



HAL
open science

Essai sur la transmission de l'action en justice

Sreida Ung

► **To cite this version:**

Sreida Ung. Essai sur la transmission de l'action en justice. Droit. Université Paris-Saclay, 2023. Français. NNT: 2023UPASH006 . tel-04153675

HAL Id: tel-04153675

<https://theses.hal.science/tel-04153675v1>

Submitted on 6 Jul 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Essai sur la transmission de l'action en justice

Essay on the transfer of legal actions

Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay

École doctorale n° 630 – Droit, Economie, Management

Spécialité de doctorat : Droit

Graduate School : Droit. Référent : Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines

Thèse préparée dans l'unité de recherche **DANTE (Université Paris-Saclay, UVSQ)**,
sous la direction de **M. Bruno MATHIEU**, Maître de Conférences-HDR

Thèse soutenue à Guyancourt, le 24 mai 2023, par

Sreida Corinne UNG

Composition du Jury

Membres du jury avec voix délibérative

Jérémy JOURDAN-MARQUES

Professeur à l'université Lumière Lyon 2

Président

Philippe GUEZ

Professeur à l'université Paris Nanterre

Rapporteur

Gilbert PARLEANI

Professeur émérite à l'École de droit de la Sorbonne,
université Paris I Panthéon-Sorbonne

Rapporteur

Claire BOUGLE

Maître de Conférences-HDR à l'université Paris-Saclay, UVSQ

Examineur

Sandrine CLAVEL

Professeur à l'université Paris Saclay, UVSQ

Examineur

Titre : Essai sur la transmission de l'action en justice

Mots clés : action en justice, transmission, procédure civile, contrat, clause de direction du procès, clause de transfert

Résumé : Chacun est libre de disposer de son patrimoine comme il l'entend, dans le respect de l'ordre public. Il est donc libre de transférer tout ou partie de son patrimoine. Il est traditionnellement admis que l'action en justice suit le droit subjectif substantiel auquel elle est liée, tel un satellite. L'intérêt de la transmission d'une action en justice indépendamment du droit subjectif substantiel peut être difficile à appréhender, comme il est difficile de concevoir l'utilité d'un satellite qui ne graviterait autour d'aucune planète. La difficulté liée à la compréhension d'une transmission de l'action en justice indépendamment du droit subjectif auquel elle est rattachée est également liée au fait que l'action en justice n'est pas admise comme un élément distinct du patrimoine. Bien que difficile à appréhender, une telle transmission n'est pas dénuée d'intérêt tant pour le transmettant que pour le bénéficiaire de la transmission. Pour le transmettant, l'intérêt de cette transmission réside de toute évidence dans la prise en charge par une autre personne des dépenses liées au procès, plus particulièrement s'il ne peut bénéficier de l'aide juridictionnelle ou s'il ne bénéficie pas d'assurance juridique. À l'image des sociétés de financement de procès, le bénéficiaire de la transmission recevrait une sorte de rémunération pouvant consister en un pourcentage sur le résultat obtenu en contrepartie de sa prise en charge des coûts du procès. Le transmettant s'évitera donc les frais d'un procès, tout en profitant des effets du jugement sur son droit subjectif substantiel.

L'examen du droit positif force à reconnaître l'existence de figures de transmission de l'action en justice, avec ou sans le droit subjectif substantiel auquel elle est rattachée, avec ou sans le consentement de son titulaire.

La présente étude se propose d'apporter un regard critique sur ces figures de transmission et de mettre en lumière les contraintes particulières attachées à la transmission d'une action en justice indépendamment du droit subjectif substantiel auquel elle est liée.

Title: Essay on transfer of legal action

Keywords: legal action, transfer, civil procedure, contract, supervision of the proceedings clause, transfer clause

Abstract: Everyone is free to dispose of their assets as they wish, in compliance with public order. Then they are free to give all or part of their assets. It is traditionally and widely accepted that a legal action follows the substantial subjective right to which it is linked, as a satellite. It may be complex to apprehend the interest of a transfer of legal action without the substantial subjective right to which it is linked, as it may be difficult to understand the use of a satellite with no planet to orbit around. Legal actions are not considered an asset, which makes the understanding of its transfer without the substantial subjective right to which it is linked, more difficult to apprehend. Even though it is complex to understand, this transfer may be of interest. The one who gives their legal action will not have to bear the costs of a trial. This is of interest to them especially if they are not entitled to legal aid or if they don't have legal expenses insurance. As third-party funding in Common law countries, the one who receives the legal action may charge its remuneration on a percentage taken on the result of the trial. Then the giver will avoid the costs of going to court.

A review of current substantive law forces us to recognize the existence of cases of transfer of legal actions, with or without the substantive subjective right to which it is linked, with or without the consent of its holder.

This present study aims to present a critical view of these cases of transfer of legal actions and to highlight specific constraints of the transfer of legal action without the substantial subjective right to which it is linked.

université
PARIS-SACLAY

ÉCOLE DOCTORALE
Droit, Économie,
Management (DEM)



L'Université Paris-Saclay n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements et ma gratitude vont tout d'abord à mon directeur de thèse, Maître Bruno Mathieu, qui m'a ouvert les portes de cette aventure enrichissante. Je tiens ici à lui témoigner toute ma reconnaissance et mon profond respect.

Qu'il me soit également permis de remercier Mme Claire Bouglé, Maître de Conférences-HDR, Mme le Professeur Sandrine Clavel, M. le Professeur Philippe Guez, M. le Professeur Jérémy Jourdan-Marques et M. le Professeur Gilbert Parléani, qui m'ont accordé le grand honneur d'accepter de lire et de juger ce travail.

Il m'est également indispensable de remercier plus particulièrement les deux codirectrices du laboratoire DANTE, Mme le Professeur Sandrine Clavel et Mme Claire Bouglé, Maître de Conférences-HDR, pour leur aide précieuse dans l'accomplissement des derniers mètres de cette aventure marathonnienne.

Ce travail doit également beaucoup à Maître Nicolas Bouleuz, sans qui cette aventure n'aurait pu commencer. Je tiens à lui témoigner ici toute ma gratitude et mon profond respect.

Les mots viennent à manquer lorsqu'arrive le moment d'exprimer ma reconnaissance à l'égard de mes proches et leur soutien indéfectible. Je tiens à leur témoigner ma reconnaissance infinie. Qu'ils reçoivent ici toute mon affection.

Il me faut réserver une place spéciale à mon père et à ma mère. Sans leurs innombrables sacrifices, rien n'aurait été possible. Merci. Infiniment.

A ma sœur qui n'a eu de cesse de m'insuffler son courage lorsqu'il m'en manquait. Merci. Infiniment.

Enfin, à toi, Arnaud, mon futur. Ton soutien inébranlable et ta patience infinie m'ont permis de tenir tout au long de cette aventure.

SOMMAIRE

LISTE DES ABREVIATIONS	1
CHAPITRE PRELIMINAIRE : LA NATURE DE L'ACTION EN JUSTICE	4
I – LA NATURE DE L'ACTION EN JUSTICE PAR RAPPORT AU DROIT SUBJECTIF	6
II – L'ACTION EN JUSTICE, UNE « CHOSE » POUVANT ETRE TRANSMISE COMME UN BIEN ORDINAIRE ?	26
III – LA TRANSMISSION DE L'ACTION EN JUSTICE QUI N'EST PAS UN BIEN	32
<u>PARTIE I : LA TRANSMISSION CONTRACTUELLE DE L'ACTION EN JUSTICE</u>	<u>43</u>
CHAPITRE N° 1 : LES TRANSMISSIONS CONTRACTUELLES D'ACTION EN JUSTICE ADMISES EN DROIT POSITIF	45
I – LA TRANSMISSION ACCESSOIRE DE L'ACTION EN JUSTICE	46
II – LES FIGURES EXISTANTES DE TRANSMISSION DE L'ACTION EN JUSTICE A TITRE PRINCIPAL	78
CHAPITRE N° 2 : LES MODALITES D'UNE TRANSMISSION D'ACTION EN JUSTICE A TITRE PRINCIPAL	107
I – LES CONTRAINTES D'UNE TRANSMISSION AUTONOME DE L'ACTION EN JUSTICE	108
II – L'ABSENCE DE COMPATIBILITE DES FIGURES DU DROIT POSITIF AVEC LA TRANSMISSION DE L'ACTION EN JUSTICE	153
<u>PARTIE II : LA TRANSMISSION NON CONTRACTUELLE DE L'ACTION EN JUSTICE</u>	<u>189</u>
CHAPITRE N° 1 : LA TRANSMISSION DE L'ACTION EN JUSTICE PAR L'EFFET DE LA LOI ET DE LA JURISPRUDENCE	191
I – LA TRANSMISSION PAR L'EFFET DE LA LOI : LES ACTIONS REÇUES PAR TRANSMISSION HEREDITAIRE	192
II – LA TRANSMISSION PAR L'EFFET DE LA JURISPRUDENCE : L'ACTION OBLIQUE	216
CHAPITRE N° 2 : A LA RECHERCHE DE TRACES D'UNE TRANSMISSION DE L'ACTION EN JUSTICE DANS L'ACTION DE GROUPE A LA FRANÇAISE	236
I – L'ENCADREMENT D'UNE ACTION DE GROUPE A LA QUALIFICATION COMPLEXE	240
II – UNE ACTION DE GROUPE PERFECTIBLE	256
BIBLIOGRAPHIE	303
TABLE DES MATIÈRES	339

Liste des abréviations

AJ Contrat	Actualité juridique contrat
AJ famille	Actualité juridique droit de la famille
AJ Pénal	Actualité juridique droit pénal
AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJDI	Actualité juridique droit immobilier
Banque et Dr.	Banque et droit
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation (Req. : chambre des requêtes ; Civ. : chambre civiles ; Ass. Plén. : Assemblée Plénière ; Mixte : chambre mixte ; Civ. 1 ^{re} : première chambre civile ; Civ. 2 ^e : deuxième chambre civile ; Civ. 3 ^e : troisième chambre civile ; Com. : chambre commerciale ; Soc. : chambre sociale ; Crim. : chambre criminelle)
CCC	Contrats concurrence consommation
CJA	Code de justice administrative
comm.	Commentaire
Constr.-Urb.	Construction-Urbanisme
D.	Recueil Dalloz
DC	Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz
Defrénois	Répertoire Defrénois
D.H.	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. soc.	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. et proc.	Droit et procédures – la revue des huissiers de justice
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
éd.	édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
JA	Juris associations
JCI	Jurisclasseur
JCP / JCP G	La Semaine Juridique édition Générale
JCP E	La Semaine Juridique édition Entreprise et Affaires
JCP N	La Semaine Juridique édition Notariale
JCP S	La Semaine Juridique édition Sociale
JO	Journal officiel
LEDEN	L'essentiel droit des entreprises en difficultés
Loyers et copr.	Loyers et copropriété
LPA	Les Petites Affiches

Procédures	Revue Procédures
PUF	Presses universitaires de France
RCA	Revue Responsabilité civile et assurance
RD banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil Lebon
Rec. Cons. const.	Revue du Conseil constitutionnel
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RDT	Revue de droit du travail
Rev. Jur. Com. (journal des agrées)	Revue de jurisprudence commerciale (ancien journal des agrées)
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RPC	Revue des procédures collectives
RRJ	Revue de la recherche juridique
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey

Toute chose peut se déplacer d'un patrimoine à un autre, selon la volonté des parties, pour peu qu'elle ne soit pas placée hors commerce et affectée d'une inaccessibilité. Le terme de choses recouvre ainsi tant ce qui est matériel et ce qui est immatériel. Cette chose se déplace, en principe, accompagnée des actions en justice qui y sont attachées. Avec un esprit errant on pourrait imaginer des actions en justice effectuant ce même mouvement, seules, sans la chose à laquelle elles sont liées. L'imaginer nécessite une torsion de l'esprit. Tout comme il est difficile de trouver une utilité à un couteau sans manche, il est ardu de trouver une utilité pour le récipiendaire à une action en justice transférée sans la chose à laquelle elle se rattache. Une action en justice constitue le moyen pour son titulaire de faire reconnaître par un juge les droits qu'il détient et auxquelles elle se rattache ou de faire sanctionner le non-respect de ces droits par un juge. On conçoit avec un peu de difficulté l'intérêt que pourrait avoir le récipiendaire à conclure une convention par laquelle seule l'action en justice lui serait transmise, sans la chose à laquelle elle se rattache. La figure du mandat apparaît lorsqu'on envisage un tel mouvement. Le mandataire muni de son mandat se retrouve à exercer l'action en justice du mandant mais uniquement au nom et pour le compte du mandant, et en contrepartie d'une rémunération. Le résultat de l'action – positif ou négatif – reviendra entre les mains du mandant. L'examen ultérieur de cette figure révélera l'absence de transfert de l'action, le mandat étant une forme de représentation. Cette idée de rémunération apparaît néanmoins intéressante. Il pourrait être imaginé que le récipiendaire perçoive une sorte de rémunération, de contrepartie telle qu'un pourcentage sur le résultat obtenu, à l'instar des sociétés de financement de procès, en contrepartie de sa prise en charge des coûts liés au procès. L'intérêt à transmettre une action sans se départir de son droit subjectif substantiel réside de toute évidence dans les coûts liés au procès. La justice n'est pas gratuite. La première instance à elle seule présente un coût certain et non négligeable pour celui qui n'est pas éligible à l'aide juridictionnelle ou qui ne bénéficie pas d'une protection juridique. Le transmettant s'évitera alors les frais d'un procès et le jugement obtenu aura des effets sur sa situation, sur son droit subjectif substantiel dont il aura conservé la propriété.

L'examen du droit positif nous force à reconnaître l'existence de mouvements traduisant la transmission de l'action en justice par le biais d'un contrat ou en dehors de toute relation contractuelle. Et si les excellents travaux sur ce sujet nous apportent un

admirable éclairage, les récentes réformes nous amènent à repenser la question et à s'interroger sur la pertinence des figures utilisées par la pratique pour opérer ce mouvement de transfert d'une lame – aiguisée ou non – sans son manche. A supposer qu'on puisse admettre le transfert d'une action en justice à titre principal on pourrait alors imaginer qu'un tel transfert soit inefficace sans le transfert du droit subjectif substantiel auquel elle se rattache, à l'image d'une lame sans manche. Pourtant force est de constater la pratique en droit positif de transfert d'actions en justice d'un patrimoine à un autre, exercées par des personnes autres que leur titulaire initial en leur nom propre, avec ou non l'intervention d'un contrat. Un autre obstacle vient se dresser : les sourcils se froncent lorsqu'il s'agit de mêler la justice et l'argent, ce qui risque d'arriver en introduisant dans le commerce l'action en justice et en créant ainsi un marché de la justice.

La transmission contractuelle de l'action en justice sans le droit subjectif substantiel auquel elle est liée traduit la rencontre entre la liberté contractuelle de chacun encadrée par le droit des obligations et les contraintes imposées par les règles processuelles et tenant à la nature de ce qui est transféré.

L'étude des manifestations de la transmission de l'action en justice conduit à s'interroger sur une application plus large de ce transfert. On peut céder à titre onéreux tout élément de son patrimoine sous réserve qu'il ne figure pas parmi les choses hors commerce et qu'il ne soit pas affecté d'une incessibilité. Le droit positif a admis ponctuellement la transmission de l'action en justice. Ce transfert est donc possible et reconnu. Il apparaît alors intéressant de s'interroger sur une transmission d'une action en justice en dehors des situations reconnues par le droit positif. Un tel transfert ne peut être similaire à la transmission d'un bien lambda tel qu'une chaise, par exemple. Des conditions particulières tenant à la nature même de l'action en justice viennent s'ajouter aux conditions communes du droit des contrats. C'est ce qui a dirigé cet essai.

La transmission de l'action en justice se manifeste à plusieurs endroits en droit positif, sans que ne soit retenue une définition satisfaisante de ce qui est transmis : l'action en justice. C'est la raison pour laquelle, préalablement à l'étude des manifestations de la transmission de l'action en justice, il est nécessaire de s'intéresser à

la nature de l'action en justice dans un chapitre préliminaire. L'étude de ces manifestations amène à opérer une distinction parmi elles, selon l'intervention d'un contrat liant l'ancien titulaire de l'action à celui qui va exercer l'action en justice. Une première partie sera ainsi consacrée aux transmissions contractuelles de l'action en justice, tandis qu'une seconde partie s'intéressera aux hypothèses dans lesquelles l'action en justice est exercée par une autre personne que son titulaire initial, en dehors de tout contrat.

Chapitre préliminaire :
La nature de l'action en justice

La volonté contractuelle des parties est souveraine sous réserve que leur convention ne porte pas atteinte à l'ordre public. Énoncée par les anciens articles 1131 et 1133 fondus dans un nouvel article 1162 du Code civil, cette restriction prévoit que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Les parties peuvent donc convenir de transférer un bien – c'est-à-dire une richesse susceptible d'appropriation – dans le patrimoine de l'une d'entre elles, toujours sous réserve du respect de l'ordre public. Parmi ces richesses, on distingue entre les choses – c'est-à-dire toute entité matérielle ou incorporelle qui existe dans la réalité, indépendamment de toute relation avec une personne – et les droits qui consistent en une relation établie par le système juridique entre une personne et une chose ou entre deux personnes¹.

L'action en justice pourrait-elle être regardée comme une richesse susceptible d'appropriation ? Pourrait-elle faire en tant que tel l'objet d'une transmission d'un patrimoine à un autre ? La nature particulière de l'action en justice ne constituerait-elle pas un obstacle insurmontable à sa transmission ? L'examen du droit positif révèle qu'il admet une telle transmission tout en demeurant taise sur la nature de l'action en justice. L'absence de piste satisfaisante sur sa nature complexifie l'appréhension de la transmission de l'action en justice. Le chemin vers la compréhension de la transmission de cette « chose » particulière qu'est l'action en justice est d'autant plus obscurci que l'exercice de l'action en justice implique l'intervention de deux domaines de droit différents : le droit processuel et le droit civil.

La recherche d'une réponse nécessite de s'intéresser au préalable à la nature même de l'action en justice par rapport au droit subjectif substantiel dont elle vise à obtenir la reconnaissance ou l'exécution auprès d'un juge (I) puis de la confronter à la notion même de bien (II). Et bien que l'étude nous conduira à conclure que l'action en justice n'est pas un bien ordinaire, ni même un bien, force est de constater que la pratique fait fi de sa nature et plus encore, le droit positif, tant de la part du législateur que de la

¹ Ainsi que le soulignait M. Rémy Libchaber, « la ligne de partage entre les biens ne sépare pas ce qui est matériel de ce qui ne l'est pas, mais ce qui n'existe que dans les relations juridiques de ce qui existe en dehors d'elles » (*Répertoire de droit civil*, v° les biens, Dalloz, mai 2016, dernière actualisation : décembre 2019, n° 45).

part de la jurisprudence, a admis, à plusieurs reprises, la transmission de l'action en justice sous couvert de plusieurs procédés (III).

I – La nature de l'action en justice par rapport au droit subjectif

Lorsque toute tentative de définition se solde par un échec, il ne reste plus qu'un seul recours, la définition d'une chose par rapport à une autre. Nombreux sont ceux qui se sont prêtés à l'exercice de la définition de l'action en justice par rapport au droit subjectif substantiel dont elle vise à obtenir la reconnaissance ou l'exécution auprès d'un juge, sans pour autant parvenir à un résultat complètement satisfaisant. Souvent confondue à maintes reprises avec le droit subjectif substantiel auquel elle est liée, force est de constater que l'action en justice se distingue du droit subjectif substantiel dont elle a vocation à obtenir la reconnaissance ou l'exécution par le juge (A). La division à laquelle a donné lieu l'exercice de la définition de l'action en justice a conduit une figure éminente de la doctrine à adopter une approche différente : à envisager l'action en justice comme un droit subjectif (B).

A – Une distinction discutée entre le droit subjectif substantiel et l'action en justice

La nature obscure de l'action en justice a opposé les subjectivistes (1) aux objectivistes (2).

1. La conception subjectiviste de l'action en justice : la confusion entre l'action en justice et le droit subjectif substantiel

L'approche subjectiviste de l'action en justice, notamment portée par Savigny², voit dans l'action en justice, le droit subjectif substantiel, dont elle vise à obtenir

² Friedrich Carl von Savigny considérait ainsi que « l'action n'était qu'une métamorphose du droit subjectif (...) le droit subjectif substantiel lui-même mis en mouvement » (cité par Henri Motulsky dans *Le droit subjectif et l'action en justice*, Archives de Philosophie du droit, 1964, p. 217).

la reconnaissance devant un juge, et plus précisément ce droit subjectif métamorphosé. Elle assimile ainsi l'action en justice au droit subjectif « en mouvement » ou du moins, à la possibilité d'un mouvement du droit subjectif substantiel. Se joignant à cette approche, Demolombe avait distingué l'action en justice, du droit subjectif substantiel en qualifiant le droit subjectif de « droit à l'état de paix » et l'action en justice, de « droit à l'état de guerre »³. Comme Glasson et Tissier ont pu le poser, « pas de droit, pas d'action », c'est-à-dire qu'il ne pourrait pas exister d'action sans droit substantiel auquel elle servirait de bouclier. Ils ont ainsi proposé de définir l'action en justice comme « un pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge la protection de ce droit »⁴.

Le caractère artificiel de cette approche a rapidement été mis en lumière : un droit subjectif substantiel ne peut être confondu avec l'action en justice destinée à le sanctionner. En outre, affirmer qu'aucune action ne pourrait exister sans droit subjectif substantiel auquel elle servirait de bouclier, conduit inévitablement à nier l'existence des droits sans action et des actions sans droit.

Les actions sans droit désignent deux situations. En premier lieu, elles recouvrent les situations dans lesquelles le plaideur agit en justice sans avoir de droit, et est donc voué à perdre procès. Ses demandes seront jugées certes recevables mais déclarées, au final, mal fondées. Cette première situation illustre bien la disjonction entre l'action en justice et le droit subjectif substantiel : le droit subjectif substantiel relève des conditions relatives au bien-fondé des prétentions du plaideur et l'action en justice, des conditions tenant à leur recevabilité. En second lieu, les actions sans droit désignent également les actions ayant pour objet la sauvegarde non pas de droits subjectifs mais de simples intérêts⁵, telles que le recours pour excès de pouvoir. Barthélémy⁶ ou encore

³ « L'action enfin, c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix » (Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon, IX, traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, tome 1^{er}, volume 1^{er}*, 4^e éd., Durand & Pedone Lauriel/Hachette & Cie/Cosse, Marchal et Billard, Paris, 1870, n° 338, p. 191).

⁴ Ernest-Désiré Glasson et Albert Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., t. I, Sirey, Paris, 1925, n° 172, p. 423.

⁵ Gérard Cornu, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12^e éd., Montchrestien LGDJ (collection Domat Droit privé), Paris, 2005, n° 153, p. 68.

⁶ Joseph Barthélémy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899.

Bonnard⁷ avaient suggéré l'idée que les contribuables jouissent d'un « droit subjectif à la légalité » dont la violation ouvrirait un recours en annulation à caractère subjectif⁸. Une telle affirmation ne paraît toutefois pas être solide, la légalité étant objective et abstraite. La légalité n'est protégée que pour sauvegarder l'intérêt général et pas nécessairement au profit des justiciables. Dans la même lignée, Hauriou avait efficacement mis en avant le caractère objectif du recours pour excès de pouvoir⁹, qui révélerait l'existence d'un contentieux objectif, à savoir d'actions en justice ayant pour objet non pas l'exécution ou la reconnaissance d'un droit substantiel, mais la légalité pure et abstraite. Il avait ainsi expliqué que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le requérant ne sollicitait pas du juge la reconnaissance et la protection de son droit, mais plutôt le respect de la légalité ou de la moralité administrative à laquelle il prétendait qu'une atteinte a été portée par un acte de l'administration. Il suffit donc au requérant alléguant un excès de pouvoir d'établir qu'il a un intérêt à ce que l'acte administratif litigieux soit annulé. Comme l'a relevé Hauriou, il n'est pas nécessaire que cet intérêt résulte d'un droit¹⁰. Il est allé plus loin encore en affirmant que dans le contentieux civil, il ne serait pas certain que l'allégation d'un droit soit nécessaire pour rendre une action recevable. Il suffirait d'alléguer d'un intérêt à agir¹¹. Il en résulte que la seule règle dont on peut être sûr est la suivante : « sans intérêt, pas d'action ». Hauriou a par la suite réintroduit le droit parmi les conditions de recevabilité de l'action¹², en relevant dans le même temps qu'il ne s'agissait que d'un droit prétendu et qui pouvait l'être à tort, et que l'existence de ce droit n'était exigée que pour le succès au fond de l'action. Pour que l'action soit recevable, il faut donc soit prétendre qu'un droit a été lésé, soit justifier d'un intérêt légitime. Pourtant il existe des cas dans le contentieux judiciaire d'actions valablement intentées et déclarées recevables sans qu'aucun droit ne fonde leur action. Par exemple, il arrive qu'un justiciable s'adresse au juge pour trancher une question de droit objectif. Hauriou a pu notamment exprimer à propos de l'action en justice que « les actions en justice ne sont et

⁷ Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé. Etude de droit administratif comparé*, 1934, ré-édition Dalloz, Paris, 2006, 266 p., p. 66.

⁸ V. en ce sens : Henry Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e éd., Rousseau et Cie, Paris, 1933, p. 1125 ; en ce sens : Louis Rolland, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 1957, n^o 373 ; Jean Appleton, *Traité élémentaire de contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 1927, p. 35 et 554.

⁹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, présentation par Jacky Hummel, 2^e éd., Dalloz, 2015, ré-éd. de la seconde édition parue 1929 à la Librairie du Recueil Sirey, p. 382, note 1.

¹⁰ M. Hauriou, *Les éléments du contentieux*, Toulouse : Impr. et librairie E. Privat (collection Recueil de législation de Toulouse), 1905, p. 33.

¹¹ M. Hauriou, *op. cit.*, p. 34.

¹² M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 376-377.

ne peuvent être que des actions en justice »¹³.

Les droits sans action renvoient, quant à eux, aux situations dans lesquelles le titulaire d'un droit subjectif substantiel voit ses prétentions relatives à ce droit déclarées irrecevables, même si elles sont bien fondées. Telle est la situation du créancier d'une obligation naturelle, une obligation dont le créancier ne peut exiger l'exécution selon l'ancien article 1235, devenu l'article 1302, du Code civil. Un autre exemple peut être trouvé dans la répétition de l'indu. Pour obtenir la répétition de ce qui a été volontairement acquitté par le *solvens* entre les mauvaises mains, il faut que celui qui a reçu le paiement du *solvens* ne soit pas le créancier, peu important que le créancier ne soit pas recevable à exiger le paiement de sa créance devant un juge. Comme le dispose l'ancien article 1186, devenu l'article 1305-2, du Code civil, « ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance ; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété ». Le créancier qui aurait été irrecevable à demander le paiement avant la déchéance du terme est toutefois fondé à recevoir le paiement, qui ne peut être répété.

Ces situations de droits sans action s'illustrent également dans les conditions de la compensation. La compensation légale ne s'opère que si les dettes réciproques sont certaines, liquides et exigibles. Le créancier ne peut donc pas agir en justice tant que sa créance n'est pas exigible. Ainsi il est titulaire d'une créance, un droit subjectif substantiel, mais il ne peut pas agir en justice pour obtenir l'exécution de sa créance tant qu'elle n'est pas exigible. La compensation légale ne pourra donc pas opérer, sous réserve du nouvel article 1347-3 (ancien article 1292) du Code civil qui dispose que « le délai de grâce ne fait pas obstacle à la compensation ». La compensation judiciaire impose seulement que les créances réciproques soient certaines et connexes. La condition d'exigibilité disparaît. La compensation judiciaire pourra donc être opposée par le créancier qui n'était pas recevable à agir en paiement de sa créance, faute d'être exigible, à l'encontre de l'action en paiement de son créancier. Il a ainsi pu être jugé que l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire n'empêchait pas la compensation légale à condition que le créancier ait déclaré sa créance au passif de la

¹³ Cité par Henry Vizios, *Etudes de procédure*, préface de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, rééd., 2011, p. 132.

procédure¹⁴. Là encore, en l'absence de réunion de ces conditions, le créancier titulaire d'une créance ne pourra pas opposer la compensation à son débiteur créancier.

Le créancier bénéficiaire d'un cautionnement se retrouve également avec un droit sans action, à l'égard de la caution. En effet sa créance est garantie par un cautionnement dont le créancier ne pourra exiger l'exécution qu'en cas de défaillance de son débiteur. Il dispose donc d'un droit à l'égard de la caution mais qui ne sera exigible qu'en cas de défaillance de son débiteur. Cette situation va plus loin si le débiteur bénéficie d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire : le créancier pourra agir contre la caution non pas à compter de la défaillance avérée de son débiteur, mais uniquement à compter du jugement adoptant le plan de sauvegarde ou de redressement ou prononçant l'ouverture d'une procédure de liquidation¹⁵. Dans la même lignée, le créancier se retrouve également avec un droit sans pouvoir en exiger l'exécution, lorsque la caution s'oppose *ab initio* à son appel au paiement en lui reprochant la perte du bénéfice de subrogation par la perte d'un droit préférentiel¹⁶ quand le créancier a négligé de déclarer sa créance au passif du débiteur. Ce droit préférentiel doit conférer au créancier « un avantage particulier pour le recouvrement de sa créance »¹⁷. Ce moyen prévu par l'article 2314 du Code civil, se justifie par le fait que la caution n'a pas vocation à contribuer au paiement de la dette. Elle « avance » simplement les fonds pour le débiteur. Lorsque la caution désintéresse le créancier, elle est subrogée

¹⁴ Cass. Com., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-16.758, *Bull. civ.* n° 66 ; *D.* 2011. 1215, obs. Alain Lienhard ; *D.* 2011. 2076, obs. François-Xavier Lucas ; *D.* 2012. 1573, obs. Pierre Crocq ; *RTD com.* 2011.635, obs. Arlette Martin-Serf ; *RTD civ.* 2011. 535, obs. Bertrand Fages ; Cass. Com., 19 juin 2012, pourvoi n° 10-21.641, *Bull. civ.* n° 129 ; *D.* 2012. 1669, obs. A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2012. 534, obs. Laurence-Caroline Henry ; Cass. Com., 11 octobre 2016, *inédit*, pourvoi n° 14-20.581 ; *Rev. sociétés* 2017, p. 160, obs. Isabelle Dauriac ; *JCP E* 2016. 1681, note Christine Lebel ; *RDBF* 2017, n° 89, obs. Caroline Houin-Bressand.

¹⁵ Articles L. 622-21, L. 622-28, alinéa 2, et L. 631-14 (par renvoi) du Code de commerce.

¹⁶ Selon une doctrine éminente, il convient d'entendre par « droit préférentiel », le « droit s'ajoutant au droit de gage général afin de rendre plus sûre l'action du créancier contre le débiteur, donc le recours de la caution ; ce qui comprend : d'abord les sûretés au sens technique [...], ensuite les avantages dont dispose le créancier qui ne sont pas des droits de préférence à proprement parler, mais qui lui évitent de subir le concours des autres créanciers, ou rendent plus facile le recouvrement de la dette » (P. Crocq, Laurent Aynès, *Les sûretés et la publicité foncière*, LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 7^e éd., 2013, n° 283, p. 123).

¹⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 21 mars 1984, pourvoi n° 83-10.035, *Bull. civ.* n° 111 ; Cass. Com., 8 juin 1999, *inédit*, pourvoi n° 96-13.333 ; Cass. Com., 24 avril 2007, *inédit*, pourvoi n° 04-13.898 ; pour application : à propos du défaut de déclaration de créance : Cass. Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 09-71.113, *Bull. civ.* n° 118 ; Cass. Com., 19 février 2013, pourvoi n° 11-28.423, *Bull. civ.* n° 26 ; à propos du droit de gage : Cass. Civ. 1^{re}, 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-21.126, *Bull. civ.* n° 144 ; à propos d'un nantissement d'un fonds de commerce : Cass. Com., 8 mars 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-14.632.

dans les droits du créancier désintéressé à l'égard du débiteur. La négligence du créancier l'empêche d'agir contre la caution. Il se retrouve ainsi dans une situation dans laquelle il ne peut exiger l'exécution forcée de sa créance du fait de l'arrêt des poursuites. Il est donc titulaire d'un droit sans action.

Enfin cette situation de droit sans action se manifeste aussi chez l'ayant cause dans des hypothèses bien particulières. En principe celui qui reçoit un droit réel ou un droit personnel se retrouve dans la même situation que celui qui transmet ce droit¹⁸. Ce principe n'est pas absolu et doit être nuancé. Parfois il arrive que l'ayant cause jouisse du droit transmis mais pas des actions que le transmettant aurait pu engager. Il se retrouvera donc dans une situation dans laquelle il est titulaire d'un droit mais où il ne pourra pas exercer certaines actions attachées à ce droit. Par exemple, tel est le cas de l'action en réparation de dommages qui se sont produits antérieurement à la vente qui n'est pas transmise au cessionnaire¹⁹, ou encore de l'action en nullité d'un contrat pour le dol dont aurait été victime le cédant, en dépit de la subrogation générale qui s'est opérée avec l'acte de cession²⁰. La jurisprudence est allée encore plus loin en estimant qu'en l'absence de disposition légale, les actions « attachées à la chose » sont celles qui en constituent « l'accessoire », donc « un droit ou une action qui n'a pas d'autre finalité que d'en renforcer la valeur ou d'en favoriser le recouvrement ; une prérogative dont l'exercice ne peut être profitable qu'au titulaire, quel qu'il soit ». *A contrario* les droits ou actions qui ne sont pas l'accessoire de la chose transmise, ne sont pas transmis aux héritiers ou aux ayants cause à titre particulier.

¹⁸ Comme l'ont souligné MM. les Professeurs Charles Aubry et Charles Frédéric Rau, « le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt de la chose, corporelle ou incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose comme qualité active, ou qui en sont devenus des accessoires » (Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, tome 2, 5^e éd. revue et remise au courant de la législation et de la jurisprudence par Gaston Rau et Charles Falcimaigne, avec la collaboration de Maurice Gault, Marchal et Billard, Paris, 1897, § 176, p. 97 et 98).

¹⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 25 janvier 1983, pourvoi n° 81-13.636, *Bull. civ. n° 26* ; Cass. Civ. 3^e, 18 juin 1997, pourvoi n° 95-18.254, *Bull. civ. n° 149* ; *RTD civ.* 1997.964, obs. Pierre-Yves Gautier ; *JCP N* 1998.707, n° 12, obs. François Vialla ; *RCA* 1997, n° 296 ; Cass. Civ. 3^e, 4 décembre 2002, pourvoi n° 01-02.383, *Bull. civ. n° 250* ; *JCP* 2003. II. 10058, note Patrice Jourdain ; *Defrénois* 2003. 245, obs. R. Libchaber ; *Defrénois* 2003. 463, obs. Christian Atias ; *Defrénois* 2003. 1281, obs. Hugues Périnet-Marquet ; Cass. Civ. 3^e, 17 novembre 2004, pourvoi n° 03-16.988, *Bull. civ. n° 207* ; *JCP N* 2006. 1002, note Jacques-Antoine Gravillou ; *RDC* 2005. 347, obs. Philippe Brun ; Cass. Civ. 3^e, 7 décembre 2005, pourvoi n° 04-12.931, *Bull. civ. n° 244*.

²⁰ Cass. Civ. 3^e, 18 octobre 2005, pourvoi n° 04-16.832, *Bull. civ. n° 197* ; *AJDI* 2006. 270, note Vivien Zalewski ; *RDC* 2006. 471, obs. Yves-Marie Serinet.

L'existence de ces droits sans action et de ces actions sans droit pose ainsi un obstacle à la validité de la thèse subjectiviste de l'action en justice.

2. La difficile distinction entre l'action en justice et le droit substantiel

Les processualistes modernes s'accordent pour distinguer l'action du droit subjectif substantiel qu'elle a vocation à protéger et dans le même temps, pour reconnaître l'existence d'un contentieux objectif ayant pour vocation le respect d'une légalité abstraite et pure²¹. Duguit considérait qu'au regard de cette distinction, l'action en justice ne pouvait être confondue avec le droit subjectif substantiel dont elle a vocation à faire reconnaître l'existence ou à obtenir l'exécution devant un juge. Pour Duguit, l'action est la plus parfaite et la plus énergique des voies de droit. Il a défini la voie de droit comme tout moyen établi pour assurer l'obéissance à la règle de droit qui tend à lui donner une sanction directe ou indirecte, et qui déclenche la contrainte sociale²². Il a expliqué l'ensemble du contentieux par la notion de répression de la violation à la loi : une personne peut s'adresser à un juge pour lui demander de constater une violation ou une atteinte à la loi et de rendre une décision qui soit la conséquence logique de cette constatation, donc qui sanctionne l'atteinte à la règle de droit. Et c'est dans cette faculté que réside l'action en justice. Elle n'est pas un droit propre, ni un simple aspect du droit. A supposer exacte la conception traditionnelle de l'action en tant que le droit substantiel mis en mouvement, l'action ne serait alors qu'une apparence. Il n'y aurait alors qu'un seul droit, celui qui est mis en œuvre. C'est là l'un des défauts de la conception subjectiviste de l'action : l'ouverture d'une action n'implique pas nécessairement l'existence d'un droit subjectif. Duguit rejoint ici l'analyse d'Hauriou : une personne peut valablement agir en justice en alléguant la seule violation de la loi. Il poursuit son apagogie en s'interrogeant sur la nature du droit subjectif servant de fondement à l'action

²¹ Henry Solus et Roger Perrot, *Droit judiciaire privé. Tome 1, Introduction notions fondamentales de l'organisation judiciaire*, Sirey, Paris, 1961, n° 106, p. 105 à 108 ; Jean Vincent, *Précis de procédure civile*, 16^e éd., Dalloz (collection Précis Dalloz), 1973, n° 13, p. 28 et 29 ; G. Cornu et Jean Foyer, *Procédure civile* [1958], 3^e éd., PUF (collection Thémis Droit privé), Paris, 1996, n° 73, p. 315 et 316 ; Yves Desdevises, « Fasc. 500-60 : Action en justice. – Généralités », *JCl. Procédure civile*, n° 15 et s., actualisé par Olivier Staes, dernière actualisation : 5 novembre 2019.

²² Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel, tome 1 : La règle de droit – Le problème de l'Etat*, 3^e éd., E. de Boccard, Paris, 1927, § 25, p. 225 ; H. Vizioz, *op. cit.*, p. 133.

publique. La faculté reconnue au particulier de déclencher les poursuites a pour but de favoriser la répression, donc dans un intérêt public. A suivre la conception subjectiviste de l'action en justice, on vient à imaginer un droit à la répression résultant de l'infraction, dont le sujet passif serait l'auteur de l'infraction, et dont le sujet actif serait celui qui exerce l'action publique. L'auteur de l'infraction, en vertu du lien de droit qui le lie à la victime, serait juridiquement obligé de se soumettre à la poursuite et à la répression, de se présenter à la justice et de subir la peine. Or ni la loi ni la doctrine n'a jamais évoqué pareille obligation. Lorsque le particulier met en mouvement l'action publique, il agit davantage dans l'intérêt collectif que dans son propre intérêt, et lorsque l'action publique est exercée par le Ministère public, il fait uniquement ce que la loi lui ordonne d'accomplir dans une situation donnée.

Le contentieux objectif s'illustre tout particulièrement en matière pénale où, comme l'a démontré Duguit²³, l'existence d'un droit subjectif à la punition est inconcevable. Dans notre État de droit, les citoyens ont renoncé à se faire justice eux-mêmes et ont convenu de confier leurs litiges entre les mains expertes d'un juge. Les actions appartenant au Ministère public en matière civile sont l'exemple le plus flagrant du contentieux objectif. Leur vocation va au-delà des simples intérêts privés : elles visent à protéger l'ordre public. On croise cette même vocation chez les actions en nullité absolue du mariage, celles en interdiction ou encore en déchéance de la puissance paternelle.

Ce consensus sur l'action en justice s'arrête là et cesse d'être lorsque se pose la question épineuse de la détermination de ce qui relève du contentieux objectif et de ce qui relève du contentieux subjectif.

Roubier²⁴ a proposé de distinguer ces deux contentieux en recourant à la notion de situation juridique. Il fait correspondre à cette notion, un réseau de prérogatives et de devoirs. Lorsque l'élément prérogative prend le dessus, on serait en présence d'un

²³ Léon Duguit, *op. cit.*, p. 226.

²⁴ Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques* [1963], préface de David Deroussin, Dalloz (collection Philosophies du droit), 2005 (réimpression de 1963).

droit subjectif ; à l'inverse, si l'élément devoir prédomine, il s'agit alors d'une situation juridique objective. Il a ainsi constaté que le rôle de l'action en justice diffère selon qu'il s'agit d'une situation juridique objective ou d'un contentieux subjectif. Ainsi pour Roubier, l'action en revendication et la poursuite en contrefaçon par exemple ont un caractère subjectif. A l'instar de Demolombe, il a considéré qu'il s'agissait là du droit de propriété ou du droit de ce qui a été breveté, « *en mouvement* ». Et dans les actions en responsabilité, en concurrence déloyale, en nullité, en déchéance, en résolution ou encore dans les actions de *in rem verso*, ce serait non pas l'élément prérogative qui domine mais l'élément devoir, et plus précisément un élément devoir qui a été violé. Il inclut donc dans le contentieux objectif un grand nombre d'actions, élargissant ainsi son domaine.

Pour le processualiste italien, Chiovenda, l'action serait un droit vis-à-vis de l'adversaire mais sans obligation correspondante²⁵. Elle serait « le pouvoir juridique de réaliser la condition pour la mise à exécution (*attuazione*) de la volonté de la loi », ou encore « le pouvoir de produire, moyennant la demande en justice, l'effet juridique de la mise à exécution de la loi », ou plus simplement « le pouvoir de réclamer la mise à exécution de la loi ». Au soutien de ses affirmations, Chiovenda a démontré qu'elle serait un droit subjectif dont le sujet actif serait celui à qui appartient le pouvoir de produire l'effet juridique de la mise à exécution de la loi par le juge, et dont le sujet passif serait celui vis-à-vis de qui ce pouvoir appartient, et sur la condition juridique de qui influencera l'exercice de ce pouvoir. Il serait donc soumis aux effets juridiques susmentionnés et ne pourrait pas s'y soustraire. L'action n'étant alors qu'un droit sans obligation correspondante, elle relèverait de la catégorie des droits potestatifs que Chiovenda analyse comme un pouvoir de produire, à la charge de certaines personnes déterminées, et en faveur de l'ayant droit, un effet juridique auquel cet ayant droit a intérêt. Ce « droit d'action » n'appartiendrait alors qu'à celui qui peut réclamer la protection de ses droits, donc qu'à celui dont la demande est déclarée recevable et fondée.

Vizioz²⁶ ne partage pas cette analyse qui entretient une confusion entre l'action et la prétention soumise au juge : faire dépendre l'existence de l'action, du succès

²⁵ G. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti ; Principii*, 4^e éd., Bologne, N. Zanichelli, 1903, p. 43 et s.

²⁶ H. Vizioz, *op. cit.*, p. 127.

de la demande reviendrait à confondre le résultat recherché avec le moyen juridique de parvenir à ce résultat. En outre, il lui a également fait grief d'ignorer l'action publique. A suivre l'analyse de Chiovenda, le droit d'action se ramène au pouvoir de faire la demande en justice : or la demande est l'exercice du pouvoir d'action et non son objet.

Cette division n'aboutit pas à un résultat satisfaisant. Une figure émérite de la doctrine, rejoint par d'autres éminents auteurs, a proposé une approche différente pour distinguer le contentieux objectif du contentieux subjectif, consistant à envisager l'action en justice elle-même comme un droit subjectif.

B – L'action en justice, elle-même un droit subjectif ?

Motulsky²⁷ a adopté une approche différente face à ce dissensus sur la frontière entre le contentieux subjectif et le contentieux objectif. Il a commencé par distinguer deux conceptions du droit subjectif : sa conception philosophique et sa conception purement juridique. Ainsi les revendications résultant de la nature, de la destinée et de la communauté humaines et que l'on désigne par le terme de « droit subjectif » – le droit au travail ou le droit à la culture par exemple – n'entreraient dans le domaine du droit que si elles sont consacrées par une règle de droit. On ne devrait alors désigner par « droit subjectif » que ce que la règle de droit désigne comme tel.

Reste à savoir ce que la règle de droit reconnaît comme « droit subjectif ». Pour répondre à cette question, Motulsky est revenu sur la structure de la règle de droit, empruntant les termes à Rudolf Stammler : la règle de droit se compose d'une présupposition suivie d'un effet juridique qui correspond à l'impératif de la règle de droit. Ainsi la règle de droit puisée dans le droit substantiel ne peut consacrer qu'un droit substantiel. Pour que ce droit substantiel puisse donner lieu à une décision de justice, il est nécessaire de faire appel à une autre règle de droit ayant trait, cette fois-ci, à la procédure qui aboutit à une décision de justice. S'ébauche ici la vocation de l'action en justice au

²⁷ H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 85 et s.

regard des droits subjectifs.

Cette autre règle de droit présiderait, selon Motulsky, la détermination de la nature de l'action en justice ; ce qui invaliderait la conception subjective de l'action en justice en tant que droit subjectif substantiel en mouvement, la règle de droit consacrant le droit subjectif substantiel demeurant silencieuse sur la règle de droit ayant trait à la procédure. Or si on revient à la structure de la règle de droit, le droit subjectif substantiel ne pourrait exister que grâce à l'impératif de la règle de droit. Donc l'action qui postule une règle de droit différente de celle consacrant le droit substantiel, ne peut être une simple transformation de ce droit substantiel.

Dans la même lignée, Duguit a considéré que l'action en justice, alors même qu'elle soulève une question de droit subjectif, ne pouvait pas être confondue avec le droit sur lequel on demande au juge de statuer, puisqu'il est demandé au juge de statuer sur l'existence de ce droit. Si le demandeur ne parvient pas à justifier de son droit, sa demande sera certes rejetée mais l'action aura été introduite et déclarée recevable. Duguit poursuit son propos en excluant de la définition de l'action en justice, tout droit propre, spécial, qualifiant cette conception de « fausse » et d'« inutile »²⁸. Le défendeur ne saurait être le sujet passif de ce droit. D'une part, il n'y a pas toujours de défendeur. D'autre part, même s'il y en avait un, il n'est pas tenu de se défendre. L'exercice d'une action en justice ne fait naître aucun droit à l'encontre du défendeur, de même ce dernier ne viole aucun droit, qu'il fut subjectif ou objectif, en ne se présentant pas devant le juge. Est-il besoin de préciser qu'en intentant une action en justice, c'est du juge que le demandeur veut obtenir une prestation : celle qu'il statue sur ses demandes. Pour autant le juge statue sur les demandes uniquement parce que la loi le lui ordonne. Le droit d'action ne serait donc qu'un droit au regard de l'Etat dont l'obligation sera exécutée par les agents de l'Etat. Qu'en est-il lorsque l'action est intentée par le Ministère public, un agent public ? Un agent public qui agit au nom de l'Etat serait investi d'un droit subjectif contre l'Etat... Cela ne fait pas sens. En outre, à supposer que l'action soit un droit, la situation du représenté est difficilement compréhensible, le titulaire du droit d'action est le représentant qui va agir, et non la personne dans l'intérêt duquel il va agir. Donc les effets

²⁸ L. Duguit, *op. cit.*, § 28, p. 300 à 307 ; § 44, p. 477.

de l'action devraient s'appliquer au seul représentant. Duguit en a conclu qu'il n'existait pas de droit d'action. L'action ne serait pas un droit propre, ni la mise en œuvre d'un droit préexistant. Lorsque l'exercice de l'action aboutit à un heureux résultat pour le demandeur, ce dernier obtient alors un avantage et la possibilité d'agir peut constituer déjà en soi une richesse, ou du moins l'espérance d'une richesse, donc un bien au sens économique. De ce point de vue, l'action en justice paraît alors comme une richesse, qui pourrait donc être transmise. Mais comme le souligne Duguit, il serait inexact de l'assimiler à un bien²⁹.

Pour Duguit, l'action se ramènerait à la demande en justice. Lorsque le demandeur s'adresse au juge, il accomplit un acte conforme à la loi, avec l'intention que s'ensuivent certains effets. Il accomplit donc un acte juridique qui correspond à la demande en justice. Cette dernière manifeste l'utilisation d'une voie de droit ouverte à tous, d'un moyen offert par le droit objectif, à l'instar de l'action en justice. Elle est la condition prescrite par la loi pour que le juge puisse et doive accomplir certains actes relevant de sa compétence.

Toutefois il faut reconnaître, à l'instar de Vizioz³⁰, que cette analyse entretient la confusion entre la voie de droit et la possibilité de mettre en mouvement la voie de droit. Or la possibilité de mettre en mouvement la voie de droit diffère définitivement de la voie de droit, et de la demande en justice. La demande en justice met en œuvre la voie de droit. Elle ne peut donc pas refléter la possibilité de mettre en mouvement la voie de droit. L'action en justice serait, selon Duguit, un droit subjectif consistant dans l'obligation pour le juge de statuer sur les prétentions dont il est saisi. L'objet de la prestation du juge, l'étendue de sa prestation et le juge même auquel elle s'impose (en fonction de sa compétence) seraient déterminés par le demandeur, ce qui n'est pas admissible. De plus, si la demande est présentée en l'absence d'accomplissement de certaines formalités prescrites par la loi, le juge ne sera pas tenu de l'examiner. Et si elles le sont, le juge devra au moins statuer sur la recevabilité de la demande. Par conséquent, pour que le demandeur obtienne une décision favorable à ses prétentions, il doit non

²⁹ L. Duguit, *op. cit.*, t. 1, § 28, p. 301 à 302.

³⁰ H. Vizioz, *op. cit.*

seulement satisfaire aux conditions de recevabilité, se prévaloir d'une atteinte à un droit, mais également établir qu'une règle de droit a été violée et qu'il existe une situation juridique à laquelle il a été porté atteinte. Ainsi que l'a constaté Vizioz³¹, une demande en justice peut aboutir à plusieurs résultats. Elle ne peut avoir aucun effet. Le demandeur peut obtenir un simple jugement sur la recevabilité. Sa demande peut être rejetée au fond. Ou encore, une décision favorable peut être rendue.

La règle de droit ayant trait à la procédure et indispensable à l'action en justice pourrait-elle se concevoir autrement qu'à titre de sanction d'un droit subjectif substantiel ou pourrait-elle fonctionner en l'absence de ce droit substantiel ? C'est ici qu'on retrouve la problématique de la distinction complexe entre les contentieux objectif et subjectif. Motulsky a choisi l'exemple de l'action en nullité absolue du mariage³² pour illustrer son propos. La règle de droit régissant l'action en nullité absolue du mariage dispose que lorsqu'un mariage a été conclu en violation de certaines normes édictées en vue de protéger l'ordre public, le constat de sa nullité peut être sollicitée par tous ceux qui y ont intérêt. Ces derniers peuvent donc déclencher l'impératif de la règle de droit mais ce n'est pas à leur profit qu'ils le déclenchent. Ils ne peuvent rien exiger des époux ni de qui que ce soit. Motulsky conclut son exemple en constatant que l'action en nullité absolue du mariage relève bien du contentieux objectif. A la différence de l'analyse de Roubier, l'analyse de Motulsky conduit à limiter le domaine du contentieux objectif : la vocation normale de l'action réside « dans la protection des intérêts concrets et non dans la légalité abstraite »³³.

Se penchant sur l'analyse de Roubier, Motulsky s'en est quelque peu écarté, en prenant un autre exemple en l'action en responsabilité délictuelle. La règle de droit consacrant l'action en responsabilité délictuelle dispose que le dommage causé par autrui donne lieu à réparation. L'impératif de cette règle habilite donc la victime à exiger la réparation de son dommage. Elle aurait donc un droit subjectif à l'indemnisation de son

³¹ *Ibid.*

³² « Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public. » (article 184 du Code civil).

³³ Pierre Hébraud, *RTD civ.* 1954. 344, cité par H. Motulsky, *op. cit.*

préjudice. Or, selon Roubier, admettre l'existence d'un contentieux subjectif en ce domaine, conduirait à attribuer à la vie ou à l'intégrité physique ou encore à l'affection, le caractère de droit subjectif, ce qui serait une erreur.

Cette affirmation a appelé deux observations de Motulsky. En premier lieu il a reconnu l'existence des droits de la personnalité en opérant une analogie avec les droits réels. Ainsi si les droits réels comportent une prédominance de l'élément prérogative sur l'élément devoir, il devrait en être de même pour les droits de la personnalité. Il en résulterait alors qu'il existe des droits dans lesquels il « n'y a de prédominance ni dans les uns, ni dans les autres, et que droit et devoir sont, sous ce rapport, des notions simplement complémentaires »³⁴. En second lieu, il s'agit ici de rechercher si l'action, sanctionnant la méconnaissance de la règle de droit habilitant la victime à rechercher la réparation de son dommage, est destinée à protéger un droit subjectif, et non s'il existe un droit subjectif à l'intégrité physique. Pour Motulsky, l'action en justice a bel et bien pour vocation de protéger un droit subjectif. La réparation paraît donc avoir un caractère subjectif même si la situation juridique initiale devrait être considérée comme objective. Illustrant son affirmation par l'action de *in rem verso*, après avoir rappelé qu'il n'existait pas de droit subjectif au « non-enrichissement à ses dépens », il a relevé que, une fois cet enrichissement réalisé, il existait une règle de droit qui conférait à celui qui l'a subi, la faculté de déclencher à son profit un impératif imposant la compensation. Il en a déduit que le droit à réparation correspondait ainsi au droit au prix, résultant de l'acte accompli en violation de cette règle de droit et ne concernant pas le litige. Il sert simplement de base à une éventuelle action en justice. A l'opposé des conclusions de l'analyse de Roubier, Motulsky a ainsi conclu que même si la situation juridique initiale présentait un caractère objectif, la quasi-totalité des actions en justice donnaient lieu à un contentieux subjectif, pour peu que la violation de la règle de droit déclenche un droit subjectif à réparation ou à compensation. Ainsi pour Motulsky, seul relèverait du contentieux objectif, le contentieux posant un problème de légalité pure, où la règle de droit protège uniquement l'intérêt général. Pour revenir sur le précédent exemple de l'action en nullité absolue du mariage proposé par Motulsky, la seule valeur protégée par la règle de droit est l'intérêt de la société à ne pas maintenir des unions contractées au mépris des valeurs

³⁴ H. Motulsky, *op. cit.*

et concepts moraux auxquels la société accorde un caractère fondamental. Certes le demandeur à l'action en nullité du mariage doit justifier d'un intérêt à agir, mais la norme protège non pas cet intérêt-là mais plutôt l'intérêt collectif. La vocation de l'action en justice ne révèle donc en rien sa nature.

Il est de notoriété publique que l'action ne peut être déclenchée que grâce à une règle spéciale distincte du droit subjectif substantiel. Cette dernière est liée à la structure de la règle de droit, comme l'a précédemment posé Motulsky³⁵.

Se détachant de la vocation de l'action en justice, Motulsky a poursuivi son analyse en s'interrogeant sur sa nature par rapport au droit subjectif substantiel³⁶. Il a proposé de s'intéresser d'abord à la définition de l'action avant de tenter de la qualifier, dans la mesure où parler du droit d'exiger ce qui nous revient ou ce qui nous appartient, sous-entend un lien étroit entre l'action et le droit substantiel qu'elle protège. M. le Doyen Roubier a paru enclin à reprendre cette idée qui voit dans l'action, un droit au jugement, du moins en ce qui concerne le contentieux objectif dans lequel « la personne habilitée à agir n'a un droit [...] que dans la mesure où elle a une action »³⁷.

Les processualistes modernes ont nuancé cette idée sous plusieurs rapports. Il est aujourd'hui admis que l'action en justice est distincte du droit subjectif substantiel. Elle est indépendante de son propre succès. L'action en justice se distingue également de la demande en justice dans la mesure où elle représente une faculté, une possibilité, voire un pouvoir, alors que la demande en justice correspond à la mise en œuvre de cette faculté.

Est plus ardue, la tâche de différencier l'action de l'accès aux tribunaux, lorsque l'on s'intéresse aux conditions de recevabilité de l'action en justice, en particulier celle de l'intérêt à agir. Sur ce point, deux opinions s'opposent. D'un côté, l'action est perçue comme le « pouvoir légal » reconnu aux particuliers de saisir un juge afin de

³⁵ H. Motulsky, *op. cit.*, p. 93.

³⁶ H. Motulsky, *op. cit.*, p. 94.

³⁷ P. Roubier, *op. cit.*, n° 18, p. 131.

l'obliger à statuer sur leurs demandes ou pour obtenir le respect de leurs droits³⁸. Comme l'avait défini Motulsky, « l'action est la faculté d'obtenir du juge une décision sur le fond de la prétention qui lui est soumise »³⁹. A suivre cette définition, approuvée par une doctrine éminente⁴⁰, le particulier ne peut donc déclencher qu'une compétence légale dont il est déduit que l'action en justice a un caractère objectif plutôt que subjectif. Ainsi lorsque le Ministère public exerce une action, il ne le fait pas pour son propre intérêt mais au nom de l'intérêt général. Dans le même sens, Vizioz définit l'action en justice comme « le pouvoir d'accomplir les actes nécessaires pour obtenir une décision du juge statuant, par application du droit, sur le fond d'une prétention d'ordre juridique »⁴¹. Cette définition permet de couvrir les situations dans lesquelles le demandeur à l'action n'agit pas dans son intérêt personnel. Il a même été proposé de parler de « pouvoir d'agir en justice » plutôt que de « droit d'agir en justice ».

En outre, comme l'a relevé à juste titre Motulsky, la notion de droit subjectif n'est pas tout à fait en adéquation avec la notion d'action en justice : un droit subjectif suppose l'existence d'une restriction qui s'infère de l'exercice de ce droit et qui se traduit par la prohibition de l'abus de ce droit, alors que l'action en justice peut être exercée par chacun sans que l'on puisse parler d'une restriction du domaine d'action des autres. En outre, est-il nécessaire d'ajouter que les actions subissent les répercussions de toutes les causes d'extinction affectant le droit subjectif qu'elles accompagnent.

Cette vision de l'action en justice strictement entendue comme pouvoir, dépeint l'action en justice comme étant exercée dans l'intérêt d'autrui. Or ce n'est pas toujours le cas, notamment quand par exemple un vendeur demande au juge de statuer sur sa demande en exécution forcée à l'encontre de l'acheteur de son obligation de paiement du prix. C'est pourquoi une autre partie de la doctrine lui préfère le terme de « *prérogative légale* » pour désigner l'action en justice⁴².

³⁸ H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 94, p. 95 ; J. Vincent, *op. cit.*, n° 14, p. 29.

³⁹ H. Motulsky, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁰ En ce sens : G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, n° 73, p. 318 (« le droit d'être entendu du juge dans sa prétention, et d'obtenir de lui une décision sur le fond de cette prétention ») ; H. Vizioz, *op. cit.*, rapportant les analyses de M. Hauriou, de L. Duguit et de Gaston Jèze.

⁴¹ H. Vizioz, *op. cit.*

⁴² S. Guinchard et alii., *Procédure civile, Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz (collection Précis), Paris, 35^e éd., 2020, n° 147, p. 129-130.

L'action serait, selon Jèze, un « pouvoir légal, objectif dont la demande en justice est l'exercice »⁴³. A l'instar de Duguit, il considère que l'action n'est pas le droit substantiel mis en mouvement, pas plus qu'un droit subjectif propre. Sa définition renvoie au service public de la justice qui, contrairement aux autres services publics qui fournissent des avantages généraux communs à l'ensemble de la communauté, est plus immédiatement destiné à procurer des avantages particuliers aux plaideurs. Ces avantages se traduisent par une prestation particulière : le jugement. Le pouvoir d'user du service public de la justice n'est pas un droit : ce serait un pouvoir légal, impersonnel et objectif, créé et encadré par la loi. C'est le même pour tous les individus répondant aux critères fixés par la loi⁴⁴. Il peut être exercé indéfiniment. Son exercice n'empêche pas le justiciable de recourir à nouveau à la justice. Il ne peut faire l'objet d'une renonciation générale et absolue⁴⁵. En revanche serait valable une renonciation particulière, telle que la renonciation à recourir au juge pour un cas donné, par exemple pour réclamer une créance particulière en justice. L'action en justice ne se confond pas avec le droit déduit en justice⁴⁶ : ce pouvoir légal demeure général, impersonnel et objectif même lorsqu'il est exercé pour faire reconnaître et protéger une situation juridique individuelle subjective. Lorsqu'une personne exerce ce pouvoir, en manifestant sa volonté de soumettre sa demande à un juge, les agents publics ont le devoir de faire fonctionner le service public de la justice, sans que ce devoir renvoie à une obligation dont ils seraient tenus à l'égard du justiciable. S'ils manquent à leur devoir, ils engagent certes leur responsabilité mais pas sur le terrain contractuel, comme l'a souligné Jèze⁴⁷ au soutien de son analyse. Le recours en justice n'est pas un acte subjectif. Ce serait la condition d'exercice d'un pouvoir légal, pour que la compétence légale d'un juge puisse et doive s'exercer⁴⁸.

Vizioz a rejoint Jèze dans son analyse en ce que ce dernier a distingué l'action

⁴³ G. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., réimpression de l'édition de 1926, 2011, t. III, p. 3, 11 sq.

⁴⁴ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif, tome 1, La technique juridique du droit public français*, 3^e éd., Dalloz, 2005, p. 13 ; t. III, p. 23.

⁴⁵ G. Jèze, *op. cit.*, t. I, p. 14 – 15.

⁴⁶ G. Jèze, *op. cit.*, t. 1, p. 187.

⁴⁷ G. Jèze, *op. cit.*, t. III, p. 15 – 16.

⁴⁸ G. Jèze, *op. cit.*, t. I, p. 45 – 46.

entendue comme le pouvoir légal d'agir en justice et l'action entendue comme la demande en justice, mais également en ce qu'il a précisé la nature de l'action en justice : l'action en justice serait un acte condition. Pour Vizioz⁴⁹, les difficultés auxquelles se sont heurtées les processualistes modernes tiendraient peut-être à ce qu'ils aient été trop exclusivement dominés par la notion de droit subjectif. Dans l'ordre judiciaire, il n'y a pas que des droits ou des situations subjectives. L'action, en tant que pouvoir d'agir en justice, pouvoir général directement donné par le droit objectif, présente un caractère nettement objectif quelque soit l'aspect sous lequel on l'envisage.

L'action est vue par la plupart des processualistes modernes comme une prérogative, un « *pouvoir reconnu aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de leurs droits et de leurs intérêts légitimes* »⁵⁰. Or la faculté de saisir le juge d'une demande paraît plutôt renvoyer au droit d'accès à un juge, une liberté fondamentale et générale dont chacun dispose, plutôt qu'à l'action en justice. Cette dernière exige du juge une décision sur le fond de la prétention qui lui est soumise, dans la mesure où elle n'est plus ni la simple latitude de saisir le juge ni l'acte qui entraîne le fonctionnement de l'appareil juridictionnel ni la garantie d'obtenir une décision favorable.

Pour Motulsky, être titulaire d'une action signifierait avoir la possibilité d'obtenir une décision sur le fond sans que cette possibilité ne préjuge en quoi que ce soit l'issue du litige⁵¹. Eu égard aux fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à la demande en justice, l'intérêt de l'action en justice se résumerait alors à circonscrire la lutte sur un terrain séparé du fond du litige.

Prenant le contrepied de cette conception de l'action comme « *prérogative légale* », Motulsky a opposé qu'un lien juridique indéniable existait entre les parties et le juge⁵². Le « *rapport d'instance* » crée des situations juridiques nouvelles, non seulement entre les parties mais aussi entre les parties et le juge. Et c'est cette dernière situation juridique qui présente, pour Motulsky, un caractère subjectif. Il convient qu'il s'agit d'une

⁴⁹ H. Vizioz, *op. cit.*

⁵⁰ J. Vincent, *op. cit.*, n° 13, p. 28.

⁵¹ H. Motulsky, *op. cit.*, p. 96.

⁵² H. Motulsky, *op. cit.*, p. 97.

situation légale et qui ne résulte pas d'une convention entre les parties. Mais cela ne suffirait pas pour autant à lui conférer une nature objective. Illustrant son propos avec l'exemple du déni de justice, il a affirmé qu'à supposer que le contentieux de la responsabilité délictuelle soit un contentieux subjectif, il devrait en être de même pour le contentieux du déni de justice, qui permet au plaideur de rendre le juge, qui s'est rendu coupable de déni de justice, personnellement responsable du dommage subi en raison de ce déni de justice, au moyen de la procédure dite « de prise à partie ». Certes le devoir du juge est imposé dans l'intérêt général mais le juge en est aussi débiteur à l'égard du plaideur, qui peut en exiger l'exécution sous peine, pour le juge, d'engager sa responsabilité personnelle. Motulsky a ainsi suggéré d'énoncer la règle de droit ayant trait à la procédure aboutissant à une décision de justice, et donc consacrant l'action en justice, comme suit : « lorsqu'une personne fait valoir une prétention en justice, que sa demande est régulière, et que certaines conditions (celles de l'existence de l'action) sont réunies, cette personne peut exiger du juge saisi qu'il statue sur le fond de cette prétention ». Le plaideur est donc habilité à déclencher l'impératif de la règle à son propre profit : « l'action en justice m'apparaît être un droit subjectif, dont le sujet passif est le juge »⁵³.

Motulsky ne partage donc pas la conception de l'action en justice comme « pouvoir ». Il s'en est expliqué : si l'action, dans sa conception *in abstracto*, est une simple possibilité par opposition à la demande en justice, sa nature ne pourrait être définie que par rapport aux effets produits par sa réalisation. Or l'exercice de cette faculté révèle qu'elle contiendrait, du moins en germes, une force contraignante qui émane du plaideur et qui lie une autre personne, le juge. Ce rapport créé par l'action en justice entre le plaideur et le juge ne serait donc pas impersonnel et général – comme le laisse supposer la conception de l'action en justice en tant que « pouvoir » – mais afficherait un caractère personnel et individuel. Et la crainte que l'on en vienne à reconnaître d'une manière générale la théorie des droits subjectifs des administrés – crainte notamment émise par Vizioz⁵⁴ – ne serait pas fondée car elle méconnaîtrait la spécificité du contentieux judiciaire : l'activité juridictionnelle des tribunaux ne relève pas du droit administratif et la responsabilité personnelle du juge pour faute de service ne trouve pas d'équivalent en

⁵³ H. Motulsky, *op. cit.*

⁵⁴ H. Vizioz, *op. cit.*, p. 142.

droit administratif, ni fonctionnellement – puisque la faute de service est poursuivie en droit public devant le juge administratif et en droit judiciaire, devant le juge judiciaire –, ni substantiellement, dans la mesure où en droit public la faute de service est impersonnelle et qu'elle s'y caractérise justement par le fait qu'elle se détache de la fonction. Pour Motulsky, la théorie des droits subjectifs des administrés ne constituerait donc pas une réfutation de la conception de l'action comme droit subjectif dont le sujet passif serait le juge. Au contraire elle mettrait d'autant plus en exergue un élément essentiel : la différence fondamentale entre la situation juridique créée par l'action et la situation de l'administré. Les règles de droit régissant le service public administratif protègent uniquement l'intérêt général alors que la règle de droit consacrant l'action joue tant au profit de la légalité abstraite qu'au profit du justiciable à titre personnel et à l'égard du juge personnellement. Pour Motulsky, il s'en déduirait donc la nature de droit subjectif de l'action en justice :

« Humble servante du droit subjectif substantiel, l'action conserve son autonomie, au regard de toutes les situations juridiques, subjectives ou objectives, en tant que droit subjectif processuel ; elle illustre par là l'éminente dignité du recours à la justice, garantie essentielle de l'homme vivant en société »⁵⁵.

La vision de l'action en justice en tant que droit a rencontré un vif succès, en particulier chez les rédacteurs du Code de procédure civile, comme en témoigne son article 30⁵⁶. Toutefois son succès ne la met pas à l'abri de toute critique. L'un de ses détracteurs, Wiederkehr lui a reproché d'opérer un « glissement de la notion d'action vers la notion d'instance » lorsqu'il démontrait que le juge était tenu d'une obligation à l'égard des parties⁵⁷. A l'appui de sa critique, il a affirmé que l'obligation du juge de statuer – dont le créancier est le plaideur – dépasserait le cadre même de l'action en justice puisqu'elle fait partie de la mission générale du juge, de trancher les litiges, de dire le droit. Il a ainsi remis en cause la qualité de créancier du plaideur au regard de l'obligation

⁵⁵ H. Motulsky, *op. cit.*, p. 85-100.

⁵⁶ « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. »

⁵⁷ Georges Wiederkehr, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », dans *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales, Toulouse, 1981, p. 949 à 958.

du juge de statuer : par exemple lorsque le ministère public sollicite l'annulation d'un mariage, il ne déclenche pas l'impératif de la norme à son profit. Sa critique l'a conduit à remettre en cause la faculté de l'action en justice à déclencher l'impératif de la règle de droit. Certes des règles de droit frappent de nullité absolue certains mariages mais elles ne commandent pas au juge, qui a la mission générale de dire le droit. De plus, si l'action en justice est considérée comme une simple faculté de déclencher l'impératif de la norme, encore faut-il ne pas occulter son aspect de contrainte au regard de l'interdiction de la justice privée. Dans la même lignée, Mme Christine Lesca d'Espalungue a fait valoir à juste titre qu'à la différence de l'action qui implique un mouvement, le droit confère un statut, un état, et en a déduit qu'« avoir une action, c'est donc avoir autre chose qu'un droit »⁵⁸.

Comme l'a justement démontré M. Cayrol, la vision de l'action en justice comme droit subjectif portée par Motulsky, n'est pas parfaite : elle ne permet pas de rendre compte de sa nature. M. Cayrol en a déduit deux alternatives : soit l'action en justice est réellement un droit subjectif et cette définition est à parfaire ; soit l'action en justice n'est pas un droit subjectif. Penchant pour la seconde affirmation, il a argué du fait que la transmission de l'action ne ressemblait pas à la transmission d'un droit subjectif : par exemple la jurisprudence et le législateur admettent que le cessionnaire d'une action à un tiers puisse encore exercer cette action sous certaines conditions.

Si l'action en justice ne peut être considérée comme un droit subjectif, il est d'autant plus complexe d'assimiler sa transmission à celle d'un bien ordinaire.

II – L'action en justice, une « chose » pouvant être transmise comme un bien ordinaire ?

A titre préalable, rappelons que tout bien peut faire l'objet d'une transmission sous réserve qu'il ne se trouve pas hors du commerce et *a fortiori*, que leur transmission

⁵⁸ Christine Lesca d'Espalungue, *La transmission héréditaire des actions en justice*, préface de Michel Grimaldi, thèse droit, Université de Paris-Est Créteil Val de Marne, Paris, PUF (collection Les grandes thèses du droit français, 1151-6054), 1992, n° 9, p. 11.

ne soit pas contraire à l'ordre public. Pour appréhender la transmission de l'action en justice, il faudrait ainsi d'abord pouvoir considérer l'action en justice comme un bien, un bien incorporel.

La lecture du Code civil, et en particulier de ses articles 526 et 529⁵⁹, révèle que ses auteurs considèrent l'action en justice comme un bien, au même titre que le droit subjectif substantiel que l'action a vocation à faire reconnaître l'existence ou à obtenir l'exécution auprès d'un juge. M. Rémy Libchaber expliquait cette vision de l'action en justice comme un bien ainsi : « Les actions doivent être intégrées dans la division des biens incorporels car leur rattachement à cette catégorie a été expressément prévu par le Code »⁶⁰.

Il résulte de cette classification que les actions pourraient être tant des biens meubles que des biens immeubles. Les manuels de procédure civile calquent traditionnellement la classification des actions en justice sur celle utilisée en droit des biens, distinguant entre les actions réelles, personnelles ou mixtes, entre les actions mobilières et immobilières ou encore entre les actions possessoires et pétitoires.

Carbonnier partageait cette vision de l'action en justice, affirmant que « l'action en justice par laquelle on demande à l'Etat d'assurer, contre les contestations d'autrui, le respect des droits que l'on prétend avoir sur un bien, est elle-même un bien »⁶¹, d'autant plus que c'est par l'action en justice qu'il est demandé à l'État d'assurer, contre les contestations d'autrui, le respect des droits que l'on prétend avoir sur un bien.

Prenant le contrepied de ces propos, M. Cayrol a relevé à juste titre que cet exposé contenait deux propositions dont l'une était l'objet de l'autre : ainsi pouvoir

⁵⁹ L'article 529 du Code civil dispose que « sont meubles par détermination de la loi les [...] actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers... ». L'article 526 du Code civil, quant à lui, dispose que « Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent : [...] les actions qui tendent à revendiquer un immeuble ».

⁶⁰ R. Libchaber, « Biens », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2016, dernière actualisation : décembre 2019, n^{os} 186-191.

⁶¹ Jean Carbonnier, *Droit civil, volume II, Les biens Les obligations* [1955, 1956], PUF (collection *Quadrige Manuels*), Paris, 2004, n^o 712, p. 1605.

revendiquer un bien serait un bien. Par ailleurs, poursuit-il, la vision de l'action en justice en tant que bien est affectée d'erreurs sur plusieurs plans. Tout d'abord cette classification ne serait pas complète puisque toutes les actions n'entrent pas dans cette classification⁶². Certaines ne peuvent pas faire l'objet de transmission en raison de leur caractère extrapatrimonial. Or affirmer qu'un bien a un caractère extrapatrimonial n'a pas de sens. On ne peut donc pas affirmer qu'une action en justice est un bien si certaines actions sont exclues de cette classification. A supposer même que seules certaines actions soient des biens, le chemin d'analyse consistant à déduire la nature d'une chose à partir de ses caractères serait nécessairement erroné puisque plusieurs choses de nature différente peuvent avoir des caractères en commun. En outre, cette classification est uniquement fondée sur quelques règles de compétence relatives à la théorie de la juridiction et sur quelques règles relatives à la capacité en matière d'actes de procédure relevant de la théorie de l'instance. Enfin une classification similaire à la classification des biens reviendrait à confondre à nouveau l'action en justice avec le bien litigieux, à l'instar de ce qui a été démontré précédemment pour distinguer l'action du droit subjectif substantiel.

M. Cayrol s'est également prêté au jeu de la recherche de la nature de l'action en justice par rapport à la notion de bien⁶³. En premier lieu, à l'instar de Motulsky, il s'est interrogé sur le point de savoir si à l'instar du bien, l'action en justice conférerait à celui qui la détenait, un avantage. Autrement dit, être entendu par le juge sur sa prétention ou discuter du bien-fondé d'une prétention présente-t-il une utilité pour la personne qui la présente ? Le recours au juge fait certes cesser un litige et restaure la paix civile, ce qui est indéniablement utile. Mais il a justement relevé que la paix civile n'était pas un bien qu'on pouvait s'approprier ; c'est un bien commun insusceptible d'appropriation. Elle ne procure pas la satisfaction que peut procurer un bien juridique. L'action en elle-même n'offre donc aucune satisfaction directe.

« Une action ne vaut que par ce qu'elle permet (peut-être) d'obtenir »⁶⁴.

⁶² H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 121, p. 117 à 119 ; S. Guinchard et *alii.*, *op. cit.*, n° 407, p. 327-328.

⁶³ Nicolas Cayrol, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, thèse Droit, Université de Tours, préface de François Grua, Paris, Economica (collection Droit civil, série : études et recherches), 2001, n° 98 et s.

⁶⁴ *Ibid.*

Donc agir en justice est différent de jouir d'un bien.

En second lieu, il s'est interrogé sur le point de savoir si l'action en justice pouvait, à l'instar du bien, constituer un actif du patrimoine de la personne qui la détient. En effet un bien fait partie de l'actif du patrimoine d'une personne et est donc une valeur dudit patrimoine. Le droit fiscal nous offre une première réponse, semble-t-il, en ce qu'il ignore les actions en justice lorsqu'il fait état des éléments de l'actif et du passif constituant le patrimoine. La valeur d'une action en justice pourrait être éventuellement évaluée au regard de ce qu'elle peut permettre d'obtenir. Mais l'action en justice retranscrivant l'idée d'une possibilité, d'une faculté, n'offre aucune certitude sur son résultat. M. Cayrol y voit ainsi plus « une charge dont on se passerait, une contrainte plus qu'un avantage, ce qui entraîne un coût [à savoir les frais de justice et les éventuelles amendes] » qu'« une valeur »⁶⁵. Elle ne peut pas non plus faire l'objet d'une appropriation puisque l'action en justice permet d'établir un rapport sur un bien ou de le revendiquer, etc. Elle permet aux choses d'être des biens. Il a ainsi conclu, en citant Wiederkehr : « l'action n'est pas un bien qui circule »⁶⁶.

Demolombe était déjà parvenu à cette conclusion dans son *Traité de la distinction des biens*, en se penchant sur l'article 526 du Code civil⁶⁷ : lorsque cet article évoque les actions en justice comme des biens, il désignerait non pas l'action en justice mais plutôt le droit lui-même. Cette explication rejoint sa vision de l'action en justice comme « le droit mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix »⁶⁸. Si cette confusion entre le droit subjectif substantiel et l'action en justice n'est pas des plus heureuses – pour les raisons qui ont été précédemment exposées – sa conclusion n'en est pas moins valide. L'action en justice n'est pas un bien puisque le concept de bien n'inclut pas les actions

⁶⁵ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 98, p. 64.

⁶⁶ G. Wiederkehr, *Justices* 1996, n° 3, p. 375, obs. sous Cass. Civ. 1^{re}, 28 février 1995, pourvoi n° 93-11.310, *Bull. civ.* n° 102.

⁶⁷ L'article 526 du Code civil dispose que « Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent, [...] Les actions qui tendent à revendiquer un immeuble ».

⁶⁸ Ch. Demolombe, *op. cit.*

en justice.

L'action en justice n'est donc pas un droit. Ce n'est pas non plus un bien. Elle ne pourrait donc pas circuler d'une personne à une autre. Et pourtant l'examen du droit positif apporte la preuve contraire.

L'action en justice ne peut pas non plus être confondue avec les prétentions et les contestations formulées dans les demandes et les défenses des parties. Elle n'est pas un acte juridique. Les conditions d'existence de l'action sont sanctionnées par des fins de non-recevoir opposables sans grief en tout état de cause. Les exceptions de procédures qui sanctionnent les conditions de validité de la demande, doivent, au contraire, être soulevées *in limine litis* et justifiées. Une demande peut donc être valablement formée par un plaideur dépourvu d'action.

Nous aboutissons à la même conclusion que M. Cayrol, aucune proposition ni définition scientifiques ne permet de rendre parfaitement compte de la nature de l'action en justice⁶⁹. La définition avancée par l'article 30 du Code de procédure civile⁷⁰ n'est pas non plus parfaite : relevées par Wiederkehr deux anomalies affectent cet article⁷¹. D'une part, il lui est étrange de distinguer l'action et la demande et de considérer dans le même temps qu'il n'y a pas d'action tant qu'aucune demande n'a été faite, dans la mesure où l'action préexiste à la demande. D'autre part, cet article 30 définit l'action pour le défendeur comme « le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention », ce qui apparaît contradictoire avec son premier alinéa. En effet dans le même article, sont présentées deux définitions d'une action en justice, pourtant présentée comme unitaire. Mme Lesca d'Espalungue s'est jointe à ces critiques⁷². Elle a fait valoir que l'article 30 ne définissait l'action que dans son exercice, ce qui laissait sans réponse la question de la définition de l'action lorsqu'elle n'est pas exercée, et que tout en définissant l'action comme un droit, l'article 30 n'était pas allé au bout de sa démarche et manquait de définir la nature du droit que serait l'action en justice. En outre, du point de vue du défendeur, la

⁶⁹ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 106, p. 67 et 68.

⁷⁰ *Supra*, note 56.

⁷¹ *Supra*, note 57.

⁷² Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 8, p. 10 et 11.

cause de son action est une obligation, un devoir ou une dette. Or ainsi que l'a expliqué Mme Lesca d'Espalungue, si l'action est un droit selon l'article 30, un droit ne peut pas avoir pour cause une dette.

« L'action est un droit. On entend ici par droit le droit de soumettre une prétention ou de la discuter. Or soumettre une prétention ou la discuter, c'est ce en quoi consiste l'action en justice. Le droit dont il s'agit est un droit d'agir ou un droit d'action. Une action, c'est donc un droit d'action. Autrement dit, une action est une action. »⁷³.

Se prêtant au jeu de la définition de l'action en justice, elle a suggéré que « l'action est au devenir de ce que le droit est à l'être »⁷⁴. Aucune des définitions de l'action en tant que droit, pouvoir, bien, devoir ou encore en tant que contrainte, n'est pleinement satisfaisante. Comme l'a remarqué Mme Lesca d'Espalungue, l'action est plutôt un mélange complexe de toutes ces notions « qui s'actualisent sous l'effet d'un agent ou d'une cause extérieure ». Par exemple l'aspect de droit de l'action en justice, se révèle par l'effet de la prescription en ce que l'action se prescrit comme un droit. L'action serait donc une notion *sui generis* en ce qu'elle constituerait un genre propre : tantôt un pouvoir, tantôt un bien ou un droit⁷⁵.

M. Cayrol a proposé, quant à lui, de voir en l'action en justice, un concept composé de quatre éléments : un agent, un sujet, un délai pour agir et une fin : la justice⁷⁶. L'agent serait le demandeur, celui qui soumet une prétention au juge. Cet agent devrait présenter, conformément à la loi, certaines qualités et en particulier, il devrait avoir un intérêt à agir. Le plus souvent, il s'agit d'un particulier. Parfois la loi admet qu'une personne morale n'ayant pas un intérêt direct à agir, puisse introduire une action en justice (les associations par exemple). Concernant le délai d'action, l'action a nécessairement un début et une fin. Le sujet de l'action serait le défendeur qui, comme le demandeur, doit

⁷³ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 9, p. 13.

⁷⁴ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 9, p. 12.

⁷⁵ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 9, p. 13.

⁷⁶ N. Cayrol, *op. cit.*, nos 102 à 109, p. 65 à 70.

réunir certaines qualités. Sans ces quatre composantes, il ne pourrait y avoir d'action.

M. Cayrol a donc proposé de concevoir l'action en justice comme un concept. Et concluant parfaitement son propos, un concept, par nature, ne peut se transmettre⁷⁷, ce qui ferait de la transmission de l'action en justice, un acte « contre nature ». Pourtant l'examen de la pratique, du droit positif, révèle l'existence de transmissions d'actions en justice, accessoire ou non à la transmission d'un bien, avec ou sans l'intervention d'une convention.

III – La transmission de l'action en justice qui n'est pas un bien

L'examen du droit positif révèle l'existence de transmissions d'actions en justice, alors même, on l'a vu, qu'elle ne peut être assimilée à un bien. Elle doit donc subir une opération qui transforme sa nature, quelle qu'elle soit, pour être transmise : c'est la réification de l'action en justice.

Cette réification suppose qu'une chose puisse changer de nature tout en demeurant ce qu'elle était ; ce qui peut s'avérer être complexe à appréhender. M. Cayrol avait parfaitement illustré cette difficulté en prenant pour exemple la cire⁷⁸ : la cire chauffée devient liquide et ne peut être touchée. Dès qu'elle est éloignée d'une source de chaleur, elle redevient dure et froide. Peut-on dire pour autant que la cire est passée au travers d'une réification ? L'action ne cesse pas d'être ce qu'elle est juste parce qu'un acte juridique entend la transmettre alors qu'elle n'est pas une chose et *a fortiori*, pas une chose transmissible.

Bien que cette idée de réification apparaisse erronée sur le papier, elle apparaît néanmoins nécessaire, pour rendre compte et tenter une ébauche d'explication de cette opération de transmission de l'action en justice, qui peut faire intervenir ou non une convention.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 110, p. 70.

En l'absence de contrat entre le titulaire de l'action en justice et le récipiendaire de l'action en justice, les transmissions d'actions en justice consacrées se comptent sur les doigts d'une main : l'action oblique d'une part, la transmission par décès de son titulaire d'autre part. L'examen de la pratique révèle que l'intervention d'un contrat pour transmettre l'action en justice s'opère de deux manières : soit à titre accessoire par rattachement à un bien (A), soit de manière autonome, à titre principal (B).

A – La transmission de l'action par le rattachement à un bien

Le transfert de l'action par le rattachement à un bien est la manière de transmission la plus classique de l'action. Il s'opère à titre accessoire à la transmission du droit réel ou du droit personnel transmis.

1. La transmission de l'action accessoire à la transmission d'un droit personnel

La figure la plus classique de transmission de l'action en justice est celle de la transmission des « droits et actions » du cédant au cessionnaire, accessoire à la cession de la créance à laquelle sont rattachés ces « droits et actions ». Sous cette expression, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour dire qu'elle recouvre tous les accessoires de la créance cédée : les droits accessoires, qui garantissent la créance cédée, et les actions accessoires. L'expression « droits et actions » recouvre tout droit ou action qui a une incidence bénéfique sur le contenu de la prestation due, ou bien qui fournit le moyen direct ou indirect d'obtenir cette prestation, ou enfin qui sanctionne la défaillance du débiteur⁷⁹.

Cette expression recouvre donc les actions en paiement, en responsabilité, en résolution pour défaut de paiement du prix et l'action paulienne. Elle désigne également

⁷⁹ M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », dans *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, Paris, 1983, n° 21.

l'action oblique, la Cour de cassation ayant jugé que les voies d'exécution de la créance pouvaient être exercées par un créancier par la voie de l'action oblique⁸⁰. Il en va autrement pour les actions en annulation et en rescision puisqu'elles tendent à la négation de la créance. Ces actions ne sont pas, en règle générale, considérées comme des accessoires de la créance, sous la réserve évidemment que les parties en aient décidé autrement.

Le rattachement de l'action à la créance a pour effet de réifier l'action à l'image de la créance et de lui conférer les qualités d'une chose. Puisque l'action est l'accessoire de la créance, elle en prend donc nécessairement la nature ; ce qui rend possible sa transmission. La transmission accessoire de l'action en justice la rend tangible.

« L'action étant la garantie d'un droit présente nécessairement par cela même les plus grandes affinités avec ce droit et en prend la nature. Toute action est indissolublement attachée au droit qu'elle sanctionne. »⁸¹

L'action est transmise avec la créance dont elle est l'accessoire, la plus-value. Ce transfert accessoire s'opère soit par le biais d'une cession, soit par le biais d'une subrogation conventionnelle. Il s'opère automatiquement, sans qu'une stipulation des parties soit requise.

