéa 1, et 587 du Nouveau Code de procédure civile, le défaut de réponse à conclusions constitue une forme du défaut de motifs, qui est un vice de forme.

Une décision judiciaire est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite, sur le point considéré.

En retenant

« Il n'est nécessaire au stade de l'autorisation de la saisie-arrêt que la créance invoquée soit certaine, liquide et exigible, il suffit que le saisissant puisse se prévaloir à ce stade de la procédure d'une créance paraissant suffisamment certaine en son principe. Le magistrat appelé à accorder l'autorisation à défaut de pouvoir pour trancher le fond, se contente d'une apparence de certitude atténuée pour délivrer ou non l'autorisation, respectivement pour admettre ou non la contestation ... »,

les juges d'appel, en spécifiant les conditions auxquelles est soumise l'autorisation de se voir accorder une saisie-arrêt au stade conservatoire de la procédure, ont implicitement rejeté le moyen de la demanderesse en cassation.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré la demande en rétractation de la société Soc1) non fondée, d'avoir déclaré la saisie-arrêt bonne et valable et d'avoir condamné la société Soc1) à une indemnité de procédure de 1.000 EUR pour l'instance d'appel et aux frais et dépens de l'instance d'appel,

en écartant, pour ce faire, le moyen d'Soc1) tiré du caractère contestable des conclusions auxquelles en était venu le tribunal d'arrondissement dans son jugement du 29 juillet 2020 de l'autorité de chose jugée duquel se prévalait Soc2), mais qui avait été frappé d'appel par Soc1) le 5 octobre 2020, aux motifs suivants :

<< L'appelante invoque pour établir sa créance, l'autorité de chose jugée qui reviendrait au jugement du 29 juillet 2020 aussi longtemps qu'il n'a pas été réformé en appel.

L'autorité de la chose jugée est envisagée par l'article 1351 du Code civil en tant qu'une des présomptions établies par la loi en vertu de l'article 1350 du Code civil pour valoir preuve dans les instances judiciaires. A ce titre, la présomption de vérité qui s'attache à ce qui a été précédemment décidé au cours d'une instance joue positivement en faveur du demandeur au regard de la charge de la preuve, puisqu'il peut le cas échéant prendre appui sur cette présomption pour justifier sa demande ou son argumentation.

Elle joue négativement en sa défaveur si ce qui est décidé précédemment contredit sa position et que son adversaire peut l'invoquer pour contester sa demande. L'exception de l'autorité de chose jugée empêche que ce qui a été définitivement jugé antérieurement puisse à nouveau être soumis à l'appréciation d'un juge (Thierry HOSCHEIT le droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg n°911 et suivants).

Tant au stade conservatoire qu'à celui de l'exécution, le juge des saisies est lié par l'autorité de chose jugée qui s'attache aux décisions de justice ; celles-ci ne peuvent être anéanties que sur les recours prévus par la loi. Ainsi le débiteur saisi ne peut invoquer le défaut de certitude, d'exigibilité ou de liquidité d'une créance alors que ces caractères sont reconnus par un jugement ; de telles contestations ne peuvent être articulées que par l'exercice régulier d'une voie de recours (G.DE LEVAL, traité des saisies Bruxelles, Bruylant ed. 1988 p 30).

Même la régularité de la décision n'est pas une condition de l'autorité de chose jugée.

Le jugement bénéficie de cette autorité tant qu'il n'a pas été annulé par l'exercice d'une voie de recours (cf Droit et Pratique de la procédure civile sous la direction de Serge Guinchard éd. Dalloz n°421.11).

La possibilité d'exercer une voie de recours n'a aucune incidence sur l'autorité de la chose jugée, même si le délai et le recours exercé sont suspensifs de l'exécution : dans ce cas c'est la force exécutoire du jugement qui est suspendue mais non son autorité de chose jugée (ibidem n°421.32).

La Cour de Cassation française l'a réaffirmé de façon claire en précisant que le jugement frappé d'appel continue à avoir autorité de chose jugée aussi bien sous la forme négative d'une fin de non-recevoir s'opposant à toute nouvelle demande identique, que sous la forme positive d'un moyen de preuve que l'on s'efforce d'en tirer (Cass.civ.1^{ère}, 11 juin 1991, n°88-18.130, Bull.civ.I, n°189, RTD civ.1992.187, obs. R.Perrot). Cet arrêt a confirmé qu'il ne faut pas confondre chose jugée et force exécutoire : si l'appel suspend la force exécutoire du jugement, il n'en suspend pas l'autorité de chose jugée. Cette dernière subsiste tant que la décision n'est pas réformée. (Rép.de procédure civile. Effet suspensif de l'appel et exécution du jugement Frédérique Ferrand mai 2018, actualisé mars 2021).

Si la force exécutoire participe à l'efficacité des décisions de justice en permettant leur transcription dans les faits, l'autorité de chose jugée assure la stabilité juridique des droits reconnus en justice.

Pour s'opposer à la remise de sommes d'argent dans le cadre de la phase conservatoire de la procédure de saisie-arrêt, le saisissant peut se baser sur des ordonnances de référé, des jugements rendus au fond au Luxembourg ou à l'étranger, susceptibles d'une voie de recours en en faisant l'objet. Ce principe, constant depuis de nombreuses années, n'a jamais été remis en cause (Cour d'appel 20 janvier 2020 no 35065 du rôle).

La décision de jurisprudence, sur laquelle s'est basée le juge de première instance, est dès lors à considérer comme une décision isolée et il y a lieu de retenir que l'appelante est en principe en droit d'invoquer ledit jugement pour établir sa créance.

(...)

L'autorité de la chose jugée envisagée par l'article 1351 du Code civil empêchant que ce qui a été définitivement jugé antérieurement puisse à nouveau être soumis à l'appréciation d'un juge (Thierry HOSCHEIT : le droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg n° 911 et suivants), la Cour ne saurait examiner les contestations soulevées à l'encontre de la créance de SOC12).

Il est encore admis que l'existence d'une créance dont l'existence est certaine, mais dont le montant dépend du résultat d'un décompte à établir, peut servir de fondement à une saisie-arrêt, sauf pour les juges à surseoir à statuer sur la validité jusqu'à l'apurement du compte (Lux 30 avril 1958 P17.p 334).

Il suit de ces considérations que l'appelante justifie d'une créance paraissant suffisamment certaine en son principe pour établir le bien-fondé de la mesure conservatoire lui accordée par l'ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020, de sorte que l'ordonnance entreprise est à réformer en ce qu'elle a dit fondée la demande en rétractation de ladite l'ordonnance et ordonné la mainlevée pure et simple de la saisie-arrêt pratiquée en son exécution et qu'il y a lieu de dire bonne et valable la saisie-arrêt autorisée par ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020. >>

alors que, contrairement à ce qu'a jugé la Cour d'appel, il est de principe qu'aucune autorité positive de chose jugée ne revient à un jugement de première instance dès le moment où ce jugement a été frappé d'appel ; que l'appel suspend non seulement l'exécution mais également l'autorité de la chose jugée de la décision dont appel ;

que la solution contraire, suivie en l'espèce par la Cour d'appel, en vertu de laquelle l'effet suspensif de l'appel n'affecte pas l'autorité de la chose jugée qui n'est remise en cause que par la réformation effective de la décision, a été développée par la jurisprudence française en vertu d'une réforme du Code de procédure civile français, réforme que le législateur luxembourgeois n'a pas fait sienne et que la Cour d'appel a eu tort de consacrer comme faisant partie de l'ordre juridique luxembourgeois ; qu'il s'ensuit que c'est à tort que l'arrêt attaqué a estimé que l'autorité de chose jugée attachée au jugement du 29 juillet 2020 ne permettrait pas de remettre cette décision en cause pour autant qu'elle a reconnu le bienfondé de la créance de la société Soc12) en son principe ;

*qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a, **première branche**, violé l'article 1350, 3° et l'article 1351 du Code civil, textes qui ensemble définissent également l'autorité de la chose jugée ;*

*qu'elle a encore, **deuxième branche**, violé l'article 588 (alinéa 1^{er}) du Nouveau Code de procédure civile, définissant l'effet suspensif de l'appel. ».*

Réponse de la Cour

Tout jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, a, dès son prononcé, autorité de chose jugée. L'exercice d'une voie de recours en suspend la force exécutoire, mais non l'autorité de chose jugée y attachée qui demeure tant que le jugement n'est pas réformé. Elle fait obstacle à soulever dans le

cadre d'une autre demande entre les mêmes parties une prétention dont le fondement est inconciliable avec ce qui a été jugé.

En statuant comme ils l'ont fait, les juges d'appel n'ont pas violé les dispositions visées au moyen.

Il s'ensuit que le moyen, pris en ses deux branches, n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré la demande en rétractation de la société Soc1) non fondée, d'avoir déclaré la saisie-arrêt bonne et valable et d'avoir condamné la société Soc1) à une indemnité de procédure de 1.000 EUR pour l'instance d'appel et aux frais et dépens de l'instance d'appel,

aux motifs suivants :

<< Il est vrai que les seules contestations exprimées par SOC1) portent sur la créance de SOC12), dont une partie a été cédée à SOC2).

L'intimée, qui reconnaît que SOC12) et SOC1) étaient liées par une promesse réciproque de partager les bénéfices et pertes des opérations menées en commun, affirme cependant depuis le début du litige entre parties que cette obligation de partage était sujette à un accord de clearing dont l'effet serait de ne rendre exigible que le seul solde résultant de la compensation des dettes et créances réciproques, et conteste toute créance exigible de SOC12) sur la SOC1) après compensation.

En revanche, si SOC1) s'est réservé à l'audience le droit de contester la validité de la cession de créance dont se prévaut SOC2) dans le cadre de la procédure d'appel introduite contre le jugement du tribunal d'arrondissement, force est de constater que devant la présente chambre, SOC1) n'a soulevé aucun moyen de nature à remettre en cause la validité de la cession de créance intervenue entre SOC12) et SOC2), respectivement le fait qu'elle lui est opposable.

La décision rendue en date du 29 juillet 2020 ne renseigne par ailleurs pas non plus, ni dans son exposé des faits ni dans sa motivation, de contestation par SOC1) de la créance invoquée par SOC2), si ce n'est la contestation de la créance originaire de SOC12).

Or dans ce contexte, SOC2) fait à juste titre valoir que l'autorité de chose jugée attachée au jugement du 29 juillet 2020 ne permet pas de remettre cette décision en cause pour autant qu'elle a reconnu le bienfondé de la créance de la société SOC12) en son principe.