Cette théorie de l'accessoire rencontre ses limites pour expliquer cette transmission. Aubry et Rau ont ainsi souligné que le cessionnaire n'entraîne pas, même quant à la créance cédée et aux moyens de la faire valoir, d'une manière tellement absolue dans la place du cédant, qu'il était autorisé à se prévaloir des avantages attachés à la condition personnelle de ce dernier, et qu'on devait, en sens inverse, lui refuser la faculté d'invoquer en vertu de sa condition personnelle, des bénéfices dont ne jouissait pas le

⁸⁰ Cass. civ., 25 septembre 1940, *JCP* 1941. II. 1621, note Gilbert Madray ; *RTD civ.* 1940-41. 333, obs. Pierre Raynaud ; Cass. Soc., 11 mars 1982, pourvoi n° 81-10.241, *Bull. civ.* n° 169.

⁸¹ Ernest-Désiré Glasson, *Précis théorique et pratique de procédure civile, tome 1*, Pichon, Paris, 1902, p. 134.

cédant⁸².

La transmission de l'action par le rattachement à un droit réel rencontre les mêmes réserves.

2. La réification de l'action par le rattachement à un droit réel : les actions *intuitu rei*

Comme pour la cession de créance, les droits et actions attachés au droit réel cédé la suivent. Dans cette hypothèse, l'action attachée au droit réel paraît seulement utile au propriétaire de la chose ou du moins, à son détenteur. Il convient alors de parler d'action *intuitu rei* ou *propter rem* et non d'obligation *propter rem*. Les actions *propter rem* ne sont pas accessoires aux obligations *propter rem*. On retrouve ici un but similaire à celui poursuivi dans le rattachement de l'action à un droit personnel : la simplification des recours et donc la bonne administration de la justice *in fine*.

Le droit admet, dans certaines hypothèses, la transmission de certaines actions en justice en même temps que la transmission du droit réel auquel elles s'attachent. Il s'agit des chaînes de contrat. En dépit de la récurrence de cette pratique, le fondement de ce rattachement de l'action au droit réel transmis reste à ce jour imprécis. Une action *propter rem*, c'est-à-dire propre à une chose, soulève en soi une difficulté dans la mesure où une action est propre à une personne et non à une chose. En réalité, les actions rattachées à une chose renvoient aux actions rattachées au détenteur de la chose, l'identité de ce possesseur changeant avec le transfert de la chose d'un patrimoine à un autre. La transmission de l'action par rattachement à un droit réel n'a pas de fondement légal. Ces conventions se heurtent au principe de l'effet relatif du contrat posé par l'ancien article 1165 du Code civil. Entendu *stricto sensu*, ce principe exigerait de l'acquéreur qui veut agir contre le vendeur de son vendeur, qu'il passe par la voie de l'action oblique. Cette voie est encadrée par plusieurs conditions strictes posées à l'article 1341-1 du Code civil. Son résultat tombera dans le patrimoine de son vendeur. Et l'acquéreur subirait sur

⁸² Ch. Aubry et Ch.-Fr. Rau, *op. cit.*

ce résultat le concours des autres créanciers.

Le principe de l'effet relatif du contrat reçoit une exception dans la figure de la stipulation pour autrui. Le destinataire d'une lettre de transport peut agir contre le transporteur, même s'il n'est pas partie au contrat de transport, car il est le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui tacite de la part de l'expéditeur. Ce serait donc la réception de la lettre de transport qui justifie l'action du destinataire de la lettre contre le transporteur. Cette action *propter rem* n'a donc aucun fondement légal. L'ancien article 1122 du Code civil dispose qu'« on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ». La pratique révèle qu'aucune disposition générale n'existe pour pallier à l'absence de fondement légal à la transmission de l'action en justice par le rattachement à un droit réel. Comme à son habitude, la jurisprudence avait pallié à cette lacune législative dans l'hypothèse de la transmission de l'action en garantie décennale contre les architectes et entrepreneurs, entre les propriétaires successifs d'un immeuble⁸³ et avait fondé la transmission de cette action sur la théorie de l'accessoire. Cette jurisprudence a été par la suite consacrée par le législateur qui a introduit dans le Code civil les articles 1646-1 et 1792.

La jurisprudence a étendu cette solution, initialement appliquée aux actions directes, aux actions en responsabilité civile. La même solution a été transposée en matière de groupes de contrats ou de chaînes de contrats. En présence d'une chaîne de contrats homogènes, un acquéreur peut engager la responsabilité du vendeur initial, c'est-à-dire la personne ayant vendu le bien au vendeur de l'acquéreur, alors même qu'aucune relation contractuelle ne lie l'acquéreur final et le vendeur initial. Cette jurisprudence fondée sur la théorie de l'accessoire a été confirmée par la suite par un arrêt *Lamborghini* rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, le 9 octobre 1979. Pour limiter la multiplication des recours, l'acquéreur final est autorisé à agir, sur le terrain de la responsabilité contractuelle, directement à l'encontre du vendeur initial.

⁸³ Cass. Civ. 1^{re}, 26 février 1963, *Bull* n° 122 ; Cass. Civ. 3^e, 23 mars 1968, *Bull. civ.* n° 161, *D.* 1979. 663, note Philippe Jestaz.

Expliquant l'exercice par un tiers au contrat d'un recours à l'encontre d'une partie contractante, la Cour de cassation a exposé que l'action est transmise au tiers parce que le droit réel sur la chose lui a été transmis avec la chose. Elle a ainsi considéré que « le sous-acquéreur jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur »⁸⁴. L'action est donc attachée au droit réel cédé. Les actions accessoires à la chose transmise sont transférées à celui qui acquiert les droits sur la chose.

Il en va de même lorsque l'action est transmise avec une universalité et non plus une chose (par exemple, la transmission universelle du patrimoine par fusion-absorption ou encore la cession d'un fonds de commerce).

A l'instar de la transmission de l'action en justice par rattachement à une créance, la transmission de l'action par rattachement à un droit réel emporterait donc la réification de l'action, fondée sur la théorie de l'accessoire.

Ce fondement n'est pas plus satisfaisant que dans l'hypothèse d'une transmission par rattachement à une créance. Comme l'avait justement relevé M. Cayrol, l'acquisition d'un droit réel sur une chose peut s'effectuer de manière plus variée que l'acquisition d'une créance⁸⁵. Et cette multiplicité d'actions qui pourraient être qualifiées d'accessoires au droit réel, ruine le principe de l'effet relatif des conventions. Or il ne peut être renoncé à l'effet relatif des conventions. Donc il faudrait abandonner la théorie de l'accessoire pour expliquer la transmission de l'action avec le droit réel transmis. Elle serait trop imprécise pour servir de fondement à la transmission de l'action par rattachement à un droit réel. Il est vrai que la Cour de cassation avait rappelé, dans un célèbre arrêt *Besse* rendu par son Assemblée plénière, le 12 juillet 1991⁸⁶, le principe de la relativité des conventions pour censurer la transmission, au maître de l'ouvrage, de l'action de l'entrepreneur contre un sous-traitant. Mais l'action en garantie à l'encontre

⁸⁴ Cass. Ass. Plén., 7 février 1986, pourvois n° 83-14.631 et n° 84-15.189, *Bull. civ. n° 2* ; récemment v. Cass. Civ. 3°, 30 septembre 2021, pourvois n° 20-15.354 et n° 20-16.156, *publié au Bull. civ.* ; Cass. Com., 17 février 2021, pourvoi n° 18-15.012, *publié au Bull. civ.*

⁸⁵ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 128, p. 78.

⁸⁶ Cass. Ass. Plén., 12 juillet 1991, pourvoi n° 90-13.602, *Bull. civ. n° 5* ; *D.* 1991. 549, note. Jacques Ghestin ; *D.* 1991, somm. 321, obs. Jean-Luc Aubert ; *Defrénois* 1991. 130, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* 1991. II. 21743, note Geneviève Viney ; *RTD civ.* 1991. 750, obs. P. Jourdain.

de tout entrepreneur n'est pas une action *propter rem* attachée à la chose.

M. Cayrol avait relevé une autre situation mettant en exergue les difficultés soulevées par la théorie de l'accessoire comme fondement de la transmission de l'action par rattachement à une chose, à savoir les risques de confusion que cette théorie peut générer⁸⁷. Cette hypothèse est parfaitement illustrée par l'espèce de l'arrêt du 25 janvier 1983 de la Cour de cassation⁸⁸. L'hypothèse est classique : un acquéreur conclut un contrat de vente auprès d'un vendeur bailleur, portant sur l'immeuble loué à un tiers. L'acquéreur, nouveau propriétaire de l'immeuble loué, est irrecevable à agir contre le tiers locataire, en paiement des loyers échus antérieurement à la vente. Il ne peut pas non plus se prévaloir de ces arriérés de loyers antérieurs à la vente, pour solliciter la résolution de la vente à l'encontre du vendeur. La Cour de cassation a considéré que « la vente n'emporte pas de plein droit cession au profit de l'acquéreur des droits et actions à fins de dommages et intérêts, qui ont pu naître au profit du vendeur en raison de dégradations causées à l'immeuble antérieurement à la vente ». A suivre le cheminement de la Cour de cassation, les anciens propriétaires de l'immeuble cédé seraient ainsi fondés à rechercher la responsabilité des auteurs du dommage causé à l'immeuble cédé antérieurement à la conclusion de la vente, alors même qu'ils n'ont plus aucun droit sur l'immeuble.

Ces actions *propter rem* n'ont donc aucun fondement convainquant et comme l'ont suggéré M. Cayrol⁸⁹ et M. Boubli⁹⁰, l'intervention du législateur serait souhaitable ne serait-ce que pour clarifier leur domaine ou préconiser leur abandon.

⁸⁷ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 128, p. 78.

⁸⁸ Cass. Civ. 3^e, 25 janvier 1983, pourvoi n° 81-13.636, *Bull. civ. n° 26* ; Cass. Civ. 3^e, 18 juin 1997, pourvoi n° 95-18.254, *Bull. civ. n° 149* ; *RTD civ.* 1997. 964, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 1998. 375, obs. Jacques Mestre ; Cass. Civ. 3^e, 4 décembre 2002, pourvoi n° 01-02.383, *Bull. civ. n° 250* ; Cass. Civ. 3^e, 7 juillet 2004, *inédit*, pourvoi n° 02-11.335 ; Cass. Civ. 3^e, 12 septembre 2007, pourvoi n° 06-11.282, *Bull. civ. n° 138* ; Cass. Civ. 2^e, 19 février 2009, *inédit*, pourvoi n° 05-22.044 ; Cass. Civ. 3^e, 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.470, *Bull. civ. n° 202* ; Cass. Civ. 3^e, 21 septembre 2010, *inédit*, pourvoi n° 09-67.816 ; Cass. Civ. 3^e, 15 décembre 2010, *inédit*, pourvoi n° 09-68.617 ; Cass. Civ. 3^e, 10 octobre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-20.658 ; Cass. Civ. 3^e, 7 novembre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-20.540 ; Cass. Civ. 3^e, 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-21.910, *Bull. civ. n° 102*.

⁸⁹ N. Cayrol, *op. cit.*

⁹⁰ Bernard Boubli, « Soliloque sur la transmission de l'action en garantie », *JCP* 1974. I. 2646.

En dépit de leur absence de fondement, les actions précédemment exposées ont leur utilité qui ne peut leur être déniée : elles permettent de simplifier les recours qu'elles introduisent. Elles participent à une bonne administration de la justice. Il est donc peu probable que la pratique y renonce.

Le rattachement à un bien n'est pas la seule manière de transmettre une action en justice. La volonté contractuelle des parties est souveraine, sous réserve du respect de la loi. Elle est donc susceptible de permettre la transmission de l'action en justice à titre principal.

B – La transmission de l'action par la volonté des parties

La volonté contractuelle des parties est souveraine, sous réserve de l'ordre public. Il n'est donc pas inconcevable que la volonté contractuelle des parties permette la transmission de l'action en justice, en dehors de tout rattachement à un bien. Cette possibilité a été admise par la jurisprudence, qui réserve l'hypothèse d'une convention spéciale par les parties prévoyant expressément la transmission accessoire de l'action en justice. Les parties peuvent empêcher cette transmission accessoire ou bien la stipuler alors que l'acte qu'elles ont conclu ne la prévoit normalement pas⁹¹.

Rodière avait déduit de l'influence de la volonté contractuelle des parties sur les transmissions d'actions en justice dans le cadre de ventes successives d'un même bien, l'idée selon laquelle ces transmissions reposent toujours sur la volonté des parties, volonté qu'il faut parfois déduire des circonstances de l'espèce⁹². Cette volonté expliquerait ainsi l'existence d'actes dont l'effet est de transmettre une action mais néanmoins qui ne s'appuient sur aucun acte translatif dont ils seraient l'accessoire.

⁹¹ Cass. Civ. 3^e, 25 janvier 1983, pourvoi n° 81-13.636, *Bull. civ. n° 26* ; Cass. Soc., 16 mai 1958 ; Cass. Civ. 3^e, 7 juillet 2004, *inédit*, pourvoi n° 02-11.335 ; Cass. Civ. 3^e, 5 novembre 2013, *inédit*, pourvoi n° 12-13.923 ; à propos de la transmission de l'action en défense : Cass. Civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-15.005, *Bull. civ. n° 291*.

⁹² René Rodière, *JCP* 1955. I. 8548, note sous CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch., 5 octobre 1954, *époux Fine c. Naïtana*.

La transmission de l'action en justice illustre parfaitement la transmission d'une « chose » qui n'était pas un bien à la base mais qui, par la volonté contractuelle des parties, est implicitement considérée comme un bien, ou du moins comme un accessoire du bien transmis. L'action en justice deviendrait alors une sorte de « bien conventionnel » par la seule volonté des parties. La volonté des parties permet donc de réaliser l'impossible : la transmission d'une action en justice. Il suffirait alors d'établir un rapport d'obligation entre les parties, comme si l'action en justice était réellement transmise. Les obligations réciproques des parties seront donc ici à la fois la conséquence et la cause de la transmission de l'action, ce qui paraît certes artificiel et paradoxal.

Cette transmission de l'action en justice par la simple volonté des parties est paradoxale dans la mesure où sa cause se confond avec sa conséquence. Elle n'est certes pas sans rappeler les premières transmissions de créances en droit romain, lorsque les créances étaient uniquement des rapports personnels. Ils n'étaient pas plus transmis que les autres rapports personnels ; ce qui s'avérait gênant pour les affaires. La pratique, face aux murs d'interdiction de la législation, avait mis en place des procédés pour les contourner, tels qu'une novation doublée d'une délégation. Mais un tel procédé exigeait le consentement du débiteur cédé et faisait disparaître la créance initiale et ses accessoires. Au regard des limites de cette technique, la pratique romaine avait alors développé un autre procédé : la *procuratio in rem suam*, basée sur le mandat. Elle permettait au cédant de donner mandat au cessionnaire d'obtenir en son nom le paiement de la part du débiteur cédé. Le cessionnaire était dispensé de rendre compte de l'exécution auprès du cédant et conservait l'argent du paiement. Il agissait donc au nom du mandant pour ne pas heurter le caractère personnel de la créance, mais pour son propre compte. Au final le procédé revenait donc à une cession d'action.

Les transmissions d'action en justice à titre principal, par la seule volonté des parties, utilisées de nos jours semblent reproduire les mêmes procédés. Selon la volonté des parties, elles reposent sur le mandat, la délégation, la subrogation ou encore la cession de créance. Les contrats d'assurance de responsabilité civile et de crédit-bail en sont les deux principaux exemples. La clause de direction du procès insérée dans tous les contrats d'assurance de responsabilité civile permet à l'assureur, qui paiera l'indemnité à la

victime, de discuter devant le juge des prétentions de la victime à propos de la responsabilité de l'assuré, exerçant par-là indirectement l'action en responsabilité de la victime sociétaire. Ce recours se fonde sur un mécanisme de subrogation légale, qui a été mis en place par la loi du 13 juillet 1930 – bien que les assureurs obtiennent fréquemment de leur sociétaire victime une quittance subrogative, ce qui leur permet de subroger leur sociétaire dans leurs droits et actions à l'encontre du responsable du dommage. Les contrats de crédit-bail conclus entre professionnels incluent une clause de transfert d'actions qui permet à celui qui détient et use la chose et qui a vocation à en devenir propriétaire, d'exercer les actions du propriétaire et de décharger l'établissement de crédit, du contentieux relatif à la vente qui ne l'intéresse qu'indirectement au fond.

D'autres transmissions contractuelles d'action en justice à titre principal ont été admises par la jurisprudence, au détour de quelques arrêts, conditionnées à l'existence d'une convention spéciale. Par exemple, un propriétaire a consenti à un acheteur la vente d'une forêt et lui a transmis, par convention, tous les droits et actions qui en dérivait et, en particulier, l'action en résolution de la vente d'une coupe de bois qui avait été consentie par le vendeur et qui n'avait pas été retirée par l'acheteur de la coupe de bois. La Cour de cassation a refusé de reconnaître l'existence d'une transmission accessoire de l'action à défaut de convention spéciale⁹³.

Sur le papier, une action en justice ne peut pas être transmise dans la mesure où elle n'est pas une chose et qu'elle ne se confond pas avec les choses auxquelles elle renvoie. La pratique renvoie à une réalité différente.

On parvient à la même conclusion que M. Cayrol⁹⁴ : les actes de transmission de l'action en justice sont des « actes contre-nature » dans la mesure où ils ont à la fois pour but et pour effet de transmettre quelque chose qui n'est pas un bien ni une chose. La volonté des parties crée ainsi une illusion dans laquelle elles ont transmis une action.

⁹³ Cass. Req., 3 novembre 1932, *D.H.* 1932, p. 570

⁹⁴ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 136, p. 82.

L'examen du droit positif conduit ainsi à distinguer les figures pour lesquelles s'opère la transmission de l'action en justice selon l'intervention d'un contrat (partie I) ou en dehors de tout contrat (partie II).

Partie I :

La transmission contractuelle de l'action en justice

Le droit positif révèle que la transmission de l'action en justice est un procédé bien ancré dans notre droit, que ce soit à titre accessoire ou à titre principal au travers des deux figures consacrées par le législateur (chapitre 1). L'examen de ces figures pousse à s'interroger sur les contraintes particulières d'une transmission à titre principal de l'action en justice en dehors des deux figures contractuelles consacrées par le législateur (chapitre 2). Ces contraintes sont nécessairement particulières en ce que la transmission de l'action en justice implique la rencontre de deux droits : le droit des obligations du fait de la transmission et la procédure civile, eu égard à la « chose », objet de la transmission.

Chapitre n° 1 :

**Les transmissions contractuelles d'action en
justice admises en droit positif**

Ainsi qu'il l'a été évoqué dans le précédent chapitre, la transmission de l'action en justice par le biais d'un contrat peut s'opérer de manière accessoire à la chose ou au droit personnel transmis (I), ou à titre principal (II). Le fondement de la transmission de l'action en justice avec la chose ou le droit personnel qui est transmis est bien ancré dans notre droit. Pourtant il n'est pas exempt de toute critique (I). Quant au transfert autonome de l'action en justice, c'est-à-dire indépendamment du droit subjectif substantiel ou de la chose auquel elle se rattache, il a été principalement reconnu par le législateur en deux hypothèses (II).

I – La transmission accessoire de l'action en justice

Traditionnellement la transmission accessoire de l'action en justice ne pose que peu de difficultés lorsque l'on considérait que l'action en justice était inextricablement liée au droit subjectif substantiel dont elle protège la mise en œuvre. La transmission accessoire de l'action en justice peut s'opérer, on l'a aperçu, de deux manières : soit par rattachement au droit personnel transféré (A), soit par rattachement au droit réel transmis (B).

Toutefois notre droit tend de plus en plus à distinguer le droit subjectif substantiel d'un côté et l'action de l'autre, de sorte que le fondement de la transmission accessoire de l'action, la théorie de l'accessoire, montre ses limites.

A – La transmission par rattachement à un droit personnel

La transmission accessoire de l'action en justice par rattachement à un droit personnel est largement balisée par le législateur et la jurisprudence. On la retrouve au travers de quatre figures : la cession de créance (1), la subrogation (2) ainsi que la transmission universelle de patrimoine et l'apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions (3).

1. La cession de créance

Auparavant régie par les dispositions du Code civil relatives au contrat de vente, la cession de créance se voit réserver une place particulière au sein du Code civil depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Elle est désormais un contrat spécifique, à part entière. Sous réserve du respect des nouveaux articles 1321 à 1326 du Code civil, un cédant peut transférer sa créance et ses accessoires à un cessionnaire. Echappant désormais aux lourdes formalités de l'article 1690 du Code civil, il suffit qu'elle ait été régulièrement notifiée au débiteur ou que le débiteur en ait pris acte, après avoir consenti à la cession, pour qu'elle lui soit opposable. Le cessionnaire se glissera alors dans les bottes du cédant, c'est-à-dire dans ses droits et actions contre le débiteur cédé. Il pourra donc exiger le paiement de la créance qu'il vient d'acquérir, auprès du débiteur cédé, qui ne pourra plus valablement se libérer entre les mains du cédant. En cas de non-paiement de la créance, il pourra exercer l'action du cédant à l'encontre du débiteur.

La créance est transmise pour le prix fixé entre le cédant et le cessionnaire, avec tous ses accessoires, c'est-à-dire tous les éléments qui permettent de recouvrer la créance, et tous ses vices. Plus particulièrement, les actions du cédant contre son débiteur, lui permettant de recouvrer sa créance, sont transmises au cessionnaire qui pourra donc les exercer en son lieu et place et pour son propre compte. Elle est transférée au cessionnaire avec tous les vices dont elle est affectée. Le débiteur pourra opposer à l'appel en paiement du cessionnaire, toutes les exceptions inhérentes à la dette. Dans une telle hypothèse, le cessionnaire pourra en principe se retourner contre le cédant et l'appeler en garantie. Ainsi qu'une doctrine éminente l'avait relevé⁹⁵, cette opposabilité est une simple application de l'adage *nemo dat quod non habet, nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipsa habet*. Nul ne peut donner plus que ce qu'il a, nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même.

⁹⁵ Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Eric Savaux, *Droit civil – Les obligations, 3. le rapport d'obligation*, 9^e éd., Paris, Dalloz (collection Sirey Université série Droit privé), 2015, n° 365, p. 360.

On commence déjà à entrevoir les limites de cette cession : seuls sont transmis, sauf stipulation contraire, les « droits et actions » qui ont une incidence bénéfique sur le contenu de la prestation due ou sur le bien et qui fournissent le moyen direct ou indirect d'obtenir cette prestation, ou qui sanctionnent la défaillance du débiteur. Il en résulte naturellement que les actions extrapatrimoniales, incessibles ou strictement personnelles au cédant ne sont pas transmises au cessionnaire, ainsi qu'a pu l'affirmer la Cour de cassation au détour d'un arrêt du 24 octobre 2006⁹⁶. Cette solution s'explique par le lien inextricable entre une telle action et son titulaire.

Il en va de même pour les cessions de créance dites simplifiées, développées en réaction aux lourdes formalités d'opposabilité qui étaient exigées par l'article 1690 du Code civil, incompatibles avec les exigences de rapidité et de simplicité des pratiques commerciales (cessions Dailly, transmission des titres au porteur, transfert des titres nominatifs, endossement).

La transmission de l'action en justice, accessoire à la transmission d'une créance, par le procédé de la cession, avait été pour la première fois admise par la jurisprudence dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 10 janvier 2006⁹⁷, dont la formulation générale avait suscité un grand débat. La Cour de cassation avait admis la validité de la cession de l'action en justice, accessoire de la créance cédée, sous réserve que « ces créances, droit ou action ne soient hors du commerce ou que l'aliénation n'en ait été prohibée par une loi particulière ». On retrouve ici la prohibition du trouble à l'ordre public et le rappel du respect de la loi.

Néanmoins, il convient de tempérer la portée de cette solution en ce que d'une part, elle est limitée aux cessions d'actions en responsabilité à titre accessoire à la cession de créance. D'autre part, cette jurisprudence justifiée par la théorie de l'accessoire, a été

⁹⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-10.231, *Bull. civ.* n° 433 ; *D.* 2006. AJ. 2787, obs. Valérie Avena-Robardet ; *RDC* 2007. 291, obs. Geneviève Viney ; *RTD civ.* 2007. 122, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁹⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 10 janvier 2006, pourvoi n° 03-17.839, *Bull. civ.* n° 6 ; *D.* 2006. AJ 365, obs. Xavier Delpech ; *D.* 2006. 2129, note Daniel Bert ; *RTD civ.* 2006. 552, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Deffrénois* 2006. 597, obs. E. Savaux ; *Dr. et proc.* 2006. 147, obs. Emmanuel Putman ; *LPA*, 31 octobre 2006, n° 217, note Gabriele Mécarelli.

confirmée par la suite par un arrêt du 24 octobre 2006⁹⁸, puis par un arrêt du 19 juin 2007⁹⁹. Les parties peuvent empêcher la transmission accessoire de l'action ou bien la stipuler alors que l'acte qu'elles ont conclu ne la prévoit normalement pas¹⁰⁰. La cession de l'action en justice est donc possible mais uniquement en tant qu'accessoire à la créance transmise.

La cession des « droits et actions » accessoire à la cession de la créance n'est pas sans rappeler la transmission au subrogé des droits et actions attachés à la créance, dont il a désintéressé le subrogeant.

2. La subrogation

Par le mécanisme de la subrogation, un subrogé, en désintéressant un créancier subrogeant, est placé dans ses chaussures, dans sa relation avec le débiteur. Il pourra donc exercer, à l'instar du cessionnaire, les actions que détenait le subrogeant à l'encontre du débiteur. Régie par le nouvel article 1346 du Code civil (anciennement article 1251), cette opération suppose un paiement avec subrogation, à savoir le désintéressement du créancier sans extinction de la dette. Le rapport d'obligation avec le débiteur demeure le même. Les sûretés sont maintenues. Les caractères de la créance sont les mêmes. Le subrogé peut exercer toutes les actions en justice dont disposait le subrogeant à l'égard de son débiteur¹⁰¹. Et leur prescription est celle applicable aux actions du subrogeant.

⁹⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-10.231, *Bull. civ. n° 433* ; *ibid.*

⁹⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 19 juin 2007, pourvoi n° 05-21.678, *Bull. civ. n° 239* ; *D.* 2007. *AJ* 1958, obs. X. Delpech ; *CCC* 2007, n° 270, note Laurent Leveneur ; *RTD civ.* 2008. 301, obs. B. Fages.

¹⁰⁰ Cass. Civ. 3^e, 25 janvier 1983, pourvoi n° 81-13.636, *Bull. civ. n° 26* ; Cass. Soc., 16 mai 1958 ; Cass. Civ. 3^e, 7 juillet 2004, *inédit*, pourvoi n° 02-11.335 ; Cass. Civ. 3^e, 5 novembre 2013, *inédit*, pourvoi n° 12-13.923 ; à propos de la transmission de l'action en défense : Cass. Civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-15.602, *Bull. civ. n° 306* ; *JCP* 1996. II. 22623, obs. L. Leveneur.

¹⁰¹ Cass. Civ. 1^{re}, 21 janvier 2003, pourvoi n° 00-15.781, *Bull. civ. n° 18* ; *RTD civ.* 2003. 298, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. Civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, pourvoi n° 83-15.786, *Bull. civ. n° 231* ; *RTD civ.* 1989. 320 obs. J. Mestre (action en responsabilité) ; Cass. Civ. 1^{re}, 13 janvier 1993, pourvoi n° 88-12.884, *Bull. civ. n° 6* ; *RTD civ.* 1993. 822, obs. J. Mestre (action paulienne). La clause de conciliation préalable figurant dans le contrat conclu entre le subrogeant et le débiteur est opposable au subrogé, même s'il n'en a pas eu personnellement connaissance (Civ. 3^e, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-30.721, *Bull. civ. n° 58*).

Par ce paiement subrogatoire, les actions en justice dont était titulaire le créancier subrogeant à l'égard du débiteur en recouvrement de la créance seront donc exercées par une personne autre que leur auteur, le subrogé. S'est donc opéré lors de l'exécution de cette opération, une transmission des actions en justice du créancier subrogeant au subrogé.

Ce mécanisme reçoit une application particulière dans le bénéfice de subrogation de la caution. Lorsque la caution désintéresse le créancier, elle sera alors subrogée dans les droits et actions dont dispose le créancier contre le débiteur défaillant¹⁰² : c'est le bénéfice de subrogation (ou parfois appelé « bénéfice de cession d'actions ») dont la perte est sanctionnée par l'article 2314 du Code civil¹⁰³. Les droits et actions du créancier qui appelle la caution en paiement, ne doivent donc pas être négligés. Le bénéfice de subrogation a pour but de protéger la caution contre le risque de négligence du créancier dans l'exercice de ses droits et actions contre le débiteur. Lorsque la caution ne peut être subrogée dans les « droits, hypothèques et privilèges » du créancier, elle est déchargée de son engagement de caution. Ce bénéfice de subrogation constitue donc un recours du nouveau titulaire des actions du créancier à l'égard du débiteur. Il permet à la caution de se décharger de son engagement.

Ce recours est toutefois spécifique au cautionnement. C'est parce que, semble-t-il, la caution garantit la dette du débiteur qu'elle peut s'opposer à l'appel en paiement du créancier si ce dernier a négligé ses droits et actions à l'encontre du débiteur. On pourrait imaginer transposer un tel recours au subrogé, voire au récipiendaire de l'action en justice dans le cadre d'une transmission fondée sur la subrogation. Mais ce recours s'explique par la spécificité des rapports liant le créancier, la caution et le débiteur. Il apparaît donc difficile de concevoir un tel recours lorsque le subrogé n'est pas lié au créancier par un quelconque engagement avant paiement.

Ce bénéfice de subrogation profite également aux sous-cautions contre

¹⁰² Article 2306 du Code civil.

¹⁰³ Cet article dispose que « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite. ».

l'appel en paiement de la caution qui se retournerait contre elles¹⁰⁴. En revanche le codébiteur solidaire ne pourra pas l'invoquer¹⁰⁵, pas plus que le constituant d'une sûreté réelle (ou que l'on appelle « caution réelle » par raccourci de langage)¹⁰⁶. La caution, même privée des bénéfices de division et de discussion, conserve le droit d'invoquer le bénéfice de subrogation¹⁰⁷, qui lui permettra d'être partiellement déchargée de son engagement à concurrence de la valeur des droits préférentiels perdus¹⁰⁸, donc à hauteur de son préjudice. Ce bénéfice de subrogation a donc ses limites : la caution ne sera déchargée de son engagement qu'à hauteur de son préjudice, soit la valeur des droits préférentiels perdus.

Pour pouvoir opposer la perte du bénéfice de subrogation à l'appel en paiement du créancier, la caution doit justifier de la réunion de quatre conditions : la perte d'un droit préférentiel, un fait du créancier, une atteinte aux prévisions légitimes de la caution et un préjudice subi par la caution. Bien que progressivement assouplies par la jurisprudence¹⁰⁹, ces quatre conditions ne reçoivent pas toutes l'approbation unanime de la doctrine¹¹⁰. Le recours subrogatoire de la caution présente comme intérêt de faire profiter à la caution de l'ensemble des droits préférentiels et actions dont disposait le créancier contre le débiteur, avant d'être désintéressé par la caution. Les droits préférentiels recouvrent tout « droit s'ajoutant au droit de gage général afin de rendre plus sûre l'action du créancier contre le débiteur, donc le recours de la caution ; ce qui

¹⁰⁴ Cass. Com., 11 décembre 1990, *inédit*, pourvoi n° 87-17.890 ; Cass. Com., 26 novembre 2002, pourvoi n° 01-12.823, *Bull. civ. n° 179*.

¹⁰⁵ Cass. Req., 24 juin 1914, *DP* 1916. 1. 39 ; Cass. Com., 8 mai 1968, *Bull. civ. n° 148* ; Cass. Com., 17 décembre 2003, *inédit*, pourvoi n° 01-11.198.

¹⁰⁶ Cass. Mixte, 2 décembre 2005, pourvoi n° 03-18.210 *Bull. civ. n° 7* ; *D.* 2006. 729, concl. Jerry Sainte-Rose, note L. Aynès ; *D.* 2006. Pan. 1414, obs. Jean-Jacques Lemouland et Daniel Vigneau ; *D.* 2006. Pan. 2856, obs. P. Crocq ; *JCP* 2005. II. 10183, note Philippe Simler ; *JCP E* 2006, p. 1056, note Stéphane Piedelièvre ; *Dr. et patr.*, févr. 2006. 128, obs. Philippe Dupichot ; *RLDC* 2006, n° 992, note Marc Mignot ; *CCC* 2006, n° 61, obs. L. Leveneur ; *Dr. fam.* 2006, Étude 13, obs. Bernard Beignier ; *RDC* 2006. 454, note M. Grimaldi et p. 458, note Dimitri Houtcieff ; *Defrénois* 2006. 586, obs. R. Libchaber ; *RD banc. fin.* 2006, comm. 15, obs. Alain Cerles ; *RTD civ.* 2006. 357, obs. Bernard Vareille ; *RTD civ.* 2006. 594, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2006. 465, obs. Dominique Legeais.

¹⁰⁷ Cass. civ., 17 avril 1836, *DP* 1836. 1. 424 ; Cass. Civ. 1^{re}, 29 octobre 2002, pourvoi n° 00-15.227, *Bull. civ. n° 249*.

¹⁰⁸ Christian Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse Droit privé, Montpellier, préface de Michel Cabrillac, Paris, Librairies techniques (collection Bibliothèque de droit de l'entreprise 10), 1979, n° 417.

¹⁰⁹ Sur ce point, v. Gaël Piette, « Le devoir d'assurer l'efficacité de la subrogation », *RLDA* 2008, n° 24, p. 116.

¹¹⁰ Contre la condition du préjudice subi par la caution : v. Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac et Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, 10^e éd., LexisNexis (collection Manuels), Paris, 2015, n° 311.

comprend : d'abord les sûretés au sens technique [...], ensuite les avantages dont dispose le créancier qui ne sont pas des droits de préférence à proprement parler, mais qui lui évitent de subir le concours des autres créanciers, ou rendent plus facile le recouvrement de la dette »¹¹¹. La perte d'un droit qui ne lui aurait conféré qu'un rang chirographaire dans la procédure collective du débiteur, ne suffit pas. Le droit perdu doit avoir conféré « au créancier un avantage particulier pour le recouvrement de sa créance »¹¹². La jurisprudence est allée plus loin : si le créancier a omis de déclarer sa créance, peu important la nature de celle-ci, au passif de la liquidation judiciaire de son débiteur, la caution est déchargée de son engagement, en application de l'article 2314 du Code civil, sous réserve que cette dernière aurait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, susceptible de lui être transmis par subrogation¹¹³. La condition de la perte d'un droit préférentiel est donc interprétée au sens large par la jurisprudence : il s'agit tant de la réduction ou la disparition d'un droit préférentiel que du dépérissement du droit par négligence du créancier.

L'exception de subrogation (ou exception de cession d'action) est également conditionnée au fait exclusif du créancier¹¹⁴ – ou de l'un de ses préposés ou de ses mandataires¹¹⁵ – dont il appartient à la caution de rapporter la preuve¹¹⁶.

¹¹¹ P. Crocq et L. Aynès, *Les sûretés et la publicité foncière*, Defrénois, Lextenso éditions (collection Droit civil), Paris, 4^e éd., 2009, n° 283.

¹¹² Cass. Civ. 1^{re}, 21 mars 1984, pourvoi n° 83-10.035, *Bull. civ. n° 111* ; pour des applications : Cass. Com., 19 octobre 1993, pourvoi n° 91-11.952, *Bull. civ. n° 351* ; Cass. Civ. 1^{re}, 26 janvier 1999, pourvoi n° 96-21.328, *Bull. civ. n° 27* ; Cass. Com., 14 mars 2000, *inédit*, pourvoi n° 97-18.099 ; Cass. Com., 8 juillet 2008, *inédit*, pourvoi n° 07-11.685 ; Cass. Com., 12 janvier 2010, *inédit*, pourvoi n° 08-19.268.

¹¹³ Cass. Com., 19 février 2013, pourvoi n° 11-28.423, *Bull. civ. n° 26* ; *D.* 2013. 1706, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2013. 416, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2013. 346, obs. A. Martin-Serf ; *RTD com.* 2013. 573, obs. D. Legeais ; Cass. Civ. 1^{re}, 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-21.126, *Bull. civ. n° 144* ; *Lexbase hebdo*, éd. Affaires 2013, n° 351, note G. Piette ; *D.* 2014. 1610, obs. P. Crocq.

¹¹⁴ Cass. Com., 2 avril 1996, pourvoi n° 93-19.074, *Bull. civ. n° 100* ; *D.* 1996. Somm. 268, obs. Louis Aynès ; pour des applications : la caution ne peut opposer l'exception de subrogation lorsque la perte du droit préférentiel en cause résulte d'un fait du débiteur principal (Civ. 1^{re}, 9 mai 2001, pourvoi n° 98-23.144, *Bull. civ. n° 125*), ou du fait d'un tiers (Com., 15 novembre 1965, *Bull. civ. n° 573* ; Cass. Civ. 1^{re}, 29 octobre 2002, pourvoi n° 00-15.227, *Bull. civ. n° 249*). La jurisprudence est allée plus loin en estimant que la caution ne pouvait pas reprocher au créancier bénéficiaire d'une promesse d'hypothèque ou de nantissement, la perte de ces sûretés, sur le fondement de l'article 2314 du Code civil, puisque la constitution de ces sûretés appartient au promettant (Civ. 1^{re}, 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-19.173, *Bull. civ. n° 228* ; *D.* 2009. 2860, obs. V. Avena-Robardet ; *RDI* 2010. 144, obs. Henri Heugas-Darraspen).

¹¹⁵ Cass. Com., 7 octobre 1968, *Bull. civ. n° 252*.

¹¹⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-16.475, *Bull. civ. n° 394* ; *D.* 1997. Somm. 166, obs. L. Aynès ; Cass. Com., 9 novembre 2004, *inédit*, pourvoi n° 03-14.821 ; Cass. Com., 16 octobre 2012,

Pendant longtemps, la jurisprudence a hésité sur la solution à apporter au point de savoir si la caution pouvait opposer l'article 2314 du Code civil au créancier qui avait omis d'exercer une simple faculté dans un certain délai. Alors que la première chambre civile de la Cour de cassation considérait que le créancier ne commettait aucune faute en s'abstenant d'exercer une simple faculté, cet exercice ne correspondant pas au degré de certitude exigé pour le droit préférentiel, la chambre commerciale, quant à elle, était plus sévère en sanctionnant le créancier qui, par son abstention, privait la caution d'un droit qui aurait pu lui profiter¹¹⁷. Depuis un arrêt du 10 juin 2005 de la chambre mixte de la Cour de cassation¹¹⁸ s'alignant sur la position stricte de la chambre commerciale, le créancier qui envisage de poursuivre la caution, doit donc veiller à ne pas contrevenir à ses attentes légitimes. Il en résulte que l'article 2314 du Code civil ne pourra s'appliquer qu'aux « droits, hypothèques et privilèges » – selon la formule consacrée par le Code civil – constitués antérieurement ou concomitamment au cautionnement¹¹⁹. La jurisprudence y assimile les droits qui n'existaient pas encore au jour de la conclusion du cautionnement mais que le créancier s'était engagé à prendre. La caution est donc fondée à invoquer la perte du bénéfice de subrogation dès lors qu'elle pouvait légitimement croire que le créancier, postérieurement à la conclusion du contrat de cautionnement, prendrait une sûreté supplémentaire¹²⁰. La difficulté réside dans l'établissement de la croyance légitime. En règle générale, elle est déduite d'une mention d'une sûreté dans l'acte de prêt¹²¹, étant précisé que la seule nature du prêt ne suffit pas à établir la preuve de la croyance légitime de la caution en l'existence d'autres sûretés.

inédit, pourvoi n° 11-23.703, *Gaz. Pal.*, 13 décembre 2012, p. 17, obs. Christophe Albiges et Marie-Pierre Dumont-Lefrand.

¹¹⁷ Cass. Com., 13 mai 2003, pourvoi n° 00-15.404, *Bull. civ. n° 73* ; *D.* 2003, *AJ* 1629, obs. V. Avena-Robardet (2^{ème} espèce) ; *D.* 2004, *Somm.* 52, obs. Pierre-Michel Le Corre (2^{ème} espèce) ; *Defrénois* 2004. 889, obs. Jean Honorat ; *LPA*, 24 novembre 2003, note D. Houtcieff ; *LPA*, 19 février 2004, note Eva Mouial-Bassilana ; *RTD com.* 2004. 156, obs. A. Martin-Serf.

¹¹⁸ « Le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive » ; Cass. Mixte, 10 juin 2005, pourvoi n° 02-21.296, *Bull. civ. n° 5* ; *RDC* 2005, p. 1136, obs. D. Houtcieff ; *RTD com.* 2005. 582, obs. D. Legeais ; *JCP* 2005. II. 10130, note Ph. Simler ; *D.* 2005. 1773, obs. X. Delpech ; *D.* 2005. 2020, note S. Piedelièvre.

¹¹⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 5 octobre 1964, *Bull. civ. n° 419* ; Cass. Com., 10 avril 1967, *Bull. civ. n° 134* ; Cass. Com., 25 janvier 1994, pourvoi n° 91-19.226, *Bull. civ. n° 30* ; Cass. Civ. 1^{re}, 17 octobre 1995, pourvoi n° 93-19.840, *Bull. civ. n° 366* ; *D.* 1996. *Somm.* 266, obs. L. Aynès ; Cass. Com., 13 juin 2006, *inédit*, pourvoi n° 05-14.798 ; Cass. Com., 17 février 2009, *inédit*, pourvoi n° 07-20.458 ; Cass. Com., 25 octobre 2017, *inédit*, pourvoi n° 16-16.764.

¹²⁰ Cass. Com., 1^{er} octobre 2002, *inédit*, pourvoi n° 98-23.314.

¹²¹ *Ibid.* ; Cass. Com., 29 octobre 2002, *inédit*, pourvoi n° 99-12.441 ; *Defrénois* 2003. 1312, note J. Honorat.

Enfin, la caution doit avoir subi un préjudice. La charge de la preuve pèse sur le créancier : il devra établir que la perte du droit litigieux n'a entraîné aucun dommage pour la caution¹²², notamment en démontrant que le droit perdu ne présentait pas de véritable efficacité¹²³ ou que malgré la perte de ce droit, la caution, subrogée dans les droits et actions du créancier, bénéficie d'autres droits préférentiels qui lui permettront d'obtenir le paiement de sa créance¹²⁴.

Le bénéfice de subrogation de la caution est une des illustrations majeures du mécanisme de la subrogation : la caution, en réglant entre les mains du créancier la dette du débiteur, se trouve subrogée dans les droits et actions dont le créancier disposait contre le débiteur. Elle exercera donc à l'encontre du débiteur des actions qui ne résultent pas de sa relation avec le débiteur, mais dont elle sera titulaire car placée dans les bottes du créancier du fait de son paiement.

A l'instar de la figure de la cession de créance, une transmission des droits et actions du créancier contre son débiteur s'est opérée du subrogé au créancier subrogeant en contrepartie du règlement de la créance qu'il détenait à l'égard du débiteur.

Le subrogé pourra alors agir contre le débiteur pour obtenir le remboursement de la dette qu'il a réglée en son lieu et place et dont il n'était pas débiteur. Cette transmission rencontre les mêmes limites que celles rencontrées pour la cession de créance : la caution subrogée est uniquement subrogée dans les droits et actions du créancier contre le débiteur favorisant le recouvrement de la créance ou la réalisation de la prestation due, à hauteur de la somme qu'elle a versée entre les mains du créancier.

¹²² Cass. Com., 3 novembre 1975, pourvoi n° 74-11.845, *Bull. civ. n° 247* ; *JCP* 1978. II. 18891, note Ph. Simler ; Cass. Com., 8 avril 2015, pourvoi n° 13-22.969, *Bull. civ. n° 62* ; *D.* 2016. 167, obs. Jean-Daniel Bretzner et Augustin Aynès.

¹²³ Cass. Civ. 1^{re}, 25 juin 1980, pourvoi n° 79-11.591, *Bull. civ. n° 197* ; Cass. Com., 27 février 1996, pourvoi n° 94-14.313, *Bull. civ. n° 68* ; *D.* 1996. Somm. 269, obs. L. Aynès ; *Defrénois* 1997. 100, obs. St. Piedelièvre ; Cass. Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 09-71.113, *Bull. civ. n° 118* ; *JCP* 2011. 1259, n° 7, obs. Ph. Simler ; *D.* 2012. 1573, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2011. 782, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2011. 625, obs. D. Legeais ; *RTD com.* 2012. 405, obs. A. Martin-Serf.

¹²⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 26 janvier 1999, pourvoi n° 96-21.328, *Bull. civ. n° 27*.

Il demeure une dernière figure opérant une transmission accessoire de l'action en justice par rattachement à un droit personnel à examiner : la transmission universelle de patrimoine à une personne morale, en ce qu'elle implique un contrat, et pour aller plus loin, l'apport partiel d'actifs soumis au régime des scissions.

3. La transmission universelle de patrimoine et l'apport partiel d'actifs

L'apport partiel d'actifs est « l'opération par laquelle une société apporte à une autre société, nouvelle ou préexistante, une partie seulement de son patrimoine, moyennant attribution, au profit de ses associés, de droits sociaux de la société bénéficiaire de l'apport »¹²⁵. Sauf stipulation expresse dans le traité d'apport, communauté ou confusion d'intérêts ou fraude, l'apport partiel d'actif, placé sous le régime de la scission, opère pour la société bénéficiaire transmission de l'ensemble des droits, biens et obligations pour la branche d'activité objet de l'apport. Quant à la société apporteuse, elle demeure solidairement tenue avec la société bénéficiaire, des dettes transmises, sauf stipulation contraire. L'apport partiel d'actif n'est pas une simple vente, cet apport se traduisant par une contrepartie qui n'est pas le versement d'un prix.

La transmission universelle de patrimoine emporte le transfert de l'intégralité du patrimoine d'une personne (actif et passif). Elle ne peut se réaliser en matière commerciale que pour cause de fusion. Ainsi tous les éléments d'actif et de passif sont transmis même s'ils ne sont pas mentionnés dans l'acte opérant la transmission. Par conséquent, un traité de fusion par lequel la société absorbante s'engage à reprendre tout le passif de la société absorbée à une date déterminée, n'emporte pas moins le transfert du passif postérieur à cette date¹²⁶. De même, un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions opère le transfert de tous les droits et dettes de la branche d'activité transmise et non seulement ceux qui sont mentionnés dans l'acte d'apport¹²⁷.

¹²⁵ S. Guinchard et alii, *Lexique des termes juridiques 2021-2022*, Dalloz (collection Lexiques), Paris, 29^e éd., août 2021.

¹²⁶ Cass. Com., 4 février 1997, *inédit*, pourvoi n° 94-15.282.

¹²⁷ Cass. Com., 5 mars 1991, pourvoi n° 88-19.629, *Bull. civ. n° 100* ; *Bull. Joly* 1991. 500, note Michel Jeantin ; *D.* 1991. 441, note J. Honorat ; *Rev. sociétés* 1991. 545, note Christian Bolze ; Cass. Com.,

A l'image de la cession de créance et de la subrogation, sont exclus de cette transmission les droits extrapatrimoniaux, et en particulier, les droits moraux attachés aux œuvres de l'esprit, en raison du fort *intuitu personae* qui les caractérise. Plus encore, le principe de la transmissibilité des droits patrimoniaux lors d'une transmission universelle de patrimoine n'est pas absolu. En effet l'ancien article 1122 du Code civil disposait qu'« on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ». Cette règle n'a toutefois pas été conservée par la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 puis par sa loi de ratification du 20 avril 2018. Ce principe de transmissibilité s'applique donc aux actions entendues comme permettant la consécration ou la protection d'un droit substantiel ou d'un intérêt en justice¹²⁸. Par exemple, sont transmises la demande en caractérisation du défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement de l'auteur¹²⁹, les actions en nullité, absolue comme relative, ou encore les actions en inopposabilité des actes accomplis par l'auteur¹³⁰. Sont donc exclus de la transmission, les droits ou intérêts protégés, marqués par un *intuitu personae* fondé sur la personnalité irréductible de celui qui doit exécuter la prestation et s'opposant ainsi à leur transmission¹³¹. Tel est le cas par exemple des contrats de distribution sélective¹³². En revanche, le principe de la transmission universelle de patrimoine permet la transmission des créances et des dettes

23 juin 2004, *inédit*, pourvoi n° 02-13.115 ; *Dr. sociétés*, n° 12, décembre 2004, comm. 219, note Henri Hovasse. Toutefois la Cour de cassation admet la validité de clauses expresses excluant certains biens de la transmission, voire même certaines dettes. En ce sens : Cass. Com., 5 mars 1991, *op. cit.* ; Cass. Com., 4 février 2004, *inédit*, pourvoi n° 00-13.501.

¹²⁸ Olivier Deshayes, « Ayant cause », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, octobre 2016, dernière actualisation : février 2020, nos 105 à 118.

¹²⁹ Cass. Soc., 5 mai 2004, *inédit*, pourvoi n° 02-40.864.

¹³⁰ Tel est le cas par exemple de l'action en nullité du testament de l'auteur (Civ. 1^{re}, 11 février 1975, pourvoi n° 73-14.708, *Bull. civ. n° 54*), de l'action en nullité pour dol du contrat de mariage (Civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-15.005, *Bull. civ. n° 291* ; *LPA* 1996, n° 38, p. 15, note Jean Massip), ou de la demande en inopposabilité d'un acte passé par un époux en fraude des droits de son conjoint, par la suite décadé (Civ. 1^{re}, 17 octobre 1960, *D.* 1961. 321, note Pierre Voirin).

¹³¹ V. sur ce point : Alain Viandier, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », dans *Mélanges Christian Mouly*, tome II, 1998, Litec, Paris, p. 193 ; Xavier Jaspar et Nathalie Metais, « Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens », *Bull. Joly* 1998. 447 ; Marie-Laure Coquelet, « La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés à l'épreuve du principe d'intransmissibilité des contrats *intuitu personae* », *Dr. sociétés, Actes pratiques*, 2000, n° 49, p. 20 et 21.

¹³² Cass. Com., 24 novembre 2009, *inédit*, pourvoi n° 08-16.428 ; *BJS* 2010. 243, note X. Vamparys ; Cass. Com., 29 octobre 2002, *inédit*, pourvoi n° 01-03.987 ; *BJS* 2003. 192, note D. Krajieski à propos d'un contrat d'agence commerciale ; Cass. Com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-13.761, *Bull. civ. n° 110* (à propos d'un contrat de franchise nécessitant l'accord du franchiseur) ; *Bull. Joly* 2008. 904, note B. Saintourens ; *JCP E* 2008. 2210, note H. Hovasse.

nées antérieurement dans le patrimoine de la société qui disparaît, au titre du contrat conclu *intuitu personae*, avec la société absorbée¹³³. Les contrats *intuitu personae* peuvent stipuler leur continuation avec la nouvelle société.

Ces règles de transmissibilité sont acquises. Elles ne posent pas de problème majeur. Comme l'avait souligné Mme Coquelet, « l'effet substitutif inhérent à la transmission universelle, organisé par le droit des sociétés, serait amputé d'une grande partie de son intérêt si cette substitution sans novation ne s'accompagnait pas de droit pour l'ayant cause universel d'exercer – mais également de poursuivre – les actions qui étaient auparavant celles de la société dissoute sans liquidation »¹³⁴. Il en va de même pour les créanciers de la société dissoute : on ne peut les priver de leur droit de saisir le juge pour obtenir l'exécution de leurs créances, « au seul constat de la dissolution de leur débiteur d'origine »¹³⁵. La même règle s'applique aux instances en cours au jour de la transmission universelle de patrimoine¹³⁶. L'examen de la jurisprudence révèle toutefois une réalité quelque peu différente : toutes les actions de la société dissoute sans liquidation ne sont pas de plein droit transmises à la société bénéficiaire. La transmissibilité de l'action dépend de la nature juridique du droit qu'elle sanctionne. Si ce droit est extrapatrimonial, l'action empruntant les caractères du droit qu'elle protège, elle ne pourra pas, à l'instar de ce droit, être transmise.

On aperçoit ici les contraintes attachées aux effets de la transmission d'une action en justice.

Le patrimoine est transféré au bénéficiaire dans l'état dans lequel il se trouve au jour de la réalisation définitive de l'opération réalisant la transmission. Cette règle, posée par l'article L. 263-3 du Code de commerce pour la fusion et la scission,

¹³³ Cass. Com., 7 juin 2006, pourvoi n° 05-11.384, *Bull. civ. n° 140* (à propos de la transmission des effets du contrat d'agence commerciale, déjà nés dans le patrimoine de l'EURL dissoute et transmise à son associé unique) ; *Dr. Soc.* 2006, comm. 126, obs. Joël Monnet ; *BJS* 2006. 1491, note M.-L. Coquelet.

¹³⁴ M.-L. Coquelet, « Le sort des actions en justice en cas de transmission universelle du patrimoine », *BJS* 2007. 783.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Cass. Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 13-25.429, *Bull. civ. n° 175* ; Cass. Com., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-19.102, *Bull. civ. n° 174* ; *Dr. sociétés* 2008, n° 253, obs. H. Hovasse ; *Bull. Joly* 2009. 114, obs. X. Vamparys.

conditionne le droit d'agir de la société bénéficiaire en lieu et place de la société apporteuse. Elle vaut également dans l'hypothèse d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, la transmission étant alors limitée aux droits, biens et obligations – et donc actions – se rattachant à la branche d'activité transmise.

La réalité procédurale n'est pas non plus sans contrainte. Il ne suffit pas pour la société bénéficiaire de faire valoir sa qualité d'ayant cause pour pouvoir automatiquement exercer les actions qui lui ont été transmises ou reprendre les instances en cours relatives aux droits, biens et obligations inclus dans le périmètre du patrimoine transmis. Comme l'a expliqué Mme Coquelet¹³⁷, la qualité d'ayant cause de la société bénéficiaire ne fonde que sa qualité et son intérêt à pouvoir agir en lieu et place de la société apporteuse. Elle l'investit donc uniquement du droit d'être entendu sur le fond d'une prétention afin que le juge la dise bien ou mal fondée. On retrouve ici la définition de l'action en justice donnée par l'article 31 du Code de procédure civile. L'absorbante pourra également bénéficier des délais de procédure courus contre l'absorbée¹³⁸. Ainsi l'intervention volontaire de l'absorbante à une instance est irrecevable dès lors qu'à la date de délivrance de l'assignation, la personnalité juridique de l'absorbée avait disparu du fait de la fusion-absorption dont elle avait fait l'objet¹³⁹.

Le Code de procédure civile demeure silencieux quant à la détermination de la date à laquelle la société bénéficiaire est fondée à exercer les actions qu'elle a reçues de la société apporteuse, et quant au sort des instances en cours au jour de la transmission du patrimoine. En effet il ne connaît indirectement la transmission universelle de patrimoine que dans l'hypothèse du décès d'une personne physique¹⁴⁰. La jurisprudence est venue remplir les lacunes quant aux conséquences procédurales de la transmission du patrimoine d'une personne morale. Est posée en principe la règle selon laquelle la société bénéficiaire est investie de plein droit des actions se rapportant aux droits, biens et obligations qui lui ont été transmis, à la date de la prise d'effet de l'opération effectuant

¹³⁷ M.-L. Coquelet, *ibid.*

¹³⁸ Cass. Civ. 3^e, 12 mars 2008, pourvoi n° 07-15.278, *Bull. civ. n° 48* ; *D.* 2008. AJ. 918, obs. A. Lienhard.

¹³⁹ Cass. Civ. 2^e, 27 septembre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-22.278 ; *Rev. Soc.* 2013. 30, obs. Stéphane Prevost.

¹⁴⁰ Article 370 du Code de procédure civile.

la transmission entre les parties. Ainsi l'absorbante a qualité pour agir en paiement d'une créance de la société absorbée dès la date de l'assemblée générale décidant de la fusion-absorption, laquelle opère de plein droit la transmission universelle de patrimoine de l'absorbée à l'absorbante¹⁴¹. Ce principe a été adapté aux spécificités de la fusion et de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.

Aucune formalité n'est à remplir pour la société absorbante pour intervenir dans les instances en cours. Elle acquiert immédiatement la qualité de partie¹⁴². Une substitution par voie de conclusions à la société dissoute sans liquidation suffit. La dissolution de la société apporteuse n'emporte pas interruption de l'instance, à la différence du décès d'une personne physique. La société absorbée disparaît du procès à la date d'effet de la transmission. Tout acte accompli par la société dissoute sans liquidation après la date de la transmission est donc irrecevable, l'article 32 du Code de procédure civile sanctionnant par l'irrecevabilité « toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ». La jurisprudence refuse à la société absorbante toute possibilité de régulariser par voie d'intervention volontaire l'acte accompli par la société absorbée postérieurement à la transmission¹⁴³, alors même que la société absorbante avait qualité et intérêt à agir. L'assignation délivrée par la société absorbée, inexistante en fait et en droit, constitue une irrégularité qui n'est pas susceptible d'être couverte¹⁴⁴. La société absorbante pourra cependant exercer en son nom une action identique à celle qui a été déclarée irrecevable... sous réserve qu'elle ne soit pas prescrite. L'inaction de la société dissoute sans liquidation pourra donc être préjudiciable à la société bénéficiaire, d'autant plus que l'assignation délivrée par la société dissoute et affectée d'irrégularité n'aura eu aucun effet interruptif sur la prescription¹⁴⁵. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 a modifié les choses sur ce point, en interrompant le délai de prescription si l'acte affecté d'un vice de forme est notamment une demande en

¹⁴¹ Cass. Com., 7 juillet 2021, *inédit*, pourvoi n° 19-11.906.

¹⁴² Cass. Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 13-25.429, *Bull. civ. n° 175* ; Cass. Com., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-19.102, *Bull. civ. n° 274* ; *Dr. sociétés* 2008, n° 253, obs. H. Hovasse ; *Bull. Joly* 2009. 114, obs. X. Vamparys.

¹⁴³ Cass. Com., 16 décembre 2008, *inédit*, pourvoi n° 08-12.946.

¹⁴⁴ Cass. Com., 7 décembre 1993, pourvoi n° 91-19.339, *Bull. civ. n° 462* ; *JCP* 1994. II. 22285, note E. Putman ; *BJS* 1994. 282, note J. Mestre ; Cass. Com., 6 mai 2003, *inédit*, pourvoi n° 00-17.344 ; *Dr. sociétés* 2003. comm. 203, note Guy Trébulle.

¹⁴⁵ Cass. Civ. 2°, 4 juin 2009, *inédit*, pourvoi n° 08-13.668 (à propos d'un acte d'appel vicié) ; Cass. Com., 4 janvier 2000, *inédit*, pourvoi n° 97-13.251.

justice contenue dans une assignation (article 2241 du Code civil). La solution demeure donc pour l'assignation délivrée par une société absorbée postérieurement à la transmission, cette dernière étant affectée d'une irrégularité de fond. La solution est d'autant plus sévère concernant les voies de recours compte tenu de la brièveté des délais de recours, qui sont d'un mois pour l'appel (article 538 du Code de procédure civile) et de deux mois pour le pourvoi (article 612 du Code de procédure civile) à compter de la signification à partie de la décision attaquée. Il sera toujours permis à la société absorbante de former tierce opposition ouverte par l'article 582 du Code de procédure civile. Toutefois la recevabilité d'une tierce opposition est soumise à la réunion de trois conditions : ne pas avoir été partie à l'instance, ni représenté, et présenter un intérêt ; sauf si le demandeur à la tierce opposition invoque un droit propre ou si la décision attaquée a été rendue en fraude des droits du tiers opposant. La tierce opposition doit être formée dans un délai de trente ans à compter du prononcé de la décision sauf disposition spéciale. En cas de notification de la décision au tiers, ce délai est réduit à deux mois.

La même solution devrait être retenue par symétrie pour les demandes introductives d'instances et les voies de recours introduites contre la société apporteuse. Ainsi l'assignation délivrée à une société absorbée après la transmission devrait être affectée de la même irrégularité de fond. La jurisprudence s'est montrée moins sévère : la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir décidé que la dissolution de la société absorbée ne produisait d'effet à l'égard des tiers qu'à compter de sa publication au Registre du commerce et des sociétés et que la signification de l'assignation à la société dissoute sans liquidation, antérieure à cette publication, était valable¹⁴⁶. On arrive donc dans une situation dans laquelle la société dissoute sans liquidation ne peut attirer mais peut être attirée.

Il convient à présent de se pencher sur la problématique de la date à laquelle la société apporteuse quitte les instances procédurales pour être substituée par la société

¹⁴⁶ CA Agen, 7 janvier 2008, RG n° 06/01703 ; CA Nîmes, 27 septembre 2002, RG n° 03/04222 ; CA Aix-en-Provence, 17 février 2005, CT0033 ; Cass. Com., 15 décembre 2009, *inédit*, pourvoi n° 09-10.687 ; *BJS* 2010. 361, note X. Vamparys ; Cass. Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-19.222, *Bull. civ. n° 81* ; *Dr. sociétés* 2011, n° 189, obs. Renaud Mortier ; *BJS* 2011. 758, note Ronan Raffray ; Cass. Com., 26 avril 2017, *inédit*, pourvoi n° 14-12.040 ; *Rev. sociétés* 2017. 412, obs. Pascal Pisoni.

bénéficiaire. Dans l'hypothèse d'une fusion, la solution nécessite de distinguer entre la fusion-absorption et la fusion par création d'une société nouvelle. Dans le cas d'une fusion-absorption, la société absorbante se substitue à la société absorbée à la date de la dernière des assemblées générales extraordinaires appelées à statuer sur le projet de fusion¹⁴⁷. Lorsque le traité de fusion comporte une clause de rétroactivité ou d'effet différé, il est de jurisprudence constante que les tiers ne peuvent pas se prévaloir de l'effet rétroactif et *a fortiori* différé, en raison de son effet relatif¹⁴⁸. Dans la situation de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, la société apporteuse perd toute qualité et tout intérêt à agir à compter de l'adoption de l'apport pour exercer ou poursuivre les actions relatives aux droits, biens et obligations transmis lors de l'apport partiel d'actif. Seule la société bénéficiaire peut agir, conformément à l'article 31 du Code de procédure civile, relativement aux droits, biens et obligations transmis lors de l'apport partiel d'actifs. Toutefois elle devra agir au plus vite puisqu'aucune interruption ni suspension ne sera intervenue et que la prescription a continué à courir.

La situation se complexifie lorsque le sort du droit n'est pas clairement tranché par le contrat d'apport. Les cocontractants peuvent se disputer pour exercer une action ou au contraire, pour contester que l'action lui a été transmise, pour la société bénéficiaire – notamment quand une instance est introduite à son encontre pour paiement, exécution ou responsabilité –, ou qu'elle a été conservée, pour la société apporteuse. Dans le silence des parties, la Cour de cassation a décidé que « la transmission universelle des biens, droits et obligations s'opère de plein droit dès lors que le bien, droit et obligation se rattache à la branche d'activité apportée même sur les biens, droits et obligations de la société absorbée qui par suite d'une erreur, d'un oubli ou de toute autre cause ne figureraient pas dans le traité d'apport »¹⁴⁹. La société bénéficiaire ne peut donc pas opposer aux tiers l'absence de reprise expresse pour faire échec à leur action introduite à son encontre. En revanche elle pourrait discuter la définition de la branche

¹⁴⁷ Cass. Civ. 2^e, 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-20.213, *Bull. civ.* n° 399.

¹⁴⁸ Par exemple, les cautions ne peuvent prétendre être déliées de leur obligation de couverture de manière anticipée, en se prévalant de la clause de rétroactivité (Com., 23 mars 1999, pourvoi n° 96-20.555, *Bull. civ.* n° 69 ; *JCP E* 1999, p. 1012, note Alain Couret ; *BJS* 1999, p. 679, § 151, note Richard Routier ; *RJDA* 1999/8-9, p. 699, note A. Viandier ; *Rev. sociétés* 1999, p. 339, note Paul Le Cannu ; Cass. Com., 29 janvier 2002, *inédit*, pourvoi n° 98-20.882 ; *BJS* 2002, p. 683, § 153, note M.-L. Coquelet).

¹⁴⁹ Cass. Com., 4 février 2004, *inédit*, pourvoi n° 00-13.501 ; *BJS* 2004, p. 649, § 126, note P. Le Cannu ; *D.* 2004, somm. p. 2929, obs. Jean-Claude Hallouin.

d'activité qui pourra toujours être remise en cause par le juge¹⁵⁰.

Il résulte de ce qui précède qu'à l'instar de la cession de créance et de la subrogation, les actions suivent les choses dont elles sont l'accessoire lors d'un apport partiel d'actif ou d'une transmission universelle de patrimoine. Une fois de plus, la théorie de l'accessoire vient ici justifier la transmission de l'action en justice par rattachement à un droit personnel. Bien que discutée, elle est également utilisée en tant que fondement de la transmission de l'action en justice par rattachement à un droit réel.

B – La transmission par rattachement à un droit réel

La principale situation qui vient à l'esprit lorsqu'on songe à une transmission par rattachement à un droit réel est celle des actions directes dans les groupes de contrats. La reconnaissance des actions contractuelles directes a été motivée par des soucis d'économie des frais de justice, de simplification et de bonne administration de la justice (1). Leur régime suit celui du contrat inexécuté (2).

1. La reconnaissance des actions contractuelles directes

A suivre le *Vocabulaire juridique* de l'association H. Capitant, l'action directe serait « l'action en justice, que dans certains cas spécifiés (surtout lorsqu'une opération donne lieu à des sous-contrats ou des groupes de contrats), la loi ou la jurisprudence ouvre à une personne contre le débiteur de son débiteur, non point au lieu et place de ce dernier (par voie oblique), mais en son nom personnel, d'où certains avantages variables (inopposabilité des exceptions, droit de préférence relativement aux autres créanciers du débiteur intermédiaire (article 1341-3 du Code civil) »¹⁵¹. Plusieurs actions directes ont été reconnues par le législateur, bien que la jurisprudence ait joué un rôle majeur dans l'instauration de liens directs entre les différents maillons d'une chaîne

¹⁵⁰ P. Le Cannu, *op. cit.*

¹⁵¹ G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF (collection Dictionnaires Quadriges), Paris, 14^e éd., 2022.

de contrats. Ainsi par exemple, l'article 1798 du Code civil permet aux employés de l'entrepreneur d'agir contre le maître de l'ouvrage pour le paiement de leur salaire, ou contre le sous-traitant pour les travaux exécutés. Il en va de même pour le mandant qui peut agir directement contre le mandataire substitué, en application de l'article 1994 du Code civil.

La jurisprudence a commencé à appliquer la notion d'action directe aux actions en responsabilité contractuelle : lorsqu'une personne est victime d'un dommage contractuel et dispose d'un contrat contre son cocontractant direct, elle peut agir contre un tiers lié par un contrat à son propre cocontractant. Cela suppose donc qu'on soit en présence d'une chaîne de contrats ou d'un groupe de contrats. Cette notion porte de toute évidence atteinte à l'effet relatif des conventions posées par l'ancien article 1165, devenu 1199, du Code civil. Une telle atteinte ne peut être admise que sous une stricte condition : la volonté de protéger spécialement la victime. L'origine jurisprudentielle de l'action directe peut être retracée jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle : dans une chaîne de contrats de vente, le dernier acquéreur de la chose vendue peut directement rechercher la responsabilité contractuelle de tout vendeur intermédiaire, voire même celle du premier vendeur, à savoir le fabricant de la chose. En l'espèce, il s'agissait de l'action en garantie des vices cachés¹⁵². Cette jurisprudence n'a à ce jour jamais été remise en cause. Elle est même allée plus loin en décidant que cette action est exclusive de toute action délictuelle, depuis un arrêt *Lamborghini* du 9 octobre 1979¹⁵³.

Plusieurs fondements ont été proposés pour cette action « nécessairement contractuelle ». La cession de créance¹⁵⁴ ou encore la stipulation pour autrui tacite¹⁵⁵ avaient été envisagées. Toutefois de tels fondements relèvent de la fiction : en effet il n'est pas certain que les parties au contrat de vente aient entendu stipuler au profit des futurs acquéreurs de la chose vendue. Un autre fondement a été retenu par la

¹⁵² Cass. Civ. 3^e, 14 mai 1985, pourvoi n° 84-12.092, *Bull. civ. n° 79*.

¹⁵³ « L'action du tiers acquéreur contre le vendeur initial ou intermédiaire est nécessairement contractuelle » (Civ. 1^{re}, 9 octobre 1979, *Lamborghini*, pourvoi n° 78-12.502, *Bull. civ. n° 241*).

¹⁵⁴ R. Rodière, *JCP* 1955. I. 8548, note sous CA Aix, 1^{re} ch., 5 octobre 1954, *époux Fine c. Naïtana*.

¹⁵⁵ Jean Savatier, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1939, p. 525 ; Alex Weill, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse droit privé, Strasbourg, 1938, II-1062 p.

jurisprudence : la théorie de l'accessoire. L'action directe en responsabilité contractuelle serait un accessoire indissociable de la chose vendue. Ce fondement avait été suggéré par MM. Aubry et Rau il y a plus d'un siècle : « le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt de la chose corporelle ou incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comme qualités actives ou qui en sont devenus des accessoires »¹⁵⁶.

Initialement limitée aux seules actions en garantie des vices cachés, la notion d'action directe a été étendue aux actions contractuelles de droit commun. Et plus particulièrement, cette jurisprudence a été étendue aux chaînes de contrats hétérogènes¹⁵⁷. La situation est la suivante : une personne fait construire un immeuble et passe des contrats d'entreprise pour ce faire. Une fois l'immeuble construit, le maître de l'ouvrage vend son immeuble à un acquéreur. Dans une telle situation, la jurisprudence a décidé que cet acquéreur pourra naturellement agir contre son vendeur mais il pourra également agir en garantie contre les constructeurs. Cette solution a été consacrée par le législateur dans le contrat de vente d'immeuble à construire, à l'article 1646-1 du Code civil¹⁵⁸.

Cette solution a également fait l'objet d'une application dans la situation inverse : un propriétaire souhaite faire construire un immeuble. Il conclut, pour ce faire, un contrat avec des entrepreneurs et des architectes. Les entrepreneurs se fournissent en équipements et matériaux auprès de divers fournisseurs. Or il s'avère que l'un ou plusieurs de ces matériaux et équipements s'avèrent défectueux, causant par là même un dommage au maître de l'ouvrage. Ce dernier pourra agir directement contre les fournisseurs des matériaux défectueux. A l'occasion de la consécration législative des actions de l'acquéreur contre les constructeurs, le législateur en a également profité pour donner une valeur législative à l'action du maître de l'ouvrage contre le fournisseur du matériel défectueux en l'inscrivant à l'article 1792-4 du Code civil : les fabricants d'éléments pouvant entraîner une responsabilité solidaire engagent leur responsabilité à

¹⁵⁶ Ch. Aubry et Ch.-Fr. Rau, *op. cit.*, § 176, n° 69.

¹⁵⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 28 novembre 1967, *Bull. civ. n° 348* ; Cass. Civ. 3^e, 25 janvier 1972, pourvoi n° 70-13.225, *Bull. civ. n° 46* ; Cass. Civ. 3^e, 28 octobre 1975, pourvoi n° 74-10.842, *Bull. civ. n° 311* ; Cass. Civ. 3^e, 25 janvier 1983, pourvoi n° 81-13.636, *Bull. civ. n° 26* ; Cass. Civ. 3^e, 26 avril 1983, pourvoi n° 81-11.865, *Bull. civ. n° 91* ; Cass. Civ. 3^e, 8 juin 2011, pourvoi n° 09-69.894, *Bull. civ. n° 93*.

¹⁵⁸ Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité des constructeurs.

l'égard du maître de l'ouvrage victime de la défectuosité de leurs matériaux.

Si la première chambre civile de la Cour de cassation a eu tendance à étendre l'application des actions directes à d'autres types de groupes de contrats, continuant à reconnaître un caractère contractuel aux actions directes du maître de l'ouvrage contre les fabricants des matériaux et équipements utilisés par ses entrepreneurs, il en va différemment pour la troisième chambre civile qui s'est opposée à une application extensive de l'action contractuelle directe aux chaînes de contrats hétérogènes¹⁵⁹.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation est intervenue, par deux arrêts du 7 février 1986¹⁶⁰, pour mettre un terme à cette divergence. En l'espèce, le litige portait sur des briques défectueuses ayant servi au montage de cloisons par un entrepreneur. Le maître de l'ouvrage avait agi en responsabilité contractuelle contre le fournisseur des briques défectueuses pour délivrance non-conforme. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui, après avoir constaté la mauvaise fabrication des briques, avait condamné le fabricant fournisseur pour délivrance non conforme à l'égard du maître de l'ouvrage. Elle a ainsi posé dans un attendu de principe que « le maître de l'ouvrage comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; qu'il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée ». Le maître de l'ouvrage, tout comme les sous-acquéreurs, disposent donc d'une action contractuelle directe à l'encontre du fabricant, dans le cadre d'un groupe de contrats constitués d'un contrat de vente et d'un contrat d'entreprise, donc d'une chaîne de contrats hétérogènes. Non seulement l'Assemblée plénière s'est ralliée à la position de la première chambre civile de la Cour de cassation, mais plus encore, elle propose un fondement à cette action contractuelle directe : « attachée à la chose », elle est transmise en tant qu'accessoire des matériaux défectueux qui ont été fournis à l'entrepreneur pour être intégrés à la construction. Il s'agit donc d'un transfert « *intuiti rei* », attaché à la chose transmise.

¹⁵⁹ Cass. Civ. 3^e, 19 juin 1984, pourvoi n° 83-10.901, *Bull. civ.* n° 120.

¹⁶⁰ Ass. Plén., 7 février 1986, pourvois n° 84-15.189 et n° 83-14.631, *Bull. civ.* n° 2 ; *JCP G* 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud ; *RTD civ.* 1986. 364, obs. J. Huet ; *RTD civ.* 1986. 595, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1986. 605, obs. Ph. Remy ; *GAJC*, n° 252 ; *adde* G. Bonet et B. Gross, « La réparation des dommages causés aux constructions par les vices de matériaux », *JCP G* 1974. I. doct. 2602.

La première chambre civile de la Cour de cassation a poursuivi sa tentative de généralisation des actions contractuelles directes. Dans une espèce dans laquelle une société qui avait reçu du maître de l'ouvrage des photographies en vue de leur agrandissement, a sous-traité cette tâche à une autre société sous-traitante, qui a perdu les photographies, la cour d'appel avait retenu la responsabilité délictuelle du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage, en raison de l'absence de toute relation contractuelle entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant. Par un arrêt *Clic Clac photo* du 8 mars 1988¹⁶¹, la Cour de cassation a censuré la cour d'appel, décidant que le maître de l'ouvrage ne dispose contre le sous-traitant « que d'une action de nature nécessairement contractuelle ». Un peu plus tard, dans un arrêt *Soderep* du 21 juin 1988¹⁶², la première chambre civile a étendu l'action contractuelle directe en responsabilité à tous les groupes de contrats, en posant en principe que « dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement tous ceux qui n'ont souffert un dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial ». Pour la première fois, la Cour de cassation a utilisé la notion de groupe de contrats pour justifier le caractère contractuel de l'action directe, en dépit de la difficulté posée par la définition du groupe de contrats.

Insensible au mouvement de généralisation des actions contractuelles directes dans les chaînes de contrats, initié par la première chambre civile, la troisième chambre civile a résisté à l'Assemblée plénière et a poursuivi son application stricte de l'effet relatif du contrat : elle n'admettait qu'une responsabilité de nature délictuelle du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage, s'appuyant traditionnellement sur l'absence de lien contractuel entre le sous-traitant et le maître de l'ouvrage¹⁶³.

¹⁶¹ Cass. Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, pourvoi n° 86-18.182, *Bull. civ. n° 69, Clic Clac Photo ; RTD civ.* 1988. 551, obs. Ph. Rémy ; *JCP G* 1988. II. 21070, note P. Jourdain ; *RJ com.* 1989, p. 304, note Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1988. 741, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1988. 761, obs. P. Jourdain ; *LPA* 1988, n° 112, p. 6, note Théo Hassler.

¹⁶² Cass. Civ. 1^{re}, 21 juin 1988, pourvoi n° 85-12.609, *Bull. civ. n° 202 ; D.* 1989, p. 5, note Christian Larroumet ; *JCP* 1988. II. 21125, obs. P. Jourdain ; *RTD civ.* 1989. 107, obs. Ph. Rémy ; *Rapport annuel de la Cour de cassation 1988*, Documentation française, p. 225 et s.

¹⁶³ Cass. Civ. 3^e, 22 juin 1988, pourvoi n° 86-16.263, *Bull. civ. n° 115 ; JCP* 1988. II. 21125, note P. Jourdain ; Cass. Civ. 3^e, 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-17.661, *Bull. n° 236 ; D.* 1991. 25, 1^{re} esp., note Jérôme Kullmann ; *RTD civ.* 1990. 287, obs. P. Jourdain.

Si elle avait initialement approuvé l'existence d'une action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le fabricant fournisseur de la chose défectueuse livrée à l'entrepreneur, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé de freiner des quatre fers l'application extensive de l'action contractuelle directe dans les groupes de contrats menée par la première chambre civile. Dans une espèce relative à une sous-traitance de services, un particulier s'était adressé à une entreprise de plomberie pour effectuer des travaux. Ces travaux ont été sous-traités à une autre entreprise. Ils se sont révélés défectueux et le maître de l'ouvrage a agi contre le sous-traitant. A l'instar de la troisième chambre civile, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a nié l'existence de toute action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, au visa de l'ancien article 1165 du Code civil¹⁶⁴, dans une chaîne non translatrice de propriété.

Le principe de l'effet relatif des contrats est ainsi respecté. En outre, à admettre le principe d'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle¹⁶⁵, les victimes pourront invoquer un manquement contractuel sur le fondement de la responsabilité délictuelle et les éventuelles restrictions de responsabilité résultant du contrat conclu par le débiteur ne pourront pas être invoquées. Cette solution protectrice des victimes est sans nul doute défavorable au débiteur puisque ses prévisions contractuelles seront déjouées : le débiteur risque d'être tenu au-delà des termes de son contrat. En outre la victime pourra, on l'a dit, invoquer un manquement contractuel sur le fondement délictuel, y compris un manquement à une obligation de résultat, sans que le débiteur ne puisse lui opposer en contrepartie les clauses du contrat restreignant sa responsabilité. Cette solution présente une certaine incohérence notable : d'un côté, elle permet d'invoquer l'effet relatif du

¹⁶⁴ Ass. Plén., 12 juillet 1991, pourvoi n° 90-13.602, *Bull. civ. n° 5, Besse* ; *GAJC*, 11^e éd., n° 171-174 (IV) ; *D.* 1991. 549, note J. Ghestin ; *D.* 1991. Somm. 321, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* 1991. II. 21743, note G. Viney ; *RTD civ.* 1991. 750, obs. P. Jourdain ; *RTD civ.* 1992. 593, obs. Frédéric Zenati ; Chr. Larroumet, « L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels », *JCP* 1991. I. 3531 ; Christophe Jamin, « Une restauration de l'effet relatif du contrat », *D.* 1991, chron. 257.

¹⁶⁵ Ass. Plén., 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.255, *Bull. civ. n° 9* ; *D.* 2006. 2825, note G. Viney ; *D.* 2007. Pan. 2897, obs. P. Jourdain, et 2976, obs. Bénédicte Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2006. II. 10181, note Marc Billiau ; *ibid.* 2007. I. 115, n° 4, obs. Philippe Stoffel-Munck ; *JCP E* 2007. 1523, n^{os} 15 s., obs. Hugues Kenfack ; *CCC* 2007, n° 63, note L. Leveneur ; *AJDI* 2007. 295, obs. Nicolas Damas ; *LPA*, 22 janvier 2007, p. 16, note Caroline Lacroix ; *LPA*, 16 mai 2007, p. 16, note Valérie Depadt-Sebag ; *RCA*, n° 11, novembre 2006. Étude 17, par Laurent Bloch ; *RLDC* 2007/34, n° 2346, note Ph. Brun ; *RDI* 2006. 504, obs. Philippe Malinvaud ; *RDC* 2007. 269, obs. Denis Mazeaud, 279, obs. Suzanne Carval, et 379, obs. Jean-Baptiste Seube ; *RTD civ.* 2007. 61, obs. Pascale Deumier, 115, obs. J. Mestre et B. Fages, et 123, obs. P. Jourdain.

contrat pour écarter l'action contractuelle directe et de l'autre, elle autorise les victimes, tiers au contrat, à se prévaloir de son inexécution.

Le droit positif actuel sur l'action contractuelle directe impose donc une distinction entre les chaînes de contrat translatives de propriété et celles qui ne sont pas translatives de propriété.

Les actions contractuelles directes sont admises dans les chaînes de contrat translatives de propriété au sens large. Leur existence est reconnue dans trois types de chaînes de contrat translatives de propriété. En premier lieu, elles sont admises dans les chaînes composées de ventes successives, sous réserve que la chaîne ne présente pas de caractère international. Par exemple, la Cour de cassation a pu refuser l'application d'une action contractuelle directe dans une chaîne de ventes internationale de marchandises à laquelle s'appliquait la Convention de Vienne¹⁶⁶. En deuxième lieu, elles sont également reconnues dans les chaînes composées d'un contrat d'entreprise, suivi d'un contrat de vente. Enfin, leur existence est reconnue dans les chaînes composées d'un contrat de vente suivi d'un contrat d'entreprise¹⁶⁷. L'application de la notion de l'action contractuelle directe dans les chaînes de contrats translatives de propriété est justifiée par la théorie de l'accessoire : l'action dont disposait le maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur est transmise au sous-acquéreur avec la chose. L'action suit la chose à laquelle elle est attachée.

Plusieurs arrêts ultérieurs ont toutefois semé le doute sur le maintien de cette solution. Tout d'abord, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 novembre 2001¹⁶⁸, a refusé de reconnaître l'existence d'une action contractuelle

¹⁶⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-19.992, *Bull. civ. n° 6* ; *D.* 1999. 383, note Claude Witz ; *JCP* 2000. I. 199, n° 19, obs. G. Viney ; *Rev. crit. DIP* 1999. 519, note Vincent Heuzé ; *RTD civ.* 1999. 503, obs. Jacques Raynard ; *RTD com.* 1999. 739, obs. Bernard Bouloc.

¹⁶⁷ Ass. Plén., 7 février 1986, pourvois n° 84-15.189 et n° 83-14.631, *Bull. civ. n° 2* ; *op. cit.*

¹⁶⁸ Cass. Civ. 3^e, 28 novembre 2001, pourvois n° 00-13.559 et 00-14.450, *Bull. civ. n° 137* ; *D.* 2002. 1442, note Jean-Pierre Karila ; *JCP* 2002. II. 10037, note Daniel Mainguy ; *ibid.* I. 186, n° 2 s., obs. G. Viney ; *Deffrénois* 2002. 255, obs. R. Libchaber ; *RCA* 2002, n° 67, note Hubert Groutel ; *RGDA* 2002. 719, note Martine Carcenac ; *RDI* 2002. 92, obs. Ph. Malinvaud ; *RTD civ.* 2002. 104, obs. P. Jourdain ; Cass. Com., 26 novembre 2014, pourvoi n° 13-22.067 et 13-22.505, *Bull. civ. n° 159* ; *RDI* 2015. 78, obs. Hugues Périnet-Marquet ; *Constr.-Urb.* n° 1, Janvier 2015, comm. 8, obs. Marie-Laure Pagès-de Varenne.

directe dans une chaîne de contrats composée d'un contrat de vente, puis d'un contrat d'entreprise et ensuite d'un autre contrat d'entreprise. En l'espèce, il s'agissait d'un maître de l'ouvrage qui avait confié des travaux de remplacement de la couverture et de renforcement de la charpente, à un entrepreneur. Cet entrepreneur a confié la réalisation desdits travaux à un sous-traitant. Ce sous-traitant a acquis des bacs en acier, nécessaires à la réalisation de ces travaux, auprès d'un fournisseur. Ces bacs se sont révélés défectueux. Le maître de l'ouvrage a donc sollicité le remboursement des sommes qu'il a versées. Rejetant le pourvoi formé par le fournisseur des bacs en acier, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir retenu la responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître de l'ouvrage sur le terrain délictuel. Pourtant la chaîne de contrats en cause comportait un transfert de propriété. Donc l'action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le fournisseur aurait dû être admise. La troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que puisque la jurisprudence *Besse* interdit les actions contractuelles directes en présence de sous-traitance, non seulement le maître de l'ouvrage ne peut pas agir contre son sous-traitant mais il ne peut pas non plus agir sur le terrain contractuel contre le fournisseur de son sous-traitant. Or l'une des deux espèces de la jurisprudence *Besse* du 7 février 1986 portait sur le même type de chaînes de contrats : un sous-traitant avait acquis des marchandises auprès d'un fournisseur, ces marchandises se sont révélées défectueuses, et le maître de l'ouvrage a directement agi contre le fournisseur. Dans cet arrêt du 28 novembre 2001, la Cour de cassation s'est contredite, en oubliant le fondement même qu'elle avait donné aux actions directes dans sa jurisprudence *Besse*. Cet arrêt paraît donc relever plus de la solution d'opportunité : en effet le fournisseur de matériaux qui fournit les matériaux à un sous-traitant et le fournisseur qui fournit directement les matériaux à l'entrepreneur principal sont dans la même situation et pourtant ils ne sont pas soumis au même régime de responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. Le premier relève d'un régime de responsabilité délictuelle à l'égard du maître de l'ouvrage, tandis que le second relève d'un régime de responsabilité contractuelle à l'égard du maître de l'ouvrage. La seule différence tient en la présence d'un contrat de sous-traitance. Si cet arrêt a fait craindre un revirement de la jurisprudence du 7 février 1986, l'arrêt du 28 novembre 2001 se posant en contradiction à ces arrêts, il n'en est rien. La troisième chambre civile de la Cour de cassation a fini par s'aligner sur la solution de la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de 1986, par

un arrêt du 12 décembre 2001, affirmant que l'action exercée par le maître de l'ouvrage contre le fournisseur de matériaux qui avait traité avec l'entrepreneur principal, était nécessairement de nature contractuelle. L'arrêt du 28 novembre 2001 constitue en définitive une simple limitation de la jurisprudence de l'Assemblée plénière du 7 février 1986 : l'action du maître de l'ouvrage contre le fournisseur qui a fourni les matériaux à l'entrepreneur principal à qui le maître de l'ouvrage avait confié la réalisation de travaux, est nécessairement de nature contractuelle¹⁶⁹. En revanche, l'action du maître de l'ouvrage contre le fournisseur qui a fourni des matériaux à un sous-traitant est de nature délictuelle. Bien qu'inopportune et injustifiée, telle est la situation actuelle.