En tant que partie intéressée au procès devant le tribunal d'arrondissement opposant SOC12) et SOC1), puisqu'elle tire ses droits de la créance de SOC12), SOC2) est en effet en droit de se prévaloir de la présomption attachée audit jugement en ce qui concerne la créance de SOC12) à l'égard d'SOC1) >> ;

alors que dans l'hypothèse où la Cour de cassation estimerait que l'effet suspensif de l'appel n'affecte pas l'autorité de chose jugée et que le jugement de première instance du 29 juillet 2020 bénéficie de l'autorité positive de chose jugée, il est de principe, conformément à l'article 1351 du Code civil, que l'autorité de la chose jugée est relative et ne vaut qu'« entre les mêmes parties » et à condition qu'elle concerne une demande « formée par elles et contre elles en la même qualité » ;

que le jugement de première instance du 29 juillet 2020 a reconnu le bien-fondé de la créance de Soc12) à l'égard d'Soc1) ; que si Soc2) est intervenue dans cette première instance, elle n'était pas pour autant partie à ce procès en ce qui concerne la créance de Soc12) à l'égard d'Soc1) ; que ce premier procès n'a pas donné lieu à la reconnaissance d'un droit de créance dans le chef de Soc2) ; que l'autorité de la chose jugée étant relative quant aux parties en cause, Soc2) ne peut se prévaloir de l'autorité de chose jugée du jugement du 29 juillet 2020 en ce qui concerne la créance de Soc12) à l'égard d'Soc1) pour établir sa propre créance à l'égard d'Soc1) ;

qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé l'article 1350, 3° et l'article 1351 du Code civil, textes qui ensemble définissent légalement l'autorité de la chose jugée. ».

Réponse de la Cour

Dès lors que la défenderesse en cassation était intervenue volontairement en première instance dans le litige principal en sa qualité de cessionnaire d'une partie de la créance que la société SOC12) faisait valoir à l'encontre de la demanderesse en cassation, et qu'il lui avait été donné acte de sa demande en condamnation dirigée contre la société SOC1), en attendant le résultat de la mesure d'instruction ordonnée, les juges d'appel ont pu correctement retenir que la société SOC2) était en droit de se prévaloir de l'autorité de la chose jugée attachée au jugement en ce qui concerne la créance de la société SOC12) à l'égard de la société SOC1) et que sa créance paraissait suffisamment certaine en son principe.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré bonne et valable la saisie-arrêt autorisée par ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020,

aux motifs que « l'appelante justifie d'une créance paraissant suffisamment certaine en son principe pour établir le bien-fondé de la mesure conservatoire lui accordée par l'ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020, de sorte que l'ordonnance entreprise est à réformer en ce qu'elle a dit fondée la demande en rétractation de ladite l'ordonnance et ordonné la mainlevée pure et simple de la

saisie-arrêt pratiquée en son exécution et qu'il y a lieu de dire bonne et valable la saisie-arrêt autorisée par ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020 >>,

alors que, première branche, la Cour d'appel siégeait en l'espèce en tant que juridiction d'appel du président du tribunal d'arrondissement saisi d'une demande en rétractation d'une autorisation de saisie-arrêt ; que la compétence pour statuer sur la validité d'une saisie-arrêt, et partant pour se prononcer sur le caractère << bon et valable >> de celle-ci, appartient, aux termes de l'article 703, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de procédure civile, au seul tribunal siégeant en formation collégiale ; que le président du tribunal, et partant en appel la Cour d'appel saisie de l'appel dirigé contre une ordonnance présidentielle, est dépourvu de toute compétence à cet égard ; qu'en déclarant néanmoins << bonne et valable >> la saisie-arrêt, la Cour d'appel a violé l'article 703, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de procédure civile ;

que, seconde branche, pour pouvoir valider définitivement une saisie-arrêt, le tribunal doit constater la certitude et la liquidité de la créance cause de la saisie-arrêt ; qu'en se contentant d'une créance << paraissant suffisamment certaine en son principe >>, la Cour d'appel a violé l'article 689, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de procédure civile. ».

Réponse de la Cour

La Cour d'appel, qui a statué dans le cadre d'une demande en rétractation de l'autorisation de pratiquer saisie-arrêt a retenu que l'appelante justifiait d'une créance paraissant suffisamment certaine en son principe pour établir le bien-fondé de la mesure conservatoire lui accordée par l'ordonnance présidentielle l'ayant autorisée à pratiquer saisie-arrêt.

Le grief fait aux juges d'appel procède d'une lecture erronée de l'arrêt en ce que la formule employée par ces derniers « *qu'il y a lieu de dire bonne et valable la saisie-arrêt autorisée par ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020* » est, au regard de la motivation du passage de l'arrêt reprise au moyen, à comprendre dans le sens que la saisie-arrêt avait été autorisée à juste titre et non dans celui qu'il y avait lieu à validation de cette saisie-arrêt.

Il s'ensuit que le moyen, pris en ses deux branches, manque en fait.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure

La demanderesse en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Il serait inéquitable de laisser à charge de la société SOC2) l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

rejette la demande de la demanderesse en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la demanderesse en cassation à payer à la société anonyme SOC2) une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

la condamne aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Arsène KRONSHAGEN, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Roger LINDEN en présence de l'avocat général Isabelle JUNG et du greffier en chef Viviane PROBST.

**Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation
société en commandite par actions SOC1)**

c/

- 1) société anonyme SOC2)**
- 2) société anonyme SOC3)**
- 3) établissement public SOC4)**
- 4) société anonyme SOC5)**
- 5) société anonyme SOC6)**
- 6) société coopérative SOC7)**
- 7) société anonyme SOC8)**
- 8) société anonyme SOC9)**
- 9) société en commandite par actions SOC10)**

(affaire n° CAS 2021-00099 du registre)

Sur la recevabilité du pourvoi	12
Sur les faits	12
Sur le premier moyen de cassation.....	12
Sur le deuxième moyen de cassation.....	14
L'autorité de chose jugée	17
Le défaut de pertinence de l'argument tiré de la différence entre les droits français et luxembourgeois : l'autorité de chose jugée des décisions dès leur prononcé	21
La question pertinente : Est-ce que l'autorité de chose jugée des jugements dès leur prononcé est suspendue par l'exercice d'une voie de recours suspensive, tel un appel ?...	23
Une jurisprudence abandonnée en France et en Belgique.....	25
Une jurisprudence contestable.....	26
Conclusion.....	27
Sur le troisième moyen de cassation	28
Sur le quatrième moyen de cassation	31
Conclusion.....	32

Le pourvoi de la demanderesse en cassation, par dépôt au greffe de la Cour en date du 8 septembre 2021, d'un mémoire en cassation, est dirigé contre un arrêt rendu en date du 30 juin 2021 sous le numéro CAL-2021-00417 du rôle par la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière de saisie-arrêt, signifié à la demanderesse en cassation en date du 23 juillet 2021¹.

¹ Affirmation faite par la demanderesse en cassation dans le mémoire en cassation (page 2, avant-dernier alinéa), non contredite par la défenderesse en cassation soc2) (qui serait à l'origine de la signification), mais non étayée par des pièces, aucune des parties n'ayant versé l'acte de signification de l'arrêt attaqué.

Sur la recevabilité du pourvoi

Le pourvoi est recevable en ce qui concerne le délai² et la forme³.

Le pourvoi est dirigé contre une décision contradictoire, donc non susceptible d'opposition, rendue en dernier ressort qui tranche tout le principal, de sorte qu'il est également recevable au regard des articles 1^{er} et 3 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

Le pourvoi est, partant, recevable.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, saisi par la société en commandite par actions SOC1) d'une demande en rétractation d'une autorisation donnée par le magistrat remplaçant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg à la société anonyme SOC2) de pratiquer saisie-arrêt à charge de la demanderesse entre les mains de différents tiers saisis, le magistrat remplaçant le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des saisies comme en matière des référés, déclarait la demande fondée et ordonnait la mainlevée de la saisie. Sur appel de la demanderesse, la Cour d'appel dit la demande en rétractation non fondée et déclaré bonne et valable la saisie-arrêt.

Sur le premier moyen de cassation

Le premier moyen est tiré de la violation, par défaut de réponse à conclusions, de l'article 249, alinéa 1, du Nouveau Code de procédure civile ensemble avec l'article 587 de ce Code, en ce que la Cour d'appel dit, par réformation, la demande en rétractation de la saisie-arrêt non fondée sans répondre au moyen de la demanderesse en cassation tiré de ce que « *l'absence de tout risque d'irrecouvrabilité de la créance invoquée devrait encore conduire au rejet de la mesure conservatoire* [de la saisie-arrêt pratiquée la société anonyme SOC2)] »⁴, dont elle était saisie, alors que la Cour d'appel a ainsi entaché l'arrêt d'un défaut de motifs par défaut de réponse à conclusions.

Dans son premier moyen, la demanderesse en cassation critique un défaut de réponse à conclusions. En instance d'appel elle avait demandé la confirmation de la décision de rétractation de la saisie-arrêt pratiquée par son adversaire en faisant notamment valoir « *l'absence de tout risque d'irrecouvrabilité de la créance invoquée* »⁵. La demanderesse en

² L'arrêt attaqué a été, suivant l'affirmation de la demanderesse en cassation, non contredite par la défenderesse en cassation (et auteur allégué de la signification de l'arrêt) soc2), signifié en date du 23 juillet 2021 par soc2) à la demanderesse en cassation. Le pourvoi ayant été formé le 8 septembre 2021, le délai de deux mois, prévu par l'article 7 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation applicable en cause, la demanderesse en cassation demeurant au Grand-Duché, a été respecté.

³ La demanderesse en cassation a déposé un mémoire signé par un avocat à la Cour signifié aux défendeurs en cassation antérieurement au dépôt du pourvoi, de sorte que ces formalités imposées par l'article 10 de la loi précitée de 1885 ont été respectées.

⁴ Arrêt attaqué, page 5, troisième alinéa.

⁵ Idem et loc.cit.

cassation observe à juste titre que la Cour d'appel n'a pas répondu de façon explicite à ce moyen d'appel.

Ce défaut de réponse expresse ne suffit cependant pas de caractériser le défaut de réponse à conclusions, qui constitue une forme du défaut de motifs, qui est un vice de forme, étant précisé qu'une décision judiciaire est régulière en la forme dès qu'elle comporte une motivation, expresse ou implicite, sur le point considéré⁶.

En l'espèce, la Cour d'appel retint que « [i]n'est pas nécessaire, au stade de l'autorisation de la saisie-arrêt que la créance invoquée soit certaine, liquide et exigible, il suffit que le saisissant puisse se prévaloir à ce stade de la procédure d'une créance paraissant suffisamment certaine en son principe [donc présente] une apparence de certitude atténuée »⁷.

Appliquant ce critère elle constata :

- que la demanderesse en cassation (SOC1) « n'a soulevé aucun moyen de nature à remettre en cause la validité de la cession de créance intervenue entre (SOC12) et (SOC2), respectivement le fait qu'elle lui est opposable »⁸,
- que « le bienfondé de la créance de la société (SOC12) »⁹ a été reconnu « en son principe »¹⁰ par le jugement du 29 juillet 2020,
- que « l'autorité de chose jugée attachée [à ce] jugement [...] ne permet pas de remettre cette décision en cause pour autant qu'elle a reconnu [cette créance en son principe] »¹¹,
- que la société (SOC2), « [e]n tant que partie intéressée au procès devant le tribunal d'arrondissement opposant (SOC12) et (SOC1), puisqu'elle tire ses droits de la créance de (SOC12) »¹², « est [...] en droit de se prévaloir de la présomption attachée audit jugement »¹³,
- que l'autorité de la chose jugée « empêchant que ce qui a été définitivement jugé antérieurement puisse à nouveau être soumis à l'appréciation d'un juge [elle] ne saurait examiner les contestations soulevées à l'encontre de la créance de (SOC12) » et
- que « [i]l suit de ces considérations que l'appelante [donc la société (SOC2)] justifie d'une créance suffisamment certaine en son principe pour établir le bien-fondé de la mesure conservatoire lui accordée par l'ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020, de sorte que l'ordonnance entreprise est à réformer en ce qu'elle a dit fondée la demande en rétractation de ladite ordonnance [...] »¹⁴.