Un autre arrêt est venu perturber la jurisprudence *Besse*. En l'espèce, un maître de l'ouvrage a confié la réalisation d'un complexe pétrochimique à un entrepreneur. Cet entrepreneur a commandé la fourniture d'un turbo associé à un compresseur à une autre entreprise. Il s'agissait donc d'une chaîne translatrice de propriété, formée de contrats d'entreprise entraînant donc un transfert de propriété. Par arrêt du 22 mai 2002¹⁷⁰, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis l'existence d'une action contractuelle directe du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant en présence d'une chaîne de contrats d'entreprise, translatrice de propriété. A la différence des espèces de la jurisprudence *Besse*, il s'agissait ici d'une chaîne de contrats d'entreprise ayant pour effet un transfert de propriété. La solution du 22 mai 2002 se pose donc en opposition avec la position de la troisième chambre civile de la Cour de cassation qui refuse de reconnaître une action contractuelle directe au maître de l'ouvrage contre le sous-traitant, en raison de la présence du contrat d'une sous-traitance dans la chaîne de contrats. Elle limite à son tour la portée de la jurisprudence *Besse* – qui posait en principe que dans une chaîne de contrats d'entreprise comportant une sous-traitance, l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant est de nature délictuelle. A la différence de l'espèce sur laquelle a statué la jurisprudence *Besse*, l'arrêt du 22 mai 2002 a statué sur une chaîne de contrats d'entreprise comportant un contrat de sous-traitance de biens et non de services.

¹⁶⁹ V. récemment : Cass. Civ. 3^e, 7 juin 2018, pourvoi n° 17-10.394, *Bull. civ.* n° 59 ; Cass. Civ. 3^e, 7 janvier 2016, pourvoi n° 14-17.033, *Bull. civ.* n° 1.

¹⁷⁰ Cass. Com., 22 mai 2002, pourvoi n° 99-11.113, *Bull. civ.* n° 89 ; *D.* 2002. 2843, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2003. 94, obs. P. Jourdain ; *RTD com.* 2003. 156, obs. B. Bouloc ; *RDC* 2003. 287, obs. Luc Grynbaum.

En résumé, dans les chaînes translatives de propriété, les actions contractuelles directes sont transmises tout au long de la chaîne, d'un contractant à un autre, peu importe la nature des contrats composant la chaîne de contrats.

La situation est toute autre dans les chaînes non translatives de propriété : le principe est l'exclusion des actions contractuelles directes. On l'a vu, elles ne s'appliquent pas aux chaînes de contrats incluant des sous-traitances de services, ni aux chaînes de contrats composées d'un contrat de vente suivi d'un contrat de location, ni aux chaînes composées de contrats de baux successifs, ni aux chaînes de contrats intervenant dans le cadre de l'acquisition d'un bien au moyen d'un crédit-bail. L'action du dernier maillon de la chaîne à l'égard d'un précédent acteur de la chaîne est donc de nature délictuelle. Le principe de l'exclusion de l'action contractuelle directe dans les chaînes non translatives de propriété reçoit deux exceptions. La première exception trouve à s'appliquer dans les chaînes de contrats non translatives de propriété comportant une sous-traitance translative de propriété¹⁷¹. La seconde exception à ce principe d'exclusion dans les chaînes non translatives de propriété est une exception légale prévue par l'article 1994 du Code civil : l'action du mandant contre le sous-mandataire est de nature contractuelle.

En principe, toutes les actions contractuelles directes peuvent être transmises : les actions en responsabilité de droit commun mais aussi les actions en garantie, aussi bien les actions en dommages et intérêts que les actions en résolution. La question qui s'est posée, concernant le domaine des actions contractuelles transmises, est celle de l'action du sous-acquéreur contre le vendeur initial. La jurisprudence a apporté des réponses différentes.

Traditionnellement la Cour de cassation, et plus particulièrement sa troisième chambre civile, excluait toute transmission d'action contractuelle au sous-acquéreur¹⁷² :

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Cass. Civ. 3^e, 25 janvier 1983, pourvoi n° 81-13.636, *Bull. civ. n° 26* ; Cass. Civ. 3^e, 18 juin 1997, pourvoi n° 95-18.254, *Bull. civ. n° 149* (à propos de l'action du vendeur contre l'entrepreneur et son assureur dont les travaux dans une propriété voisine ont provoqué l'effondrement d'un mur) ; *RTD civ.* 1997. 964, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. Civ. 3^e, 4 décembre 2002, pourvoi n° 01-02.383, *Bull. civ. n° 250* ;

dans une chaîne de contrats de vente, « en l'absence de clause expresse, la vente d'un immeuble n'emporte pas de plein droit cession au profit de l'acquéreur, des droits et actions à fin de dommages-intérêts qui ont pu naître au profit du vendeur en raison des dommages affectant l'immeuble antérieurement à la vente ». Cette solution est dictée par des considérations économiques : le vice affectant le bien transmis entraîne une moins-value du bien, qui est subie par le premier acquéreur. La Cour de cassation réservait l'hypothèse d'une cession de créance : si au moment de la revente, les parties avaient stipulé une clause expresse transférant l'action en responsabilité, en garantie, cette action est alors transmise au sous-acquéreur.

Cette jurisprudence n'est plus valable aujourd'hui depuis le revirement de jurisprudence opérée par la Cour de cassation, le 23 septembre 2009¹⁷³ : désormais « les acquéreurs successifs d'un immeuble sont recevables à agir contre les constructeurs sur le fondement de la garantie décennale qui accompagne, en tant qu'accessoire, l'immeuble, nonobstant la connaissance, par les acquéreurs, des vices de celui-ci lors de la signature de l'acte de vente et l'absence, dans ce dernier, de clause leur réservant un tel recours, à moins que le vendeur ne puisse invoquer un préjudice personnel lui conférant un intérêt direct et certain à agir ». En d'autres termes, l'action exercée par l'acquéreur contre l'entrepreneur est de nature contractuelle, même si le vice affectant la chose s'est manifesté avant la vente¹⁷⁴ et en dépit de la connaissance du vice par l'acquéreur, sous réserve de l'hypothèse d'un préjudice subi par le vendeur. Dans une telle hypothèse, le vendeur conservera alors le droit d'agir contre les constructeurs.

Ainsi que l'a souligné M. le Professeur Jourdain, la jurisprudence antérieure reposait sur la présomption que le préjudice résultant du vice affectant le bien, c'est-à-dire

JCP 2003. II. 10058, note P. Jourdain ; *Deffrénois* 2003. 245, obs. R. Libchaber ; *ibid.* 463, obs. Chr. Atias ; *ibid.* 1281, obs. H. Périnet-Marquet ; Cass. Civ. 3^e, 17 novembre 2004, pourvoi n° 03-16.988, *Bull. civ.* n° 207 ; *D.* 2004. IR 3195 ; *JCP N* 2006. 1002, note J.-A. Gravillou ; *RDC* 2005. 347, obs. Ph. Brun ; Cass. Civ. 3^e, 7 décembre 2005, pourvoi n° 04-12.931, *Bull. civ.* n° 244 ; *RDI* 2006. 132, obs. Ph. Malinvaud ; *RDI* 2006. 110, obs. Gilbert Leguay ; *RTD com.* 2006. 651, obs. B. Bouloc.

¹⁷³ A propos de la garantie décennale contre les entrepreneurs : Cass. Civ. 3^e, 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.470, *Bull. civ.* n° 202 ; *Deffrénois* 2010. 221, obs. H. Périnet-Marquet ; *RDI* 2010. 107, obs. Françoise Nési et Delphine Chauchis ; *RDC* 2010. 589, note O. Deshayes ; *RTD civ.* 2010. 336, obs. P. Jourdain.

¹⁷⁴ Déjà auparavant, en cas de dommage survenu après la vente, à propos de l'action d'un acquéreur contre les constructeurs : Cass. Civ. 1^{re}, 28 novembre 1967, *Bull. civ.* n° 348 ; *RTD civ.* 1968. 391, obs. G. Cornu.

la moins-value, était subi par le vendeur. A présent l'arrêt du 23 septembre 2009, « en autorisant désormais l'acquéreur à agir en garantie », « conduit, au contraire, à supposer qu'il a payé le prix fort et n'a négocié aucune réduction pour tenir compte des désordres affectant le bien dont il avait pourtant connaissance, ni ne s'est fait consentir une cession de garantie »¹⁷⁵. L'acquéreur est désormais présumé victime, présomption qui peut être renversée par le vendeur se faisant grief d'un « préjudice personnel ». La Cour de cassation a justifié ce déplacement de présomption par le principe du transfert de l'action en garantie en tant qu'accessoire de la chose vendue. La présomption de l'acquéreur en tant que victime vise pourtant des situations plus rares que celles visées par la présomption antérieurement retenue du vendeur en tant que victime, c'est-à-dire les situations dans lesquelles l'acquéreur imprudent a payé un prix ne tenant pas compte des désordres.

Une autre problématique se pose concernant les actions contractuelles directes : celle de leur régime.

2. Le régime des actions contractuelles directes

La théorie de l'accessoire fondant les actions contractuelles directes, ces dernières sont donc soumises au même régime que celui du contrat inexécuté.

Toutefois l'arrêt précité *Clic clac photo* du 8 mars 1988 avait posé une double limite au transfert des actions en justice : l'action ne peut être exercée que dans la double limite des droits du créancier et de l'engagement du débiteur¹⁷⁶. S'appliquent ainsi, de façon combinée, les clauses limitatives de responsabilité figurant à la fois dans le contrat du demandeur à l'action, mais aussi dans le contrat du défendeur à l'action. La prévisibilité du contractant initial ne doit pas être perturbée par l'action directe du sous-acquéreur¹⁷⁷. Cette solution semble avoir été abandonnée puisque toutes les

¹⁷⁵ P. Jourdain, *RTD civ.* 2010. 336, comm. sous Cass. Civ. 3^e, 23 septembre 2009, *op. cit.*

¹⁷⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, pourvoi n° 86-18.182, *Clic Clac Photo*, *Bull. civ.* n° 69 ; *op. cit.*

¹⁷⁷ G. Viney, « L'action en responsabilité en participant à une chaîne de contrats », dans *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 339-424 ; *Contra* : P. Jourdain, *JCP G* 1988. II. 21070, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, pourvoi n° 86-18.182, *Bull. civ.* n° 69, *Clic Clac Photo*.

décisions ultérieures qui ont eu à statuer sur ce point se sont référées au seul contrat inexécuté.

Il résulte d'une jurisprudence constante que si le défendeur pourra opposer au demandeur les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité qui seraient stipulées dans son contrat conclu avec le vendeur intermédiaire, il ne pourra pas, en revanche, se prévaloir des clauses stipulées dans le contrat liant le demandeur victime et le vendeur intermédiaire¹⁷⁸. « Une clause de non-garantie opposable par un vendeur intermédiaire à son propre acquéreur ne peut faire obstacle à l'action directe de l'acquéreur final contre le vendeur originaire, dès lors qu'aucune clause de non-garantie n'a été stipulée lors de la première vente »¹⁷⁹. La qualité des parties, consommateur ou professionnel est sans incidence sur cette règle ; ce qui est discutable puisque la clause limitative de responsabilité valable entre le vendeur initial et un revendeur professionnel est réputée non écrite à l'égard d'un consommateur. Cette même clause est pourtant opposable au sous-acquéreur, peu importe qu'il ait la qualité de consommateur, parce qu'il exerce l'action du revendeur. En outre, si les prévisions contractuelles du vendeur initial sont protégées, il en va différemment pour le revendeur et le sous-acquéreur.

Il en va de même pour les clauses compromissaires et attributives de juridictions : initialement leur opposabilité au sous-acquéreur par le vendeur initial était exclue, faute de transmission contractuelle¹⁸⁰. Depuis un arrêt du 6 février 2001¹⁸¹, la

¹⁷⁸ Cass. Civ. 3^e, 30 octobre 1991, pourvoi n° 87-15.229, *Bull. civ. n° 251* ; Cass. Civ. 3^e, 26 mai 1992, *inédit*, pourvoi n° 90-17.976 ; *Gaz. Pal.* 1993, 2, p. 427, note D. Mazeaud ; Cass. Com., 22 mai 2002, pourvoi n° 99-11.113, *Bull. civ. n° 89* ; *op. cit.* ; Cass. Civ. 3^e, 15 février 1989, pourvoi n° 87-16.831, *Bull. civ. n° 35* ; *RTD civ.* 1989, 553, obs. P. Jourdain ; Cass. Civ. 1^{re}, 7 juin 1995, pourvoi n° 93-13.898, *Bull. civ. n° 249* ; *D.* 1996, jur., p. 395, note D. Mazeaud ; *D.* 1996, somm., p. 14, obs. Olivier Tournafond.

¹⁷⁹ Cass. Civ. 3^e, 16 novembre 2005, pourvoi n° 04-10.824, *Bull. civ. n° 222* ; *JCP G* 2006. II. 10069, note G. Trébulle ; *D.* 2006, 971, note Rémy Cabrillac ; *RLDC* 2006/23, n° 942, obs. Cécile Le Gallou ; Stéphanie Lacour, « Plaidoyer pour la défense du maillon faible : l'avenir contesté de l'action directe dans les chaînes de contrats », *LPA* 2005, n° 114, p. 7, spéc. n° 18, obs. sous Cass. Civ. 2^e, 30 juin 2005, *inédit*, pourvoi n° 04-15.161).

¹⁸⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 6 novembre 1990, pourvois n°s 88-12.132 et s., *Bull. civ. n° 230* ; *adde.* Ph. Delebecque, « La transmission de la clause compromissoire dans les chaînes de contrat », *Rev. arb.* 1991, p. 191 ; Daniel Cohen, « Arbitrage et groupes de contrats », *Rev. arb.* 1997, p. 471 ; Guillaume Blanc, « Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel », *JCP E* 1997. I. 707.

¹⁸¹ Cass. Civ. 1^{re}, 6 février 2001, pourvoi n° 98-20.776, *Bull. civ. n° 22* ; *JCP E* 2001, n° 29, p. 1238, note D. Mainguy et J.-B. Seube ; *D.* 2001, 1135, obs. Ph. Delebecque ; *Dr. et patr.* 2001, n° 95, p. 120, obs. Pierre Mousseron ; *RTD com.* 2001, 413, obs. Eric Loquin ; *JCP G* 2001. II, 10567, note Cécile Legros ; *Rev. arb.* 2001, 765, note D. Cohen ; *Rev. crit. DIP* 2001, 552, note Fabienne Jault-Seseke ; en ce sens :

Cour de cassation admet que « dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle, sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause ». Cette solution est réservée aux clauses d'arbitrage international stipulées dans les chaînes de contrats de vente internationales et reçoit exception en cas d'ignorance légitime de la victime. La Cour de cassation a élargi la portée de sa solution du 6 février 2001, dans un arrêt ultérieur du 27 mars 2007 : « dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne »¹⁸². En revanche, la clause attributive de juridiction stipulée dans le contrat conclu entre le fabricant d'un bien et son acquéreur est inopposable au tiers sous-acquéreur qui veut engager une action en responsabilité contre le fabricant, sauf si le sous-acquéreur a donné son consentement effectif dans les conditions de l'article 23 du Règlement du Conseil européen du 22 décembre 2020¹⁸³.

Le principal avantage des actions contractuelles directes dans les chaînes translatives de propriété réside dans le respect des prévisions du débiteur. Il sera protégé dans la mesure où il ne sera tenu que dans les termes de son propre contrat. Il pourra opposer le régime de son contrat et les éventuelles clauses de responsabilité stipulées : il ne pourra pas être tenu au-delà de ce qu'il avait pu prévoir. En outre, cette contractualisation permet l'unification des règles applicables aux victimes d'une inexécution contractuelle : tant les cocontractants du débiteur que les tiers au débiteur seront traités de la même façon. Elle permet également une certaine économie de procès en évitant les recours en cascade, c'est-à-dire la victime agissant contre son cocontractant qui agira en retour contre son propre cocontractant, qui se retournera à son tour contre son propre cocontractant, jusqu'à remonter au cocontractant initial.

Toutefois les actions contractuelles directes portent une atteinte évidente et non négligeable au principe de l'effet relatif du contrat posé le nouvel article 1199, ancien

Cass. Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, pourvoi n° 01-14.311, *Bull. civ. n° 95* ; *RLDC* 2004/5, n° 169, obs. Sidonie Doireau.

¹⁸² Cass. Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, pourvoi n° 04-20.842, *Bull. civ. n° 129*.

¹⁸³ CJUE, 1^{re} ch., 7 février 2013, aff. C-543/10 ; *JCP G*, n° 18, 29 avril 2013, act. 516, note Philippe Guez.

article 1165, du Code civil. En effet la contractualisation de la responsabilité dans les chaînes translatives de propriété permet à un tiers d'invoquer un contrat. En outre, si cette contractualisation est certes favorable au débiteur, elle l'est sans doute un peu trop. Puisque le débiteur pourra opposer à la victime le régime de son contrat et en particulier, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, la victime pourrait se retrouver dans l'impossibilité d'obtenir la réparation de son dommage, d'autant plus si dans son propre contrat, sont stipulées des clauses de responsabilité. Enfin cette contractualisation paraît incompatible avec le principe jurisprudentiel d'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle¹⁸⁴ : ainsi la victime qui agit contre le contractant initial risque de se voir opposer des clauses par le défendeur, alors que la victime tiers à une chaîne translative de propriété pourra invoquer sur le terrain délictuel, le manquement contractuel du débiteur¹⁸⁵, sans que les clauses de responsabilité puissent lui être opposées. Aucune raison ne paraît justifier cette différence de traitement entre les victimes d'une inexécution contractuelle.

Conclusion. – Ainsi qu'il l'a été précédemment exposé, la transmission accessoire contractuelle de l'action en justice, telle que consacrée par la loi et la jurisprudence, est fondée sur la théorie de l'accessoire : l'action en justice suit la chose dont la propriété est transmise, en tant que son accessoire.

Cette explication ne reçoit pas l'approbation unanime de la doctrine. On a vu précédemment que l'action en responsabilité contractuelle était transmise dans les chaînes de contrats translatives de propriété. Certains auteurs ont contesté qu'un droit à réparation soit l'accessoire d'une chose : le droit à réparation ne peut être accessoire à la chose dans la mesure où il n'est pas indispensable à son utilisation.

Plus encore, a été remise en cause l'idée de l'action transmise en tant qu'accessoire de la chose transférée, comme justification des actions contractuelles directes dans les chaînes translatives de propriété. Si on part du principe que l'action en justice suit la chose transmise, celui qui transfère la propriété de la chose, transfère

¹⁸⁴ Ass. Plén., 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.255, *Bull. civ. n° 9* ; *op. cit.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

également l'exercice de l'action. Or la jurisprudence a admis, dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, que le vendeur intermédiaire puisse exercer l'action en garantie décennale contre le constructeur, du moment qu'il justifie d'un « préjudice personnel lui conférant un intérêt distinct et direct à agir »¹⁸⁶, alors même que cette action a été transmise au sous-acquéreur en tant qu'accessoire de la chose. L'entrepreneur, contractant intermédiaire, a conservé la possibilité d'agir s'il y a intérêt. Or s'il a conservé cette possibilité d'agir, cela signifie qu'il a conservé l'action et qu'il ne l'a pas transmise. Il y a là un paradoxe certain à admettre, d'un côté, le transfert de l'action et, de l'autre, la possibilité pour l'entrepreneur d'agir contre son cocontractant s'il y a intérêt. La justification de cette solution par le transfert de l'action en tant qu'accessoire de la chose vendue manque donc de base solide dans la mesure où il est difficile de concevoir qu'une action transmise à un ayant cause puisse encore être exercée par son précédent titulaire après « transfert ». En outre, admettre la transmission de l'action dans une telle hypothèse revient à admettre que le contrat d'entreprise soit un contrat translatif de propriété. Or cette dernière affirmation est plus que discutable, en particulier lorsque le contrat d'entreprise a pour objet la construction de biens immobiliers. Certes il y a effectivement acquisition de propriété par l'effet du contrat d'entreprise mais il s'agit d'une acquisition par incorporation et non par transmission. La jurisprudence paraît ainsi ignorer l'adage selon lequel « donner et retenir ne vaut ».

Le domaine de ce type de transmission accessoire que sont les actions contractuelles directes est également pavé d'incertitudes. Le principe est celui de l'action contractuelle directe du sous-acquéreur contre le vendeur initial dans une chaîne de contrats translatifs de propriété. Or la jurisprudence a refusé d'admettre l'action contractuelle directe dans une chaîne de contrats composée d'un contrat de vente puis d'un contrat de sous-traitance, translatif de propriété¹⁸⁷. En outre, une autre règle vient atténuer l'admission de l'action contractuelle directe : l'article 1994 du Code civil consacre l'action contractuelle directe du mandant contre le sous-mandataire, alors que le contrat de mandat n'est pas translatif de propriété. La théorie de l'accessoire ne suffit pas à justifier les actions contractuelles directes dans toutes les situations.

¹⁸⁶ Cass. Civ. 3^e, 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.470, *Bull. civ. n° 202* ; *op. cit.*

¹⁸⁷ Cass. Civ. 3^e, 28 novembre 2001, pourvois n°s 00-13.559 et 00-14.450, *Bull. civ. n° 137* ; *supra* note 168.

Plus généralement, bien qu'inscrite dans le Code civil, la théorie de l'accessoire comme fondement de la transmission des « accessoires » du bien transmis, a également prouvé ses limites quant à l'étendue de la transmission. En premier lieu, les créances de réparation des dommages qui ont pu être causés au bien avant sa transmission ne sont pas transmises au cessionnaire¹⁸⁸. En second lieu, les créances contractuelles fondées sur un manquement antérieur à la transmission du bien ne suivent pas non plus le bien transmis¹⁸⁹.

Bien que le fondement de la transmission de l'action en justice, par rattachement à un bien, soit contestable de plusieurs points de vue, cette transmission accessoire est le principal moyen pour un particulier de transmettre une action en justice. Elle implique donc, pour une personne, de se séparer d'un bien, pour pouvoir se séparer d'une action en justice, et plus spécifiquement, d'une action en justice liée à ce bien.

Aussi difficile à appréhender qu'elle soit, la transmission de l'action en justice à titre principal, c'est-à-dire en dehors de toute transmission du droit substantiel subjectif auquel elle se rattacherait, a été ponctuellement validée en droit positif en matière de crédit-bail et d'assurances.

II – Les figures existantes de transmission de l'action en justice à titre principal

En droit positif, la loi a reconnu ponctuellement deux figures opérant une transmission contractuelle dont le sujet principal est l'action en justice.

¹⁸⁸ A propos d'une créance d'indemnisation du dommage causé par des actes de contrefaçon : Cass. Com., 4 janvier 1994, *inédit*, pourvoi n° 91-19.915 ; *D.* 1996, somm., p. 18, obs. Jean-Marc Mousseron ; à propos d'une créance d'indemnisation contre un locataire pour des manquements commis avant la vente du bien loué : Cass. Civ. 3°, 25 janvier 1983, pourvoi n° 81-13.636, *Bull. civ. n° 26*.

¹⁸⁹ A propos d'une action en résolution d'un contrat de bail du bien transmis : Cass. Civ. 3°, 2 octobre 2002, pourvoi n° 01-00.696, *Bull. civ. n° 189* ; *D.* 2003. Somm. 731, obs. N. Damas ; *AJDI* 2003. 25, obs. Philippe Briand ; *Loyers et copr.* 2002, n° 276, obs. Béatrice Vial-Pedroletti ; *adde.* Adolphe Choteau, « A propos du refus de l'acquéreur de l'action en résiliation du bail pour manquement antérieur du preneur », *D.* 1959, chron. p. 271.

Le législateur a consacré deux figures mises en place par la pratique, opérant à titre principal la transmission d'une action en justice. La première a été directement consacrée à l'article L. 113-17 du Code des assurances : il s'agit de la clause de direction du procès insérée dans les polices d'assurance (A). La seconde n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance expresse par le législateur, mais plutôt indirecte par la réglementation de la pratique du crédit-bail dans laquelle est, la plupart du temps, stipulée une clause de transfert d'action (B).

A – La clause de direction du procès

Créée par la pratique, puis codifiée par le décret du 21 juillet 1976¹⁹⁰ aux articles L. 113-17 et suivants du Code des assurances, la clause de direction du procès est utilisée dans les polices d'assurances. En consentant à cette clause, l'assuré donne mandat à son assureur d'assurer sa défense lors du procès intenté à son encontre. Cette clause permet donc d'éviter tout conflit d'intérêts entre l'assureur et l'assuré lors du procès en responsabilité civile. Elle est généralement rédigée ainsi :

« Dans toutes les contestations avec les tiers... la compagnie se réserve le droit exclusif de transiger sur le dommage ; l'assuré ou ses préposés ne peuvent faire aucune transaction ni se reconnaître responsable du sinistre... La compagnie a, sous le nom de l'assuré, la direction exclusive du procès... »

En vertu de cette clause, il appartient à l'assureur de choisir le mode de défense et les avocats qui la porteront, d'acquiescer à la demande, de choisir les voies de recours, etc.

Il convient naturellement de différencier la clause de direction du procès, de la prise en charge par l'assureur des intérêts de son assuré au titre d'un contrat de « protection juridique ». Dans le cadre de ce contrat, l'assureur ne garantit pas

¹⁹⁰ Décret n° 76-666 du 21 juillet 1976 relatif à la codification des textes législatifs concernant les assurances (première partie : législative).

l'éventuelle condamnation de son assuré. Il prend uniquement en charge les frais de justice à hauteur de son barème contractuel.

En prenant la direction du procès, l'assureur agit également dans son propre intérêt puisque c'est sa garantie qui est en jeu. Il relève donc de la pure logique que l'assureur perde la direction du procès s'il dénie sa garantie pour le sinistre. S'il persiste à assurer la direction du procès, son obstination implique sa renonciation aux exceptions de garantie. La pratique révèle toutefois une situation plus complexe : lorsqu'il décide d'assurer la direction du procès, il ne peut ignorer l'existence d'une exception de garantie. Si cette exception est inopposable à la victime, l'assureur doit indemniser la victime. Il conserve donc un intérêt à assurer la direction du procès puisqu'il s'expose au risque d'insolvabilité de son assuré. Traditionnellement la jurisprudence considère que lorsque l'assureur décide d'assurer la direction du procès, son choix implique une renonciation implicite aux exceptions dont il a eu connaissance au moment où il a pris la direction du procès¹⁹¹, sous réserve que ce soit une exception de la garantie opposable à la victime et que l'assureur n'ait pas expressément émis de réserves sur sa garantie ; ce que l'assureur ne manque évidemment pas de formuler. Récemment, la Cour de cassation est venue apporter des précisions sur la portée de cette renonciation. Elle a considéré que l'assureur de l'entreprise intérimaire pouvait se prévaloir contre l'assureur de l'entreprise utilisatrice, au soutien de l'action exercée par l'entreprise intérimaire à l'encontre de l'entreprise utilisatrice en remboursement des sommes versées à l'organisme social, de la présomption selon laquelle l'assureur de l'entreprise utilisatrice, en prenant la direction du procès, a renoncé à toutes les exceptions dont il avait connaissance, et en particulier à l'exception de prescription de l'article L. 114-1 du code des assurances¹⁹².

¹⁹¹ Cass. Civ. 1^{re}, 24 octobre 1973, pourvoi n° 72-13.211, *Bull. civ. n° 279* ; Cass. Civ. 1^{re}, 18 janvier 1977, pourvoi n° 76-10.574, *Bull. civ. n° 30* ; Cass. Civ. 1^{re}, 22 novembre 1989, pourvoi n° 88-13.897, *Bull. civ. n° 353* ; Cass. Civ. 1^{re}, 22 mai 1991, *inédit*, pourvoi n° 89-21.486 ; Cass. Civ. 1^{re}, 15 octobre 1991, pourvoi n° 90-13.064, *Bull. civ. n° 268* ; Cass. Civ. 3^e, 14 juin 1995, *inédit*, pourvoi n° 93-13.442 ; Cass. Civ. 1^{re}, 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-13.484, *Bull. civ. n° 232* ; Cass. Civ. 1^{re}, 29 février 2000, pourvoi n° 97-19.068, *Bull. civ. n° 66* ; Cass. Civ. 2^e, 22 février 2007, *inédit*, pourvoi n° 05-18.161 ; Cass. Civ. 2^e, 28 février 2013, pourvoi n° 12-12.813, *Bull. civ. n° 44* ; Cass. Civ. 1^{re}, 11 juillet 2019, *inédit*, pourvoi n° 18-13.486.

¹⁹² Cass. Civ. 2^e, 21 avril 2022, pourvoi n° 20-20.976, F-B ; *RCA n° 9*, septembre 2022, comm. 209, comm. par Sabine Bertolaso.

En revanche l'instance oppose toujours uniquement l'assuré et la victime, l'assureur restant dans l'ombre. Lorsqu'il décide de prendre la direction du procès, il tire les ficelles dans l'ombre. L'assuré ne pourra pas s'y opposer, sauf s'il y a intérêt. Il devra supporter les conséquences de l'exercice des voies de recours, même si cela aboutit à une condamnation plus lourde dépassant le plafond de garantie de l'assureur¹⁹³.

En stipulant une clause de direction du procès, il prévoit une simple faculté d'assurer la direction du procès à la place de son assuré. S'agissant d'une simple faculté, il peut donc décider de ne pas l'exercer et d'opposer à son client des exceptions à la garantie (par exemple la nullité du contrat ou encore la suspension de la garantie en cas de non-paiement des cotisations). Dans une telle hypothèse, l'assuré recouvre le droit de diriger sa défense lors du procès ainsi que sa liberté d'action. L'assureur est considéré avoir renoncé à la direction du procès.

Cette clause investit l'assureur d'une prérogative qu'il n'avait pas auparavant et dont l'assuré ne dispose plus. Elle permet donc le transfert de l'action à l'assureur. Si l'assureur décide d'exercer la faculté que lui offre la clause de direction du procès, l'assuré, en consentant à cette clause, s'est interdit, dans une telle hypothèse, de s'immiscer dans la direction du procès, à peine de déchéance de la garantie ou, à tout le moins, l'inopposabilité à l'assureur des conséquences de son immixtion. Il ne peut prendre aucune initiative dans le procès. Il devra transmettre toutes les pièces relatives à son litige à son assureur. L'article L. 113-17, alinéa 2, du code des assurances vient limiter cette interdiction d'immixtion : l'assuré pourra s'immiscer dans la direction du procès « s'il avait intérêt à le faire ». Aucune déchéance ni aucune sanction du fait de son immixtion ne pourra alors lui être opposée. En cas de négligence de l'assureur qui va prendre la direction du procès, l'assuré retrouverait donc le contrôle de son procès.

La jurisprudence analyse traditionnellement la clause de direction du procès dans les polices d'assurance comme un mandat donné par l'assuré à son assureur de

¹⁹³ Maurice Picard et André Besson, *Les assurances terrestres en droit français. Tome 1^{er}. Le contrat d'assurance*, 4^e éd. par A. Besson, LGDJ, 1975, n° 376, p. 569 à 571.

prendre la direction du procès¹⁹⁴. Si cette analyse est approuvée par une partie de la doctrine¹⁹⁵, elle n'est pas parfaite de par son manque de précision. Elle correspond plus à un mandat d'intérêt commun qu'à un simple mandat, l'assureur agissant également pour son propre compte. Il garantit son assuré des condamnations prononcées à son encontre, dans la limite de son plafond contractuel de prise en charge, puisque la condamnation de l'assuré constitue la réalisation du risque garanti. Il a donc intérêt à ce que son assuré ne soit pas condamné. Ce n'est que par voie de conséquence que l'assuré trouve son compte dans la clause de direction du procès qui est toujours stipulée dans l'intérêt de l'assureur¹⁹⁶. Plus encore, la clause de direction du procès ouvrant une simple faculté à l'assureur de prendre la direction du procès au regard de ses intérêts, il s'agirait alors plus d'une promesse de mandat.

Cette clause illustre la distinction entre le droit et l'action dans la mesure où elle n'a pas pour objet la dette de l'assuré envers la victime. En outre, cette dette n'est qu'éventuelle puisque son existence ne sera établie que par le juge statuant sur les prétentions de la victime. D'ailleurs, comme l'a à juste titre relevé M. Cayrol, « si l'action et la dette étaient liés, la police d'assurances organiserait alors une cession de dette ce qui ne correspond [pas] à la volonté des parties »¹⁹⁷.

La clause de direction du procès peut paraître anodine, commune, en raison de sa généralisation, de son utilisation quasi-systématique dans les contrats de police d'assurance. Mais il n'en est rien. En souscrivant une telle clause, en acceptant que l'assureur « dirige » le procès à sa place, l'assuré renonce à la direction de son propre procès si l'assureur décide d'exercer cette faculté. Il n'est plus maître de son droit d'accès à un juge dans une telle hypothèse, en contrepartie de la prise en charge des

¹⁹⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 4 juin 1980, pourvoi n° 79-11.544, *Bull. civ. n° 174* ; Cass. Civ. 1^{re}, 10 juin 1986, pourvoi n° 84-11.075, *Bull. civ. n° 162* ; Cass. Civ. 1^{re}, 6 décembre 1989, pourvoi n° 86-12.645, *Bull. civ. n° 375* ; Cass. Civ. 1^{re}, 13 novembre 1991, pourvoi n° 89-14.431, *Bull. civ. n° 307* ; Cass. Civ. 1^{re}, 25 novembre 1992, *inédit*, pourvoi n° 90-14.991 ; Cass. Civ. 1^{re}, 9 mai 1996, *inédit*, pourvoi n° 93-14.373 ; Cass. Civ. 1^{re}, 14 novembre 2001, pourvoi n° 99-10.029, *Bull. civ. n° 273*.

¹⁹⁵ M. Picard et A. Besson soulignaient à cet égard que les actes accomplis par l'assureur, dans le cadre de sa direction du procès, sont effectués au nom et pour le compte de l'assuré dans la mesure où le juge est amené à statuer sur la responsabilité de son assuré et sur l'existence et l'étendue de la dette de ce dernier à l'égard de la victime si sa responsabilité venait à être établie (M. Picard et A. Besson, *op. cit.*, n° 373, p. 564).

¹⁹⁶ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 152.

¹⁹⁷ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 151.

condamnations prononcées à son encontre, dans la limite du plafond de garantie. La renonciation de l'assuré à son droit fondamental à un juge ne sera effective que si l'assureur décide d'exercer la direction du procès en lieu et place de son assuré. C'est dire qu'en consacrant une telle pratique, le législateur a validé la renonciation générale à la direction de tous les procès à venir, si l'assureur décide d'exercer la faculté offerte par la clause de direction du procès. L'assureur peut notamment décider à la place de l'assuré de transiger avec la partie adverse et l'assuré devra assumer les obligations résultant du protocole transactionnel.

Une autre figure transférant d'un patrimoine à un autre l'action en justice à titre principal a été consacrée par le législateur : la clause de transfert d'actions dans le contrat de crédit-bail.

B – La clause de transfert d'action stipulée dans les contrats de crédit-bail

Une fois l'opération de crédit-bail présentée et l'intervention de la clause de transfert dans cette opération expliquée (1), il ne serait pas inutile de s'intéresser aux difficultés soulevées par la qualification de cette clause (2) qui opère une transmission d'actions à titre principal, en ce que cet examen permettra d'apporter un premier éclairage sur la capacité des figures issues du régime des obligations à s'appliquer à la transmission à titre principal d'une action en justice.

1. La transmission des actions du crédit bailleur au crédit-preneur

D'origine américaine, le crédit-bail (ou *leasing*) est une technique contractuelle, réglementée par les articles L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier, par laquelle un établissement de crédit (le crédit bailleur) acquiert, à la demande d'un client (le crédit-preneur), la propriété de plusieurs biens d'équipements, mobiliers ou immobiliers, à usage professionnel auprès d'un fournisseur (le vendeur), en vue de les louer au crédit-preneur pour une durée déterminée et en contrepartie de redevances ou de loyers. A l'issue de la période de location, le crédit-preneur dispose d'une option : il peut

décider d'acheter le bien loué pour un prix tenant compte des loyers ou des redevances déjà versés.

Cette technique fait apparaître l'illusion d'une opération à trois personnes. Il n'en est rien. Si elle implique effectivement trois personnes, elles ne sont pas pour autant chacune liées aux deux autres. Il n'existe aucun lien de droit entre le fournisseur et le crédit-preneur. Le crédit-preneur ne devrait donc pas pouvoir agir contre le fournisseur. Le crédit bailleur acquiert auprès du vendeur un bien. Il loue ce bien au crédit-preneur avec une promesse de vente, en contrepartie d'un loyer. Son montant sera nécessairement supérieur à la valeur d'usage du bien puisqu'il inclut l'amortissement du prix d'achat. En pratique, c'est le crédit-preneur qui choisira et réceptionnera le bien que le crédit bailleur lui louera.

L'opération de crédit-bail est donc composée de deux contrats : un contrat de vente liant le vendeur et l'établissement de crédit, crédit bailleur, et un contrat de crédit-bail liant ce dernier au crédit-preneur utilisateur. D'un côté, le crédit bailleur sera créancier des garanties du vendeur. De l'autre, il sera tenu des garanties du bailleur prescrites par l'article 1721 du Code civil à l'égard du crédit-preneur. Ce dernier ayant la jouissance de la chose, le rôle du crédit bailleur se limite donc au financement de l'acquisition du bien loué puisqu'en règle générale, il aura mandaté le crédit-preneur pour choisir et réceptionner le bien.

La logique derrière ce mandat accordé au crédit-preneur pour le choix et la réception du bien est évidente au regard du simple rôle de financement de l'établissement de crédit. Cette liberté de choix reçoit sa contrepartie dans la clause de non-recours stipulée dans les contrats de crédit-bail et par laquelle le crédit-preneur renonce au bénéfice de la garantie due par le crédit bailleur au titre de l'article 1721 du Code civil. Cette renonciation est elle-même contrebalancée par une clause prévoyant le transfert des garanties du vendeur au profit du crédit-preneur.

Dans le contrat de bail, les clauses limitant la garantie du bailleur ne sont

admissibles que si elles ne suppriment pas les obligations qui relèvent de l'essence même du bail, et notamment l'obligation d'une jouissance paisible du bien loué¹⁹⁸. Appliquée au crédit-bail, cette règle s'opposerait donc à l'application de la clause de non-recours. Mais le contrat de crédit-bail n'est pas un simple bail. Grâce à la clause prévoyant le transfert de la garantie du vendeur, du crédit bailleur au locataire, ce dernier pourra exercer une action contre le vendeur, pour obtenir la jouissance du bien loué, peu important que la garantie du vendeur soit plus limitée ou non que celle du bailleur, et ce, alors même qu'aucun lien n'existe entre le vendeur et le preneur à la base. Comme l'a souligné Mme Schütz¹⁹⁹, la garantie du crédit bailleur au titre de l'article 1721 du Code civil ne disparaît pas totalement dès lors que la garantie du vendeur est effectivement transférée au crédit-preneur. Si le crédit-preneur ne peut enclencher la garantie du vendeur, la clause de non-recours sera privée de tout effet. Le crédit-preneur pourra alors de nouveau rechercher l'exécution de la garantie due par le crédit bailleur au titre des articles 1719 et 1721 du Code civil²⁰⁰, même si ce transfert est uniquement apparent ou partiel. La validité de la clause par laquelle le crédit-preneur renonce à la garantie due par le crédit bailleur, donc à l'exercice potentiel d'une action en justice à l'encontre du crédit bailleur au titre de cette garantie, serait donc conditionnée au transfert effectif des garanties du vendeur au crédit-preneur. Cette contrepartie est valide dans la mesure où, comme l'a souligné M. Arbello²⁰¹, l'article 1721 du Code civil n'est pas d'ordre public. Le lien d'interdépendance entre ces deux clauses ferait donc apparaître le fantôme d'un lien entre deux contrats distincts : le contrat de vente et le contrat de crédit-bail.

Avant la série d'arrêts du 23 novembre 1990 de la Chambre mixte de la Cour de cassation²⁰², le contrat de vente et le contrat de louage de l'opération de crédit-bail

¹⁹⁸ Cass. Req., 19 janvier 1863 ; Cass. Soc., 25 octobre 1945 ; Cass. civ., 16 janvier 1951 admettant la validité d'une clause qui ne fait que restreindre la garantie du bailleur.

¹⁹⁹ Rose-Noëlle Schütz, *Les recours du crédit-preneur dans l'opération du crédit-bail (la théorie générale des obligations à l'épreuve d'un groupe de contrats)*, thèse Droit, préface de Ph. Remy, PUF, Paris, 1994, p. 73 à 85, nos 68 à 82.

²⁰⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 13 mars 1990, *inédit*, pourvoi n° 88-15.777.

²⁰¹ Frédéric Arbello, « L'exercice de l'action en garantie des vices cachés par le crédit-preneur », *LPA*, 10 août 1998, n° 95, p. 4 à 15.

²⁰² Pourvois n° 86-19.396, n° 88-16.883 et n° 87-17.044, *Bull. civ. n° 1 et n° 2* ; *GAJC*, 11^e éd., n° 272-273 (II) ; *D.* 1991. 121, note Chr. Larroumet ; *JCP* 1991. II. 21642, note D. Legeais ; *RTD civ.* 1991. 360, obs. Ph. Rémy ; *Defrénois* 1991. 1025, obs. D. Carbonnier ; confirmés par la suite : Cass. Com., 22 mai 1991, pourvoi n° 89-21.578, *Bull. civ. n° 169* ; Cass. Com., 3 décembre 1991, *inédit*, pourvoi n° 90-15.756 ; Cass. Com., 24 mars 1992, *inédit*, pourvoi n° 90-18.927 ; Cass. Com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-17.621, *Bull. civ. n° 327* ; Cass. Com., 28 janvier 2003, *inédit*, pourvoi n° 01-00.330 ;

étaient considérés comme indépendants. Le processus de garantie se décomposait donc en deux temps ; ce qui était préjudiciable pour le crédit-preneur utilisateur dont le but est d'obtenir le plus rapidement possible un équipement en bon état de marche. Il a besoin d'agir rapidement et donc d'emblée contre le vendeur pour l'exécution de la garantie. On voit là l'utilité du transfert des garanties du vendeur au crédit-preneur. La jurisprudence a approuvé cette analyse et confirmé que le transfert de la garantie du vendeur constituait la cause juridique de la renonciation du locataire aux garanties du crédit bailleur, même en l'absence de stipulation expresse en ce sens²⁰³.

Pour autant, le transfert des garanties du vendeur au locataire ne prive pas le locataire de tout recours à l'encontre du crédit bailleur. Si une clause exclusive de responsabilité est stipulée en faveur du vendeur, elle rend sans effet le recours en garantie que pourra exercer le locataire à son encontre et qu'il aura reçu du crédit bailleur par effet de la clause de transfert. Par conséquent, en présence d'une clause exclusive de responsabilité du vendeur, le crédit-preneur se retrouve avec un recours inefficace contre le vendeur. Autrement dit, la clause exclusive de responsabilité rend sans effet la clause de transfert d'action, la privant de toute utilité. Elle affecte ainsi également la clause de non-recours, la rendant nulle. Le crédit-preneur, dans une telle hypothèse, devrait donc recouvrer ses recours contre le crédit bailleur. La clause exclusive de responsabilité sera valide si le vendeur de l'immeuble est un particulier non professionnel, cette clause ne souffrant pas le risque d'être qualifiée de clause abusive. Encore faut-il que ce vendeur n'ait pas connu le vice affectant l'immeuble. Un soin tout particulier devra donc être apporté à la rédaction de la clause de non-recours et de la clause de transfert d'actions et plus particulièrement à leur étendue. En effet les vices couvrent non seulement ceux affectant l'immeuble mais aussi les vices affectant les sols et le sous-sol. La clause de non-recours devrait écarter la garantie du crédit bailleur pour tous ces vices. Toutefois, tel n'est souvent pas le cas en pratique, les clauses de non-recours ne recouvrant en

Cass. Com., 14 décembre 2010, *inédit*, pourvoi n° 09-15.992 ; pour des applications récentes : Cass. Com., 20 décembre 2017, *inédit*, pourvoi n° 16-26.881 ; Cass. Com., 7 février 2018, *inédit*, pourvois n° 16-17.202 et n° 16-18.091.

²⁰³ Cass. Com., 30 octobre 1973, pourvoi n° 72-11.231, *Bull. civ. n° 303* ; Cass. Com., 7 mai 1974, pourvoi n° 73-10.310, *Bull. civ. n° 147* ; Cass. Com., 27 mai 1983, pourvoi n° 81-14.174, *Bull. civ. n° 154* ; Cass. Com., 15 janvier 1985, pourvoi n° 83-12.661, *Bull. civ. n° 25* ; Cass. Com., 9 janvier 1990, pourvoi n° 86-19.308, *Bull. civ. n° 4* ; Cass. Com., 24 mai 1994, *inédit*, pourvoi n° 92-18.953 ; Cass. Com., 13 septembre 2006, pourvoi n° 04-20.729, *Bull. civ. n° 176*.

général que les garanties du bailleur concernant les vices affectant la construction. Dans une telle situation, le crédit-preneur pourra agir contre le crédit bailleur en réparation des vices affectant le sol et le sous-sol.

Par ailleurs, le crédit bailleur, créancier de la garantie du constructeur prévue par l'article 1792 du Code civil, couvrant les dommages compromettant la solidité de l'ouvrage ou le rendant impropre à sa destination, peut transférer cette garantie au locataire – sous réserve que l'immeuble ait moins de dix ans –, en plus de la garantie du vendeur. En revanche le seul transfert de la garantie du constructeur ne permet au crédit-preneur que d'obtenir la réparation en nature ou l'indemnisation de son dommage. Il ne pourra pas agir en résolution de la vente. Il sera dans l'impossibilité de solliciter la résiliation du crédit-bail et sera donc tenu de verser les loyers restants.

Dans l'hypothèse d'un immeuble à construire, le crédit-preneur ne peut bénéficier ni des garanties du vendeur ni des garanties des constructeurs ayant réalisé les équipements immobiliers. Il serait contraire aux règles du droit de la construction que le crédit-preneur dirige la construction que ce soit en qualité de mandataire du crédit bailleur ou en qualité d'entrepreneur général : d'une part, si le crédit-preneur dirige la construction en tant que mandataire du crédit bailleur, il serait alors tenu à l'égard du crédit bailleur en sa qualité de maître de l'ouvrage, des garanties décennale et biennale ; ce qui ôterait à la clause de non-recours tout utilité. Le transfert des garanties demeure nécessaire puisque le locataire conserve le bénéfice des garanties décennale, biennale et de parfaite achèvement à l'égard des entrepreneurs, techniciens et architectes. Même si la garantie prévue par l'article 1792 du Code civil est réservée au maître de l'ouvrage et aux acquéreurs successifs de la construction, le crédit-preneur pourra toujours agir contre les constructeurs sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle. D'autre part, le crédit-preneur agissant en tant qu'entrepreneur général, conclut directement les contrats avec les entrepreneurs. Il se retrouve alors dans la même situation que celle du crédit-preneur mandataire du crédit bailleur, à la différence près qu'en cas de désordres, il peut directement engager la responsabilité contractuelle des entrepreneurs pour inexécution du contrat.

Le transfert des garanties est d'autant plus important qu'en fonction de son effectivité, la stratégie du crédit-preneur ne sera pas la même, et le résultat différent. Si la clause de non-recours ne peut produire d'effet, le crédit-preneur ne pourra pas agir contre le vendeur sur le fondement de la garantie des vices cachés. Il pourra seulement agir en réparation contre le crédit bailleur sur le fondement de la garantie des vices cachés de l'article 1721 du Code civil. En revanche, si la clause de non-recours est valide et donc le transfert de la garantie des vices cachés du vendeur effectif, un choix se présente au crédit-preneur entre l'action en résolution de la vente (action rédhibitoire) et l'action en réfaction du prix de la chose vendue. En outre, le transfert de la garantie du vendeur place le locataire dans les bottes du crédit bailleur dans son rapport avec le vendeur. Le vendeur pourra donc opposer au locataire les limitations de la garantie convenues avec le crédit bailleur s'il est un professionnel de la même spécialité que le vendeur²⁰⁴. Elles seront inopposables dans le cas contraire. L'hypothèse d'une clause exclusive de responsabilité précédemment exposée en est un exemple. Dans le contrat de crédit-bail, il arrive le plus souvent que le crédit bailleur donne mandat au crédit-preneur pour conclure la vente. Le crédit-preneur sera donc, en pratique, en mesure de déterminer directement avec le vendeur l'étendue de la garantie du vendeur qui lui sera transmise par la suite.

Une attention toute particulière doit donc être portée, on l'a dit, par les parties au contrat, tant à la rédaction de la clause de non-recours qu'à la rédaction de la clause de transfert. De cette rédaction, dépend non seulement l'efficacité de la clause mais également la détermination des actions transférées au crédit-preneur.

En pratique, il arrive souvent que les clauses transférant la garantie du vendeur au crédit-preneur ne comportent aucune qualification ou que la qualification choisie par les parties soit rendue inopérante. Cette tâche reviendra au juge devant lequel le contrat est porté, dans les limites posées par l'article 12 du Code de procédure civile²⁰⁵.

²⁰⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 20 décembre 1988, pourvoi n° 87-16.369, *Bull. civ. n° 373* ; *JCP* 1989. I. 21354, note G. Wiederkehr ; Cass. Civ. 1^{re}, 24 novembre 1993, *inédit*, pourvoi n° 91-17.753, *JCP E* 1994. II. 593, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 1994. 601, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1994. 689, obs. Jacques Normand.

²⁰⁵ L'article 12 du Code de procédure civile poursuit dans un troisième alinéa et dispose qu'« il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ».

S'il résulte du contrat que les parties n'ont entendu faire reposer la clause de transfert sur aucune technique contractuelle particulière, comme l'a conclu Mme Schütz²⁰⁶, la clause de transfert est de nul effet, entraînant, par la même, la nullité de la clause de non recours pour absence de contrepartie. Et le crédit-preneur pourra alors se retourner contre le crédit bailleur sur le fondement de l'article 1721 du Code civil. L'incidence du procédé choisi par les parties et sur lequel repose la clause de transfert n'est donc pas négligeable au regard de ses conséquences.

2. La qualification de la clause de transfert d'actions

Il résulte de l'examen de la pratique que les parties ont recours tant au mandat d'agir au nom du crédit bailleur (a) qu'à d'autres figures du régime des obligations créant un nouveau rapport de droit entre le fournisseur et le locataire d'une part (b) et celles opérant un réel transfert d'actions d'autre part (c)²⁰⁷.

a. Le recours au mandat d'agir au nom du crédit bailleur

Le crédit bailleur donne mandat au crédit-preneur, en cas de défectuosité de l'équipement loué, d'agir en son nom et pour son compte contre le vendeur. Ce mandat ne lui confère aucune action personnelle et doit être exprès. Il s'agit d'un mandat *ad agendum* et non *ad litem*, le mandat *ad litem* ne visant que la représentation dans l'accomplissement des actes de procédure et ne conférant ni pouvoir d'initiative ni pouvoir de direction.

A suivre une doctrine majoritaire²⁰⁸, ce mandat est d'intérêt commun : à l'image du mandat dans la clause de direction du procès, il est donné non seulement dans l'intérêt du crédit bailleur mandant mais également dans l'intérêt du crédit-preneur

²⁰⁶ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 168, p. 152.

²⁰⁷ R. N. Schütz, *op. cit.*, n° 172 et suivants ; Michèle Harichaux-Ramu, « Le transfert de garantie dans le crédit-bail mobilier », *RTD com.* 1978. 209.

²⁰⁸ Danièle Crémieux-Israël, *Leasing et crédit-bail mobiliers : aspects juridiques comptables et fiscaux*, Dalloz, 1975, p. 68 ; El Mokhtar Bey, « Du transfert de la garantie du vendeur au locataire », *Rev. Jur. Com. (journal des agrées)* mars 1973, n° 3, 55. 67, p. 55 à 72 ; M. Harichaux-Ramu, *op. cit.*, n° 11, p. 125.

mandataire. Ce dernier aura intérêt dans la réalisation de ce mandat qui lui permettra d'obtenir l'exécution des obligations du vendeur ou la mise en œuvre de sa responsabilité ou encore la résolution de la vente. Ce mandat ne pourra donc pas être révoqué de manière discrétionnaire, sauf stipulation contraire des parties dans le contrat de crédit-bail. Sa révocation devra être motivée par de justes raisons.

Le recours au mandat *ad litem* permettra au crédit bailleur mandant de définir l'étendue des actions exercées par le locataire contre le vendeur. Le mandat peut donc être spécial s'il permet l'utilisateur d'exercer toutes les actions fondées sur la garantie prévue par l'article 1641 du Code civil, à l'exclusion de toute autre action. Il sera général s'il autorise le crédit-preneur mandataire à exercer l'ensemble des droits et actions du crédit bailleur contre le vendeur²⁰⁹. Ce mandat n'est pas sans risque pour le locataire, surtout lorsqu'est stipulée une faculté de révocation *ad nutum* au profit du crédit bailleur et/ou s'il conditionne l'exercice de l'action par le locataire à l'appréciation du crédit bailleur. Le crédit bailleur pourrait donc empêcher le locataire d'agir contre le fournisseur. Si le crédit bailleur empêche le locataire d'agir contre le fournisseur, sous couvert du mandat, en révoquant le mandant ou en s'opposant à son action, le locataire devrait pouvoir recouvrer toute latitude pour agir contre le crédit bailleur. Si tel n'était pas le cas, le locataire se retrouverait avec un bien défectueux voir inutilisable et donc sans aucune utilité pour lui, sans recours contre le vendeur ni contre le crédit bailleur, tout en étant tenu de s'acquitter des loyers. C'est pourtant la solution vers laquelle a semblé tendre la Cour de cassation, dans son arrêt du 3 janvier 1972²¹⁰. Elle a ainsi approuvé la cour d'appel qui avait décidé que le mandat donné par le crédit bailleur au crédit-preneur d'exercer ses droits et actions contre le vendeur était opposable à ce dernier puisqu'il en avait eu connaissance et y avait adhéré. Cette solution n'est pas nécessairement des plus heureuses et ce, pour deux raisons. D'une part, comme l'a, à juste titre, relevé Mme Schütz²¹¹, les pouvoirs du mandataire ne dépendent pas de la connaissance de ce mandat par les tiers au mandat. Cette connaissance ne devrait être exigée qu'au moment

²⁰⁹ Cass. Com., 3 janvier 1972, pourvois n^{os} 69-13.953 et 69-14.049, *Bull. civ. n° 1* ; Cass. Com., 24 mai 1994, pourvoi n° 92-14.344, *Bull. civ. n° 184* ; CCC 1994, n° 192, obs. L. Leveneur ; Cass. Com., 13 juin 1995, pourvoi n° 93-17.409, *Bull. civ. n° 175* ; LPA, 12 juillet 1996, p. 37, note Yannick Dagorne-Labbé.

²¹⁰ Cass. Com., 3 janvier 1972, pourvois n^{os} 69-14.049 et 69-13.953, *Bull. civ. n° 1* ; Cass. Com., 18 février 1975, pourvoi n° 73-12.557, *Bull. civ. n° 47*.

²¹¹ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 174, p. 157 ; M. Harichaux-Ramu, *op. cit.*, n° 11, p. 225.

de l'assignation du vendeur par le crédit-preneur et non au moment de la conclusion du contrat de vente, conformément au principe « nul ne plaide par procureur ». D'autre part, l'exigence de l'adhésion du vendeur au mandat n'est pas fondée dans la mesure où la validité d'un mandat n'est jamais subordonnée au consentement d'un tiers.

Il est donc permis de douter de l'efficacité des clauses conférant au crédit-preneur un simple mandat d'ester en cas de défectuosité du bien loué, dans la mesure où le mandat n'opère aucun transfert. A suivre la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, le crédit bailleur devrait donc veiller à mentionner l'existence de ce mandat dans le bon de commande, ainsi que l'a recommandé Mme Schütz²¹². En revanche le vendeur pourra bloquer toute action exercée contre lui par le crédit-preneur s'il émet des réserves lors de la réception du bon de commande. Dans une telle hypothèse, le crédit-preneur ne sera pas en mesure d'agir contre le vendeur. L'effectivité du transfert de la garantie du vendeur au crédit-preneur étant une condition de validité de la clause de non-recours, cette dernière sera alors de nul effet et le crédit-preneur pourra agir contre le crédit bailleur.

L'enjeu de la rédaction de la clause par laquelle le crédit bailleur donne mandat à son locataire d'agir en son nom et pour son compte contre le vendeur a révélé toute son importance depuis la célèbre série d'arrêts rendus par la Chambre mixte de la Cour de cassation, le 23 novembre 1990²¹³, consacrant l'interdépendance des contrats de vente et de crédit-bail²¹⁴.

²¹² R.-N. Schütz, *op cit.*, p. 158.

²¹³ Cass. Mixte, 23 novembre 1990, *op. cit.*, v. *supra* note n° 202.

²¹⁴ Cette règle d'interdépendance n'est pas sans faire écho à l'article 9, alinéa 2, de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 (dite loi SCRIVENER), dont la jurisprudence a déduit l'interdépendance du contrat de vente et du contrat de crédit relatif à ce dernier. Il est à noter que motivée par un souci de protection du consommateur, la Cour de cassation a préféré reconnaître l'action directe du crédit-preneur contre le vendeur plutôt que de prononcer la nullité de la clause de non-recours, écartant par là même le principe de l'effet relatif du contrat. Elle est allée jusqu'à reconnaître un caractère d'ordre public à l'action directe du crédit-preneur. Toutefois il convient de temporer la portée de cette jurisprudence qui ne s'applique qu'aux crédits-baux régis par la loi SCRIVENER.

Le recours au mandat pour fonder la clause de transfert d'action n'a pas reçu l'approbation unanime de la doctrine. M. Goyet²¹⁵ faisait grief à cette analyse qu'elle reposait sur le postulat erroné selon lequel le crédit-bail serait une « simple juxtaposition de deux contrats »²¹⁶, alors qu'il s'agit d'une opération à trois personnes. Or le mandat ne permet pas de fonder le recours du locataire à l'encontre du vendeur, en ce qu'il n'opère aucun transfert et ne crée aucune action personnelle au profit du locataire. Le recours à la technique du mandat présente un autre inconvénient pour le crédit-preneur. Mandaté par le crédit bailleur, il aura le choix entre plusieurs actions. Il peut agir en exécution forcée pour obtenir la remise en état ou le remplacement du bien défectueux. Il peut exercer une action en résolution pour défaut de conformité ou encore sur le fondement de la garantie des vices cachés. Le crédit-preneur aura alors le choix entre une action estimatoire et une action rédhitoire. Il peut également obtenir des dommages et intérêts pour le compte du bailleur au titre des préjudices qui pourraient subsister pour le bailleur. En revanche, puisque mandaté par le crédit bailleur, il ne pourra pas obtenir la réparation des préjudices qu'il subit personnellement du fait de la défectuosité du bien.

Il pourra toujours agir à titre personnel contre le vendeur sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Mais encore faut-il que les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle soient réunies. Il ne suffit pas de rapporter la preuve d'un manquement à une obligation contractuelle, comme l'exige la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle. Le preneur devra démontrer que le manquement contractuel du vendeur constitue une faute, c'est-à-dire une infraction à une réglementation en vigueur, une négligence ou encore une imprudence. Or le manquement contractuel du vendeur ne constitue pas nécessairement une infraction à la loi, une négligence ou une imprudence. Autrement dit, à un manquement contractuel ne correspond pas nécessairement une faute délictuelle. Cette question a divisé pendant plusieurs années la Cour de cassation. Tandis que sa première chambre civile prônait le principe de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle²¹⁷, sa chambre commerciale exigeait que la faute

²¹⁵ Charles Goyet, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, thèse droit privé, LGDJ, Paris, 1983, n° 109, p. 61

²¹⁶ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 178, p. 162.

²¹⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 18 juillet 2000, pourvoi n° 99-12.135, *Bull. civ. n° 221*, considérant que la faute de surveillance commise par un hôpital psychiatrique constituait une faute délictuelle nécessairement à l'égard de ces tiers victimes ; Cass. Civ. 1^{re}, 13 février 2001, pourvoi n° 99-13.589, *Bull. civ. n° 35*, à propos de la contamination sanguine par le virus du SIDA, affirmant que « les tiers à un contrat sont fondés à invoquer

contractuelle corresponde à la notion de faute au sens de l'ancien article 1382, devenu 1240, du Code civil²¹⁸. Elle devait constituer « la violation d'un devoir de prudence ou de diligence », ou encore « le manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui ». Par un arrêt du 6 octobre 2006²¹⁹, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a mis fin à cette divergence en se rangeant aux côtés de la première chambre civile, consacrant le principe d'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle. En dépit des critiques doctrinales adressées à cette jurisprudence²²⁰, plusieurs arrêts ultérieurs sont venus confirmer cette solution²²¹. Quelques arrêts²²² relatifs au manquement à une obligation d'information étrangères aux tiers, sont venus cependant limiter cette jurisprudence dans la portée de l'obligation transgressée, refusant de déduire automatiquement d'un manquement contractuel, une faute délictuelle à l'égard des tiers. Ces arrêts auraient pu

tout manquement de leur débiteur contractuel quand ce manquement leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve ».

²¹⁸ Cass. Com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14.535, *Bull. civ. n° 187* (faute d'un mandataire) ; Cass. Com., 8 octobre 2002, *inédit*, pourvoi n° 98-22.858 (faute d'un constructeur).

²¹⁹ Ass. plén., 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.255, *Bull. civ. n° 9* : « le tiers à un contrat peut invoquer sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui cause un dommage. » ; *D. 2007. 1827*, obs. Louis Rozès ; *AJDI 2007. 295*, obs. N. Damas ; *RDI 2006. 504*, obs. Ph. Malinvaud ; *RTD civ. 2007. 61*, obs. P. Deumier.

²²⁰ Certains auteurs lui ont fait grief de faire fi de la relativité de la faute contractuelle et de porter atteinte de manière détournée au principe de l'effet relatif des contrats en autorisant les tiers à se prévaloir du contrat pour obtenir la réparation du dommage qu'ils ont subi. D'autres auteurs ont critiqué les termes généraux dans lesquels elle a exprimé sa position, en soulignant que cette solution ne pourrait valoir qu'au profit de certains tiers, ceux qui ont un intérêt à l'exécution du contrat. Pour une autre partie de la doctrine, c'est le fondement délictuel lui-même de la responsabilité des contractants à l'égard des tiers qui pose une difficulté, les contractants ne pouvant opposer les stipulations du contrat aux tiers (*D. 2006. 2825*, note G. Viney ; *D. 2007. 2897*, obs. Ph. Brun et P. Jourdain ; *ibid. 2966*, obs. Soraya Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ. 2007. 115*, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ. 2007. 123*, obs. P. Jourdain).

²²¹ Cass. Civ. 2^e, 10 mai 2007, pourvoi n° 06-13.269, *Bull. civ. n° 126* ; *D. 2007. 2897*, obs. Ph. Brun et P. Jourdain ; *RCA 2007. comm. 260*, obs. Philippe Mathurin et Nathalie Dupuy-Loup ; *JCP 2007. I. 185*, n° 5 s., obs. Ph. Stoffel-Munck ; *Gaz. Pal.*, 6 novembre 2007, n° 310, p. 16, note Michel Périer ; *LPA*, 27 novembre 2007, n° 237, p. 14, note Agnès Pimbert ; Cass. Civ. 1^{re}, 15 mai 2007, pourvoi n° 05-16.926, *Bull. civ. n° 193* ; *JCP 2007. I. 185*, n° 5 s., obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD com. 2008. 172*, obs. B. Bouloc ; Cass. Civ. 3^e, 4 juillet 2007, *inédit*, pourvoi n° 06-15.776 ; *Deffrénois 2007. 1449*, obs. Eric Savaux ; Cass. Civ. 3^e, 27 mars 2008, pourvoi n° 07-10.473, *Bull. civ. n° 58* ; *RDC 2008. 1151*, obs. S. Carval ; *Deffrénois 2009. 81*, obs. H. Périnet-Marquet ; Cass. Civ. 3^e, 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-67.516, *Bull. civ. n° 146* ; Cass. Com., 6 septembre 2011, pourvoi n° 10-11.975, *Bull. civ. n° 126* ; *adde*, Cass. Civ. 1^{re}, 17 octobre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-25.252 ; Cass. Civ. 2^e, 6 février 2014, pourvoi n° 13-10.540, *Bull. civ. n° 35* ; *D. 2014. 1722*, chron. Laurence Lazerges-Cousquer, Nina Touati, Thomas Vasseur, Edouard de Leiris, Hugues Adida-Canac, D. Chauchis et Nathalie Palle ; *ibid. 2015. 1231*, obs. Mireille Bacache, David Noguéro, L. Grynbaum et Philippe Pierre ; *RTD civ. 2014. 371*, obs. Hugo Barbier ; *JCP 2014, n° 336*, note Nicolas Dissaux et n° 1323, obs. M. Bacache ; *RDC 2014. 365*, obs. S. Carval ; Cass. Civ. 1^{re}, 19 septembre 2018, pourvoi n° 16-20.164, *Bull. civ. n° 156* ; *RTD civ. 2018. 902*, obs. H. Barbier.

²²² Cass. Civ. 3^e, 22 octobre 2008, *inédit*, pourvoi n° 07-15.583 ; *RTD civ. 2009. 121*, obs. P. Jourdain ; Cass. Civ. 1^{re}, 15 décembre 2011, *inédit*, pourvoi n° 10-17.691 ; *D. 2012. 659*, note D. Mazeaud ; *RTD com. 2012. 393*, obs. B. Bouloc ; Cass. Com., 18 janvier 2017, *inédit*, pourvoi n° 14-16.442 ; *D. 2017. 1036*, note D. Mazeaud.

faire figure d'arrêts d'espèce. Mais un arrêt récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, qui a fait l'objet d'une large diffusion²²³, a semé le doute quant au maintien de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle par la Cour de cassation. Le 18 mai 2017, la troisième chambre civile a décidé, dans une espèce ne concernant nullement une obligation d'information mais une obligation de résultat de délivrance conforme, que le seul manquement à cette obligation n'est pas propre à caractériser une faute délictuelle. Cet arrêt a marqué un net recul de la jurisprudence de l'Assemblée plénière de 2006. Toutefois comme l'avait recommandé M. Jourdain²²⁴, il convenait de demeurer prudents et éviter l'écueil d'en déduire que cet arrêt constituerait un revirement de jurisprudence ; à raison. Le principe d'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle a été récemment réaffirmé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt remarqué du 13 janvier 2020²²⁵.

Muni d'un simple mandat d'ester par le crédit bailleur, le crédit-preneur cherchera à se prévaloir du manquement contractuel du vendeur pour obtenir la réparation du préjudice qu'il a subi personnellement du fait de ce manquement. Il aurait alors la qualité de tiers au contrat de vente, « tiers intéressé » puisque c'est le crédit-preneur qui a l'usage de la chose vendue par le vendeur et louée par le crédit bailleur.

La pratique ne s'est pas limitée au mandat pour fonder le recours du

²²³ Cass. Civ. 3^e, 18 mai 2017, pourvoi n° 16-11.203, *Bull. civ.* n° 64 ; *RTD civ.* 2017. 651, obs. H. Barbier ; *D.* 2017. 1225, note D. Houtcieff ; *AJ contrat* 2017, p. 377, obs. Fr. Chénéde ; *RDI* 2017. 349, obs. Ph. Malinvaud ; *D.* 2018. 371, chron. Mustapha Mekki ; *D.* 2018. 35, chr. Ph. Brun ; *RTD civ.* 2017. 666, obs. P. Jourdain.

²²⁴ M. Jourdain relevait notamment que cet arrêt n'émanait que de la troisième chambre civile de la Cour de cassation et qu'il ne comportait aucun attendu de principe dont la portée dépasserait le cas d'espèce. Il a ainsi expliqué que cet arrêt conduisait à distinguer entre les obligations contractuelles ne profitant qu'au créancier et celles dont la portée dépasse les contractants car elles recouvrent un devoir général de prudence et de diligence ou parce que leur objet coïncide avec la créance du tiers. Il a proposé une approche différente de celle retenue par la Cour de cassation : à l'instar de la proposition figurant dans le *Rapport annuel pour 2006* de la Cour de cassation (p. 398 à 399), il a suggéré de distinguer entre les tiers victimes d'une inexécution contractuelle selon leur intérêt à la bonne exécution du contrat. Cela reviendrait donc, à suivre le *Rapport annuel pour 2006* de la Cour de cassation, à distinguer entre les « obligations souscrites au profit du seul contractant, dont le tiers n'a pas vocation à bénéficier », les « cas particuliers » où la bonne exécution du contrat en cause peut « concerner un tiers qui devient ainsi "tiers intéressé" » et les « obligations qui, en raison de leur objet, dépassent le seul enjeu contractuel » (P. Jourdain, « Vers une distinction des fautes contractuelle et délictuelle ? », *RTD civ.* 2017. 666).

²²⁵ Ass. Plén., 13 janvier 2020, pourvoi n° 17-19.963, *publié au Bull.* ; *AJ contrat* 2020. 80, note Mathias Latina ; *RTD civ.* 2020. 96, obs. H. Barbier ; *D.* 2020. 394, obs. M. Bacache ; *D.* 2020. 416, obs. Jean-Sébastien Borghetti.

crédit-preneur contre le vendeur. Elle s'est tournée vers d'autres techniques du régime général des obligations qui, elles, créent un droit au profit du crédit-preneur, distinct de celui du crédit bailleur.

b. Le recours aux figures du régime des obligations créant un nouveau droit

i. Le recours à la stipulation pour autrui

Fondant le recours du crédit-preneur contre le vendeur sur la stipulation pour autrui, le crédit bailleur obtient du vendeur l'engagement de faire profiter le crédit-preneur de la garantie découlant du contrat de vente conclu entre le vendeur et le crédit bailleur. Bien qu'admise par la jurisprudence²²⁶, la pratique révèle que les parties ont surtout recours à cette technique en matière de crédit-bail mobilier et jamais dans les crédits-bails immobiliers. En effet, le recours à cette technique en matière de crédit-bail immobilier entraînerait une lourdeur non négligeable puisqu'elle impliquerait alors que chaque intervenant à l'opération de construction accepte la stipulation pour autrui.

La simple référence à la stipulation pour autrui dans le contrat de crédit-bail ne suffit pas pour répondre à la condition du consentement du bailleur et du vendeur. Elle doit être connue et acceptée par le vendeur. Elle est en principe révocable jusqu'à son acceptation par son bénéficiaire. En matière de crédit-bail, on comprend aisément que le crédit bailleur n'aura pas intérêt à la révoquer puisqu'elle constitue la contrepartie à la validité de la clause de non recours. La clause de transfert fondée sur la stipulation pour autrui, le vendeur pourra opposer au locataire les exceptions tirées de son rapport avec le crédit bailleur (nullité du contrat principal, manquement contractuel du crédit bailleur).

La stipulation pour autrui ne permettra pas au crédit-preneur de solliciter la résolution de la vente, en vue d'obtenir la caducité du contrat de crédit-bail. Le locataire

²²⁶ Cass. Com., 15 janvier 1985, pourvoi n° 83-12.661, *Bull. civ. n° 25* ; Cass. Civ. 3°, 23 avril 1992, *inédit*, pourvoi n° 89-20.620 ; Cass. Com., 24 mai 1994, *inédit*, pourvoi n° 92-18.953.

ne pourra donc pas exercer l'action réhabilitaire si le bien est affecté d'un vice caché, ni agir en résolution du contrat si le bien n'est pas conforme. Tiers au contrat conclu entre le stipulant et le promettant, le bénéficiaire de la stipulation pour autrui ne pourra qu'agir en exécution de l'engagement du promettant et non en résolution car cette action est attachée à la qualité de cocontractant²²⁷. Si le crédit bailleur veut également permettre à son crédit-preneur d'agir en résolution, il devra soit changer de technique, soit combiner la stipulation pour autrui avec une autre technique telle que le mandat d'ester, comme le suggère Mme Schütz²²⁸ et ainsi que la jurisprudence a pu l'admettre²²⁹.

La stipulation pour autrui présente un intérêt majeur pour le crédit-preneur : puisqu'elle crée un droit direct pour le crédit-preneur contre le vendeur, il pourra agir en responsabilité contre ce dernier. En revanche, s'il agit en résolution contre le vendeur, il devra veiller à bien choisir son fondement. S'il introduit l'action en son nom personnel, sur le fondement du droit qu'il détient contre le vendeur promettant, son action ne pourra qu'être rejetée.

ii. Le recours à la délégation

L'opération de crédit-bail implique deux contrats : un contrat de vente liant le vendeur et le crédit bailleur et un contrat de crédit-bail liant le crédit bailleur et le locataire. La figure de la délégation permet au crédit bailleur délégrant de donner l'ordre au fournisseur délégué d'exécuter ses obligations de délivrance et de garantie au profit du locataire délégataire.

Cette technique peut être utilisée tant en matière de crédit-bail mobilier qu'en matière de crédit-bail immobilier, à ceci près qu'en matière de crédit-bail immobilier et plus particulièrement, dans l'hypothèse d'immeubles à construire, elle implique une lourdeur incompatible avec la pratique. Elle nécessitera que le crédit bailleur donne

²²⁷ Chr. Larroumet et Sarah Bros, *Traité de droit civil, tome 3, Les obligations, le contrat*, sous la direction de Chr. Larroumet, 10^e éd., Economica (collection Corpus Droit privé), Paris, 2021, n° 789, p. 893.

²²⁸ R.-N. Schütz, *op. cit.*, p. 162.

²²⁹ Cass. Com., 19 octobre 1999, *inédit*, pourvoi n° 97-15.824 ; Cass. Com., 8 mars 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-21.155.

l'ordre à chacun des constructeurs d'exécuter leurs garanties au profit du crédit-preneur et que chacun des constructeurs accepte la délégation.

Le crédit bailleur doit obtenir à la fois le consentement du crédit-preneur délégataire mais également celui du vendeur délégué. Le crédit bailleur devra donc faire figurer sur le bon de commande ou sur le procès-verbal de livraison, la délégation. La signature du vendeur vaudra acceptation de la délégation. Dans le cas contraire, le vendeur pourra invoquer l'irrecevabilité de l'action du crédit-preneur délégataire à son encontre. Le crédit-preneur pourra alors se retourner contre le crédit bailleur du fait de la nullité de la clause de non recours résultant de l'ineffectivité de la clause de transfert. Telle est la solution retenue par la jurisprudence²³⁰ qui fait donc peser sur le crédit bailleur la charge du contentieux technique, alors que son rôle ne se limite qu'au financement de l'opération.

La Cour de cassation, dans un arrêt remarqué du 26 janvier 1977²³¹, avait requalifié une clause de transfert d'actions fondée sur la délégation en cession de créance. Cette solution pouvait laisser penser que la Cour de cassation invalidait la délégation comme fondement de la clause de transfert d'action. Mais cette solution participait sans doute de la volonté de la Cour de cassation de sauvetage de la clause de non-recours : d'éviter la nullité de la clause de non-recours résultant de l'ineffectivité de la clause de transfert, comme l'ont relevé Mme Schütz et M. Billiau²³². Cette analyse a été confirmée par un arrêt ultérieur de la Cour de cassation²³³ validant une clause fondant le recours du crédit-preneur contre le vendeur sur la technique de délégation.

La question qui se pose à présent est naturellement celle du choix entre délégation parfaite et délégation imparfaite. La délégation parfaite suppose un effet

²³⁰ Cass. Com., 30 octobre 1973, pourvoi n° 72-11.231, *Bull. civ. n° 303* ; Cass. Com., 7 mai 1974, pourvoi n° 73-10.310, *Bull. civ. n° 147* ; Cass. Com., 27 mai 1983, pourvoi n° 81-14.174, *Bull. civ. n° 154* ; Cass. Com., 9 janvier 1990, pourvoi n° 86-19.308, *Bull. civ. n° 4* ; Cass. Com., 12 juillet 2000, *inédit*, pourvoi n° 99-11.121.

²³¹ Cass. Com., 26 janvier 1977, pourvoi n° 75-12.654, *Bull. civ. n° 27*.

²³² R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 188, p. 168 et 169 ; M. Billiau, *La délégation de créance*, tome 207, LGDJ (sous-collection Bibliothèque de droit privé, collection Thèses), Paris, 1989, n° 425, p. 384-385.

²³³ Cass. Com., 15 mai 1979, pourvoi n° 77-14.058, *Bull. civ. n° 155* ; Cass. Com., 15 octobre 1979, pourvoi n° 78-10.498, *Bull. civ. n° 254* ; Cass. Com., 4 juin 1996, pourvoi n° 94-14.768, *Bull. civ. n° 156*.

novatoire : pour que la dette du délégué se substitue à la dette du délégant et que cette dernière s'éteigne, le délégataire doit exprimer un consentement, distinct de son consentement à la délégation. Appliquée au crédit-bail, cette règle est toujours remplie, le contrat de crédit-bail contenant toujours une clause de non-recours, c'est-à-dire une clause par laquelle le crédit-preneur exprime sa renonciation à agir contre le crédit bailleur en cas de défectuosité ou de non-conformité du bien, donc à le libérer de son obligation de garantie à laquelle il est tenu en sa qualité de bailleur. La délégation peut également être certaine ou incertaine, selon qu'elle se rattache ou non à l'un des deux rapports fondamentaux. Si la délégation est incertaine, le délégué s'engagera alors à l'égard du délégataire dans la mesure de l'obligation du délégant ou dans la mesure de son obligation à l'égard du délégant. C'est le cas dans le crédit-bail : l'obligation du vendeur délégué à l'égard du crédit-preneur délégataire est calquée sur sa propre obligation à l'égard du crédit bailleur délégant. Le caractère certain ou incertain de la délégation a dès lors une influence sur la règle de l'inopposabilité des exceptions. Ainsi le vendeur délégué qui s'engage à exécuter son obligation de garantie due au crédit bailleur délégant, à l'égard du crédit-preneur délégataire pourra toujours lui opposer les exceptions découlant de la vente.

En revanche, la création d'un nouveau rapport entre le crédit-preneur délégataire et le vendeur délégué ne permettra pas au crédit-preneur d'agir aux fins d'anéantissement de la vente (tant l'action en résolution que l'action réhibitoire) car il ne peut intervenir dans le rapport liant le crédit bailleur délégant et le vendeur délégué²³⁴. Le crédit-preneur dont le recours contre le vendeur est fondé sur une délégation ne pourrait donc agir qu'en exécution des obligations du vendeur, le délégataire qu'est le locataire restant étranger au rapport liant le vendeur délégué et le crédit bailleur délégant. Ce n'est pas la solution qu'a retenue la jurisprudence. Elle s'est basée sur la volonté des parties pour déterminer l'étendue de la délégation consentie au crédit-preneur : si elle concerne uniquement les actions en exécution ou bien de manière plus générale, toutes les actions découlant du contrat de vente, en ce compris l'action en résolution²³⁵.

²³⁴ M. Billiau, *op. cit.*, n° 127 et s., et n° 430, p. 389 ; D. Crémieux-Israël, *op. cit.*, p. 64 ; M. Harichaux-Ramu, *op. cit.*, n° 37, p. 264.

²³⁵ Cass. Com., 1^{er} juillet 1975, pourvoi n° 73-14.517, *Bull. civ. n° 186* ; Cass. Com., 15 mai 1979, pourvoi n° 77-14.058, *Bull. civ. n° 155*.

La frontière avec la cession de créance devient, on le voit, de plus en plus fine et tient à la seule différence restante entre la délégation incertaine et la cession de créance : l'exigence du consentement du débiteur délégué.

La technique de la délégation pour fonder la clause de transfert d'actions ne reçoit pas les faveurs de toute la doctrine. Ainsi M. Arbellot a fait valoir que la délégation méconnaîtrait l'indivisibilité caractérisant l'opération de crédit-bail suivant laquelle le transfert de la garantie au crédit-preneur a pour contrepartie la renonciation de ce dernier à la créance de garantie de l'article 1721 du Code civil qu'il détient à l'encontre du crédit bailleur²³⁶.

L'examen de la pratique révèle qu'elle ne s'est pas limitée aux techniques du droit des obligations créant un droit propre au crédit-preneur. Elle s'est également tournée vers les techniques opérant un transfert des actions découlant de la vente au crédit-preneur.

c. Le recours aux figures du régime des obligations opérant un réel transfert d'actions

i. Le recours à la subrogation

La subrogation suppose un paiement effectué par un tiers qui va se substituer au débiteur initial pour payer sa dette. Ce paiement aura non seulement pour effet d'éteindre la créance du créancier mais également de la transférer avec ses accessoires au tiers *solvens*. Elle ne nécessite aucune formalité particulière. Appliquée au crédit-bail, elle permettrait la substitution du locataire dans les droits du crédit bailleur contre le vendeur ou les constructeurs. Il s'agirait alors d'une subrogation *ex parte creditoris* puisque c'est le crédit bailleur qui transférerait au locataire la garantie dont il est titulaire

²³⁶ Fr. Arbellot, « L'exercice de l'action en garantie des vices cachés par le crédit-preneur », *LPA*, 10 août 1998, n° 95, p. 4.

à l'encontre du vendeur ou des constructeurs. Il suffirait qu'elle soit mentionnée expressément, au moment du paiement, dans la convention conclue entre le crédit bailleur et son locataire. En raison de sa facilité de mise en œuvre, elle est souvent utilisée pour fonder le transfert des garanties dues par le vendeur au crédit-preneur.

Le recours à la subrogation ne reçoit pas plus l'approbation unanime de la doctrine que la délégation ou la stipulation pour autrui. Une grande partie de la doctrine lui fait grief de ce qu'elle ne peut intervenir « qu'à l'occasion et au moment du paiement effectué... »²³⁷, ce qui suppose donc que « le locataire désintéresse intégralement l'établissement financier de crédit-bail par le paiement de la totalité des loyers actuels et à venir, éventuellement actualisée, et la valeur résiduelle... ». Un tel résultat est de toute évidence sans intérêt pour le crédit-preneur. En outre, comme l'a à juste titre relevé Mme Harichaux-Ramu²³⁸, pour que s'opère une subrogation, l'article 1346-1, ancien 1250, du Code civil exige que le paiement subrogatoire soit effectué par un tiers. Or le locataire n'est pas exactement un tiers puisqu'il exécutera alors sa propre obligation en réglant les loyers entre les mains du crédit bailleur. Ce serait uniquement lorsque le locataire aurait exécuté l'obligation du vendeur ou des entrepreneurs, qu'il pourrait exiger du fournisseur ou des entrepreneurs l'exécution de leur garantie et exercer les actions qui y sont attachées. Cela n'a pas de sens. Comme l'a formulé Mme Schütz, la subrogation supposerait que « le crédit-preneur répare lui-même les conséquences des vices de la chose avant de pouvoir se retourner contre le vendeur ou les constructeurs »²³⁹.

Pour répondre aux griefs opposés au recours à la subrogation pour fonder la clause de transfert d'actions, certains auteurs ont envisagé une « subrogation de fait »²⁴⁰ ou une subrogation *lato sensu*, en dehors de toute application de l'article 1346-1 (ancien 1250) du Code civil, qui serait fondée sur l'indivisibilité du crédit-bail. Ainsi aucun paiement n'interviendrait au sens juridique mais la renonciation du crédit-preneur à la garantie due par le crédit bailleur au titre de l'article 1721 du Code civil, justifierait

²³⁷ E M. Bey, *De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobiliers*, Dalloz, 1970 ; D. Crémieux-Israël, *op. cit.*, p. 63 ; M. Harichaux-Ramu, *op. cit.*, n° 19, p. 236 ; M. Cabrillac, *op. cit.*, n° 43 ; J. Mestre, *op. cit.*, n° 215, note 1.

²³⁸ M. Harichaux-Ramu, *op. cit.*, n° 19, p. 236.

²³⁹ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 196, p. 176.

²⁴⁰ M. Harichaux-Ramu, *op. cit.*

juridiquement la subrogation. Les parties conviendraient alors d'une sorte de dation en paiement. Ces arguments n'ont pas convaincu la communauté doctrinale²⁴¹.

Bien qu'elle ne fasse pas l'unanimité parmi la doctrine, la clause de transfert d'action fondée sur une subrogation a été admise par la jurisprudence²⁴², sans que les juges aient vérifié qu'un paiement ait bien eu lieu.

Parfois la pratique couple le recours à la subrogation à un mandat d'ester ou à une délégation. Concernant cette première combinaison, le crédit bailleur ne peut pas à la fois transférer, par subrogation, toutes les actions découlant du contrat de vente et conserver ces actions en octroyant un simple mandat d'ester au crédit-preneur²⁴³. De même concernant la seconde combinaison subrogation et délégation, la subrogation transfère les droits et actions au locataire, et la délégation crée un droit propre au profit du crédit-preneur. La subrogation n'exige pas le consentement du débiteur alors que la délégation en fait une de ses conditions de validité. Ainsi ces deux combinaisons nous paraissent incompatibles.

Comme l'a soulevé Mme Schütz, lorsque la pratique a recours à la « subrogation » pour fonder la clause de transfert, elle l'entend plus au sens générique, c'est-à-dire au sens de substitution, plutôt qu'au sens technique²⁴⁴.

ii. Le recours à la cession de créance

Si la Cour de cassation semble avoir admis la cession de créance comme fondement du transfert des actions au crédit-preneur²⁴⁵, l'examen opéré par Mme Schütz révèle qu'elle ne rencontre pas un franc succès dans les contrats de crédit-bail, que ce soit

²⁴¹ Fr. Arbellot, *op. cit.*

²⁴² Cass. Com., 30 octobre 1973, pourvoi n° 72-11.231, *Bull. civ. n° 303* ; Cass. Com., 25 janvier 1977, pourvoi n° 75-12.049, *Bull. civ. n° 24* ; pour des applications récentes : Cass. Com., 2 mars 2010, *inédit*, pourvoi n° 08-70.437 ; Cass. Com., 14 juin 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-29.288.

²⁴³ Cass. Com., 9 juillet 1974, pourvoi n° 73-10.837, *Bull. civ. n° 225*.

²⁴⁴ R.-N. Schütz, *op. cit.*

²⁴⁵ Cass. Com., 26 janvier 1977, pourvoi n° 75-12.654, *Bull. civ. n° 27* ; Cass. Com., 4 juin 1996, pourvoi n° 94-14.768, *Bull. civ. n° 156* ; D. 1996. 630, note M. Billiau.

en matière mobilière ou immobilière.