⁶ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 3 février 2022, n° 13/2022 pénal, numéro CAS-2021-00016 du registre (réponse à l'unique moyen de cassation).

⁷ Arrêt attaqué, page 5, antépénultième alinéa.

⁸ Idem, page 8, avant-dernier alinéa.

⁹ Idem, page 9, premier alinéa.

¹⁰ Idem et loc.cit.

¹¹ Idem et loc.cit.

¹² Idem, page 9, deuxième alinéa.

¹³ Idem et loc.cit.

¹⁴ Idem, même page, cinquième alinéa.

La Cour d'appel considéra donc que dans le cadre de l'instance de rétractation d'une saisie-arrêt il suffit que le saisissant puisse se prévaloir d'une créance paraissant suffisamment certaine en son principe et que cette apparence de certitude était, pour les motifs précités, établie en l'espèce.

Il en suit, implicitement, mais nécessairement, que la Cour d'appel retint que le créancier poursuivant n'était pas tenu d'établir, outre l'apparence de certitude de sa créance, le risque d'irrecouvrabilité de celle-ci à défaut de saisie-arrêt. Elle conclut donc, implicitement, mais nécessairement, que ce moyen était dépourvu de pertinence.

L'arrêt comporte dès lors une réponse, certes implicite, mais néanmoins certaine, au moyen.

Le bien-fondé de cette réponse n'est pas susceptible d'être critiqué par le grief de forme soulevé, du défaut de réponse à conclusions, ce que la demanderesse en cassation ne prétend d'ailleurs pas.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation

Le deuxième moyen est tiré de la violation des articles 1350, 3° et 1351 du Code civil et 588, alinéa 1, du Nouveau Code de procédure civile, en ce que la Cour d'appel a déclaré non fondée la demande en rétractation de l'autorisation de pratiquer saisie-arrêt aux motifs que le créancier saisissant, (SOC2), a établi sa créance en invoquant un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 juillet 2020 qui, bien que frappé d'appel, bénéficie, tant qu'il n'a pas été réformé par l'exercice d'une voie de recours, de l'autorité de la chose jugée, qui est à distinguer de la force exécutoire, alors que « *contrairement à ce qu'a jugé la Cour d'appel, il est de principe qu'aucune autorité positive de chose jugée ne revient à un jugement de première instance dès le moment où ce jugement a été frappé d'appel ; que l'appel suspend non seulement l'exécution mais également l'autorité de la chose jugée de la décision dont appel ; que la solution contraire, suivie en l'espèce par la Cour d'appel, en vertu de laquelle l'effet suspensif de l'appel n'affecte pas l'autorité de la chose jugée qui n'est remise en cause que par la réformation effective de la décision, a été développée par la jurisprudence française en vertu d'une réforme du Code de procédure civile français, réforme que le législateur luxembourgeois n'a pas fait sienne et que la Cour d'appel a eu tort de consacrer comme faisant partie de l'ordre juridique luxembourgeois ; qu'il s'ensuit que c'est à tort que l'arrêt attaqué a estimé que l'autorité de chose jugée, attachée au jugement du 29 juillet 2020 ne permettrait pas de remettre cette décision en cause pour autant qu'elle a reconnu le bienfondé de la créance de la société Soc12) en son principe ; qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a, première branche, violé l'article 1350, 3° et l'article 1351 du Code civil, textes qui ensemble définissent légalement l'autorité de la chose jugée ; qu'elle a encore, deuxième branche, violé l'article 588 (alinéa 1^{er}) du Nouveau Code de procédure civile, définissant l'effet suspensif de l'appel »¹⁵.*

Le deuxième moyen vous saisit d'une question qui divise la Cour d'appel.

La question posée est celle de savoir si une décision d'une juridiction de première instance tranchant le bien-fondé d'une contestation jouit de l'autorité de chose jugée, donc interdit de

¹⁵ Mémoire en cassation, pages 11 et 12 (énoncé du deuxième moyen, passage qui suit « *alors que* »).

réitérer la contestation tranchée dans le cadre d'une nouvelle procédure, tant bien même que la décision est frappée d'appel.

La Cour d'appel avait, dans un arrêt du 1^{er} février 2012¹⁶, qui a été invoqué en cause, décidé qu'une décision frappée d'appel ne saurait avoir autorité de chose jugée. Elle fonda cette solution sur le motif tiré de ce que « *l'appel suspend non seulement l'exécution mais également l'autorité de la chose jugée de la décision entreprise* »¹⁷. Elle ajouta que « *[s] 'il est vrai que la doctrine française récente admet que l'effet suspensif n'affecte pas l'autorité de la chose jugée [...], il en est ainsi en vertu de l'article 480 du Nouveau Code de procédure civile français qui dispose que le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, a dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche, disposition qui n'a pas son pareil en droit luxembourgeois* »¹⁸.

En revanche, dans l'arrêt attaqué elle décida le contraire aux motifs suivants :

« L'autorité de la chose jugée est envisagée par l'article 1351 du Code civil en tant qu'une des présomptions établies par la loi en vertu de l'article 1350 du Code civil pour valoir preuve dans les instances judiciaires. A ce titre, la présomption de vérité qui s'attache à ce qui a été précédemment décidé au cours d'une instance joue positivement en faveur du demandeur au regard de la charge de la preuve, puisqu'il peut le cas échéant prendre appui sur cette présomption pour justifier sa demande ou son argumentation.

Elle joue négativement en sa défaveur si ce qui est décidé précédemment contredit sa position et que son adversaire peut l'invoquer pour contester sa demande. L'exception de l'autorité de chose jugée empêche que ce qui a été définitivement jugé antérieurement puisse à nouveau être soumis à l'appréciation d'un juge (Thierry HOSCHEIT le droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg n°911 et suivants).

Tant au stade conservatoire qu'à celui de l'exécution, le juge des saisies est lié par l'autorité de chose jugée qui s'attache aux décisions de justice ; celles-ci ne peuvent être anéanties que sur les recours prévus par la loi. Ainsi le débiteur saisi ne peut invoquer le défaut de certitude, d'exigibilité ou de liquidité d'une créance alors que ces caractères sont reconnus par un jugement ; de telles contestations ne peuvent être articulées que par l'exercice régulier d'une voie de recours (G.DE LEVAL, traité des saisies Bruxelles, Bruylant ed. 1988 p 30).

Même la régularité de la décision n'est pas une condition de l'autorité de chose jugée.

Le jugement bénéficie de cette autorité tant qu'il n'a pas été annulé par l'exercice d'une voie de recours (cf. Droit et Pratique de la procédure civile sous la direction de Serge Guinchard éd. Dalloz n°421.11).

La possibilité d'exercer une voie de recours n'a aucune incidence sur l'autorité de la chose jugée, même si le délai et le recours exercé sont suspensifs de l'exécution : dans

¹⁶ Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, 1^{er} février 2012, n° 37646 du rôle, Pas. 35, page 751.

¹⁷ Pas. 35, page 753, colonne de droite, premier alinéa.

¹⁸ Idem et loc.cit.

ce cas c'est la force exécutoire du jugement qui est suspendue mais non son autorité de chose jugée (ibidem n°421.32).

La Cour de Cassation française l'a réaffirmé de façon claire en précisant que le jugement frappé d'appel continue à avoir autorité de chose jugée aussi bien sous la forme négative d'une fin de non-recevoir s'opposant à toute nouvelle demande identique, que sous la forme positive d'un moyen de preuve que l'on s'efforce d'en tirer (Cass. civ.1ère, 11 juin 1991, n°88-18.130, Bull.civ.I, n°189, RTD civ.1992.187, obs. R.Perrot). Cet arrêt a confirmé qu'il ne faut pas confondre chose jugée et force exécutoire : si l'appel suspend la force exécutoire du jugement, il n'en suspend pas l'autorité de chose jugée. Cette dernière subsiste tant que la décision n'est pas réformée (Rép.de procédure civile. Effet suspensif de l'appel et exécution du jugement Frédérique Ferrand mai 2018, actualisé mars 2021).

Si la force exécutoire participe à l'efficacité des décisions de justice en permettant leur transcription dans les faits, l'autorité de chose jugée assure la stabilité juridique des droits reconnus en justice.

Pour s'opposer à la remise de sommes d'argent dans le cadre de la phase conservatoire de la procédure de saisie-arrêt, le saisissant peut se baser sur des ordonnances de référé, des jugements rendus au fond au Luxembourg ou à l'étranger, susceptibles d'une voie de recours en en faisant l'objet. Ce principe, constant depuis de nombreuses années, n'a jamais été remis en cause (Cour d'appel 20 janvier 2010 no 35065 du rôle).

La décision de jurisprudence, sur laquelle s'est basé le juge de première instance [il s'agit de l'arrêt précité du 1^{er} février 2012¹⁹], est dès lors à considérer comme une décision isolée et il y a lieu de retenir que l'appelante est en principe en droit d'invoquer ledit jugement [donc le jugement du 29 juillet 2020 ayant constaté l'existence d'une créance de la société anonyme SOC12), cédée par celle-ci à la défenderesse en cassation SOC2), à l'encontre de la demanderesse en cassation] pour établir sa créance. »²⁰.

A l'appui de son moyen la demanderesse en cassation se prévaut de l'arrêt précité du 1^{er} février 2012 pour soutenir que « *il est de principe qu'aucune autorité positive de chose jugée ne revient à un jugement de première instance dès le moment où ce jugement a été frappé d'appel ; que l'appel suspend non seulement l'exécution mais également l'autorité de la chose jugée de la décision dont appel* »²¹ et « *que la solution contraire, suivie en l'espèce par la Cour d'appel, en vertu de laquelle l'effet suspensif de l'appel n'affecte pas l'autorité de la chose jugée qui n'est remise en cause que par la réformation effective de la décision, a été développée par la jurisprudence française en vertu d'une réforme du Code de procédure civile français, réforme que le législateur luxembourgeois n'a pas fait sienne et que la Cour d'appel a eu tort de consacrer comme faisant partie de l'ordre juridique luxembourgeois* »²².

Il vous appartient donc de prendre position sur cette controverse.

¹⁹ Le juge de première instance s'y est référé (Ordonnance de première instance TAL-2020-08763 du 23 février 2021, Pièce n° 10 annexée au mémoire en défense, page 6).

²⁰ Arrêt attaqué, page 5, dernier alinéa, à page 7, deuxième alinéa.

²¹ Mémoire en cassation, page 11, avant-dernier alinéa.

²² Idem, même page, dernier alinéa.

Celle-ci est relative à l'autorité de la chose jugée, qui a pu être décrite comme « *une des questions les plus obscures du droit et l'objet d'incessantes controverses* »²³.

L'autorité de chose jugée

L'autorité de chose jugée est classiquement considérée comme une « *présomption de vérité qui s'attache à ce qui a été précédemment décidé au cours d'une instance* »²⁴. L'article 1350 du Code civil cite, en effet, dans son point 3°, « *l'autorité que la loi attribue à la chose jugée* » parmi les cas y énumérés de « *présomption légale [...] qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits* ». Cet article figure dans le Livre III, Titre III, du Code civil au Chapitre VI, consacré à la preuve des obligations. Il est donc considéré par le Code comme une règle de preuve.

Cette définition classique a cependant fait l'objet de critiques. En effet, « *[l]e procès civil n'est pas une mécanique tendue vers la conquête de la vérité* »²⁵. La chose jugée « *n'est pas la vraie vérité* »²⁶, mais la vérité judiciaire, qui « *se distingue de la « vérité scientifique » ou de la « vérité historique », [qui] peuvent être éternellement débattues au fil de l'avancement des connaissances, au contraire de la première, qui se doit, à un moment donné, de traduire un acte d'autorité* »²⁷.

En réalité, « *[s]a fonction est technique et consiste à empêcher le recommencement des procès déjà jugés* »²⁸. Ainsi que vous l'avez récemment rappelé « *[l]interdiction de remettre en cause l'autorité de la chose jugée [...] a pour objectif d'empêcher l'insécurité juridique dans l'administration de la justice* »²⁹.

L'autorité de la chose jugée se distingue d'abord de la force de chose jugée, qui suppose que « *les voies de recours ordinaires (opposition ou appel) sont épuisées ou que le délai pour les former est expiré* »³⁰. Celle-ci décrit l'état d'« *une décision qui ne peut plus être mise en cause par l'exercice d'une voie de recours* »³¹, plus précisément par des voies de recours suspensives d'exécution³², donc par l'appel et l'opposition, à distinguer des voies de recours extraordinaires, donc non suspensives d'exécution, à savoir le pourvoi en cassation, la tierce opposition et la requête civile.

L'autorité de la chose jugée se distingue ensuite de la force exécutoire, qui « *est la caractéristique propre à une décision de justice qui peut faire l'objet de voies d'exécution*

²³ Conclusions du Procureur général Paul LECLERCQ sous : Cour de cassation de Belgique, 4 mars 1930, Pas. belge, I, page 143, voir page 149, cité par : P. MAHAUX, La chose jugée et le Code judiciaire, Journal des tribunaux, 1971, pages 581 à 594, voir page 581.

²⁴ Thierry HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, Luxembourg, Editions Paul Bauler, 2^{ième} édition, 2019, n° 1017, page 581.

²⁵ Répertoire Dalloz Procédure civile, V° Chose jugée, par Cédric BOUTY, mars 2018, n° 304, citant D. TOMAIN, Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, Paris, LGDJ, 1975, n° 329.

²⁶ Idem, n° 305.

²⁷ Idem et loc.cit.

²⁸ Idem, n° 308.

²⁹ Cour de cassation, 20 mai 2021, n° 86/2021, CAS-2020-00069 du registre (réponse à l'unique moyen de cassation).

³⁰ E. GLASSON, R. MOREL et A. TISSIER, Traité de procédure civile, Paris, Sirey, 3^e édition, 1929, Tome III, n° 772, page 93.

³¹ HOSCHEIT, précité, n° 1290, page 700.

³² Répertoire Dalloz précité, n° 11.

forcée, par lesquelles le débiteur du jugement peut être contraint par la force publique à le respecter et à l'exécuter »³³. Sont revêtues de la force exécutoire, d'une part, toutes les décisions passées en force de chose jugée (donc, d'une part, les décisions contre lesquelles les voies de recours ordinaires ont été épuisées ou ne sont pas recevables et, d'autre part, les décisions qui ont fait l'objet d'une signification aux fins de faire courir les délais des voies de recours mais qui n'ont pas fait l'objet d'une voie de recours à l'expiration de ces délais³⁴) et, d'autre part, « [t]outes les décisions rendues par les juridictions luxembourgeoises [...] dès la signification de leur expédition, et ce aussi longtemps qu'aucune voie de recours n'a été exercée par le débiteur »³⁵. En revanche, l'exercice d'une voie de recours ordinaire, donc suspensive d'exécution, à savoir l'appel ou l'opposition, suspend la force exécutoire, qui a pris naissance au moment de la signification de la décision³⁶.

Cette spécificité de la force exécutoire a été précisée par la Cour de cassation de Belgique dès un arrêt du 29 novembre 1900 :

« Attendu que tout jugement est un acte de souveraineté, qui doit produire ses effets aussi longtemps qu'il n'a pas été annulé par les voies légales ;

Attendu, il est vrai, qu'aux termes de l'article 457 du code de procédure civile [correspondant à l'article 588, alinéa 1, du Nouveau Code de procédure civile], l'appel des jugements définitifs est suspensif si le jugement ne prononce pas l'exécution provisoire dans les cas où elle est autorisée ;

*Attendu qu'il suit de ce texte que l'appel interjeté dans le délai utile a pour effet de suspendre l'exécution du jugement [...] »*³⁷.

La force exécutoire a donc un domaine plus large que celui de la force de chose jugée, en ce que toute décision est, dès sa signification et nonobstant le défaut d'expiration des délais des voies de recours, susceptible d'exécution. La force exécutoire est toutefois suspendue par l'exercice des voies de recours suspensives d'exécution.

L'autorité de la chose jugée se distingue enfin de l'irrévocabilité de la décision, qui n'est acquise que si celle-ci n'est plus susceptible de faire l'objet des voies de recours extraordinaires, du recours en cassation de la tierce opposition et de la requête civile³⁸. « *Alors que l'autorité de la chose jugée s'oppose au recommencement du procès qui a déjà eu lieu, l'irrévocabilité de la chose jugée s'oppose à sa perpétuation par le biais des voies de recours* »³⁹.

L'autorité de chose jugée produit un double effet, négatif et positif.

L'effet négatif « *permet de s'opposer au commencement des procès [donc] il s'agit d'empêcher, d'interdire, par le biais d'une fin de non-recevoir, que le bien-fondé d'une action soit à nouveau*

³³ HOSCHEIT, précité, n° 1292, page 700.

³⁴ Idem, n° 1293, page 701.

³⁵ Idem, n° 1294, page 701.

³⁶ Idem et loc.cit.

³⁷ Cour de cassation de Belgique, 29 novembre 1900, Pas. belge, 1901, I, page 61.

³⁸ GLASSON, MOREL et TISSIER, précité, n° 772, page 93.

³⁹ Répertoire Dalloz, précité, n° 12.

apprécié »⁴⁰. L'autorité de la chose jugée « *fait [donc] obstacle à la réitération de la demande* »⁴¹.

L'effet positif « *permet [...] de s'appuyer sur ce qui a été déjà jugé à l'occasion d'un premier procès pour en tirer de nouvelles conséquences juridiques à l'occasion d'un second procès* »⁴². Il « *s'agit de se fonder sur la chose précédemment jugée pour l'invoquer dans le cadre d'un nouveau litige qui n'est pas exactement le même que celui déjà jugé* »⁴³.

Dire que le litige ne doit pas être exactement le même signifie que « *[l]a condition de triple identité [d'objet, de cause et de parties prévue par l'article 1351 du Code civil, définissant l'autorité de la chose jugée⁴⁴] ne joue [...] pas de manière complète dans le cadre de cet effet positif* »⁴⁵. « *Il suffit qu'un point litigieux identique à celui qui a déjà été tranché soit soulevé dans le cadre d'une autre procédure et que la partie contre laquelle on veut opposer l'autorité de chose jugée ait déjà été partie à la procédure antérieure* »⁴⁶.

La dispense de la condition tirée de la triple identité de l'article 1351 du Code civil en matière d'effet positif de l'autorité de la chose jugée a été formulée par la Cour de cassation de Belgique dans les termes suivants : « *De ce qu'il n'y a pas identité entre l'objet et la cause d'une action définitivement jugée et ceux d'une autre action ultérieurement exercée entre les mêmes parties, il ne se déduit pas nécessairement que pareille identité n'existe à l'égard d'aucune prétention ou contestation élevée par une partie dans l'une ou l'autre instance ni, partant, que le juge puisse accueillir une prétention dont le fondement est inconciliable avec la chose antérieurement jugée* »⁴⁷.

Cette solution a été confirmée par votre récent arrêt n° 86/2021, numéro CAS-2020-00069 du registre, du 20 mai 2021, dans lequel vous avez constaté que « *[l]interdiction de remettre en cause l'autorité de la chose jugée [...] ne saurait être restreinte à la triple condition d'identité des parties, d'objet et de cause de l'article 1351 du Code civil* ». Par ce motif vous avez rejeté un pourvoi qui avait été dirigé contre un arrêt qui avait débouté d'un recours en responsabilité civile dirigé contre l'Etat une personne qui soutenait que l'Etat avait engagé sa responsabilité civile en lui confisquant, par décision de justice, des armes aux motifs que « *[le demandeur] a [...] épuisé tous les recours du procès pénal intenté à son encontre et il ne saurait être admis que les juges civils, sous le couvert de la recherche de la responsabilité de l'Etat concernant le fonctionnement de sa justice pénale, s'érigent en juges de ces juges pénaux et réexaminent la légalité et le bien-fondé de leurs décisions [...]* »⁴⁸.

⁴⁰ Idem, n° 567.

⁴¹ Georges DE LEVAL et Hakim BOULARBAH, Droit judiciaire, Tome 2 : Procédure civile, Volume 1 : Principes directeurs du procès civil, Bruxelles, Larcier, 2021, N° 8.57, page 978, citant l'article 25 du Code judiciaire belge.

⁴² Répertoire Dalloz, précité, n° 699.

⁴³ Idem, n° 565.

⁴⁴ Article 1351 du Code civil: « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.* ».

⁴⁵ D. MOUGENOT, Principes de droit judiciaire, Répertoire notarial, Tome XIII, La procédure notariale, Livre 0, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 324, page 235.

⁴⁶ Idem et loc.cit.

⁴⁷ Cour de cassation de Belgique, 4 décembre 2008, Journal des tribunaux, 2009, page 303.

⁴⁸ L'article 1, paragraphe 1, de la loi modifiée du 1^{er} septembre 1988 sur la responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques, sur base duquel la demande en responsabilité civile avait été introduite, dispose que « *[l]'Etat et les autres personnes morales de droit public répondent, chacun dans le cadre de ses missions de service public, de tout dommage causé par le fonctionnement défectueux de leurs services, tant administratifs que judiciaires, sous réserve de l'autorité de la chose jugée* ».

Ainsi, « [p]our délimiter la portée probatoire de l'autorité de la chose jugée [donc l'effet positif de celle-ci] excipée par une des parties à l'occasion d'un autre procès, il ne s'agit pas tant de rechercher s'il y a identité totale et rigoureuse d'objet et de cause – car si tel était le cas, peu fréquent au demeurant, c'est l'action dans son ensemble qui, en vertu de l'effet négatif, se heurterait à la fin de non-recevoir – que de déterminer empiriquement si, compte tenu de la « contestation » nouée – nécessairement – dans le respect du contradictoire, le dictum judiciaire invoqué, ou remis en cause, dans le nouveau procès répondait bel et bien, dans le procès antérieur à la même « question litigieuse », au même « point litigieux », que celle (celui) qui, à nouveau, se pose »⁴⁹.