Appliquée au crédit-bail, la cession de créance s'opère dès l'accord de volontés entre le crédit bailleur cédant et le crédit-preneur cessionnaire, l'acceptation du vendeur cédé n'étant pas nécessaire. Il suffit que le contrat de crédit-bail mentionne la cession au locataire de la garantie due par le vendeur ou les constructeurs.

Ce sont sans doute les conditions d'opposabilité de la cession et la lourdeur qu'elles engendrent, qui ont rebuté la pratique à utiliser cette technique pour fonder le transfert d'actions au crédit-preneur. Avant la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'opposabilité de la cession de créance au débiteur cédé était conditionnée à l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil, à savoir sa signification au débiteur cédé ou l'acceptation par ce dernier dans un acte authentique. Depuis le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, il suffit que la cession de créance ait été notifiée au débiteur cédé ou qu'il en ait pris acte après avoir consenti à la cession. La préconisation de Mme Schütz paraît demeurer valable : « il suffirait (de) faire référence (à la cession) dans le bon de commande ou dans le procès-verbal de livraison qui sont tous deux signés par le vendeur »²⁴⁶. Même si la cession n'est pas mentionnée dans le procès-verbal de livraison ou dans le bon de commande signé par le vendeur, la jurisprudence avait auparavant admis que le cessionnaire pouvait valablement assigner le cédé en exécution de son obligation si cela n'emportait aucun grief pour le débiteur cédé ou un autre tiers²⁴⁷. La réforme de 2016 ayant allégé les formalités d'opposabilité de la cession de créance au débiteur cédé, il suffira désormais pour le locataire cessionnaire de notifier la cession au vendeur cédé avant d'exiger l'exécution des droits qui lui ont été transférés par le cédant.

La cession permet le transfert de tous les droits et donc des actions du crédit bailleur cédant au crédit-preneur cessionnaire. Ce dernier pourra agir tant en exécution des garanties découlant de la vente qu'en résolution de la vente pour défaut de conformité, étant précisé que rien ne s'oppose à ce que le crédit bailleur limite l'étendue du transfert

²⁴⁶ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 201, p. 180.

²⁴⁷ Cass. Civ. 3^e, 26 février 1985, *inédit* ; *JCP* 1986. II. 20607, note Bruno Petit.

des droits et actions au crédit-preneur.

Le choix de la qualification de la clause de transfert d'action repose entre les mains des parties, sous réserve que le juge procède à la requalification de la clause en vertu de la mission qui lui est attribuée par l'article 12 du Code de procédure civile.

Conclusion. – Des figures de transmission contractuelle d’action en justice existent dans notre droit tant à titre accessoire qu’à titre principal. Si aucune n’est exempte de toute critique, elles ont le mérite d’exister et d’être encadrées.

La jurisprudence a tenté d’initier une plus large reconnaissance de la transmission à titre principal de l’action en justice au détour de l’admission d’une cession d’une action en responsabilité.

Dans un arrêt remarqué du 10 janvier 2006²⁴⁸, la Cour de cassation a semblé entrouvrir la porte de la transmission d’une action en justice à titre principal, l’action en justice étant le sujet principal de la transmission, dans un attendu de principe dont la formulation a suscité de grands remous chez la doctrine. La Cour de cassation a ainsi validé la cession d’une action en responsabilité, accessoire de la créance cédée, sous réserve que « ces créances, droit ou action ne soient hors du commerce ou que l’aliénation n’en ait été prohibée par une loi particulière ».

En l’espèce, le litige portait sur une série de prêts consentis par un établissement de crédit à une société en vue de la réalisation d’un projet immobilier. Ces prêts étaient garantis par des hypothèques sur les parcelles sur lesquelles le projet immobilier devait se réaliser. Cette société a été mise en liquidation judiciaire. Les créances de remboursement ont fait l’objet de deux cessions successives. Le premier cessionnaire a recherché la responsabilité du notaire en charge de la constitution des hypothèques pour défaut d’accomplissement des formalités de publicité et de renouvellement. Il a été débouté en première instance. Il a ensuite cédé sa créance de remboursement au second cessionnaire qui est intervenu en appel. Ce dernier a obtenu la condamnation du notaire et de son assureur à lui verser des dommages et intérêts. Rejetant le pourvoi formé par le notaire et son assureur, la Cour de cassation a approuvé la solution retenue par la cour d’appel, en décidant que « n’était pas contraire à l’ordre public la cession d’action tendant à la mise en jeu d’une responsabilité civile professionnelle ne faisant l’objet d’aucune restriction légale » et que « la cession de créance, ayant pour effet

²⁴⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 10 janvier 2006, pourvoi n° 03-17.839, *Bull. civ.* n° 6.

d'emporter de plein droit transfert de tous les accessoires de ladite créance, et notamment les actions en justice qui lui étaient attachées, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si le cessionnaire justifiait d'un acte stipulant expressément la cession de l'action en responsabilité ». La Cour de cassation a donc considéré que l'action en justice était un bien comme un autre pouvant faire l'objet d'une convention. Elle a ainsi tâté le terrain pour la possibilité d'une reconnaissance d'une transmission autonome de l'action en justice, en vain. Face à une telle solution, la doctrine était plus que dubitative quant à la portée à lui accorder²⁴⁹.

A suivre la Cour de cassation, pour être transmise l'action ne doit pas être une chose hors du commerce, ce qui est le cas si elle constitue l'accessoire d'une chose qui est hors du commerce, et sa transmission ne doit pas être interdite par la loi. Il résulte également de cette solution que la cession d'une action, si elle n'est pas accessoire à la cession de la créance qui lui sert de cause, doit faire l'objet d'une stipulation expresse. Elle nécessiterait donc un certain formalisme.

Néanmoins, il convient de tempérer les propos exposés ci-dessus : d'une part, comme il l'a été précédemment exposé, cette solution est limitée aux cessions accessoires d'actions en responsabilité. D'autre part, des arrêts ultérieurs²⁵⁰ venus confirmer cette jurisprudence ont également circonscrit sa portée : les parties peuvent empêcher la transmission accessoire de l'action ou bien la stipuler lorsque l'acte qu'elles ont conclu ne la prévoit normalement pas²⁵¹.

Ce tâtonnement de la jurisprudence n'était pas inédit : elle avait déjà auparavant réservé l'hypothèse d'une transmission autonome de l'action en justice, à la

²⁴⁹ D. 2006. AJ 365, obs. X. Delpech ; D. 2006. 2129, note D. Bert ; *RTD civ.* 2006. 552, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Deffrénois* 2006. 597, obs. E. Savaux ; *Dr. et proc.* 2006. 147, obs. E. Putman ; *LPA*, 31 octobre 2006, n° 217, p. 5, note G. Mécarelli.

²⁵⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-10.231, *Bull. civ. n° 433* ; Cass. Civ. 1^{re}, 19 juin 2007, pourvoi n° 05-21.678, *Bull. civ. n° 811* ; D. 2007. AJ 1958, obs. X. Delpech ; CCC 2007, n° 11, comm. 270, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2008. 301, obs. B. Fages.

²⁵¹ Cass. Civ. 3^e, 25 janvier 1983, pourvoi n° 81-13.636, *Bull. civ. n° 26* ; Cass. Civ. 3^e, 7 juillet 2004, *inédit*, pourvoi n° 02-11.335 ; Cass. Civ. 3^e, 5 novembre 2013, *inédit*, pourvoi n° 12-13.923 ; à propos de la transmission de l'action en défense : Cass. Civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-15.602, *Bull. civ. n° 291* ; *JCP* 1996. II. 22623, obs. L. Leveneur.

condition d'une convention expresse²⁵². En l'espèce, un propriétaire avait consenti à un acheteur la vente d'une forêt et lui avait transmis, par convention, tous les droits et actions qui en dériveraient et, en particulier, l'action en résolution de la vente d'une coupe de bois qui avait été consentie par le vendeur et qui n'avait pas été retirée par l'acheteur de la coupe de bois. La Cour de cassation avait refusé de reconnaître l'existence d'une transmission accessoire de l'action à défaut de convention spéciale.

Eu égard aux objections tenant à la nature même de l'action en justice, la porte d'une transmission autonome de l'action en justice, bien que conditionnée au respect de l'ordre public et à une stipulation expresse, n'a jamais été rouverte depuis la jurisprudence du 10 janvier 2006.

L'examen des techniques de transmission contractuelle de l'action en justice admises en droit positif conduit à s'interroger sur les modalités d'une transmission contractuelle de l'action en justice à titre principal en dehors des hypothèses reconnues par le droit positif. Il sera constaté qu'une telle transmission est nécessairement soumise à des contraintes résultant à la fois du droit commun des contrats mais également des règles issues de la procédure eu égard à l'objet particulier d'une telle transmission.

²⁵² Cass. Req., 3 novembre 1932, *D.H.* 1932, p. 570.

Chapitre n° 2 :

Les modalités d'une transmission d'action en justice à titre principal

L'action en justice peut être transmise de manière autonome, c'est-à-dire qu'elle peut être le principal objet sur lequel portera la convention de transmission. La clause de transfert d'action dans le contrat de crédit-bail et la clause de direction du procès précédemment exposées l'illustrent bien. L'examen d'une admission plus élargie d'une transmission de l'action en justice conduit à s'interroger sur ses conditions (I) et sur son fondement (II).

I – Les contraintes d'une transmission autonome de l'action en justice

A supposer que l'action en justice puisse être transmise de manière autonome, en dehors des hypothèses précédemment exposées, ses particularités impliquent des contraintes dues à sa nature qu'on peine à définir : tant des contraintes liées à l'action en justice elle-même (A), que des contraintes tenant au droit commun des contrats (B).

A. Les contraintes liées à l'action en justice : les conditions de recevabilité des prétentions

Quiconque souhaite soumettre ses prétentions devant un juge doit répondre à un certain nombre de conditions afin qu'elles soient considérées comme recevables. L'objectif principal de ces conditions est évident : limiter l'encombrement des tribunaux en posant des filtres. Du côté du plaideur, il devra justifier d'un intérêt et d'une qualité à agir. Ces deux conditions sont classiques. Si la qualité à agir découlera logiquement de la transmission de l'action en justice, en ce que le transmettant transférera à son cocontractant sa position dans le procès, l'intérêt à agir du bénéficiaire de la transmission pourrait poser plus de difficultés (1). Outre ces deux conditions classiques, les parties à la convention de transmission devront veiller à certaines caractéristiques procédurales de l'action en justice transmise que le transmettant devra avoir pris soin de ne pas négliger. Il s'agit en premier lieu, lorsque le transmettant transfère sa position de défendeur, des fins de non-recevoir et des exceptions de procédure (2). En second lieu, ils devront s'assurer que l'action n'est pas affectée par une prescription extinctive (3). La poursuite de l'instance en cours par le bénéficiaire de la transmission est également soumise à des

considérations processuelles (4).

1. Les deux conditions classiques de recevabilité de l'action en justice

a. L'intérêt à agir

« Pas d'intérêt, pas d'action »²⁵³.

Le plaideur doit justifier qu'il a un avantage, une utilité ou encore un profit à retirer de l'action qu'il exerce. Il a un intérêt à agir lorsque la mesure qu'il sollicite du juge est de nature à remédier à une situation qui lui cause un trouble. M. Jeuland définit l'intérêt à agir comme étant « à la fois le but – tirer un avantage d'une action – et l'origine – le fait qui conduit à agir en justice »²⁵⁴. L'intérêt à agir correspond à « l'importance qui, s'attachant pour le demandeur à ce qu'il demande, le rend recevable à le demander en justice (si cette importance est assez personnelle, directe et légitime) et à défaut de laquelle le demandeur est sans droit pour agir »²⁵⁵. Cet intérêt doit réunir certains critères : il doit être personnel, né et actuel. L'article 31 du Code de procédure civile exige en outre qu'il soit légitime.

Le caractère personnel de l'intérêt renvoie à l'exigence d'une atteinte personnelle aux droits ou intérêts propres au plaideur et d'un profit résultant de l'exercice de l'action. La loi pose une exception à cette condition lorsqu'elle « attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé »²⁵⁶. L'article 2 du Code de procédure pénale dispose que l'action « appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». La partie civile doit avoir subi personnellement l'infraction que ce soit dans ses biens, son corps ou moralement. En matière de

²⁵³ Henri Roland et Roland Boyer, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, Paris, 1999, n° 319.

²⁵⁴ Emmanuel Jeuland, *Droit processuel général*, 4^e éd., LGDJ Lextenso éditions (collection Précis Domat droit privé), Issy-les-Moulineaux, 2018, n° 308, p. 427.

²⁵⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF (collection Dictionnaires Quadrige), 14^e éd., 2022.

²⁵⁶ Article 31 du Code de procédure civile.

contentieux objectif, la question se pose différemment. Le requérant d'un recours pour excès de pouvoir invoque la violation d'un droit objectif. Donc si l'acte administratif ou communautaire attaqué par le recours pour excès de pouvoir ne vise pas le requérant nommément, il faut au moins que sa situation juridique soit particulièrement affectée par cet acte.

De cette condition, découle la règle « nul ne plaide par procureur ». Comme l'ont expliqué MM. Glasson et Tissier²⁵⁷, cette règle signifie simplement que le nom du mandataire ne peut pas figurer seul au procès, que les actes du procès doivent révéler les véritables parties. Elle ne signifie pas l'interdiction du mandat *ad litem*. Même si cette règle a subi plusieurs atténuations majeures, la jurisprudence ne va pas jusqu'à permettre à un mandataire de présenter sous son propre nom une demande en justice pour le compte du mandant. Chaque partie doit être éclairée sur son adversaire réel²⁵⁸. Il est à noter, à l'instar de M. Vizioz²⁵⁹, que cette règle ne s'applique pas au « prête-nom ».

La jurisprudence n'admet donc pas qu'une personne puisse exercer en son nom propre une action en justice pour le compte d'autrui. En revanche cette règle n'est pas d'ordre public et les parties peuvent y déroger par des conventions particulières. La jurisprudence avait considéré qu'en acceptant de traiter avec un prête-nom, la société avait renoncé par avance à se prévaloir, pour les procès à naître, de l'obligation contractée par elle, de la règle et du moyen qu'elle ouvre²⁶⁰. Dans la même lignée, elle avait admis l'exercice des actions par le prête-nom sous réserve que l'interposition des personnes ne soit pas frauduleuse et qu'il n'en résulte pas de préjudice pour les tiers²⁶¹. Au final la convention de prête-nom ne porte pas de véritable atteinte à la règle « nul ne plaide par procureur », qui ne s'applique pas au plaideur agissant pour son propre compte, quoiqu'au bénéfice d'autrui. L'inobservation des règles relatives à la représentation en justice

²⁵⁷ E.-D. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., 1925, t. 1, Sirey, Paris, n^{os} 218 et s. ; v. également en ce sens : René Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932, n^o 328.

²⁵⁸ Cass. civ., 10 juillet 1939, *Gaz. Pal.* 1940-1-26.

²⁵⁹ H. Vizioz, *op. cit.*, p. 466, n^o 259 et s.

²⁶⁰ Cass. civ., 10 juillet 1939 ; en ce sens : E.-D. Glasson et A. Tissier, *op. cit.*, n^o 220 ; R. Morel, *op. cit.*, n^o 320.

²⁶¹ E.-D. Glasson et A. Tissier, *op. cit.*, n^o 220 ; R. Morel, *op. cit.*, n^o 320.

n'affecte pas le droit d'action mais la validité de l'instance. L'instance pourra être poursuivie après régularisation, voire reprise, sans que la partie qui aurait fait déclarer la demande irrecevable pour ce motif, soit en droit d'invoquer la chose jugée.

La règle « nul ne plaide par procureur » ne concerne que la procédure. Sa violation constitue un simple vice de forme régi par les articles 112 et suivants du Code de procédure civile. Il doit donc être soulevé *in limine litis* avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir par la partie qui l'invoque, en même temps que les autres exceptions de nullité éventuellement soulevées²⁶². Le juge ne peut pas relever d'office cette exception²⁶³. La charge de la preuve de cette violation incombe à celui qui l'invoque²⁶⁴. La nullité ne pourra être obtenue que si cette violation cause un grief à l'adversaire, c'est-à-dire si l'absence de connaissance de l'identité exacte de l'adversaire entrave les droits de la défense et le principe du contradictoire. Ainsi en pratique, la simple mention du nom des personnes représentées lors de l'introduction de l'instance suffit. Les actes qui en découlent qui ne contiendraient pas cette mention seront irréguliers mais pas nuls, sauf à ce que l'identité des mandataires ait changé.

Outre un intérêt personnel, le demandeur doit justifier d'un intérêt né et actuel. Si l'intérêt n'est qu'éventuel, le plaideur ne pourra pas agir en justice, sauf exceptions. Le but est évidemment d'éviter d'encombrer les juridictions avec des actions dont l'enjeu n'est pas concret. Si la procédure pénale exige que le préjudice soit déjà réalisé, en procédure civile et en procédure administrative, l'intérêt peut être considéré comme né et actuel alors même que le préjudice ne s'est pas encore réalisé. Par exemple en procédure civile, le plaideur peut solliciter auprès du juge des référés des mesures conservatoires afin qu'il prévienne un dommage imminent. Il s'agit des actions conservatoires lorsque le trouble est imminent, immédiatement perceptibles, ou encore préparatoires qui visent à se ménager une preuve avant tout procès pour éviter son dépérissement en vue de prévenir ou préparer un procès ultérieur, ou encore déclaratoires car le plaideur peut avoir un intérêt à lever tout doute pesant sur la régularité d'une

²⁶² Articles 112 et 113 du code de procédure civile.

²⁶³ Cass. Com., 10 mai 1982, pourvoi n° 80-16.125, *Bull. civ. n° 169* ; Cass. Civ. 2^e, 1^{er} décembre 1982 ; *Gaz. Pal.* 1983. 1. Pan. 137, obs. S. Guinchard.

²⁶⁴ Article 114 du Code de procédure civile.

situation juridique.

La dernière condition de la légitimité de l'intérêt est plus discutée²⁶⁵. Cette condition traditionnelle permet en réalité au juge de porter un jugement de valeur sur les prétentions qui lui sont soumises, de rejeter la demande du plaideur au nom des considérations morales contemporaines. L'exemple le plus classique était la situation de la concubine, les tribunaux considérant alors que la relation de concubinage n'était pas légitime. Cette condition visait alors à filtrer les affaires contraires à la morale ou inopportunes. Selon certains auteurs²⁶⁶, cette condition reprise par l'article 31 du Code de procédure civile procède d'une confusion entre le droit subjectif substantiel et le droit d'agir en justice. L'examen de la légitimité de l'intérêt à agir conduit le juge à examiner le bien-fondé de la prétention, donc à transposer le débat sur le terrain du fondement de la prétention ; ce qui va plus loin que l'examen de la simple recevabilité de la demande. Ainsi l'action est recevable si son titulaire a le droit d'agir et s'il est également titulaire du droit subjectif dont il sollicite la reconnaissance en justice.

Au regard de ce qui a été précédemment exposé sur l'intérêt à agir, l'intérêt à agir du bénéficiaire de la transmission d'une action en justice transférée à titre principal, peut être difficile à caractériser. On pourrait être tenté de penser qu'en transmettant son action en justice, le transmettant transfère nécessairement ses qualité et intérêt à agir à son cocontractant. Si le plaideur n'a pas d'intérêt, il n'a pas d'action. Pourtant si on confronte l'intérêt à agir du bénéficiaire de la transmission aux conditions que cet intérêt doit remplir pour rendre l'action recevable, cela est moins évident au regard de la condition discutée de la légitimité de l'intérêt. Cette condition réserve la recevabilité de l'action en justice à ce que le titulaire ait le droit d'agir et le droit subjectif dont il sollicite la reconnaissance en justice. Or l'intérêt d'une transmission d'une action en justice à titre principal réside justement dans la dissociation de l'action en justice du droit subjectif substantiel. Est-ce à dire que toute transmission d'action en justice à titre principal serait

²⁶⁵ G. Wiederkehr, « La légitimité de l'intérêt pour agir », dans *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, Paris, 2010, p. 877 à 883 ; Loïs Raschel, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, thèse droit privé, Paris I, IRJS, 2010, préface de Loïc Cadiet, n^{os} 75 à 91.

²⁶⁶ S. Guinchard et alii, *Procédure civile, Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 35^e éd., Paris, Dalloz (collection Précis), 2020, n^o 191, p. 165.

impossible pour défaut d'intérêt à agir ? Une réponse négative s'impose, au regard de l'admission d'une transmission à titre principal, en droit positif, en matière de crédit-bail et de polices d'assurance. Ainsi est admis le recours du locataire à l'encontre du fournisseur du bien loué affecté d'un vice caché. Ce recours est recevable au regard de la condition de l'intérêt à agir dans la mesure où le locataire est celui qui use du bien défectueux que lui loue le crédit bailleur. De son côté, l'assureur présente également un intérêt à prendre la direction du procès en ce qu'il a vocation à indemniser la victime, en vertu de la police d'assurance.

Outre un intérêt personnel, né, actuel et légitime à agir, le plaideur doit également avoir qualité à agir.

b. La qualité à agir

La qualité à agir consiste en une « habilitation légale », en un « titre juridique conférant spécialement à une personne déterminée ou à une catégorie précise de personnes, le droit d'agir en justice, de saisir le juge d'un certain type de prétentions ou d'être entendu de lui dans la défense à un type de prétention déterminé »²⁶⁷. Une partie de la doctrine²⁶⁸ présente la qualité à agir comme une restriction lorsqu'elle s'applique aux actions exercées dans l'intérêt personnel de leur auteur, alors que son attribution est plutôt extensive lorsqu'elle s'applique par exemple à des actions conférées à des fins autres que personnelles. Il s'agit ici des cas des actions exercées dans l'intérêt général, dans l'intérêt collectif ou encore pour l'intérêt d'autrui.

Les actions exercées dans l'intérêt général sont principalement engagées par le Ministère public, en contentieux civil et répressif. L'article 1^{er} du Code de procédure pénale confère au Ministère public le pouvoir de saisir le juge répressif et de poursuivre

²⁶⁷ Loïc Cadiet, Jacques Normand et Soraya Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 3^e éd. mise à jour, PUF (collection Thémis droit), Paris, 2020, n° 162, p. 329 ; G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, n° 77, p. 336 ; S. Guinchard et *alii.*, *op. cit.*, n° 193, p. 167 ; E. Jeuland, *op. cit.*, n° 316, p. 435 ; S. Amrani-Mekki et Yves Strickler, *Procédure civile*, 1^{re} éd., PUF (collection Thémis droit sous la direction de C. Labrusse-Riou et D. Truchet), Paris, 2014, n° 70, p. 140-141.

²⁶⁸ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *op. cit.*

devant lui la sanction des infractions dont il le saisit. La victime dispose aussi de la faculté de mettre en mouvement l'action publique en se constituant partie civile, se substituant alors au Ministère public défaillant. En contentieux civil, le Ministère public n'est pas aussi omniprésent comme il peut l'être en contentieux répressif, ce qui se comprend au regard des intérêts privés en cause. Toutefois il arrive que l'intérêt général ait un rapport suffisant avec la situation litigieuse pour que le Ministère public ait qualité pour agir. Un autre exemple existe en matière de pratiques anticoncurrentielles : les personnes, autorités ou organismes désignées par l'article L. 462-5 du Code de la consommation ont le pouvoir de déclencher devant l'Autorité de la concurrence, la procédure d'injonction ou de sanction, et ce, dans un intérêt général particulier : l'ordre public économique.

La protection de l'intérêt collectif relève pour l'essentiel de groupements tels que les associations, les syndicats, les comités d'entreprise, ou encore les ordres professionnels. Encore faut-il, du moins en contentieux civil et répressif, que ces derniers bénéficient d'une habilitation légale à agir, sous la réserve des articles 2-1 à 2-21 du Code de procédure pénale²⁶⁹. Force est de constater que la tendance, dans le contentieux répressif, est à l'ouverture de l'action civile aux associations ordinaires, ne bénéficiant pas d'une habilitation légale. Par exemple, en matière de concurrence, les organisations professionnelles peuvent agir en justice pour des faits portant une atteinte directe ou indirecte à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, ou à la loyauté de la concurrence²⁷⁰. En contentieux administratif, tout groupement sans distinction est recevable à agir sous réserve que la mesure qu'il conteste porte atteinte à l'intérêt collectif qu'il s'est donné pour objectif de défendre²⁷¹.

Enfin, les actions exercées pour l'intérêt d'autrui sont les plus difficiles à appréhender, au regard de la qualité à agir, dans la mesure où il est de principe qu'il appartient à la partie d'un rapport litigieux d'agir. Pourtant il est des situations dans lesquelles cette partie est empêchée d'agir. Dans certaines de ces situations, la loi confère

²⁶⁹ Les articles 2-1 à 2-21 du Code de procédure pénale listent les intérêts collectifs pour lesquels les associations « déclarées depuis au moins cinq ans à compter de la date des faits » peuvent exercer les droits de la partie civile, pourvu que la défense de ces intérêts soient prévus dans leurs statuts.

²⁷⁰ Article L. 470-7 du Code de commerce.

²⁷¹ CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges, Rec.*, p. 977, concl. Romieu.

qualité à un tiers pour agir dans l'intérêt de cette partie empêchée d'agir. Ces situations posaient la question du respect du droit d'accès à un tribunal lorsqu'une personne agit en lieu et place d'une autre sans son accord. Certains auteurs²⁷² y voient l'application de la substitution, d'autres y voient une représentation²⁷³. Outre la situation particulière dans laquelle la loi habilite une personne physique à défendre l'intérêt d'autrui²⁷⁴, ces actions exercées dans l'intérêt d'autrui concernent notamment l'action syndicale de substitution, l'action en représentation conjointe, ou encore l'action de groupe²⁷⁵. Afin de protéger les salariés qui sont en infériorité ou dans une situation de précarité caractérisée, le législateur a offert au syndicat, une action syndicale de substitution. Son intitulé trompeur laisse penser que le syndicat ne possède pas d'action propre et qu'il exerce à la place du salarié son action²⁷⁶. Il n'en est rien. Cette action lui permet d'exercer une action qui lui est propre pour défendre individuellement un ou plusieurs salariés. Qualifiée d'action de substitution par la Cour de cassation²⁷⁷, elle fonde le syndicat à exercer lui-même l'action du salarié, sans avoir à justifier de mandat ou à indiquer les salariés en faveur desquels il agit. Cette action offerte au syndicat n'est donc pas une action en représentation. Il suffit que ces salariés soient identifiables. Comme l'expliquait M. Jeuland, puisqu'il ne s'agit pas d'une action en représentation, le syndicat substitut dispose bien d'une action autonome qui lui permet d'exercer l'action du substitué. Il existe donc deux actions : l'action autonome du syndicat substitut et l'action du substitué qui est exercée par le substitut sans son accord²⁷⁸. En revanche, ainsi que le signalent certains auteurs²⁷⁹, cette action exercée par le syndicat porte atteinte à la liberté du salarié d'agir ou non en

²⁷² E. Jeuland, *op. cit.*, n° 308, p. 362.

²⁷³ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 175, p. 345.

²⁷⁴ Il s'agit de l'action sociale *ut singuli* ou *ut plures* prévue à l'article 1843-6 du Code civil et aux articles L. 229-22 et L. 225-252 du Code de commerce, de l'action du contribuable à la place d'une collectivité publique prévue aux articles L. 2132-5, L. 3133-1 et L. 4143 du Code des collectivités territoriales. L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki proposent également d'y inclure l'action oblique du nouvel article 1341-1 du Code civil (L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 175, p. 346, renvoyant sur la question à L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 10^e éd., LexisNexis (collection Manuel), Paris, 2020, n° 388).

²⁷⁵ Cette action particulière insérée dans notre droit par une loi du 17 mars 2014 fera l'objet de développements particuliers ultérieurs (cf. *supra*, p. 230).

²⁷⁶ E. Jeuland, « Quelques questions sur l'action de substitution "à la française" », dans *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 750.

²⁷⁷ Cass. Soc., 1^{er} février 2000, pourvoi n° 98-41.624, *Bull. civ. n° 52* ; Cass. Soc., 1^{er} février 2000, pourvoi n° 98-46.201, *Bull. civ. n° 53* ; pour une application récente : Cass. Soc., 8 octobre 2014, *inédit*, pourvoi n° 13-16.545.

²⁷⁸ E. Jeuland, *op. cit.*, p. 752.

²⁷⁹ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 176, p. 347.

justice. Le salarié devra donc être averti de la demande, de la portée de son acceptation ou de son absence d'opposition et de sa faculté de poursuivre personnellement l'action et de mettre un terme à l'action du syndicat. L'action en représentation conjointe, fondée sur les articles L. 422-1 et suivants du Code de la consommation, permet aux associations de consommateurs agréées reconnues comme étant représentatives au plan national, d'agir en réparation du préjudice subi individuellement par un nombre de consommateurs identifiés. Le préjudice doit être le fait d'un même professionnel et son origine, commune. Il suffit que deux consommateurs au moins aient donné leur accord à l'association de consommateurs.

On comprend de suite à la lecture de ces conditions de recevabilité, que la transmission autonome d'une action en justice, à supposer qu'elle puisse s'effectuer, soulève des difficultés. Plus particulièrement, ces conditions de recevabilité – et surtout la condition de la qualité à agir – remplissent leur rôle de filtre, en restreignant l'étendue des actions qui pourront être transmises. Il est difficile de concevoir qu'un groupement bénéficiant d'une habilitation spéciale accordée par la loi puisse transmettre l'action qu'elle exerce dans l'intérêt général. Cela impliquerait que ce groupement transfère, avec l'action transmise, l'habilitation légale dont il bénéficie pour agir en justice dans l'intérêt qu'il défend ; ce qui n'est pas concevable. Une habilitation à agir en justice accordée spécialement par le législateur au groupement ne peut constituer un bien pouvant faire l'objet d'une transmission.

Au regard des conditions de recevabilité des prétentions soumises au juge, il est aisé de se rendre compte qu'à supposer, possible, une transmission de l'action en justice à titre principal, en dehors des deux hypothèses reconnues par le droit positif, son étendue sera nécessairement limitée. Certaines actions en seront nécessairement exclues à ce titre.

2. Le risque de négligence du transmettant dans l'exercice des fins de non-recevoir et des exceptions de procédure

Le risque de la négligence du transmettant à l'égard de son action en justice soulève deux problématiques. La première se rencontre dans l'hypothèse d'une transmission de l'action au cours de l'instance (a). La seconde renvoie à l'hypothèse d'une transmission de l'action après qu'une décision ait été rendue (b).

a. La transmission par une partie de sa position dans le procès

Le transmettant aura omis de soulever certaines exceptions de procédure qui ne peuvent être soulevés qu'*in limine litis*, c'est-à-dire avant toute défense au fond et toute fin de non-recevoir. Il convient ici de différencier les fins de non-recevoir, des exceptions de procédure.

Les fins de non-recevoir ont pour but de filtrer les actes de procédure. Elles empêchent toute discussion au fond et renvoient à l'existence ou à l'absence de l'action. Inspiré de la conception d'Henri Motulsky²⁸⁰, l'article 122 du Code de procédure civile définit la fin de non-recevoir comme « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande ». La fin de non-recevoir renvoie donc à « tout ce qui est susceptible d'empêcher l'ouverture d'une action »²⁸¹. Elle vient sanctionner le défaut du droit d'agir. Parmi les fins de non-recevoir, on distingue les fins de non-recevoir par nature, les fins de non-recevoir par détermination de la loi et les fins de non-recevoir par assimilation jurisprudentielle²⁸². Une fin de non-recevoir par nature est soulevée lorsque l'allégation met en cause l'action de l'adversaire qui n'existerait pas ou plus ou pas encore. Il faut se garder d'en déduire hâtivement que la fin de non-recevoir est limitée à l'absence de tout droit d'agir. Plus largement, pour que soit caractérisée la fin de non-recevoir dans cette hypothèse, il suffit que le demandeur ne puisse plus poursuivre

²⁸⁰ H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », dans *Ecrits et notes de procédure civile*, Paris, 1973, p. 85 et s.

²⁸¹ E. Jeuland, *op. cit.*, n° 435, p. 558.

²⁸² Isabelle Pétel-Teyssié, « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, juillet 2018, dernière actualisation : juin 2021.

son ou ses objectif(s) devant le juge français. Par exemple, l'absence d'urgence et/ou de contestation sérieuse au fond empêchera le demandeur en référé d'obtenir les mesures provisoires souhaitées²⁸³. Une fin de non-recevoir se retrouve également dans l'immunité de juridiction²⁸⁴. Les situations dans lesquelles l'action n'existe plus et donnant donc lieu à une fin de non-recevoir, renvoient aux hypothèses de prescription, de forclusion, d'autorité de chose jugée ou encore de renonciation à une action ou à un moyen. Par exemple l'arrêt des poursuites individuelles provoqué par l'ouverture d'une procédure collective est de nature à fonder une fin de non-recevoir²⁸⁵, dans la mesure où le plaideur ne pourra pas poursuivre son but devant le juge. Dans la même lignée, les demandes prématurées, en ce que le droit d'agir n'existe pas encore (par exemple, en raison de l'exigence de la réalisation d'une diligence préalable), se heurtent également à une fin de non-recevoir²⁸⁶. Une telle situation est toutefois provisoire : le droit d'agir viendra à existence et le demandeur pourra poursuivre à nouveau son but devant le juge. Ainsi tant que ce droit ne vient pas à existence, la situation du demandeur est la même que si son droit d'agir n'existait pas. Les fins de non-recevoir par détermination de la loi (ou parfois qualifiées de « fausses fins de non-recevoir »²⁸⁷) correspondent non seulement à celles visées par la loi (article 122 du Code de procédure civile), mais également aux fins de non-recevoir visées par les textes qui se bornent à sanctionner le non-respect d'une exigence légale par l'irrecevabilité. Les premières ont été évoquées plus haut. Il convient d'y ajouter l'absence d'ouverture de voies de recours sanctionnée par l'article 125 du Code de procédure civile. Certaines dispositions sanctionnent la violation de certaines exigences par l'irrecevabilité de la demande. Bien que discutée, cette irrecevabilité est assimilée est à la fin de non-recevoir²⁸⁸. Enfin les fins de non-recevoir par assimilation jurisprudentielle regroupent les fins de non-recevoir liées à une irrégularité grave relative à la saisine du juge au sens large. Par exemple l'omission d'un acte dont dépend la saisine

²⁸³ Cass. Civ. 3^e, 19 mars 1986, pourvoi n° 84-17.524, *Bull. civ.* n° 24.

²⁸⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 15 avril 1986, pourvoi n° 84-13.422, *Bull. civ.* n° 87 ; Cass. Civ. 1^{re}, 9 mars 2011, pourvoi n° 10-10.044, *Bull. civ.* n° 54.

²⁸⁵ Cass. Mixte, 10 juillet 1981, pourvois n° 77-10.745 et n° 78-10.425, *Bull. civ.* n° 6 (2 arrêts) ; Cass. Com., 30 mai 1989, pourvoi n° 87-14.115, *Bull. civ.* n° 170.

²⁸⁶ Cass. Civ. 3^e, 13 décembre 2006, pourvoi n° 05-20.761, *Bull. civ.* n° 249.

²⁸⁷ Jacques Héron, Thierry Le Bars et Kamel Salhi ont proposé cette qualification en ce que, expliquent-ils, elles ne donnent pas lieu devant le juge à un débat nouveau, logiquement préalable, portant sur l'application de règles procédurales (J. Héron, Th. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LGDJ, Lextenso, collection Précis Domat droit privé, Paris La Défense, 2019, n° 150, p. 131). Cette expression est également utilisée par Mme Amrani-Mekki et M. Strickler (S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *op. cit.*, n° 89, p. 169).

²⁸⁸ Sur la notion d'irrecevabilité, v. Jean Viatte, « La notion d'irrecevabilité », *Gaz. Pal.* 1980. 2. Doct. 470 ; S. Guinchard et Moussa, obs. sous Cass. Civ. 3^e, 12 février 1985, *Gaz. Pal.* 1985. 2. Pan. 171.

régulière de la juridiction, équivalent alors à une absence de saisine, était sanctionnée par une fin de non-recevoir, la saisine étant alors considérée comme affectée d'un vice de fond²⁸⁹. Bien que la Cour de cassation ait pu considérer qu'un certain nombre de ces omissions constituaient des vices de forme²⁹⁰, elle a fini par conserver la qualification de fin de non-recevoir lorsque la juridiction ne pouvait pas être considérée comme valablement saisie²⁹¹. Tel est le cas d'une déclaration au greffe de l'ancien tribunal d'instance alors que la demande excédait le plafond fixé pour cet acte introductif d'instance²⁹², ou encore lorsque l'appel a été interjeté sous une autre forme que celle prévue par la loi²⁹³. Toutefois si l'irrégularité ne concerne pas un élément essentiel de l'acte, de sorte qu'un grief d'omission ne serait pas fondé, la fin de non-recevoir est alors écartée au profit de l'exception pour vice de forme²⁹⁴.

Les exceptions de procédure sont des moyens de défense visant l'annulation ou la suspension d'un ou plusieurs actes de procédure et de l'instance. Elles font temporairement obstacle à la poursuite de l'instance. Le Code de procédure civile leur consacre quatre sections (les exceptions d'incompétence, les exceptions de litispendance et de connexité, les exceptions dilatoires et les exceptions de nullité). Toutefois cette liste n'est nullement exhaustive : l'article 73 du Code de procédure civile englobe sous la qualification d'exception de procédure, « tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours ». Par exemple, répond à cette qualification, la caducité de l'assignation. Visée par l'article 75 du Code de procédure civile, l'exception d'incompétence consiste à alléguer que c'est une autre juridiction qui aurait dû connaître de la demande. Les exceptions de litispendance et de connexité tendent au dessaisissement de la juridiction au motif que le même litige (litispendance) ou alors un litige qui lui est étroitement lié (connexité) est déjà pendant

²⁸⁹ Cass. Civ. 2^e, 15 février 1995, pourvoi n° 93-15.459, *Bull. civ. n° 52* ; Ass. Plén., 23 février 2001, pourvoi n° 99-15.541, *Bull. civ. n° 4*.

²⁹⁰ Ainsi la Cour de cassation, réunie en Chambre mixte, a jugé que « quelle que soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure soit les vices de forme faisant grief, soit les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 du nouveau Code de procédure civile » (Mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 03-20.026, *Bull. civ. n° 6*).

²⁹¹ Cass. Civ. 2^e, 6 janvier 2011, pourvoi n° 09-72.506, *Bull. civ. n° 5*.

²⁹² Cass. Civ. 2^e, 6 mai 2010, pourvoi n° 09-10.974, *Bull. civ. n° 93*.

²⁹³ Par exemple, sous la forme d'une assignation au lieu d'une déclaration au greffe : Cass. Civ. 2^e, 15 octobre 1980, pourvoi n° 78-13.288, *Bull. civ. n° 206* ; *Gaz. Pal.* 1981. 1. 29, note J. Viatte.

²⁹⁴ Par exemple, Cass. Civ. 2^e, 15 mars 1989, pourvoi n° 87-19.599, *Bull. civ. n° 72*.

devant une autre juridiction de même degré également compétente (article 100 du Code de procédure civile). L'exception dilatoire de l'article 108 du Code de procédure civile a pour but d'arrêter provisoirement la procédure. Enfin la section IV, du chapitre II, du titre V du Livre I^{er} du Code de procédure civile est consacrée aux exceptions de nullité, tant pour vices de forme que pour vices de fond. Les exceptions de nullité pour vices de fond sont limitativement énumérées par l'article 117 du Code de procédure civile : « le défaut de capacité d'ester en justice, le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice, le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice ». Les vices de forme visent, quant à elles, les irrégularités affectant les actes de procédure²⁹⁵.

Les fins de non-recevoir, comme les défenses au fond, « peuvent être soulevées en tout état de cause, sauf possibilité pour le juge de condamner à des dommages et intérêts, ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt » (article 123 du Code de procédure civile). Le défendeur qui invoque une fin de non-recevoir n'a pas à justifier d'un grief (article 124 du Code de procédure civile). En revanche, l'irrecevabilité sanctionnant la fin de non-recevoir est écartée si sa cause a disparu au jour où le juge statue (donc si la cause de l'irrecevabilité peut être régularisée), ou si la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance avant toute forclusion (article 126 du Code de procédure civile). En revanche, concernant cette dernière exception, il convient de souligner qu'un justiciable dépourvu de qualité pour agir ne pourra pas recourir à l'intervention volontaire pour régulariser une instance engagée par une partie dépourvue de personnalité juridique²⁹⁶.

Le bénéficiaire d'une transmission d'action en justice devra donc prendre garde à la position du transmettant dans l'instance en cours lorsqu'il prendra place « dans

²⁹⁵ Pour un exemple d'application : Cass. Mixte, 22 février 2002, pourvoi n° 00-19.639, *Bull. civ. n° 1*.

²⁹⁶ A propos d'une société radiée : Cass. Soc., 23 juin 2010, pourvoi n° 09-60.341, *Bull. civ. n° 96* ; à propos d'une société absorbée : Cass. Com., 7 décembre 1993, pourvoi n° 91-19.339, *Bull. civ. n° 462* ; *JCP* 1994. II. 22285, note E. Putman ; Cass. Com., 6 mai 2003, *inédit*, pourvoi n° 00-17.344 ; Cass. Civ. 2^e, 12 février 2004, pourvoi n° 02-13.672, *Bull. civ. n° 52* ; *RTD civ.* 2004. 766, obs. Ph. Théry ; Cass. Civ. 2^e, 27 septembre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-22.278 ; à propos d'une société en participation : Cass. Civ. 2^e, 26 mars 1997, pourvoi n° 94-15.528, *Bull. civ. n° 96*.

ses bottes ». Par exemple, si le transmettant relève appel d'une décision après avoir transmis son action au bénéficiaire, il nous apparaît plus que probable que le bénéficiaire, même en intervenant volontairement à l'instance, ne pourra pas régulariser la fin de non-recevoir tirée de l'absence d'intérêt et de qualité à agir. Venant aux droits du transmettant, il devra relever appel de cette décision, sous réserve que le délai d'appel ne soit pas expiré.

Les exceptions de procédure doivent être soulevées, on le répète, *in limine litis*, avant toute défense au fond ou toute fin de non-recevoir, et simultanément en vertu de l'article 74 du Code de procédure civile. Il en va de même des règles invoquées au soutien de l'exception et qui seraient d'ordre public. A défaut, les exceptions de procédure seront déclarées irrecevables. Lorsqu'une exception de procédure est opposée à un acte postérieur à l'acte introductif d'instance, l'article 112 du Code de procédure civile a assoupli la règle précitée et prévoit que les exceptions de nullité peuvent être invoquées au fur et à mesure de l'accomplissement des actes de procédure. Cette dérogation n'est donc applicable qu'aux exceptions de nullité. D'autres dérogations à cette règle existent : tout d'abord l'exception dilatoire permet au bénéficiaire du délai de ne présenter ses autres exceptions qu'après l'expiration de ce délai (article 111 du Code de procédure civile). En revanche si le bénéficiaire soulève une défense au fond ou une fin de non-recevoir avant l'expiration de ce délai, il ne sera plus recevable à soulever une autre exception de procédure ultérieurement. Ensuite, l'exception de connexité peut être soulevée en tout état de cause (article 103 du Code de procédure civile). Enfin, en vertu de l'article 118 du Code de procédure civile, le régime des exceptions de nullité pour vices de fond suit celui des fins de non-recevoir : elles peuvent être soulevées en tout état de cause.

Dans la situation qui nous intéresse, celle de la transmission de l'action en cours d'instance, et donc de l'intervention du bénéficiaire de la transmission de l'action, se pose la question de la recevabilité des exceptions de procédure (devant être soulevées *in limine litis*) soulevées par le bénéficiaire de la transmission dès ses premières conclusions. Il pourrait être considéré que dans la mesure où le transmettant transfère sa propre action en justice au bénéficiaire, il lui transfère donc sa position dans le procès,

avec ses avantages et ses inconvénients. Le bénéficiaire subirait donc la négligence du transmettant dans sa faculté de soulever *in limine litis* les éventuelles exceptions de procédure dont il aurait pu bénéficier (en résumé, les exceptions d'incompétence, de litispendance et de nullité pour vices de forme). Il pourrait être envisagé au contraire que le bénéficiaire à la transmission est un tiers à l'instance, qui devient une nouvelle partie au procès, par le biais d'une intervention volontaire ; une nouvelle partie donc qui soulèvera des exceptions de procédure, présentera sa défense au fond et ses demandes, allèguera d'une fin de non-recevoir dans ses premières conclusions. A suivre cette ligne de pensée, il serait donc recevable à soulever dans ses conclusions d'intervention volontaire, des exceptions de procédure que l'article 74 du Code de procédure civile commande qu'elles soient soulevées *in limine litis* et simultanément, sous réserve du respect du principe d'interdiction des prétentions nouvelles en appel.

Ceci exposé, on saisit mieux les difficultés que peut entraîner une transmission d'action en cours d'instance. A supposer que le transmettant ait négligé de soulever une exception de procédure, le bénéficiaire pourrait-il reprocher au transmettant sa négligence à l'image de la caution qui peut reprocher au créancier négligent la perte d'un droit ou avantage préférentiel ? Pourra-t-il rechercher la réparation de l'éventuel préjudice qu'il aurait subi du fait de la négligence du transmettant à soulever en temps utile une exception de litispendance ou d'incompétence par exemple, et tiré d'une perte de chance de voir une autre juridiction que celle saisie statuer sur le litige ? L'issue d'une telle action en réparation nous paraît bien hasardeuse tant l'évaluation de la réparation des dommages subis du fait d'une telle perte de chance nous paraît aléatoire. Le bénéficiaire de la transmission de l'action pourra toujours tenter de rechercher la nullité de la convention de transmission de l'action pour erreur sur les qualités substantielles de l'action – à supposer que la faculté de soulever une exception de procédure fasse partie des qualités substantielles de l'action, ce qui est discutable – ou pour manquement à un quelconque devoir d'information.

b. La transmission de l'action après une décision sur le fond

Cette hypothèse renvoie à la transmission de l'action après qu'une première

décision sur le fond ait été rendue et avant qu'un appel soit interjeté à l'encontre de cette décision, ou après qu'une cour d'appel ait statué et avant qu'un pourvoi ne soit formé. Dans une telle situation, plusieurs choix se présentent au bénéficiaire de la transmission principale d'une action en justice.

En premier lieu il peut décider de ne pas user du droit d'agir qu'il vient de recevoir et donc de s'en tenir aux condamnations prononcées et aux sommes allouées par la première décision. L'intérêt de la transmission de l'action en justice en cette hypothèse n'est pas évident de prime abord. La convention de transmission de l'action en justice a pour but de permettre au bénéficiaire de présenter des prétentions au juge afin qu'il statue sur leur bien-fondé et/ou de transiger avec le tiers sujet de l'action. Dans le cas présent, le bénéficiaire de l'action a décidé de ne pas présenter de prétentions auprès du juge d'appel, de ne pas soumettre le litige à un nouveau juge. Toutefois il peut encore transiger avec le tiers quant à l'exécution des condamnations prononcées à l'encontre du transmettant et proposer en contrepartie la renonciation à former un recours à l'encontre de la première décision. Encore faut-il que la transmission de l'action en justice soit opposable au tiers. Une fois de plus, se pose la question de l'opposabilité de la transmission de l'action en justice aux tiers, et plus particulièrement à la partie adverse au procès. La réponse à cette question, on l'a vu, dépend de la formule retenue par les parties pour fonder leur transmission autonome, c'est-à-dire de la ou des technique(s) du régime des obligations et/ou issues du droit processuel.

Si les parties à la transmission ont convenu de fonder leur transmission sur une technique du régime des obligations procédant à un réel transfert de la « chose » sur laquelle porte cette transmission, telle qu'une cession par exemple, la transmission fondée sur la technique de la cession suivra donc son régime et devra donc répondre aux formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil pour être opposable à la partie adverse au litige. Afin d'échapper à l'exécution forcée des condamnations prononcées à son encontre, le transmettant aura donc intérêt à procéder au plus vite aux formalités de l'article 1690 du Code civil. Le bénéficiaire de la transmission aura intérêt à accomplir ces formalités pour pouvoir rendre la transmission opposable au tiers et ensuite transiger, s'il le souhaite, avec ce dernier sur l'exécution des causes de la décision des premiers

juges. Dans l'hypothèse où la transmission de l'action est plutôt fondée sur une technique du régime des obligations créant un nouveau lien juridique plutôt qu'un réel transfert, telle que la délégation ou la stipulation pour autrui par exemple, le consentement de la partie adverse au procès est nécessaire à la réalisation d'une telle opération. Elle lui sera donc *ipso facto* opposable.

La négligence du transmettant dans la conduite du procès en première instance cause inévitablement un préjudice au bénéficiaire de la transmission dans la mesure où un résultat, une décision, des condamnations différents auraient pu être obtenus s'il avait appuyé ses prétentions sur tel fondement ou soulevé tel moyen. Le bénéficiaire de la transmission aurait peut-être eu plus de matière, de levier pour transiger avec le tiers sujet de l'action.

En deuxième lieu, le bénéficiaire de la transmission de l'action, après qu'une première décision soit rendue mais avant qu'un appel soit interjeté, peut décider de relever appel de la première décision au lieu et place du transmettant, qui n'a plus qualité pour agir. En pareille hypothèse, le champ de ses prétentions seront encadrées par le principe d'interdiction de soulever des prétentions nouvelles en appel posé par l'article 564 du Code de procédure civile. Découlant de l'adage *tantum devolutum, quantum judicatum*, la règle d'interdiction des prétentions nouvelles est justifiée d'une part par le principe d'immutabilité du litige, imposant de transmettre à la cour d'appel le litige dans les conditions connues des premiers juges, et d'autre part, par le bénéfice du double degré de juridiction qui interdit qu'une demande ne soit pas soumise à un premier examen. Ainsi que le souligne la doctrine, l'appel a pour but de vérifier que les premiers juges ont bien accompli leur mission²⁹⁷. Aussi, les juges d'appel doivent être saisis du même litige dans les mêmes conditions qui ont été portées à la connaissance des premiers juges. Définie négativement par l'article 565 du Code de procédure civile, la prétention nouvelle est celle qui ne tend pas aux mêmes fins que celles soumises aux premiers juges du fond. L'article 565 précise que la prétention n'est pas nouvelle, même si son fondement juridique est différent, du moment qu'elle tend aux mêmes fins que celles qui avaient été

²⁹⁷ S. Guinchard et *alii*, *op. cit.*, n^{os} 1263, p. 993 ; S. Guinchard (sous la direction de), et *alii*, *Droit et pratique de la procédure civile, droit interne et européen*, 2021/2022, Dalloz (collection Dalloz Action), Paris, 2021, n^o 681.81 à n^o 681.84, p. 2066 et 2067.

soumises aux premiers juges. La nouveauté de la prétention s'apprécie donc au regard des prétentions soulevées en première instance et donc au regard des écritures soumises aux premiers juges²⁹⁸. Il suffit que la prétention ait existé, même si elle n'a pas été argumentée.

L'interdiction des prétentions nouvelles en appel constitue une fin de non-recevoir qui peut être soulevée en tout état de cause, sauf si elle est soulevée tardivement à des fins dilatoires, donnant lieu alors à des dommages et intérêts. L'article 564 du Code de procédure civile ne précisant pas si le juge doit relever d'office cette irrecevabilité, la Cour de cassation est venue indiquer qu'il ne s'agissait que d'une faculté et que cette fin de non-recevoir n'était pas d'ordre public²⁹⁹.

Les parties peuvent donc présenter en appel des moyens nouveaux sous réserve qu'ils tendent aux mêmes fins que les prétentions soulevées en première instance. Cette possibilité, initialement admise par la jurisprudence puis consacré par le législateur dans le décret du 28 août 1972, est prévue par l'article 563 du Code de procédure civile. Les parties pourront non seulement présenter en appel des moyens nouveaux mais également produire de nouvelles pièces³⁰⁰ ou soumettre de nouvelles preuves³⁰¹. Les parties pourront en outre présenter en appel les demandes qui sont l'accessoire, la conséquence ou encore le complément nécessaire des prétentions présentées en première instance (article 566 du Code de procédure civile)³⁰². Avant le décret n° 2017-891 du

²⁹⁸ Par exemple, n'est pas une prétention nouvelle et donc est recevable, la demande en réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil après une demande de remboursement d'indemnités versées aux victimes formées à titre subrogatoire par leur assureur contre l'auteur de l'accident (Civ. 2^e, 12 septembre 2013, pourvoi n° 12-24.409, *Bull. civ. n° 169* ; *Gaz. Pal.*, 10 décembre 2013, n° 344, note C. Bléry). Il en va de même de la demande de dommages-intérêts majorée en appel (Civ. 2^e, 4 mars 2004, pourvoi n° 00-17.613, *Bull. civ. n° 82*), ou encore de la demande d'indemnisation d'un préjudice personnel professionnel après une demande de réparation des préjudices matériel et moral (Civ. 3^e, 6 septembre 2018, pourvoi n° 17-21.329, *Bull. civ. n° 92* ; *D.* 2018. 2435, obs. A.-L. Collomp ; *RTD civ.* 2018. 906, obs. H. Barbier ; *RDI* 2018. 550, obs. B. Barbier).

²⁹⁹ Cass. Civ. 2^e, 10 janvier 2013, pourvoi n° 12-11.667, *Bull. civ. n° 1* ; *D.* 2013. 2058, note H. Adida-Canac ; *D.* 2014. 804, obs. N. Fricero ; *Procédures*, mars 2013, n° 3, comm. 62, obs. R. Perrot.

³⁰⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 20 mars 1973, pourvoi n° 71-12.540, *Bull. civ. n° 107* ; Cass. Civ. 1^{re}, 25 janvier 1978, pourvoi n° 76-12.275, *Bull. civ. n° 35*.

³⁰¹ Cass. Civ. 2^e, 6 octobre 1971, pourvoi n° 70-14.223, *Bull. civ. n° 265* ; Cass. Civ. 2^e, 9 février 1977, pourvoi n° 75-15.591, *Bull. civ. n° 29* ; Cass. Civ. 2^e, 15 mars 1979, pourvoi n° 78-11.198, *Bull. civ. n° 80* ; Cass. Civ. 3^e, 12 juillet 1988, pourvoi n° 86-15.456, *Bull. civ. n° 123*.

³⁰² Pour illustration, à propos d'une demande d'intérêts (Civ. 3^e, 25 juin 1974, pourvoi n° 73-11.640, *Bull. civ. n° 262*), ou à propos d'une demande de dommages-intérêts pour résistance abusive (Civ. 1^{re}, 12 février 1975, pourvoi n° 73-10.960, *Bull. civ. n° 64*).

6 mai 2017, il résultait de l'article 566 que les parties pouvaient présenter les demandes virtuellement comprises dans les demandes soumises aux premiers juges. Il s'agissait ici pour les parties d'explicitement une demande présentée en première instance³⁰³. Depuis le décret du 6 mai 2017, de telles demandes ne sont plus recevables. La Cour de cassation a récemment précisé que les juges d'appel ne doivent statuer que sur les moyens formulés expressément par les parties dans leurs conclusions ou sur les motifs du jugement déferé que l'intimé est réputé avoir adopté dans les conditions de l'article 954, dernier alinéa, du Code de procédure civile³⁰⁴. En revanche, une partie ne peut présenter de nouveau en appel une prétention à laquelle elle avait expressément renoncé en première instance³⁰⁵. Un caractère de nouveauté est cependant imputé aux prétentions formées en appel à l'égard de personnes qui n'étaient pas parties à la première instance³⁰⁶ ou de personnes qui étaient parties à l'instance mais en une autre qualité³⁰⁷.

Ce principe d'interdiction des prétentions nouvelles en appel souffre de quatre exceptions prévues par les articles 564 et 567 du Code de procédure civile : pour opposer une compensation, pour faire écarter la demande adverse, pour faire juger une question née de l'intervention d'un tiers, de la survenance ou de la révélation d'un fait, ou dans le cadre d'une demande reconventionnelle (à condition que cette demande se rattache à la demande originaire par un lien suffisant). Dans une espèce relative à une décision d'expulsion, la Cour de cassation a créé une nouvelle exception : le sursis à l'exécution des décisions d'expulsion et les demandes de délais y afférent peuvent être demandés en tout état de cause et ne sont pas soumis au principe d'interdiction des prétentions nouvelles³⁰⁸. Pour écarter une prétention au motif qu'elle serait nouvelle, le juge devra rechercher si la demande est nouvelle au regard de chacune de ces exceptions³⁰⁹.

³⁰³ Tel était le cas d'une demande d'augmentation du chiffre de la prétention présentée en première instance pour rectifier une erreur (Com., 4 juin 1973, pourvoi n° 72-10.860, *Bull. civ. n° 196*).

³⁰⁴ Cass. Civ. 2^e, 6 juin 2019, pourvoi n° 18-17.910, *publié au Bull. civ.*

³⁰⁵ Cass. Civ. 3^e, 8 juin 1979, pourvoi n° 78-11.905, *Bull. civ. n° 125*.

³⁰⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 10 avril 1964, *Bull. civ. n° 174* ; Cass. Civ. 2^e, 28 janvier 1966, *Bull. civ. n° 135* ; Cass. Civ. 2^e, 21 juillet 1969, *Bull. civ. n° 206*.

³⁰⁷ Cass. Civ. 2^e, 31 octobre 1958, *Bull. civ. n° 680*.

³⁰⁸ Cass. Civ. 2^e, 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-13.503, *Bull. civ. n° 182* ; *D.* 2008. 2373, obs. Jean-Michel Sommer et Claudette Nicoletis ; *D.* 2009. 1168, obs. Anne Leborgne ; *Procédures*, octobre 2008, n° 10, comm. 2666, note Roger Perrot.

³⁰⁹ Cass. Com., 26 octobre 2022, pourvoi n° 20-22.416, *publié au Bull.*

Le bénéficiaire d'une transmission d'action conclue après une première décision et avant qu'un appel soit relevé, qui entend relever appel de cette décision, sera donc « coincé » par les prétentions présentées en première instance par le transmettant et par ce principe d'interdiction des prétentions nouvelles en appel dans les modalités exposées ci-dessus. Il ne pourra pas soulever en appel des demandes qui ne tendent pas aux mêmes fins que celles présentées en première instance par le transmettant, sous réserve des exceptions précédemment présentées. S'il souhaite soumettre au juge de nouvelles prétentions qui seraient déclarées irrecevables si elles étaient présentées aux juges d'appel, il devra donc tenter de les présenter au cours d'un nouveau procès devant une juridiction de première instance, sous réserve de la prescription de l'action ; ce qui nous amène au dernier choix qui s'offre au bénéficiaire de la transmission d'action conclue après qu'une première décision soit rendue et avant qu'un appel soit interjeté à l'encontre de cette décision.

Le nouveau titulaire du droit d'agir en justice peut décider de ne pas interjeter appel de la première décision et de saisir les juges de première instance de nouvelles demandes dans le cadre du litige qui opposait le transmettant au tiers sujet de l'action. En pareil cas, il sera tenu par l'autorité de chose jugée attachée à la première décision et le principe de concentration des moyens. L'autorité de chose jugée est conditionnée par l'ancien article 1351, devenu 1355, du Code civil à la triple identité du litige : une identité de parties, une identité de chose demandée et une identité de cause. Elle interdit que soient de nouveau présentées à un juge du premier degré des demandes qui ont déjà été tranchées. Depuis la célèbre jurisprudence *Cesareo*³¹⁰, la Cour de cassation a adopté une conception large de la condition de l'identité de cause de l'autorité de chose jugée : « il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci ». La première chambre civile de la Cour de cassation, plus sévère, a poussé l'application de ce principe de concentration des moyens plus loin en exigeant une concentration non plus des moyens

³¹⁰ Ass. Plén., 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-10.672, *Bull. civ. n° 8, Cesareo* ; *D.* 2006. 2135, note Laura Weiller ; *JCP* 2006. I. 183, obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP* 2007. II. 10070, note G. Wiederkehr ; *Procédures*, octobre 2006, Repère 9, par Hervé Croze, n° 201 ; *ibid.*, n° 10, comm. 201, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2006. 825, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2007. 723, obs. Raymond Martin ; *Gaz. Pal.*, 2007. 398, note Marie-Odile Gain ; *Dr. et proc.*, 2006. 348, note N. Fricero ; *RDI* 2006. 500, obs. Ph. Malinvaud. Pour une application récente : Cass. Civ. 2°, 11 avril 2019, pourvoi n° 17-31.785, *publié au Bull. civ.* ; *D.* 2019. 1412, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro ; *JCP* 2019. 594, note Corinne Bléry.

mais des demandes, dans une espèce isolée relative à un arbitrage³¹¹. Elle avait ainsi imposé au demandeur « de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause » et avait refusé qu'il puisse « invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile ». Elle a fini par se rallier à la position des autres formations de la Cour de cassation³¹².

Le principe de concentration des moyens interdit donc au demandeur d'invoquer dans une instance postérieure les mêmes demandes sur un fondement différent. Les demandes doivent être distinguées des moyens, le principe de concentration des moyens n'induit pas la concentration des demandes. La deuxième demande doit simplement différer de la première demande par son objet pour être recevable et échapper à l'autorité de chose jugée attachée à la décision statuant sur la première demande.

Tant le demandeur que le défendeur³¹³ doivent centraliser les moyens dès la première instance. En particulier, le défendeur doit non seulement soulever l'ensemble des moyens de nature à justifier le rejet des demandes du requérant mais également toutes les demandes reconventionnelles³¹⁴.

Théoriquement deux situations devraient échapper à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée. En premier lieu, lorsqu'un événement est venu modifier la situation de la partie, la demande présentée ultérieurement à un jugement repose sur une cause différente des demandes qui ont été tranchées par ce jugement, dans la mesure où le juge statue au regard des faits qui existent au jour de sa décision³¹⁵. La Cour de cassation a admis qu'une prétention déclarée nouvelle, et donc irrecevable en appel, en

³¹¹ Cass. Civ. 1^{re}, 28 mai 2008, pourvoi n° 07-13.266, *Bull. civ. n° 153* ; *D.* 2008. 3111, obs. Thomas Clay ; *JCP* 2008. II. 10170, obs. Georges Bolard ; *RTD civ.* 2008. 551, obs. R. Perrot ; *RTD com.* 2010. 535, obs. E. Loquin.

³¹² Cass. Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, pourvoi n° 15-16.743, *Bull. civ. n° 106* ; *RTD civ.* 2016. 923, obs. Ph. Théry ; *Procédures* 2016. 223, obs. Y. Strickler ; *JCP* 2016. 1296, n° 6, obs. R. Libchaber.

³¹³ Cass. Com., 20 février 2007, pourvoi n° 05-18.322, *Bull. civ. n° 49* ; Cass. Civ. 3^e, 13 février 2008, pourvoi n° 06-22.093, *Bull. civ. n° 28* ; Cass. Com., 6 juillet 2010, pourvoi n° 09-15.671, *Bull. civ. n° 120*.

³¹⁴ A propos d'une caution qui recherchait la responsabilité du créancier dans une procédure ultérieure : Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-10.354, *Bull. civ. n° 150* ; en ce sens : Cass. Com., 12 mai 2015, pourvoi n° 14-16.208, *Bull. civ. n° 75* ; *RTD civ.* 2015. 869, obs. H. Barbier.

³¹⁵ Cass. Civ. 2^e, 10 juillet 2008, *inédit*, pourvoi n° 07-14.620 ; *RDC* 2008. 1289, obs. Y.-M. Serinet ; Cass. Civ. 1^{re}, 16 avril 2015, pourvoi n° 14-13.280, *Bull. civ. n° 95*.

appel pourra être présentée, au cours d'un nouveau procès, devant une juridiction de première instance³¹⁶. Ainsi la régularisation de la fin de non-recevoir constitue un élément nouveau écartant l'autorité de chose jugée attachée au premier jugement. En second lieu, une différence d'objet entre la nouvelle demande présentée aux juges du premier degré, dans un procès ultérieur, et la demande qui a d'ores et déjà été tranché entre les mêmes parties sur les mêmes faits, permet d'écarter l'autorité de chose jugée du premier jugement. Le demandeur n'est pas tenu de présenter dans la même instance toutes les demandes présentées sur les mêmes faits³¹⁷.

Le bénéficiaire de la transmission d'action, s'il choisit d'introduire une nouvelle instance devant un juge de premier degré, ne pourra donc pas présenter sur un fondement différent, des demandes tendant aux mêmes fins que celles qui ont fait l'objet d'un premier jugement. Il sera donc « enchaîné » par les demandes présentées par le transmettant dans le cadre de l'instance ayant donné lieu au premier jugement.

3. Une prescription extinctive non acquise

Si les parties souhaitent transmettre une action, elles devront donc s'assurer que l'action, objet de la transmission, ne soit pas prescrite. C'est de nouveau ici que la délicate distinction entre le droit subjectif substantiel et l'action resurgit : la prescription de l'action n'entraîne pas pour autant la disparition du droit substantiel subjectif dont elle avait pour vocation de faire reconnaître l'existence ou d'en obtenir un titre exécutoire. Le titulaire du droit subjectif substantiel ne pourra simplement pas rechercher l'exécution forcée de son droit. Il se retrouvera donc avec un droit subjectif sans pouvoir en rechercher l'exécution, donc avec un droit sans action.

³¹⁶ Cass. Civ. 3^e, 27 mai 2009, pourvoi n° 08-11.388, *Bull. civ. n° 123* ; Cass. Civ. 2^e, 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-17.191, *Bull. civ. n° 191*.

³¹⁷ Cass. Civ. 2^e, 26 mai 2011, pourvoi n° 10-16.735, *Bull. civ. n° 117* (une demande en paiement des loyers n'a pas le même objet que la demande tendant à faire juger que la vente d'immeuble était parfaite) ; *D.* 2011. 1566, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP* 2011. 1424, note Y.-M.Sérinet.

Notre but n'est pas de revenir ici sur les remarquables travaux qui ont pavé les chemins de la prescription³¹⁸. Il sera plutôt présenté ici les grandes lignes des règles sur la prescription que les parties à la transmission devront prendre soin de garder à l'esprit lors de la conclusion de la convention.

On distingue traditionnellement la prescription acquisition de la prescription extinctive. La prescription acquisitive (ou usucapion) permet à une personne d'acquérir un bien ou un droit par l'effet de la possession sans qu'elle n'ait à rapporter la preuve d'un titre ou que l'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. L'usucapion est encadré par les articles 2255 à 2277 du Code civil : la possession doit inclure un *corpus* (les actes visés) et un *animus* (l'intention du possesseur de se comporter comme le propriétaire du bien ou du droit). Elle doit porter sur un bien ou un droit dans le commerce. Elle doit être utile : elle ne doit être entachée ni d'équivoque ni de violence ni de clandestinité ni de discontinuité³¹⁹. Elle doit s'être poursuivie pendant 30 ans en matière immobilière³²⁰. Ce délai est réduit à dix ans si le possesseur est entré en possession de bonne foi en vertu d'un titre juridique. Cette prescription abrégée s'applique uniquement aux immeubles et aux droits réels immobiliers ayant fait l'objet d'une acquisition *a non domino*³²¹. Les effets de la prescription acquisitive reposent sur une manifestation de volonté du possesseur : soit ce dernier l'invoquera au soutien de sa défense à l'action en revendication du propriétaire, soit il renoncera au bénéfice de cette prescription.

³¹⁸ V. notamment sur ce thème : Julie Klein, *Le point de départ de la prescription*, thèse, préf. de Nicolas Molfessis, Economica (collection Recherches juridiques 33), Paris, 2013, XII-590 p. ; Marc Bruschi, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, préf. d'Alain Sériaux, thèse droit privé, Aix-Marseille, Economica (collection Droit civil Série Etudes et recherches), Paris, 1997, XVI-365 p. ; Valérie Durand, *La prescription en droit civil : essai d'une théorie unitaire*, thèse droit, Versailles-Saint Quentin en Yvelines, 2008, 719 p. ; Alexis Collin, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, thèse droit privé, Paris 11, Defrénois Lextenso (collection Doctorat & notariat tome 46), 2010 ; Philippe Casson et Philippe Pierre, *La réforme de la prescription en matière civile : le chaos enfin régulé ?*, Actes du colloque du 15 mai 2009 à l'Université de Rennes I, Dalloz (collection Thèmes & commentaires : actes), 2010, 111 p.

³¹⁹ Articles 2261 et 2263 du Code civil.

³²⁰ Article 2272 du Code civil.

³²¹ Le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu la définit comme « l'opération dans laquelle celui qui est en position d'acquéreur ne devient pas propriétaire parce que celui dont il tient ses droits n'est pas le véritable propriétaire ».

Auparavant de 30 ans, la prescription extinctive a été réduite à cinq ans par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 tant en matière civile qu'en matière commerciale. Elle court « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits permettant de l'exercer »³²², sauf disposition contraire. Elle s'applique à toutes les actions en réparation, sauf celles tendant à la réparation des dommages corporels, tant sur le terrain délictuel que sur le terrain contractuel. Ce même délai s'applique également aux actions contre les personnes ayant assisté ou représenté les parties en justice. La loi du 17 juin 2008 n'a pas uniformisé la totalité des délais de prescription. Ainsi continuent à se prescrire par un délai de 30 ans, les actions réelles immobilières, sous réserve du droit de propriété et de ses attributs, qui sont imprescriptibles³²³. Un délai de prescription de dix ans s'applique aux actions en responsabilité en raison d'un événement ayant engendré un dommage corporel ou un préjudice écologique³²⁴. Ce délai s'allonge jusqu'à vingt ans si le dommage a été causé par un acte de barbarie ou une violence ou agression sexuelle commise sur un mineur³²⁵. Le délai de prescription quadriennale a été conservée par la loi du 17 juin 2008. Ce délai s'applique aux dettes de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics dotés d'un comptable public³²⁶, à l'exclusion des remboursements de dépôts et de consignations, des intérêts des sommes déposées ou consignées et des actions en réparation des dommages causés par un véhicule appartenant à une personne morale de droit public, qui relèvent de la prescription civile³²⁷.

³²² Article 2224 du Code civil.

³²³ Article 2227 du Code civil.

³²⁴ Inséré par la loi du 17 juin 2008 dans le code de l'environnement, l'article L. 152-1 prescrivait par un délai de 30 ans les actions liées aux obligations financières relatives à la réparation des dommages causés à l'environnement par les installations, travaux, ouvrages et activités régis par le code de l'environnement. Ce délai a été réduit à 10 ans par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

³²⁵ Article 2226 du Code civil.

³²⁶ Loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968.

³²⁷ Cette prescription quadriennale ne court pas à l'encontre du créancier qui ne peut agir soit par lui-même ou par l'intermédiaire de son représentant légal, soit en raison d'une cause de force majeure (cette règle est inspirée de l'adage *non contra valentem* ; v. sur ce point, Charles Froger, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, préface de Fabrice Melleray, thèse droit, Bordeaux 4, Dalloz (collection Nouvelle bibliothèque de thèses vol. 145), Paris, 2015, XVI-578 p., n° 816 et s.). Elle court à compter du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. La loi du 31 décembre 1968, modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 prévoit en son article 2-1, que la prescription est suspendue à compter du jour, après la survenance d'un litige, ou les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'accord écrit, à compter de la première réunion de médiation, dans la limite de six mois. Elle recommence à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois à compter de la date à laquelle soit l'une des parties, soit le médiateur, déclare que la médiation est terminée. Cette disposition ne s'applique pas aux médiations intervenant dans les cas prévus à l'article L. 771-3 du code de justice administrative (relative aux différends transfrontaliers).

La loi du 17 juin 2008 a également conservé les délais de prescription triennaux³²⁸, ainsi que certaines prescriptions biennales en matière de nationalité, de régimes matrimoniaux et de succession³²⁹. Un délai de prescription biennale s'applique également aux actions en garantie des vices cachés (article 1648, alinéa 1^{er}, du Code civil), et aux garanties de bon fonctionnement de certains éléments d'équipement d'un ouvrage (articles 1792-3 et 1792-4-2 du Code civil). Les actions des professionnels pour les biens ou les services qu'ils ont fournis à un consommateur, à l'encontre des consommateurs, se prescrivent également par un délai de deux ans (article L. 218-1 du Code de l'environnement). Il en est de même pour les actions relatives au statut des baux commerciaux (article L. 145-60 du Code de la consommation), les actions dérivant d'un contrat d'assurance (article L. 114-1 du Code des assurances) et les actions liées au crédit à la consommation (article L. 311-37 du Code de la consommation). Les huissiers bénéficient de ce même délai pour les actions en responsabilité exercées à leur encontre en cas de perte ou de destruction des pièces qui leur ont été confiées (article 2 de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers). Les délais de prescription d'un an ont également été maintenus et s'appliquent à la faculté ouverte sous certaines conditions de se défaire de la nationalité française (article 23-1 du Code civil), à l'action en nullité des actes de disposition portant sur le logement familial et les meubles qui le garnissent (article 215, alinéa 3, du Code civil), à l'action en réclamation de la propriété d'une partie

³²⁸ Applicable aux actions en contrefaçon de brevets et de marques (articles L. 615-8 et L. 716-5 du Code de la propriété intellectuelle), aux actions en responsabilité du fait des produits défectueux (article 1245-16 du Code civil), aux actions en nullité d'une société commerciale ou d'actes postérieurs à sa constitution (article L. 235-9 du Code de commerce et article 1844-17 du Code civil), aux actions dirigées contre l'accepteur d'une lettre de change (article L. 511-78 du Code de commerce), à l'exercice de la faculté de choix du nom de l'enfant (article 311-21 du Code civil), aux actions en liquidation du régime de participation aux acquêts (article 1578, alinéa 4, du Code civil), aux actions aux fins de régularisation des statuts d'une société (article 1839, alinéa 3, du Code civil), aux actions tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entaché, lorsque la nullité a disparu (article 1844-17, alinéa 2, du Code civil), aux actions en revendication d'un meuble perdu ou volé acquis par un tiers de bonne foi (article 2276 du Code civil), et enfin aux inscriptions de l'hypothèque légale des époux (article 2403 du Code civil).

³²⁹ Sont concernées certaines actions ouvertes à l'administration en matière de nationalité (articles 21-4, alinéa 1^{er}, 26-4, alinéa 3, et 27-2 du Code civil), les actions en nullité des actes passés en méconnaissance d'une ordonnance du juge aux affaires familiales prise en application des articles 220-1 et 220-2 du Code civil (article 220-3 du Code civil), les actions en nullité des délibérations du conseil de famille et des actes subséquents, les recours des créanciers ayant déclaré tardivement leur créance dans une succession vacante (article 810-9, alinéa 2, du Code civil), les droits de préférence mobiliers des créanciers successoraux ou des créanciers personnels de l'héritier (article 881, alinéa 1^{er}, du Code civil), les actions en garantie dans le cadre du partage (article 886 du Code civil), les actions en complément de part du copartageant lésé (article 889, alinéa 2, du Code civil), les actions en réduction d'une libéralité excessive (article 921, alinéa 2, du Code civil), ainsi que les actions en nullité des actes réalisés par un époux sur les biens communs au-delà des pouvoirs qui lui sont dévolus (article 1427, alinéa 2, du Code civil).

d'un champ emporté par un cours d'eau (article 559 du Code civil), à certaines créances et actions en matière de successions et de libéralités³³⁰, et en matière de droit immobilier³³¹, au recours du fournisseur d'un produit défectueux à l'encontre de son producteur (article 1245-6, alinéa 2, du Code civil), à l'action tenant à l'inscription ou au complément d'inscription de l'hypothèque légale des personnes sous-tutelles devenues capables (article 2410-3 du Code civil), à l'action du porteur de la lettre de change contre les endosseurs et contre le tireur (article L. 511-78 du Code commerce) et à l'action du porteur de chèque bancaire ou postal contre le tiré à partir de l'expiration du délai de présentation (articles L. 131-59 et L. 755-7-4 du Code monétaire et financier). Une prescription spéciale de quinze mois s'applique aux déclarations de créance pour les créanciers d'une succession acceptée à concurrence de l'actif net et court à compter de la publicité prévue par l'article 788 du Code civil. A défaut, leurs créances sont éteintes à l'égard de cette succession. Enfin se prescrit par un court délai de six mois, l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission de sociétés, à compter de la date de la dernière inscription au Registre du Commerce et des Sociétés rendue nécessaire par l'opération (article L. 235-9 du Code de commerce), l'action de l'endosseur d'une lettre de change à l'encontre d'un autre endosseur et contre le tireur (article L. 511-78 du Code de commerce), l'action en recours du porteur d'un chèque contre les endosseurs, le tireur et les autres obligés (article L. 131-59 du Code monétaire et financière), l'action en recours des divers obligés au paiement d'un chèque contre les autres obligés (article L. 131-59 du Code monétaire et financier). Des prescriptions plus courtes se retrouvent ponctuellement dans le Code civil³³².

³³⁰ La créance d'aliments due par le conjoint survivant aux ascendants (article 758 du Code civil), le bénéfice des droits d'habitation et d'usage ouvert au conjoint survivant (article 765-1 du Code civil), la pension du conjoint survivant à l'encontre de la succession (article 767 du Code civil), l'action en révocation d'une renonciation à l'action en réduction (article 930-4 du Code civil), la demande en révocation d'une libéralité entre vifs pour cause d'ingratitude (article 957, alinéa 1^{er}, du Code civil), l'action en révocation d'une disposition testamentaire pour injure grave à la mémoire du testateur (article 1047 du Code civil), l'action tendant à libérer la part de réserve légataire de la charge découlant d'une libéralité graduelle (article 1054 du Code civil).

³³¹ L'action en supplément de prix, en réduction de prix ou en résiliation en cas d'erreur de contenance dans une vente d'immeubles (article 1622 du Code civil), l'action relative aux vices de construction ou défauts de conformité apparents contre le vendeur d'un immeuble à construire (article 1648, alinéa 2, du Code civil) et la garantie de parfait achèvement pesant sur l'entrepreneur (article 1792-6, alinéa 2, du Code civil).

³³² Se prescrivent par six mois l'action en déclaration d'indignité successorale (article 727-1 du Code civil) ; par trois mois : l'action de l'héritier acceptant pur et simple, tendant à être déchargé de tout ou partie de son obligation à une dette successorale (article 786, alinéa 3, du Code civil), l'option du conjoint survivant invité à choisir entre l'usufruit et la pleine propriété (article 758-3 du Code civil), l'action en contestation portant sur la conservation ou l'aliénation d'un bien relevant d'une succession acceptée à concurrence de l'actif (article 794, alinéa 2, du Code civil), l'action en réclamation d'une succession vacante ayant fait

La prescription peut être interrompue ou suspendue par plusieurs causes. Lorsque la prescription est suspendue, le cours du délai repartira lorsque l'événement suspensif aura cessé. Elle peut être suspendue pour de multiples causes : à l'égard d'une créance conditionnelle, d'une action en garantie jusqu'à ce que l'éviction ait lieu, d'une créance à terme jusqu'à ce que ce terme soit arrivé. Elle ne court pas non plus si le créancier a été mis dans l'impossibilité d'agir. C'est la règle *Contra non valentem agere non currit praescriptio*. L'article 2234 du Code civil vient ajouter à cette règle « par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure ». La prescription est également suspendue à l'égard des mineurs non émancipés et des majeurs sous tutelle (article 1152 du Code civil), entre époux, entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité (article 2236 du Code civil), ainsi qu'à l'encontre de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net, à l'égard des créances qu'il a contre la succession (article 2237 du Code civil). Le recours par les parties à la médiation ou à la conciliation, après la survenance d'un litige, est également de nature à suspendre la prescription. Elle est suspendue à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation (en l'absence d'accord écrit), ou à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative, ou encore à compter de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure simplifiée de recouvrement des petites créances (article 1244-4 du Code civil). Les mesures d'instruction ordonnées par le juge à la suite d'une demande d'une partie avant tout procès, suspendent également la prescription (article 2239 du Code civil). Le délai de prescription ne recommencera à courir qu'à compter de l'exécution de la mesure d'instruction, pour une durée qui ne

l'objet d'un projet de réalisation d'actif notifié aux héritiers connus (article 810-8 du Code civil), la faculté d'exécuter la réduction d'une libéralité en nature ouverte au bénéficiaire mis en demeure de prendre parti (article 924-1, alinéa 2, du Code civil), la faculté, pour le fournisseur attrait sur le fondement de la responsabilité des produits défectueux, de désigner son propre fournisseur ou le producteur (article 1245-6, alinéa 1^{er}, du Code civil), l'opposition à la modification d'un régime matrimonial (article 1397, alinéa 3, du Code civil) ; par deux mois : la faculté de rétracter le consentement à l'adoption plénière (article 348-3, alinéa 2, du Code civil), la faculté d'option de l'héritier sommé de prendre parti (article 772-3 du Code civil), l'action en réalisation d'un acte de vente consécutif à l'exercice du droit de préemption de l'indivisaire (article 815-4, alinéa 3 du Code civil) ; par un mois : l'action en contestation d'un projet de règlement du passif d'une succession vacante (article 810-5, alinéa 3, du Code civil), l'exercice du droit de préemption ou de substitution de l'indivisaire (article 815-14, alinéa 2, et 815-15 du Code civil), la faculté de s'opposer au paiement d'une soulte par dation (article 832-1 du Code civil), la faculté d'acquisition ou d'attribution ouverte au conjoint survivant (article 1392, alinéa 1^{er}, du Code civil) ou à l'indivisaire (article 1873-14, alinéa 1^{er}, du Code civil), la faculté de prélèvement ouverte au conjoint survivant (article 1513 du Code civil), la faculté ouverte au cédant de parts sociales d'une société civile de s'opposer à la dissolution anticipée de celle-ci en cas défaut d'agrément (article 1863 du Code civil).

pourra être inférieure à six mois.

Lorsque le délai de prescription est interrompu, le délai de prescription acquis s'efface et un nouveau délai de la même durée commencera à courir (article 2231 du Code civil). L'interruption « remet le compteur à zéro ». Il existe principalement trois causes d'interruption de la prescription : la reconnaissance du débiteur « du droit contre lequel il prescrivait » (article 2240 du Code civil), la demande en justice – sauf en cas de désistement par le créancier ou s'il laisse l'instance se périmer ou si sa demande est définitivement rejetée (article 2243 du Code civil) –, l'acte d'exécution forcée, et plus généralement les actes qui concourent à l'exécution forcée. D'autres causes d'interruption sont prévues par des textes spéciaux³³³. L'effet interruptif ne profite qu'à celui de qui elle émane et ne peut être opposée qu'à celui contre qui elle est dirigée (article 2245, alinéa 2, du Code civil). Cette règle reçoit une atténuation dans l'hypothèse d'une obligation solidaire ou indivisible : certains actes accomplis envers l'un des codébiteurs ou des cocréanciers sont réputés avoir été réalisés à l'égard de tous les autres. Tel est le cas pour l'interruption de la prescription (article 2245, alinéa 1^{er}, du Code civil). En revanche, l'interruption de la prescription à l'égard de la caution solidaire ne profite pas au débiteur ou à une autre caution. Poursuivant son objectif de sécurité juridique, la loi du 17 juin 2008 a instauré un délai butoir de prescription, cantonnant les effets de l'interruption ou de la suspension de la prescription à une durée de 20 ans à compter de la naissance du droit (article 2232 du Code civil).

L'invocation de la prescription est à la seule initiative des parties³³⁴. Le juge ne peut la relever d'office (article 2248 du Code civil), sous réserve des actions en réparation des délits liés aux abus de la liberté d'expression prévus par la loi du 29 juillet 1881, et des prescriptions édictées par le Code de la consommation (article L. 141-4 du Code de la consommation). Elle peut être invoquée en tout état de cause, sauf renonciation (article 2248 du Code civil), même devant la cour d'appel. En outre, le

³³³ Par exemple, la saisine du conseil de prud'hommes interrompt la prescription, même s'il s'avère être incompetent (article R. 1452-1, alinéa 2, du Code du travail). Ou encore, la saisie portant sur une créance en interrompt la prescription (article 141-2, alinéa 3, du code des procédures civiles d'exécution).

³³⁴ « C'est parce que la prescription extinctive est conçue dans un intérêt privé, c'est aussi parce qu'elle a quelque chose d'injuste, que son utilisation est laissée à la conscience du débiteur. » (J. Carbonnier, « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952. 171, p. 176).

paiement volontaire d'une dette prescrite ne peut donner lieu à répétition (article 2249 du Code civil)³³⁵.

L'exception tirée de la prescription du droit ou de l'action survit alors même que le droit ou l'action s'est éteint par l'effet de la prescription : c'est l'adage *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. En pratique, cela concerne essentiellement les nullités. La réforme du droit des obligations a introduit cette règle dans le nouvel article 1185 du Code civil qui dispose que « l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution ». Alors que l'adage précité paraît s'appliquer à l'acte unilatéral, la règle issue de l'article 1185 précité ne vise que le contrat. L'adage *Quae temporalia...* ne vient s'appliquer que si l'action en exécution de l'obligation en cause a été introduite après l'expiration du délai de prescription. Il ne s'applique donc pas si l'action en nullité n'est pas prescrite. Il ne peut pas non plus être invoqué par le demandeur à l'action³³⁶.

Enfin, il est également admis que les parties puissent aménager conventionnellement la durée de la prescription ainsi que les causes d'interruption et de suspension³³⁷.

Il résulte de l'exposé ci-dessus que les parties à la transmission devront veiller à connaître les caractéristiques de la position dans laquelle le bénéficiaire de la transmission envisage de substituer le transmettant, par le jeu de la convention de transmission d'action qu'ils envisagent de conclure. Si le transmettant souhaite transmettre son action, encore faut-il qu'elle ne soit pas prescrite au jour de la conclusion de la convention, à peine de voir la convention affectée d'une nullité tirée d'un vice de consentement fondé sur l'erreur. La situation est plus aisée lorsque le transmettant entend

³³⁵ Cass. Com., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-14.353, *Bull. civ. n° 102* ; Cass. Soc., 11 avril 1991, pourvoi n° 89-13.068, *Bull. civ. n° 192*.

³³⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.921, *Bull. civ. n° 327* ; Cass. Civ. 1^{re}, 14 novembre 2006, pourvoi n° 05-19.402, *Bull. civ. n° 482* ; Cass. Civ. 3^e, 3 février 2010, pourvoi n° 08-21.333, *Bull. civ. n° 27* ; D. 2010. 502, obs. Yves Rouquet.

³³⁷ Par exemple, Cass. Com., 30 mars 2005, pourvoi n° 03-21.156, *Bull. civ. n° 75* : l'article 2220 du Code civil « qui interdit de renoncer d'avance à la prescription, ne prohibe pas les accords conclus après la naissance de l'obligation et en cours de délai, par lesquels les parties conviendraient de la suspension de ce délai ».

transférer sa position de défendeur à l'action : sur le plan de la prescription, le bénéficiaire de la prescription pourra soulever l'exception tirée de la prescription du droit ou de l'action en tout état de cause.

La conclusion d'un contrat ayant pour objet la transmission d'une action en justice exige que cette convention réponde également à plusieurs conditions de validité, exigées pour tout contrat.

B – Les contraintes issues du régime commun du droit des contrats

Traditionnellement, la validité d'un contrat était conditionnée à la réunion de quatre conditions énumérées par l'ancien article 1108 du Code civil : « le consentement de la partie qui s'oblige » (1) ; sa « capacité de contracter » (2) ; « un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ». La réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (puis la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018) a réduit ces conditions au nombre de trois, en supprimant les conditions de cause licite et d'objet certain pour les remplacer par l'exigence d'un contenu licite et certain³³⁸ (3). La présente partie a pour vocation de confronter les conditions de validité d'un contrat aux spécificités d'une convention de transfert d'actions.

1. Le consentement à la transmission de l'action en justice

« Contracter, c'est d'abord vouloir »³³⁹. Le consentement exigé correspond à un accord de deux volontés en vue de faire naître une ou plusieurs obligations. Il doit exister et être exempt de tout vice. Le nouvel article 1129 du Code civil exige qu'il soit donné par une personne « saine d'esprit ». Bien que non définie par le Code civil, l'insanité d'esprit consiste en une « altération des facultés mentales »³⁴⁰, de nature à

³³⁸ Article 1128 du Code civil.

³³⁹ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, les obligations, I. L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey (collection Université), Paris, 2014, n° 122, p. 112.

³⁴⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 14^e éd., PUF (collection Dictionnaires Quadriège), 2022.

porter une atteinte au discernement d'une manière telle qu'elle prive le contractant de lucidité ou de volonté.

La clause de direction du procès que l'on retrouve dans les contrats d'assurance doit être écrite. Le consentement à une convention de transfert d'actions doit-il être de la même manière écrit ? Dans le contrat de crédit-bail, en l'absence de stipulation expresse sur le transfert d'action, la jurisprudence préfère retenir la nullité de la clause de non-recours, qui est la contrepartie de la clause de transfert, et autoriser le preneur à agir contre le bailleur, plutôt que de sous-entendre la cause de la clause de non-recours, sa contrepartie, et de présumer l'existence d'une convention de transfert d'action³⁴¹. Cette solution n'est pas sans rappeler la position retenue par la Cour de cassation dans sa jurisprudence précitée du 10 janvier 2006³⁴² aux termes de laquelle elle exigeait la stipulation expresse de la transmission de l'action. La volonté de transmettre une action en justice doit donc être expresse. Elle ne peut se présumer.

La validité de la transmission de l'action en justice requiert-elle le consentement du tiers, partie adverse à l'action ? Le consentement du vendeur tiers au contrat de crédit-bail pose difficulté lorsque la clause de transfert est fondée sur une délégation ou sur une stipulation pour autrui. Comme l'a justement relevé M. Cayrol³⁴³, la délégation et la stipulation pour autrui ne sont que deux techniques parmi d'autres pour le titulaire de l'action et le bénéficiaire d'exprimer leur consentement au transfert des recours contre le vendeur. Or les anciens articles 1121 et 1274 (respectivement devenus 1205 pour la stipulation pour autrui et 1337 pour la délégation) exigent le consentement du promettant pour l'un et du délégataire pour l'autre. A suivre le régime de ces deux figures, le consentement du vendeur au transfert des garanties dont il est tenu à l'égard du crédit bailleur, serait requis. Il n'en est rien. Son consentement n'est pas nécessaire à la validité de la convention. C'est en ce sens que la Cour de cassation avait admis la validité d'une clause de transfert d'actions fondée sur une délégation, en l'absence de

³⁴¹ Cass. Com., 30 octobre 1973, pourvoi n° 72-11.231, *Bull. civ. n° 303* ; Cass. Com., 7 mai 1974, pourvoi n° 73-10.310, *Bull. civ. n° 147* ; Cass. Com., 27 mai 1983, pourvoi n° 81-14.174, *Bull. civ. n° 154* ; Cass. Com., 15 janvier 1985, pourvoi n° 83-12.661, *Bull. civ. n° 25* ; Cass. Com., 9 janvier 1990, pourvoi n° 86-19.308, *Bull. civ. n° 4* ; Cass. Com., 24 mai 1994, *inédit*, pourvoi n° 92-18.953.

³⁴² Cass. Civ. 1^{re}, 10 janvier 2006, pourvoi n° 03-17.839, *Bull. civ. n° 6*.

³⁴³ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 210.

consentement du vendeur délégué³⁴⁴, écartant l'évocation par les parties d'une délégation.

Puisque ce consentement ne semble pas nécessaire, il est donc curieux que lorsque la clause de transfert est fondée sur un mandat, la jurisprudence exige que ce mandat soit porté à la connaissance du vendeur et qu'il y ait adhéré³⁴⁵. L'acceptation du mandat par le tiers n'est pourtant pas une condition d'opposabilité, encore moins une condition de validité. Cette affirmation est à nuancer lorsque le juge nomme un mandataire *ad hoc* : ce dernier doit être agréé par toutes les parties. Le juge mandant statue sur l'opportunité du mandat et fixe les limites de la mission du mandataire *ad hoc*. Si les parties refusent la désignation du mandataire *ad hoc*, il ne pourra pas leur être imposé puisque le juge ne pourra pas lui déléguer des pouvoirs qu'il ne détient pas.

2. La capacité à disposer de son action en justice

Appliquée à la convention de transfert d'action, cette condition renvoie à la fois à la capacité de contracter mais également à la capacité d'ester en justice. La convention de transfert d'action implique donc de pouvoir disposer de l'action et de pouvoir transiger. Une difficulté se pose cependant lorsque le titulaire de l'action, après avoir conclu la convention, perd la capacité pour agir, s'il est mis sous tutelle ou si une procédure collective est ouverte à son encontre. Le tuteur du titulaire de l'action est habilité à exercer toute action relative aux droits patrimoniaux de la personne mise sous tutelle. Quant au débiteur faisant l'objet d'une liquidation judiciaire, le droit des procédures collectives prévoit que les actions relatives à son patrimoine seront exercées par le liquidateur. Ces habilitations sont d'ordre public. Elles interdisent toute convention de transfert après le prononcé de la tutelle ou de la liquidation. La question qui se pose alors est celle de savoir si le tuteur ou le liquidateur judiciaire peut faire échec aux conventions de transfert d'action antérieures à leur désignation. Un fait postérieur à leur conclusion ne devrait pas remettre en cause leur validité, sous réserve de la nullité des

³⁴⁴ Cass. Com., 26 janvier 1977, pourvoi n° 75-12.654, *Bull. civ. n° 27*.

³⁴⁵ Cass. Com., 3 janvier 1972, pourvois n°s 69-14.049 et 69-13.953, *Bull. civ. n° 1* ; *D.* 1972. 649, note Michel Trochu ; *JCP* 1973. II. 17300, note Jean-Marie Leloup ; Cass. Com., 18 février 1975, pourvoi n° 73-12.557, *Bull. civ. n° 47*.

actes accomplis pendant la période suspecte³⁴⁶. Comme l'a relevé M. Cayrol, c'est cette exigence de capacité qui a conduit à l'annulation des contrats des sociétés de défense en justice³⁴⁷. Ces sociétés proposaient à leurs clients, en contrepartie d'un abonnement, la prise en charge des frais occasionnés par les procès auxquels ils pourraient être partie, sans avoir reçu l'autorisation administrative de l'article L. 321-1 du Code des assurances³⁴⁸. Elles étaient donc considérées comme étant dépourvues de capacité d'ester en justice à ce titre, à défaut de justifier de cette autorisation.

3. Le contenu de la transmission de l'action en justice

Cette nouvelle condition posée par le nouvel article 1128 du Code civil vient se substituer aux anciennes exigences d'objet et de cause. Des dispositions particulières lui sont réservées dans une sous-section III au sein de la section II consacrée à la validité du contrat dans le chapitre II relatif à la formation du contrat.

a. Un contenu licite

« Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties »³⁴⁹. Cette condition renvoie à l'ancienne condition de licéité du contrat dont la méconnaissance était sanctionnée par la nullité absolue du contrat, à savoir l'ancienne notion de cause subjective du contrat. Elle appelle plusieurs observations. En l'absence de définition de l'ordre public, dans les cas où l'ordre public n'est pas expressément prévu par un texte, il appartiendra au juge de déterminer si le contrat porte atteinte à une règle à caractère d'ordre public. La réforme vient ici consacrer le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt de la Cour de cassation

³⁴⁶ En particulier, l'article L. 632-2 du Code de commerce soumet « les actes à titre onéreux accomplis à compter de cette même date (la date de cessation des paiements) » si « ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements ».

³⁴⁷ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 215 ; A. Besson, « Les sociétés de défense en justice devant la jurisprudence », *RGAT* 1951, p. 365 à 381.

³⁴⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 24 avril 1979, pourvoi n° 76-13.620, *Bull. civ.* n° 115.

³⁴⁹ Article 1162 du Code civil.

du 7 octobre 1998³⁵⁰ qui avait abandonné l'exigence d'une connaissance commune de la cause illicite. L'article 1162 du Code civil vient introduire la notion de but contractuel et la distingue du contenu du contrat. Bien qu'il évoque directement les mobiles déterminants des parties, la notion de but contractuel ne doit pas pour autant être calquée sur l'ancienne notion de cause. Le mobile correspond à la raison pour laquelle les parties ont voulu conclure le contrat. Il va au-delà de la simple contrepartie, du contenu contractuel. Tout contrat par lequel les parties visent directement ou indirectement un but contraire à l'ordre public ne répond pas aux exigences de l'article 1162 du Code civil, de même pour les contrats comportant une ou plusieurs clauses privilégiant l'accomplissement d'une activité illicite.

Appliquée au transfert de l'action en justice, le mobile sous-tendant la convention de transfert d'action, est de donner à l'une d'elles qualité à agir en justice, pour obtenir du juge l'examen du bien-fondé d'une prétention. Toutefois il ne s'agit pas ici d'une habilitation d'agir en justice identique à celles accordées par la loi. Comme l'a souligné M. Cayrol³⁵¹, il s'agit d'une simple imitation. Si une convention de transfert d'action peut paraître douteuse, c'est sans doute plus au regard des bonnes mœurs que de l'ordre public. Rechercher la justice n'est pas répréhensible en soi. En revanche, ce qui paraît plus douteux, c'est l'idée d'un pacte ayant la prétention d'organiser les règles en vertu desquelles la justice doit être rendue, d'autant plus que l'idée d'introduire une action en justice sur le marché semble aller à l'encontre de la tradition juridique française.

Contrairement à ce qui a lieu aux Etats-Unis, la justice n'est être marchandisée. La loi sanctionne ceux qui chercheraient à en faire un commerce. Par exemple la loi du 3 avril 1942³⁵² prohibe la conclusion de pactes sur le règlement des indemnités dues aux victimes d'accidents. L'interdiction des pactes de *quota litis* apporte

³⁵⁰ « Un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat » (Civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-14,359, *Bull. civ.* n° 285 ; *JCP G* 1998. II. 10202, note Marie-Hélène Maleville ; *D.* 1998. 563, concl. J. Sainte-Rose).

³⁵¹ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 232, p. 139.

³⁵² Son article 1^{er} dispose plus particulièrement que « sont nulles de plein droit et de nul effet les obligations contractées, pour rémunération de leurs services ou de leurs avances, envers les intermédiaires qui, moyennant émoluments convenus au préalable, se chargent d'assurer aux victimes d'accidents de droit commun ou à leurs ayants droit, le bénéfice d'accords amiables ou de décisions judiciaires ».

une illustration frappante de la barrière existant entre la justice et l'argent.

Le pacte de *quota litis* permet à la personne à laquelle une autre confie la direction de son procès de fixer par avance le montant de sa rémunération globale en fonction du résultat du procès, par exemple en prévoyant que sa rémunération s'élèvera à une fraction de l'indemnité accordée par le juge, à l'instar de la pratique américaine. L'interdiction du pacte de *quota litis* est atténuée par l'article 10, alinéa 3, de la loi du 31 décembre 1971, qui a reconnu la licéité de la convention par laquelle est prévue la fixation d'un honoraire dont le montant est fonction du résultat obtenu, à la condition que cet honoraire ne constitue pas la seule rémunération de l'avocat. Cette disposition a été, par la suite, modifiée par l'article 51 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 et prévoit désormais que « toute fixation d'honoraires qui ne le serait qu'en fonction du résultat judiciaire est interdite. Est licite la convention qui, outre la rémunération des prestations effectuées, prévoit la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat obtenu ou du service rendu ». La tradition juridique empêche les avocats français de mêler la justice avec l'argent. Ils ont prêté serment de respecter « les principes de probité, de désintéressement, de modération et de confraternité sur lesquels repose la profession »³⁵³ d'avocat. Pourtant la loi du 10 juillet 1991 a reconnu la validité de la clause de *quota litis* par laquelle un avocat peut obtenir de son client le règlement d'un honoraire de résultat (ou *palmarium*). Cet honoraire ne peut toutefois qu'être un complément de la rémunération de l'avocat, et non son unique rémunération. Il ne peut être exigible que s'il est stipulé préalablement et expressément dans la convention d'honoraires conclue entre l'avocat et son client³⁵⁴.

La problématique de la marchandisation de l'action en justice n'est pas sans évoquer celle des sociétés de défense en justice précédemment évoquée. La convention de transfert d'action ne doit pas constituer un moyen pour une partie d'assujettir l'autre partie pour arriver à ses fins. C'est sous cet angle que la clause de direction du procès à laquelle avaient recours les sociétés de défense en justice, suscitait des inquiétudes dans la mesure où elle permettait aux sociétés de défense en justice d'obtenir les solutions qui

³⁵³ Article 17, 3°, de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971.

³⁵⁴ Cass. Civ. 2°, 7 mars 2019, *inédit*, pourvoi n° 18-10.677.

les arrangeaient le plus sans risquer d'être contredites par le client. Les sociétés de défense en justice offraient à leurs clients la conduite et la prise en charge des frais de procès en contrepartie d'un pacte de *quota litis* et l'obligation pour leurs clients de ne pas s'immiscer dans le règlement de leur propre contentieux ; ce qui impliquait donc l'abdication par les clients de toute indépendance alors qu'ils ne s'étaient finalement engagés que pour se débarrasser des peines et des soins d'un procès. Non seulement le client perdait le contrôle de son procès mais cela revenait pour le client à transmettre son action en justice à la société de défense en justice.

Il est à noter que l'ordre public français pose de moins en moins d'objections à mêler la justice et l'argent. L'objectif de profit s'accorde de plus en plus avec la mission de favoriser l'accès à la justice. Le relâchement dans l'interdiction des honoraires de résultat de l'avocat et la promotion des assurances de protection juridique se substituant à l'aide juridictionnelle en sont de parfaites illustrations. La promotion de l'accès à la justice par une diversification des moyens de financement passe donc au travers d'un relâchement dans la frontière rigide entre la justice et l'argent.

Par exemple, les victimes d'infractions aux règles de concurrence sont en règle générale réticentes à rechercher la réparation de leur préjudice et ont tendance à se résigner face à leur préjudice. Cette « apathie rationnelle »³⁵⁵ s'explique essentiellement par les coûts importants du procès, d'autant plus que les avantages du procès supposés compenser ces coûts consistent surtout en des dommages et intérêts. Il arrive même que le rapport entre les coûts et avantages soit trop défavorable aux victimes. Pour inciter ces victimes à rechercher la réparation de leur préjudice, comme l'ont suggéré MM. Bosco et Amaro, il faudrait abaisser les coûts du procès et les coûts d'opportunité : soit en incitant les défendeurs à transiger soit en augmentant la probabilité que les défendeurs soient condamnés par le juge étatique. Que l'on opte pour l'une ou l'autre stratégie, elle nécessite le même pré-requis : faciliter les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile du défendeur. La Commission européenne n'ignore pas totalement ces problématiques de financement du procès. L'essentiel de sa position se retrouve dans

³⁵⁵ David Bosco et Rafael Amaro, « Le financement par les tiers du contentieux privé », *Concurrences* 2014, n° 3, p. 13 et s.

sa recommandation non contraignante du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif, et plus particulièrement en ses articles 14 à 16 :

« 14. La partie demanderesse devrait être invitée à indiquer, dès l'ouverture de la procédure, à la juridiction saisie l'origine des fonds qu'elle compte utiliser pour financer l'action en justice.

15. La juridiction saisie devrait être autorisée à surseoir à statuer si, en cas d'utilisation de ressources financières fournies par une tierce partie,

a) il existe un conflit d'intérêts entre la tierce partie et la partie demanderesse et ses membres ;

b) la tierce partie ne dispose pas des ressources suffisantes pour satisfaire à ses engagements financiers vis-à-vis de la partie demanderesse à la procédure de recours collectif ;

c) la partie demanderesse ne dispose pas des ressources suffisantes pour supporter les dépens de la partie adverse en cas d'échec de la procédure de recours collectif.

16. Les États membres devraient veiller à ce que, lorsque le financement du recours collectif provient d'une tierce partie privée, il soit interdit au bailleur de fonds :

a) d'exercer une influence sur les décisions de procédure, y compris en matière de transactions, prises par la partie demanderesse ;

b) de financer une action collective dans le cadre de laquelle la partie défenderesse est un concurrent du bailleur de fonds ou tient ce dernier en dépendance ;

c) de percevoir des intérêts excessifs sur les fonds mis à disposition. »

Sa recommandation reflète la frilosité de la Commission au financement du procès par des tiers, probablement provoquée par les excès supposés du système nord-américain. Pourtant la diversification des litiges en contentieux privé nous amène à

penser que la diversité des moyens de financement du procès pourrait être une solution à « l’apathie rationnelle »³⁵⁶ des personnes.

C’est dans ce contexte que sont apparues les sociétés de financement du procès et que s’est posée la question de leur admission en droit français. Le commerce des sociétés de financement du procès est basé sur le financement d’un contentieux en assumant la charge de toutes les factures du litigant relatives au procès. En contrepartie elles récupèrent un pourcentage (entre 20 et 50 %) sur les dommages et intérêts gagnés à l’issue du procès. Ce pourcentage dépend des risques encourus par le financeur³⁵⁷. La société de financement de procès ne doit avoir aucune connexion avec l’une des parties au litige. Apparaissant dans les pays anglo-saxons et en particulier en Australie, dans les années 1990, ce mode de financement s’est étendu dans quelques pays de droit romano-germanique tel que la Suisse.

Au Québec, un financement public du procès a été mis en place : le Fonds d’aide aux recours collectifs³⁵⁸. Toute demande d’aide financière au Fonds débute par une audition à laquelle celui qui souhaite intenter l’action présente, avec son procureur, la relation entre le coût projeté de l’action, les revenus du demandeur et le bénéfice financier recherché par l’action³⁵⁹. Dans la détermination du bénéfice recherché, le Fonds tient compte des chances réelles d’exécution d’un jugement positif. L’appréciation du dossier par le Fonds est très stricte : seules 25 % des demandes d’aide financière ont été accordées pendant la période 2018 – 2019³⁶⁰. L’aide financière fournie par le Fonds couvrira les honoraires du procureur, les honoraires et frais d’experts et d’avocats-conseils, les dépens et les débours, les frais d’avis ainsi que toutes autres dépenses utiles à la préparation ou à l’exercice d’une action³⁶¹. La décision du Fonds est susceptible de recours dans un délai de trente jours à compter de sa notification. En cas d’urgence, et s’il considère qu’une aide immédiate est nécessaire pour éviter une prescription ou la disparition d’une preuve,

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ Maximin de Fontmichel, « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Rev. sociétés* 2012, p. 279.

³⁵⁸ Créé sur la loi sur le recours collectif, L.Q.R. 1978, c. 8, entrée en vigueur le 19 janvier 1979.

³⁵⁹ L.Q.R. 1978, c. 8, a. 21.

³⁶⁰ Rapport annuel du Fonds d’aide aux actions collectives 2018 - 2019, p. 20 et 21.

³⁶¹ L.Q.R. 1978, c. 8, a. 29.

le Fonds peut accorder une aide temporaire d'un montant déterminé.

Ce modèle avait séduit pendant un temps le législateur français : il avait été préconisé la création d'un fonds d'aide d'accès à la justice à l'occasion de la proposition de loi Châtel³⁶². Mais ce ne fut pas le choix du législateur dans la loi de consommation dite Hamon du 17 mars 2014. En Europe, un modèle de financement privé a aussi commencé à prendre son essor : la cession de créance indemnitaire. Ce procédé inciterait les professionnels à transiger pour éviter les coûts du procès. Ces recours collectifs se substitueraient aux actions collectives. Les risques seraient alors transférés sur le cessionnaire professionnel expérimenté.

Le financement du procès par les tiers a commencé à faire son apparition en Europe au travers du marché du financement de l'arbitrage international. Des tiers acceptent de financer un ou plusieurs aspects du dossier en échange d'une partie des dommages ou du règlement amiable. Outre la difficulté de qualification que pose ce mécanisme inconnu en droit français³⁶³, la problématique de la licéité de ce mécanisme se pose inévitablement. Comme l'a relevé M. de Fontmichel³⁶⁴, le contrat de financement de procès pourrait présenter un caractère léonin puisque la participation du financé est quasi inexistante ; ce qui est contraire à l'article 1844-1 du Code civil. Seule la société de financement de procès supporte les risques de l'action en justice et d'une décision défavorable. L'avantage qu'en retire le plaideur est donc d'éviter tout risque financier s'il perd le procès. Le contrat de financement du procès a pour but d'acquérir des droits sur des bénéfices futurs et incertains puisque dépendant de l'issue du procès. Le plaideur va donc céder des émoluments sur sa créance sans toutefois céder sa position contractuelle ou sa position procédurale à la société de financement du procès.

La rémunération des sociétés de financement du procès conditionnée au résultat du procès fait surgir le fantôme du pacte de *quota litis*. Toutefois comme l'a

³⁶² Proposition de loi n° 3055 visant à instaurer les recours collectifs de consommateurs présentée à l'Assemblée Nationale le 25 avril 2006 par Louis Châtel.

³⁶³ CA Versailles, 1^{er} juin 2006, *Veolia Propreté c/ Foris AG*, RG n° 05/01038.

³⁶⁴ M. de Fontmichel, *op. cit.*

justement relevé M. de Fontmichel³⁶⁵, l'interdiction du pacte de *quota litis* ne concerne pas les sociétés de financement du procès dans la mesure où elles n'interviennent qu'au niveau de l'accès au procès. Elles n'ont aucun lien avec le fond du procès, contrairement aux avocats. En outre, la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques n'a pas non plus vocation à leur être appliquée. Les sociétés de financement du procès n'ont qu'un seul objectif : celui de faire du profit. Il demeure que le recours à ces sociétés risque de compromettre l'intégrité du système judiciaire et les valeurs fondamentales qui en sont les piliers, incluant les valeurs d'éthique et de déontologie que les avocats ont prêté serment de respecter³⁶⁶. Ils ont également le devoir d'éviter les conflits d'intérêts³⁶⁷ et de prioriser le maintien de la confidentialité des dossiers de litige³⁶⁸. Il convient de ne pas négliger les risques associés au lucre et à la spéculation attachés à ce type de financement.

On pourrait également craindre que l'intervention des sociétés de financement de procès dans la relation du client et de son avocat puisse porter atteinte à la liberté du plaideur dans le choix de son défenseur. Mais ces sociétés ne s'imposent pas dans le choix de l'avocat : elles peuvent décider de rejeter le dossier si elles n'approuvent pas le conseil choisi par le plaideur.

Le recours à ces sociétés de financement de procès fait également craindre le risque de la perte du contrôle du procès par le plaideur et plus généralement, une atteinte au principe selon lequel nul ne plaide par procureur. Le plaideur pourrait perdre sa faculté de transiger ou sa liberté de choix dans les arguments qui pourraient faire triompher sa cause. Mais l'examen de la pratique opérée par M. de FontMichel révèle que quelque soit le degré d'intervention de la société de financement de procès, l'initiative du procès est conservée entre les mains du plaideur. Il conserve la direction du procès. Enfin, il serait malheureux d'associer ces sociétés aux anciennes sociétés de défense en justice. A la différence des sociétés de défense en justice, le contrat de financement de procès n'opère pas transmission de l'action en justice.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ Article 1.3 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat.

³⁶⁷ Article 4 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat.

³⁶⁸ Article 21.2.3 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat.

En résumé, l'apparition de ces sociétés dans le paysage français illustre le changement qui s'opère dans l'ordre public français : la valeur fondamentale devient celle de favoriser l'accès à la justice en diversifiant les moyens de financement. Le recours au financement du procès par un tiers permet la réalisation effective des droits du financé impécunieux. Toutefois s'agissant d'un commerce et non d'une activité à but non lucratif, ce type de financement est actuellement limité aux contentieux d'arbitrage international dont les enjeux financiers sont importants.

Ce mouvement dans les valeurs fondamentales françaises, la promotion de l'accès à la justice par la diversification des moyens de financement, est prometteur pour la transmission de l'action en justice. Sous réserve de respecter les piliers fondamentaux du droit français, elle apparaîtra de plus en plus possible.

b. L'objet de l'obligation

L'objet de l'obligation visé par le nouvel article 1163 du Code civil est la prestation promise par le débiteur³⁶⁹. Cet article 1163 ne dit rien quant aux prestations susceptibles de faire l'objet du contrat et plus particulièrement, il ne distingue pas entre les obligations monétaires et les obligations non monétaires. Les règles relatives au prix devraient donc déroger aux principes posés par l'article 1163 du Code civil. La prestation peut être présente ou future. Elle doit exister au moment de la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Si l'objet de l'obligation disparaît dans l'intervalle existant entre l'accord de volontés et la délivrance de la prestation, le contrat sera tout de même formé et le litige se déplacera alors sur les effets du contrat. Ainsi que l'ont souligné MM. Chantepie et Latina, le caractère futur de la prestation n'est pas sans risque puisque le créancier pourrait éprouver des difficultés à mesurer la portée de l'engagement pris à son profit³⁷⁰. La prestation doit être possible. Elle doit également être déterminée ou au moins objectivement déterminable, sans qu'il y ait besoin d'un nouvel accord de volontés.

³⁶⁹ Article 1163 du Code civil.

³⁷⁰ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2018, n° 411, p. 356.

Tel sera le cas lorsque des usages ou des relations antérieures permettent de compléter le contrat. L'article 1166 du Code civil vient compléter cette condition en disposant que la prestation fournie par le débiteur doit être « de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ».

La convention de transfert d'action vise à permettre au bénéficiaire de présenter des prétentions au juge afin qu'il statue sur leur bien-fondé, et/ou de transiger avec le tiers, sujet de l'action. On l'a vu précédemment, pour faire l'objet d'une transmission, l'action doit être transmissible, les considérations liées à sa nature présentées en début d'exposé mises de côté. Elle ne doit donc pas être « sanctionnée par une fin de non-recevoir que l'ordre public impose au juge de relever d'office »³⁷¹. Elle doit également exister : la convention de transfert ne peut pas transmettre une action prescrite ou ayant donné lieu à une décision ayant autorité de la chose jugée ou à une transaction. De même, l'action ne pourra pas être transmise si le transmettant est tenu par une clause de non recours à l'égard du potentiel défendeur à l'action.

La prestation du transmettant de l'action consiste en une obligation de ne pas agir en justice lui-même³⁷². Or la prestation, objet de la convention, doit être déterminée, ou du moins assez déterminable pour qu'elle ne nécessite pas l'intervention d'un nouvel accord de volontés. Il en résulte que l'engagement de ne pas agir en justice doit être spécial. Par exemple un mandat par lequel une personne se ferait représenter pour toutes les contestations nées et à naître emporterait trop de conséquences pour que le mandant ait pu avoir conscience de la portée de son engagement. Il en va de même pour l'engagement par lequel le titulaire de l'action transmet son action et renonce à agir en justice personnellement. Il ne peut y avoir de renonciation générale et absolue à exercer l'ensemble de ses actions en justice³⁷³. Pourtant les clauses de transfert d'action que l'on trouve dans les contrats de crédit-bail et les clauses de direction du procès stipulées dans les contrats d'assurance ne paraissent pas répondre à cette exigence. En effet la clause de direction de procès vaut pour toutes les contestations qui peuvent être élevées à la suite

³⁷¹ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 217, p. 129.

³⁷² Sur l'obligation de ne pas agir en justice, v. Ph. Grignon, « L'obligation de ne pas agir en justice », dans *Mélanges Christian Mouly*, Centre du droit de l'entreprise, t. 2, Litec, Paris, 1998, p. 115-130.

³⁷³ J. Vincent, *op. cit.* n° 14, p. 30.

de la réalisation d'un dommage causé par l'assuré. Et le crédit-preneur, bénéficiaire de la clause de transfert, peut agir contre le vendeur pour tous les dommages affectant le bien loué. Mais il convient de ne pas se montrer trop hâtif dans notre appréciation et se rappeler que cette exigence de spécialité vise à s'assurer que celui qui s'engage ait mesuré toute la portée de son engagement de sorte à manifester une volonté claire et dépourvue de tout équivoque.

La spécialité de l'engagement de ne pas agir en justice offre une toute autre perspective du point de vue du droit d'accès à un juge.

Composante du triptyque du procès équitable protégé par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le droit d'accès à un juge peut être défini comme le droit pour tout justiciable « à ce que sa cause soit entendue par un tribunal ». Par tribunal, il convient d'entendre toute autorité ayant mission juridictionnelle, c'est-à-dire appelée à « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »³⁷⁴. La juridiction doit avoir compétence pour examiner en fait et en droit l'affaire dont elle est saisie³⁷⁵. Le droit d'accès à un juge correspond à un véritable droit au juge. Ce droit au juge implique la faculté pour une personne d'agir en justice pour faire valoir ses droits. Comme l'a expliqué la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Golder c/ Royaume-Uni*, « on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès »³⁷⁶. Cette jurisprudence a reçu en droit français un écho plus que favorable³⁷⁷. C'est sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de

³⁷⁴ CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, § 36, série A, n° 84 ; *JCP* 1995. I. 3823, n° 27, obs. Frédéric Sudre ; v. sur ce point : L. Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préface de Fr. Sudre, Dalloz (collection Nouvelle bibliothèque des thèses 57, 1626-1968), Paris, 2006, XII-674 p.

³⁷⁵ CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, req. n° 6878/75 et n° 7238/75, § 51, série A, n° 43 ; CEDH, 22 novembre 1995, *Bryan c/ Royaume-Uni*, req. n° 19178/91, § 44.

³⁷⁶ CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, req. n° 4451/70.

³⁷⁷ S. Guinchard et alii, *Droit et pratique de la procédure civile, droit interne et européen, 2021/2022*, Dalloz (collection Dalloz Action), Paris, 2021, n° 311.25, p. 966.

l'Homme et du Citoyen que le Conseil constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle au droit au juge³⁷⁸. La Cour de cassation a également suivi le mouvement en reconnaissant le caractère fondamental du droit au juge³⁷⁹.

Ce droit d'accès au juge a pour prolongement le droit fondamental d'agir en justice qui correspond au droit d'obtenir un jugement sur le fond. En effet à quoi servirait la faculté d'accéder à un juge si on ne peut obtenir de lui qu'il statue sur ses prétentions ? Expression d'un droit fondamental³⁸⁰ reconnu comme tel tant par les juridictions nationales que communautaires³⁸¹, tant par le droit interne que par le droit européen³⁸², il se pose naturellement en tant que limite à la transmission de l'action en justice. En tant que liberté fondamentale, il ne peut pas faire l'objet d'une renonciation générale³⁸³. Mais aucun droit fondamental n'est absolu. En tant que droit subjectif, il rencontre nécessairement comme limite, l'intérêt collectif. C'est en ce sens que l'accès au tribunal est encadré par des conditions particulières concernant la recevabilité de l'action du justiciable. S'il peut être limité, il ne doit pas pour autant être atteint dans sa substance même, ni *a fortiori* être limité. Ce principe a été rappelé tant par la Cour de cassation que par le Conseil constitutionnel. Dans un arrêt du 9 avril 2013³⁸⁴, la première Chambre civile de la Cour de cassation a défini l'atteinte à la substance même du droit d'accès au juge et a indiqué que « les conditions de recevabilité d'un recours ne [pouvaient] en restreindre l'exercice à un point tel qu'il se trouv[ait] atteint dans sa substance même »,

³⁷⁸ Cons. const., 21 janvier 1994, n° 93-335 DC.

³⁷⁹ Ass. Plén., 30 juin 1995, pourvoi n° 94-20.302, *Bull. civ. n° 4* ; *D.* 1995. 513, concl. Michel Jéol et note Roland Drago ; *JCP* 1995. II. 22748, note André Perdriau.

³⁸⁰ S. Guinchard et alii., *Procédure civile, Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 35^e éd., Paris, Dalloz (collection Précis), 2020, n° 153 à n° 168, p. 135-147.

³⁸¹ CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, série A, n° 16, § 36 ; CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet*, req. n° 23805/94 ; *D.* 1996. 357, obs. Mathilde Collin-Demumieux ; CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. n° 222/84 ; Cons. const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC ; CE, 2 mars 1998, req. n° 186.422 ; CE, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France et autres* ; *AJDA* 1998. 1010, concl. Rémy Schwartz ; Ass. Plén., 30 juin 1995, pourvoi n° 94-20.302, *Bull. civ. n° 4* ; *op. cit.* ; Cass. Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, pourvoi n° 97-17.598, *Bull. civ. n° 92*, *RTD civ.* 1999. 469, obs. R. Perrot.

³⁸² Article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ; article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

³⁸³ J. Vincent, *op. cit.*, n° 14, p. 30.

³⁸⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 9 avril 2013, pourvoi n° 11-27.071, *Bull. civ. n° 66* ; *D.* 2013. 1100, obs. Méлина Douchy-Oudot ; *RTD civ.* 2013. 589, obs. Jean Hauser ; *D.* 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot ; *Gaz. Pal.*, 9-11 juin 2013, n° 162, p. 19, note Nicolas Régis ; *JCP* 2013. 623, obs. Bertrand Mathieu. La même position a été adoptée un an plus tard par le Conseil constitutionnel, le 4 avril 2014 (décision n° 2014-387 QPC ; *D.* 2015. 1457, obs. Laurence Gay et Alexandre Mangiavillano ; *Dr. soc.* 2014. 948, chron. Renaud Salomon ; *RSC* 2014. 361, obs. Agnès Cerf-Hollender).

et poursuivant, elle a précisé qu'« une telle atteinte [était] caractérisée lorsque le délai de contestation d'une décision [...] cour[ait] du jour où la décision [était] prise non contradictoirement et que n'[était] pas assurée l'information des personnes admises à la contester ».

Il faut se garder de toute confusion : les problèmes soulevés par l'accès à la justice relèvent de la théorie de la personne, sujet de l'action, et non de la théorie de l'action elle-même. Les deux doivent être soigneusement distinguées. Toute personne peut s'adresser au juge pour être entendue sur le fond d'une prétention. La capacité d'ester en justice relève à l'évidence de la personne du justiciable. Comme Motulsky a pris soin de le souligner dans sa distinction entre l'accès à la justice et la recevabilité des prétentions, « l'accès aux tribunaux est le droit de mettre le mécanisme judiciaire en mouvement, il concerne la capacité d'ester en justice »³⁸⁵.

On comprend alors l'importance accordée à l'exigence de déterminabilité de l'obligation de ne pas agir en justice, dans la mesure où elle permet de s'assurer que celui qui s'engage ait conscience de la portée de son engagement, de l'atteinte qu'il porte à son droit fondamental d'agir en justice et où elle évite de porter une atteinte disproportionnée à sa liberté d'accéder à un juge.

Conclusion. – Les conditions de validité d'une convention ayant pour objet une action en justice et pour but, la transmission de cette action, sont, on l'a vu, particulières eu égard à la nature particulière de son objet. Les difficultés rencontrées pour la qualification des figures de transmission d'action en justice à titre principal reconnues par le droit positif, nous poussent à nous prêter également au jeu de la qualification des conventions de transmission d'actions en justice.

³⁸⁵ H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 85 à 100.

II – L’absence de compatibilité des figures du droit positif avec la transmission de l’action en justice

L’opération de la transmission de l’action en justice sera successivement confrontée à la figure de cession (A), à celles de la subrogation (B), à celle du mandat (C), à celle de la stipulation pour autrui (D) et enfin à celle de l’habilitation à agir en justice (E).

A – La cession de créance et la transmission de l’action en justice

Cette technique reçoit les faveurs d’une partie de la doctrine³⁸⁶ selon laquelle il s’agirait du meilleur procédé pour convenir de la transmission d’une action en justice. Mme Schütz vante la facilité de mise en œuvre de la cession qui ne nécessite pas de construction compliquée, à la différence de la stipulation pour autrui et du mandat d’ester, ni de consentement du vendeur, à la différence notamment de la délégation. La Cour de cassation avait d’ailleurs cédé à cette tentation dans un arrêt du 10 janvier 2006³⁸⁷ en admettant que « n’était pas contraire à l’ordre public la cession d’action tendant à la mise en jeu d’une responsabilité civile professionnelle ne faisant l’objet d’aucune restriction légale », avant de tempérer sa solution en la limitant aux cessions accessoires d’actions en responsabilité³⁸⁸.

La figure de la cession retranscrit aisément la volonté des parties de transmettre les recours liés à la vente. Elle permet au bénéficiaire du transfert d’être investi de toutes les prérogatives du cédant. Par exemple la renonciation du crédit bailleur à l’exercice de ses actions se déduit de sa volonté de les céder et de garantir la cession. Si le crédit-preneur se retrouve privé de l’efficacité des garanties cédées, il retrouve alors sa possibilité d’agir contre le bailleur au titre de l’article 1721 du Code civil. L’acceptation du bénéfice et de la charge des actions par le bénéficiaire locataire ne pose pas non plus de difficulté particulière.

³⁸⁶ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 203 ; M. Harichaux-Ramu, *op. cit.*, n° 38.

³⁸⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 10 janvier 2006, pourvoi n° 03-17.839, *Bull. civ. n° 6* ; *op. cit.*

³⁸⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-10.231, *Bull. civ. n° 433* ; *op. cit.*

Mais la pratique ne semble pas être encline à l'usage de cette technique. Cette réticence pouvait s'expliquer, jusqu'à la récente réforme du droit des obligations, par le lourd formalisme imposé par l'article 1690 du Code civil. Pour rappel, cet article conditionne l'opposabilité de la cession de créance aux tiers et plus particulièrement au débiteur cédé, à la signification de la cession à ce dernier ou à son acceptation dans un acte authentique. Pourtant quelques équivalents à ces lourdes formalités avaient été admis : ainsi l'assignation adressée au cédé contenant tous les éléments d'information sur la cession a été admise comme valant signification et donc accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil³⁸⁹. Ces formalités ne devraient donc pas constituer un obstacle insurmontable au transfert d'une action en justice puisque le cessionnaire accomplira naturellement ces formalités, en exerçant l'action en justice cédée.

Désormais, depuis le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, la simple notification au débiteur ou la prise d'acte par le débiteur de la cession de créance suffit à la lui rendre opposable. On pourrait être amené à en déduire, par un raccourci dans la réflexion, que cette simplification des formalités d'opposabilité de la cession de créance devrait encourager la pratique à recourir à cette technique de transmission pour le transfert d'une action en justice³⁹⁰. Il n'en est rien. En effet cette simplification est limitée aux seules cessions de créances et ainsi qu'on l'a vu précédemment, une action en justice ne peut être assimilée à une créance.

Par un jeu de mots peu adroit, on pourrait être amené à opérer une analogie entre la cession d'action en justice et la cession de droits litigieux, qu'il convient de présenter avant de l'écarter.

La cession de droits litigieux intéresse à la fois le droit de la vente mais également la procédure civile compte tenu de l'objet de la cession. Sachant cela, il est

³⁸⁹ Cass. Com., 26 janvier 1977, pourvoi n° 75-12.654, *Bull. civ. n° 27* ; Cass. Com., 4 juin 1996, pourvoi n° 94-14.768, *Bull. civ. n° 156* ; *D.* 1996. 630, note M. Billiau ; auparavant : Cass. civ., 13 novembre 1928, *D.H.* 1928, p. 605 ; Cass. Com., 18 février 1969, *D.* 1969. 354.

³⁹⁰ *V. supra*, p. 23.

facile de rapprocher la cession de l'action en justice qui rapproche également le droit de la vente et la procédure civile. Elle se situe « à la frontière du droit substantiel et de la procédure qui imprime ici fortement sa marque »³⁹¹. Toutefois la cession des droits litigieux a été délaissée par la doctrine moderne processualiste, aux mains des civilistes, dans la mesure où cette opération porte sur le droit substantiel et non sur l'action en justice. Elle est définie comme « une variété de cession de créance affectée d'un aléa en ce que le cédé attrait en justice conteste sa dette envers le cédant, ce qui lui ouvre la faculté d'exercer le retrait litigieux »³⁹². Cette définition ne permet pas de saisir complètement la réalité du retrait litigieux. Lui reprochant d'être trop restrictive, M. Savaux relevait qu'elle ne permettait pas de prendre en compte les cessions de droits litigieux portant sur des droits autres que des créances. Il a proposé de définir la cession de droits litigieux plutôt comme « la variété de cession, affectée d'un aléa, par laquelle le cédant transmet au cessionnaire un droit contesté ou susceptible de l'être »³⁹³. Cette définition nous paraît plus idoine à retranscrire la réalité de l'opération, dans la mesure où cette variété de cession est utilisée pour céder des droits litigieux en général et non pas seulement ceux pouvant faire l'objet d'un retrait litigieux. Le droit litigieux reçoit une définition restrictive de l'article 1700 du Code civil : « la chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit »³⁹⁴. Il ressort de l'interprétation restrictive appliquée par la jurisprudence³⁹⁵ que la reconnaissance d'un droit litigieux est soumise à deux conditions : il faut qu'un procès existe au jour de la cession et que dans le cadre de ce procès, le droit litigieux soit contesté au fond.

La condition de l'existence d'un procès au jour de la cession posait une difficulté quant à la date d'appréciation de l'existence du procès. Au regard des formalités d'opposabilité prescrites par l'article 1690 du Code civil, l'existence du procès devrait

³⁹¹ E. Savaux, « Cession de droits litigieux », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, novembre 2020, n° 6.

³⁹² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 12^e éd., 2018.

³⁹³ E. Savaux, *op. cit.*, n° 2.

³⁹⁴ Cass. Com., 12 novembre 2020, *inédit*, pourvoi n° 19-13.008 ; Cass. Com., 9 mai 2018, *inédit*, pourvoi n° 15-24.539 ; Cass. Com., 20 avril 2017, pourvoi n° 15-24.131, *Bull.* n° 52 ; Cass. Com., 22 février 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-19.578.

³⁹⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} mai 1866, *DP* 1866. 318 ; Cass. civ., 5 juillet 1819, *S.* 1819-1821. 93 ; Cass. Req., 24 janvier 1827, *S.* 1825-1827. 507 ; Cass. civ., 29 juillet 1868, *DP* 1868. 1. 376 ; v. récemment : Cass. Civ. 1^{re}, 20 janvier 2004, pourvoi n° 00-20.086, *Bull. civ.* n° 17 ; *JCP* 2004. II. 10033, concl. J. Sainte-Rose ; Cass. Com., 20 avril 2017, pourvoi n° 15-24.131, *Bull. civ.* n° 52 ; *AJ contrat* 2017. 281, obs. Valerio Forti ; *RTD civ.* 2017. 681, obs. P.-Y. Gautier.

être appréciée au jour où ces formalités ont été réalisées. La jurisprudence a tranché cette difficulté et a positionné la date d'appréciation de cette condition au jour de la cession³⁹⁶. La cession du droit litigieux devra donc intervenir après le début du procès³⁹⁷. Ici encore, on ne peut s'empêcher de faire le rapprochement avec le transmettant qui cède sa position dans le procès. En règle générale, la jurisprudence adopte une approche restrictive de la créance litigieuse³⁹⁸. Si la cession doit intervenir après le début du procès, encore faut-il que le contentieux soit toujours en cours au jour de la cession³⁹⁹. S'il n'y a plus de contentieux, soit il n'y a plus de droit litigieux parce que les prétentions du demandeur ont été rejetées ; soit le droit n'est plus litigieux parce que les prétentions du demandeur ont été accueillies. La fin du procès est traditionnellement marquée par l'intervention d'une décision statuant sur le fond du litige et devenue irrévocable, donc qui est revêtue de l'autorité de la chose jugée. Ainsi les droits cédés conservent leur caractère litigieux quand en raison d'un pourvoi en cassation, le litige n'était pas encore réglé lors de la cession⁴⁰⁰, ce qui est compréhensible dans la mesure où le pourvoi peut aboutir à la cassation de la décision attaquée et remettre les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient après le prononcé de la décision entreprise. Le litige est loin d'être fini dans une telle hypothèse. En revanche la simple possibilité d'un pourvoi ne permet pas de conserver le caractère litigieux du droit en cause⁴⁰¹. Le droit cesse également d'être litigieux lorsque l'instance disparaît par voie de conséquence d'une transaction ou encore par l'effet de la péremption de l'instance⁴⁰². Il est de considération générale que le procès débute par l'assignation du défendeur par le demandeur. Toutefois la seule assignation n'est pas suffisante. Encore faut-il que le défendeur discute du fond de la prétention adverse. La plupart du temps, cela consiste pour le défendeur à constituer avocat et au

³⁹⁶ Cass. Com., 3 janvier 1963, *Bull. civ. n° 5* ; Cass. Com., 28 juin 2005, *inédit*, pourvoi n° 03-17.691 ; Cass. Com., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-14.503, *Bull. civ. n° 238* (péremption d'instance intervenue avant l'offre de retrait) ; *D.* 2007. AJ 3068, obs. X. Delpech ; *LPA*, 30 octobre 2008, note Julie Traullé, et sur renvoi : Cass. Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-20.972, *Bull. civ. n° 14* ; *D.* 2012. 498, obs. X. Delpech ; *RDC* 2012. 838, obs. R. Libchaber ; Cass. Com., 2 octobre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-21.740 ; pour des applications récentes : Cass. Com., 22 février 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-19.578 ; Cass. Com., 20 avril 2017, pourvoi n° 15-24.131, *Bull. civ. n° 52, préc.* ; Cass. Com., 25 octobre 2017, *inédit*, pourvoi n° 16-15.096.

³⁹⁷ Cass. Com., 20 avril 2017, pourvoi n° 15-24.131, *Bull. civ. n° 52, préc.*

³⁹⁸ Cass. Com., 26 février 2002, pourvoi n° 99-12.228, *Bull. civ. n° 41* ; *Deffrénois* 2002. 767, obs. E. Savaux ; *RTD civ.* 2002. 532, obs. P.-Y. Gautier.

³⁹⁹ Cass. Com., 9 décembre 2020, *inédit*, pourvoi n° 19-13.005 ; Cass. Com., 25 octobre 2017, *inédit*, pourvoi n° 16-15.096.

⁴⁰⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 24 mars 1965, *Bull. civ. n° 219*.

⁴⁰¹ Cass. Req., 20 mars 1843, *DP* 1843. 1. 216.

⁴⁰² Cass. Com., 13 novembre 2007, *inédit*, pourvoi n° 06-14.503 ; Cass. Com., 25 octobre 2017, *inédit*, pourvoi n° 16-22.112.

dépôt de conclusions contraires aux prétentions du demandeur. En outre, il est également nécessaire que la prétention du demandeur mette en cause le droit litigieux cédé. Il est admis que l'arbitrage⁴⁰³, la conciliation ou la médiation révèlent l'existence d'un contentieux sur le droit.

L'existence d'un procès en cours au moment de la cession ne suffit pas à caractériser le droit cédé comme litigieux. Encore faut-il que ce droit fasse l'objet d'une contestation au fond. Cette condition est nécessaire au caractère spéculatif et aléatoire de la cession. L'existence du droit litigieux cédé et/ou son étendue doit être mise en cause devant un juge⁴⁰⁴. Dans une procédure par défaut, le droit n'est pas considéré comme litigieux tant qu'une opposition n'a pas été formée, sans contestation des prétentions du demandeur⁴⁰⁵. Cette condition s'apprécie donc tant au regard de la procédure que du droit substantiel. Aucune contestation du fond du droit ne peut être caractérisée lorsque le défendeur soulève une exception de procédure et ne conteste donc pas le fond des prétentions du demandeur. La défense au fond est de toute évidence la plus apte à révéler une contestation du fond du droit. Le défendeur doit donc répondre aux prétentions du demandeur par des moyens tendant à leur rejet comme étant non fondées. Certaines fins de non-recevoir peuvent également traduire une contestation du fond du droit, même si suivant l'article 122 du Code de procédure civile, ces fins de non-recevoir « tend(ent) à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond pour défaut de droit d'agir ». La contestation au fond doit également porter sur l'existence ou sur l'étendue du droit considéré⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Cass. Civ. 1^{re}, 9 janvier 1974, pourvoi n° 72-14.488, *Bull. civ. n° 12* ; *RTD civ.* 1974. 808, obs. Yvon Loussouarn ; Cass. Civ. 1^{re}, 28 février 2018, pourvoi n° 16-22.112, *Bull. civ. n° 35* ; *D.* 2018. 1934, obs. Louis d'Avout et Sylvain Bollée ; *ibid.* 2448, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2018. 411, obs. H. Barbier ; *ibid.* 431, obs. P.-Y. Gautier ; *Rev. crit. DIP* 2018. 862, note Horatia Muir Watt ; *JCP G* 2018 n° 23, 4 juin 2018, 640, note Philippe Casson ; *RDC* 2018. 354, obs. R. Libchaber ; *Procédures* n° 5, Mai 2018, comm. 148, L. Weiller.

⁴⁰⁴ Cass. Com., 28 juin 2005, *inédit*, pourvoi n° 03-17.691 ; Cass. Com., 6 janvier 2010, *inédit*, pourvoi n° 08-17.158 ; Cass. Com., 3 juillet 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-20.276.

⁴⁰⁵ Tel est le cas dans l'hypothèse d'une procédure d'injonction de payer : Cass. Com., 12 novembre 2015, pourvoi n° 14-23.401, *Bull. civ. n° 275* ; *D.* 2016. 355, note Gatien Casu ; Cass. Com., 22 février 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-19.578 ; Cass. Civ. 1^{re}, 6 septembre 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-23.722.

⁴⁰⁶ La Cour de cassation procède à une application stricte de cette condition (à propos d'une contestation sur la justification du calcul des intérêts : Cass. Com., 26 février 2002, pourvoi n° 99-12.228, *Bull. civ. n° 41*, *préc.* ; à propos d'une contestation sur les modalités du partage des droits successoraux indivis : Cass. Civ. 1^{re}, 30 octobre 1968, *Bull. civ. n° 255*).

La notion de droits litigieux est plus large que la définition restrictive proposée par l'article 1700 du Code civil. Pothier avait proposé la définition suivante : la créance litigieuse est celle qui est contestée, ou pouvant l'être, pour partie ou en sa totalité, par le prétendu débiteur, que le procès soit déjà commencé ou non et auquel cas qu'il y ait lieu de l'appréhender⁴⁰⁷. Donc sa seule capacité à donner lieu à contestation devrait suffire, sous réserve que cette contestation soit sérieuse⁴⁰⁸. Cette conception large a vocation à s'appliquer lorsqu'il est question de droits litigieux en général, et plus particulièrement lorsqu'il s'agit de l'incapacité spéciale d'acquiescer des droits litigieux posée par l'article 1597 du Code civil. La jurisprudence statue depuis longue date en ce sens⁴⁰⁹. Comme en matière de retrait litigieux, l'appréciation du caractère litigieux des droits cédés relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond qui doivent se placer au jour de la cession⁴¹⁰. Une cession de droits litigieux ne peut être qualifiée ainsi en l'absence de tout caractère aléatoire. Si cet aléa ne fait aucun doute lorsque le procès est déjà engagé, l'existence d'un aléa peut être plus délicat à caractériser lorsqu'il s'agit d'une simple menace de procès. Tout en stigmatisant les « odieux acheteurs de procès », Pothier considérait que la cession de droits litigieux transmettait plus l'action en justice que le droit lui-même⁴¹¹. Ce n'est pas la conception retenue de nos jours : la cession de droits litigieux porte sur un droit substantiel dont le caractère douteux attribue le caractère aléatoire à l'opération.

Bien que permettant à celui qui ne peut assumer les coûts d'un procès, de réaliser son droit, une telle figure est stigmatisée parce qu'elle paraît introduire la spéculation dans le procès. Ce dilemme entre les besoins de celui qui n'a pas les moyens nécessaires pour soutenir un procès et le risque d'introduire la spéculation dans le procès,

⁴⁰⁷ Robert Joseph Pothier, *Traité des retraits, pour servir d'appendice au Traité du contrat de vente*, dans Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français, éditeurs : Debure l'aîné, Paris, J. Rouzeau-Montaut, Orléans, 1762, p. 108, n° 583.

⁴⁰⁸ Cass. Req., 6 août 1874 : *DP* 1975. 1. 269.

⁴⁰⁹ Cass. Req., 11 février 1851 : *DP* 1851. 1. 242 ; Cass. Req., 6 août 1874 : *DP* 1975. 1. 269 ; *S.* 1874. 423 ; Cass. Req., 27 novembre 1866, *S.* 1867. 396. La Cour de cassation a limité sa jurisprudence : Cass. Req., 9 juin 1925, *S.* 1825-1827. 134 (écartant l'incapacité de l'article 1597 du Code civil dans l'hypothèse d'une cession de créances liquides résultant d'obligations et de condamnations).

⁴¹⁰ Cass. Req., 11 février 1851, *op. cit.* ; Cass. Req., 29 novembre 1866 ; *S.* 1867. 1. 396 ; pour des applications récentes : Cass. Com., 12 juillet 2011, *inédit*, pourvoi n° 10-15.934 ; Cass. Com., 5 avril 2011, *inédit*, pourvoi n° 08-21.180.

⁴¹¹ R.-J. Pothier, *op. cit.*, n° 583.

et donc le marché dans le monde de la justice, est similaire à celui rencontré avec les sociétés de financement de procès, ou encore avec les sociétés de défense en justice. Ce dilemme peut également potentiellement se rencontrer dans la situation qui intéresse la présente étude : la transmission de l'action en justice, dans la mesure où celui qui n'est pas en mesure de soutenir un procès, peut décider de permettre à une autre personne qui, elle, a les moyens de soutenir le procès d'agir en son lieu et place, de prendre sa place dans le procès.

Les risques de spéculation que pourrait faire naître la cession de droits litigieux ont toutefois été limités par la loi. Le prix de la cession est nécessairement inférieur à la valeur du droit transmis, compte tenu de l'aléa affectant la réalisation du droit transmis. Aucun régime général de cession de droits litigieux n'ayant été défini, une telle cession est donc soumise au régime applicable au type de transmission auquel elle se rapporte (vente, donation...), sous réserve de l'incapacité spéciale d'acquérir de l'article 1597 du Code civil et du retrait litigieux. Bien que s'agissant d'une cession, lorsqu'elle porte sur un droit immobilier, elle ne peut pas donner lieu à rescision pour lésion. En outre, le cédant n'est pas tenu à garantie, sauf stipulation contraire, même s'agissant de l'existence du droit cédé.

L'acquisition des droits litigieux a été fermée par l'article 1597 du Code civil aux juges et à leurs suppléants, aux magistrats remplissant les fonctions du Ministère public, aux greffiers, aux huissiers, aux avocats, aux défenseurs officieux et aux notaires. Il leur est ainsi fait interdiction de devenir cessionnaires des « procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions (...) et des dépens, dommages et intérêts ». La violation de cette interdiction est sanctionnée par la nullité, bien que la nature de cette nullité et les titulaires de l'action en nullité demeurent une donnée inconnue. Desjardins⁴¹² a retracé l'origine de l'incapacité spéciale d'acquérir de l'article 1597 du Code civil, à une ordonnance de 1356 par laquelle Charles V interdisait la cession des dettes à des personnes plus puissantes, à tout officier du roi ou à d'autres, à personne privilégiée de scolarité. Cette interdiction a été ensuite renouvelée par Henri III en 1585. La violation de cette interdiction était alors sanctionnée

⁴¹² A. Desjardins, *Revue pratique de droit français*, t. 29, 1870, p. 451.

par la nullité des transports, la déchéance du droit pour le cédant, une amende arbitraire pour le cessionnaire et la restitution des frais ou loyaux coûts et dépens par celui-ci à la partie adverse⁴¹³. Les craintes étaient celle de l'influence des personnes plus puissantes sur la décision des juges et celle que le privilège de juridiction bénéficiant aux personnes privilégiées ôte au plaideur le bénéfice du juge auquel il aurait normalement dû présenter ses prétentions. Une ordonnance de 1521 et plus particulièrement, son article 23, interdisait aux juges et officiers d'acquérir, par vente, donation ou autrement, directement ou indirectement, par eux-mêmes ou par personnes interposées « les biens estant en querelle ou procès par devant eux ou en leur cour et jurisdiction, où ils auront quelque pouvoir, puissante et autorité par office »⁴¹⁴. Cette ordonnance a été renouvelée par une ordonnance d'Orléans de janvier 1560, et étendue aux « avocats, procureurs et sollicitateurs des parties », pour le regard des seules causes et procès dont ils auraient charge, la violation de cette interdiction étant alors sanctionnée par une « punition exemplaire ». Encore l'article 94 du code Michau de janvier 1629 interdisait également à tous juges, avocats, procureurs, clerks, sollicitateurs d'acquérir aucune dette litigieuse.

La vocation de l'interdiction spéciale d'acquérir de l'article 1597 du Code civil est évidente : il s'agit d'éviter que des personnes investies de fonctions se rapportant à la justice usent de leur situation « privilégiée » pour spéculer sur des droits litigieux en les acquérant à vil prix, et ensuite user de leurs situations pour faire triompher leurs prétentions. Elle est donc fondée sur un souci de dignité de ceux dont la profession se rapporte à la justice. Cette dignité serait nécessairement atteinte si les intéressés qui ont acquis les droits litigieux sollicitaient des juridictions auprès desquelles ils exercent leur profession, de consacrer les droits litigieux acquis. Autrement dit il s'agit d'éviter les abus d'influence et tout soupçon injurieux à l'égard de ceux dont la profession se rapporte à la justice.

Cette interdiction est limitée dans l'espace. Seules sont interdites les cessions de droits litigieux à titre onéreux dont l'examen des prétentions portant sur les droits litigieux relèvent de la compétence du tribunal dans le ressort duquel les personnes visées

⁴¹³ cité par A. Desjardins, *op. cit.* : Le Prestre, *Questions notables*, éd. 1679, 1^{re} centurie, ch. 93, n° 37.

⁴¹⁴ A. Desjardins, *op. cit.*

par l'interdiction exercent leur fonction. Il en résulte donc que les magistrats de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat ne peuvent acquérir aucun droit litigieux pouvant être débattu devant n'importe quel tribunal français. En revanche un juge d'une autre juridiction peut valablement acquérir un droit litigieux tant que le litige afférent ne relève pas de la juridiction à laquelle il appartient. La Cour de cassation a un peu plus ouvert la porte de l'interdiction : un juge consulaire, même s'il exerce ses fonctions dans le ressort du tribunal compétent pour connaître des prétentions portant sur les droits litigieux en cause, peut les acquérir, sous réserve qu'il n'exerce pas ses fonctions auprès de ce tribunal⁴¹⁵, alors même que le juge consulaire exerçait ses fonctions dans le même ressort que le tribunal compétent pour connaître des prétentions sur les droits litigieux cédés. Les huissiers⁴¹⁶ et les greffiers font l'objet de la même incapacité d'acquérir que celles des magistrats. Concernant les avocats, cette interdiction est limitée aux droits litigieux relevant de la compétence des tribunaux auprès desquels ils exercent leurs fonctions d'assistance et de représentation⁴¹⁷. Les avocats ne peuvent en aucun cas acquérir un droit faisant l'objet d'un litige dans lequel ils doivent intervenir. Enfin, concernant les notaires⁴¹⁸, il convient de se référer au tribunal de grande instance devant lequel ils ont prêté serment. La validité de la cession des droits litigieux acquis par l'une des personnes visées par l'article 1597 du Code civil s'évalue au jour de la cession. En effet si la personne intéressée n'a été nommé que postérieurement à la cession auprès de la juridiction compétente pour connaître du litige, la cession peut être considérée comme régulière.

L'article 1597 du Code civil prévoit que la violation de cette incapacité est sanctionnée, outre le paiement de dépens et d'éventuels dommages et intérêts, par la nullité de la cession. Le cédant recouvrera donc son droit, et le prix de la cession devra être restitué au cessionnaire incapable. Aucune précision n'est apportée par le législateur sur la nature de la nullité ni sur l'identité des titulaires de l'action en nullité. Un arrêt du 15 mai 1991⁴¹⁹ de la Cour de cassation nous apporte quelques précisions sur les titulaires

⁴¹⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 5 juin 2008, pourvoi n° 06-18.967, *Bull. civ. n° 164* ; *RTD com.* 2009. 431, obs. B. Bouloc.

⁴¹⁶ Pour un exemple d'application : Cass. Civ. 1^{re}, 18 décembre 2014, *inédit*, pourvoi n° 13-11.510.

⁴¹⁷ Pour un exemple d'application : Cass. Civ. 3^e, 15 mai 1991, pourvoi n° 89-19.455, *Bull. civ. n° 146* ; *D.* 1992. Somm. 195, obs. Gilles Paisant ; *RTD civ.* 1992. 406, obs. P.-Y. Gautier.

⁴¹⁸ Pour un exemple d'application : Cass. Civ. 1^{re}, 27 novembre 2008, *inédit*, pourvoi n° 07-18.225.

⁴¹⁹ Cass. Civ. 3^e, 15 mai 1991, pourvoi n° 89-19.455, *Bull. civ. n° 146*, *préc.*

de l'action en justice. Elle a ainsi posé que l'incapacité spéciale d'acquérir de l'article 1597 du Code civil relevait de considérations de morale publique et que la nullité qui vient sanctionner la violation de cette incapacité pouvait être invoquée tant par le cédant des droits litigieux que par la partie qui a émis des prétentions sur tout ou partie de ces droits ; ce qui semble faire pencher la balance vers une nullité absolue. Il convient de préciser que la nullité de la cession n'est pas la seule solution offerte au débiteur cédé. Il peut également solliciter le retrait litigieux, sous réserve que les conditions en soient réunies. D'un côté, la nullité entraîne le retour du droit dans le patrimoine du cédant, qui peut alors continuer la procédure. De l'autre, le retrait litigieux a l'avantage de mettre fin au litige. Toutefois en exerçant le retrait litigieux, le débiteur cédé est considéré comme admettant également la validité de la cession affectée de la nullité de l'article 1597 du Code civil⁴²⁰.

Pothier⁴²¹ considérait le retrait litigieux comme « le droit de prendre le marché d'un autre, et de se rendre acheteur à sa place ». Il tend à « subroger, en tous les droits résultants du contrat, la personne du retrayant (tiers qui exerce le retrait) à celle de l'acheteur sur qui le retrait est exercé ». Ce mécanisme régi par les articles 1699 à 1701 du Code civil permet au débiteur cédé (retrayant) de se faire attribuer le droit cédé en remboursant au cessionnaire (retrayé) les frais qu'il a exposés pour l'acquérir ; ce qui est attrayant pour le retrayant, le prix payé au titre de la cession étant nécessairement inférieur au droit litigieux cédé.

Il n'est autorisé que si les droits présentent le caractère litigieux au sens de l'article 1700 du Code civil et que la cession relève de l'article 1699 du même Code. En l'absence de précisions apportées par les articles 1699 et 1700 du Code civil, la jurisprudence s'est chargée de définir les cessions de droits litigieux pouvant donner lieu à retrait. Ainsi ne peuvent donner lieu à un retrait les conventions qui tiennent plus du pacte de *quota litis* que de la cession de droits litigieux⁴²². Le retrait litigieux est également exclu lorsque la cession des droits litigieux ne prévoit pas une contrepartie

⁴²⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 18 décembre 2014, *op. cit.*

⁴²¹ R.-J. Pothier, *op. cit.*, p. 1, n° 1.

⁴²² Cass. civ., 21 décembre 1903, *DP* 1908.1. 377 ; Cass. Req., 28 mai 1813, *DP* 1916. 1. 271.

consistant en un prix fixé⁴²³. La problématique de la contrepartie dans la cession de droits litigieux pose nécessairement la question de la nature de cette contrepartie : doit-elle obligatoirement consister en une somme d'argent ou bien la cession de droits litigieux peut-elle consister en un échange ? Il convient de distinguer selon que le retrayant peut se substituer au cessionnaire dans sa relation avec le cédant. Le retrait litigieux est écarté dans l'hypothèse d'une cession de droits litigieux consistant en un échange dans lequel le retrayant ne peut se substituer au cessionnaire. Il est admis si le retrayant peut procurer au cessionnaire ce qu'il a échangé contre les droits litigieux. Une nette tendance à une application extensive du retrait litigieux s'est dessinée dans la jurisprudence. Le retrait litigieux est ainsi admis même lorsque la cession stipule une clause réservant les résultats d'une procédure en cours. Cette réserve, de par son caractère aléatoire, n'empêcherait pas que la cession ait quand même pour objet des droits litigieux.

Traditionnellement le retrait litigieux est écarté lorsque le droit litigieux est accessoire au droit principal non litigieux⁴²⁴. L'acquéreur ne spécule pas sur le droit litigieux puisqu'il l'acquiert par l'effet d'une cession portant sur des droits qui ne font l'objet d'aucune contestation au fond. Il est également écarté quand il porte sur des droits dont l'existence même dépend du procès puisque le retrait litigieux a pour vocation de mettre fin au litige⁴²⁵. L'article 1701 du Code civil exclut expressément trois situations du retrait litigieux : la cession à un cohéritier ou à un copropriétaire, la cession à un créancier en paiement de ce qui lui est dû, la cession faite au possesseur de l'héritage sujet du droit litigieux. Ces trois situations excluent tout caractère spéculatif. Dans ces trois hypothèses le cessionnaire cherche essentiellement à conforter sa position ou d'en acquérir une meilleure.

L'exercice du retrait litigieux est lui-même soumis à certaines conditions, même si le Code civil offre peu d'indications quant à sa mise en œuvre. Son article 1699 indique seulement que le retrayant doit verser au cessionnaire le « prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a

⁴²³ Cass. Civ. 1^{re}, 12 mars 1957, *JCP* 1957. II. 10005, note Olivier Blin.

⁴²⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 19 mars 1957 ; *Gaz. Pal.*, 1957. 2. 33.

⁴²⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 30 juin 1981, pourvoi n° 79-12.531, *Bull. civ.* n° 238.

payé le prix de la cession à lui faite »⁴²⁶. La jurisprudence, fidèle à elle-même, s'est chargée de combler ces lacunes concernant la qualité du retrayant, le moment et le mode d'exercice du retrait litigieux.

La Cour de cassation a conditionné l'exercice du retrait à la qualité de défendeur du retrayant à l'instance en contestation du droit litigieux⁴²⁷. Cette règle est fondée sur l'idée que le retrait constitue une protection que l'article 1699 du Code civil réserve à celui qui est menacé par une action intentée par le cessionnaire de droits litigieux. M. Savaux a dénoncé cette application « désordonnée » de cette règle par la jurisprudence⁴²⁸. Selon lui la qualité de défendeur du retrayant n'est pas indispensable à toutes les situations de retrait litigieux⁴²⁹. L'application de cette règle exigerait en réalité que la qualité de retrayant soit appréciée au regard de l'instance au fond portant sur le droit litigieux cédé. La jurisprudence a semblé se rallier à cette analyse : ainsi tout en rappelant la condition de la qualité du défendeur du retrayant à l'instance en contestation de la créance, la Cour de cassation a admis l'exercice par le débiteur cédé du retrait litigieux, sous forme particulière, au besoin par une action engagée à cette fin⁴³⁰. Dans le

⁴²⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 17 janvier 2018, pourvoi n° 16-21.097, *Bull.* n° 7 ; *JCP E et A*, n° 17, 26 avril 2018, 1205 comm. Richard Marty ; *CCC*, n° 4, avril 2018, comm. 62, comm. L. Leveneur.

⁴²⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 14 février 1966, *Bull. civ.* n° 112 ; confirmé ensuite par : Cass. Civ. 1^{re}, 10 janvier 1967, *Bull. civ.* n° 12 ; Cass. Com., 26 mars 1973, pourvoi n° 71-14.712, *Bull. civ.* n° 133 ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 janvier 2004, pourvoi n° 00-20.086, *Bull. civ.* n° 17, *préc.* ; Cass. Com., 28 juin 2005, *inédit*, pourvoi n° 03-17.691 ; Cass. Com., 15 janvier 2013, pourvoi n° 11-27.298, *Bull. civ.* n° 3 ; Cass. Com., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-27.423, *Bull. civ.* n° 48 ; *RTD civ.* 2013. 376, obs. H. Barbier ; *RDC* 2013. 997, obs. Sophie Pellet ; Cass. Civ. 3^e, 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-24.372, *Bull. civ.* n° 153 ; *CCC*, n° 2, Février 2015, comm. 28, obs. L. Leveneur ; *JCP* 2015 n° 4, 26 janvier 2015, 83, obs. Chr. Lebel ; *JCP* 2015, n° 426, obs. L. Mayer.

⁴²⁸ E. Savaux, *op. cit.*, n° 98.

⁴²⁹ M. Savaux cite plusieurs arrêts de la Cour de cassation au soutien de son affirmation. Par exemple dans un arrêt du 26 mars 1973 (Com., 26 mars 1973, pourvoi n° 71-14.712, *Bull. civ.* n° 133), la chambre commerciale avait refusé la substitution dans une cession de brevet à un tiers qui était poursuivi en contrefaçon au motif que c'est ce tiers demandeur à l'exception de nullité du brevet qui lui était opposé qui avait rendu la propriété du brevet litigieuse. La solution retenue apparaît des plus rigides et strictement procédurale. Certes ce tiers avait bel et bien présenté une demande : la nullité du brevet. Mais sa prétention venait au soutien de sa prétention principale : le rejet de la demande initiale à laquelle il faisait obstacle. Dans un autre arrêt du 15 février 2011 (Com., 15 février 2011, *inédit*, pourvoi n° 07-19.713), la chambre commerciale avait adopté une position beaucoup plus souple. En l'espèce plusieurs décisions avaient rejeté les demandes du retrayant en raison de sa qualité de demandeur à l'instance. Ces décisions sont par la suite passées en force de chose jugée. Le débiteur s'est ensuite opposé à la saisie immobilière engagée à son encontre par le cessionnaire en recouvrement de la créance qu'il avait acquise, en sollicitant l'exercice du retrait litigieux. Alors même que la procédure d'exécution n'a pas vocation à trancher un litige sur le fond du droit, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui avait fait droit à la demande du retrayant au motif qu'il avait la qualité de défendeur à l'instance.

⁴³⁰ En ce sens : Cass. Com., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-27.423, *Bull. civ.* n° 48, *op. cit.*

respect de l'interdiction du paiement des créances antérieures⁴³¹, la Cour de cassation a écarté l'exercice du retrait litigieux par le débiteur retrayant faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire⁴³² puis dans une autre espèce relative à un retrayant en liquidation judiciaire⁴³³. La Cour de cassation avait également exclu le retrait litigieux du champ de l'action oblique, le retrait litigieux n'ayant été introduit qu'au profit du débiteur⁴³⁴. Or l'article 1341-1 nouveau (anciennement 1166) du Code civil exclut du champ d'application de l'action oblique, les seuls droits et actions qui sont exclusivement rattachés à la personne du débiteur. Il semble donc que la jurisprudence ait assimilé le retrait litigieux à un droit exclusivement rattaché à la personne du débiteur, et que le retrait litigieux relève plus d'une faculté du débiteur que d'un droit. Or les facultés sont traditionnellement exclues du champ d'application de l'action oblique⁴³⁵.

Le retrait litigieux ne concernant que les droits litigieux cédés, il n'est, en toute logique, autorisé qu'autant que le droit cédé est litigieux, ainsi que le retient la jurisprudence depuis longue date⁴³⁶. Il doit être invoqué à titre principal et non à titre subsidiaire⁴³⁷ dans les demandes du retrayant, puisque s'il était invoqué à titre subsidiaire, le juge sera amené à statuer sur la demande de retrait après qu'il ait statué sur les demandes sur le droit litigieux, soit après que ce dernier ait perdu son caractère litigieux⁴³⁸. Si le retrait litigieux doit être invoqué à titre principal, il n'est pas pour autant exigé qu'il soit invoqué *in limine litis* puisque le droit litigieux suppose qu'il y ait une contestation au fond et que le défendeur ait répondu à cette dernière. La jurisprudence a

⁴³¹ Articles L. 622-7 (pour la sauvegarde), L. 631-14 (pour le redressement judiciaire) et L. 641-3 du Code de commerce.

⁴³² Cass. Com., 12 octobre 2004, pourvoi n° 03-11.615, *Bull. civ.* n° 183 ; *RTD civ.* 2005. 417, obs. P.-Y. Gautier ; *LPA*, 11 avril 2005, p. 15, note Hervé Lecuyer ; Cass. Com., 12 janvier 2010, *inédit*, pourvoi n° 08-21.370 ; Cass. Com., 21 novembre 2006, *inédit*, pourvoi n° 05-11.648.

⁴³³ Cass. Com., 14 février 2006, *inédit*, pourvoi n° 04-13.907.

⁴³⁴ Cass. Req., 6 juillet 1847, *DP* 1847. 4. 426.

⁴³⁵ Pour une application récente : Cass. Com., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-14.592, *Bull. civ.* n° 222, à propos de l'exclusion du droit de retrait d'un associé du champ d'application de l'action oblique ; *D.* 2013. 751, note Jacques Moury ; *ibid.* 2729, obs. Anne Rabreau ; *Rev. sociétés* 2013. 228, note Arnaud Reygrobelle ; *RTD com.* 2013. 107, obs. Marie-Hélène Monsérié-Bon ; v. également, Richard Marty, « Le droit de retrait en matière de cession de créances ou l'expropriation pour cause de spéculation », *JCP E* 2009, n° 6, 5 février 2009, 1134.

⁴³⁶ Cass. Com., 21 octobre 1963, *Bull. civ.* n° 424 ; pour une application récente : Cass. Com., 2 octobre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-21.740.

⁴³⁷ Cass. Req., 3 février 1868, *DP* 1868. 1. 396 ; Cass. Req., 26 décembre 1893, *DP* 1895. 1. 529.

⁴³⁸ En ce sens : Cass. Req., 20 février 1872, *DP* 1872. 1. 238 ; Cass. Req., 10 décembre 1872, *DP* 1873. 1. 351.

même admis un retrait litigieux demandé pour la première fois en appel⁴³⁹, à la condition qu'il ait été invoqué à titre principal et avant qu'il ne soit statué sur le droit en litige. Comme l'avait précisé la Cour de cassation⁴⁴⁰, aucune forme particulière n'est requise pour la manifestation par le retrayant de sa volonté d'exercer le retrait. Il peut le faire par tout moyen, pourvu que le retrait n'apparaisse pas comme un moyen subsidiaire. En revanche, par arrêt du 30 juin 1981, la Cour de cassation a semblé écarter l'exercice du retrait litigieux lorsque ce dernier ne confère au retrayant que des droits dont l'existence dépend de l'issue du procès auquel ce retrait ne met pas fin⁴⁴¹. Cette solution paraît légitime dans la mesure où on attend normalement du retrait litigieux qu'il mette fin au litige.

Classiquement le retrait litigieux n'est pas subordonné au remboursement préalable du prix réel de la cession au cessionnaire, ni à la consignation des sommes à payer au cessionnaire. Une jurisprudence constante se contente de l'offre du retrayant de rembourser le cessionnaire⁴⁴². Le « prix réel » visé par l'article 1699 du Code civil correspond à celui qui est effectivement payé par le cessionnaire. Il ne correspond pas nécessairement à celui mentionné sur l'acte. En retenant le contraire, il serait aisé pour les parties de paralyser le retrait en stipulant un prix de cession fictif mais dissuasif⁴⁴³.

⁴³⁹ Cass. Req., 28 janvier 1836.

⁴⁴⁰ Cass. Com., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-27.423, *Bull. civ. n° 48, op. cit.*

⁴⁴¹ Cass. Civ. 1^{re}, 30 juin 1981, pourvoi n° 79-12.531, *Bull. civ. n° 238*. Mais l'espèce de cet arrêt atténue quelque peu la force conférée à cette solution par sa publication au *Bulletin* : une clause de l'acte de cession soumettait la cession des parts à la confirmation absolument définitive du titre de propriété du cédant par une décision non susceptible de pourvoi. Comme l'a soulevé M. Savaux, la stipulation de cette condition suspensive aurait pu traduire l'absence de volonté des parties de céder les droits litigieux, et donc l'exclusion du retrait litigieux. Il est également à relever dans cette espèce, à l'instar de M. Savaux, que le retrayant avait sollicité l'exercice du retrait après que les droits cédés aient perdu leur caractère litigieux par l'effet du rejet du pourvoi qui avait été formé contre l'arrêt ayant prononcé la nullité de la première cession des droits litigieux.

⁴⁴² Cass. Req., 26 décembre 1893, *DP* 1895. 1. 529.

⁴⁴³ La question a pu se poser de celle de l'incidence de la fixation du prix de remboursement en fonction du résultat de l'action en recouvrement, sur le retrait litigieux. Dans une telle hypothèse, la créance litigieuse est cédée pour un prix déterminé de base auquel vient s'ajouter une somme déterminée si la créance recouvrée dépassait un montant déterminé. C'est la situation sur laquelle la chambre commerciale de la Cour de cassation a été amenée à statuer dans un arrêt du 13 novembre 2007. Le cessionnaire soutenait que dans la mesure où le retrait nécessitait le remboursement du prix réel de cession, il ne pouvait être accordé lorsque ce prix, en totalité ou en partie, était conditionné au résultat du procès au cours duquel le fond du droit cédé est contesté. La Cour de cassation a rejeté la prétention du cessionnaire en décidant que l'existence d'un prix complémentaire dépendant du résultat du procès, ne présentant pas de caractère aléatoire puisqu'il est déterminé et soumis à une condition de perception, ne fait pas obstacle au retrait litigieux. Le prix de la cession n'est pas indéterminé. Une contrepartie existe et son montant varie en fonction d'un élément incertain. Il faut en déduire que si l'intégralité du prix était fixée en fonction du résultat du procès, le retrait litigieux n'aurait pas pu être admis.

Le « prix réel de la cession » comprend, outre le prix qu'a versé le cessionnaire au cédant, les « frais et loyaux coûts » – c'est-à-dire les dépenses exposées par le cessionnaire pour la cession –, ainsi que les « intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite ».

Une fois le retrait effectué, le cessionnaire qui a été remboursé par le débiteur retrayant perd sa qualité et son intérêt à agir par rapport au droit qui était l'objet de la contestation. L'instance même à laquelle le droit a donné lieu doit disparaître, soit à titre accessoire au droit quand le retrait entraîne son extinction par confusion, soit à titre principal lorsque le droit subsiste en la personne du débiteur retrayant qui ne trouve plus alors de demandeur à qui s'opposer.

Il résulte des développements précédents que la convention de transfert d'actions, même si la tentation est grande, ne peut être assimilée à la cession de droits litigieux. Une telle analogie est à proscrire puisqu'elle reviendrait à confondre le droit litigieux et l'action en justice. L'action en justice ne peut être, comme le droit litigieux, l'objet du litige, sauf à se retrouver dans la situation ubuesque où un demandeur introduirait une action en justice pour obtenir la reconnaissance ou l'exécution... d'une action en justice. Dans l'hypothèse de la clause de direction du procès, c'est la dette de l'assuré envers la victime qui pourra être qualifiée de litigieuse en ce qu'il y aura un procès et une ou plusieurs contestation(s) sur le fond du droit. Mais cette dette n'est pas transmise à l'assureur. Il lui appartiendra de payer cette dette, si elle est établie, au titre du contrat d'assurance. Et ce qui excède le montant de la garantie de l'assureur demeurera à la charge de l'assuré.

Il convient donc de se garder de toute assimilation de la transmission d'action en justice à la cession de droits litigieux. En revanche, pour respecter la pure tradition du droit français qui ne mêle pas l'argent avec les affaires de justice, il ne serait pas inintéressant de s'interroger sur l'opportunité d'appliquer l'incapacité spéciale de l'article 1597 du Code civil, aux conventions de transmissions d'actions en justice. A supposer que l'une des personnes visées à l'article 1597 du Code civil, un juge par exemple, reçoive une action en justice du transmettant, les mêmes considérations développées

précédemment sur cette incapacité spéciale semblent pouvoir s'appliquer ici : il s'agit d'éviter que des personnes investies de fonctions se rapportant à la justice usent de leur situation « privilégiée » pour spéculer sur l'acquisition d'actions en justice, et ensuite user de leurs situations pour faire triompher leurs prétentions. Une telle exclusion, on l'a vu, est fondée par un souci de dignité de ceux dont la profession se rapporte à la justice : elle vise à éviter les abus d'influence et tout soupçon injurieux à l'égard de ceux dont la profession se rapporte à la justice.

Lorsqu'on aborde la technique de la cession de manière plus générale, dans la recherche d'un fondement à la convention de transfert d'action, il est vrai qu'on a le plus souvent à l'esprit la cession des créances de somme d'argent. Pourtant le domaine des cessions de créances ou des droits incorporels est bien plus vaste, comme en témoigne l'article 1689 du Code civil. Cet article, bien que désormais inapplicable aux cessions de créances depuis la réforme de 2016, évoque « le transport (...) d'une action sur un tiers » et la réforme de 2016 n'est pas revenue sur cette formulation. Est-ce à penser que le législateur n'est pas foncièrement défavorable à la transmission d'une action en justice ? M. Cayrol avait également relevé un autre argument tiré du Code civil⁴⁴⁴ en son article 1935 qui dispose que « l'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix », dont il a ensuite atténué la force. Il a ainsi souligné que cette cession d'action admise par l'article 1935 du code civil était en réalité une cession de créance dans la mesure où l'action contre l'acheteur est une action en paiement du prix et où il ne serait pas compréhensible que le déposant exerce une action contre l'acheteur sans conserver le prix. Il convient de suivre la mise en garde de M. Cayrol et de rester prudents lorsqu'il s'agit d'user d'arguments tirés de la rédaction des textes du Code civil⁴⁴⁵. En effet, il paraît fort probable que les rédacteurs du Code civil, en évoquant l'idée d'une cession d'actions, avaient à l'esprit la cession du droit subjectif substantiel auquel cette action est liée, participant par là à la confusion entre le droit subjectif substantiel et l'action en justice.

⁴⁴⁴ N. Cayrol, *op. cit.*, p. 96, n° 157.

⁴⁴⁵ N. Cayrol, *op. cit.*

La Cour de cassation, ainsi qu'il l'a été précédemment évoqué,⁴⁴⁶ a pu retenir à plusieurs reprises la qualification de cession de créance pour fonder une clause de transfert d'action insérée dans le contrat de crédit-bail. La cession des recours du crédit bailleur au crédit-preneur peut devenir opposable au fournisseur simplement par l'assignation ou la signification d'écritures dès lors qu'elles contiennent tous les éléments d'information sur la cession⁴⁴⁷. En vue de faire produire effet aux clauses de non-recours, contrepartie des clauses de transfert d'action dans les contrats de crédit-bail, la Cour de cassation avait préféré déqualifier les clauses de transfert d'action en cession, plutôt que de déclarer la clause de transfert nulle et par conséquent, de ne faire produire aucun effet à la clause de non-recours.

En dépit de cette requalification ponctuelle de la clause de transfert d'action en cession par les juges, on ne peut que constater, comme on l'a précédemment observé, que les parties n'y ont pas recours. Cela se comprend aisément, ne serait-ce qu'au regard de la lourdeur des formalités d'opposabilité de l'article 1690 du Code civil. On l'a vu, l'action en justice n'étant pas une créance, une transmission calquée sur la figure de la cession ne serait pas éligible aux formalités d'opposabilité allégées du nouvel article 1324 du Code civil. Une telle cession resterait soumise aux lourdeurs de l'article 1690 du Code civil. Outre cet aspect, certaines spécificités stipulées par les parties ne permettent pas à la transmission de l'action d'être calquée sur l'opération de cession, et donc de lui appliquer son régime. Par exemple, il arrive que les parties subordonnent le transfert de l'action à l'accord d'un tiers, ou encore à des conditions inconnues de la figure de cession. On le sait, la cession d'une créance simplement éventuelle⁴⁴⁸ fait l'objet d'un large débat. Le nouvel article 1163 du Code civil, reprenant le principe posé par son ancien article 1130 du Code civil, dispose que l'obligation a pour objet une prestation présente ou future, ce qui semble fonder la transmissibilité d'une créance simplement éventuelle.

⁴⁴⁶ V. *supra*, p. 96 ; Cass. Com., 26 janvier 1977, pourvoi n° 75-12.654, *Bull. civ. n° 27* ; Cass. Com., 4 juin 1996, pourvoi n° 94-14.768, *Bull. civ. n° 156, op. cit.*

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ Sur la notion de droit éventuel : R. Demogue, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905. 723 ; « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906. 231 ; Jean-Maurice Verdier, *Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits*, préf. de Henri Mazeaud, thèse droit, Paris, Rousseau et Cie, Paris, 1955, 353 p. ; E. Putman, *La formation des créances*, thèse, Aix Marseille III, 1987, 1848 p. ; Benoît Grimonprez, *L'exigibilité en droit des contrats*, préf. de Claude Ophèle, LGDJ Université de Poitiers (collection : collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers 18), Paris Poitiers, 2006, 491 p.