Il s'entend que, dans le contexte de son effet positif, « [l']autorité de la chose jugée ne peut être invoquée que par les parties à la cause. Elle ne peut pas, en principe, être invoquée à l'encontre des tiers, qui n'étaient pas parties à la procédure. Cette limite est imposée par le droit à un procès équitable. »⁵⁰. La question de savoir si la défenderesse en cassation (SOC2) est en l'espèce à considérer comme partie à l'instance ayant donné lieu au jugement dont l'autorité de chose jugée est invoquée, à savoir le jugement 2020TALCH15/01063 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, du 29 juillet 2020, rendu entre les parties (SOC12), (SOC2) et (SOC1)⁵¹, fait l'objet du troisième moyen de cassation.

Cette « fonction positive [de l'autorité de chose jugée] va au-delà de la simple règle de preuve. C'est le caractère indiscutable de la vérification juridictionnelle déjà opérée qui empêche les parties d'apporter des éléments de preuve contraires ; et le juge est tenu de s'y conformer [...] [de sorte que] lorsque l'autorité positive joue, les parties sont irrecevables à prouver le contraire de la décision. Il s'agit donc bien d'une cause d'irrecevabilité qui touche au droit d'agir en justice – en demande ou en défense – et non d'une règle de preuve. »⁵². En effet, « l'autorité de la chose jugée ne constitu[e] pas à proprement parler une preuve. [Elle] « est un principe d'ordre général qui conditionne l'existence même de l'administration de la justice. Ce principe se fonde, techniquement, sur une présomption et cette présomption est établie par la loi. Mais on aperçoit immédiatement qu'il y a une différence essentielle entre ce principe, qui n'emprunte à la présomption que sa formation, et les présomptions qui conduisent à fournir aux parties une preuve pour la solution d'un procès. L'autorité de la chose jugée suppose un procès déjà résolu, et partant l'inutilité de cette preuve. Elle s'oppose simplement – et ce pour d'impérieuses raisons d'utilité sociale – à ce que le même procès soit recommencé. Cela ne signifie pas que la partie défenderesse dispose d'une « preuve » du bien-fondé de son droit pour repousser la prétention de son adversaire. La véritable preuve de ce droit a déjà été fournie et jugée suffisante. Il n'est plus question de preuve au sens normal du mot, mais d'un principe d'ordre social, qui se suffit à lui-même et où l'idée de preuve n'est plus qu'une explication forcée superfétatoire. » »⁵³.

Si l'autorité de la chose jugée comporte donc un effet négatif et un effet positif, « [c]es effets [...] sont les deux aspects opposés d'un même concept juridique qui sont indissociablement liés

⁴⁹ Jean-François VAN DROGHENBROECK et François BALOT, L'effet positif de la chose jugée, Journal des tribunaux, 2009, pages 297 à 300, voir point 10, troisième alinéa.

⁵⁰ MOUGENOT, précité, n° 325, page 236.

⁵¹ Pièce n° 1 annexée au mémoire en cassation et Pièce n° 3 annexée au mémoire en défense de la défenderesse en cassation (soc2)

⁵² Répertoire Dalloz, précité, n° 702.

⁵³ MAHAUX, précité, page 581, colonne du milieu, dernier alinéa, citant DE PAGE, Traité de droit civil belge, tome III, n° 941.

l'un à l'autre : c'est parce que les parties ne peuvent remettre en cause la demande déjà jugée qu'elles ne peuvent la réitérer et inversement »⁵⁴.

Le défaut de pertinence de l'argument tiré de la différence entre les droits français et luxembourgeois : l'autorité de chose jugée des décisions dès leur prononcé

En l'espèce, la défenderesse en cassation (SOC2) avait invoqué l'autorité de la chose jugée d'un jugement frappé d'appel⁵⁵. L'autorité alléguée avait pour objet un point litigieux tranché par la décision du tribunal, à savoir que la société (SOC12) disposait à l'encontre de la demanderesse en cassation (SOC1) d'un principe de créance à hauteur de 50 % du bénéfice généré par une opération immobilière stipulée par un accord entre parties⁵⁶. L'actuelle demanderesse en cassation, (SOC1), soutenait que ce jugement, parce qu'il avait été frappé d'appel, ne bénéficierait plus de l'autorité de la chose jugée⁵⁷.

La Cour d'appel rejeta ce moyen aux motifs cités ci-avant en se référant à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation française du 11 juin 1991, dans lequel celle-ci avait décidé que « *si une décision frappée d'appel ne peut servir de base à une demande en justice tendant à la réalisation des effets qu'elle comporte, elle n'en subsiste pas moins et ne peut être remise en cause tant qu'elle n'a pas été réformée* »⁵⁸.

Cet arrêt avait admis l'autorité de la chose jugée d'un point litigieux tranché entre parties dans un précédent jugement, frappé d'appel, invoqué aux fins d'établir une nouvelle prétention⁵⁹. Il implique que l'appel n'est pas de nature à remettre en cause l'effet positif de l'autorité de la chose jugée donc n'empêche pas « *l'une des parties [...] de puiser dans le jugement frappé d'appel un élément de preuve en faveur [d'une] nouvelle prétention* »⁶⁰, donc permet à « *un gagnant devant le tribunal [d']exploiter ses avantages avant que la cour n'ait [suite à l'appel] pris partie sur la question litigieuse* »⁶¹.

Pour soutenir le défaut de pertinence de cet arrêt la demanderesse en cassation soutient que cette jurisprudence « *a été développée [...] en vertu d'une réforme du Code de procédure civile français, réforme que le législateur luxembourgeois n'a pas fait sienne et que la Cour d'appel a eu tort de consacrer comme faisant partie de l'ordre juridique luxembourgeois* »⁶².

La réforme ainsi évoquée est le décret français n° 75-123 du 5 décembre 1975 instituant un Nouveau Code de procédure civile, qui introduisit dans ce Code nouveau un article 480, disposant que « *[l]e jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal ou*

⁵⁴ Conclusions de l'avocat général J.M. GENICOT, sous : Cour de cassation de Belgique, 24 juin 2013, Pas. belge, 2013, n° 392, page 1450, voir page 1451, dernier alinéa.

⁵⁵ Arrêt attaqué, page 3, troisième et dernier alinéas.

⁵⁶ Idem, même page, troisième alinéa.

⁵⁷ Idem, page 5, premier alinéa.

⁵⁸ Cour de cassation française, première chambre civile, 11 juin 1991, 88-18.130, Bull. Civ. I, n° 189, page 124 ; Revue trimestrielle de droit civil, 1992, page 187, observations Roger PERROT.

⁵⁹ Un tribunal avait dans un jugement, frappé d'appel, rendu entre un assuré et son assureur, à l'occasion d'un sinistre, décidé que l'assureur devait prendre en charge une catégorie déterminée de sinistres. Dans un second litige, se rapportant à un autre sinistre, relevant de cette même catégorie de sinistres, qui devaient, sur base du jugement, être pris en charge par l'assureur, l'assuré s'était prévalu de l'autorité de la chose jugée du jugement, qui avait été rendu entre les mêmes parties, mais à l'occasion d'un litige différent.

⁶⁰ PERROT, observations précitées.

⁶¹ Idem.

⁶² Mémoire en cassation, page 11, dernier alinéa.

celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche »⁶³. Cet article avait déjà été introduit en droit français, sous une formulation identique, exception faire des termes « *dès son prononcé* », par le décret n° 72-788 du 28 août 1972 instituant une troisième série de dispositions à s'intégrer dans le Nouveau Code de procédure civile⁶⁴.

La demanderesse en cassation a raison de souligner que le Nouveau Code de procédure civile luxembourgeois ne comporte pas de disposition similaire. Cette circonstance n'est cependant pas pertinente pour conclure que les jugements ne bénéficieraient pas en droit luxembourgeois de l'autorité de la chose jugée dès leur prononcé.

Il a été vu ci-avant que la Cour de cassation de Belgique a décidé dans son arrêt précité du 29 novembre 1900 que « *tout jugement est un acte de souveraineté, qui doit produire ses effets aussi longtemps qu'il n'a pas été annulé par les voies légales* ». La Cour de cassation française a admis une solution similaire dès un arrêt du 7 juillet 1890, se référant « *à l'autorité qui s'attache légalement aux décisions judiciaires même susceptibles de recours* »⁶⁵. Vous avez dans un arrêt du 14 juin 1956, en réponse à un moyen tiré de ce qu'une décision judiciaire non signifiée serait à considérer comme nulle et inexistante, répondu « *que le jugement existe et produit des effets sans signification, qu'il dessaisit le juge et qu'il y a chose jugée* »⁶⁶.

Cette solution avait été préconisée par POTHIER qui, se référant à l'article 5 du Titre XXVII de l'ordonnance civile d'avril 1667⁶⁷, exposait que les jugements « *ont [...] une espèce d'autorité de chose jugée qui donne à la partie en faveur de qui ils ont été rendus le droit d'en poursuivre l'exécution et forme une espèce de présomption juris et de jure qui exclut la partie contre qui ils ont été rendus de pouvoir rien proposer contre [...]* »⁶⁸. L'autorité de la chose jugée des jugements dès leur prononcé avait été contredite par LAURENT, qui « *paraît avoir été le seul à combattre cette opinion* »⁶⁹, aux motifs que « *la chose jugée est fondée sur une présomption de vérité ; or, y a-t-il une vérité temporaire, une vérité qui peut être détruite d'un instant à l'autre ? La vérité est éternelle ou elle n'existe pas* »⁷⁰. Or, « *[o]n voit de suite où est l'erreur dans cette argumentation. Que la vérité puisse être provisoire soit ; mais il en est tout autrement de la présomption de vérité, la seule chose qui soit attachée à ce qui est jugé : res judicata pro veritate habetur. Si cette présomption est renversée par une preuve contraire, et*

⁶³ Journal officiel de la République française, n° 285, des 8 et 9 décembre 1975, page 12521, voir page 28 de l'Annexe, reproduisant le Nouveau Code de procédure civile. C'est nous qui soulignons.

⁶⁴ Journal officiel de la République française, n° 202, du 30 août 1972, page 9300, voir Article 189.

⁶⁵ Cour de cassation française, chambre civile, 7 juillet 1890, Dalloz périodique, 1890, page 301.

⁶⁶ Cour de cassation, 14 juin 1956, Pas. 16, page 473. Vous avez ajouté dans cet arrêt que le jugement non signifié, qui a donc autorité de chose jugée, « *n'est pas connu de la partie qui doit l'exécuter et qui peut l'attaquer, de sorte qu'une signification est nécessaire en ce qui concerne les délais de recours ainsi que l'exécution forcée* ».

⁶⁷ L'article 5 du titre XXVII de l'ordonnance de 1667 disposait que : « *Les sentences et jugements qui doivent passer en force de chose jugée sont ceux rendus en dernier ressort, et dont il n'y a pas appel ou dont l'appel n'est pas recevable, soit que les parties y eussent formellement acquiescé, ou qu'elles n'en eussent interjeté appel dans le temps ou que l'appel eût été déclaré péri* » (Article cité dans les conclusions du premier avocat général VAN SCHOOR sous : Cour de cassation de Belgique, 29 novembre 1900, précité, voir Pas. belge, 1901, I, page 63, colonne de gauche, avant-dernier alinéa).

⁶⁸ Texte reproduit dans les conclusions du premier avocat général VAN SCHOOR sous : Cour de cassation de Belgique, 29 novembre 1900, précité, voir Pas. belge, 1901, I, page 63, colonne de gauche, dernier alinéa, citant POTHIER, Traité des obligations, n° 853.

⁶⁹ Note sous : Cour de cassation française, chambre civile, 7 juillet 1890, précité, Dalloz périodique, 1890, page 301, colonne de droite.

⁷⁰ François LAURENT, Principes de droit civil, Tome 20, 1876, n° 17, page 24.

cette preuve est admissible devant le juge supérieur pour les jugements rendus seulement en premier ressort, elle se trouve anéantie ; elle n'a donc été que provisoire. Il suffit d'ailleurs qu'elle existe temporairement pour que, pendant sa durée, elle empêche la reproduction de la prétention condamnée sous une autre forme d'action. »⁷¹. Par voie de conséquence GARSONNET et CÉZAR-BRU ont enseigné au début du XXe siècle que « [u]n jugement a autorité de chose jugée dès qu'il est rendu et alors même qu'il n'est pas définitif »⁷².

L'autorité de la chose jugée des jugements dès leur prononcé, enseignée par la doctrine et admise par la jurisprudence dès le XIXe siècle et le début du XXe siècle, ne constitue donc pas une innovation des auteurs du Nouveau Code de procédure civile français de 1975.

Le droit belge a consacré cette même solution traditionnelle dans le Code judiciaire, adopté par une loi du 10 octobre 1967, ce Code disposant dans son article 24 que « [t]oute décision définitive a, dès son prononcé, autorité de chose jugée ». Il est admis en doctrine belge que le législateur en légiférant dans le Code judiciaire au sujet de l'autorité de la chose jugée a « entendu consacrer ou préciser les interprétations que la Cour [de cassation] a déjà données de l'article 1351 du Code civil [mais] n'a en revanche pas entendu « innover » »⁷³.

Il en suit qu'il n'est pas pertinent de soutenir que le droit français se distingue du droit luxembourgeois en ce que l'article 480 du Code de procédure civile français, disposant que les jugements ont autorité de chose jugée dès leur prononcé, ne trouve pas de texte équivalent dans le Nouveau Code de procédure civile : l'autorité de chose jugée des jugements dès leur prononcé constitue une solution traditionnelle, admise par votre Cour dès 1956.

La question pertinente : Est-ce que l'autorité de chose jugée des jugements dès leur prononcé est suspendue par l'exercice d'une voie de recours suspensive, tel un appel ?

Il a été vu ci-avant que la doctrine et la jurisprudence ont admis de façon constante que les jugements bénéficient de l'autorité de la chose jugée dès leur prononcé. Ce principe était cependant complété par un second, à savoir que l'autorité de chose jugée est suspendue par l'exercice d'une voie de recours suspensive, tel l'appel.

Les réflexions trouvèrent leur point de départ dans l'article 5 du Titre XXVII de l'ordonnance civile d'avril 1667, qui disposait que « [l]es sentences et jugements qui doivent passer en force de chose jugée sont ceux rendus en dernier ressort et dont il n'y a appel ou dont l'appel n'est pas recevable, soit que les parties y eussent formellement acquiescé, ou qu'elles n'en eussent interjeté appel dans le temps, ou que l'appel ait été déclaré péri »⁷⁴.

POTHIER en déduisait que « [l]'ordonnance unit dans cet article aux jugements rendus en dernier ressort ceux dont il n'y a pas encore appel interjeté, parce que, tant qu'il n'y a pas encore d'appel, ils ont, de même que ceux rendus en dernier ressort, une espèce d'autorité de chose jugée qui donne à la partie en faveur de qui ils ont été rendus le droit d'en poursuivre

⁷¹ Note précitée sous : Cour de cassation française, chambre civile, 7 juillet 1890, précité, Dalloz périodique, 1890, page 301, colonne de droite.

⁷² E. GARSONNET et Ch. CÉZAR-BRU, Traité de procédure civile, 3^e édition, 1913, tome III, page 408, premier alinéa.

⁷³ MAHAUX, précité, page 582, colonne de gauche, deuxième alinéa.

⁷⁴ Texte reproduit dans les conclusions précitées de VAN SCHOOR (c'est nous qui soulignons).

l'exécution et forme une espèce de présomption juris et de jure qui exclut la partie contre qui ils ont été rendus de pouvoir rien proposer contre tant qu'il n'y a pas d'appel interjeté ; mais cette autorité et la présomption qui en résulte ne sont que momentanée et sont détruites aussitôt qu'il y a un appel interjeté »⁷⁵. Suivant cette lecture, la force exécutoire du jugement, donc « le droit d'en poursuivre l'exécution », est considéré comme l'équivalent de l'autorité de la chose jugée, décrite comme « une espèce de présomption juris et de jure qui exclut la partie contre qui ils ont été rendus de pouvoir rien proposer contre ». La suspension de la force exécutoire par suite de l'exercice d'une voie de recours suspensive, tel l'appel, implique dans cette lecture celle de l'autorité de la chose jugée.

Cette lecture a inspiré la jurisprudence.

Ainsi, la Cour de cassation française a, dans son arrêt précité du 7 juillet 1890, décidé que :

« Mais attendu que tant qu'un jugement en premier ressort n'est point attaqué par la voie de l'appel, celui contre qui il a été rendu n'est pas recevable à élever en justice une prétention contraire à ce qui a été jugé ; que s'il en était autrement, il serait porté atteinte à l'autorité qui s'attache légalement aux décisions judiciaires même susceptibles de recours, tant que le recours n'est pas formé »⁷⁶.

La Cour de cassation de Belgique a adopté cette même lecture dans son arrêt précité du 29 novembre 1900 :

« Attendu que tout jugement est un acte de souveraineté, qui doit produire ses effets aussi longtemps qu'il n'a pas été annulé par les voies légales.

Attendu, il est vrai, qu'aux termes de l'article 457 du code de procédure civile, l'appel des jugements définitifs est suspensif si le jugement ne prononce pas l'exécution provisoires dans les cas où elle est autorisée ;

Attendu qu'il suit de ce texte que l'appel interjeté dans le délai utile a pour effet de suspendre l'exécution du jugement et, par voie de conséquence, de remettre en question l'autorité de ce qui a été jugé »⁷⁷.

Cette lecture considère donc la force exécutoire, suspendue par l'exercice d'un appel, comme équivalente à l'autorité de la chose jugée, la seconde étant remise en question « *par voie de conséquence* » à la suite la suspension de la première.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Cour de cassation française, chambre civile, 7 juillet 1890, précité (c'est nous qui soulignons).

⁷⁷ Cour de cassation de Belgique, 29 novembre 1900, précité (c'est nous qui soulignons).

Elle a été réitérée à plusieurs reprises en France⁷⁸. C'est à cette jurisprudence que se réfère la Cour d'appel dans son arrêt précité du 1^{er} février 2012⁷⁹.

Cette jurisprudence soulève cependant deux difficultés : elle a été abandonnée en France dès avant l'introduction du Nouveau Code de procédure civile et, surtout, elle est contestable puisqu'elle procède d'une confusion entre autorité de chose jugée et force exécutoire des jugements.

Une jurisprudence abandonnée en France et en Belgique

La jurisprudence française évoquée ci-avant, si elle postulait la suspension de l'autorité de la chose jugée par suite de l'appel formé contre le jugement, subordonnait cette solution à des conditions relativement complexes. Il était, en effet, admis que l'autorité de chose jugée n'était suspendue que dans la mesure où le jugement avait été frappé d'appel, donc selon que cet appel était général ou limité à des chefs limités du jugement entrepris, et que cette suspension ne s'appliquait qu'à l'égard des parties qui figuraient à l'instance d'appel, par opposition aux parties qui n'avaient pas formé appel⁸⁰.

Cette jurisprudence, à laquelle la Cour d'appel s'est référée dans son arrêt précité du 1^{er} février 2012, a cependant pris fin en 1961⁸¹. Par un arrêt du 15 mai 1968, la Cour de cassation française, contredisant cette jurisprudence, cassa un arrêt qui avait dénié à un jugement de première instance frappé d'appel l'autorité de chose jugée, la cassation étant motivée par ce que le jugement « *continuait à recevoir application tant qu'il n'y avait pas été statué sur l'appel contre lui et mettait obstacle à une nouvelle demande aux mêmes fins* »⁸². Cette jurisprudence nouvelle, refusant d'admettre la suspension de l'autorité de la chose jugée en cas d'appel, a depuis lors été constante en France⁸³.

⁷⁸ Cour de cassation française, chambre civile, 17 juin 1922, Sirey, 1923, I, page 116 (« *Attendu que, tant qu'un jugement en premier ressort n'est point attaqué par la voie de l'appel, celui contre qui il a été rendu n'est pas recevable à élever en justice une prétention contraire à ce qui a été jugé* ») ; idem, chambre civile, 25 juillet 1927, Sirey, 1928, I, page 71 (« *Attendu que l'autorité de la chose jugée s'attache légalement aux décisions judiciaires, même susceptibles de recours, tant que ce recours n'a pas été formé* ») ; idem, première chambre civile, 16 octobre 1961, Bull. civ. I, n° 457, page 362 (« *Attendu qu'aussi longtemps qu'un jugement n'est pas attaqué par la voie de l'appel, celui contre qui il a été rendu ne peut élever en justice au préjudice d'une autre partie à la même décision, une prétention contraire à ce qui a été jugé* »).

⁷⁹ Cet arrêt se réfère à ce titre à l'Encyclopédie Dalloz de Procédure civile éditée en 1955, V° Chose jugée, n° 46, page 507 (Pas. 35, page 753, colonne de droite, premier alinéa, sauf que l'arrêt se réfère par erreur au verbe « appel »).

⁸⁰ Encyclopédie Dalloz précitée, n° 47 et n° 49, page 507. Dans le même sens : Jurisclasseur Procédure civile, Fasc. 900-30 : Autorité de la chose jugée, par Méлина DOUCHY-OUUDOT, juillet 2018, n° 68.

⁸¹ Répertoire Dalloz, précité, n° 525 et n° 526, page 74. Le dernier arrêt associé à ce courant jurisprudentiel est l'arrêt précité du 16 octobre 1961.

⁸² Cour de cassation française, chambre commerciale, 15 mai 1968, Bull.com., n° 157.

⁸³ Voir notamment : Cour de cassation française, chambre commerciale, 23 février 1970, 67-14.574, Bull.com., n° 68 ; idem, même chambre, 2 mars 1976, 74-15.101, Bull.com., n° 75 ; idem, première chambre civile, 21 février 1978, 76-10.562, Bull.civ. I, n° 67 (« *Mais attendu que si une décision frappée d'appel ne peut servir de base à une demande tendant à la réalisation des effets qu'elle comporte, elle n'en subsiste pas moins et ne peut être remise en cause tant qu'elle n'a pas été réformée* ») ; idem, deuxième chambre civile, 25 mars 1985, 83-14.701, Bull. civ. II, n° 74 ; idem, première chambre civile, 11 juin 1991, précité ; idem, deuxième chambre civile, 10 mars 2005, Procédures, mai 2005, n° 419 et note Roger PERROT ; idem, même chambre, 13 juillet 2005, Procédures, octobre 2005, n° 227 ; idem, chambre commerciale, 5 avril 2011, 10-14.080, Procédures, juillet 2011, note Roger PERROT, Revue trimestrielle de droit civil, 2011, page 174, observations Roger PERROT. Voir également sur cette jurisprudence : Répertoire Dalloz, précité, n° 526, page 74.