Pour une grande partie de la doctrine⁴⁴⁹, la créance doit au moins exister en son principe (ou encore, « en germes »). Une autre partie de la doctrine⁴⁵⁰ a mis en exergue l'existence de droits futurs ou purement éventuels pouvant être cédés. Ainsi dès lors qu'un droit incorporel a une certaine consistance juridique, il peut faire l'objet d'une cession. Par exemple l'article R. 214-94 du Code monétaire et financier prévoit le transfert de créances futures sous réserve qu'elles soient suffisamment identifiées. Le droit incorporel doit donc déjà exister en son principe au moment de la cession⁴⁵¹. Tentons d'appliquer cette règle à l'action en justice qui consiste en une faculté à saisir le juge de prétentions. L'objet d'une cession d'action serait le droit d'être entendu par un juge sur une contestation au fond sur une créance. Donc finalement le terme d'« action » dans l'hypothèse d'une « cession d'action », semble renvoyer simplement à la créance elle-même. Et on en reviendrait à confondre de nouveau le droit et l'action. Pour mettre en exergue l'absurdité d'un tel raisonnement, prenons l'exemple suggéré par M. Cayrol de l'action en résolution pour défaut de conformité. L'objet de la cession d'une telle action serait une « créance de résolution ». Or une telle créance n'existe pas. L'anéantissement d'un contrat n'est pas une créance. Le véritable objet de cette cession est en réalité la restitution qui va suivre l'anéantissement du contrat puisque la résolution du contrat remet les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant la conclusion du contrat anéanti. Or cette créance de restitution est éventuelle tant que la résolution du contrat n'aura pas été obtenue. Elle n'existe même pas en son principe. Sa cession serait donc nulle.

Le régime de la cession ne se comprend finalement qu'avec un bien. Il était tentant d'assimiler la transmission de l'action à la cession d'une créance, en ce que la cession opère le transfert d'un bien incorporel et la substitution d'une personne dans un

⁴⁴⁹ Ch. Aubry et Ch.-Fr. Rau, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, tome 5, 5^e éd. revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par MM. G. Rau et Ch. Falcimaigne, avec la collaboration de M. Gault, Marchal et Billard, Paris, 1907, p. 43 ; Gabriel Baudry-Lacantinerie et Léo Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange, volume XIX*, 3^e éd., Sirey, Paris, 1908, n° 760, p. 804 ; Gabriel Marty, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz, *Droit civil. Les obligations tome 2 Le régime*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1989, n° 354 ; Jacques Ghestin, Marc Billiau et Grégoire Loiseau, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2005, n° 294.

⁴⁵⁰ Jérôme François, *Traité de droit civil, sous la direction de Christian Larroumet, tome 4, Les obligations, régime général*, 5^e éd., Economica (collection Corpus Droit privé dirigée par Nicolas Molfessis), Paris, 2020, n° 462, p. 480.

⁴⁵¹ Cass. Com., 19 janvier 1982, pourvoi n° 80-15.442, *Bull. civ. n° 25* ; par exemple à propos de la cession d'une créance future d'indemnité d'assurance avant la réalisation du risque prévu au contrat : Cass. Civ. 1^{re}, 25 octobre 1981, pourvoi n° 80-11.206, *Bull. civ. n° 317*.

rapport juridique. Toutefois, ainsi qu'il l'a été exposé le chapitre préliminaire dans les propos introductifs, l'action n'est pas un bien. « La cession d'action n'est pas le même contrat que la cession de créance »⁴⁵². La transmission de l'action en justice ne peut donc pas être calquée à la figure de la cession de créance, à la différence de ce qu'a pu ponctuellement décider la jurisprudence.

B – La figure de la subrogation et la transmission de l'action en justice

Il serait superfétatoire de revenir ici sur l'exposé de cette technique auquel il a été précédemment procédé⁴⁵³. Cette technique a été utilisée à plusieurs reprises par la pratique et toujours admise par la jurisprudence dans les clauses de transfert d'action⁴⁵⁴. De nos jours, la pratique a de moins en moins recours à la subrogation, même s'il peut être encore stipulé actuellement dans les contrats de crédit-bail, que « le crédit bailleur subroge le crédit-preneur dans ses droits et actions vis-à-vis du fournisseur ». Cette clause traduit à la fois l'engagement de l'établissement de crédit de ne pas agir contre le fournisseur et l'acceptation par le locataire de faire son affaire des actions découlant de la vente. La subrogation reflète cette idée de transfert des actions, l'un perd son droit d'agir au profit d'un autre.

A supposer que la subrogation soit une technique idoine au transfert d'actions en justice, elle suppose, pour être valable, le consentement du transmettant (dans l'hypothèse de la clause de transfert d'action insérée dans le contrat de crédit-bail, le crédit bailleur) et celui du bénéficiaire (le locataire). Ces consentements sont acquis *ab initio* lors de la conclusion du contrat de crédit-bail. Elle emporte le transfert de toutes les actions se rapportant à la vente au locataire. Sur le papier, la subrogation semble ainsi parfaitement idoine à transférer des actions dans leur intégralité.

Un examen plus approfondi révèle une réalité à l'opposé de celle retranscrite sur le papier. La subrogation suppose un paiement pour qu'elle opère ses effets, soit la

⁴⁵² N. Cayrol, *op. cit.*, n° 159, p. 98.

⁴⁵³ V. *supra*, p. 45.

⁴⁵⁴ Cass. Com., 30 octobre 1978, *Bull. civ.* n° 303 ; M.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 194 et n° 197.

substitution d'une personne dans les droits d'une autre personne. Appliquée à la transmission de l'action en justice, elle suppose donc que le bénéficiaire du transfert ait désintéressé le titulaire de l'action, du profit qu'il était en droit d'en attendre. Ce prérequis manque de sens lorsqu'on parle du transfert d'actions. L'assureur de responsabilité civile devrait d'abord indemniser la victime avant de devoir discuter de ses prétentions devant le juge, alors même que l'existence même de cette créance d'indemnisation est en discussion devant le juge. Le locataire ne pourrait agir contre le vendeur en exécution de sa garantie que s'il a exécuté la garantie du vendeur à l'égard du crédit bailleur, alors même que c'est le locataire qui subit les dommages résultant du manquement du vendeur, du fait de son usufruit sur le bien loué. La subrogation, dans le sens entendu par les articles 1346-1 et 1346-2 du Code civil, ne peut donc pas servir de base à la transmission d'action en justice. La doctrine a longuement critiqué le recours à la subrogation pour fonder la clause de transfert d'actions dans le cadre du crédit-bail. Comme il l'a été précédemment exposé⁴⁵⁵, il lui a été reproché en résumé que la subrogation des articles 1346-1 et 1346-2 du Code civil supposerait que le crédit-preneur désintéresse le crédit bailleur, c'est-à-dire qu'il lui verse l'intégralité des loyers actuels et à venir et que la subrogation suppose que le paiement soit fait par un tiers, ce que n'est pas le crédit-preneur⁴⁵⁶.

Néanmoins, il convient de ne pas occulter l'aspect d'équité de la subrogation⁴⁵⁷, en ce qu'elle permet à celui qui paye pour autrui, de se retourner contre ce dernier. En tant qu'« institution d'équité »⁴⁵⁸, la subrogation n'est pas indissociable du paiement⁴⁵⁹. Il n'est pas indispensable que la subrogation intervienne concomitamment au paiement : c'est l'hypothèse de la subrogation par anticipation. Il est de principe que la subrogation « doit être consentie en même temps que le paiement »⁴⁶⁰. Avant la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, la jurisprudence avait initialement assoupli cette condition en matière

⁴⁵⁵ V. *supra*, p. 45.

⁴⁵⁶ M. Harichaux-Ramu, *op. cit.*, n° 19, p. 236 ; R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 196, p. 176.

⁴⁵⁷ N. Cayrol, *op. cit.*, p. 93, n° 154.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ En ce sens : Patrick Chaumette, « La subrogation sans paiement ? », *RTD civ.* 1986. 33 ; J. Carbonnier, *Droit civil Tome 4. Les Obligations*, PUF (collection Thémis Droit privé), Paris, 22^e éd. refondue, 2000, n° 334, p. 591 ; Clotaire Mouloungui, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, préf. de Fr. Grua, thèse, Tours, LGDJ (collection Bibliothèque de droit privé Tome 251), 1995, n° 117 et s.

⁴⁶⁰ Article 1346-1 du Code civil.

d'affacturage⁴⁶¹, puis elle avait admis la subrogation « lorsque le subrogeant a manifesté expressément, fût-ce dans un document antérieur, sa volonté de subroger son cocontractant dans ses créances à l'instant même du paiement »⁴⁶². En dépit de cet assouplissement, le paiement demeure la condition *sine qua none* de la subrogation. Elle ne peut donc pas produire ses effets avant le paiement. L'interdiction des subrogations anticipées est maintenue. C'est le paiement qui détermine le moment où elle se produit. Cependant comme le créancier peut consentir à la subrogation avant que le paiement ait eu lieu, ce principe « permet donc concrètement de consentir en quelque sorte des subrogations par anticipation », ainsi que l'a relevé M. Mestre⁴⁶³. Le législateur avait également admis pour sa part la subrogation anticipée dans quelques hypothèses (par exemple, le recours avant paiement de la caution contre le débiteur⁴⁶⁴). La jurisprudence avait semblé admettre aussi l'idée d'une subrogation anticipée en autorisant « le coauteur d'un délit civil, poursuivi par la victime, [à] appeler en garantie les autres coauteurs, exerçant ainsi par voie incidente un recours subrogatoire qu'il ne pourrait, rigoureusement, exercer que par voie principale »⁴⁶⁵. La réforme du droit des obligations opérée en 2016 a consacré cette solution dans le nouvel article 1346-1, alinéa 3, du Code civil dans la section consacrée à la subrogation⁴⁶⁶.

Appliquée aux transmissions d'actions, cette idée de subrogation anticipée impliquerait, dans le cas d'un crédit-bail, que le crédit-preneur, parce que la propriété du bien loué a vocation à lui être transférée, puisse exercer les actions du crédit bailleur à l'encontre du vendeur, par anticipation. Il supporterait les risques et aurait le droit d'agir directement contre le vendeur. Nous retrouvons ici cette idée d'équité dans la mesure où

⁴⁶¹ CA Paris, 21 janvier 1970 ; *JCP* 1971. II. 16837, note Christian Gavalda.

⁴⁶² Cass. Com., 29 janvier 1991, pourvoi n° 89-10.085, *Bull. civ.* n° 48 ; *RTD civ.* 1991. 531, obs. J. Mestre ; Cass. Com., 3 mars 1992, *inédit*, pourvoi n° 90-17.249 ; Cass. Com., 2 février 1993, pourvoi n° 91-11.569, *Bull. civ.* n° 38 ; Cass. Civ. 1^{re}, 9 décembre 1997, pourvoi n° 95-19.003, *Bull. civ.* n° 335 ; *Deffrénois* 1998. 341, obs. Ph. Delebecque ; Cass. Civ. 1^{re}, 28 mai 2002, pourvoi n° 99-17.733, *Bull. civ.* n° 154 ; Cass. Com., 8 janvier 2002, *inédit*, pourvoi n° 98-10.691 ; Cass. Com., 16 juin 2009, pourvoi n° 07-16.848, *Bull. civ.* n° 85 ; *RCA* 2009. Comm. 268, obs. H. Groutel ; Cass. Com., 21 février 2012, pourvoi n° 11-11.145, *Bull. civ.* n° 105.

⁴⁶³ J. Mestre, « A propos des conditions de la subrogation », *RTD civ.* 1991. 530, obs. sous Cass. Com., 29 janvier 1991, pourvoi n° 89-10.085, *Bull. civ.* n° 48.

⁴⁶⁴ Articles 2032 et 2039 du Code civil ; sur ce point : P. Chaumette, *op. cit.*

⁴⁶⁵ Cass. Com., 18 décembre 1978, pourvoi n° 76-12.801, *Bull. civ.* n° 315 ; Cass. Civ. 3^e, 21 février 1984, pourvoi n° 82-14.362, *Bull. civ.* n° 42 ; *RTD civ.* 1984. 742, obs. Ph. Rémy ; Cass. Civ. 1^{re}, 7 novembre 1995, pourvoi n° 93-16.148, *Bull. civ.* n° 397 ; *D.* 1996, somm. comm., p. 335, obs. D. Mazeaud.

⁴⁶⁶ « Elle doit être consentie en même temps que le paiement, à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement. »

la réalité des rapports entre le vendeur et le crédit-preneur acheteur est rétablie. Dans l'hypothèse des assurances, cette idée de subrogation anticipée signifierait que l'assureur de responsabilité pourrait diriger la défense de son assuré puisque c'est lui qui, au final, indemniser la victime.

Bien que prometteuse, cette idée de subrogation anticipée échoue à fonder une transmission d'action en justice. Elle ne permet pas de retranscrire de manière adéquate la volonté des parties de transférer une action en justice. Nous ne pouvons que constater, comme l'a auparavant relevé Mme Schütz⁴⁶⁷, que la pratique utilise de moins en moins la subrogation pour fonder la clause de transfert d'action. Il est donc malaisé de se faire une idée sur l'adéquation de la subrogation anticipée à retranscrire la volonté des parties de transférer une action, encore plus si l'on tient compte du fait qu'elle-même n'est pas suffisamment définie. En outre, la subrogation peine à fonder certaines caractéristiques de la transmission expressément stipulées par les parties dans les transmissions d'action, telles que l'appréciation du crédit bailleur préalable de l'action que le locataire envisage d'exercer à l'égard du fournisseur par exemple. L'idée d'une subrogation anticipée permettait pourtant, comme l'a souligné M. Cayrol, de « [mettre] en perspective une situation qui a vocation à se réaliser, encore uniquement en devenir, et dans l'attente de laquelle il est bon de rationaliser les recours par une transmission d'action »⁴⁶⁸. De plus, il ne semble pas permis d'affirmer que la subrogation anticipée puisse être conventionnelle en ce sens que les seules exceptions dans lesquelles une subrogation par anticipation a semblé être admise sont d'origine légale ou exceptionnellement, d'origine jurisprudentielle. Le nouvel article 1346-1, alinéa 3, tout comme l'ancien article 1250, du Code civil, insiste sur la concomitance du paiement et de la subrogation. Cette exigence s'explique en ce que la subrogation ne peut pas constituer un moyen de s'enrichir. Elle est vue comme un « service d'ami ». La subrogation ne doit donc présenter aucun risque ni pour le subrogeant ni pour les tiers⁴⁶⁹, il en va donc *a fortiori* de même pour la subrogation anticipée. Or la transmission

⁴⁶⁷ R.-N. Schütz, *op. cit.*, n° 194.

⁴⁶⁸ N. Cayrol, *op. cit.*, p. 94, n° 155.

⁴⁶⁹ V. en ce sens J. Mestre, *La subrogation personnelle*, thèse droit, Aix-Marseille 3, préface de Pierre Kayser, LGDJ (collection : Bibliothèque de droit privé Tome 160), Paris, 1979, n° 3 et n° 4 : « la subrogation dépouille une personne de ses droits et requiert, par conséquent, que des précautions soient prises, la principale étant que cette personne ait été effectivement payée : donnant, donnant ».

d'une action en justice ne peut offrir cette garantie puisqu'aucun paiement n'a encore eu lieu.

C – Le mandat d'ester en justice et la transmission de l'action en justice

Il convient d'écarter d'ores et déjà le mandat *ad litem*, qui ne concerne que l'accomplissement des actes de l'instance et n'a pas donc pas pour objet l'action en justice, et le mandat *ad agendum*, qui consiste uniquement en une représentation à l'action et a pour objet l'accomplissement de certains actes relatifs à l'instance de l'action. Plus particulièrement le mandat *ad agendum* n'opère pas de transmission de l'action en justice.

Le recours au mandat pour transférer une action en justice implique que la transmission de l'action s'opère au moyen de ce contrat. Or le recours à cette technique peut surprendre en ce qu'elle relève plus d'une technique de représentation que de transmission. Un mandat n'opère aucun transfert en soi.

Pourtant il arrive fréquemment que la Cour de cassation analyse la transmission d'une action comme un mandat⁴⁷⁰. Cette solution peut se justifier si l'on considère que le recours au mandat répond à l'exigence d'expression de la volonté ; il permet de déterminer à la fois les conditions du transfert et son étendue. Comme il l'a été précédemment présenté dans les développements consacrés à la clause de transfert d'action⁴⁷¹, ce mandat peut être général ou spécial en ce qu'il précise ou non les actions que le crédit bailleur limite ou non les actions transmises au preneur.

Ainsi qu'il l'a été précédemment exposé et comme l'ont démontré les critiques élevées à l'encontre de la capacité de cette technique à fonder la transmission d'actions en justice, le mandat n'est pas non plus idoine à servir de base à la transmission

⁴⁷⁰ V. par exemple dans le cas du crédit-bail : Cass. Com., 3 janvier 1972, pourvois n^{os} 69-13.953 et 69-14.049, *Bull. civ. n° 1* ; D. 1972. 649, note M. Trochu. Un autre exemple est apporté par le contrat d'assurance de responsabilité civile dans lequel la clause de direction du procès repose sur un mandat (Civ. 1^{re}, 4 juin 1980, pourvoi n° 79-11.544, *Bull. civ. n° 174*).

⁴⁷¹ V. *supra*, p. 84.

d'actions. Dans le cas des contrats d'assurance de responsabilité civile, le mandat fondant la clause de direction du procès relève plus du mandat d'intérêt commun que du simple mandat dans la mesure où l'assureur trouve également un intérêt dans la direction du procès, puisque c'est lui qui indemniser la victime si le juge donne fait droit à ses demandes. Il garantit son assuré contre les condamnations qui seront prononcées à son encontre. En outre, ce n'est que par voie de conséquence que l'assuré y trouve son compte, la clause de direction étant toujours stipulée au profit de l'assureur, ce dernier ayant le choix d'exercer la faculté que lui ouvre la clause de direction. Cette clause offre ainsi une simple faculté à l'assureur de prendre la direction du procès. La clause de direction de procès consiste donc plus en une promesse de mandat. Dans le cas de la clause de transfert d'action stipulée dans un contrat de crédit-bail, le mandat échoue également à fonder la transmission d'actions. En premier lieu, ainsi qu'il l'a été précédemment évoqué, le mandat échoue à transférer une action dans l'hypothèse de défectuosité du bien et dans le cas où le mandat consiste en un simple mandat d'ester en justice⁴⁷². En second lieu, en ce qu'il est mandaté par le crédit bailleur pour exercer ses actions contre le vendeur, le crédit-preneur ne pourra pas agir à l'encontre du vendeur en réparation des préjudices qu'il a subis personnellement du fait de la défectuosité du bien loué, sur le fondement de ce mandat. Le mandat échoue donc à fonder la transmission de l'action en justice dans les cas de transmission à titre principal reconnus par le législateur. Il est difficile de le concevoir comme fondement d'une autre transmission principale en ce qu'il échoue à traduire ce mouvement d'un patrimoine à un autre.

D – La stipulation pour autrui et la transmission de l'action en justice

Comme il l'a été précédemment développé dans l'examen de la clause de transfert d'action stipulée dans le contrat de crédit-bail⁴⁷³, la stipulation pour autrui s'avère également être une illusion de panacée au casse-tête que représente la transmission de l'action en justice. Certes la stipulation pour autrui présente un avantage majeur pour le locataire en ce qu'il lui permet d'agir directement contre le vendeur en exécution de son engagement. En revanche, certaines actions sont exclues en ce qu'elles

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ *V. supra*, p. 90.

sont attachées à la qualité de cocontractant, telles que l'action en résolution et l'action réhabilitaire. En outre, elle requiert le consentement du vendeur qui est généralement contenu dans le bon de commande adressé au fournisseur, et dans le cas d'un crédit-bail immobilier, le consentement de chaque intervenant à l'opération de construction.

Si cette technique permet au bénéficiaire d'agir à l'encontre du promettant qui s'est engagé à fournir à ce dernier la garantie dont bénéficie le stipulant, il ne peut qu'être constaté qu'elle ne permet pas non plus de transférer la totalité des actions dont bénéficie le stipulant à l'encontre du promettant en vertu du contrat conclu entre le promettant et le stipulant en vertu duquel le promettant est tenu d'une garantie envers le stipulant.

E – L'habilitation à agir en justice avec la transmission de l'action en justice

L'habilitation a pu être définie comme la « collation d'un pouvoir d'agir », une « investiture légale ou judiciaire en vertu de laquelle une personne reçoit le pouvoir d'accomplir un ou plusieurs actes juridiques, soit en son nom personnel, soit par représentation d'autrui »⁴⁷⁴. En droit processuel, il existe une technique que la doctrine désigne comme une habilitation à agir. Elle vise « un acte devant conférer à une personne le droit d'être entendue par un juge sur le fond d'une prétention »⁴⁷⁵. La convention de transmission d'actions poursuit le même but : permettre à une autre personne d'agir en justice en ses lieu et place, alors que sans ce transfert, une fin de non-recevoir aurait pu lui être opposée. Le rapprochement de l'habilitation à agir avec les conventions de transmission d'actions permet de distinguer l'habilitation à agir, d'autres figures du droit. Elle apporte le caractère processuel aux conventions de transfert d'actions qui peut paraître manquer avec les figures issues du régime des obligations précédemment exposées.

Il peut s'avérer complexe de différencier l'habilitation à agir de l'autorisation

⁴⁷⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, PUF, 12^e éd., 2018, v. Habilitation.

⁴⁷⁵ N. Cayrol, *op. cit.*, p. 99, n° 161 ; N. Cayrol, *Répertoire de procédure civile*, v. Action en justice, n° 455 (dernière mise à jour : juin 2019).

à agir⁴⁷⁶. Elles sont pourtant deux actes différents. L'autorisation est une « permission accordée par une autorité qualifiée (juge, parents, administration) à une personne d'accomplir un acte juridique que celle-ci ne pourrait normalement faire seule, soit en raison d'une incapacité d'exercice, soit en raison des limites de ses pouvoirs ordinaires ou de sa compétence »⁴⁷⁷. Elle permet à une personne titulaire d'une prérogative mais qui ne peut pas l'exercer, de l'exercer. C'est là que réside la différence avec l'habilitation à agir qui, elle, confère à son bénéficiaire une action qu'il n'avait pas initialement. Par exemple, l'article 55 du décret du 17 mars 1967 subordonne, en son premier alinéa, l'action en justice du syndic à l'autorisation donnée par une décision de l'assemblée générale des copropriétaires. Vizioz avait analysé cette autorisation préalable en une « condition de forme et par conséquent, de validité de la demande, donnant ouvertement à une exception, plutôt qu'une condition de recevabilité, sanctionnée par une fin de non recevoir »⁴⁷⁸. Il existe donc une différence de nature, d'objet et donc de sanction entre l'habilitation à agir et l'autorisation à agir.

Elle se distingue également du mandat. Muni d'un mandat, un mandataire va agir pour le nom et pour le compte de son mandant. Le mandant devra répondre des actes accomplis pour son nom et pour son compte par le mandataire agissant dans les limites de son mandat. Le mandat offre donc un masque à la personne représentée. On ne retrouve pas cet artifice dans l'habilitation à agir. Lorsqu'un syndicat agit, en vertu de l'habilitation que lui offre l'article L. 2131-1 du Code du travail, pour « la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts », il n'agit pas en vertu d'un pouvoir conféré par un mandat mais en vertu d'une habilitation légale à agir. Il ne porte pas de masque lors qu'il agit pour la défense des intérêts collectifs et individuels des personnes mentionnées dans ses statuts. Ainsi que l'avait souligné Vizioz⁴⁷⁹, il serait « artificiel et faux » de raisonner en termes de mandat lorsqu'une action est engagée dans l'intérêt collectif. Par exemple, on peut douter que celui qu'on désignait autrefois comme étant le « représentant des créanciers » et qu'on nomme à présent « mandataire judiciaire » du débiteur faisant l'objet d'une

⁴⁷⁶ Béatrice Thullier, *L'autorisation : étude de droit privé*, préface d'Alain Bénabent, LGDJ (collection : Bibliothèque de droit privé Tome 252), Paris, 1996, n° 123.

⁴⁷⁷ G. Cornu, *op. cit.*, v. Autorisation.

⁴⁷⁸ H. Vizioz, *op. cit.*, p. 232.

⁴⁷⁹ H. Vizioz, *op. cit.*, p. 235 ; en ce sens : J. Héron, *op. cit.*, n° 73 et s.

procédure collective, soit réellement le représentant des créanciers. L'article L. 621-39 du Code de commerce dispose en effet qu'il est le seul à avoir « qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers ». En réalité, on ne peut que constater qu'il ne représente pas les créanciers, pas plus qu'il n'agit en leurs noms⁴⁸⁰. Il agit en vertu d'une habilitation que lui a spécialement conférée le législateur pour agir au nom de la masse des créanciers, une sorte de personne morale supprimée par le législateur. Il agit ès qualités. A l'inverse, il est des cas où le législateur a qualifié d'habilitation, ce qui relève en réalité de mandat judiciaire. Par exemple un époux peut agir au nom et pour le compte de son conjoint qui se trouve dans l'incapacité de manifester sa volonté, en vertu de l'article 219, alinéa 1^{er}, du Code civil⁴⁸¹.

L'habilitation à agir diffère également de la délégation de pouvoirs qui est une forme particulière de mandat en droit des sociétés⁴⁸². Le président du conseil d'administration d'une société anonyme est perçu comme un mandataire, voire un sous-mandataire, dans la mesure où son mandat lui est conféré par les administrateurs qui sont eux-mêmes les mandataires des actionnaires. Le terme de mandataire doit être utilisé avec prudence : il ne s'agit pas de réduire le président à son simple rôle de mandataire. Il convient de garder à l'esprit qu'il est également un organe de la société. Ainsi lorsqu'il délègue tout ou partie de ses pouvoirs à un délégué, en particulier l'exercice des actions en justice au nom de la société, ce dernier exerce un pouvoir qui relève de la fonction de dirigeant social. Toutefois on ne peut toujours pas parler d'habilitation à agir ici, puisque lorsque le délégué exerce ces actions en justice, il ne le fait pas au nom et pour le compte du président, du moins pas réellement, pas plus en son nom et pour son compte : il agit dans le seul intérêt de la société. Au final la délégation de pouvoirs consiste en un simple

⁴⁸⁰ Cass. Com., 16 mars 1993, pourvoi n° 90-20.188, *Bull. civ. n° 106* ; *D.* 1993. 583, note F. Derrida ; Cass. Com., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-13.685, *Bull. civ. n° 193* ; *D.* 2004. *AJ.* 3069, obs. A. Lienhard ; *D.* 2005. *Pan.* 296, obs. P. Le Corre ; *LPA*, 13 avril 2005, p. 4, note F.-X. Lucas ; *Defrénois* 2005. 993, obs. Deen Gibirila ; Cass. Com., 7 janvier 2003, pourvoi n° 99-10.781, *Bull. civ. n° 1* ; *D.* 2003. *AJ* 274, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2003, n° 20, 15 mai 2003, 760, n° 53, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; *RTD com.* 2003. 564, obs. A. Martin-Serf ; *Dr. et patr.* 6/2003. 101, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; en revanche, en sens contraire, à noter : Cass. Com., 8 juillet 2003, *inédit*, pourvoi n° 01-15.532 ; *LPA*, 18 février 2004, note F.-X. Lucas.

⁴⁸¹ Sur ce point : André Colomer, *Droit civil - Régimes matrimoniaux*, 12^e éd., LexisNexis Litec (collection Manuels), Paris, 2004, n° 128, p. 69 et 70 ; G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux* [1974], 9^e éd., PUF (collection Thémis droit privé), Paris, 1997, n°17, p. 120 à 125.

⁴⁸² Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, 34^e éd., LexisNexis, Paris, 2021, n° 446 ; Paul Le Cannu, *Droit des sociétés*, 9^e éd., LDGJ, Lextenso, (collection Précis Domat droit privé), Paris La Défense, 2022 n° 513.

mandat donné par la société au récipiendaire de la délégation, par le biais d'un de ses organes.

Au surplus, est-il besoin de le préciser, l'habilitation à agir est distincte des techniques de transmission de créance, et plus particulièrement, de la cession de créance et de la subrogation. A la différence de ces techniques de transmission de créance, l'habilitation à agir n'opère aucune substitution de personne. Elle ne confère que le droit d'agir à une personne. Par exemple, l'habilitation à agir du syndicat pour la défense de l'intérêt individuel d'un salarié ne substitue pas le syndicat au salarié. Lorsque le législateur a accordé cette habilitation au syndicat, il s'agissait d'aider le salarié et non de l'évincer.

La confrontant à l'action en justice, M. Cayrol a exposé que l'habilitation étant une technique procédurale permettant à une personne d'être entendue par un juge sur le fond d'une prétention, elle s'inscrivait dans la qualité pour agir⁴⁸³. Cornu et Foyer positionnaient la qualité pour agir, au coeur de la théorie de l'action, précédant la notion d'intérêt pour agir⁴⁸⁴. Ainsi pour juger de la recevabilité de l'action il faudrait partir de la qualité à agir. Or en partant de l'appréciation subjective de la qualité à agir, il est quasiment impossible de distinguer dans une même personne le sujet du droit litigieux, et l'agent de l'action en justice, la personne du plaideur. En outre la personne de l'agent de l'action en justice ne suffit pas à apprécier la recevabilité d'une action en justice. Le but recherché par l'habilitation à agir doit être également pris en compte. Par exemple l'habilitation à agir du syndicat a pour but la protection du salarié. D'ailleurs l'article 31 du Code de procédure civile ne paraît pas s'encombrer avec la qualité à agir en ce qu'il dispose que « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ». Comme l'a fort bien expliqué M. Cayrol, la condition de qualité à agir est presque encombrante. Elle permettrait de corriger si besoin les conclusions déduites de la notion d'intérêt à agir, en limitant les plaideurs ou inversement.

⁴⁸³ N. Cayrol, *op. cit.*, p. 103, n° 166.

⁴⁸⁴ G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, n° 80, p. 343.

C'est le rôle de l'habilitation à agir d'ouvrir le champ des possibilités. Elle permet de « disqualifier l'intérêt direct et personnel pour découvrir l'intérêt dérivé ou collectif »⁴⁸⁵. L'habilitation à agir est donc exceptionnelle et spéciale.

C'est un phénomène constaté par tous : les habilitations à agir ne cessent de se multiplier à un point tel que M. Cayrol suggère de les fonder une habilitation générale à agir⁴⁸⁶. La multiplication de ces habilitations à agir a pu amener à s'interroger sur le point de savoir si l'habilitation à agir demeurerait l'exception à la condition de recevabilité de l'action en justice, corrigeant les conclusions déduites de l'intérêt à agir. L'habilitation à agir ne vise pas seulement à simplifier les recours ouverts au syndicat mais à aller au-devant de ceux qui ne saisissent pas le principe de l'interdiction de plaider au nom d'autrui, sauf habilitation particulière, surtout en droit de la consommation. C'est la problématique de l'action de groupe qui sera discutée un peu plus loin.

Comme on l'a précédemment évoqué, la convention de transfert d'action et l'habilitation à agir poursuivent le même objectif. Pourtant il n'est pas permis d'affirmer que l'habilitation à agir réponde à toutes les problématiques soulevées par la convention de transfert d'action et permette donc de fonder une telle convention. Tout d'abord, parce qu'elle ne répond à aucune règle contractuelle. Comme l'a fort bien expliqué M. Cayrol :

« L'action en justice comme institution du droit positif est basée sur l'idée de rationalisation des questions soumises aux tribunaux. La valeur de la réponse à ces questions dépend de celle de ces question. Donc rendre la justice, ce serait avant tout reconnaître la justesse d'une prétention. Or il n'appartient pas aux justiciables de consentir ou de refuser l'idée que seules certaines prétentions sont juridiquement pertinentes. Une association ne peut vouloir agir au nom de l'intérêt général ou pour défendre un intérêt collectif, seule une habilitation à agir peut le lui accorder. On le voit ici à nouveau, l'habilitation à agir est un élément du statut de l'action. C'est en ce sens qu'elle échappe à la liberté contractuelle. »⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ N. Cayrol, *op. cit.*

⁴⁸⁶ N. Cayrol, *op. cit.*, p. 104, n° 168.

⁴⁸⁷ N. Cayrol, *op. cit.*, p. 105, n° 169.

En résumé, les conventions de transfert d'actions ont nécessairement des affinités avec la procédure civile en raison de l'objet de la convention. Mais cela s'arrête là. Comme l'a expliqué M. Cayrol, « les règles de procédure instituent des situations matérielles dont les caractères concrets et techniques définissent un statut légal qui s'oppose a priori à la liberté dont jouissent les parties à un contrat »⁴⁸⁸. Il en a conclu que la figure de l'habilitation à agir est insuffisante à fonder les conventions de transmission d'actions.

⁴⁸⁸ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 170, p. 105.

Conclusion. – Aucune technique issue du régime général des obligations ni de la procédure ne paraît parfaitement idoine à retranscrire à elle seule la volonté des parties tendant à transmettre une action en justice ni même à fonder à elle seule une telle opération. Cette impasse provient peut-être de l’automatisme qui s’enclenche face à une nouvelle figure contractuelle consistant à la confronter aux figures existantes en droit positif, voire même d’une volonté réfractaire à la consécration d’un nouveau contrat *sui generis* qui aurait pour objet la transmission d’une action, elle-même une notion *sui generis*⁴⁸⁹.

La liberté contractuelle des parties est souveraine sous réserve de l’ordre public. Il ne peut qu’être constaté que si le droit positif a admis ponctuellement que les parties puissent transmettre une action en justice (la clause de direction du procès stipulée dans les contrats d’assurance, les contrats de crédit-bail), il s’est pourtant bien gardé de se prononcer sur le fondement d’une telle transmission, laissant le soin aux juges de statuer au cas par cas et de vérifier la conformité aux règles d’ordre public des conventions qui sont soumises à leur examen.

Ce sont donc l’ordre public, les règles processuelles et les règles issues du droit commun des contrats tout à la fois qui vont encadrer la transmission de l’action en justice. Cette transmission doit être expresse. C’est la première exigence imposée par la jurisprudence lorsqu’elle a semblé admettre ponctuellement la transmission autonome de l’action en justice⁴⁹⁰. Elle ne peut se déduire d’autres clauses stipulées au contrat.

Une transmission générale des actions en justice est de toute évidence inenvisageable, ne serait-ce qu’au regard des libertés fondamentales. La transmission de l’action en justice signifie que celui qui se sépare de son action en justice renonce à agir en justice lui-même. Il s’engage à ne pas saisir le juge de prétentions par le biais de cette action en justice. On l’a vu, il renonce à une liberté fondamentale⁴⁹¹, qui ne peut donc faire l’objet d’une renonciation générale. Si une personne peut renoncer à exercer une

⁴⁸⁹ Chr. Lesca d’Espalungue, *op. cit.*, n° 62, p. 54.

⁴⁹⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 10 janvier 2006, pourvoi n° 03-17.839, *Bull. civ. n° 6* ; auparavant : Cass. Req., 3 novembre 1932, *D.H.* 1932, p. 570.

⁴⁹¹ S. Guinchard et *alii.*, *op. cit.*, n° 148, p. 130.

action en justice, elle ne peut toutefois renoncer à exercer l'ensemble de ses actions en justice. Une telle renonciation ne serait pas valable. La convention par laquelle les parties conviennent la transmission d'une action en justice devra donc être précise quant à la détermination de l'obligation de ne pas agir en justice. Une telle exigence permet à celui sur lequel pèsera cette obligation de prendre conscience de la portée de son engagement et de l'atteinte qu'il porte à son droit fondamental d'agir en justice.

En fonction de la technique ou les techniques sur laquelle (lesquelles) les parties auront décidé de fonder la transmission de l'action en justice, se posera nécessairement la question du consentement du défendeur à l'action. En effet la transmission de l'action en justice, à l'instar de tout transfert de droit, concerne à la fois les parties à la transmission mais également le « débiteur », à savoir la personne à l'autre bout du lien de droit dont le transmettant veut transférer sa position. Cette question du consentement du défendeur à l'action se posera chaque fois que l'opération est fondée sur la technique de la délégation ou de la stipulation pour autrui, ce qui se comprend dans la mesure où tant la délégation que la stipulation pour autrui créent un nouveau rapport de droit. Rien ne s'oppose à ce que les parties fondent leur opération sur une combinaison de plusieurs techniques issues du régime général des obligations. C'est en ce sens d'ailleurs que Mme Schütz semble aller dans son examen des recours du crédit-preneur à l'encontre du vendeur⁴⁹². Les parties à la transmission de l'action en justice devront se prononcer sur l'opportunité de recueillir le consentement du défendeur à l'action. En effet il pourrait être ou non avantageux pour ce dernier de changer d'adversaire à l'instance. Prenons l'hypothèse suivante : les parties décident de calquer leur engagement sur la technique de la délégation, une technique nécessitant donc le consentement du défendeur. Si cette délégation est incertaine, le défendeur à l'action se serait alors engagé dans la mesure de son obligation envers le transmettant ou dans la mesure de l'obligation du transmettant à l'égard du bénéficiaire de la transmission. Le bénéficiaire délégataire ne pourra intervenir dans le rapport liant le délégué et le délégant puisque le bénéficiaire délégataire agira en vertu du nouveau rapport le liant au délégué. Il ne pourra donc pas opposer au délégué défendeur à l'action les exceptions tirés de son rapport avec le délégant. Les parties devront donc garder à l'esprit les contraintes spécifiques à chaque

⁴⁹² R. N. Schütz, *op. cit.*, p. 73-85, n^{os} 68 à 82.

technique issue tant du régime général des obligations que du droit processuel, lors de la rédaction de la convention de transmission de l'action en justice.

Le champ des actions « transmissibles » est nécessairement restreint sur deux niveaux. Tout d'abord sont nécessairement exclues du champ de la transmission, toutes les actions extrapatrimoniales, incessibles ou strictement personnelles au transmettant, l'action empruntant le caractère du droit auquel il est lié. Comme l'indique leur nature, elles ne font pas partie des choses comprises dans le patrimoine, et donc pouvant faire l'objet d'un transfert. En second lieu, encore faut-il que l'incessibilité de l'action ne résulte pas d'une clause stipulée par les parties au contrat dont l'action en justice a vocation à faire constater devant le juge le non-respect et à en obtenir la sanction.

Les parties devront également prêter attention aux caractéristiques de l'action en justice et en particulier à sa prescription. L'exercice de l'action en justice tend à faire reconnaître l'existence d'un droit et à sanctionner sa violation, ou à obtenir un titre tendant à l'exécution de ce droit. Si les parties souhaitent transmettre une action, elles devront donc s'assurer que l'action, objet de la transmission, ne soit pas prescrite. C'est de nouveau ici que la délicate distinction entre le droit subjectif et l'action resurgit : la prescription de l'action n'entraîne pas pour autant la disparition du droit substantiel subjectif dont elle avait pour vocation de faire reconnaître l'existence ou d'en obtenir un titre exécutoire. Le titulaire du droit subjectif substantiel ne pourra simplement pas rechercher l'exécution forcée de son droit. Il se retrouvera avec un droit subjectif sans pouvoir en rechercher l'exécution. Par conséquent, si le transmettant souhaite transmettre une action, encore faut-il qu'elle ne soit pas prescrite au jour de la conclusion de la convention, à peine de voir la convention affectée d'une nullité tirée d'un vice de consentement, l'erreur. La situation est plus aisée lorsque le transmettant entend transférer sa position de défendeur à l'action : sur le plan de la prescription, le bénéficiaire de la prescription pourra soulever l'exception tirée de la prescription du droit ou de l'action du plaideur adverse en tout état de cause.

On ne saurait trop le répéter, toute action en justice ne peut faire potentiellement l'objet d'une transmission. L'action transmise doit avoir un objet licite, au regard des bonnes mœurs et de l'ordre public. Il est vrai que le mobile même sous-tendant la transmission de l'action en justice – qui est de donner à une partie qualité à agir en justice, sans pour autant constituer une habilitation à agir – est douteux. L'idée d'une convention transmettant une action en justice de manière autonome, et donc faisant entrer l'action en justice dans le champ contractuel, dérange. La grande majorité de la doctrine se dresse d'ailleurs vent debout contre cette idée⁴⁹³. L'action ne pourrait être transmise qu'accessoirement au droit subjectif transféré⁴⁹⁴. En effet il est ancré dans la tradition française que l'on ne mêle pas argent et justice. Toutefois ce principe traditionnel a connu quelques infléchissements : l'atténuation de l'interdiction du pacte de *quota litis*, l'aide juridictionnelle ou encore les contrats de protection juridique comme modes alternatifs de financement du procès, ou encore l'apparition des sociétés de financement du procès. La balance des valeurs semble s'être inversée, favorisant l'accès à la justice par la multiplication des moyens de financement du procès.

A notre sens, l'incapacité spéciale d'acquérir posée par l'article 1597 du Code civil devrait s'appliquer également à la transmission de l'action en justice à titre principal en ce que l'objet de la transmission a affaire avec le procès. Une telle incapacité poursuivrait les mêmes buts que ceux qui sont les siens dans le cas des droits litigieux : il s'agit d'éviter que des personnes investies de fonctions se rapportant à la justice usent de leur situation « privilégiée » pour spéculer sur l'acquisition d'actions en justice, et ensuite user de leurs situations pour faire favoriser, voir faire triompher, leurs prétentions. Une telle exclusion, on l'a vu, est fondée par un souci de préserver la dignité de ceux dont la profession se rapporte à la justice.

⁴⁹³ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 10^e éd., 2017, LexisNexis, n° 395 ; J. Héron, Th. Le Bars et K. Salhi, *op. cit.*, n° 129, p. 118.

⁴⁹⁴ S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *op. cit.*, n° 128, p. 238 ; X. Delpech, « La cession de créance emporte celle de l'action en justice qui lui est attachée », *Dalloz actualité*, 4 décembre 2014, obs. sous Cass. Com., 18 novembre 2014, pourvoi n° 13-13.336, *Bull. civ.* n° 168.

La recevabilité d'une action en justice requiert deux conditions : l'intérêt à agir et la qualité à agir du demandeur. La première de ces deux conditions est délicate : le plaideur devra avoir non seulement le droit d'agir en justice (objet de la transmission), mais également le droit subjectif dont il sollicite la reconnaissance en justice ou dont il cherche à obtenir l'exécution. C'est par une gymnastique de l'esprit que la transmission autonome de l'action en justice a été admise dans les cas du contrat de crédit-bail et du contrat d'assurance. Dans le cas du contrat de crédit-bail, l'exercice par le crédit-preneur des actions du crédit bailleur à l'encontre du vendeur est justifié en ce que bien que ce soit le crédit bailleur qui ait acquis auprès du vendeur le matériel qu'il loue au crédit-preneur, c'est ce dernier qui a vocation à utiliser ce matériel et éventuellement à l'acquérir. C'est ainsi pour éviter la multiplication des recours et le coût d'un tel contentieux aux établissements de crédit qu'a émergé l'idée de la clause de transfert d'actions. Dans le cas du contrat d'assurance, c'est parce que l'assureur a vocation à indemniser la victime, donc à verser à la victime l'éventuelle créance de dommages et intérêts qui lui serait allouée et mise à la charge de l'assuré, qu'est insérée une clause de direction du procès. La condition de qualité à agir découlera nécessairement de la transmission de l'action en justice, sous réserve qu'elle soit valide. C'est ce transfert qui confèrera au tiers à l'instance, au rapport juridique existant entre le transmettant et le défendeur à l'action, la qualité à agir à l'encontre de ce dernier.

Ce sont donc ces intérêt et qualité à agir qui fonderont le bénéficiaire de la transmission de l'action en justice, à intervenir à l'instance par le biais d'une intervention volontaire lorsque la transmission aura été effectuée en cours d'instance. C'est ainsi que procède le cessionnaire d'une créance : à supposer que les formalités d'opposabilité de la cession aient été accomplies, il interviendra à l'instance par le biais d'une intervention volontaire, venant ainsi aux droits du cédant qui a perdu intérêt et qualité à agir lorsqu'il a cédé sa créance au cessionnaire.

Encore faut-il que la transmission de l'action soit opposable à la partie adverse. Dans les techniques issues du régime général des obligations dont la conclusion requiert le consentement de la partie adverse, la question de l'opposabilité de cette transmission ne se pose pas : une fois le consentement de la partie adverse recueilli, elle

lui est opposable. Dans l'hypothèse d'une cession, la simple signification des conclusions du cessionnaire suffit à réaliser les formalités requises pour l'opposabilité de la cession au débiteur cédé, « sous réserve qu'elles contiennent les éléments nécessaires à une exacte information quant au transfert de la créance »⁴⁹⁵. La réponse à la problématique de l'opposabilité de la transmission dépendra une fois de plus de la ou des figure(s) du droit des obligations sur laquelle ou lesquelles les parties choisiront de faire reposer leur transmission et de l'éventuelle requalification qui en sera faite par le juge en vertu de l'article 12 du Code de procédure civile.

Bien qu'admise ponctuellement en droit positif français, la transmission d'une action en justice à titre principal présente un caractère spéculatif non négligeable, introduisant dans l'univers de la justice, un brin de spéculation et donc augmentant le risque d'un marché de la justice. Son admission en droit positif paraît donc traduire un certain infléchissement, quelques fissures, dans le mur dressé entre la justice et le marché. Les restrictions précédemment exposées nous paraissent constituer de bons gardes-fous contre les éventuelles dérives d'une admission plus large des transmissions d'action en justice à titre principal.

Des traces de transmissions d'actions en justice se retrouvent non seulement en matière contractuelle mais également en dehors de tout contrat, ainsi qu'il le sera exposé dans une seconde partie à suivre.

⁴⁹⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 8 octobre 1980, pourvoi n° 79-13.748, *Bull. civ.* n° 249 ; Cass. Com., 29 février 2000, pourvoi n° 95-17.400, *Bull. civ.* n° 41 ; *RTD com.* 2001. 305, obs. P. Delebecque.

Partie II :

La transmission non contractuelle de l'action en justice

La transmission de l'action en justice n'est pas l'exclusivité du domaine contractuel. Elle peut intervenir en l'absence de tout contrat. On distingue principalement deux situations dans lesquelles l'action en justice est transférée sans l'intervention d'un contrat (chapitre 1). Dans la première, le transfert s'opère par l'effet de la loi, dans la seconde, par l'effet de la jurisprudence, de l'action du juge. L'insertion de l'action de groupe dans notre droit nous offre une autre perspective sur la transmission de l'action : elle conduit à s'interroger sur la possibilité d'une transmission de l'action en justice à une échelle plus large que celle des transmissions reconnues par le législateur : la possibilité d'une transmission de plusieurs actions en justice à une seule personne qui les exercerait en une seule et même instance (chapitre 2).

Chapitre n° 1 :

**La transmission de l'action en justice par l'effet
de la loi et de la jurisprudence**

La transmission de l'action en justice s'illustre en dehors de tout contrat principalement dans deux cas de figures. Dans le premier cas, elle intervient avec le décès de son titulaire, relevant donc du domaine des successions (I). Dans le second, le transfert implique l'intervention du juge : c'est l'hypothèse de l'action oblique (II).

I – La transmission par l'effet de la loi : les actions reçues par transmission héréditaire

La transmission héréditaire semble être le premier mode de transmission qui vient à l'esprit lorsqu'on évoque la transmission de l'action en dehors de toute convention. Comme pour la transmission universelle de patrimoine d'une personne morale, elle opère transmission de l'ensemble des éléments du patrimoine d'une personne physique à son décès, à ses héritiers, sous réserve qu'ils acceptent la succession. Les travaux de Mme Lesca d'Espalungue sont édifiants sur ce vaste sujet⁴⁹⁶ : elle offre une présentation claire et précise des solutions éparées sur les modalités de la transmission des actions du *de cujus* à ses héritiers. A l'instar de l'examen opéré par Mme Lesca d'Espalungue, seront exposés successivement ici les critères de transmissibilité d'une action aux héritiers (A), puis les modalités d'exercice des actions transmises aux héritiers (B).

A – Les critères de transmissibilité d'une action aux héritiers

Le principe en droit positif est le suivant : l'action emprunte les caractères du droit qu'elle protège. Si le droit est personnel et intransmissible, l'action emprunte ses caractères et sera, elle aussi, considérée comme personnelle et intransmissible. La transmissibilité de l'action dépendrait donc de la transmissibilité du droit. En principe seuls sont transmissibles les droits patrimoniaux et donc les actions qui les protègent. Sont exclus de cette transmission, les droits extrapatrimoniaux et ceux qui présentent un caractère personnel.

⁴⁹⁶ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*

La transmissibilité de l'action aux héritiers diffère, on le verra, selon que ce qui est transmis aux héritiers est la position de demandeur (1) ou de défendeur au procès (2), ce que Mme Lesca d'Espalungue a désigné respectivement comme la transmission de l'action en justice au décès du titulaire actif et la transmission de l'action en justice au décès du titulaire passif.

1. La transmissibilité de l'action en justice aux héritiers du demandeur

En principe, l'action emprunte les caractères du droit qu'elle protège. Ce principe est fondé sur le lien indéfectible qui demeure entre l'action et le droit qu'elle protège. Ainsi si le droit qu'elle protège est un droit patrimonial, l'action sera également considérée comme patrimoniale. Une telle action est donc transmissible, empruntant les caractères du droit qu'elle protège. Toutefois cette transmission aux héritiers doit être nuancée selon que l'action relève de la matière contractuelle ou délictuelle.

La transmission d'une action contractuelle aux héritiers du *de cuius* est subordonnée à deux conditions. Le contrat doit d'abord avoir été formé avant le décès du *de cuius*, peu important que l'une des conditions de validité se révèle défailante *ab initio* postérieurement à la conclusion du contrat. Cette conclusion du contrat, antérieure au décès du *de cuius*, est nécessaire à la naissance des droits susceptibles d'être recouverts postérieurement au décès. L'étendue de la transmission aux héritiers est en outre conditionnée à la nature du contrat. Si le contrat est à exécution instantanée, la réponse est simple : sous réserve que ce contrat n'ait pas été conclu *intuitu personae*, les héritiers succèdent au *de cuius* et leur sont transmis, l'ensemble des droits et actions issus du contrat et nés avant son décès. En revanche, si le contrat est à exécution successive, sans qu'un *intuitu personae* ne soit caractérisé, le contrat est poursuivi après le décès du *de cuius*. Les droits et actions issus de ce contrat sont transmis aux héritiers, que le droit protégé ait été exigible avant ou après le décès du *de cuius*. Avant son décès, l'action existe dans le patrimoine du *de cuius*. Après son décès, l'existence de l'action n'est que « virtuelle » jusqu'à ce que le droit qu'elle protège devienne exigible. Par exemple, l'action en exécution forcée se transmettra si l'exécution du contrat est encore possible au décès. L'action en paiement sera transmise aux héritiers pour les dettes exigibles au

décès du *de cuius* et également celles à venir si le contrat se poursuit après le décès du *de cuius*. L'action en résolution du contrat se transmettra aux héritiers seulement si le *de cuius* aurait pu agir de son vivant et si l'exécution du contrat est impossible à son décès. De même, l'action en responsabilité contractuelle sera transmise aux héritiers avec le droit à réparation si le dommage résultant de l'inexécution contractuelle a été subi avant le décès du *de cuius*, si le contrat ne se poursuit pas après le décès et pour les dommages que pourraient subir les héritiers si le contrat se poursuit après la mort du *de cuius*.

En matière délictuelle, l'existence du droit à réparation dans le patrimoine du *de cuius* au moment de son décès conditionne la transmission de l'action. Cette existence peut soulever une difficulté lorsque la victime est décédée avant d'avoir poursuivi l'auteur ou avant d'avoir obtenu un jugement statuant sur la responsabilité de l'auteur et donc sur l'existence même de ce droit à réparation. La solution à cette difficulté dépend du caractère déclaratif ou constitutif du jugement. Si le jugement est constitutif, le droit à réparation n'existera qu'au jour où le juge statue. Les héritiers ne pourront agir qu'en leur nom puisque la victime ayant décédé avant d'avoir pu exercer son action, aucun droit à réparation n'est né dans son patrimoine. En revanche si le jugement est simplement déclaratif, c'est-à-dire s'il ne fait que constater l'existence du droit à réparation né dans le patrimoine de la victime dès le jour du dommage, le droit à réparation sera transmis aux héritiers. Ils pourront donc agir à la fois au nom du *de cuius* mais aussi en leur nom propre en réparation de leur préjudice personnel subi en raison de la mort du *de cuius*. Peu importe que la cause du dommage résulte d'un délit civil ou d'une infraction ou qu'elle soit antérieure ou concomitante au décès, l'action en réparation d'un dommage matériel ou d'un préjudice corporel est transmise aux héritiers, sous réserve que ce dommage soit distinct du dommage subi personnellement par les héritiers.

Donc l'action qui vient sanctionner la violation d'un droit patrimonial est transmise aux héritiers à condition que ce droit existe déjà dans le patrimoine du *de cuius* avant sa mort.

Dans la lignée de cette logique, l'action venant sanctionner la violation d'un droit extrapatrimonial ne se transmet pas aux héritiers. La catégorie des droits

extrapatrimoniaux rassemble essentiellement les droits de la personnalité et les droits relatifs à l'état d'une personne. Les règles encadrant l'intransmissibilité des actions venant sanctionner la violation d'un droit de la personnalité ont évolué. Initialement, la règle était leur intransmissibilité : le droit de la personnalité étant extrapatrimonial, l'action venant sanctionner sa violation l'est également, conformément à la règle d'identité du droit et de l'action. Si le droit est transmissible, sont également transmissibles les actions sanctionnant les violations réalisées durant le vivant du *de cuius* mais également celles qui pourraient se produire après son décès. La jurisprudence est revenue sur ce principe d'identité en décidant, dans deux arrêts remarquables du 30 avril 1976⁴⁹⁷, que l'action en réparation d'une violation d'un droit de la personnalité entrait dans le patrimoine de la victime dès la réalisation du dommage et qu'elle était transmissible à ses héritiers. Confirmant cette solution à plusieurs reprises par la suite⁴⁹⁸, la Cour de cassation a donc fait entrer dans le patrimoine de la victime, par un changement d'analyse, une action qui était considérée comme extrapatrimoniale car venant sanctionner la violation d'un droit extrapatrimonial. Pour ce faire, elle qualifie désormais l'action non plus par rapport à la nature du droit dont l'action vise à sanctionner la violation, mais par rapport à son objet, c'est-à-dire en l'espèce par rapport au droit à réparation résultant de la violation du droit de la personnalité, et qui entre dans le patrimoine de la victime dès le jour de la réalisation du dommage. Comme l'avait auparavant relevé Mme Lesca d'Espalungue⁴⁹⁹, c'est une avancée vers une « transmissibilité absolue de l'action ». En revanche les actions dites « virtuellement » attachées à un droit de la personnalité demeurent intransmissibles, le droit de la personnalité étant strictement intransmissible. Pour que la transmission d'une action « virtuellement » attachée à un droit de la personnalité soit possible, encore faut-il admettre la transmission de ce droit, ce qui ne pourrait être possible que si l'objet de ce droit survit au décès du *de cuius*. Tel est le cas pour le droit moral de l'auteur, son œuvre

⁴⁹⁷ Cass. Mixte, 30 avril 1976 (deux espèces), pourvoi n° 73-93.014, *Bull. civ. n° 2* (à propos de l'action introduite par les héritiers des parents en réparation du *pretium doloris* subi par les parents en raison du décès de leur enfant) et pourvoi n° 74-90.280, *Bull. civ. n° 3* (à propos de l'action en réparation des souffrances morales subi par les parents décédés entre le jour de l'accident et le jour de leur décès, introduite par leurs héritiers).

⁴⁹⁸ Crim., 6 octobre 1977, pourvoi n° 76-92.647, *Bull. crim. n° 295* ; Crim., 9 octobre 1985, pourvoi n° 84-90.584, *Bull. crim. n° 305* ; *D.* 1987. 2. 93, note André Breton ; Cass. Civ. 2^e, 10 décembre 1986, pourvoi n° 85-17.607, *Bull. civ. n° 188* ; Cass. Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, pourvoi n° 05-19.020, *Bull. civ. n° 118* ; Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 2016, pourvoi n° 15-10.748, *Bull. civ. n° 71* (1^{re} espèce).

⁴⁹⁹ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 33, p. 37.

lui survivant⁵⁰⁰ : il se transmet avec les actions qui lui sont virtuellement attachées. C'est la seule hypothèse dans laquelle les héritiers pourront agir sur le fondement d'un droit extrapatrimonial. Les actions attachées aux droits relatifs à l'état d'une personne ne sont pas non plus transmissibles : l'état d'une personne en ce qu'il reflète la personnalité de l'individu est extrapatrimonial, l'action qui s'y rattache l'est également. Cette intransmissibilité s'applique à la fois aux actions relatives à la filiation légitime et naturelle (article 311-8 du Code civil), aux actions relatives à la filiation adoptive (notamment l'action en révocation d'adoption simple) (article 311-8, alinéa 2, du Code civil) et aux actions en nullité relative du mariage⁵⁰¹.

La transmissibilité de l'action en justice du demandeur à ses héritiers est donc tantôt caractérisée par rapport à la cause de l'action (le droit qui a été méconnu), tantôt par rapport à son objet (le droit poursuivi). Cette incertitude quant au critère de qualification du caractère patrimonial ou extrapatrimonial de l'action pose une difficulté certaine concernant les actions dont la cause et l'objet se distinguent. Par exemple dans le cas de l'action en responsabilité contractuelle, la cause de l'action consiste en la méconnaissance du droit résultant du contrat. Son objet réside en un droit à réparation. En vertu du principe d'identité du droit et de l'action, l'action ne sera pas transmissible si le droit qui lui préexiste est extrapatrimonial. Toutefois la jurisprudence précitée du 30 avril 1976⁵⁰² a remis en cause cette règle en décidant que le droit à réparation a un caractère patrimonial, peu important la nature du dommage ayant fait naître le droit à réparation et que par conséquent, qualifiée à partir de la nature juridique de son objet, l'action attachée à ce droit en réparation est donc transmissible.

En outre la règle d'identité du droit et de l'action ne peut s'appliquer aux actions sans droit, à savoir celles auxquelles aucun droit ne préexiste, relevant du contentieux objectif, bien qu'une grande partie majoritaire de la doctrine considère que ce contentieux est presque inexistant, se réduisant à l'action civile, à l'action en nullité

⁵⁰⁰ Article 6, alinéa 4, de la loi du 11 mars 1957 ; sur ce point, v. Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 1978, p. 340 ; C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 4^e éd., Dalloz, Paris, 1988, n° 253.

⁵⁰¹ étant précisé que les héritiers ne pourront pas exercer l'action de leur propre chef et qu'ils ne pourront que poursuivre l'instance introduite par le *de cujus*.

⁵⁰² Cass. Mixte, 30 avril 1976, *op. cit.*

absolue du mariage et à l'action en déchéance de puissance paternelle⁵⁰³. Mme Lesca d'Espalungue s'est interrogée d'ailleurs à cet égard sur l'utilité de la préexistence du droit par rapport à l'action en ce que cette action peut fonctionner sans ce droit préexistant⁵⁰⁴. Certes l'action pouvant faire l'objet d'une transaction ou d'une renonciation, un droit préexiste bel et bien avant l'exercice de l'action. Mais ce droit demeure éventuel tant que le juge ne reconnaît pas son existence. Face à l'absence de critère de qualification des actions auxquelles aucun droit ne préexiste, Mme Lesca d'Espalungue⁵⁰⁵ a proposé un nouveau critère de qualification du droit et donc de transmissibilité de l'action en justice, reposant sur la nature juridique de l'objet de l'action, c'est-à-dire ce sur quoi portent les prétentions du demandeur et ce sur quoi porte la contestation du côté du défendeur, à l'instar de la Cour de cassation dans sa jurisprudence de 1976. Elle a ainsi expliqué que dans les actions dont la cause et l'objet se distinguent, qualifier la transmissibilité de l'action à partir de sa cause peut donner lieu une application différente selon que l'on se place du point de vue du demandeur ou du point de vue du défendeur. Par exemple, si la cause réside dans la violation d'un droit extrapatrimonial, l'action du demandeur ne sera pas transmissible puisqu'elle aussi sera qualifiée d'extrapatrimoniale. En revanche, du point de vue du défendeur, la cause résidant toujours en une dette de réparation, l'action sera toujours patrimoniale, donc transmissible. Le critère de qualification reposant sur l'objet et non la cause présente cet avantage, celui d'appliquer un même régime. Concernant les actions auxquelles ne préexiste aucun droit et pour lesquelles le critère de la cause de l'action ne peut être appliqué, Mme Lesca d'Espalungue⁵⁰⁶ a soutenu que le critère proposé de l'objet de l'action restait le seul envisageable. Ainsi l'objet d'une action en nullité est l'annulation du contrat, qui est patrimoniale lorsqu'elle tend à la réintégration d'un bien dans le patrimoine. Cette action est donc transmissible. Le critère de l'objet peut en revanche soulever une difficulté dans l'hypothèse de l'action en réparation lorsque cette réparation est en nature. Une réparation en nature dépourvue de tout caractère ou de toute incidence pécuniaire fait échec à l'application de ce critère. Mais Mme Lesca d'Espalungue a écarté cette objection en faisant valoir que la réparation en nature aurait toujours plus ou moins un aspect patrimonial car elle entraîne toujours

⁵⁰³ H. Motulsky, *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2010, n° 85 ; G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, n° 73, p. 315 et 316.

⁵⁰⁴ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, p. 45, n° 48.

⁵⁰⁵ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, p. 46, n° 50 et s.

⁵⁰⁶ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, p. 47, n° 52.

une altération du patrimoine du défendeur. En outre, à supposer que cette réparation soit dépourvue de tout caractère patrimonial, elle est en principe accompagnée de dommages et intérêts et/ou d'astreintes, de sorte que l'action qui a pour objet une telle réparation sera toujours transmissible.

Un second critère encadre la transmissibilité des actions du *de cuius* : pour que l'action soit transmissible, il faut encore que son exercice ne requiert pas de son titulaire une appréciation personnelle, donc que cette action ne soit pas imprégnée d'*intuitu personae*. Lorsque l'exercice de l'action nécessite une appréciation personnelle de son titulaire, ses intérêts moraux sont concernés par cet exercice. Une telle action disparaît avec la mort de son titulaire⁵⁰⁷. Elle n'est donc pas transmise à ses héritiers. Le caractère personnel de l'action peut donc constituer un obstacle à la transmissibilité d'une action patrimoniale, sans que cet obstacle soit absolu.

En résumé le caractère extrapatrimonial et/ou le caractère personnel de l'action constituent des obstacles à sa transmission. Ces obstacles doivent disparaître pour que cette action soit transmissible.

Ils disparaissent lorsque le *de cuius* a exercé l'action de son vivant⁵⁰⁸. C'est l'exercice de l'action par son titulaire durant son vivant, donc la présentation de demandes auprès du juge, qui rend l'action transmissible. « La demande introduit l'action dans le patrimoine »⁵⁰⁹. En présentant une demande au juge, le titulaire de l'action manifeste son intention d'exercer l'action. C'est cette manifestation de volonté qui rend l'action transmissible, selon Mme Lesca d'Espalungue⁵¹⁰, qui entraîne la transformation d'une action extrapatrimoniale en une action transmissible. Cette transformation est fondée sur la nécessité de permettre aux héritiers de poursuivre les intentions du titulaire de l'action, après sa mort, qu'il a manifestées en exerçant l'action et de jouir des résultats

⁵⁰⁷ *Actio personalis moritur cum personae*.

⁵⁰⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 21 juin 1989, pourvoi n° 87-19.742, *Bull. civ. n° 249* ; *D.* 1990.182, obs. Chr. Lesca ; Cass. Civ. 1^{re}, 8 janvier 1991, pourvoi n° 89-12.384, *Bull. civ. n° 10* ; *RTD civ.* 1991. 776, obs. Jean Patarin ; Cass. Civ. 1^{re}, 14 février 1995, pourvoi n° 93-11.211, *Bull. civ. n° 82* ; *Deffrénois* 1995. 1393, obs. J. Massip.

⁵⁰⁹ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, p. 45, n° 48.

⁵¹⁰ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, p. 60, n° 80.

de l'action exercée par le titulaire avant sa mort. Mais encore faut-il que ces résultats aient pu se produire avant sa mort. Non seulement l'introduction de la demande du titulaire avant son décès permet de « transformer » une action qui n'était pas transmissible en raison de son caractère *intuitu personae* mais également d'écarter le caractère extrapatrimonial du droit, dont l'action est imprégnée lorsque la règle d'identité du droit et de l'action a vocation à s'appliquer. Cette « patrimonialisation » singulière d'une action extrapatrimoniale par l'exercice de l'action par son titulaire durant son vivant trouve application par le législateur au travers de plusieurs textes éparpillés dans le Code civil relatifs aux actions relatives à la filiation légitime et naturelle⁵¹¹ et à l'action en révocation d'une donation pour ingratitude⁵¹². La jurisprudence a pu également admettre la transmission aux héritiers de certaines actions d'état⁵¹³, d'actions « succédanées » de l'action en divorce⁵¹⁴ et enfin de l'action en réparation d'un préjudice moral⁵¹⁵, sur le

⁵¹¹ Article 311-8, alinéa 2, du Code civil.

⁵¹² Article 957, alinéa 2, du Code civil.

⁵¹³ A propos de l'action en nullité relative du mariage : v. sur ce point, Marcel Planiol, Georges Ripert et André Rouast, *Traité pratique de droit civil français : mariage, divorce, filiation. Tome II. La famille*, LGDJ, Paris, 1926, n° 292 ; Henri, Léon et Jean Mazeaud et Michel de Juglart, *Leçons de droit civil*, 5^e éd., Montchrestien, Paris, 1972-1982, n° 800 ; *a contrario* : Cass. Civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-15.005, *Bull. civ. n° 291*, posant que l'action en nullité relative du mariage (en l'espèce pour erreur dans la personne ou sur des qualités essentielles de la personnes) prévue par l'article 180 du code civil est exclusivement attachée à la personne et ne peut être exercée que par l'époux dont le consentement a été vicié.

A propos de l'action à fin d'adoption plénière : Cass. Civ. 1^{re}, 3 février 1981, pourvoi n° 79-10.923, *Bull. civ. n° 39*.

A propos de l'action en révocation d'adoption simple : initialement considérée comme intransmissible (Com., 3 juillet 1950, *Bull. civ. n° 241* ; Cass. Civ. 1^{re}, 25 juin 1955, *D.* 1956. 2. 1., note A. Rouast ; Cass. Com., 26 mars 1962, *Bull. civ. n° 191* ; Cass. Civ. 1^{re}, 24 février 1981, *GP* 1981. 577, obs. Viante), depuis un arrêt du 21 juin 1989, elle est désormais transmissible à l'héritier sous réserve qu'elle ait été exercée du vivant de son titulaire (Civ. 1^{re}, 21 juin 1989, pourvoi n° 87-19.742, *Bull. civ. n° 249*).

⁵¹⁴ Lorsque l'époux décède au cours de l'instance de divorce, il serait surprenant que son conjoint puisse réclamer quoique ce soit au titre de sa succession. Ainsi la Cour de cassation a admis que l'action en séparation de corps puisse être poursuivie par les héritiers par le biais d'une « action en révocation des donations pour ingratitude » (Civ. 1^{re}, 19 mars 1985, pourvoi n° 84-10.237, *Bull. civ. n° 99*). Cette solution pourrait être transposée à l'action en divorce, comme l'a suggéré Mme Lesca d'Espalungue (*op. cit.*, n° 93, p. 69) : si le divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune a pour effet notamment de révoquer les libéralités consenties par l'époux « innocent », cette déchéance n'est pas automatique en cas de divorce aux torts partagés. En une telle hypothèse, si l'action en révocation a été exercée par l'époux « innocent », les héritiers seraient alors fondés à poursuivre l'instance sur ce moyen.

⁵¹⁵ Cass. civ., 18 janvier 1943, *Charpin* ; *D.* 1943. 45, note L. Mazeaud ; Cass. Civ. 2^e, 11 janvier 1979, pourvoi n° 77-12.937, *Bull. civ. n° 18* ; *D.* 1979. IR. 346, obs. Larroumet ; Crim., 9 octobre 1985, pourvoi n° 84-90.584, *Bull. crim. n° 305* ; *D.* 1987. 2. 93, note A. Breton ; Cass. Mixte, 30 avril 1976, pourvoi n° 73-93.014, *Bull. civ. n° 2* et pourvoi n° 74-90.280, *Bull. civ. n° 3* ; Ass. plén., 9 mai 2008, *Fortin*, pourvoi n° 05-87.379, *Bull. civ. n° 2* ; *D.* 2008. 1415, obs. Maud Léna ; *ibid.* 2757, obs. Jean Pradel ; *AJ pénal* 2008. 366, étude Claire Saas ; Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 2016, pourvoi n° 15-10.748, *Bull. civ. n° 71* ; *AJ fam.* 2016. 263, obs. Jérôme Casey ; G. Viney, P. Jourdain et Suzanne Caval, *Les effets de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ (collection : traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin), Issy-les-Moulineaux, 2017, n^{os} 169-1 s.

CE, sect., 29 mars 2000, req. n° 195.662, *AP-HP c/ Cts Jacquié*, Lebon ; *JCP* 2000. I. 280, n° 45 et n° 46, note G. Viney ; *D.* 2000. 563, note Antoine Bourrel ; *JCP* 2000. II. 10360, note Arnaud Derrien ; *D.* 2002.

fondement de l'introduction de la demande par le titulaire de l'action durant son vivant. Cette règle ne trouve en revanche aucune application s'agissant des actions qui s'éteignent en raison du décès de leur titulaire, entraînant par là la disparition de leur objet. Tel est le cas de l'action en divorce et en séparation de corps. L'article 227 du Code civil dispose que le mariage se dissout par la mort de l'un des époux. Il relève de la pure logique que le décès de l'un des époux éteint l'action en divorce, un mariage ne pouvant être dissous une seconde fois. La même logique gouverne l'extinction de l'action en séparation de corps en cas de décès de l'un des deux époux⁵¹⁶. Tel est aussi le cas de l'action en changement de régime matrimonial et en séparation de biens. Le décès de l'un des époux entraîne la dissolution de la communauté, ce qui enlève également tout objet à ces deux actions.

Mme Lesca d'Espalungue s'est attachée à rechercher les moyens par lesquels une action, en principe non transmissible en raison de la nature extrapatrimoniale du droit préexistant, pouvait être transmise en dépit de ces obstacles⁵¹⁷ : soit on admet la transmissibilité de ce droit – comme l'a fait le législateur, pour le droit au respect de l'intégrité des œuvres de l'esprit⁵¹⁸ –, soit on reconnaît une transmission de l'action, indépendante du droit. Ce dernier moyen déroge au principe de non transmissibilité de l'action relative au droit préexistant. Pour appliquer ce moyen aux actions venant sanctionner la violation d'un droit de la personnalité, la jurisprudence a procédé à leur « patrimonialisation », admettant la modification de leur nature extrapatrimoniale pour les faire entrer dans le patrimoine de son titulaire. Elle a justifié cette solution en plaçant le droit à réparation au cœur de son analyse : c'est le droit à réparation qui fonde « l'action-sanction », et non plus le droit de la personnalité préexistant lésé. Ce droit à réparation naît directement dans le patrimoine à compter du jour du dommage.

Somm. 523, note Denys de Béchillon ; *RFDA* 2000. 850, concl. Didier Chauvaux ; *RDSS* 2001. 77, note Serge Pugeault ; CE, 27 octobre 2000, req. n° 195.663, *AP-HP* ; *LPA*, 2001, n° 132, 19, note Christophe Guettier ; CE, 15 janvier 2001, req. nos 208.958, 195.774, 184.509 et 208.960, *AP-HP* ; *RCA*, janvier 2002, n° 1, comm. 3, note Christophe Guettier ; *RFDA* 2002. 139, concl. Didier Chauvaux.

⁵¹⁶ Néanmoins la Cour de cassation a pu admettre que l'action en séparation de corps puisse être poursuivie par les héritiers par le biais d'une action en révocation pour ingratitude (Civ. 1^{re}, 19 mars 1985, pourvoi n° 84-10.237, *Bull. civ.* n° 99).

⁵¹⁷ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 104 et s., p. 77 et s.

⁵¹⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 11 janvier 1989, pourvoi n° 87-11.976, *Bull. civ.* n° 9 ; *D.* 1989. jur. 308, note Bernard Edelman ; *D.* 1990. somm. 57, obs. Claude Colombet ; *JCP* 1989. II. 21378, note André Lucas.

Une difficulté pourrait surgir si la victime reste inactive et ne recherche pas la réparation de son dommage. Une partie de la doctrine avait ainsi objecté que cette inaction présumerait la renonciation de la victime à agir et partant, constituerait un obstacle à la transmission de l'action-sanction. Cependant la renonciation ne se présume pas. Seule une renonciation expresse pourrait faire obstacle à la transmission de l'action⁵¹⁹. C'est en ce sens que se prononce la Cour de cassation depuis un arrêt ancien du 18 janvier 1943, confirmé par un arrêt ultérieur du 17 janvier 1955. Une autre objection a été élevée par les opposants à la transmission de l'action venant sanctionner la violation d'un droit de la personnalité : la nature extrapatrimoniale de l'action. La jurisprudence a également fini par surmonter cette objection dans deux arrêts importants précités du 30 avril 1976⁵²⁰ : « le droit à réparation naît dans le patrimoine quelque soit la nature du dommage ». Cette solution, bien que contestée⁵²¹, est celle appliquée par la Cour de cassation à ce jour⁵²². Mme Lesca d'Espalungue fait grief à la Cour de cassation d'ouvrir une large brèche dans le principe traditionnel d'identité du droit préexistant et de l'action : l'action en réparation d'un dommage moral emprunte le caractère patrimonial du droit poursuivi, à savoir le droit à réparation. Ainsi alors même qu'un droit extrapatrimonial constitue son fondement, l'action qui poursuit la violation de ce droit pourrait être qualifiée soit selon son objet, soit selon sa cause. Ce qui n'est pas sans ouvrir à la voie à l'arbitraire.

Une autre difficulté surgit lorsque le dommage survient au moment du décès de la victime. Une partie de la doctrine refusait d'admettre que l'action en réparation du *pretium mortis*, soit le préjudice résultant de la mort de la victime, ait pu naître dans le patrimoine de la victime avant son décès⁵²³ au motif que la victime n'aurait pas eu le temps d'endurer des souffrances. D'autres, au contraire, ont considéré qu'un laps de temps s'était nécessairement écoulé entre la blessure et la mort, même si la mort a été

⁵¹⁹ Henri Perret, *Les ayants droit à l'indemnité du cas d'accident mortel*, thèse droit, Paris, éditeurs R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1933, p. 144 ; H., L. et J. Mazeaud et M. de Juglart, *op. cit.*, n° 607.

⁵²⁰ Cass. Mixte, 30 avril 1976 (deux espèces), *op. cit.*

⁵²¹ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 113 à n° 116, p. 81 à 83.

⁵²² Pour un exemple d'application récente : Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 2016, pourvoi n° 15-10.748, *Bull. civ.* n° 71 (1^{re} espèce).

⁵²³ R. Savatier, « Le dommage mortel et ses conséquences au point de vue de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1938, n° 7 ; G. Ripert, « Le prix de la douleur », *D.* 1948, chr. 1 ; P. Blondel, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits à caractère personnel*, thèse Droit, Dijon, préface d'André Ponsard, tome 95, LGDJ (collection Bibliothèque de droit privé), Paris, 1969, n° 119.

rapide, de sorte que l'action en réparation a nécessairement eu « le temps » de naître dans le patrimoine de la victime et donc pouvait être transmise à ses héritiers⁵²⁴. Cette dernière solution paraît avoir les faveurs de la jurisprudence tant criminelle que civile. Après avoir refusé d'admettre la transmission de l'action en réparation du dommage subi par la victime à ses héritiers, sous le couvert de l'exigence d'un préjudice personnellement subi par les demandeurs à l'action en réparation⁵²⁵, la jurisprudence criminelle a admis la transmission de l'action civile aux héritiers de la victime⁵²⁶. Elle en a toutefois restreint la portée en exigeant un « instant de raison » entre la réalisation du dommage et le décès de la victime et que « la victime blessée ait eu conscience de son malheur avant de mourir »⁵²⁷. Elle refuse donc d'admettre que le décès de la victime ait fait naître en lui-même un droit à réparation dans son patrimoine⁵²⁸. L'action en réparation ne sera donc transmise aux héritiers que si la victime a eu conscience de son préjudice avant de mourir. La jurisprudence civile, après s'être longtemps opposée à la transmissibilité de l'action⁵²⁹, a fini par admettre sa transmission à propos de l'action en réparation du *pretium doloris* subi par une enfant décédée à la suite de ses blessures après plusieurs années de coma⁵³⁰. En reconnaissant aux héritiers de la victime la faculté d'agir en réparation du dommage subi par la victime pendant son coma, la jurisprudence paraît ainsi admettre que le dommage qui s'est produit dans la même fenêtre de temps que le décès constitue un préjudice réel, qui fait naître dans le patrimoine de la victime un droit à réparation, transmissible à ses héritiers.

De son côté, le législateur a également admis la transmission de certaines actions d'état en matière de filiation⁵³¹, même lorsque la victime n'a pas exercé ces

⁵²⁴ Henri Lalou, « Les ayants droit à indemnité à la suite d'accidents mortels », *DH*, 1931. 1. 27.

⁵²⁵ Crim., 18 janvier 1992, pourvoi n° 81-90.315, *Bull. crim.* n° 14.

⁵²⁶ Crim., 28 octobre 1992, pourvoi n° 91-85.925, *Bull. crim.* n° 349 ; J. Pradel, « Les conditions de la transmission de l'action civile aux héritiers de la victime », *D.* 1993. Somm. 203 ; Crim., 27 mars 1996, *inédit*, pourvoi n° 95-82.242.

⁵²⁷ J. Pradel, *op. cit.*

⁵²⁸ Crim., 11 juillet 2017, *inédit*, pourvoi n° 16-86.796.

⁵²⁹ Cass. Civ. 2^e, 23 janvier 1959 ; *RTD civ.* 1966. 543, obs. R. Rodière.

⁵³⁰ Cass. Civ. 2^e, 10 décembre 1986, pourvoi n° 85-13.649, *Bull. civ.* n° 188.

⁵³¹ Il s'agit des actions relatives à la filiation légitime (l'action en réclamation d'état de l'article 311-8, alinéa 1^{er}, du code civil, l'action en désaveu de paternité de l'article 316-1 du code civil, l'action en désaveu préventif de l'article 327 du code civil, l'action en contestation de paternité fondée sur l'article 322, alinéa 2, du code civil, l'action en contestation de paternité de l'article 318-1 du code civil, l'action en règlement du conflit de paternité de l'article 311-12 du code civil en relation avec la reconnaissance valable en vertu de l'article 334-9 du code civil), et des actions relatives à la filiation naturelle (l'action en recherche de

actions avant de décéder. Ces exceptions légales au principe d'intransmissibilité se fonderaient sur l'idée selon laquelle l'action changerait de nature au décès de son titulaire, selon Mme Lesca d'Espalungue⁵³². Le décès de la victime transformerait ainsi l'action initialement indisponible, en une action pécuniaire donc transmissible. Il est vrai qu'on en viendrait ainsi à douter du véritable caractère héréditaire de l'action car les héritiers auront toujours un intérêt personnel à agir lorsque l'action a pour effet de modifier avantageusement leur filiation. Puisque les actions d'état sont en règle générale des actions attitrées, à partir du moment où l'action est née en la personne du *de cuius* pendant son vivant et qu'il aurait pu valablement l'exercer s'il n'était pas mort, cette action a été transmise à l'héritier exerçant en raison du décès du *de cuius*. Le défaut de réunion de ces conditions n'aurait pas permis à l'héritier d'exercer cette action.

Ces exceptions accroissent le risque de « patrimonialisation » de la personne alors même que la loi positionne les droits de la personnalité et de l'état en dehors du patrimoine. En accordant la transmissibilité à l'action relative à un droit attaché à la personne, tant le législateur que la jurisprudence semblent avoir fait un pas supplémentaire vers la patrimonialisation de ces droits. Comme l'a avancé Mme Lesca d'Espalungue⁵³³, ces droits étant attachés à la personne, c'est la personne elle-même qui fait son entrée dans son propre patrimoine. La protection dont bénéficie la victime d'une atteinte à un de ses droits de la personnalité et d'état, c'est-à-dire la transmissibilité de son action liée à un tel droit, serait donc susceptible d'opérer comme un pont entre la personne et son patrimoine. Pour prévenir ce risque, deux solutions sont proposées par Mme Lesca d'Espalungue : la révision soit de la théorie du patrimoine en y faisant entrer des droits non pécuniaires, soit de la théorie de l'identité du droit et de l'action en justice en caractérisant l'action en justice non plus par rapport à sa cause (le droit violé) mais par rapport à son objet (la réparation du droit atteint). Cette dernière proposition impliquerait donc de dissocier l'action du droit auquel elle est liée. Derrière ces deux propositions de solution, apparaît de nouveau la crainte précédemment exposée d'introduire l'action en justice dans le marché, en dissociant l'action du droit auquel elle est liée, et en admettant son introduction en tant qu'élément du patrimoine.

maternité et de paternité naturelle de l'article 331-8, alinéa 1^{er}, du code civil, l'action en contestation de possession d'état de l'article 334-8, alinéa 2, du code civil).

⁵³² Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 120, p. 86.

⁵³³ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 140, p. 98.

Une dernière difficulté surgit lorsque la transmissibilité d'une action patrimoniale est perturbée par le caractère personnel de son exercice. Le caractère personnel de l'exercice constitue-t-il un obstacle insurmontable à la transmission de l'action ou bien le caractère patrimonial de l'action étouffe-t-il le caractère personnel de l'exercice ? La doctrine s'est longuement divisée sur ce point⁵³⁴ : une partie de la doctrine considérait que le caractère patrimonial de l'action faisait perdre à l'action son caractère personnel. Elle allait même jusqu'à considérer que sous certaines conditions⁵³⁵, les actions d'état perdaient également leur caractère personnel lors du décès de leur titulaire et qu'elles pouvaient être exercées par ses créanciers et n'étaient plus disponibles entre les mains des héritiers⁵³⁶. L'autre partie considérait, au contraire, que la permanence du caractère personnel s'opposait à la transmissibilité de l'action. Le droit positif semble avoir retenu une position intermédiaire⁵³⁷ : l'action conserve son caractère personnel, sa transmissibilité est justifiée par l'idée de la continuation de la personne du défunt par les héritiers⁵³⁸.

2. La transmissibilité de l'action en justice du défendeur

La transmission héréditaire de l'action du défendeur renvoie à la transmission pour le défendeur, selon l'article 30 du Code de procédure civile, du « droit de discuter le

⁵³⁴ Pour une intransmissibilité absolue de l'action patrimoniale dont l'exercice est personnel : François Givord, *La réparation du préjudice moral*, thèse droit, Grenoble, impr. de Boissy et Colomb, Grenoble, 1938.

Pour la transmissibilité absolue de l'action patrimoniale dont l'exercice est personnel : Monique Contamine-Raynaud, *D.* 1977. 2. 185, obs. sous Cass. Mixte, 30 avril 1976, *op. cit.*

⁵³⁵ A savoir, le décès du *de cuius* alors qu'il était mineur ou bien cinq ans après sa majorité ou son émancipation.

⁵³⁶ G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil. Les personnes*, tome 1, volume 2, 3^e éd., Sirey, 1976, n° 801, p. 886.

⁵³⁷ Cass. civ., 13 août 1851, *Toussaint de Gérard* ; *DP* 1851. 1. 281, *S.* 1851. 1. 657 ; Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} février 1955 ; *JCP* 1955. II. 8646, note Jacques Becqué ; Cass. Civ. 1^{re}, 16 mai 1960, *Bull. civ. n° 259* ; *D.* 1960. 681, note André Holleaux ; *JCP* 1961. II. 12148, note André Ponsard.

⁵³⁸ Sur l'idée de continuation de la personne du défunt par les héritiers : Edouard Lambert, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, éditeur V. Giard & E. Brière, Paris, 1895, § 37 s., 123 s., 164 s. ; Jean Percerou, « La liquidation du passif héréditaire en droit français », *RTD civ.* 1905. 535 ; Olivier Jallu, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe de transmission à titre universel*, thèse, Paris, éditeur : Arthur Rousseau, Paris, 1902 ; Pierre Cazelles, *De l'idée de continuation de la personne comme principe de transmission universelle*, thèse, Paris, éditeur A. Rousseau, Paris, 1905 ; Georges Roure, *De la notion de continuation et de la transmission à cause de mort : essai historique et critique*, thèse Droit, Montpellier, éd. L. Bonnafous et fils, Carcassonne, 1938, 135 p. ; Pierre-Jean Claux, *La continuation de la personne du défunt par l'héritier*, thèse Droit, Paris, 1969, 320 ff.

bien-fondé de (la) prétention » du demandeur. A la différence de la transmission héréditaire de l'action du demandeur, la transmission héréditaire de l'action du défendeur ne pose que peu de difficultés. Le décès du défendeur ne pose pas d'obstacle à la transmission de l'action, à l'exception des actions d'état qui sont extrapatrimoniales par nature. Ce qui déterminera la transmissibilité de l'action du défendeur, c'est la naissance d'une dette en la personne du défendeur défunt. Cette dette étant par nature patrimoniale, la transmissibilité de l'action du défendeur nécessite uniquement que la dette soit née avant le décès du *de cuius*. La dette, qui est liée au litige auquel le défendeur est débiteur, doit être née dans son patrimoine pour permettre la transmission de l'action du défendeur à ses héritiers. La naissance de cette dette conditionne donc la transmissibilité de l'action du défendeur, de son « droit de discussion » pour reprendre les termes de l'article 30 du Code de procédure civile. L'application de cette condition reçoit des nuances selon qu'il s'agit d'une dette née d'une relation contractuelle ou en dehors de tout contrat, c'est-à-dire selon qu'il s'agit de la transmission d'une action contractuelle ou d'une action extracontractuelle. Il convient donc de distinguer selon que l'action est contractuelle ou extracontractuelle, comme l'a conseillé Mme Lesca d'Espalungue⁵³⁹.

S'agissant d'une action contractuelle, la dette doit être née d'une convention, qui doit avoir été formée du vivant du *de cuius*. Ainsi dans l'hypothèse d'un contrat à exécution successive continuant après le décès, sont transmises non seulement les dettes nées avant le décès du *de cuius* mais également celles qui existent virtuellement. Il suffit donc que la dette existe effectivement ou virtuellement dans le patrimoine du débiteur pour que l'action du défendeur soit transmise à ses héritiers. Si le contrat s'éteint avec le décès du défendeur, parce qu'il a été conclu en fonction de sa personne, et donc qu'il est marqué par un *intuitu personae*, la dette doit être née avant le décès du défendeur pour que l'action du défendeur qui y est liée soit transmise à ses héritiers. La règle paraît claire. Pourtant son application a pu poser des difficultés dans la figure des cautionnements successifs. Le cautionnement étant transmis aux héritiers de la caution⁵⁴⁰, le créancier pourra-t-il, dans l'hypothèse de cautionnements successifs, agir en paiement à l'encontre des héritiers des dettes nées après le décès de la caution ? Initialement, la jurisprudence

⁵³⁹ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n^{os} 326 à 336, p. 202-208.