En Belgique, la Cour de cassation a dès 1931 cessé de faire un lien entre autorité de chose jugée et absence d'exercice de voies de recours⁸⁴. Cette évolution s'est reflétée dans le Code judiciaire, adopté par loi du 10 octobre 1967, qui, comme rappelé ci-avant, a « *entendu consacrer ou préciser les interprétations que la Cour [de cassation] a déjà données de l'article 1351 du Code civil [mais] n'a en revanche pas entendu « innover»* »⁸⁵. L'article 26 du Code judiciaire dispose dès lors que « [l]'*autorité de chose jugée subsiste tant que la décision n'est pas infirmée* ». Il est à cet effet noté dans les travaux préparatoires du Code judiciaire que :

*« La possibilité d'un recours contre le jugement et l'exercice même de ce recours peuvent sans doute affecter l'autorité de la chose jugée de certains aléas. Cette autorité, tant que la décision n'est pas passée en force de chose jugée, c'est-à-dire tant qu'elle demeure susceptible d'opposition ou d'appel, est conditionnelle et restreinte. Elle est conditionnelle parce que l'éventualité d'exercice ou d'admission d'un recours n'anéantit pas l'existence de la sentence, mais soumet celles-ci à l'aléa de cet exercice ou d'une réformation qui en serait la suite. Elle est restreinte parce que si une voie de recours est formée, les conséquences qui s'attachent à la chose jugée pourront être amoindries. La demande ne pourra être réitérée, mais, en revanche, il n'est pas dérogé aux effets que la loi attache à l'exercice des voies de recours. »*⁸⁶.

Ces développements sont résumés par la formule, inspirant l'article 26 du Code judiciaire, que « *l'exercice d'un recours n'anéantit pas l'autorité de la chose jugée, qui subsiste tant que la décision n'a pas été infirmée* »⁸⁷.

La jurisprudence, inspirée de la doctrine de POTHIER, a donc été abandonnée tant en France qu'en Belgique et remplacée par une solution différenciant de façon plus correcte et précise l'autorité de la chose jugée de la force exécutoire en retenant que « *si une décision frappée d'appel ne peut servir de base à une demande tendant à la réalisation des effets qu'elle comporte, elle n'en subsiste pas moins et ne peut être remise en cause tant qu'elle n'a pas été réformée* »⁸⁸.

Une jurisprudence contestable

L'article 5 du Titre XXVII de l'ordonnance civile d'avril 1667, cité ci-avant, précisa les conditions dans lesquelles un jugement réunissait les conditions pour acquérir « *force de chose jugée* », catégorie dans laquelle figure aussi le jugement susceptible d'appel mais non frappé d'appel. POTHIER en déduisit à juste titre que ces jugements donnent, jusqu'au moment où ils sont frappés d'appel et à supposer ce dernier recevable, « *à la partie en faveur qui ils ont été rendus le droit d'en poursuivre l'exécution* »⁸⁹, donc qu'ils ont, pour rester dans la terminologie contemporaine, force exécutoire. Il s'entend que la force exécutoire est « *détruite[...] aussitôt*

⁸⁴ Cour de cassation de Belgique, 5 novembre 1931, Pas. belge, 1931, I, page 279, avec une note du Procureur général P. LECLERCQ ; idem, 27 mai 1955, Pas. belge, 1955, I, page 1066 ; idem, 26 mars 1958, Pas. belge, 1958, I, page 834 ; idem, 13 novembre 1968, Pas. belge, 1969, I, page 266. Ces références sont citées par MAHAUX, précité, page 582, notes de bas de page 19 à 21 et même page, colonne de droite, antépénultième alinéa et note de bas de page 28.

⁸⁵ MAHAUX, précité, page 582, colonne de gauche, deuxième alinéa.

⁸⁶ Rapport du commissaire royal à la réforme judiciaire, page 30, cité par MAHAUX, précité, page 583, colonne de gauche, quatrième alinéa (les passages soulignés sont mis en italique dans la version originale).

⁸⁷ Rapport précité, page 30, cité par MAHAUX, précité, page 583, colonne de gauche, avant-dernier alinéa.

⁸⁸ Cour de cassation française, première chambre civile, 21 février 1978, 76-10.562, précité.

⁸⁹ POTHIER, précité.

qu'il y a un appel interjeté ». L'auteur considère que l'« espèce de présomption juris et de jure qui exclut la partie contre qui [les jugements] ont été rendus de pouvoir rien proposer contre [ce qui a été décidé par les jugements] » « résulte » de cette « espèce d'autorité de chose jugée qui donne à la partie en faveur de qui [les jugements] ont été rendus le droit d'en poursuivre l'exécution ». Dans cette logique, l'autorité de chose jugée répond aux mêmes conditions que la force exécutoire. Or, ces deux notions ne se confondent pas.

C'est donc à juste titre qu'il a été relevé au sujet de la jurisprudence précitée inspirée de cette lecture que « [c]es solutions reposent sur une confusion entre l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Certes, les voies de recours ordinaires suspendent l'exécution de la décision de justice [...], mais le jugement attaqué doit conserver son autorité de chose jugée jusqu'à la décision qui l'annule, l'infirme ou le casse. Ni le délai des recours, ni l'exercice des recours ne sauraient avoir d'incidence sur cette autorité. »⁹⁰.

Il y a donc lieu de conclure avec DE PAGE que :

« On voit immédiatement par ce qui précède qu'autorité de chose jugée et force de chose jugée [ou dans notre contexte, de façon plus précise, la force exécutoire] sont deux choses ESSENTIELLEMENT différentes. Un jugement peut avoir l'autorité de la chose jugée, tant au point de vue du droit civil qu'au point de vue du droit de procédure, même s'il n'est pas coulé en force de chose jugée. Il est exécutoire comme tel, sauf l'exercice d'une voie de recours qui, seul, est suspensif, et qui paralyse l'autorité de la chose jugée, mais considérée seulement sous l'angle DE L'EXÉCUTION. Il importe, en effet, de remarquer que l'autorité de la chose jugée au sens du droit civil (exception de chose jugée) SUBSISTE, même en cas d'exercice d'une voie de recours. Elle empêche de recommencer le même procès. »⁹¹.

Conclusion

Un jugement a dès son prononcé autorité de chose jugée. Celle-ci ne disparaît pas avec l'exercice d'une voie de recours suspensive d'exécution, tel que l'appel, qui a seulement pour effet, comme il est prévu par l'article 588, alinéa 1, du Nouveau Code de procédure civile, de suspendre l'exécution du jugement, donc de mettre en échec la force exécutoire du jugement, mais non de remettre en cause l'autorité de chose jugée de ce dernier, qui subsiste tant que le jugement n'a pas été réformé.

Cette autorité de chose jugée a un effet négatif, consistant à faire obstacle à la réitération de la demande, et un effet positif, consistant à faire obstacle à soulever dans le cadre d'une autre demande entre parties une prétention dont le fondement est inconciliable avec ce qui a été jugé. Ces deux effets sont indissociablement liés.

C'est dès lors à juste titre que la Cour d'appel a retenu, en se référant à l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation française du 11 juin 1991⁹², que « le jugement frappé d'appel continue à avoir autorité de chose jugée aussi bien sous la forme négative d'une fin de

⁹⁰ Jurisclasseur Procédure civile, précité, n° 70.

⁹¹ Henri DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, Tome III, Bruxelles, Bruylant, 3^e édition, 1967, pages 975-976 (les passages soulignés sont mis en italique dans le texte original).

⁹² Cour de cassation française, première chambre civile, 11 juin 1991, 88-18.130, précité.

non-recevoir s'opposant à toute nouvelle demande identique, que sous la forme positive d'un moyen de preuve que l'on s'efforce d'en tirer [...] tant que la décision n'est pas réformée »⁹³.

Il en suit que le deuxième moyen n'est pas fondé.

Sur le troisième moyen de cassation

Le troisième moyen est tiré de la violation des articles 1350, 3° et 1351 du Code civil, en ce que la Cour d'appel a déclaré non fondée la demande en rétractation de l'autorisation de pratiquer saisie-arrêt aux motifs que la demanderesse en cassation s'est limitée à contester la créance de la société anonyme SOC12), dont une partie a été cédée à la défenderesse en cassation SOC2), que le bien-fondé de cette créance a été constatée par un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 29 juillet 2020 rendu entre la demanderesse en cassation et la société anonyme SOC12), que l'autorité de la chose jugée attachée à ce jugement ne permet pas de remettre cette décision en cause pour autant qu'elle a reconnu le bien-fondé de cette créance, que la société SOC2), qui tire ses droits de la créance de la société SOC12), donc est dans cette mesure partie intéressée au procès ayant donné lieu au jugement, est en droit de se prévaloir de la présomption attachée à ce jugement en ce qui concerne la créance précitée, alors que « dans l'hypothèse où la Cour de cassation estimerait que l'effet suspensif de l'appel n'affecte pas l'autorité de la chose jugée et que le jugement de première instance du 29 juillet 2020 bénéficie de l'autorité positive de chose jugée, il est de principe, conformément à l'article 1351 du Code civil, que l'autorité de la chose jugée est relative et ne vaut qu' « entre les mêmes parties » et à condition qu'elle concerne une demande « formée par elles et contre elles en la même qualité » ; que le jugement de première instance du 29 juillet 2020 a reconnu le bienfondé de la créance de Soc12) à l'égard d'Soc1) ; que si Soc2) est intervenue dans cette première instance, elle n'était pas pour autant partie à ce procès en ce qui concerne la créance de Soc12) à l'égard d'Soc1) ; que ce premier procès n'a pas donné lieu à la reconnaissance d'un droit de créance dans le chef de Soc2) ; que l'autorité de la chose jugée étant relative quant aux parties en cause, Soc2) ne peut se prévaloir de l'autorité de chose jugée du jugement du 29 juillet 2020 en ce qui concerne la créance de Soc12) à l'égard d'Soc1) pour établir sa propre créance à l'égard d'Soc1) ; qu'en décidant le contraire, la Cour d'appel a violé l'article 1350, 3° et l'article 1351 du Code civil, texte qui ensemble définissent légalement l'autorité de la chose jugée »⁹⁴.

En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que la défenderesse en cassation SOC2) « justifie d'une créance suffisamment certaine en son principe pour établir le bien-fondé de la mesure conservatoire lui accordée par l'ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020 [qui autorise SOC2) à pratiquer saisie-arrêt à charge de la demanderesse en cassation SOC1)⁹⁵], de sorte que l'ordonnance entreprise [du 23 février 2021 ayant statué sur une demande aux fins de rétractation de cette ordonnance par SOC1) et de contester à cet effet le caractère certain et exigible de la créance de la SOC12) à l'égard d'SOC1), cédée par SOC12) à SOC2)⁹⁶] est à réformer en ce qu'elle a dit fondée la demande en rétractation de ladite ordonnance et ordonné la mainlevée pure et simple de la saisie-arrêt pratiquée en son exécution et qu'il y a lieu de dire

⁹³ Arrêt attaqué, page 6, avant-dernier alinéa.

⁹⁴ Mémoire en cassation, pages 16 et 17 (énoncé du troisième moyen, passage qui suit « alors que »).

⁹⁵ Arrêt attaqué, page 2, dernier alinéa.

⁹⁶ Idem, page 3, quatrième alinéa.

bonne et valable la saisie-arrêt autorisée par ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020 »⁹⁷.

La Cour d'appel déduit le caractère suffisamment certain en son principe de la créance de SOC2) à l'égard d'SOC1) de l'autorité de la chose jugée d'un jugement du 29 juillet 2020 en ce que ce dernier « *a reconnu le bienfondé de la créance de la société SOC12) [cédée par celle-ci à SOC2)] en son principe* »⁹⁸, étant précisé

- que SOC1) « *n'a soulevé aucun moyen de nature à remettre en cause la validité de la cession de créance intervenue entre SOC12) et SOC2), respectivement le fait qu'elle lui est opposable* »⁹⁹,
- que le jugement du 29 juillet 2020, donc celui dont l'autorité de la chose jugée au sujet du bienfondé de la créance de SOC12) à l'égard d'SOC1) est déduite, « *ne renseigne par ailleurs pas non plus, ni dans son exposé des faits ni dans sa motivation, de contestation par SOC1) de la créance invoquée par SOC2), si ce n'est la contestation de la créance originaire de SOC12)* »¹⁰⁰,
- que « *[e]n tant que partie intéressée au procès devant le tribunal d'arrondissement opposant SOC12) et SOC1), puisqu'elle tire ses droits de la créance de SOC12), SOC2) est [...] en droit de se prévaloir de la présomption attachée audit jugement en ce qui concerne la créance de SOC12) à l'égard d'SOC1)* »¹⁰¹ et
- que le jugement du 29 juillet 2020, dont l'autorité de la chose jugée est invoquée, a été rendu en présence de SOC2), partie intervenante, se prévalant d'avoir acquis en 2017 la créance de SOC12) à l'égard d'SOC1), née en 2008¹⁰².

La demanderesse en cassation critique dans son troisième moyen une violation de l'autorité de la chose jugée en ce que SOC2) ne pourrait pas se prévaloir de l'autorité de la chose jugée du jugement du 29 juillet 2020 ayant constaté le bien-fondé en son principe de la créance de SOC12) à l'égard d'SOC1) parce que l'autorité de la chose jugée est relative et, de ce point de vue, suppose, ainsi que le prévoit l'article 1351 du Code civil, « *que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».

Il a été vu ci-avant, dans le cadre de la discussion du deuxième moyen, que l'effet positif de l'autorité de la chose jugée, en cause en l'espèce, qui fait obstacle à soulever dans le cadre d'une autre demande une prétention dont le fondement est inconciliable avec ce qui a été jugé, s'il n'exige, contrairement à l'effet négatif, faisant obstacle à la réitération de la même demande, pas nécessairement une identité d'objet et de cause, exige cependant une identité de parties¹⁰³.

⁹⁷ Idem, page 9, cinquième alinéa.

⁹⁸ Idem, même page, premier alinéa.

⁹⁹ Idem, page 8, avant-dernier alinéa.

¹⁰⁰ Idem, même page, dernier alinéa.

¹⁰¹ Idem, page 9, deuxième alinéa.

¹⁰² Pièce n° 1 annexée au mémoire en cassation et Pièce n° 3 annexée au mémoire en défense de la défenderesse en cassation soc2). Sur la date de la créance de soc12) envers soc1) : voir page 4, quatrième alinéa, du jugement ; sur celle de la cession de la créance de soc12) à soc2) : voir page 20, deuxième alinéa, du jugement.

¹⁰³ Voir, outre les références citées ci-avant : VAN DROOGHENBROECK et BALOT, précité, voir n° 7.

Celle-ci suppose soit que la partie qui se prévaut de l'autorité de la chose jugée ait été présente à l'instance en personne, soit qu'elle y ait été représentée¹⁰⁴.

La question de savoir si des personnes ont été présentes à l'instance donne lieu à une appréciation qui est « *la plus facile à résoudre [puisqu'elles] sont [celles qui] sont nommément désignées et identifiées* »¹⁰⁵, donc ce sont celles qui apparaissent « *sur la page de garde du jugement* »¹⁰⁶.

Cette qualité s'étend aux « *personnes qui sont intervenues dans les débats, sur une intervention volontaire ou forcée, alors même que le jugement aurait été rendu sur un point litigieux auquel elles seraient étrangères : leur simple présence suffit à considérer qu'elles ont été parties à l'instance puisqu'elles ont été en mesure de faire valoir leurs droits* »¹⁰⁷.

Elle s'étend aux personnes qui sans avoir été présentes, ont été représentées à l'instance¹⁰⁸. Cette qualité s'étend aux ayants cause à titre particuliers, dont le cessionnaire, « *qui sont censés fictivement être représentés par leur auteur pour les actes accomplis sur le bien avant la naissance de leur droit* »¹⁰⁹.

Il s'y ajoute cependant une seconde condition, à savoir que la partie qui a été présente ou représentée à l'instance ayant donné lieu au jugement dont l'autorité de chose jugée est invoquée, « *se présente[...] dans l'instance en cours avec la même qualité que dans le litige précédent* »¹¹⁰. Il faut donc « *que les parties agissent dans toutes les instances en vertu du même titre juridique* »¹¹¹. Cette identité de qualité fait, à titre d'illustration, défaut lors qu'une personne agit dans la première instance comme mandataire et dans la seconde à titre personnel¹¹². « *En revanche, il y a identité de qualité entre les parties même si l'une d'entre elles modifie la forme procédurale de sa demande, agissant par voie de demande principale, puis, lors d'une seconde instance, par action récursoire en garantie* »¹¹³.

En l'espèce, SOC2) figure formellement comme partie au jugement du 29 juillet 2020, dont l'autorité de chose jugée est invoquée.

Si elle n'avait pas été partie à ce jugement, il aurait même, le cas échéant, pu être soutenu qu'elle était représentée à l'instance y ayant donné lieu, qui a statué sur le bien-fondé en son principe d'une créance de SOC12) sur SOC1), par SOC12), qui lui avait cédé la créance.

Elle figure en outre dans les deux instances dans la même qualité, à savoir en qualité de cessionnaire de la créance de SOC12). Cette identité de qualité n'est, au regard des principes rappelés ci-avant, pas remise en cause par la circonstance que SOC2) figure dans l'instance ayant donné lieu au jugement du 29 juillet 2020 comme partie intervenante et dans la présente procédure comme partie principale.

¹⁰⁴ Répertoire Dalloz, précité, n° 688, page 96.

¹⁰⁵ HOSCHEIT, précité, n° 1036, page 591.

¹⁰⁶ Répertoire Dalloz, précité, n° 688, page 96.

¹⁰⁷ Jurisclasseur Procédure civile, précité, n° 133 et les références y citées (cette référence ayant également été citée par la défenderesse en cassation soc2) dans son mémoire en défense (page 27, dernier alinéa)).

¹⁰⁸ Répertoire Dalloz, précité, n° 690, page 96.

¹⁰⁹ Jurisclasseur Procédure civile, précité, n° 146.

¹¹⁰ Idem, n° 132.

¹¹¹ Idem, n° 148.

¹¹² Idem, n° 149.

¹¹³ Idem, n° 150.

Les conditions d'identité de partie sont donc réunies.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation

Le quatrième moyen est tiré de la violation des articles 689, alinéa 1, et 703, alinéa 1, du Nouveau Code de procédure civile, en ce que la Cour d'appel a déclaré bonne et valable la saisie-arrêt aux motifs que *« l'appelante justifie d'une créance paraissant suffisamment certaine en son principe pour établir le bien-fondé de la mesure conservatoire lui accordée par l'ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020, de sorte que l'ordonnance entreprise est à réformer en ce qu'elle a dit fondée la demande en rétractation de ladite [...] ordonnance et ordonné la mainlevée pure et simple de la saisie-arrêt pratiquée en son exécution et qu'il y a lieu de dire bonne et valable la saisie-arrêt autorisée par ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020 »*¹¹⁴, alors que, *« première branche, la Cour d'appel siégeait en l'espèce en tant que juridiction d'appel du président du tribunal d'arrondissement saisie d'une demande en rétractation d'une autorisation de saisie-arrêt ; que la compétence pour statuer sur la validité d'une saisie-arrêt, et partant pour se prononcer sur le caractère « bon et valable » de celle-ci, appartient, aux termes de l'article 703, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de procédure civile, au seul tribunal siégeant en matière collégiale ; que le président du tribunal, et partant en appel la Cour d'appel saisie de l'appel dirigé contre une ordonnance présidentielle, est dépourvu de toute compétence à cet égard ; qu'en déclarant néanmoins « bonne et valable » la saisie-arrêt, la Cour d'appel a violé l'article 703, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de procédure civile ; que, seconde branche, pour pouvoir valider définitivement une saisie-arrêt, le tribunal doit constater la certitude et la liquidité de la créance cause de la saisie-arrêt ; qu'en se contentant d'une créance « paraissant suffisamment certaine en son principe », la Cour d'appel a violé l'article 689, alinéa 1^{er}, du Nouveau Code de procédure civile ».*

Dans son quatrième moyen, la demanderesse en cassation critique la Cour d'appel d'avoir déclaré *« bonne et valable la saisie-arrêt autorisée par ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020 »*¹¹⁵. Cette déclaration serait à comprendre comme une décision sur la validité de la saisie au sens de l'article 703, alinéa 1, du Nouveau Code de procédure civile, supposant, en l'absence d'un titre exécutoire, sur base de l'article 689, alinéa 1, du même Code, une constatation relative à la certitude et à la liquidité de la créance. Or, une décision sur la validité de la saisie échapperait à la Cour d'appel siégeant, comme en l'espèce, en tant que juridiction d'appel du Président du tribunal d'arrondissement saisi d'une demande en rétractation d'une autorisation de saisie-arrêt et omettrait de surcroît de statuer sur la certitude et la liquidité de la créance.

La Cour d'appel était, en l'espèce, saisie d'une demande en rétractation de l'autorisation de pratiquer saisie-arrêt¹¹⁶. Elle conclut *« que l'appelante justifie d'une créance paraissant suffisamment certaine en son principe pour établir le bien-fondé de la mesure conservatoire lui*

¹¹⁴ Arrêt attaqué, page 9, cinquième alinéa.

¹¹⁵ Idem, page 10 (dispositif), troisième alinéa.

¹¹⁶ Idem, page 3, antépénultième alinéa.

accordée par l'ordonnance présidentielle du 29 septembre 2020 [ayant autorisé de pratiquer saisie-arrêt¹¹⁷] »¹¹⁸.

Dans ce contexte, la décision de déclarer la saisie-arrêt autorisée « *bonne et valable* » se comprend comme constatation de ce que la saisie-arrêt a été autorisée à juste titre et non comme décision relative à la validation de cette saisie.

Il en suit que le moyen manque en fait.

Conclusion

Le pourvoi est recevable, mais il est à rejeter.

Pour le Procureur général d'État
Le Procureur général d'État adjoint

John PETRY

¹¹⁷ Idem, page 2, dernier alinéa.

¹¹⁸ Idem, page 9, cinquième alinéa.