⁵⁴⁰ Article 2294 du Code civil.

avait retenu une solution sévère en considérant que l'engagement de la caution « devait, dès lors, passer à ses héritiers, même si au moment du décès de la caution, la dette n'existait pas encore, l'article 2017 du Code civil ne requérant pas, pour son application, que l'obligation de la caution soit exigible lors du décès de celle-ci »⁵⁴¹. Ainsi les héritiers de la caution pouvaient se retrouver tenus de l'obligation de la caution alors même que l'existence du cautionnement leur était inconnue. Au vu des critiques qui se sont élevées face à la sévérité de cette solution et à l'impossibilité de trouver un moyen pour « libérer les héritiers "innocents" de leur obligation au paiement des dettes futures »⁵⁴², la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence dans un arrêt du 29 juin 1982⁵⁴³ en décidant que la caution n'a pu transmettre, à son décès, aucun engagement à ses héritiers dès lors qu'au jour de son décès, le débiteur principal n'était tenu d'aucune dette à l'égard du créancier. Cette solution⁵⁴⁴ paraissant *a priori* contraire au droit des obligations est justifiée par le fait que le cautionnement est composé d'une obligation de règlement des dettes déjà nées et une obligation de couverture des dettes futures. La première se transmet lors du décès de la caution, et la seconde s'éteint à son décès. Peu importe que la dette soit ou non exigible, il suffit qu'elle soit née avant le décès de la caution pour que ses héritiers y soient tenus⁵⁴⁵.

S'agissant d'une action délictuelle, on retrouve la même problématique de la connaissance de l'existence de la dette de réparation. La règle est claire : il suffit que la dette de réparation existe dans le patrimoine de l'auteur du dommage au jour de son décès pour que son action soit transmise à ses héritiers, peu importe qu'ils n'aient eu connaissance de cette dette qu'après le décès. Il est de principe que la dette naît dans le patrimoine de l'auteur du dommage dès le jour de réalisation du dommage⁵⁴⁶.

⁵⁴¹ Cass. Com., 14 novembre 1966, *Bull. civ. n° 427* ; *RTD com.* 1966. 627, obs. Jean-Marie Chevalier.

⁵⁴² Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 329, p. 204.

⁵⁴³ Cass. Com., 29 juin 1982, pourvoi n° 80-14.160, *Bull. civ. n° 258* ; *GAJC*, 11^e éd., n° 274 ; *D.* 1983. 360, note Christian Mouly ; *Gaz. Pal.* 1982. 2. 583, note Stéphane Piedelièvre ; *JCP* 1984. II. 20148, note Paul Bouteiller ; *RTD civ.* 1983. 354, note Philippe Rémy.

⁵⁴⁴ Confirmée par la suite : Cass. Civ. 1^{re}, 3 juin 1986, pourvoi n° 85-10.639, *Bull. civ. n° 147* ; Cass. Com., 13 janvier 1987, pourvoi n° 84-14.146, *Bull. civ. n° 9* ; *D.* 1987. Somm. 453, obs. L. Aynès ; *JCP N* 1987. II. 87, note Jean-Guirec Raffray ; *JCP E* 1987. II. 15054, note Martine Béhar-Touchais.

⁵⁴⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 20 juillet 1994, pourvoi n° 92-18.916, *Bull. civ. n° 285* ; *JCP N* 1995. II. 652, note L. Leveneur ; Cass. Civ. 1^{re}, 10 juin 1997, pourvoi n° 95-19.352, *Bull. civ. n° 194*.

⁵⁴⁶ Henri et Léon Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tome II*, 3^e éd., Sirey, Paris, 1939, n° 1994 ; Claude Brenner, *JCl Civil Code*, art. 870 à 877, fasc. 10, n° 32, 1^{er} novembre 2018, dernière mise à jour le 1^{er} novembre 2018 ; Cass. Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, pourvoi n° 05-19.020, *Bull. civ. n° 118* ; *RCA* 2007, comm. 207, note Sophie Hocquet-Berg ; Cass. Civ. 1^{re},

Les héritiers de l'auteur du dommage pourront être poursuivis en réparation du dommage commis par le *de cuius* bien après qu'ils aient accepté la succession, même s'ils n'avaient pas eu connaissance de l'existence du dommage, de la dette de réparation au moment de l'exercice de l'option successorale.

L'existence de la dette dans le patrimoine du débiteur suffit pour que son action soit transmise à ses héritiers. Toutefois cette transmission peut être perturbée si le résultat de certaines actions est marqué par un caractère personnel, comme l'a relevé Mme Lesca d'Espalungue⁵⁴⁷. Tel est le cas des condamnations pénales en vertu du principe de personnalité des peines. Ainsi les actions qui auraient pu être poursuivies ou exercées par le *de cuius* en qualité de défendeur s'éteignent à son décès. La transmission de l'action du défendeur est également perturbée lorsqu'il s'agit d'une action en révocation d'une donation pour ingratitude. Une telle action n'est pas transmissible aux héritiers lorsque le donataire décède avant d'avoir été assigné. En effet elle est imprégnée non seulement par le caractère intime des faits la fondant mais également par le caractère de peine privée de son résultat. Enfin les actions alimentaires auxquels le *de cuius* est défendeur ne sont pas non plus de toute évidence transmissibles à ses héritiers. En effet l'obligation alimentaire fondant une telle action est strictement personnelle au défendeur. Elle disparaît avec son décès, de même que l'action alimentaire. En revanche, les héritiers du défendeur seront susceptibles d'être assignés en leur nom personnel, en raison de leur lien de parenté avec le *de cuius*.

Ces exceptions à la transmissibilité de l'action du défendeur reçoivent elles-mêmes une exception lorsque « l'aspect pécuniaire du résultat prévaut sur le caractère personnel »⁵⁴⁸. Ainsi lorsque la peine pénale revêt un caractère de réparation, la règle de l'intransmissibilité de l'action du défendeur est écartée (par exemple, en matière d'impôts de certaines amendes fiscales, ou encore de procédure de confiscations, ou

30 juin 2004, pourvoi n° 02-20.085, *Bull. civ.* n° 194 ; *AJ fam.* 2004. 458, obs. Frédéric Bicheron ; Cass. Civ. 1^{re}, 8 juillet 2009, pourvoi n° 07-19.465, *Bull. civ.* n° 160 ; *AJ fam.* 2009. 351, obs. Laurence Pécaut-Rivolier ; *RTD civ.* 2009. 700, obs. Jean Hauser ; Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 2016, pourvoi n° 15-10.748, *Bull. civ.* n° 71 ; *RCA*, juin 2016, n° 6, comm. 169, obs. H. Groutel ; *AJ Famille* 2016. 263, obs. J. Casey.

⁵⁴⁷ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n°s 360-365, p. 218-221.

⁵⁴⁸ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n°s 366-373, p. 222-228.

encore d'action en contrefaçon). Il en va de même des actions civiles ayant pour objet la réparation d'un dommage moral, cette réparation constituant une charge dans le patrimoine du défendeur dès la réalisation du dommage moral. Ont également pu être considérées comme transmissibles certaines actions liées à un délit civil : il s'agit de l'action en réparation d'un dommage moral, l'action en déclaration d'indignité successorale et de l'action en recel successoral. S'agissant de l'action en réparation d'un dommage moral, s'il est vrai que son résultat constitue une peine privée, l'aspect indemnitaire de cette sanction l'emporte sur son caractère de peine privée. Concernant l'action en déclaration d'indignité successorale, son résultat qui consiste en une sanction, l'indignité, est uniquement supportée par le défendeur indigne. Elle n'affecte pas ses héritiers venant à la succession en leur propre nom. En revanche, elle conduit à priver l'héritier du défunt de ses droits dans la succession. Elle a incontestablement un caractère patrimonial, qui va prévaloir sur le caractère personnel de la sanction. Enfin, l'auteur d'un recel successoral ne bénéficiera plus de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ni de la faculté de renoncer à la succession. Il n'aura pas d'autre choix que d'accepter la succession. Bien que personnelle, l'action en recel successoral recherche la restitution des biens recelés. Une fois encore l'aspect patrimonial de l'action l'emporte sur son caractère personnel. En dernier lieu, certaines actions alimentaires sont transmissibles aux héritiers du défendeur : le droit positif en décèle deux cas. Le premier est posé par les articles 280 et suivants du Code civil, qui prévoient qu'en cas de décès du conjoint débiteur, le « paiement de la prestation compensatoire, quelle que soit sa forme, est prélevé sur la succession. Le paiement est supporté par tous les héritiers, qui n'y sont pas tenus personnellement, dans la limite de l'actif successoral ». Le second est visé par l'article 342-5 du Code civil à propos de l'action à fins de subsides, qui dispose que « la charge des subsides se transmet à la succession du débiteur suivant les règles de l'article 767 » du même code. Enfin, pour être complet, il convient de signaler que certaines actions d'état⁵⁴⁹, par nature intransmissibles car marquées par un fort *intuitu personae*, auxquels le défunt est défendeur, peuvent être transmises car l'objet de certaines de ces actions se transforme pour devenir patrimonial au décès de son titulaire ou alors en raison de la qualité des héritiers à défendre (parce qu'ils ont un lien de parenté

⁵⁴⁹ Tel est le cas de l'action en réclamation ou en revendication d'état d'enfant légitime et en contestation de légitimité, de l'action en contestation de paternité légitime, de l'action en recherche de maternité ou de paternité naturelle, l'action en « constatation de possession d'état » d'enfant naturel.

avec le demandeur lors du décès).

B – Les modalités d’exercice par les héritiers des actions reçues de la succession

L’exercice par les héritiers des actions transmises par la succession du *de cuius* est rigoureusement encadré par des conditions. A l’instar du précédent examen des critères de transmissibilité des actions du défunt, seront exposées en premier lieu les modalités d’exercice des actions reçues par les héritiers du défunt demandeur (1), puis celles des actions reçues par les héritiers du défunt défendeur (2).

1. L’exercice de l’action en justice par les héritiers du demandeur

En principe, tout acte effectué par le mandataire du défunt après son décès est nul. En effet, ce décès enlève toute capacité de jouissance au mandant et toute capacité d’ester en justice au mandataire. L’article 117, alinéas 1 et 2, du code de procédure civile sanctionne ce défaut par une irrégularité de fond. Cette irrégularité de fond peut être relevée d’office par le juge⁵⁵⁰. Elle pourra être couverte jusqu’au moment où il statue⁵⁵¹. L’instance pourra être poursuivie par les héritiers s’ils le souhaitent. Cependant l’ignorance du décès du mandant par le mandataire « sauve » l’acte qu’il a effectué *post-mortem*⁵⁵². Encore faut-il que le mandat soit régulier⁵⁵³ et que le mandataire ignore le décès du mandant au moment où il effectue l’acte⁵⁵⁴.

Un débat tournait autour de la décision rendue au nom du défunt. Une telle décision était-elle considérée comme nulle ou bien comme n’ayant jamais existé ? La jurisprudence a tranché en faveur de la nullité de la décision rendue au nom du

⁵⁵⁰ Article 120, alinéa 2, du Code de procédure civile.

⁵⁵¹ Article 121 du Code de procédure civile ; Cass. Civ. 2^e, 21 avril 2005, pourvoi n° 02-20.183, *Bull. civ.* n° 114 ; *RTD civ.* 2005. 631, obs. Perrot.

⁵⁵² Article 2005 du Code civil.

⁵⁵³ Cass. Com., 17 juin 1974, pourvoi n° 73-10.541, *Bull. civ.* n° 194 ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 avril 1977, pourvoi n° 75-13.695, *Bull. civ.* n° 182 ; Cass. Civ. 1^{re}, 28 juin 1988, pourvoi n° 86-13.639, *Bull. civ.* n° 209 ; *D.* 1989. 181, note Ibrahim Najjar ; *JCP* 1989. II. 21366, note Didier Martin ; *Defrénois*, 15 juin 1990, p. 40, note Marcel Beaubrun.

⁵⁵⁴ Cass. Civ. 2^e, 17 mars 1961, *Bull. civ.* n° 233 ; Cass. Civ. 2^e, 4 juin 1969, *Bull. civ.* n° 185 ; Cass. Civ. 3^e, 19 juillet 1995, pourvoi n° 93-14.579, *Bull. civ.* n° 190.

défunt⁵⁵⁵. Elle lui a reconnu une existence matérielle en dépit du vice de nullité. Seules les voies de recours prévues par la loi, et non les voies de nullité, peuvent être exercées à l'encontre de la décision nulle. La décision rendue au nom du défunt profite à ses héritiers, alors même qu'ils n'étaient pas parties à l'instance ayant donné lieu à cette décision. Cette décision ne peut qu'être déclarative pour que les héritiers puissent en profiter, c'est-à-dire qu'elle ne doit que consacrer des droits déjà nés dans le patrimoine du *de cuius*.

Pour exercer l'action reçue de la succession, outre les conditions ordinaires de recevabilité de l'action en justice (intérêt à agir, qualité à agir et délai pour agir), les héritiers doivent également justifier de leur qualité d'héritier. C'est cette qualité qui fera présumer leur intérêt à agir. Cette qualité à agir est conditionnée à la fois par le pouvoir d'agir (soit l'habilitation légale à exercer les droits et actions du *de cuius*) et par le droit à l'action (c'est-à-dire que l'action soit transmissible). Certains héritiers disposent d'un titre indiscutable. Ils ont un pouvoir d'agir dès l'ouverture de la succession avant même toute option⁵⁵⁶. Il s'agit des héritiers « *désignés par la loi* » : les héritiers *ab intestat* et le conjoint survivant. Ainsi que l'a souligné Mme Lesca d'Espalungue⁵⁵⁷, cette faculté accordée à ces héritiers est justifiée par la nécessité de gérer les biens de la succession entre le jour de leur transmission et le jour du partage de la succession. A défaut d'héritiers réservataires, c'est le légataire universel qui est saisi de plein droit, sans être tenu de demander la délivrance⁵⁵⁸. En cas d'inaction de l'héritier de premier rang⁵⁵⁹, susceptible de mettre en péril le contenu de la succession, le législateur a offert à l'héritier de rang subséquent la faculté d'acceptation conditionnelle pour agir. Il peut agir sans formalité particulière. En outre, tant que le délai ouvert à l'héritier de premier rang est ouvert, il peut toujours revendiquer la succession à l'encontre de l'héritier de rang subséquent. En cas de renonciation expresse de l'héritier de premier rang à la succession, l'héritier de rang subséquent peut alors exercer les actions du défunt sans formalité, sous cette

⁵⁵⁵ Cass. Civ. 2^e, 17 mars 1961, *Bull. civ. n° 233* ; Cass. Civ. 2^e, 8 mars 1989, *inédit*, pourvoi n° 86-19.442 ; Cass. Soc., 22 novembre 1995, *inédit*, pourvoi n° 92-16.192 ; Cass. Civ. 3^e, 18 novembre 2014, *inédit*, pourvoi n° 13-12.448 ; Cass. Civ. 2^e, 18 avril 2019, *inédit*, pourvoi n° 17-15.092.

⁵⁵⁶ Article 724 du Code civil.

⁵⁵⁷ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 184, p. 122..

⁵⁵⁸ Article 1006 du Code civil.

⁵⁵⁹ Cette inaction peut durer jusqu'à trente ans pour les successions ouvertes avant le 1^{er} janvier 2007, jusqu'à dix ans pour les successions ouvertes après le 1^{er} janvier 2007.

précision suivant laquelle la prescription a continué à courir dès le jour du décès. Il ne pourra pas l'interrompre avant que l'héritier de premier rang ait renoncé. La renonciation de l'héritier est limitée aux seuls droits et actions purement patrimoniaux. Même après avoir renoncé, l'héritier pourra exercer certaines actions dont le caractère personnel survit au décès : il s'agit des actions attachées aux droits moral et de divulgation de son auteur, ainsi que de l'exercice actif de l'action en recherche de paternité naturelle.

Le défaut de qualité pour agir à titre d'héritier peut résulter du défaut du pouvoir d'agir et/ou du défaut du droit à l'action, c'est-à-dire de l'intransmissibilité de l'action. A la différence de l'intransmissibilité de l'action, le défaut du pouvoir d'agir de l'héritier est régularisable au cours de l'instance jusqu'au jour où le juge statue, en vertu de l'article 126 du code de procédure civile : soit par l'accomplissement des formalités légales pour l'héritier testamentaire, soit par l'acquisition de la majorité pour le mineur émancipé ayant purement et simplement accepté la succession. Par ailleurs, si l'héritier acquiert sa qualité d'héritier dans une instance en cours à laquelle il est partie à titre personnel, il ne pourra pas changer de qualité, eu égard au principe de l'immutabilité du litige. S'il acquiert sa qualité d'héritier après qu'un premier jugement ait été rendu, la jurisprudence admet qu'il puisse recommencer la procédure en sa qualité d'héritier, sur le fondement d'une interprétation large de l'ancien article 1351, devenu le nouvel article 1355 du Code civil. Elle a considéré que la chose jugée en une première qualité ne s'étendait pas à l'action exercée en une autre qualité⁵⁶⁰.

En principe le décès ne suspend pas ni n'interrompt la prescription des actions transmises à l'héritier, sous réserve que ce dernier ne soit pas un mineur non émancipé ou un majeur sous tutelle⁵⁶¹. Dans ce dernier cas, la prescription extinctive ne court pas ou est suspendue à leur égard, sauf les exceptions énumérées à l'article 2235 du Code civil⁵⁶². L'héritier ne pourra profiter ou subir que la période restant à s'écouler depuis le décès jusqu'à l'expiration du délai. Le décès a en revanche un effet interruptif sur le cours

⁵⁶⁰ Cass. Soc., 29 juin 1951 ; *D.* 1952, somm. 72 ; *Gaz. Pal.* 1951. 1. 272.

⁵⁶¹ Article 2235 du Code civil.

⁵⁶² A savoir « les actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, les actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts ».

des instances déjà engagées au moment de la survenance du décès. Plus précisément, c'est la notification de ce décès qui entraîne cette interruption de l'instance⁵⁶³. Cela signifie également que si cette formalité n'est pas accomplie, l'instance n'est pas interrompue et la péremption continue de courir⁵⁶⁴. L'instance continue donc, sous réserve que l'action exercée par celui qui est décédé en cours d'instance soit transmissible. La tierce opposition formée par les héritiers est irrecevable si le décès n'a pas été notifié⁵⁶⁵. Ils succèdent dans la place qu'occupait le *de cuius* dans l'instance sans qu'ils ne doivent réaliser de formalité particulière. Si le décès n'est pas notifié à la partie adverse et que la preuve n'est pas apportée que l'adversaire avait connaissance du décès, le pourvoi qu'il forme à l'encontre du *de cuius* est réputé être dirigé contre sa succession⁵⁶⁶. Dans la même lignée, la notification de l'arrêt au *de cuius* est opposable à sa succession⁵⁶⁷.

La situation est différente si l'action n'est pas transmissible. Dans une telle situation, le décès entraîne l'extinction de l'instance, et donc l'extinction de l'action⁵⁶⁸. Si le décès intervient au cours d'une instance ouverte sur appel d'un jugement, la question est un peu plus complexe. En principe, l'appel est suspensif d'exécution, de sorte que le jugement ne sera définitif qu'une fois une décision statuant sur l'appel rendue. La récente réforme opérée par le décret du 11 décembre 2019 consacrant le principe de l'exécution provisoire de droit des décisions rendues en première instance⁵⁶⁹ est sans incidence majeure sur cette règle⁵⁷⁰. En outre, à suivre l'article 384, alinéa 1^{er}, du Code de procédure

⁵⁶³ Article 370 du Code de procédure civile.

⁵⁶⁴ Cass. Civ. 2^e, 18 janvier 1984, pourvoi n° 82-12.443, *Bull. civ. n° 10* ; *D.* 1984. 401, note Y. Desdevises ; *Gaz. Pal.*, 1984. 1. Pan. 159, obs. S. Guinchard ; Cass. Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, pourvoi n° 06-11.003, *Bull. civ. n° 135* ; *Procédures* 2007, n° 102, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2007. 381, obs. R. Perrot.

⁵⁶⁵ Cass. Civ. 3^e, 24 janvier 1984, pourvoi n° 82-14.350, *Bull. civ. n° 19*.

⁵⁶⁶ Cass. Civ. 2^e, 10 mars 2004, pourvoi n° 00-18.976, *Bull. civ. n° 106* ; *RTD civ.* 2004. 351, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2004, n° 6, comm. 124, p. 19, note R. Perrot.

⁵⁶⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, pourvoi n° 06-11.003, *Bull. civ. n° 135* ; *op. cit.*

⁵⁶⁸ Article 384 du Code de procédure civile.

⁵⁶⁹ Article 3 du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 modifiant l'article 514 du Code de procédure civile : « Les décisions de première instance sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n'en dispose autrement ».

⁵⁷⁰ Le décret du 11 décembre 2019 n'a pas modifié l'article 539 du Code de procédure civile disposant que les recours ordinaires sont suspensifs de l'exécution du jugement de première instance. Ainsi d'un côté l'exécution provisoire du jugement de première instance devient le principe et d'un autre côté, le caractère suspensif du recours ordinaire est maintenu. L'appelant pourra s'opposer à l'exécution provisoire de droit en saisissant le Premier Président d'une requête en ce sens. Il devra non seulement établir qu'il existe des moyens sérieux d'annulation ou de réformation et que l'exécution de la décision attaquée risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives (article 514-3 du Code de procédure civile). De son côté, le

civile, l'extinction de l'action qui n'aura pas abouti à une décision ayant force de chose jugée entraînerait l'extinction non seulement de l'instance d'appel mais également celle de la première instance. En sens inverse, il pourrait être soutenu que l'appel crée une instance indépendante de la première instance, de sorte que le décès n'entraînerait que l'extinction de l'instance d'appel et ne remettrait pas en cause le jugement obtenu en première instance. Les héritiers n'auraient ainsi pas à recommencer toute la procédure, si ce jugement leur est favorable. Enfin le décès notifié est une cause d'extinction de l'instance, tout comme le désistement ou la péremption, lorsque ces événements surviennent en cours d'instance d'appel. Les articles 390 et 403 du Code de procédure civile leur attribuent la capacité de conférer au jugement force de chose jugée. Il pourrait être soutenu qu'il puisse être attribué la même capacité au décès lorsqu'il est notifié. A l'instar de Mme Lesca d'Espalungue⁵⁷¹, il nous paraît judicieux qu'en cas de décès en cours d'instance d'appel, la décision de première instance soit maintenue puisqu'elle bénéficie désormais de l'exécution provisoire de plein droit. Si le décès intervient en cours de cassation, à propos d'une action non transmissible, la Cour de cassation prononcera alors un non-lieu à statuer⁵⁷². Le pourvoi n'ayant aucun effet suspensif, la décision statuant sur l'appel est exécutoire tant du vivant que du décès du demandeur au pourvoi. Il pourrait en être conclu que le décès n'entraînera que l'extinction de l'instance de cassation. Qu'en est-il dans les hypothèses dans lesquelles le pourvoi est suspensif, par exemple lorsque le litige porte sur le prononcé du divorce ? Dans une telle hypothèse, aucune décision définitive n'a été rendue. Donc en principe, ce qui a précédé la procédure de cassation devrait être anéanti. Une autre solution serait de maintenir uniquement les dispositions de l'arrêt d'appel bénéficiant de l'exécution provisoire.

2. L'exercice de l'action en justice par les héritiers du défendeur

Les règles relatives à la continuation de l'action après le décès du défendeur

défendeur pourra s'opposer à l'examen de l'appel par une requête en radiation pour défaut d'exécution ou de consignation, que le décret du 11 décembre 2019 n'a pas modifié.

⁵⁷¹ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n° 294, p. 177.

⁵⁷² Jean Boré et Louis Boré, *La cassation en matière civile 2015/2016*, 5^e éd., Dalloz (collection Dalloz Action), 2015, n° 41.21 ; Cass. Civ. 1^{re}, 3 novembre 1966, *Bull. civ. n° 491* ; Cass. Civ. 2^e, 23 novembre 1988, pourvoi n° 87-11.707, *Bull. civ. n° 226* ; Cass. Civ. 2^e, 18 décembre 1995, pourvoi n° 95-11.062, *Bull. civ. n° 311* ; *D.* 1997. 208, note Jean-François Overstake ; Cass. Civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-19.015, *Bull. civ. n° 497*.

sont relativement les mêmes que celles rencontrées lorsque c'est le demandeur qui est décédé. Toutefois, à l'instar de Mme Lesca d'Espalungue, il convient de distinguer selon que le décès est intervenu avant ou au cours de la première instance ou lors d'une instance d'appel ou de cassation. Pour qu'un héritier puisse défendre à une instance, non seulement il doit avoir le pouvoir d'agir et l'action doit être transmissible, à l'instar des héritiers du demandeur, encore faut-il qu'il ait le « pouvoir » de défendre⁵⁷³. L'héritier du défendeur est investi de ce pouvoir avant toute option. Ainsi que l'on a précédemment vu, l'héritier *ab intestat* et le conjoint survivant sont investis des droits et actions du défendeur décédé. L'héritier testamentaire, s'il acquiert la propriété du patrimoine du défunt, n'est pas pour autant autorisé à en disposer, ni à en exercer les droits. Pour qu'il puisse exercer les actions incluses dans le patrimoine du défunt, il lui faudra accomplir certaines formalités visant à vérifier son titre. A défaut, il sera dépourvu du pouvoir de défendre. Si aucun des héritiers n'a le pouvoir de défendre, c'est-à-dire qu'aucun des héritiers n'est saisi, ils pourront défendre si l'exercice de l'action constitue un acte conservatoire, ce qui est exclu lorsque l'exercice de l'action constitue un acte d'administration ou un acte de disposition. Si l'héritier ne se positionne pas, le demandeur pourra toujours le contraindre à se positionner vis-à-vis de la succession par le biais d'une assignation.

Il convient de préciser que le fait pour l'héritier de défendre à une action ne vaut pas une immixtion emportant acceptation de la succession, puisque doit être caractérisée « l'intention » de l'héritier d'accepter la succession. Si l'héritier renonce à la succession, il perd en revanche le pouvoir de défendre. Cette perte se limite aux actions purement patrimoniales. L'héritier pourra défendre si l'action est justifiée par un intérêt moral, en raison du lien de parenté liant l'héritier au demandeur⁵⁷⁴.

Comme l'a exposé Mme Lesca d'Espalungue⁵⁷⁵, pour pouvoir défendre, encore faut-il que l'action du défendeur soit transmise à ses héritiers. S'agissant d'une action attitrée, en premier lieu, l'action doit être née avant le décès du défendeur,

⁵⁷³ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n^{os} 397-401, p. 241-242 .

⁵⁷⁴ Cette exception peut être appliquée à certaines actions à la filiation, pour les actions en diffamation et pour les actions relatives au droit moral de l'auteur.

⁵⁷⁵ Chr. Lesca d'Espalungue, *op. cit.*, n^{os} 411 à 413, p. 247-248.

c'est-à-dire que l'obligation doit être née dans le patrimoine du *de cuius* avant son décès, donc à partir du moment où le potentiel demandeur aurait été recevable à exiger l'exécution de l'obligation. En second lieu, l'action doit être patrimoniale pour être transmise à ses héritiers. S'agissant d'une action successoralement attributée, c'est-à-dire, qu'elle est spécifiquement attribuée à certains héritiers désignés, non seulement l'action doit être née dans le patrimoine du défendeur décédé avant son décès, elle doit également être expressément transmise et l'héritier doit réunir les conditions légales d'exercice de l'action.

Si l'héritier manque à réunir les deux conditions précédemment exposées (le pouvoir de défendre et la transmission de l'action du défendeur), ce défaut suffit à entraîner l'irrecevabilité de l'action du défendeur. Toutefois cette irrecevabilité peut être régularisée en cours d'instance si sa cause disparaît – par exemple si l'héritier testamentaire a accompli les formalités nécessaires.

Conclusion – La transmission héréditaire des actions du *de cuius* présente quelques similarités que le *de cuius* ait été demandeur ou défendeur à l'instance.

Lorsque le demandeur à l'instance est décédé, l'action empruntant les caractères du droit auquel elle est liée, seules sont transmises les actions patrimoniales. Sont donc exclues les actions non transmissibles en raison de leur lien à un droit extrapatrimonial – sauf si l'action peut être analysée en fonction de son objet, comme c'est le cas de l'action en réparation –, ainsi que les actions dont l'exercice est marqué par un fort caractère *intuitu personae* – sauf si le demandeur a exercé l'action de son vivant, ainsi que pour certaines actions d'état désignées par le législateur. Pour exercer ou poursuivre l'action du demandeur, les héritiers devront en outre avoir la qualité d'héritier. Et seule la notification du décès aura une influence sur les actions reçues de la succession.

Lorsque c'est le défendeur qui est décédé, pour que son action, son droit à défendre, puisse être transmise à ses héritiers, la dette doit être née dans le patrimoine du

défendeur avant son décès. Sont exclues de cette transmission les actions marquées par un caractère *intuitu personae*, l'action en révocation d'une donation pour ingratitude et les actions alimentaires, – sauf lorsque l'aspect pécuniaire prend le pas sur le caractère personnel de l'action. Pour exercer ou poursuivre le droit de défendre du *de cuius*, outre les conditions communes exigées pour agir en justice, les héritiers doivent également pouvoir justifier du pouvoir de défendre et l'action du défendeur doit être transmissible.

II – La transmission par l'effet de la jurisprudence : l'action oblique

On retrace les origines de l'action oblique à l'Ancien droit. A cette époque, chaque créancier pouvait exercer les droits et actions du débiteur pour son propre compte⁵⁷⁶. En droit romain, une procédure appelée la *venditio bonorum* permettait au *curator bonorum* (le représentant des créanciers) d'exercer pour le compte de la masse des créanciers, les droits et les actions du débiteur failli. L'action oblique est exercée individuellement par un créancier qui ne représente pas l'ensemble des créanciers mais le résultat de l'action oblique profite à l'ensemble des créanciers du débiteur.

L'action oblique a pour vocation de protéger le droit de gage général des créanciers. Elle permet au créancier de faire face à l'inertie préjudiciable du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à l'encontre des tiers. En une telle hypothèse, le créancier pourra exercer « les droits et actions à caractère patrimonial » du débiteur négligent pour le compte de ce dernier (article 1341-1 du Code civil). Ainsi le créancier, en exerçant une des actions à caractère patrimonial du débiteur, en arrive à exercer une action dont il n'est pas titulaire. On retrouve ici les effets d'une transmission d'action en justice sans que le débiteur titulaire de l'action en justice et le créancier qui va l'exercer via une action oblique, aient pour autant conclu une convention ayant pour objet le transfert d'une action en justice.

⁵⁷⁶ H., L., J. Mazeaud et Fr. Chabas, *Leçons de droit civil : théorie générale. 2 1. Obligations*, 9^e éd., Montchrestien, Paris, 1998, n° 958.

Comme la doctrine l'a relevé, l'action oblique porte mal son nom : d'une part, le créancier n'est pas limitée à l'exercice d'une seule action. Comme l'a si bien formulé une doctrine éminente⁵⁷⁷, il existe « autant d'actions obliques qu'il existe d'actions du débiteur pouvant être utilisées à sa place par ses créanciers ». D'autre part, l'action oblique vise l'exercice par le créancier non seulement des actions patrimoniales mais également des droits à caractère patrimonial. L'action oblique ne nécessite pas nécessairement l'exercice d'une action dont le débiteur est titulaire : une exécution spontanée de son débiteur n'est pas à exclure. La présente section se concentrera sur l'exercice de l'action du débiteur.

Traditionnellement conçue comme un moyen de protection du droit de gage des créanciers sur le patrimoine du débiteur, l'action oblique permet au créancier de réaliser les droits et actions patrimoniaux du débiteur. La Cour de cassation a fait évoluer la conception traditionnelle de l'action oblique, en élargissant son application. Par exemple, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir admis l'action oblique d'un locataire, créancier d'une obligation de jouissance paisible des lieux loués à l'égard du bailleur, exigeant le respect de l'objet du bail par le second preneur⁵⁷⁸. Elle a également admis le syndicat des copropriétaires à agir, par la voie de l'action oblique, à l'encontre d'un preneur en résiliation du contrat de bail conclu par l'un des copropriétaires, afin de faire respecter la conformité de la destination de l'immeuble avec le règlement de copropriété⁵⁷⁹. Allant plus loin, la jurisprudence a récemment étendu cette solution au copropriétaire⁵⁸⁰. Toutefois la jurisprudence a refusé que le locataire puisse

⁵⁷⁷ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Tome VII, Obligations. Deuxième partie, par Paul Esmein, Jean Radouant et Gabriel Gabolde*, LGDJ, 1931, n° 895 ; cité par William Dross, « Art. 1341-1 – Fasc. unique : REGIME GENERAL DES OBLIGATIONS. – Actions ouvertes au créancier. – Action oblique », *Juriscl. Civil Code*, 1^{er} novembre 2016, dernière mise à jour : 29 juillet 2022.

⁵⁷⁸ Cass. Civ. 3^e, 17 février 2010, *inédit*, pourvoi n° 08-18.752.

⁵⁷⁹ Cass. Civ. 3^e, 22 juin 2005, *inédit*, pourvoi n° 04-12.540 ; *Administrer* 2006, n° 388, p. 36, note Jehan-Denis Barbier ; Cass. Civ. 3^e, 19 novembre 2015, *inédit*, pourvoi n° 14-18.752 ; auparavant : Cass. Civ. 3^e, 14 novembre 1985, pourvoi n° 84-15.577, *Bull. civ. n° 143* ; *D.* 1986. 368, note J.-L. Aubert ; *JCP N* 1987. II. 75, note Jacques Moury, *RTD civ.* 1986. 599, obs. J. Mestre ; *RD imm.* 1986. 239, note Claude Giverdon ; Cass. Civ. 3^e, 20 décembre 1994, pourvoi n° 92-19.490, *Bull. civ. n° 225* ; *D.* 1997, somm. comm. p. 245, obs. Pierre Capoulade ; *RDI* 1995, p. 154, note P. Capoulade et Cl. Giverdon. En revanche, la Cour de cassation a écarté l'action en résiliation d'un bail exercée par deux copropriétaires, par la voie de l'action oblique, à l'encontre d'un preneur pour non-respect du règlement de copropriété (Civ. 3^e, 12 juillet 2018, *inédit*, pourvoi n° 17-20.680).

⁵⁸⁰ Cass. Civ. 3^e, 8 avril 2021, pourvoi n° 20-18.327, *publié au Bull.*

exercer, par la voie de l'action oblique, le droit du bailleur copropriétaire à contester une décision de l'assemblée générale des copropriétaires⁵⁸¹. Comme l'a exactement souligné la doctrine, l'action oblique est utilisée comme « une dérogation au principe de l'effet relatif des contrats énoncé par l'article 1165 du Code civil »⁵⁸², « un instrument de plus en plus utilisé pour protéger les droits légitimes des créanciers, indépendamment de toute menace pour le droit de gage général »⁵⁸³.

Les modalités de cette transmission de l'action en justice par l'effet de la jurisprudence seront exposées dans un premier temps (A), puis ses effets nécessairement limités (B).

A – Les modalités de l'action oblique

L'ancien article 1166, devenu l'article 1341-1, du Code civil conditionne la recevabilité de l'action oblique à l'inaction préjudiciable du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions. Elle doit être exercée par un créancier du débiteur. Exigeant initialement une créance de somme d'argent certaine, liquide et exigible, la jurisprudence admet l'action oblique d'un créancier, pour obtenir l'exécution d'une obligation de faire, dans la lignée de l'évolution de l'action oblique.

Le créancier devra justifier de sa qualité de créancier, donc être titulaire d'une créance à l'égard du débiteur. Cette créance doit présenter certains caractères pour justifier l'intérêt à agir du créancier (1). Le débiteur devra s'être rendu coupable d'une inaction dans l'exercice de ses droits et actions à l'égard des tiers, préjudiciable au créancier (2).

⁵⁸¹ CA Paris, 23^e ch., 19 septembre 2001, n° 2000/06026, JurisData n° 2001-153471.

⁵⁸² Gilles Goubeaux, « La carence du débiteur, condition de l'action oblique. Question de fond et question de preuve », dans *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 147-160.

⁵⁸³ Olivier Barret, *D.* 1992. 421, note sous Cass. Civ. 1^{re}, 9 octobre 1991, pourvoi n° 89-17.916, *Bull. civ.* n° 250.

1. L'exigence jurisprudentielle d'une créance certaine, liquide et exigible

L'exigence de l'existence d'une créance s'induit de la lettre de l'article 1341-1 du Code civil. La charge de la preuve incombe au créancier qui l'invoque, conformément aux règles de preuve posées par l'ancien article 1315, devenu l'article 1353, du Code civil. Les juges ne peuvent pas débouter l'action d'un prétendu créancier à l'encontre d'un débiteur allégué et dans le même temps, accueillir l'action oblique exercée à l'encontre du débiteur de ce dernier⁵⁸⁴.

Une problématique peut se poser s'agissant de la créance du garant à l'encontre du débiteur garanti. Cette créance naît-elle à compter de l'engagement du garant ou à compter du paiement effectif du bénéficiaire de la garantie ? La Cour de cassation a écarté l'action oblique exercée par la caisse de garantie des notaires à l'encontre de l'assureur du notaire lorsque l'assureur n'avait pas encore indemnisé les clients du notaire, considérant donc que la créance du garant ne naissait qu'après le paiement de la garantie due⁵⁸⁵. Toutefois la Cour de cassation a réservé une solution différente en matière de cautionnement⁵⁸⁶ : lorsque la caution est appelée en paiement par le créancier, elle est titulaire d'une créance personnelle d'indemnité à l'encontre du débiteur, avant même d'avoir payé le créancier. La Cour de cassation a donc admis l'action oblique exercée par la caution à l'encontre de l'assureur du débiteur en exécution du contrat qui les lie. La Cour de cassation a même admis l'action oblique d'un créancier titulaire d'une créance constatée par décision judiciaire alors même qu'il a été interjeté appel de cette décision⁵⁸⁷.

Traditionnellement la créance dont le créancier poursuit l'exécution devait avoir un objet monétaire, l'action oblique étant conçue comme un moyen de protection du droit de gage général des créanciers. Ainsi toute autre créance ne devrait pas pouvoir

⁵⁸⁴ Cass. civ., 24 novembre 1936 ; *Gaz. Pal.*, 1937. 1. 187.

⁵⁸⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 22 juin 1977, pourvoi n° 74-14.644, *Bull. civ.* n° 296.

⁵⁸⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 25 mai 2005, pourvoi n° 04-11.622, *Bull. civ.* n° 225 ; *D.* 2005. AJ 1629, obs. X. Delpech ; *RLDC* 2006/25, n° 1028, note Christina Corgas-Bernard ; *Banque et Dr.*, juillet-août 2005, n° 102, p. 62, obs. Nicolas Rontchevsky ; *RTD civ.* 2005. 598, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁸⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 21 octobre 1958, *Bull. civ.* n° 439.

fonder une action oblique. Toutefois ainsi qu'il l'a été précédemment mentionné, la jurisprudence a fait évoluer le rôle de l'action oblique pour la faire devenir un « instrument » pour assurer l'effectivité des droits personnels, peu important la nature de la créance fondant l'action oblique. Par exemple, le syndicat des copropriétaires, créancier d'une obligation de respect du règlement de copropriété mise à la charge de chaque copropriétaire, peut agir, sur le fondement de l'action oblique, à l'encontre des locataires qui ne respecteraient pas ce règlement de copropriété, en résiliation du bail⁵⁸⁸. Cette évolution laisse envisager la possibilité d'une action oblique exercée par le titulaire d'un droit réel⁵⁸⁹. M. Dross a proposé l'exemple d'un nu-propiétaire qui chercherait à agir à l'encontre du locataire de son usufruitier, qui endommagerait le bien loué. L'usufruitier est tenu d'une obligation de conserver le bien en bon état en vertu de l'article 618 du Code civil. A suivre l'évolution du rôle attribué à l'action oblique, il aurait pu être déduit à juste titre que l'action oblique exercée par le nu-propiétaire à l'encontre du locataire de l'usufruitier serait admise. Mais la Cour de cassation s'y refuse⁵⁹⁰. Un titulaire d'un droit réel ne peut donc pas exercer, par la voie de l'action oblique, un droit ou une action appartenant au propriétaire grevé.

Ni l'article 1341-1 du Code civil ni la jurisprudence ne distinguent selon que la créance est antérieure ou postérieure au droit ou à l'action exercé par le créancier⁵⁹¹ ou selon que le créancier bénéficie ou non de sûretés⁵⁹². Le droit de gage général, comme son nom l'indique, profite à l'ensemble des créanciers sans distinction. Et son assiette n'est pas figée au jour de la naissance de la créance.

La jurisprudence exigeait traditionnellement que le créancier soit titulaire d'une créance certaine, exigible et liquide⁵⁹³, puis s'est contentée que la créance soit

⁵⁸⁸ Cass. Civ. 3^e, 22 juin 2005, *préc.*

⁵⁸⁹ W. Dross, *op. cit.*, n° 21.

⁵⁹⁰ Cass. Civ. 3^e, 5 février 2014, pourvoi n° 12-28.701, *Bull. civ. n° 18* ; *RTD civ.* 2014. 673, obs. W. Dross.

⁵⁹¹ Cass. civ., 4 juillet 1854 ; *DP* 1854, p. 1, p. 403 ; *S* 1854, 1, p. 785.

⁵⁹² Cass. Civ. 1^{re}, 19 novembre 1996, *inédit*, pourvoi n° 94-22.052 ; pour des applications récentes : Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-25.098 ; Cass. Civ. 1^{re}, 8 juillet 2015, *inédit*, pourvoi n° 13-20.592.

⁵⁹³ Cass. Req., 25 mars 1924 ; *DH* 1924. 282 ; Cass. Civ. 1^{re}, 4 janvier 1983, pourvoi n° 81-15.865, *Bull. civ. n° 1*.

exigible et liquide⁵⁹⁴. Ces conditions perdent de leur sens avec l'évolution du rôle de l'action oblique : en effet il est difficile d'appréhender le caractère liquide d'une créance non monétaire, dans les cas où le créancier poursuivant a recours à l'action oblique pour assurer l'effectivité de son droit. L'action oblique n'est pas une action en paiement. Elle en constitue tout au plus un préalable. L'exigence d'exigibilité et de liquidité de la créance ne se comprend donc que dans l'hypothèse où le créancier agit à la fois obliquement à l'encontre du débiteur de son débiteur et à l'égard de son débiteur, en paiement. Bosc a opposé que le défaut d'exigibilité et de liquidité de la créance priverait le créancier d'intérêt à agir obliquement et que ce dernier risquerait d'agir dans l'unique intérêt des autres créanciers⁵⁹⁵. Il résulte de l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'en exigeant une créance liquide et exigible, la Haute Juridiction paraît chercher à limiter l'immixtion des créanciers dans les droits et actions du débiteur, en limitant les créanciers pouvant exercer l'action oblique⁵⁹⁶.

Le caractère exigible de la créance n'est requis qu'au jour où le juge statue. Le caractère liquide de la créance, quant à lui, peut résulter de la décision du juge qui statue sur l'action oblique. Ces deux conditions font donc l'objet d'une appréciation plutôt souple des juges. Une seconde condition réserve l'exercice de l'action oblique à une inaction préjudiciable du débiteur dans ses droits et actions patrimoniaux.

2. Une carence préjudiciable du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions patrimoniaux

Le créancier ne pourra agir obliquement qu'autant que le débiteur a négligé l'exercice de ses droits et actions patrimoniaux et que cette négligence a compromis les droits du créancier, lui causant un préjudice. L'action oblique vient donc pallier à l'inaction du débiteur qui négligerait volontairement ou non d'exercer ses droits et actions

⁵⁹⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 26 septembre 2007, *inédit*, pourvoi n° 05-14.020 ; pour des applications récentes : Cass. Soc., 22 janvier 2020, *inédit*, pourvoi n° 18-14.482 ; Cass. Civ. 1^{re}, 11 février 2015, pourvoi n° 14-13.979, *Bull. civ. n° 38*.

⁵⁹⁵ Louis Bosc, *Etude sur le droit des créanciers d'exercer les actions de leur débiteur (actions indirectes et actions directes)*, thèse Droit, Aix-en-Provence, 1902, n° 26.

⁵⁹⁶ W. Dross, *op. cit.*, n° 26.

dans le but ou non d'éviter que le résultat de cet exercice ne soit accaparé par ses créanciers.

Il existe des cas dans lesquels l'inaction du débiteur, même si elle cause un préjudice au créancier, ne pourra pas fonder son action oblique. C'est l'hypothèse du débiteur qui n'est pas en mesure d'exercer ses droits et actions patrimoniaux parce qu'il a été dessaisi des droits et actions de son patrimoine, soit en raison de l'ouverture d'une procédure collective à son égard, soit en raison de son incapacité. L'inaction du débiteur en raison de son incapacité juridique ne saurait lui être reprochée : en revanche la carence pourra être reprochée à son représentant (tuteur). S'agissant du débiteur en procédure collective, et plus particulièrement en liquidation judiciaire, l'ensemble de ses droits et actions patrimoniales sont exercés par le liquidateur judiciaire (article L. 641-9 du Code de commerce). En cas de carence du liquidateur, le créancier ne pourra que solliciter son remplacement (article L. 641-1-1 du Code de commerce). En revanche, la situation est quelque peu différente en cas de redressement ou de sauvegarde judiciaire. Un mandataire judiciaire est désigné pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers (article L. 622-20 du Code de commerce). En cas de carence du mandataire judiciaire, « tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ». La jurisprudence a pu admettre que « s'il justifie d'un intérêt personnel à ce que les créances pour lesquelles il agit réintègrent le patrimoine du débiteur », un créancier peut agir par la voie oblique⁵⁹⁷. En revanche une telle solution est exclue en cas de liquidation judiciaire⁵⁹⁸.

Le créancier devra donc établir que le débiteur est titulaire d'un ou plusieurs droits et/ou actions et qu'il s'est abstenu de les exercer⁵⁹⁹. Ainsi si le débiteur a fait valoir ses droits en justice, l'action oblique ne pourra qu'être écartée⁶⁰⁰. Autrement dit si le

⁵⁹⁷ CA Paris, 13 mars 1998, RG n° 95/13275 ; *JCP E* 1999, n° 14, p. 621, note V. Duboeuf-Hild.

⁵⁹⁸ Cass. Com., 3 avril 2001, pourvoi n° 98-14.191, *Bull. civ. n° 71* ; *RD banc. fin.* 2001, n° 3, p. 164, obs. F.-X. Lucas ; *JCP E* 2001, n° 38, p. 1473, obs. Ph. Pétel ; *RTD com.* 2001. 771, obs. Jean-Luc Vallens ; *Dr et patr.* 2001, n° 98, p. 110, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *RTD civ.* 2001. 882, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁵⁹⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 28 mai 2002, pourvoi n° 00-11.049, *Bull. civ. n° 145* ; *D.* 2002. 3041, note Vincent Perruchot-Triboulet ; *D.* 2002, Somm. 2836, obs. Ph. Delebecque.

⁶⁰⁰ Cass. Civ. 3^e, 7 mars 1968, *Bull. civ. n° 87*.

débiteur justifie de diligences, l'action oblique sera rejetée⁶⁰¹. C'est une question de fait laissée au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond⁶⁰².

Le caractère volontaire ou non de l'inaction du débiteur est indifférent pour fonder l'action oblique. Le débiteur est libre de gérer comme il l'entend son patrimoine, et donc d'exercer ou non ses droits et actions. La simple inaction du débiteur suffit. Elle n'a pas à être injustifiée ou prolongée. Il suffit qu'elle existe. Si le caractère volontaire de l'inaction du débiteur est indifférent pour fonder l'action oblique, les mobiles du débiteur sous-tendant son inaction peuvent être pris en considération par les juges pour justifier la carence du débiteur et donc rejeter l'action oblique. Par exemple l'action oblique d'une banque sera écartée lorsque l'inaction reprochée au débiteur dans la contestation de la décision de rejet écartant l'inscription de la créance de la banque au passif du débiteur, est justifiée par l'intérêt légitime du débiteur de voir adopter le plan de redressement judiciaire⁶⁰³.

On l'a dit, en principe la charge de la preuve de l'inaction du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions pèse sur le créancier. Il devrait donc rapporter la preuve d'un fait négatif. Toutefois il a également été vu que l'action oblique est écartée lorsque le débiteur justifie de diligences dans l'exercice de ses droits et actions. En pratique, il appartiendra donc au débiteur, en s'opposant à l'exercice d'une action à l'encontre de son débiteur par la voie oblique, de démontrer qu'il a effectué des diligences dans l'exercice de ses droits et actions. Or l'action exercée par le créancier à l'encontre du débiteur de son débiteur, par la voie oblique, ne met en cause que deux personnes : le créancier et le débiteur de son débiteur. Il est donc difficile d'appréhender le rôle du débiteur dans la charge de la preuve de diligences dans l'exercice de ses droits et actions, dans une instance à laquelle il n'est même pas partie. M. Goubeau⁶⁰⁴ a très bien cerné le problème : si le créancier est titulaire d'une créance monétaire, cette solution se comprend car l'action oblique lui permet de reconstituer le patrimoine de son débiteur afin d'assurer l'effectivité du droit de gage général. Dans une telle hypothèse, c'est l'insolvabilité du

⁶⁰¹ Cass. Civ. 1^{re}, 5 avril 2005, pourvoi n° 02-21.011, *Bull. civ. n° 167* ; *RTD civ.* 2005. 598, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. Civ. 1^{re}, 27 mai 2010, *inédit*, pourvoi n° 09-13.083.

⁶⁰² Cass. Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, *inédit*, pourvoi n° 12-22.870 ; Cass. Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, *inédit*, pourvoi n° 11-19.409.

⁶⁰³ CA Paris, chambre 3 section B, 2 mai 1997, *JurisData n° 1997-021118*.

⁶⁰⁴ G. Goubeaux, *op. cit.*

débiteur qui lui cause un dommage. En revanche, si le créancier est titulaire d'une créance non monétaire, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'action oblique est utilisée afin d'assurer l'effectivité des droits du créancier, il n'est pas nécessaire de rapporter la preuve de l'insolvabilité du débiteur : dispenser le créancier de rapporter la preuve de l'inaction du débiteur ne se comprend pas.

Outre une carence du débiteur, le créancier doit établir que cette carence lui a causé un préjudice. Il doit prouver qu'elle « compromet les droits (du) créancier » (article 1341-1 du Code civil)⁶⁰⁵, donc qu'elle lui cause un préjudice. En règle générale, l'insolvabilité actuelle du débiteur permet de justifier l'immixtion du créancier d'une somme d'argent dans le patrimoine du débiteur. Si le créancier est titulaire d'une obligation de faire, le créancier doit établir que l'inaction du débiteur l'empêche d'obtenir l'exécution de sa créance : d'une part que le comportement du débiteur de son débiteur constitue une violation de la créance non monétaire dont est titulaire le créancier, et d'autre part que son débiteur pourrait contraindre son propre débiteur à cesser ce comportement. La carence du débiteur doit mettre en péril le recouvrement de la créance du créancier et non celui de la créance de son débiteur à l'égard du tiers⁶⁰⁶.

Le créancier pourrait-il invoquer la carence préjudiciable du débiteur alors même que d'autres voies de droit lui permettraient d'obtenir l'exécution de sa créance ? C'est l'hypothèse du créancier qui dispose de recours à l'encontre d'autres débiteurs de la même dette. Si ces autres voies de droit sont exercées à l'encontre de ces tiers, l'action oblique profite à tous les créanciers puisqu'elle vise à reconstituer le droit de gage général. Rien ne semble justifier que l'exercice de l'action oblique soit subsidiaire à l'exercice de ces voies de droit. On pourrait douter du maintien de cette solution lorsque le créancier dispose de voies de droit, autre que l'action oblique, à l'encontre du débiteur de son débiteur. Si l'exercice de ces voies de droit aboutit un résultat moins efficace que l'action oblique, l'intérêt du créancier à exercer l'action oblique demeure certain. Il semble que ce soit moins le cas dans l'hypothèse inverse. Ce n'est pas la solution que paraît retenir

⁶⁰⁵ Cass. Civ. 3^e, 19 juin 1969, *Bull. civ. n° 498* ; Cass. Civ. 1^{re}, 14 juin 1984, pourvoi n° 83-11.402, *Bull. civ. n° 197* ; Cass. Civ. 1^{re}, 17 mai 1982, pourvoi n° 81-12.312, *Bull. civ. n° 176*.

⁶⁰⁶ Cass. Civ. 2^e, 8 décembre 2005, *inédit*, pourvoi n° 03-18.315.

la Cour de cassation⁶⁰⁷ : elle a ainsi admis l'exercice de l'action oblique du créancier qui bénéficiait également d'une action directe à l'encontre du tiers⁶⁰⁸. Pourtant l'action directe est indéniablement plus avantageuse que l'action oblique. En l'espèce, la caisse de garantie des notaires avait agi obliquement à l'encontre de l'assureur de responsabilité du notaire, après avoir indemnisé ses victimes. Or elle pouvait également agir directement à l'encontre de cet assureur sur le fondement de l'article L. 124-3 du Code des assurances. La Cour de cassation a ainsi admis, au détour de son arrêt du 22 juin 1977, la possibilité de l'action oblique de la caisse, alors même qu'elle pouvait agir directement à l'encontre de l'assureur : elle a approuvé les juges du fond d'avoir écarté « en l'état » tant l'action oblique de la caisse que l'action directe fondée sur l'article L. 124-3 du Code des assurances, tant qu'elle n'aurait pas indemnisé la victime du notaire.

On retrouve donc dans l'exercice de l'action oblique, les effets d'une transmission de l'action en justice : une personne va exercer une action en justice à la place de son titulaire sans qu'il y ait une représentation quelconque convenue avec le titulaire. Comme l'a dit Carbonnier, « il y a représentation forcée à l'égard du débiteur »⁶⁰⁹. On pourrait objecter que le créancier qui exerce une des actions à caractère patrimonial du débiteur, le fait pour le compte du débiteur et non dans son intérêt. Il serait faux d'affirmer que lorsque le créancier exerce une action à caractère patrimonial de son débiteur, par le biais de son action oblique, il le fait dans le seul intérêt du débiteur. Il convient de rappeler ici que, à mi-chemin entre mesure d'exécution et mesure conservatoire, l'action oblique a pour but premier, la protection du droit de gage général des créanciers, pour apporter plus d'efficacité aux voies d'exécution forcée ultérieures. Le créancier exerce donc l'action oblique également dans son intérêt et plus encore, dans l'intérêt collectif des créanciers du débiteur.

⁶⁰⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 23 avril 1981, pourvoi n° 80-10.873, *Bull. civ.* n° 130.

⁶⁰⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 22 juin 1977, *op. cit.*

⁶⁰⁹ J. Carbonnier, *Droit civil, volume II, Les biens. Les obligations* [1955, 1956], PUF (collection *Quadrige Manuels*), Paris, 2004, n° 1286, p. 2535 ; dans le même sens : Ch. Demolombe, *Cours de Code napoléon : traité des contrats ou des obligations conventionnelles et général*, volume 25, tome 2, Durand & Pedone Lauriel, Hachette et Cie, Cosse, Marchal et Billard, Paris, 1869, n° 100, p. 99 et 100. V. *contra* : Mme Véronique Tellier voit au contraire dans l'action oblique, un droit processuel propre au créancier conféré par l'article 1166 du Code civil et lui permettant d'exercer les droits et actions de son débiteur (V. Tellier, « La nature de l'action oblique », *RRJ* 2002/4, p. 1846 à 1858, n°s 23 à 43).

L'intérêt de ce mode de transmission de l'action en justice est réduit au regard de la limitation de ses effets.

B – Une transmission limitée par l'effet de l'action oblique

L'action oblique est limitée à un double niveau : le créancier ne pourra exercer que les « droits et actions à caractère patrimonial » du débiteur, à l'exclusion de « ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne » (article 1341-1 du Code civil) (1). Le résultat de l'action oblique ne tombe pas directement entre les mains du créancier poursuivant, mais dans le patrimoine du débiteur. Le créancier poursuivant, qui aura exposé les frais de justice pour faire intégrer le résultat de l'action oblique dans le patrimoine du débiteur, subira donc le concours des autres créanciers du débiteur sur le résultat de l'exercice de l'action oblique (2).

1. Un exercice limité des actions du débiteur

L'exercice de l'action oblique implique l'immixtion du créancier dans la gestion du patrimoine du débiteur. La jurisprudence a tendance à contrôler cette immixtion afin d'éviter les excès. Le créancier ne doit pas concurrencer le débiteur dans la gestion de son patrimoine. Non seulement l'article 1341-1 du Code civil exclut du champ de l'action oblique, les droits et actions « qui sont exclusivement rattachés à la personne », mais également le créancier ne pourra exercer les droits et actions patrimoniaux que s'ils présentent un intérêt pour lui, c'est-à-dire que si l'exercice de ces droits et actions permet de reconstituer l'assiette du droit de gage général des créanciers.

Les droits « exclusivement rattachés à la personne » ne sont pas définis par le Code civil. Leur définition actuelle est le résultat des efforts de la doctrine. Au XX^e siècle, ils visaient les droits à la fois incessibles entre vifs et intransmissibles à cause de mort. Ce critère restrictif a été rapidement abandonné par la jurisprudence. Depuis une formule consacrée de longue date, la Cour de cassation fait rentrer dans cette catégorie, les droits et actions « dont l'exercice est subordonné à des considérations personnelles d'ordre

moral ou familial »⁶¹⁰. Quelques éclairages peuvent être utilement apportés par les solutions retenues en matière de procédures collectives : la jurisprudence avait déduit de l'article L. 641-9 du Code de commerce, qui réserve au liquidateur judiciaire l'exercice exclusif des « droits et actions du débiteur concernant son patrimoine » pendant les opérations de liquidation, que le débiteur restait maître des droits et actions exclusivement attachés à sa personne⁶¹¹. Il pourrait également être tiré parti de l'article 1404 du Code civil qui déclare propres à l'époux commun en biens « tous les droits exclusivement attachés à la personne »⁶¹².

Ainsi que l'a suggéré M. Dross⁶¹³, on peut principalement distinguer parmi les droits et actions « qui sont exclusivement rattachés à la personne », les droits qui sont nés en raison d'un lien matrimonial, familial ou amical entre un tiers et le débiteur, et les droits qui ne sont pas issus d'un lien matrimonial, familial ou amical mais qui affectent la personne même du débiteur. Le créancier poursuivant ne pourra donc pas exercer les droits et actions tendant à la modification du régime matrimonial : par exemple il ne pourra pas solliciter la séparation de biens judiciaire (article 1446 du Code civil). Autre exemple : il ne pourra pas non plus agir obliquement pour solliciter la révocation d'une libéralité consentie entre époux⁶¹⁴. La jurisprudence a également considéré qu'était attachée à la personne du débiteur l'action visant à solliciter la révision ou la suppression

⁶¹⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 8 juin 1963 ; *D* 1964. 713, note Lamand ; *JCP* 1965. II. 14087, note R. Savatier ; pour des exemples d'application : Cass. Civ. 1^{re}, 19 avril 1988, pourvoi n° 86-18.028, *Bull. civ. n° 101* (à propos d'une action en révocation d'une donation entre époux) ; Cass. Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, pourvoi n° 99-15.776, *Bull. civ. n° 150* (à propos d'une action en autorisation de disposer d'un bien donné avec clause d'inaliénabilité) ; *JCP* 2001. I. 360, n° 4, obs. M. Cabrillac ; *JCP* 2002. I. 178, n° 10, obs. Raymond Le Guidec ; *RTD civ.* 2001. 644, obs. Jean Patarin ; *RTD civ.* 2001. 882, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. Civ. 1^{re}, 8 mars 2005, pourvoi n° 03-20.968, *Bull. civ. n° 295* (à propos d'une action permettant de mettre fin à l'inaliénabilité stipulée dans une donation) ; *RLDC* juin 2005, p. 46, obs. Sabrina Gaury ; pour une application récente : Cass. Com., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-14.592, *Bull. civ. n° 222* (à propos du droit de retrait d'un associé prévu par l'article 1869 du Code civil) ; *D.* 2013. 751, note Jacques Moury ; *D.* 2013. 2729, obs. Anne Rabreau ; *Rev. sociétés* 2013. 228, note A. Reygrobellet ; *RTD com.* 2013. 107, obs. M.-H. Monsérié-Bon.

⁶¹¹ Pour un exemple d'application : Cass. Com., 11 décembre 2012, pourvoi n° 11-27.437, *Bull. civ. n° 225* ; *JCP E* 2013. 1216, n° 4, obs. Ph. Pétel ; *LEDEN* janvier 2013, p. 4, obs. Pascal Rubellin ; *BJE* 2013.85, note Cécile Lisanti ; *Gaz. Pal.*, 4 mai 2013, n° 124, p. 22, obs. Denis Voinot ; *RPC* 2013, n° 95, obs. Marie-Pierre Dumont-Lefrand.

⁶¹² Sur les droits et actions attachés à la personne, v. Victor Daudet, *Les droits et actions attachés à la personne*, 2011, thèse de doctorat, Droit privé et Sciences criminelles, Montpellier, sous la direction de Marie-Laure Mathieu.

⁶¹³ W. Dross, *op. cit.*, n° 75.

⁶¹⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 19 avril 1988, pourvoi n° 86-18.028, *Bull. civ. n° 101* (à propos d'une action en révocation d'une donation entre époux) ; *RTD civ.* 1989. 79, obs. J. Mestre.

d'une pension alimentaire⁶¹⁵ : en effet les sommes obtenues de telles actions ne sont pas saisissables par le créancier, elles ne présentent donc aucun intérêt pour lui. Le créancier ne pourra non plus agir obliquement pour exercer la demande d'attribution préférentielle fondée sur l'article 831 du Code civil, eu égard aux considérations personnelles et familiales attachées à ce droit.

Sont également exclus du champ d'application, les droits et actions affectant la personne du débiteur. Sont donc écartées de l'action oblique, les actions tendant à modifier l'état du débiteur. On expose ici une évidence. L'action oblique a pour but de reconstituer l'assiette du droit de gage général des créanciers, à savoir le patrimoine du débiteur. Il serait illogique d'exercer une action à caractère extrapatrimonial pour reconstituer l'assiette du droit de gage général des créanciers, cette dernière étant par définition exclue de cette assiette. Pourtant l'exercice d'une telle action a parfois des répercussions sur le patrimoine du débiteur : par exemple, le débiteur dont la filiation est établie avec un tiers, acquiert à son égard une créance d'aliments et vient à la succession de ce tiers. Donc le créancier peut présenter un intérêt incontestable patrimonial à exercer des actions d'état extrapatrimoniales. Si ces droits et actions sont exclus du champ de l'action oblique, c'est surtout en raison des conséquences sur la vie privée et familiale du débiteur. Par exemple, le créancier ne pourra pas exercer obliquement au nom de son débiteur une action relative à la filiation⁶¹⁶. Dans la même lignée, le créancier ne pourrait pas agir obliquement en divorce ou en séparation de biens à la place du débiteur.

L'action oblique ne sera pas non plus admise lorsque son résultat affectera les besoins fondamentaux du débiteur. Ainsi la Cour de cassation a considéré qu'étaient attachées à la personne du débiteur l'action d'un salarié devant la juridiction prud'homale à l'encontre de son employeur⁶¹⁷, de même que l'action en reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail⁶¹⁸. Un autre exemple se retrouve en matière de propriété

⁶¹⁵ Cass. Req., 26 mai 1941 ; *DC* 1942. 133, note J. Carbonnier ; Cass. civ., 29 juin 1948, *D.* 1949. 129, note R. Ponsard.

⁶¹⁶ Cass. Req., 6 juillet 1836 ; *S* 1836. 1, p. 633, note L.-M. Devilleneuve.

⁶¹⁷ Cass. Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.877, *Bull. civ. n° 29* (à propos d'une action en nullité d'une clause de non-concurrence) ; *D.* 2001. 2404, note Odile Lacamp-Leplaë.

⁶¹⁸ Cass. Soc., 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-43.444, *Bull. civ. n° 217* ; *RTD civ.* 2005. 598, obs. J. Mestre et B. Fages.

intellectuelle : par exemple le créancier ne pourra pas exercer, sur le fondement de l'article 1341-1 du Code civil, le droit moral de l'auteur de l'œuvre, qui est caractérisé par l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle comme un droit attaché à la personne. Comme il l'a été mentionné précédemment, le droit de retrait d'un associé prévu par l'article 1869 du Code civil est également un droit attaché à la personne du débiteur, l'excluant ainsi du champ de l'action oblique⁶¹⁹.

Si l'action en réparation d'un préjudice matériel subi par le débiteur, exercée obliquement par le créancier, est largement admise, la solution est plus délicate s'agissant d'un préjudice extrapatrimonial. Concernant le préjudice moral, ce dernier découle d'une atteinte à un droit de la personnalité du débiteur. Tant la doctrine que la jurisprudence⁶²⁰ semblent considérer que le droit à la réparation de ce préjudice extrapatrimonial est exclusivement attaché à la personne et donc exclu du champ de l'action oblique. Toutefois la Cour de cassation a reconnu que l'action en réparation d'un préjudice moral, parce qu'elle naît dans le patrimoine de la victime, se transmet à ses héritiers⁶²¹. Cette jurisprudence semble plutôt admettre l'exercice de l'action en réparation du préjudice moral par le créancier de la victime, sur le fondement de l'article 1341-1 du Code civil. Concernant le préjudice corporel, la réponse doit être nuancée. La jurisprudence a pu exclure du champ de l'action oblique, l'action en réparation d'un préjudice causé par la diminution de ses facultés physiques⁶²². La Cour de cassation a pourtant considéré, de son côté, qu'une fois les dommages et intérêts payés, ils figurent dans le patrimoine du débiteur et peuvent donc être saisis par les créanciers de la victime⁶²³. L'utilité que l'exercice de cette action en réparation pourrait présenter pour le créancier ne permet pas de se prononcer sur le point de savoir si une telle action est exclusivement attachée à la personne du débiteur. Cette problématique ne peut être catégoriquement tranchée au regard du caractère profondément hétérogène du préjudice corporel. En effet le dommage corporel comprend notamment des préjudices moraux tels

⁶¹⁹ Cass. Com., 4 décembre 2012, *ibid*.

⁶²⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 12 janvier 1988 (à propos d'une action en diffamation) ; *D.* 1989, p. 1, note P.-Y. Gautier.

⁶²¹ Cass. Mixte, 30 avril 1976, pourvoi n° 73-93.014, *Bull. civ. n° 2* ; Cass. Mixte, 30 avril 1976, pourvoi n° 74-90.280, *Bull. civ. n° 3* ; *D.* 1977, p. 185, note M. Contamine-Raynaud.

⁶²² CA Toulouse, 4 mars 1938 ; *DC* 1941. 28 ; *S.* 1938, 2, p. 168.

⁶²³ Ass. Plén., 15 avril 1983, pourvoi n° 80-13.339, *Bull. civ. n° 4* ; *Gaz. Pal.*, 1983, 2, p. 473, note Jacques Dupichot ; *D.* 1983. 461, note Fernand Derrida, concl. Henri Dontenville ; *JCP G* 1984. II. 20126, note Yves Chartier.

que le *pretium doloris*, le préjudice d'agrément, le préjudice esthétique ou encore le préjudice sexuel. Enfin, le créancier ne devrait pas être admis à exercer l'action civile devant le juge pénal, l'article 2 du code de procédure pénale réservant l'exercice de l'action civile aux seules personnes ayant personnellement souffert du dommage causé par l'infraction. En outre le choix d'exercer l'action civile relève de considérations morales appartenant exclusivement au débiteur.

En dehors des droits et actions exclusivement rattachés à la personne du débiteur, le créancier pourrait donc en principe exercer tout droit ou action à caractère patrimonial du débiteur, par la voie de l'action oblique. Cela implique donc son immixtion dans la gestion du patrimoine du débiteur. Or une telle immixtion peut être mal perçue : elle pourrait aisément donner lieu à des excès. L'exercice des droits et actions patrimoniaux par le créancier reçoit une double limite : les droits et actions exercés par le créancier doivent lui permettre de substituer le débiteur dans la gestion de son patrimoine mais aussi ils doivent présenter un intérêt pour le créancier.

Traditionnellement la doctrine, ainsi que le relève M. Dross⁶²⁴, distingue parmi les droits et actions exercés par le créancier, par la voie oblique, selon qu'il exerce un droit figurant déjà dans le patrimoine du débiteur ou selon qu'il entend faire naître un droit nouveau dans le patrimoine. C'est la traditionnelle distinction entre les droits et les simples facultés. L'exercice d'une simple faculté du débiteur par le créancier poursuivant est exclu. La notion de faculté renvoie à la liberté du titulaire quant à son exercice. Mais il est également loisible au titulaire d'un droit d'en réclamer l'exécution ou non. La faculté en revanche ne permet pas au titulaire de modifier la situation juridique d'autrui. Par exemple le créancier ne pourrait pas décider en lieu et place de son débiteur, de procéder à la publication de son œuvre. Dans le cas contraire, le débiteur ne pourrait plus gérer son patrimoine mais encore il serait contraint par les obligations découlant de l'exercice de cette faculté par le créancier poursuivant. En outre, une partie de la doctrine oppose à l'exercice des facultés par le créancier poursuivant, que ces facultés ne font pas partie de l'assiette du droit de gage général des créanciers⁶²⁵. La simple faculté est donc

⁶²⁴ W. Dross, *op. cit.*

⁶²⁵ François Laurent, *Principes de droit civil, tome seizième*, A. Marcsq Ainé, Paris, 1878, n° 424, p. 423.

exclue des droits et actions pouvant être exercés obliquement par le créancier. L'exercice oblique de la levée d'option par le créancier reçoit une réponse plus nuancée. La question qui se pose ici est de savoir si le créancier peut, par la voie de l'action oblique, donner le consentement à la conclusion d'un contrat, à la place du débiteur. Par exemple le créancier du crédit-preneur pourrait décider à sa place d'acquérir le bien à la fin du crédit-bail. Or cela engendrerait nécessairement des obligations pour le débiteur. La Cour de cassation a décidé que l'action oblique ne pouvait pas s'appliquer aux cas où il s'agit de créer une convention qui, dépendant de la volonté du débiteur, ne peut être consentie que par lui⁶²⁶. De même, il apparaît que le droit de préemption ne peut être exercé, par la voie oblique, par le créancier. Dans le cas contraire, il alourdirait les obligations du débiteur puisque son exercice le rendrait redevable du prix du bien préempté.

Une difficulté un peu plus coriace se pose avec l'option successorale qui concerne l'existence même d'un droit. Comme l'a souligné M. Dross⁶²⁷, la réponse à cette difficulté dépend de la conception retenue de l'acceptation successorale. Si on considère, à l'instar de la grande majorité de la doctrine, que l'acceptation ne fait que confirmer des droits d'ores et déjà nés au profit de l'héritier dès l'instant du décès, la décision d'acceptation ne fait que conforter les droits du débiteur. Dans ce cas, le créancier devrait pouvoir les accepter en lieu et place du débiteur. La Cour de cassation a opté pour une solution contraire, considérant que la faculté d'accepter une succession ou d'y renoncer est un droit attaché à la personne⁶²⁸. Puisque c'est un droit attaché à la personne, il est donc exclu du champ de l'action oblique. Cette solution avait été rendue à propos d'un débiteur en liquidation judiciaire, « sans préjudice de la mise en œuvre éventuelle par le liquidateur, en sa qualité de représentant des créanciers, de l'action prévue par l'article 788 du Code civil »⁶²⁹, qui prévoit la possibilité pour les créanciers personnels du débiteur qui accepte ou renonce à une succession, d'être autorisé en justice à accepter la succession en lieu et place du débiteur. Ces créanciers devront apporter la preuve que la renonciation ou l'acceptation du débiteur constitue une fraude qui leur cause un préjudice. Une fois

⁶²⁶ Cass. civ., 11 mai 1846 ; *S* 1846, 1, p. 691 ; *DP* 1847, IV, p. 161.

⁶²⁷ W. Dross, *op. cit.*

⁶²⁸ Cass. Com., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-10.115, *Bull. civ. n° 109* ; *D.* 2006. 1369, obs. A. Lienhard ; *D.* 2006. 2253, obs. F.-X. Lucas ; *Defrénois* 2006. 1904, obs. D. Gibirila ; *JCP* 2006. I. 185, n° 6, obs. M. Cabrillac ; *JCP N* 2006. 1267, note Jean-Pierre Garçon ; *JCP N* 2006. 1373, note Frédéric Vauvillé ; *RJPF* 2006-9/48, note J. Casey.

⁶²⁹ *Ibid.*

cela établi, ils pourront voir la renonciation ou l'acceptation déclarée inopposable à leur égard mais également obtenir du juge qu'il les autorise à accepter la succession à la place du débiteur.

Une autre problématique se pose quant à la possibilité pour le créancier de solliciter, par la voie oblique, l'anéantissement d'un acte. Cet anéantissement va nécessairement modifier la situation juridique du débiteur, voir même créer des obligations de restitution à sa charge lorsque l'acte anéanti a un caractère synallagmatique. Puisque le créancier ne peut pas créer de nouveau droit dans le patrimoine du débiteur, par la voie de l'action oblique, on pourrait penser que la même solution soit retenue s'agissant de l'anéantissement d'un acte. Il est pourtant admis en règle générale que le créancier peut solliciter, par la voie oblique, l'anéantissement d'un acte conclu par son débiteur, que ce soit en raison d'un vice affectant la conclusion du contrat, sa mauvaise exécution ou encore d'une faculté spéciale de révocation.

Enfin, le créancier doit avoir un intérêt à l'exercice des droits et actions. Lorsque le créancier est titulaire d'une créance monétaire, l'action oblique lui permettra de reconstituer le patrimoine du débiteur. Lorsque le créancier est titulaire d'une créance non monétaire, pour établir l'intérêt du créancier, il lui suffira de rapporter la preuve que le fait de requérir du tiers qu'il respecte ses obligations envers le débiteur permettra au créancier d'éviter que la violation de ses droits se poursuive. L'action oblique permettra donc d'obtenir le respect d'un contrat par un tiers qui à défaut ne pourra être mis en cause que délictuellement. Par exemple le créancier pourra agir obliquement pour rendre les biens saisissables. Le créancier est ainsi admis à solliciter le partage de l'indivision au nom du débiteur (article 815-17, alinéa 2, du Code civil). Il peut également vouloir effectuer des actes conservatoires sur le patrimoine du débiteur. Toutefois la possibilité de les effectuer par la voie oblique peut paraître contestable en ce que tout titulaire d'un droit peut prendre les mesures conservatoires nécessaires à sa conservation et qu'un créancier devrait pouvoir également prendre les mesures conservatoires, en vertu de l'article 2284 du Code civil, nécessaires à la sauvegarde de l'assiette du droit de gage général, sans avoir recours à la voie oblique, ainsi que le suggère M. Laurent⁶³⁰. Mais rien

⁶³⁰ Fr. Laurent, *op. cit.*, n° 384.

ne s'oppose à ce que ce que des actes conservatoires soient accomplis par la voie oblique. Ainsi le créancier peut, par exemple, déclarer la créance du débiteur au passif d'une procédure collective⁶³¹. Au-delà des simples mesures conservatoires, le créancier peut recourir à l'action oblique pour consacrer des droits du débiteur, cette consécration ayant pour effet d'apporter à l'assiette du droit de gage général des créanciers. Par exemple lorsqu'un dommage fait naître un droit à réparation dans le patrimoine du débiteur, l'action oblique permettra au créancier de donner à cette créance, une liquidité et une exigibilité. Le créancier pourra ainsi également agir contre le cocontractant du débiteur pour obtenir l'exécution des obligations mises à sa charge par le contrat. Il pourra également obtenir au nom du débiteur la réduction de sa dette, en sollicitant par exemple la révision d'une clause pénale excessive. Il pourra également consacrer des droits réels par la voie oblique : par exemple le créancier pourra agir obliquement en revendication ou y défendre.

L'action oblique permet au créancier de faire intégrer des biens dans le patrimoine du débiteur sur lequel s'exercera ensuite le droit de gage général des créanciers. On ne saisit pas bien l'intérêt de la voie oblique lorsqu'il s'agit de biens et droits insaisissables ; et pour cause, le créancier n'a pas d'intérêt à agir obliquement pour intégrer des biens et droits insaisissables dans le patrimoine du débiteur. Une partie de la doctrine n'est pas du même avis : « le débiteur qui ne réclame pas le salaire ou la pension alimentaire auxquels il a droit, utilisera, pour assurer son existence, d'autres biens, qui échappent ainsi à ses créanciers. Il serait donc préférable de ne pas exclure du domaine de l'action oblique les droits insaisissables »⁶³². L'existence d'un intérêt du créancier pourra également être douteux lorsqu'il existe une disproportion entre le montant de sa créance et la valeur du droit exercé obliquement. Mais la seule disproportion entre le montant de la créance du créancier et la valeur du droit exercée obliquement ne pourra pas justifier à elle seule le rejet de l'action oblique. Par exemple, l'action oblique du créancier sera rejetée pour défaut d'intérêt du créancier, lorsqu'il sollicite le partage d'une indivision au nom de son débiteur alors que ce dernier est débiteur à l'égard de

⁶³¹ Cass. Com., 25 novembre 2008, *inédit*, pourvoi n° 07-13.672.

⁶³² H., L. et J. Mazeaud et Fr. Chabas, *op. cit.*, n° 964 ; P. Delnoy, *Pour une vision nouvelle de l'action oblique*, Ann. Fac. dr. Liège, 1969, p. 437 et s. ; V. Tellier, « La nature juridique de l'action oblique », *RRJ* 2002/4, n° 37, p. 1854.

l'indivision d'une somme supérieure au montant de sa dette à l'égard du créancier⁶³³.

L'action oblique est limitée à un autre niveau : celui de la concurrence des autres créanciers sur son résultat.

2. La concurrence des autres créanciers du débiteur

On l'a vu, l'action oblique a pour but de reconstituer le patrimoine du débiteur, assiette du droit de gage général. Le créancier poursuivant agissant obliquement n'agit donc pas pour obtenir le paiement de sa propre créance. Il exercera l'action oblique dans son propre intérêt et aussi indirectement dans l'intérêt des autres créanciers. Néanmoins rien ne s'oppose à ce que tout en agissant obliquement à l'encontre du débiteur de son débiteur, le créancier agisse également dans le même temps en paiement à l'encontre de son débiteur⁶³⁴. L'exercice de l'action oblique par le créancier ne lui confère pas de droit de préférence sur le résultat de l'action oblique⁶³⁵. Il subira donc la concurrence des autres créanciers du débiteur sur les sommes qui ont intégré le patrimoine du débiteur à la suite de l'action oblique. Alors même que c'est lui qui a exposé les frais de justice en exerçant l'action oblique, les autres créanciers du débiteur qui bénéficient de privilèges seront donc privilégiés par rapport au créancier poursuivant lorsque celui-ci ne dispose pour tout privilège que celui des frais de justice. Une partie de la doctrine s'est interrogée sur l'opportunité d'une « personnalisation des effets de l'action oblique »⁶³⁶, proposant de reconnaître un privilège au créancier poursuivant⁶³⁷. Toutefois, « pas de privilège sans texte ». Cette proposition a été écartée par les projets de réforme, rien ne justifiant réellement un tel privilège. M. Cermolacce a proposé que le créancier poursuivant puisse disposer d'une certaine priorité pour le paiement, sans pour autant que ce soit un privilège ou bien que la rédaction de l'article 1341-1 (ancien 1166) du Code

⁶³³ Cass. Civ. 1^{re}, 14 décembre 1983, pourvoi n° 82-14.725, *Bull. civ. n° 300* ; *D.* 1984. 310, note A. Breton ; Cass. Civ. 1^{re}, 11 mars 2003, pourvoi n° 01-12.170, *Bull. n° 65* ; Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} avril 2015, *inédit*, pourvoi n° 14-11.554.

⁶³⁴ Cass. civ., 23 juin 1903 ; *DP* 1903, 1, p. 454 ; *S.* 1904, 1, p. 289, note A. Tissier.

⁶³⁵ En ce sens : Cass. civ., 18 juillet 1838 ; *S.* 1838, 1, p. 603.

⁶³⁶ Arnaud Cermolacce, « Etat des lieux des actions oblique et paulienne », *LPA*, 25 janvier 2008, n° 19, p. 5.

⁶³⁷ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette et François Chénéde, *Droit civil : Les obligations*, 12^e éd., Dalloz (collection : Précis Dalloz), 2018, n° 1570, note n° 8, p. 1640.

civil soit modifiée afin de mettre en place un tel privilège. Comme l'a souligné M. Cermolacce, avec une telle solution, « le créancier diligent serait ainsi récompensé de son action dont les effets resteraient malgré tout valables à l'égard de tous »⁶³⁸.

L'exercice de l'action oblique n'est pas sans rappeler la transmission d'action lorsque le créancier exerce en lieu et place du débiteur une de ses actions. On retrouve le même effet sans toutefois qu'une convention ne soit conclue à cette fin entre le créancier et le débiteur : le créancier sera celui qui exercera une action en lieu et place de son titulaire. Toutefois le résultat de l'action ne tombera pas directement entre les mains du créancier mais reviendra dans le patrimoine du titulaire de l'action. Il n'y a donc pas de transmission à proprement parler, simplement l'un de ses effets : l'exercice devant le juge d'une action en justice en lieu et place de son titulaire. Cette transmission d'action par l'effet de la jurisprudence, c'est-à-dire l'exercice oblique d'une action du débiteur par le créancier, est doublement limitée. D'une part, le créancier ne pourra pas exercer les droits et actions attachés exclusivement à la personne. Les raisons tenant à des considérations familiales, morales ou liées à la personne du débiteur, ont été exposées ci-dessus. Et il nous semble que de la même manière, elles doivent être exclues du champ de la transmission contractuelle autonome de l'action en justice. D'autre part, le créancier ne captera pas le résultat de l'action qu'il a exercée. L'action oblique ayant pour but de reconstituer le patrimoine du débiteur, assiette du droit de gage général, le créancier devra entamer le recouvrement forcé de sa créance, donc entamer de nouvelles procédures et exposer de nouveaux frais pour forcer le débiteur à s'exécuter.

⁶³⁸ A. Cermolacce, *op. cit.*

Chapitre n° 2 :

**A la recherche de traces d'une transmission de
l'action en justice dans l'action de groupe à la
française**

L'action de groupe est « ouverte à une entité habilitée à agir pour le compte de plusieurs personnes, sans en avoir nécessairement reçu le mandat au préalable, qui subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, pour obtenir cessation du comportement ou engagement de la responsabilité de la personne ayant causé le dommage »⁶³⁹. Se dégage de cette définition, une impression rappelant l'un des effets de la transmission de l'action en justice, celle de l'exercice de l'action pour le compte d'autrui, ce qui incite à creuser l'examen de l'action de groupe, à la recherche de traces, d'indices d'une transmission d'action en justice des personnes ayant subi un dommage causé par la même personne et ayant pour cause le même manquement de cette personne. On distingue deux principaux modèles d'actions de groupe : l'action de groupe de type « *opt in* » – c'est le modèle retenu puis adapté par le législateur français –, et l'action de groupe de type « *opt out* » – c'est le modèle des *class actions* américaines, des actions de groupe brésilienne et québécoise.

Des traces de transmission de l'action des personnes constituant le groupe représenté par l'entité habilitée à agir pour leur compte seront recherchés au travers d'un examen critique du modèle de l'*opt in* adapté par le législateur français.

Les principes traditionnels processuels s'opposaient à l'introduction de l'action de groupe en droit français. L'introduction de l'action de groupe en droit français a fait l'objet de longs débats depuis les années 1980⁶⁴⁰. L'action de groupe relevait surtout du droit anglo-américain et du droit québécois. Elle est apparue en Angleterre au XVIII^{ème} siècle : lorsque les intérêts en jeu étaient identiques dans un procès, le juge ordonnait la jonction des instances. Ainsi des personnes qui ne s'étaient pas présentées devant le juge pouvaient être rendues parties au procès sans qu'elles en aient connaissance. Ce mécanisme s'est exporté aux Etats-Unis et a donné naissance aux célèbres *class actions*. Avant l'introduction de l'action de groupe en droit français en 2014, une trace de l'action de groupe pouvait être trouvée du côté du recours pour excès

⁶³⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, association Capitant, PUF, 12^e éd., 2018.

⁶⁴⁰ Groupe de travail présidé par Guillaume Cerruti et Marc Guillaume, « Rapport sur l'action de groupe », 20 décembre 2005.

de pouvoir⁶⁴¹. Ce recours permet aux membres d'une catégorie abstraite de remettre en cause la légalité d'un acte administratif. Toutefois, il ne conduit pas à la reconnaissance de droits individuels.

L'introduction de l'action de groupe de type *opt out* en droit français s'est heurtée à plusieurs obstacles liés à la tradition processualiste française. Le principe d'une personne agissant en justice pour le compte d'autres personnes, sans en avoir préalablement reçu le mandat, entre en collision en droit français avec deux principes traditionnels auxquelles le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle⁶⁴² : le principe suivant lequel « nul ne plaide par procureur » et l'interdiction des arrêts de règlement.

La première de ces règles est apparue au Moyen-Âge : « nul ne plaide par procureur »⁶⁴³. Cette règle commandait aux parties de comparaître devant le juge, le procureur correspondant à l'avocat actuel. Au XV^{ème} siècle, cette règle imposait à chacun, même aux seigneurs, s'il se faisait représenter, de faire indiquer son nom par son représentant, à l'exception du roi⁶⁴⁴. Passée dans notre droit contemporain, cette règle coutumière n'est énoncée par aucune loi. Ni son existence ni son application ne sont contestées par la doctrine ou par la jurisprudence, en dépit de la réduction de son domaine d'application⁶⁴⁵. Elle permet de vérifier que le représentant a pouvoir et qualité pour agir aux lieu et place de son mandant. L'article 144 du Code de procédure civile impose ainsi au mandataire de révéler l'identité de la ou des personnes qu'il représente⁶⁴⁶. Elle implique donc la conclusion d'une convention conférant mandat d'agir en justice, sauf si le pouvoir de représentation du mandataire résulte de la loi ou du juge. Dans une telle hypothèse, il devra mentionner sa qualité à agir et les conditions légales requises

⁶⁴¹ E. Jeuland, *op. cit.*, n° 331, p. 451 ; sur ce point : Paul Cassia, « Vers une action collective en droit administratif ? », *RFDA* 2009. 657.

⁶⁴² Cons. const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, à propos de la loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion ; *Rec. Cons. const.* 59 ; *Dr. soc.* 1989. 627 ; *AJDA* 1989. 796, note Florence Benoit-Röhmer.

⁶⁴³ H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 278, p. 551.

⁶⁴⁴ « Nul ne plaide par procureur, hormis le roi ».

⁶⁴⁵ H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé. Tome 3. Procédure de première instance*, Sirey, Paris, 1991, p. 35, n°s 36-37.

⁶⁴⁶ H. Roland et L. Boyer, *op. cit.* ; René Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, éditeur A. Rousseau, Paris, 3^e éd., 1935, p. 66, n° 7.

pour exercer son pouvoir de représentation. Plus qu'une règle de forme, elle permet d'assurer le respect du contradictoire, la transparence et la loyauté des débats. L'adversaire ayant connaissance de l'identité des véritables titulaires de l'action, il sera alors en mesure d'opposer des arguments spécifiques à chaque demandeur mandant. Cette règle a reçu de vives critiques par la doctrine favorable à l'introduction d'une action de groupe similaire aux *class actions* américaines⁶⁴⁷. En effet, cette règle imposerait au demandeur de mentionner l'identité de l'ensemble des membres d'un groupe qui ne serait pas encore défini. Comme l'avait exposé M. Caballero⁶⁴⁸, l'application parfois erronée de cette règle a mis en lumière l'utilité que pourrait représenter l'introduction en droit français d'une forme d'action de groupe. Cette règle est parfois écartée par la loi, les usages ou la jurisprudence. Ainsi le prête-nom qui agit à la place du titulaire de l'action est directement engagé⁶⁴⁹. Lorsque plusieurs associés d'une société mandatent l'un d'eux pour agir en responsabilité contre les dirigeants au nom et pour le compte de la société, le mandataire est dispensé de mentionner le nom de ses mandants⁶⁵⁰.

Un autre obstacle s'élevait à l'encontre de l'introduction d'une action de groupe : l'interdiction des arrêts de règlement. Cette règle interdit les jugements dont la portée ne se limite pas à l'affaire sur laquelle un juge a statué⁶⁵¹. Elle découle du principe de la séparation des pouvoirs. Référence à la figure des Parlements de l'Ancien Régime et à la crainte d'un gouvernement des juges, cette interdiction fait écho à l'absence d'autorité de droit de la jurisprudence sur un cas, pour les autres litiges similaires à venir.

Enfin, le principe de la relativité de la chose jugée se dressait également face à l'introduction d'une *class action*. Un jugement n'a d'autorité qu'à l'égard des parties à l'instance⁶⁵². L'autorité de la chose jugée interdit à une partie qui était partie à l'instance de saisir de nouveau le juge de première instance pour lui soumettre les mêmes faits contre

⁶⁴⁷ Francis Caballero, « Plaisons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985. 247.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ Cass. civ., 16 février 1948, *JCP* 1948. IV. 147, obs. G. Madray ; *RTD civ.* 1948. 360, obs. H. Vizioz.

⁶⁵⁰ Articles L. 225-252, R. 223-31 et R. 223-32 du Code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée ; articles L. 225-252, R. 225-169 et R. 225-170 du Code de commerce pour les sociétés anonymes.

⁶⁵¹ Article 5 du Code civil.

⁶⁵² Même si une série d'ordonnances peut permettre d'appliquer le jugement de principe à différentes victimes.

la même personne, tant que le jugement n'a pas acquis autorité de chose jugée. Elle signifie également que la personne qui n'a pas manifesté sa volonté d'être partie à l'instance conserve son droit d'agir devant le juge de première instance.

Par ailleurs, à la différence du système juridique américain, il est contraire à la tradition juridique française que les avocats puissent démarcher leurs clients et également conclure des pactes de *quota litis*, c'est-à-dire que les avocats soient rémunérés par un pourcentage sur le résultat obtenu. Dans la culture juridique américaine, les *class actions* constituent un commerce : les avocats cherchent des investisseurs pour financer leurs *class actions*. Des industries peuvent basculer au terme de ces *class actions*. De toute évidence, le mécanisme de la *class action* ne pouvait pas prospérer en droit français sans changer de procédure et la culture procédurale.

Après de longs débats, l'action de groupe a fait son entrée en droit français en droit de la consommation en 2014, avant d'être étendue à d'autres domaines (I). Considérée tantôt comme une action en représentation, tantôt comme une autre action de substitution, la qualification de l'action de groupe est un exercice délicat et malaisé (I). Même si elle a le mérite d'exister enfin en droit français, sa pratique a mis en lumière ses importantes lacunes (II). Plusieurs pistes ont été suggérées pour améliorer son efficacité (II).

I – L'encadrement d'une action de groupe à la qualification complexe

A – Les modalités de l'action de groupe

Après de longs débats, rapports et projets, ce fut le projet proposé par la Commission de refonte du droit de la consommation⁶⁵³, et renouvelé par M. Guinchard, qui a été retenu par le législateur. La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, complétée par un décret d'application n° 2014-1081 du 24 septembre 2014, relative à la consommation a

⁶⁵³ Commission pour la refonte du droit de la consommation, *Propositions pour un Code de la consommation* (article L. 273 s.), *La Documentation française*, 1985.

introduit dans le droit français une action de groupe « à la française ». Le dispositif a été par la suite complété par une ordonnance n° 2013-301 du 14 mars 2016, puis étendu par un décret n° 2016-1249 du 26 septembre 2016 en matière de santé⁶⁵⁴, puis par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, qui a étendu l'action de groupe en matière environnementale ainsi qu'en matière de discrimination, notamment au travail, et de protection des données personnelles. Outre l'extension de l'action de groupe à d'autres domaines, la loi « J21 »⁶⁵⁵ a mis en place un schéma procédural commun de l'action de groupe en matière judiciaire et administrative⁶⁵⁶, s'appliquant aux seules actions de groupe existantes, sous réserve de dispositions spéciales. Elle a également protégé l'action de groupe. Ainsi sont réputées

⁶⁵⁴ Ce texte a été abrogé par l'article 4 du décret n° 2017-888 du 6 mai 2017. Ce décret a d'un autre côté apporté des précisions quant à la procédure de l'action de groupe devant le juge judiciaire et le juge administratif.

⁶⁵⁵ Elle a inséré également dans le code de justice administrative, aux nouveaux articles L. 77-12-1 à L. 77-12-5, une autre action collective : l'action en reconnaissance de droits. La vocation de cette action est de remédier aux difficultés liées au traitement des contentieux de série. Cette action, qui est contraire à la jurisprudence *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges* du 28 décembre 1906 et de l'adage « Nul ne plaide par procureur », permet à des associations et à des syndicats, sans aucune condition de durée d'existence, de solliciter du juge la reconnaissance de droits individuels résultant de l'application de la loi ou du règlement, au bénéfice d'un groupe indéterminé de personnes ayant le même intérêt, à la condition que leur objet statutaire comporte la défense de cet intérêt. Cette action ne peut tendre à la reconnaissance d'un préjudice, uniquement « au bénéfice d'une somme d'argent légalement due ou à la décharge d'une somme d'argent illégalement réclamée » (article L. 77-12-1 C.J.A.). Sont donc exclues les actions en reconnaissance de droits tels que la protection de l'environnement ou la santé publique. L'accord des destinataires des décisions administratives contestées n'est pas requis. Le juge de l'action en reconnaissance de droits devra, avant de faire droit à l'action en reconnaissance de droits, qualifier le caractère sériel du litige, ce qui lui permettra de fixer le cadre permettant de déterminer les membres du groupe susceptible de bénéficier des effets de sa décision. Il pourra limiter dans le temps les effets de sa décision faisant droit à l'action en reconnaissance de droits (article L. 77-12-3 C.J.A.) « s'il lui apparaît que la reconnaissance (des) droits emporte des conséquences manifestement excessives pour les divers intérêts publics ou privés en présence ». Ainsi même si l'action est reconnue comme bien-fondée, la décision accueillant l'action pourrait être privée d'effet *in fine*, pour des motifs tirés de la stabilité des situations juridiques au regard par exemple de son incidence négative sur les finances publiques (Olga Mamoudy, « L'action en reconnaissance de droits », *AJDA* 2016. 2264). A l'instar de l'action de groupe, l'introduction de l'action en reconnaissance de droits interrompt à l'égard de chaque personne susceptible de se prévaloir de la décision, les prescriptions et forclusions édictées par les lois et règlements en vigueur, à condition qu'« à la date d'enregistrement de la requête, sa créance ne soit pas déjà prescrite ou forclosée » (article L. 77-12-2 C.J.A.). Cette interruption cesse à compter de la publication de la décision statuant sur l'action collective passée en force de jugée. L'appel formé contre cette décision est suspensif de plein droit (article L. 77-12-4 C.J.A.). Le juge devra soulever d'office l'autorité de chose jugée attachée à la décision définitive reconnaissant les droits (article L. 77-12-3 C.J.A.). Les personnes susceptibles de bénéficier de cette décision pourront saisir le juge de l'exécution en cas de refus de l'administration de s'opposer à l'exécution de cette décision (article L. 77-12-5 C.J.A.). En cas de rejet de l'action en reconnaissance de droits, il apparaît peu probable que le recours individuel introduit en parallèle de l'action en reconnaissance de droits, et sur lequel le juge saisi du recours aura sursis à statuer dans l'attente de la décision sur l'action en reconnaissance de droits, ait une issue heureuse, sauf à ce que le demandeur ait présenté des moyens différents de ceux soulevés au soutien de l'action en reconnaissance de droits ou démontré que sa situation est différente de celle présentée au juge statuant sur cette action collective (O. Mamoudy, *op. cit.*).

⁶⁵⁶ Articles L. 77-10-3 et suivants du Code de justice administrative (chapitre X du titre VII du livre VII).

non écrites les clauses limitant l'action de groupe⁶⁵⁷.

La recevabilité de l'action de groupe ainsi mise en place est conditionnée à plusieurs critères (1). L'action de groupe se divise en deux phases : le jugement statuant sur la responsabilité (2) et la phase d'indemnisation (3).

1. L'introduction de l'action de groupe

L'exercice de l'action de groupe est réservé aux associations agréées et celles régulièrement déclarées depuis plus de cinq ans. En droit de la consommation⁶⁵⁸, les associations doivent être représentatives au niveau national et titulaires de l'agrément de l'article R. 811-1 du Code de la consommation en application de l'article L. 811-1 du même code⁶⁵⁹. Le socle commun mis en place par la loi J21 réserve l'exercice de l'action de groupe aux seules « associations agréées et [aux] associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte »⁶⁶⁰. Des dispositions spécifiques à chaque domaine viennent adapter cette règle. En matière de discriminations professionnelles, en principe les titulaires de l'action de groupe devant le juge judiciaire sont les organisations syndicales représentatives, ce qui est compréhensible en raison de leur connaissance approfondie de la situation des salariés dans les entreprises. Par exception, peuvent également agir les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans et intervenant dans la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap, mais seulement pour les situations de discrimination dans l'accès à un stage, un emploi ou une formation. Cette

⁶⁵⁷ Article 82 de la loi J21, article L. 77-10-23 du Code de justice administrative.

⁶⁵⁸ Article L. 623-1 du Code de la consommation.

⁶⁵⁹ Pour obtenir cet agrément, l'association doit répondre à un certain nombre de conditions listées à l'article R. 811-1 du Code de la consommation. Elle doit justifier à la date de la demande d'agrément d'une année d'existence à compter de sa déclaration ; pendant cette année d'existence, elle doit justifier d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des consommateurs, appréciée notamment en fonction de la réalisation et de la diffusion de publications de la tenue de réunions d'information et de permanences ; elle doit également réunir un nombre de membres cotisant individuellement (au moins égal à 10.000 pour les associations nationales, cette condition pouvant ne pas être exigée des associations se livrant à des activités de recherche et d'analyse de caractère scientifique ; ou bien suffisant, eu égard au cadre territorial de leur activité, pour les associations locales, départementales ou régionales). Lorsque l'association a une structure fédérale ou confédérale, il est tenu compte du nombre total de cotisants des associations la constituant. Cet agrément peut être retiré à tout moment (article R. 811-7 du Code de la consommation).

⁶⁶⁰ Article 63 de la loi « J21 », article L. 77-10-4 du Code de justice administrative.

restriction révèle la méfiance entourant l'action de groupe qui a pu être perçue comme un risque de multiplication des contentieux⁶⁶¹. Dans le domaine de la santé, l'action de groupe est réservée aux associations d'usagers du système de santé agréées en application de l'article L. 1114-1 du Code de la santé publique⁶⁶².

L'action de groupe ne peut poursuivre que deux buts : la réparation des préjudices subis du fait d'un manquement à des obligations légales ou contractuelles et/ou la cessation de ce manquement⁶⁶³. Dans certains domaines, seule l'une de ces deux finalités peut être recherchée par l'action de groupe. En droit de la consommation, l'association ne peut poursuivre que la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs et plus précisément, la réparation des préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels, et ayant pour cause commune un « manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles »⁶⁶⁴ à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services, ou lorsque ces préjudices résultent de pratiques anticoncurrentielles au sens du titre II du livre IV du Code de commerce, ou des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁶⁶⁵. En matière de produits de santé, l'association à l'initiative de l'action de groupe ne pourra rechercher que la réparation des préjudices subis. En matière de discrimination, la réparation des préjudices subis et la cessation du manquement peuvent être poursuivies par la même action de groupe, sous la seule réserve que la réparation des préjudices doit être subsidiaire à la cessation des manquements à l'origine de ces préjudices. En matière de protection des données à caractère personnel, à l'origine l'action de groupe visait exclusivement la cessation du manquement, à l'exclusion de toute réparation. Depuis la loi du 20 juin 2018, la responsabilité de l'auteur des dommages matériels peut être recherchée ; le dommage doit résulter d'un manquement au règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 ou à la loi du 6 janvier 1978 commis

⁶⁶¹ Geoffrey Roche, « L'action de groupe en droit du travail : pas de bilan, mais des perspectives ? », *RJS* 11/21, Etudes et doctrine, chronique, p. 865, n° 4.

⁶⁶² Article L. 1143-2 du Code de la santé publique.

⁶⁶³ Article 62 de la loi « J21 ».

⁶⁶⁴ Article L. 623-1 du Code de la consommation.

⁶⁶⁵ A savoir les ententes (article L. 420-2 du Code de commerce) et les abus de position dominante (article L. 420-2 du Code de commerce) ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter, fausser ou restreindre le libre jeu de la concurrence sur un marché. Le droit interne y ajoute l'abus de dépendance économique (article L. 460-2, alinéa 2, du Code de commerce) et l'offre de prix de vente ou la pratique de prix de vente aux consommateurs anormalement bas (article L. 420-5 du Code de commerce).

par un responsable du traitement de données et non au sens du droit des marchés publics.

Une autre dérogation vient limiter l'intérêt de l'action de groupe au regard du champ des préjudices réparés par l'action de groupe. En matière de discrimination dans l'emploi, la réparation sera limitée pour les salariés, aux seuls préjudices nés postérieurement à la mise en demeure adressée à l'employeur de mettre fin au manquement reproché. Les préjudices moraux sont exclus du champ de la réparation de l'action de groupe en matière de discrimination. En matière d'atteintes environnementales, seuls les préjudices matériels et corporels résultant du dommage causé à l'environnement seront réparés ; en matière de santé, la réparation est également limitée aux seuls préjudices corporels subis par les usagers du système de santé.

En matière judiciaire, le juge compétent est le tribunal de grande instance⁶⁶⁶ (le tribunal judiciaire depuis le 1^{er} janvier 2020⁶⁶⁷). Les actions de groupe mettant en cause une personne publique relèvent de la compétence du juge administratif⁶⁶⁸.

L'article 64 de la loi « J21 »⁶⁶⁹ a posé une condition préalable à l'exercice de l'action de groupe : l'envoi d'une mise en demeure au défendeur pressenti de cesser ou faire cesser le manquement reproché et/ou de réparer les préjudices en résultant, quatre mois avant l'exercice de l'action de groupe⁶⁷⁰. Ce délai court à compter de la réception de la mise en demeure. Le but recherché est de privilégier la résolution non judiciaire de la situation et donc d'éviter le procès. Le non-respect de cette condition est sanctionnée par une fin de non-recevoir qui peut être soulevée d'office par le juge. En matière de discrimination dans l'emploi, cette mise en demeure devient une demande adressée à l'employeur de faire cesser la discrimination alléguée. Le délai est allongé de quatre à six mois, afin de permettre à l'employeur de prendre les mesures nécessaires afin de faire

⁶⁶⁶ Article 849 du Code de procédure civile ; article R. 623-2 du Code de la consommation.

⁶⁶⁷ Né de la fusion des tribunaux d'instance et des tribunaux de grande instance, opérée par la loi n° 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice du 23 mars 2019 et du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile.

⁶⁶⁸ Articles L. 77-10-1 à L. 77-10-25 du Code de justice administrative. Le ministère d'avocat est obligatoire (article R. 77-10-6 du Code de justice administrative), sauf si le défendeur est une collectivité territoriale, un établissement public en relevant ou un établissement public de santé.

⁶⁶⁹ Article L. 77-10-5 du Code de justice administrative.

⁶⁷⁰ En matière administrative, articles L. 77-10-5 et R. 77-10-1 du Code de justice administrative.

cesser la discrimination alléguée et d'informer les institutions représentatives du personnel ainsi que les organisations syndicales représentatives de l'entreprise.

Devant le juge administratif, le requérant individuel qui a formé de son côté une action à l'encontre de l'auteur du manquement, avant l'introduction de l'action de groupe par l'association, est informé de l'existence de cette action de groupe et de la possibilité qui lui est offerte d'y adhérer, soit par la juridiction d'office, soit à la suite d'une information donnée par une partie. Il sera mis en demeure de confirmer, dans un délai d'un mois, son action individuelle. A défaut de confirmation, il sera considéré d'office comme s'étant désisté de son action. S'il maintient son action individuelle, elle sera jugée soit par la juridiction d'origine, soit par la juridiction saisie de l'action de groupe, et il est en principe sursis à statuer jusqu'à ce que la décision sur l'action de groupe soit devenue définitive.

En outre les actions de groupe introduites devant le juge administratif font l'objet d'une information sur le site internet du Conseil d'Etat : sont ainsi rendus publics, l'identité de la personne morale de droit public ou de l'organisme de droit privé chargé d'une mission de service public visée par l'action, la nature des dommages allégués, les éléments permettant d'apprécier la similarité des situations des personnes en faveur desquelles l'action est présentée, la juridiction saisie⁶⁷¹.

2. Le jugement sur la responsabilité de l'auteur du manquement

Le juge statue sur le manquement allégué et sur la responsabilité du défendeur à l'égard de ce manquement⁶⁷², « au vu des cas individuels types présentés par l'association »⁶⁷³, envers un groupe non identifié de personnes placées dans une situation similaire ayant subi un dommage résultant d'un manquement par un même auteur à des obligations légales ou contractuelles. Il devra vérifier la réunion des conditions de l'action

⁶⁷¹ Article R. 77-10-10 du Code de justice administrative.

⁶⁷² Article L. 77-10-7 du Code de justice administrative en matière administrative. Les jugements à juge unique sont exclus (article R. 77-10-8). A cet égard, l'appel formé à l'encontre du jugement statuant sur la responsabilité est suspensif d'exécution (article L. 77-10-25 du Code de justice administrative).

⁶⁷³ Article L. 623-4 du Code de la consommation ; article 66 de la loi J21.

de groupe ainsi que la réunion des conditions de la responsabilité du professionnel. Il définit les préjudices « susceptibles d'être réparés »⁶⁷⁴ et fixe les modalités de l'indemnisation. Il devra également identifier les critères de rattachement au groupe représenté par l'association ou le syndicat habilité à exercer l'action de groupe.

S'il retient la responsabilité du défendeur, dans le même jugement, il fixera le cadre du déroulement de la suite de la procédure (les modalités d'information des personnes susceptibles d'appartenir au groupe défini⁶⁷⁵, les modalités d'adhésion à l'action de groupe, leur participation à l'action, les modalités d'indemnisation). Il va donc fixer le délai d'adhésion au groupe, qui commencera à courir à compter de la publicité du jugement⁶⁷⁶. Cette publicité contribue à l'information des personnes susceptibles d'appartenir au groupe déterminé par le juge. Le juge précisera les mesures d'information, à la charge du défendeur, ces mesures ne pouvant être mises en œuvre que si le jugement devient définitif, à savoir si les voies de recours sont toutes épuisées. Si l'action de groupe tend à la cessation d'un manquement, le juge retenant l'imputabilité du manquement au défendeur pourra prononcer à son encontre toutes mesures utiles afin de mettre fin au manquement caractérisé, si besoin avec l'intervention d'un tiers et sous astreinte. L'astreinte ne sera pas liquidée au profit de l'association demanderesse mais au profit du Trésor public. Si l'action tend à la réparation de préjudices, le jugement comportera une déclaration de responsabilité à l'encontre du défendeur ainsi que l'ensemble des éléments nécessaires à la procédure de réparation.

Le jugement statuant sur la responsabilité du défendeur à l'action de groupe, aura autorité de la force jugée à l'égard des personnes ayant adhéré au groupe et dont le préjudice a été réparé dans le cadre de l'action de groupe⁶⁷⁷, mais également à l'égard des autres associations qui auraient pu agir.

⁶⁷⁴ Article L. 623-5 du Code de la consommation ; article 66 de la loi J21.

⁶⁷⁵ Articles L. 623-7 et R. 623-7 du Code de la consommation ; article 67 de la loi J21.

⁶⁷⁶ En matière administrative, les actions de groupe font notamment l'objet d'une information sur le site internet du Conseil d'Etat (article R. 77-10-10 du Code de justice administrative). La publicité du jugement retenant la responsabilité du défendeur est réalisée à ses frais dans un délai fixé par le juge et selon les modalités fixées par le jugement (articles R. 77-10-13 et R. 77-10-15). Une fois ce délai expiré, le demandeur pourra procéder à ces mesures de publicité aux frais du défendeur. La publicité du jugement ne pourra être réalisée qu'une fois les voies de recours épuisées.

⁶⁷⁷ Article L. 623-28 du Code de la consommation, article 78 de la loi « J21 ».

L'action de groupe interrompt la prescription des actions individuelles en réparation des préjudices visés par le jugement. Le délai de prescription recommencera à courir à compter de la date à laquelle ce jugement ne sera plus susceptible de recours et ce, pour une durée qui ne pourra être inférieure à six mois⁶⁷⁸. Les délais de forclusion recommenceront à courir à compter de la même date.

La victime qui n'a pas adhéré au groupe bénéficie d'un allègement de la charge de la preuve en ce qu'elle pourra se prévaloir du jugement déclaratif de responsabilité. Elle pourra agir, de son côté, notamment parce que les préjudices qu'elle a subis n'entrent pas dans le champ de l'action de groupe.

3. L'indemnisation des victimes

Si la responsabilité est retenue par le juge, débute alors la phase de mise en œuvre de la décision ou parfois appelée d'indemnisation des victimes. Durant cette phase, les mesures de publicité sont mises en œuvre aux frais de l'auteur du manquement⁶⁷⁹. Les victimes dûment informées et répondant aux critères d'appartenance fixés par le jugement pourront, à compter de cette étape de la procédure, adhérer au groupe⁶⁸⁰.

La procédure individuelle de réparation se divise en deux étapes. Elle ne laisse place à aucune négociation. Encadrée par l'article 69 de la loi « J21 », la demande de réparation doit être adressée dans les délais et conditions fixés par le jugement, soit au défendeur dont la responsabilité est retenue, soit au demandeur à l'action qui reçoit alors mandat aux fins d'indemnisation. Ce mandat couvre l'action prévue par l'article 71 de la loi « J21 » ainsi que l'exécution forcée du jugement. Cet article 71 prévoit que les personnes dont les demandes de réparation n'ont pas été satisfaites pourront saisir le juge

⁶⁷⁸ Article L. 623-27 du Code de la consommation ; article 77 de la loi « J21 » ; article L. 77-10-18 du Code de justice administrative.

⁶⁷⁹ Article 849-11 du Code de procédure civile.

⁶⁸⁰ Article 849-14 du Code de procédure civile ; article L. 77-10-13 et R. 77-10-16 du Code de justice administrative.

ayant statué sur la responsabilité de leurs demandes de réparation⁶⁸¹. Les victimes pourront donc également agir en justice, de leur propre chef, contre le professionnel responsable mais uniquement pour la réparation des dommages non compris dans le champ de l'action de groupe. Dans un second temps, en cas de défaut d'exécution spontanée, ce juge vérifiera au cas par cas si ces personnes remplissent les critères de rattachement au groupe. Les victimes adhérentes ou non au groupe bénéficient d'un allègement de la charge de la preuve en ce qu'elles pourront, on l'a vu, se prévaloir du jugement déclaratoire de responsabilité.

La procédure collective de liquidation de l'article 68 de la loi « J21 »⁶⁸² consiste principalement en une procédure de négociation. Elle est exclue dans les domaines de la santé et de la discrimination dans l'emploi. Le demandeur à l'action pourra, s'il est habilité par le juge, négocier avec le défendeur la réparation des préjudices subis par le groupe. Cette voie ne pourra être mise en œuvre que sur demande du demandeur et seulement si les éléments produits et la nature des préjudices subis le permettent (article 68). Les victimes devront se faire connaître auprès du demandeur à l'action. Si la négociation aboutit à un accord partiel ou total, ce dernier sera soumis à l'appréciation du juge saisi aux fins d'homologation de l'accord⁶⁸³. Il peut refuser de l'homologuer s'il estime que cet accord ne préserve pas suffisamment les intérêts des parties et des membres du groupe⁶⁸⁴ (article 73). Les membres du groupe devront également consentir à l'accord. En outre une amende civile plafonnée à 50 000 € peut être prononcée en cas d'opposition abusive ou dilatoire. En cas d'échec de cette procédure, la procédure individuelle de réparation redevient alors applicable.

Les victimes conservent leur droit d'agir, même si elles ont adhéré, tant pendant la procédure de l'action de groupe mais également après sa clôture. Toutefois leur droit d'agir est limité aux préjudices non compris dans le champ de la décision du juge⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ En droit de la consommation, article L. 623-29 du Code de la consommation.

⁶⁸² Article L. 77-10-9 du Code de justice administrative.

⁶⁸³ Article L. 77-10-17 du Code de justice administrative.

⁶⁸⁴ Article 73 de la loi J21 ; article L. 77-10-14 du Code de justice administrative.

⁶⁸⁵ En matière administrative, article R. 77-10-18 du Code de justice administrative.

Le législateur a donc choisi un *opt-in* quelque peu particulier pour encadrer l'adhésion des victimes. Les résultats de l'action de groupe ne pourront bénéficier qu'aux victimes qui y auront expressément adhéré. C'est le système de l'*opt-in* français. Le droit français lui a ajouté une particularité en ce que le groupe ne sera constitué qu'une fois la question de la responsabilité de l'auteur du manquement tranchée. Cela signifie également que l'adhésion au groupe prive la victime qui adhère au groupe de l'exercice de son droit d'agir en réparation des préjudices visés par le jugement retenant la responsabilité de l'auteur du manquement. L'action de groupe est ainsi imprégnée de cette impression qu'en adhérant au groupe, la victime confie d'une certaine façon l'exercice de son droit d'agir en réparation de ses préjudices à l'association initiatrice de l'action de groupe. Son adhésion à l'action de groupe vaut « mandat aux fins d'indemnisation »⁶⁸⁶, à savoir le « pouvoir d'accomplir au nom de celui-ci tous actes de procédure et diligences en vue d'obtenir la réparation du préjudice individuel subi par lui et entrant dans le champ de l'action de groupe introduite par cette association, notamment pour l'exercice des voies de recours »⁶⁸⁷. L'association pourra au nom des victimes adhérentes au groupe procéder à toutes les démarches, y compris tous les actes de justice, nécessaires à leur indemnisation. Ce mandat aux fins d'indemnisation implique l'avance par l'association de « toutes les dépenses et frais liés à la procédure et représentation des consommateurs lors du déroulement d'éventuelles mesures d'instruction »⁶⁸⁸. Et l'on voit déjà se faufiler les difficultés financières engendrées par l'exercice de l'action de groupe.

L'auteur du manquement dont la responsabilité aura été retenue par le jugement définissant le groupe, devra indemniser les victimes membres du groupe dans le délai imparti par le juge. S'il s'exécute spontanément, la mission de l'association se limitera à recevoir l'indemnisation, bien que rien ne s'oppose à une réparation directe entre les mains de la victime. En l'absence d'exécution spontanée, le jugement statuant sur la responsabilité a fixé un délai pour faire trancher toute difficulté relative à

⁶⁸⁶ Article R. 623-18 du Code de la consommation ; article 849-17 du Code de procédure civile ; article R. 77-10-19 du Code de justice administrative.

⁶⁸⁷ Article R. 623-20, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation ; article R. 77-10-19 du Code de justice administrative.

⁶⁸⁸ Article R. 623-20, alinéa 2, du Code de la consommation ; article 849-17 du Code de procédure civile ; article R. 77-10-19 du Code de justice administrative.

l'exécution. L'exécution forcée du jugement déclaratif sera poursuivie par l'association munie de ses mandats aux fins d'indemnisation. Mandatée par les victimes ayant adhéré au groupe, elle devra donc désigner chaque victime qu'elle représente, conformément aux règles du mandat⁶⁸⁹.

En droit de la consommation, la loi du 17 mars 2014⁶⁹⁰ a prévu une procédure simplifiée de l'action de groupe⁶⁹¹. L'identité et le nombre des consommateurs composant le groupe devront être connus dès le départ, bien que des critères d'identification seuls peuvent suffire. Ces consommateurs devront avoir subi un préjudice « d'un même montant, d'un montant identique par prestation rendue ou d'un montant identique par référence à une période ou à une durée »⁶⁹². Une fois que la décision statuant sur la responsabilité du professionnel n'est plus susceptible d'aucun recours, les consommateurs concernés seront informés individuellement, toujours aux frais du professionnel. Ces mesures d'information individuelles devront les mettre en mesure de choisir d'accepter ou non la réparation dans les termes de la décision⁶⁹³. Leur acceptation devra être effectuée directement auprès du professionnel. Le consommateur recevra directement la réparation, sans l'intermédiaire de l'association. Toutefois si le professionnel ne s'exécute pas spontanément, le consommateur ne pourra pas agir directement contre lui en exécution de la décision retenant sa responsabilité. Cette décision ne vaudra pas titre exécutoire puisque le consommateur n'est pas partie à la procédure. L'acceptation par le consommateur de l'indemnisation dans les termes du jugement vaudra mandat pour l'association, aux fins d'indemnisation, dans les conditions prévues par les articles L. 623-19 et L. 623-20 du Code de la consommation.

L'action de groupe a reçu le feu vert du Conseil constitutionnel dans une décision du 13 mars 2014⁶⁹⁴. Les requérants reprochaient à l'action de groupe instaurée par la loi du 17 mars 2014, l'absence de garantie permettant de s'assurer d'une adhésion

⁶⁸⁹ En matière administrative, article R. 77-10-20 du Code de justice administrative.

⁶⁹⁰ Modifiée par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, article L. 623-14 à L. 623-17 du Code de la consommation.

⁶⁹¹ Article L. 623-14 du Code de la consommation.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ Article L. 623-15 du Code de la consommation.

⁶⁹⁴ Décision du 13 mars 2014, n° 2014-690 DC, *JO* 18 mars, p. 5450 ; *D.* 2014. 1297, obs. Hélène Aubry, Elise Poillot et Natacha Sauphanor-Brouillaud ; *ibid.* 2015. 943, obs. Didier Ferrier.

du consommateur à l'action de groupe « en pleine connaissance de cause ». Il était également reproché à cette procédure l'impossibilité pour le professionnel mis en cause de connaître le nombre et l'identité des personnes qui seraient susceptibles de solliciter une indemnisation, donc de faire valoir les exceptions et moyens de défense spécifiques à chacun des consommateurs potentiellement membres du groupe. Le professionnel n'aurait pas non plus de voie de recours sur ce point pour contester le jugement qui aura retenu sa responsabilité. Ils faisaient ainsi grief à cette procédure de porter atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif des consommateurs ainsi qu'au droit à une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties. Au visa de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, le Conseil constitutionnel a considéré que la procédure de l'action de groupe permettait d'assurer le respect de ces droits à plusieurs titres. D'une part, le jugement déclaratif de responsabilité ordonne des mesures de publicité à destination des consommateurs concernés leur permettant de choisir s'ils souhaitent obtenir la réparation de leur préjudice. En outre, ce jugement n'aura autorité de chose jugée qu'à l'égard de chacun des membres du groupe, qu'à l'issue de la procédure et seulement si leur préjudice a été réparé. D'autre part, le Conseil constitutionnel a relevé que le professionnel pourrait, lors de l'instance lors de laquelle il va être statué sur sa responsabilité, donc lors de la première phase, soulever tous les moyens de défense relatifs à la mise en cause de sa responsabilité, à la définition du groupe des consommateurs à l'égard desquels sa responsabilité est engagée, aux critères de rattachement au groupe, aux préjudices susceptibles d'être réparés, ainsi qu'à leur montant, et aux éléments permettant l'évaluation des préjudices. Lors de la troisième phase de l'action de groupe, celle relative à la réparation, après l'adhésion des consommateurs, le professionnel pourra également faire valoir tous les autres moyens de défense relatifs à la réparation individuelle des consommateurs intéressés.

L'examen du cadre de l'action de groupe révèle une difficulté : l'exercice délicat de sa qualification. Faut-il y avoir une action en représentation ou une action de substitution ?

B – La nature de l'action de groupe fonction de la phase de l'action de groupe

La nature de l'action de groupe a suscité de longs débats : fallait-il y voir une action en représentation ou bien une action en substitution ? Aucune réponse claire ne peut être trouvée du côté de la loi. La loi demeure silencieuse sur la nature de l'action de groupe. L'article L. 623-9 du Code de la consommation dispose que « l'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante ». Cet article est le principal argument en faveur de la qualification de l'action de groupe en tant qu'action en représentation⁶⁹⁵. Ainsi l'association représentera les consommateurs ayant adhéré pour recevoir les sommes devant leur être distribuées. Elle les représentera également en cas d'inexécution du professionnel dans les délais fixés par le jugement. Elle pourra participer à une médiation avec le professionnel pour obtenir l'indemnisation des préjudices individuels. En outre, seule une association agréée et « représentative » au niveau national pourra exercer l'action de groupe, à l'image des syndicats lorsqu'ils exercent l'action en substitution de l'article L. 8255-1 du Code du travail. Si une association représentative n'exerce pas cette action de groupe, elle pourra être exercée par toute autre association répondant à ces critères.

Toutefois, en dépit de cet argument de texte, d'autres obstacles s'opposent à la qualification de l'action de groupe comme action en représentation. Certes l'adhésion au groupe emporte mandat au profit de l'association mais uniquement pour recevoir les sommes devant être distribuées aux consommateurs et pour agir en exécution forcée du jugement statuant sur la responsabilité du professionnel. La participation de l'association à une médiation est menée au nom d'un groupe qui n'est pas encore défini. Les consommateurs ne sont pas encore connus puisqu'ils n'ont pas encore adhéré. L'association pourra participer à la médiation et également relever appel du jugement, sans avoir à recueillir le consentement des consommateurs⁶⁹⁶. Selon M. Jeuland⁶⁹⁷, à supposer l'action de groupe représentative, cela impliquerait que l'association, simple

⁶⁹⁵ Maria-José Azar-Baud, « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », *D.* 2013. 1487.

⁶⁹⁶ S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *op. cit.*, n° 74 à n° 76, p. 147-151.

⁶⁹⁷ E. Jeuland, « Substitution ou représentation ? A propos du projet d'action de groupe », *JCP G* 2013, n° 37, 927, 9 septembre 2013.

mandataire des consommateurs et leur représentant dans la mise en œuvre de l'action individuelle des consommateurs, ne serait pas liée par l'autorité de chose jugée attachée au jugement statuant sur la responsabilité du professionnel et pourrait engager de nouveau une nouvelle action de groupe à l'encontre de ce même professionnel pour d'autres consommateurs. L'association serait également responsable à l'égard de ses mandants, les consommateurs pourraient révoquer leur mandat, donc leur adhésion au groupe, à tout moment. C'est ce que dispose l'article R. 623-21 du Code de la consommation : « la révocation du mandat emporte renonciation à l'adhésion au groupe ». Cette renonciation est réputée acquise lorsque le consommateur n'a pas été indemnisé par le professionnel et n'a pas fourni les documents utiles au soutien de sa demande avant l'expiration du délai fixé par le juge, pour le saisir des demandes d'indemnisation auxquelles le professionnel n'a pas fait droit⁶⁹⁸. Si l'association souhaite relever appel ou transiger, elle serait tenue de recueillir l'accord de tous ses mandants. Or l'association étant titulaire de l'action de groupe, elle pourra décider d'interjeter appel du jugement statuant sur la responsabilité du professionnel, sans avoir à recueillir le consentement du groupe (qui demeure indéterminé à ce stade de la procédure).

Il résulte des éléments qui précèdent que l'action de groupe affiche une double nature selon que l'on se situe avant ou après l'adhésion de la victime. La recherche d'une qualification idoine conduit à découper sa procédure en deux phases : la phase avant l'adhésion de la victime et la phase après l'adhésion.

Avant l'adhésion de la victime au groupe, l'action de groupe peut être analysée comme une action de substitution⁶⁹⁹. L'association a qualité pour agir au lieu et place d'un groupe de personnes qui ne sont pas encore identifiées. Les membres du groupe n'étant pas encore connus, elle ne peut donc pas les représenter. Comme l'a finement expliqué M. Jeuland⁷⁰⁰, l'action de substitution opère une dissociation entre les titulaires du lien d'instance et les titulaires du lien de fond. Cette dissociation est

⁶⁹⁸ Article R. 623-22 du Code de la consommation.

⁶⁹⁹ E. Jeuland, « Retour sur la qualification de l'action de groupe à la lumière de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP* 2017. Doctr. 354 ; E. Jeuland, « Protection des consommateurs – Substitution ou représentation ? A propos du projet d'action de groupe », *JCP* 2013. Actu. 927.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

intéressante en matière de transmission de l'action en justice. L'association exerce une action qui lui est propre et qui lui permet de « se substituer » dans les actions individuelles des victimes sans les priver de leur place dans les rapports de fond. L'action de substitution doit donc être exclue des pistes pour un fondement d'une transmission de l'action en justice, puisqu'il s'agit d'une action propre au substituant. « Il s'agit d'une sorte d'action oblique où une personne se substitue à une autre qui ne peut pas agir, car, en l'espèce, les montants sont trop faibles pour chaque victime »⁷⁰¹. Ceci explique qu'en cas de défaillance d'une association, une autre association répondant aux critères de recevabilité de l'action de groupe peut se substituer à l'association défaillante⁷⁰². « L'action de groupe constitue en effet l'exercice des droits et actions individuels »⁷⁰³. On retrouve ici l'un des effets de la transmission de l'action en justice : l'exercice par une personne des actions individuelles dont elle n'est pas titulaire.

La qualification d'action en substitution est également applicable à l'action de groupe simplifiée : le premier jugement, pour des raisons de célérité, peut préciser les modalités et délais d'indemnisation directe des consommateurs par le professionnel. L'action de groupe simplifiée s'apparente alors à une « pure action de substitution dans l'intérêt d'autrui »⁷⁰⁴ puisque les victimes n'ont pas encore adhéré au groupe.

L'adhésion au groupe opèrerait une sorte de novation : d'une action de substitution, l'action de groupe se muerait en une action en représentation quelque peu particulière. Comme le dispose la loi⁷⁰⁵, l'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association demanderesse, sans qu'elle emporte adhésion à l'association. L'article 69 de la loi J21 précise même expressément que l'adhésion « vaut mandat aux fins de représentation pour l'exercice de l'action en justice mentionnée à l'article 71, [à savoir l'action en exécution du jugement ayant statué sur la responsabilité du professionnel] et, le cas échéant, pour l'exécution forcée du jugement prononcé à

⁷⁰¹ E. Jeuland, « Retour sur la qualification de l'action de groupe à la lumière de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP* 27 mars 2017, n° 13, doct. 354, n° 14.

⁷⁰² Article 81 de la loi « J21 » du 18 novembre 2016.

⁷⁰³ E. Jeuland, *op. cit.*

⁷⁰⁴ E. Jeuland, « Protection des consommateurs - Substitution ou représentation ? A propos du projet d'action de groupe », *JCP G* 2013, n° 37, 927.

⁷⁰⁵ Article 69 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

l'issue ». Comme l'a expliqué M. Jeuland⁷⁰⁶, il existe un lien procédural de protection qui se met en place après le jugement statuant sur la responsabilité, à l'instar de celui qui existe en matière de procédure collective. Ce lien traduit sur le plan procédural « le souci de prendre en compte les personnes vulnérables dans leur rapport avec le juge »⁷⁰⁷. Par son adhésion, la partie ne devient pas demanderesse à l'instance de manière rétroactive. Et l'association ne cesse pas d'être partie au procès. La victime devient partie au « lien procédural de protection visant l'indemnisation »⁷⁰⁸. Suivant la fine analyse de M. Jeuland, la victime se retrouve dans une situation similaire à celle des créanciers d'une procédure collective et l'association requérante, dans une situation similaire à celle du représentant des créanciers d'une procédure collective habilité par le juge. L'association à ce stade de la procédure exerce plus qu'un simple mandat puisqu'elle reçoit et gère des fonds pour de potentielles victimes, qui n'ont pas encore adhéré au groupe. Elle peut même négocier des forfaits d'indemnité pour le groupe avant toute adhésion. L'association a ainsi pu être comparée au « liquidateur judiciaire »⁷⁰⁹. L'action de groupe, à ce stade de la procédure, n'est donc pas tout à fait une action en représentation à proprement parler. Si la victime accepte d'être titulaire d'une créance, par son adhésion au groupe, et donc d'être partie à l'obligation de réparation au fond, elle ne devient pas pour autant partie à la procédure. L'association demeure partie à ce lien procédural de protection⁷¹⁰.

Comme le souligne la doctrine⁷¹¹, le changement de nature de l'action de groupe en cours de procédure révèle qu'elle n'est pas véritablement exclusivement une action en substitution ou une action en représentation. L'action de groupe porte des traits de caractère de l'action en substitution en ce que l'association est le titulaire de l'action de groupe. Elle n'exerce pas l'action en justice d'autrui. L'action de groupe porte sur les droits individuels des victimes, tiers au procès et produira des effets directement dans leur patrimoine. L'association n'a pas vocation à conserver les sommes qu'elle reçoit en exécution du jugement déclaratif de responsabilité et visant à indemniser les victimes. La

⁷⁰⁶ E. Jeuland, *op. cit.*, n° 15.

⁷⁰⁷ E. Jeuland, *op. cit.*, n° 12.

⁷⁰⁸ *Ibid.*

⁷⁰⁹ E. Jeuland, *op. cit.*, n° 16.

⁷¹⁰ E. Jeuland, *op. cit.*, n° 18.

⁷¹¹ Baptiste Allard et Jérémy Jourdan-Marques, « L'action de groupe », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, février 2021, n° 213.

similitude s'arrête là avec l'adhésion du consommateur valant mandat aux fins d'indemnisation. Selon M. Allard et M. Jourdan-Marques⁷¹², cette adhésion s'apparente à une ratification de la décision prise par l'association d'agir au profit de tous ceux répondant aux critères de détermination du groupe. Or cette condition de ratification ne fonctionne pas avec la qualification de représentation. Donc le jugement statuant sur la responsabilité du professionnel que l'association cherche à obtenir pourrait n'avoir quasiment aucun effet. Si personne n'adhère au groupe, il restera sans effet sur les droits individuels de ceux qui n'ont pas adhéré. Ils pourront toujours agir à l'encontre du professionnel. Ainsi que l'a formulé M. Boré⁷¹³, le jugement statuant sur la responsabilité constitue à l'égard des membres du groupe une simple « offre de jugement ».

L'exposé de ces quelques éléments de description des contours de l'action de groupe suffit pour entrevoir les défaillances initiales du mécanisme adopté de l'action de groupe, potentiellement à l'origine de son bilan mitigé.

II – Une action de groupe perfectible

A – Les lacunes de la procédure de l'action de groupe à l'origine de son bilan peu satisfaisant

L'action de groupe à la française a fait l'objet de nombreuses critiques que ce soit par rapport à son opportunité dans le paysage juridique français, par rapport à sa complexité, à ses lacunes ou encore par rapport à son financement sur lequel la loi demeure silencieuse. Ces reproches remettent en question les différentes actions de groupe mises en place en droit français depuis 2014. Le rapport d'information établi par une Commission de l'Assemblée Nationale, le 11 juin 2020⁷¹⁴, met en exergue, avec une particulière acuité, les lacunes de l'action de groupe à la française, grâce aux auditions

⁷¹² *Ibid.*

⁷¹³ Louis Boré, « Le projet d'action de groupe : action mort-née ou premier pas ? », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n° 136.

⁷¹⁴ « Bilan et perspectives des actions de groupe », Rapport d'information présenté par Philippe Gosselin et Laurence Vichniewsky, 11 juin 2020.

enrichissantes des différents acteurs du droit⁷¹⁵. Le bilan de l'action de groupe exposé par ce rapport en témoigne. Force est de constater que le plus souvent soit les victimes renoncent à exercer leur action, soit leur choix se porte sur d'autres alternatives à l'action de groupe (1) telles que l'action du syndicat en défense des intérêts individuels d'un ou plusieurs de ses membres, l'action de l'association en défense des intérêts individuels de ses membres ou encore l'action en représentation conjointe. Il est principalement reproché à l'action de groupe sa complexité (2), le risque avéré de son instrumentalisation par les associations, et donc le risque d'une atteinte à l'image du professionnel (3) et les difficultés de son financement (4).

1. Les alternatives à l'action de groupe

a. L'action de substitution du syndicat

Le législateur a multiplié les hypothèses dans lesquelles il a accordé la qualité à agir aux syndicats pour agir en défense des intérêts personnels des salariés⁷¹⁶. En principe il appartient à la partie d'un lien litigieux d'agir. Mais il arrive que cette partie ne soit pas en mesure d'agir en justice. La substitution d'un tiers dans le lien d'instance apparaît alors comme la solution à cette impossibilité d'action. Ce tiers dispose d'une véritable action pour agir à la place d'un autre. Il s'agit d'une action de substitution⁷¹⁷.

⁷¹⁵ Sur la base de ce rapport, une proposition de loi n° 3329 a été déposée, le 15 septembre 2020, par Ph. Gosselin et L. Vichniewsky, pour la mise en place d'un nouveau régime de l'action de groupe dans le Code civil, se substituant aux différents régimes spécifiques actuels. Elle est en cours d'examen par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. Le 25 novembre 2020, le Parlement européen a adopté la directive (UE) 2020/1828 visant à instaurer un régime de *class action* en matière de protection des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE.

⁷¹⁶ Ces hypothèses sont listées par le Code du travail. Dans certaines d'entre elles, l'action exercée par le syndicat vise le respect du principe de l'égalité professionnelle entre hommes et femmes (article L. 1144-2), du statut d'ouvrier à domicile (article L. 7423-2), l'application d'une convention collective (article L. 2262-9), ou encore le marchandage (article L. 8233-1). Elle peut également avoir pour but de faire sanctionner la violation de l'interdiction du prêt illicite de main d'œuvre (article L. 8242-1), ou encore de l'interdiction d'employer un travailleur étranger sans titre de travail (article L. 8255-1) ou intermittent (article L. 1251-59). Dans d'autres cas, elle a pour but de protéger les salariés victimes d'une discrimination en droit du travail (article L. 1134-2) ou d'un harcèlement sexuel (article L. 1154-1), ceux des groupements d'employeurs (article L. 1253-16), ou les salariés dont le contrat est à durée déterminée (article L. 1247-1) ou encore un salarié licencié économiquement ou qui a rompu son contrat d'un commun accord avec son employeur en acceptant une convention de conversion (article L. 1235-8).

⁷¹⁷ Cass. Soc., 1^{er} février 2000, pourvoi n° 98-46.201, *Bull. civ. n° 53, CGT Roissy c/ Servair ; Procédures* mai 2000, n° 128, obs. Jean-Marc Sportouch ; *Dr. soc.*, mai 2000. 516, note Claude Roy-Loustaneau ; *JCP E* 2000. 760, note Daniel Boulmier ; *JCP* 2001. II. 104511, note E. Jeuland.

Une telle action des syndicats, on l'a vu, a été déclarée conforme à la Constitution, sous quelques réserves émises par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 juillet 1989⁷¹⁸. Il a réservé la constitutionnalité de cette action à l'exigence que le salarié soit informé et soit en mesure de s'opposer à l'action du syndicat⁷¹⁹.

L'action du syndicat est une action individuelle qui lui est personnelle. Il n'a pas à justifier d'un mandat du salarié concerné. Il s'agit d'une action de substitution et non d'une action en représentation des salariés⁷²⁰. En agissant dans l'intérêt d'autrui, dans l'intérêt des salariés victimes, le syndicat exerce sa vocation propre de syndicat. En cas de désistement du syndicat, l'exercice par le syndicat de l'action n'a pas éteint l'action. Il n'a pas plus épuisé le principe de l'unicité de l'instance. Le salarié substitué qui est demeuré tiers à l'instance, pourra exercer sa propre action en justice. La jurisprudence a précisé que l'opposition du salarié à l'action du syndicat ne vaut pas renonciation à son droit d'obtenir la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée⁷²¹. Le jugement n'aura aucune autorité de chose jugée à l'égard de ce salarié substitué. Il pourra en revanche recevoir des dommages et intérêts puisque l'action individuelle exercée lui appartient. Ainsi que l'a formulé M. Jeuland, il bénéficie « de l'effet substantiel mais non de l'effet processuel du jugement »⁷²². Si le salarié a reçu des dommages et intérêts distribués par le substituant, il pourrait être considéré qu'il n'a plus d'intérêt à agir, sauf s'il considère que son dommage n'a pas été correctement évalué et donc réparé. Le salarié substitué pourra également intervenir volontairement à l'instance. On arrive dans une situation alors quelque peu curieuse : le titulaire de l'action n'aura que la qualité d'intervenant à l'instance et non pas de demandeur ni de *dominus litis*. Dans ce cas, le jugement aura à la fois un « effet substantiel » et un « effet processuel » à l'égard

⁷¹⁸ Cons. Const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, à propos de la loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion ; *Rec. Cons. const.* 59 ; *Dr. soc.* 1989. 627 ; *AJDA* 1989. 796, note Fl. Benoit-Röhmer.

⁷¹⁹ Le Code du travail prévoit ainsi que le salarié concerné doit avoir été averti par écrit de cette action et qu'il dispose d'un délai de quinze jours pour s'y opposer à compter de la date de la notification.

⁷²⁰ Cass. Soc., 1^{er} février 2000, *ibid.*

⁷²¹ Cass. Soc., 12 février 2008, pourvois n° 06-45.397, n° 06-45.398, n° 06-45.399, n° 06-45.400 et n° 06-45.401, *Bull. civ. n° 36* ; Françoise Bousez, « Procédure – Articulation des actions en justice et règle de l'unicité de l'instance », *JCP S*, 29 juillet 2008, n°s 31 – 35, 1445 ; *RDT* 2008. 321, note Hélène Tissandier ; *RDT* 2008. 404, obs. Marianne Keller.

⁷²² E. Jeuland, *Droit processuel général*, 4^e éd., LGDJ Lextenso éditions (collection Précis Domat droit privé), Issy-les-Moulineaux, 2018, n° 325, p. 447.

du salarié substitué.

En cas de désistement par le syndicat de son action exercée en vertu de l'article L. 1247-1 du Code du travail, le syndicat pourra toujours, dans le cadre de l'instance engagée par la suite par le salarié pour obtenir la requalification de son contrat de travail, solliciter réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession, exerçant alors les droits de la partie civile sur le fondement de l'article L. 2132-3 du Code du travail⁷²³. La jurisprudence s'est cependant opposée à ce que le syndicat contourne les conditions de l'action de substitution, par une action syndicale – celle qu'il exerce pour protéger les intérêts collectifs de la profession – pour s'immiscer dans les intérêts individuels des salariés, lorsqu'est en cause un droit exclusivement attaché à la personne. Il ne pourra donc pas agir en référé pour s'opposer à une opération prévue par l'employeur et impliquant un transfert des contrats de travail, en prétextant agir pour la protection des intérêts collectifs de la profession. Dans une telle hypothèse, il ne pourra intervenir que sur le fondement de l'article L. 2132-1 du Code du travail, aux côtés du salarié ayant introduit l'action devant le Conseil de prud'hommes⁷²⁴. La circonscription par la Cour de cassation du champ d'application de l'action de substitution du syndicat permet de limiter l'immixtion de ce dernier dans les intérêts particuliers des salariés⁷²⁵. Il appartient au salarié et non au syndicat d'apprécier l'opportunité de contester les conditions du transfert de son contrat de travail. Si le salarié substitué est resté tiers à l'instance, le jugement n'aura pas autorité de chose jugée à son égard. Il pourra donc exercer l'action dans son propre intérêt. Toutefois il peut recevoir des dommages et intérêts, résultat de l'action du syndicat substitut puisque l'action exercée par le syndicat au travers de son action autonome de substitution lui appartient individuellement. Ainsi que l'a formulé M. Jeuland, le salarié substitut bénéficie de « l'effet substantiel (que l'on peut aussi nommer l'effet créatif du jugement) mais non de l'effet processuel du jugement (qui est l'effet extinctif du jugement) »⁷²⁶.

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ Cass. Soc., 11 septembre 2012, pourvoi n° 11-22.014, *Bull. civ. n° 226* ; *Procédures* 2012. comm. 360, obs. Alexis Bugada ; *JCP S* 2012. Act. 420, obs. Nicolas Léger ; *JCP S* 2012. 1521, comm. Gr. Loiseau.

⁷²⁵ Gr. Loiseau, *op. cit.*

⁷²⁶ E. Jeuland, « Quelques questions sur l'action de substitution "à la française" », dans *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 757.

L'action de substitution apparaît alors comme une ébauche d'action de groupe. L'action du syndicat en matière de discrimination et de harcèlement sexuel vient concurrencer l'action de groupe récemment introduite en ces matières par la loi « J21 » du 18 novembre 2016. Il est ici permis d'assumer raisonnablement qu'en matière de discrimination et de harcèlement sexuel, le salarié victime privilégiera l'action du syndicat répondant aux critères posés par le Code du travail (article L. 1134-2 en matière de discrimination et article L. 1154-1 en matière de harcèlement sexuel)⁷²⁷ plutôt que l'action de groupe qui se déroule en deux phases et dont la durée de procédure est donc d'autant plus allongée. L'argument avancé en faveur de l'action de groupe, se prévalant de l'anonymat des salariés victimes – l'action en substitution exigeant l'identification du salarié – paraît guère solide dans la mesure où l'action de groupe exige l'identification de cas individuels au soutien des demandes du requérant habilité par la loi⁷²⁸. En outre, dans le cadre d'une action de groupe, une fois la première phase passée et un jugement déclaratif de responsabilité de l'employeur obtenu, le salarié victime devra adhérer au groupe s'il souhaite se prévaloir de ce jugement et obtenir l'indemnisation fixée par ce jugement⁷²⁹. Or cette adhésion doit contenir l'identification formelle du salarié victime, et donc ses nom et prénoms.

b. L'action de l'association en défense des intérêts individuels de ses membres

L'association pourra privilégier à l'action de groupe, l'action en défense des intérêts d'un ou plusieurs de ses membres. L'hypothèse est la suivante : plusieurs personnes ayant des intérêts en commun se regroupent en une association pour défendre de manière collective leurs intérêts individuels. Cette action, bâtie de toutes pièces par la jurisprudence, permet à l'association de défendre collectivement la somme des intérêts individuels de ses membres dès lors que ceux-ci sont atteints dans leurs intérêts individuels déterminés et auraient pu agir ou agissent concomitamment. Son analyse

⁷²⁷ Le syndicat doit être représentatif au niveau national, au niveau départemental ou de la collectivité en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique, à Mayotte, à La Réunion, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, ou dans l'entreprise.

⁷²⁸ Ylias Ferkane, « Syndicats professionnels : prérogatives et action », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, juin 2020 (dernière actualisation : juillet 2022), n° 233.

⁷²⁹ *Ibid.*

oppose la jurisprudence civile et la jurisprudence criminelle. La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette traditionnellement la constitution en partie civile d'un groupement pour un dommage causé par une infraction à l'un ou plusieurs de ses membres⁷³⁰. Ses prétentions ne peuvent pas lui être directement attribuées dans la mesure où elle n'agit pas pour la défense de ses intérêts propres. Elles sont par conséquent irrecevables. Il s'agit d'une pure application de l'article 2 du Code de procédure pénale. L'association est irrecevable à agir en réparation de préjudices qu'elle n'aurait pas directement subis. Elle ne peut donc pas agir en réparation des préjudices individuels subis par ses membres. La jurisprudence criminelle a rapidement assoupli sa position en faveur des organisations professionnelles⁷³¹, confirmée ensuite par le législateur. L'article L. 2132-3 du Code du travail habilite ainsi les syndicats professionnels à « exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». Dans la même veine, l'article L. 490-10 du Code de commerce autorise les organisations professionnelles – donc non seulement les syndicats professionnels mais également les associations professionnelles – à agir devant les juges civils et commerciaux en réparation des faits portant atteinte directement ou indirectement à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentant, ou à la loyauté de la concurrence. La jurisprudence civile s'est montrée plus souple que la jurisprudence criminelle. Elle considère qu'aucune raison ne justifie de « refuser aux membres d'un groupement de faire ce que chacun aurait pu faire collectivement »⁷³². Ainsi, « une association peut réclamer la réparation des atteintes portées aux intérêts collectifs de ses membres, et son action est recevable dans la limite

⁷³⁰ Crim., 18 octobre 1913, *Bull. crim. n° 449* ; Crim., 16 décembre 1954 ; *RTD civ.* 1955. 317, obs. Denis Mazeaud ; Crim., 23 juin 1986, pourvoi n° 85-91.469, *Bull. crim. n° 218* ; Crim., 16 janvier 1990, pourvoi n° 89-83.214, *Bull. crim. n° 24* ; Crim., 10 juin 1991, pourvoi n° 90-85.003, *Bull. crim. n° 247* ; *RDSS* 1992. 313, obs. Elie Alfandari ; Crim., 7 décembre 1992, *inédit*, pourvoi n° 90-87.858 ; Crim., 12 février 1997, pourvoi n° 96-80.879, *Bull. crim. n° 57* (à propos de l'action d'une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901).

⁷³¹ Lorsque l'infraction porte atteinte aux intérêts communs de la profession que l'association a pour mission de défendre, elle est recevable à agir et sa constitution de partie civile est recevable (Crim., 26 octobre 1999, pourvoi n° 98-84.446, *Bull. crim. n° 233* ; *RTD com.* 2000. 481, obs. B. Bouloc ; Crim., 4 mai 1999, *inédit*, pourvoi n° 98-83.864).

⁷³² Il s'agit de la fameuse jurisprudence que la doctrine a qualifié « jurisprudence des ligues de défense » (Civ., 25 novembre 1929 ; *DP* 1933. 1. 28 ; *S.* 1932. 1. 28 ; *RTD civ.* 1934. 311, obs. René Japiot ; auparavant, Cass. civ., 23 juillet 1918 ; *DP* 1918. 1. 52 ; *S.* 1921. 1. 289, note Ernest Chavegrin) ; sur cette jurisprudence, v. J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 27^e éd., Dalloz (collection Précis Droit privé), Paris, 2003, n° 126, p. 153 et 154 ; Y. Guyon, « Faut-il des associations d'actionnaires et d'investisseurs ? », *Rev. sociétés* 1995. 207, n° 3.

de son objet social »⁷³³. Elle devra démontrer que l'ensemble de ses membres sont affectés par le préjudice invoqué⁷³⁴.

L'exercice de l'action par l'association en défense des intérêts individuels de ses membres est encadré. Cette faculté doit être prévue par ses statuts. Cette action doit en outre entrer dans la limite de son objet associatif, tel qu'il s'évince de sa nature et de ses statuts⁷³⁵. Elle doit avoir pour objet la réparation d'un préjudice subi personnellement par les membres de l'association. Par exemple, l'action introduite par une association de colotis pour faire respecter le cahier des charges du lotissement par l'un des riverains, sera déclarée irrecevable, s'il n'est pas allégué que tous les membres de cette association avaient personnellement subi un préjudice⁷³⁶. Les titulaires du droit d'agir doivent être membres de l'association et le rester le temps de la procédure. Ils ne doivent pas s'être opposés à l'action de l'association, conformément aux réserves posées par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 25 juillet 1989⁷³⁷. La constitution postérieure de l'association par rapport aux faits générateurs est sans incidence⁷³⁸ sur la régularité de la procédure. Enfin, l'action ne doit pas être réservée à un autre groupement. Par exemple, seule l'association syndicale est recevable à agir pour faire respecter le cahier des charges de la copropriété. Une association de résidents et de propriétaires ne sera donc pas recevable à exercer cette action⁷³⁹. Dans une telle hypothèse, pour que son action soit recevable, elle devra justifier d'un préjudice direct et personnel⁷⁴⁰.

⁷³³ Cass. Civ. 1^{re}, 27 mai 1975, pourvoi n° 74-11.480, *Bull. civ. n° 174* ; *D.* 1976. 318, note G. Viney ; *RTD civ.* 1976. 147, obs. Georges Durry ; Cass. Civ. 1^{re}, 15 mai 1990, pourvoi n° 88-19.780, *Bull. civ. n° 102* ; *RDI* 1997. 628, obs. François Collart-Dutilleul et Jean Derruppé ; Cass. Civ. 1^{re}, 14 novembre 2000, pourvoi n° 99-10.778, *Bull. civ. n° 289* ; Cass. Civ. 2^e, 5 octobre 2006, pourvoi n° 05-17.602, *Bull. civ. n° 255* ; *RDI* 2007. 124, obs. F.-G. Trébulle ; Cass. Civ. 1^{re}, 24 février 1998, pourvoi n° 95-22.282, *Bull. civ. n° 75* ; *D.* 1998. 471, note André Françon ; *D.* 1999. 64, obs. C. Colombet ; Cass. Civ. 3^e, 4 mai 2001, *inédit*, pourvoi n° 10-11.863.

⁷³⁴ Cass. Civ. 2^e, 21 juillet 1986, pourvoi n° 84-15.397, *Bull. civ. n° 119* ; Cass. Civ. 1^{re}, 27 mai 1975, *op. cit.* ; Cass. Civ. 1^{re}, 15 mai 1990, *op. cit.*

⁷³⁵ Cass. Civ. 3^e, 10 octobre 1978, pourvoi n° 77-11.979, *Bull. civ. n° 306* ; Cass. Soc., 11 octobre 1994, pourvoi n° 90-11.206, *Bull. civ. n° 266* ; *JCP* 1995. I. 3853, n° 16, obs. G. Viney ; Cass. Civ. 3^e, 17 juillet 1997, pourvoi n° 95-18.100, *Bull. civ. n° 165* ; *RDI* 1997. 628, obs. F. Collart-Dutilleul et J. Derruppé ; *JCP* 1998. II. 1204, note L. Boré ; Cass. Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, pourvoi n° 99-10. 709, *Bull. civ. n° 114* ; *RTD civ.* 2001. 618, obs. Th. Rivet ; *RDI* 2001. 358, obs. Marc Bruschi.

⁷³⁶ Cass. Civ. 3^e, 4 novembre 2004, pourvoi n° 03-11.377, *Bull. civ. n° 193* ; *RDI* 2005. 210, obs. Jean-Louis Bergel ; *RTD com.* 2005. 128, obs. Laurent Grosclaude.

⁷³⁷ Cons. Const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, *op. cit.*

⁷³⁸ Cass. Civ. 2^e, 14 février 1958, *Bull. civ. n° 132* ; Cass. Civ. 1^{re}, 27 mai 1975, *op. cit.* ; Cass. Com., 6 novembre 1990, *inédit*, pourvoi n° 88-14.847.

⁷³⁹ Cass. Civ. 3^e, 12 septembre 2007, pourvoi n° 06-14.460, *Bull. civ. n° 141*.

⁷⁴⁰ Cass. Civ. 3^e, 4 novembre 2004, pourvoi n° 03-11.377, *Bull. civ. n° 193* ; *op. cit.*

Ainsi l'action de groupe vient faire double emploi avec l'action dont dispose l'association pour défendre les intérêts de ses membres, du moins dans les matières dans lesquelles l'action de groupe a été introduite. En introduisant une action de groupe, l'association pourra rechercher la réparation de l'auteur du manquement à l'origine des dommages subis non seulement par ses membres mais aussi par des personnes n'ayant pas adhéré à l'association, leur adhésion au groupe ne valant pas adhésion à l'association requérante. L'association pourra également faire le choix de ne défendre que ses membres et s'épargner la longue procédure de l'action de groupe. Toutefois l'association devra démontrer que ses membres sont atteints individuellement par le manquement reproché. La première phase de l'action de groupe n'exige pas une telle démonstration ; l'association requérante à l'action de groupe devra simplement présenter « quelques cas types »⁷⁴¹. Le développement des ligues de défense a connu un brusque freinage, les ligues étant dans l'impossibilité de percevoir des dommages et intérêts qu'elles auraient pu ensuite distribuer.

c. L'action en représentation conjointe

Insérée dans notre droit par la loi du 18 janvier 1972, l'action en représentation conjointe permet à l'association d'assurer la défense de son propre intérêt et des intérêts de tous les autres membres d'un groupe placés dans la même situation. Une partie de la doctrine l'a située « à mi-chemin entre les ligues de défense et l'action en défense des "grandes causes" »⁷⁴². Elle permet à une association de consommateurs représentative au niveau national, de rechercher la réparation du préjudice subi individuellement par des consommateurs personnes physiques, sous réserve que ce préjudice ait pour origine le fait du même professionnel.

Mais la loi n'a pas offert ici aux associations de consommateurs la qualité à agir à titre personnel. Il s'agit d'une hypothèse de représentation conventionnelle à l'action au sens de l'article 117 du code de procédure civile. L'association devra obtenir

⁷⁴¹ Article 62 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

⁷⁴² S. Guinchard et *alii*, *op. cit.*, n° 325, p. 259.

un mandat écrit d'au moins deux consommateurs concernés. Les consommateurs mandants pourront révoquer leur mandat en cas d'inertie de l'association mandataire. Munie de ce mandat, l'association mandataire pourra exercer les voies de recours, à l'exception du pourvoi en cassation pour lequel un nouveau mandat sera exigé. L'absence de ce mandat constitue une irrégularité de fond et non de forme qui affecte la validité de l'acte introductif de l'instance. La condition de qualité à agir sera examinée en la personne des consommateurs mandants.

Cette action n'a pas rencontré un grand succès. Une partie de la doctrine a expliqué ce manque de succès par l'impossibilité pour l'association de faire un appel public aux consommateurs lésés afin qu'ils se manifestent auprès d'elle et par leur hésitation à engager leur responsabilité⁷⁴³.

Cette action avait été initialement mise en place en droit de la consommation. Le législateur a progressivement étendu son champ d'application à d'autres associations. En premier lieu, il a ouvert l'action en représentation conjointe aux associations représentant des investisseurs en valeurs mobilières ou en produits financiers, devant toute juridiction, sous réserve d'avoir reçu mandat d'au moins deux investisseurs ayant subi des préjudices individuels causés par le fait d'une même personne et ayant une origine commune⁷⁴⁴. Les associations ne peuvent pas en principe faire un appel public pour recueillir des mandats d'investisseurs lésés. Toutefois la loi du 1^{er} août 2003 a inséré une exception pour ces associations, sur autorisation du Président du tribunal compétent donnée en référé. L'action en représentation conjointe a ensuite été étendue en matière d'environnement aux associations agréées de protection de l'environnement dans des conditions semblables⁷⁴⁵. Les associations constituées depuis au moins cinq ans pour la lutte contre les discriminations peuvent aussi agir en représentation conjointe en droit du travail, sous réserve de recueillir l'accord écrit du salarié ou du candidat à l'embauche, à un stage ou à une période de formation, concerné⁷⁴⁶. Ce dernier pourra toujours intervenir

⁷⁴³ L. Boré, « L'action en représentation conjointe : *Class-action* française ou action mort-née », *D.* 1995, Chron. 267.

⁷⁴⁴ Articles L. 452-2 à L. 452-4 du Code monétaire et financier.

⁷⁴⁵ Articles L. 252-5 et R. 252-21 à 252-29 du Code rural.

⁷⁴⁶ Article 1263-1 du Code de procédure civile.

à l'instance et y mettre un terme⁷⁴⁷.

La complexité et la disparité des procédures d'action de groupe paraissent être à l'origine des critiques adressées à l'action de groupe.

2. Une procédure complexe

En cas de pluralité d'actions de groupe concurrentes, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une action de groupe exercée à l'encontre de plusieurs professionnels dont le siège social est situé dans le ressort de différents tribunaux judiciaires, une autre association compétente pourra également introduire une autre action de groupe. Cette multiplication d'actions de groupe pourra être réglée au travers de l'exception de connexité de l'article 101 du Code de procédure civile, qui pourra être soulevée par les professionnels.

La pluralité des professionnels mis en cause dans l'action de groupe ralentira de toute évidence la procédure puisque leurs intérêts ne seront pas alignés, en particulier en présence d'appels en garantie, ce qui sera souvent le cas. Cette pluralité entraînera inévitablement une multiplication des débats : d'une part, entre l'association et les professionnels et d'autre part, entre les professionnels. Elle engendrera également des difficultés quant aux condamnations qui seront susceptibles d'être prononcées à l'encontre des professionnels. Le tribunal peut prononcer la condamnation *in solidum* des professionnels mis en cause pour faciliter l'indemnisation des consommateurs. Il peut en revanche ne pas avoir à statuer sur la part de responsabilité de chacun des professionnels si aucune des parties n'en fait la demande. En outre, les imprécisions demeurent quant à la répartition du coût des mesures de publicité et du paiement de la provision à l'association. Certains ont suggéré que l'adhésion valant mandat aux fins d'indemnisation, l'association puisse demander à l'un ou à l'autre des professionnels de verser la totalité des indemnités, à charge pour lui de se retourner contre les autres

⁷⁴⁷ Article L. 1134-2 du Code du travail.

professionnels dans le cadre d'une instance distincte⁷⁴⁸.

3. L'instrumentalisation de l'action de groupe

Une autre difficulté posée par la procédure de l'action de groupe réside en la publicité qui pourra être faite autour de l'action de groupe que ce soit par les mesures de publicité ordonnées par le jugement déclaratoire de responsabilité, ou par l'association directement avant le jugement.

Si les articles L. 623-7 et R. 623-13 du Code de la consommation prévoient que le jugement déclaratoire de responsabilité ordonne les « mesures adaptées pour informer [...] les consommateurs susceptibles d'appartenir au groupe »⁷⁴⁹, ainsi que les informations que ces mesures de publicité doivent mentionner (article R. 623-13 du Code de la consommation)⁷⁵⁰, ils ne prévoient pas pour autant les types de mesures de publicité adaptées à la procédure d'action de groupe. Le tribunal pourrait ainsi ordonner une campagne de publicité télévisuelle. Toutefois, une telle mesure apparaît disproportionnée. Ses conséquences seraient catastrophiques pour l'image du ou des professionnels impliqués. Le nombre de téléspectateurs sera le plus souvent supérieur au nombre de consommateurs susceptibles d'adhérer au groupe. En outre, les nombreuses mentions obligatoires prévues par l'article R. 623-13 précité sont inadaptées à un format télévisuel.

⁷⁴⁸ Kami Haeri et Benoît Javaux, « L'action de groupe : entre incertitudes procédurales et instrumentalisation », *Droit et patrimoine*, n° 243, 1^{er} janvier 2015.

⁷⁴⁹ Article L. 623-7 du Code de consommation.

⁷⁵⁰ Ces mentions sont multiples :

- le dispositif du jugement,
- les coordonnées de la personne auprès de laquelle le consommateur devra manifester son adhésion au groupe et de l'association éventuellement qui doit en être informée,
- les forme, contenu et délai de cette adhésion,
- l'indication selon laquelle l'adhésion au groupe vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association requérante ou en cas de défaillance de cette association, au profit de l'association qui s'y sera substituée,
- l'indication selon laquelle qu'à défaut d'adhésion selon les modalités et dans le délai prévus par le jugement, le consommateur ne pourra plus obtenir de réparation dans le cadre de l'action de groupe,
- l'indication selon laquelle à compter son adhésion, le consommateur ne pourra plus agir individuellement à l'encontre de(s) professionnel(s) mis en cause en réparation des préjudices visés par le jugement déclaratoire de responsabilité mais qu'il pourra toujours rechercher la réparation de ses autres préjudices,
- et enfin l'indication selon laquelle les consommateurs devront produire tout document utile au soutien de leur prétention.

Comme l'ont suggéré MM. Haeri et Javaux⁷⁵¹, les mesures de publicité les plus adaptées à l'action de groupe apparaissent être la publication d'un communiqué sur les sites Internet du professionnel et de l'association, ainsi que dans la presse locale, voire nationale.

Les premières actions de groupe introduites ont révélé un risque réel d'instrumentalisation de l'action de groupe par les associations, en particulier par la médiatisation de l'action de groupe introduite par les associations, bien avant que le juge n'ait statué sur la responsabilité du ou des professionnels impliqués. Cette médiatisation, avant tout jugement statuant sur la responsabilité du professionnel, est de toute évidence préjudiciable à l'image du professionnel. Cette publicité prématurée constitue une menace pour les professionnels, et de toute évidence, un moyen pour les associations d'obtenir des engagements des professionnels⁷⁵². Le professionnel pourra agir en référé d'heure à heure sur le fondement de l'article 809 du code de procédure civile pour obtenir la cessation de la publicité, du trouble manifestement illicite, et l'interdiction de médiatisation de l'action de groupe avant le jugement statuant sur la responsabilité du professionnel. Il pourra faire valoir notamment que cette médiatisation est inutile dans la mesure où la loi prévoit des mesures de publicité du jugement déclaratoire de responsabilité et que la préparation de l'action de groupe ne nécessite qu'un nombre limité de cas individuels⁷⁵³. MM. Haeri et Javaux ont également relevé que dans leur communiqué de presse, il arrive que les associations se servent de précédentes décisions rendues dans des litiges individuels caractérisant la faute du professionnel, en tant que « précédents » au sens anglo-saxon du terme⁷⁵⁴. La médiatisation de l'action de groupe porte ainsi un peu plus atteinte à l'image du professionnel. Toutefois il convient de garder à l'esprit l'effet relatif de la chose jugée : la décision rendue n'a autorité de chose jugée que sur ce qui a été statué et qu'entre les parties à l'instance, bien que ce principe ne soit pas nécessairement à la portée de la connaissance des profanes du droit. Le risque n'est

⁷⁵¹ K. Haeri et B. Javaux, *op cit.*

⁷⁵² *Ibid.*

⁷⁵³ *Ibid.*

⁷⁵⁴ Par exemple, le communiqué de presse du 1^{er} octobre 2014 de l'association UFC-Que choisir, au sujet de leur action de groupe, faisait référence à la condamnation du groupe FONCIA par le tribunal de grande instance de Paris pour différents frais de location indus dont un service d'avis d'échéance. Le communiqué de presse du 28 octobre 2014 de l'association CLCV visait la condamnation en 2013 de la société AXA et de l'AGIPI pour non-respect du taux minimum garanti dans le contrat CLER.

donc pas écarté que les présentations utilisées par les associations requérantes à l'action de groupe se réfèrent à de précédentes décisions obtenues dans d'autres affaires, portent atteinte à l'image du professionnel, en ce qu'elles le présentent comme responsable du manquement allégué, avant même que toute décision ne soit prise à son encontre. A supposer que la responsabilité du professionnel ne soit pas retenue par le juge, le mal aura déjà été fait : l'image du professionnel aura été nécessairement écornée par cette médiatisation.

4. Un financement difficile de l'action de groupe

La longue procédure de l'action de groupe engendre un lourd contentieux en ce qu'elle entraîne une instance longue et des coûts procéduraux importants pour une association.

L'action de groupe étant réservée à certaines associations dont les ressources sont naturellement limitées du fait de leur objet social non lucratif, la question du financement de cette procédure s'est posée dès la mise en place de cette procédure en 2014. Les coûts de l'action de groupe peuvent être dissuasifs : études, frais de justice, honoraires d'avocats, frais irrépétibles, dépens, indemnités éventuelles, et être un poids sur le budget de l'association, qui survit essentiellement grâce aux subventions de l'Etat et aux donations⁷⁵⁵. En outre, comme l'a relevé le rapport de l'Assemblée Nationale du 11 juin 2020, les subventions de l'Etat aux associations de consommateurs ont fortement baissé : de 3,64 millions d'euros en 2014, elles ont diminué à 2,83 millions d'euros en 2019⁷⁵⁶. L'association ayant introduit l'action de groupe n'agit pas pour son propre compte et ne touchera donc aucune indemnisation en cas de reconnaissance de la responsabilité du professionnel. Elle ne pourra donc compter que sur ses ressources propres et supportera le poids financier, matériel et humain de l'exécution du jugement. Le nombre d'actions de groupe introduites depuis 2014 est assez révélateur à cet égard :

⁷⁵⁵ Rémi Rouquette, « Chapitre 841 – Actions de groupe », *Petit traité du procès administratif*, Praxis Dalloz, 2020-2021 (dernière consultation : 20 août 2022), n° 841.55.

⁷⁵⁶ Rapport d'information présenté par Ph. Gosselin et L. Vichniewsky, le 11 juin 2020, p. 53.

seules 21 actions de groupe ont été intentées à ce jour depuis 2014⁷⁵⁷.

Le dispositif de l'action de groupe ouvre la faculté au juge de mettre à la charge du ou des professionnels impliqués le paiement d'une provision à valoir sur les frais non compris dans les dépens et la consignation de ces sommes à la Caisse des dépôts et consignations⁷⁵⁸. Ces frais correspondent aux dépenses liées à l'intervention des membres des professions judiciaires réglementées que l'association est autorisée à s'adjoindre. Il est également prévu la mise à la charge du ou des professionnels des mesures de publicité du jugement déclaratoire de responsabilité⁷⁵⁹. Cependant le versement de cette provision ne pourra intervenir qu'après le jugement retenant la responsabilité du professionnel. L'association devra donc attendre plusieurs années le jugement statuant sur la responsabilité et supporter les frais initiaux.

Ces mesures ont le mérite d'exister, mais ne suffisent pas à permettre aux associations d'agir. Si l'association gagne le procès, les dépens du procès pourront être mises à la charge du ou des professionnels en application de l'article 699 du Code de procédure civile. Dans le cas contraire, l'association devra supporter la charge des frais du procès. En toute hypothèse, l'association devra avancer les frais de justice, sans avoir la certitude de pouvoir se faire rembourser par la suite, que ce soit par le professionnel mis en cause, s'il vient à perdre le procès, ou par les victimes ayant adhéré au groupe puisque l'adhésion au groupe ne vaut pas adhésion à l'association.

Ce constat du financement difficile de l'action de groupe a été confirmé par plusieurs acteurs du droit. Lors de son audition par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, la DGCCRF a constaté qu'aucune association n'avait les « reins extrêmement solides » pour soutenir un investissement fort. Interrogée, l'association Consommation, logement et cadre de vie (CLCV) a également confirmé que le coût d'une action de groupe

⁷⁵⁷ *Op. cit.*, p. 6.

⁷⁵⁸ Article L. 623-12 du Code de la consommation, article L. 1143-5 du Code de la santé publique, article 68 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI^{ème} siècle.

⁷⁵⁹ Article L. 623-7 du Code de la consommation.

contraignait l'association à se limiter à une procédure d'action de groupe par an.

B – Les solutions proposées pour l'amélioration de l'action de groupe

Le Rapport d'information établi par M. Gosselin et de Mme Viechnewsky, membres de la commission des lois à l'Assemblée Nationale, le 11 juin 2021, propose trois principaux axes directeurs pour remédier aux lacunes du système de l'action de groupe : l'ouverture de l'action de groupe à d'autres acteurs (2) ; une meilleure indemnisation des victimes (3) ; une réforme de la procédure pour réduire les délais de jugement (4). Une première solution au financement de l'action de groupe peut se trouver dans une réforme de l'aide juridictionnelle et des frais irrépétibles (1).

1. La réforme de l'aide juridictionnelle et des frais irrépétibles

Une solution à ce problème de financement pourrait être le recours à un tiers financeur, des sociétés ou des fonds spécialisés dans le financement de procès⁷⁶⁰. Ce tiers financeur prendrait en charge l'ensemble des frais de l'association requérante en échange d'un pourcentage sur le résultat obtenu soit à l'issue du procès, soit à l'issue d'une procédure extrajudiciaire. Toutefois seules les victimes qui ont adhéré au groupe seront indemnisées. Si le tiers financeur récupère un pourcentage sur le résultat obtenu, ce pourcentage serait alors nécessairement prélevé sur les sommes obtenues pour la réparation des préjudices. Dans la mesure où seuls les préjudices seront réparés, ni plus ni moins, la réparation des victimes sera nécessairement moindre avec cette solution de financement. La directive européenne du 25 novembre 2020⁷⁶¹ prévoit une réglementation du *third party funding* afin d'y apporter plus de transparence et d'éviter les conflits d'intérêts.

⁷⁶⁰ Nous faisons ici référence aux sociétés de financement de procès mentionnées dans la première partie des présents travaux (cf. *supra.*, p. 143).

⁷⁶¹ Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2000/22/CE.

Une autre solution de financement pourrait se trouver du côté d'une réforme de l'aide juridictionnelle ainsi que l'a suggéré Mme Azar-Baud⁷⁶². Insérée dans l'ordre juridique français par la loi du 22 janvier 1851 sous la forme d'une « assistance juridique » avec pour but de favoriser le droit d'accès à la justice au profit des plus démunis, elle fut ensuite remplacée en 1972⁷⁶³ par l'« aide judiciaire » allouée sous réserve de certaines conditions de ressources : en contrepartie de leur concours à titre gratuit dans le cadre de l'aide judiciaire, les avocats recevaient des rémunérations de la part de l'Etat. L'« aide judiciaire » est substituée par l'« aide juridictionnelle » par la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique⁷⁶⁴. Cette substitution marque un changement sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme : il s'agit d'assurer la garantie des droits des justiciables par un recours effectif au juge⁷⁶⁵.

L'aide juridictionnelle peut être demandée pour toute procédure devant un tribunal civil, pénal ou administratif, donc y compris devant le tribunal judiciaire compétent pour connaître de l'action de groupe⁷⁶⁶. Des bureaux *ad hoc* apprécient la recevabilité des demandes d'aide juridictionnelle et vérifient les ressources du demandeur. De ces ressources, dépend le taux de l'aide juridictionnelle : total ou partiel. L'aide juridictionnelle, si elle est accordée, couvre la totalité des frais de procédure. Toutefois si elle n'est que partiellement accordée, une partie des honoraires des professionnels qui ont participé à son procès sera à la charge du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle partielle. Plusieurs réformes liées au renforcement des droits de la défense ont élargi le champ des bénéficiaires de l'aide juridictionnelle ainsi que le champ matériel d'application, c'est-à-dire les procédures éligibles à l'aide juridictionnelle⁷⁶⁷. Elle peut

⁷⁶² M.-J. Azar-Baud, « (In)action de groupe », *Gaz. Pal.*, 29 novembre 2016, n° 42, p. 52.

⁷⁶³ Loi du 3 juillet 1972 sur l'aide judiciaire consacrant le droit d'accès à la justice pour les plus défavorisés.

⁷⁶⁴ La loi du 10 juillet 1991 a également mis en place l'aide à l'accès au droit comprenant l'aide à la consultation et à l'assistance du bénéficiaire dans les procédures non juridictionnelles. Le champ d'application de l'aide juridictionnelle a été étendu par la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998.

⁷⁶⁵ Dominique d'Ambra, « Réformer l'aide juridictionnelle », dans *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 85.

⁷⁶⁶ Le tribunal judiciaire est né de la fusion des tribunaux de grande instance et des tribunaux d'instance opérée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, complétée par une ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019 ainsi qu'un décret n° 2019-965 du 18 septembre 2019 portant substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance dans les textes réglementaires en application de l'article 95 de la loi. Le tribunal judiciaire a ainsi récupéré les compétences du tribunal d'instance et du tribunal de grande instance, et en particulier, la compétence du tribunal de grande instance pour connaître des actions de groupe.

⁷⁶⁷ Par exemple, la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 a étendu le champ d'application de l'aide juridictionnelle au règlement amiable des conflits avant la saisine du juge. La loi d'orientation et de

être également octroyée pour une procédure avant tout contentieux : pour parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance ou à un accord conclu dans le cadre d'une procédure participative. Toutefois en cas d'une éventuelle médiation de groupe extrajudiciaire, comme pour toute procédure extrajudiciaire nécessitant l'assistance d'un avocat, le bénéficiaire relèvera de l'aide à l'accès au droit⁷⁶⁸.

Sont éligibles à l'aide juridictionnelle, les personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes⁷⁶⁹ ainsi que les personnes morales à but non lucratif ayant leur siège en France et ne disposant pas de ressources suffisantes⁷⁷⁰. Sont également pris en compte, les ressources de toutes les personnes vivant habituellement au foyer du demandeur à l'aide juridictionnelle, des éléments extérieurs du train de vie ainsi que de l'existence de biens meubles ou immeubles, qu'ils produisent ou non des revenus, sous réserve qu'ils puissent être vendus ou gagés sans entraîner un trouble grave sur la situation du demandeur. Le bénéfice de l'aide juridictionnelle est écarté lorsque le demandeur à l'aide juridictionnelle bénéficie d'une assurance de protection juridique ou d'un système de protection prenant en charge les frais couverts par l'aide juridictionnelle. Une association et plus particulièrement l'une des associations pouvant introduire une action de groupe, remplit cette condition si ses ressources sont insuffisantes. Toutefois l'aide juridictionnelle peut être accordée à titre exceptionnel aux personnes dont les ressources excèdent le plafond si « leur situation apparaît particulièrement digne d'intérêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles du procès »⁷⁷¹. Mme Azar-Baud a discuté de la compatibilité de cette condition avec l'action de groupe⁷⁷². Elle s'est ainsi interrogée sur le point de savoir si une action de groupe peut être considérée comme une situation particulièrement digne d'intérêt au regard de l'objet du litige et des charges

programmation pour la justice du 9 septembre 2002 a dispensé les victimes des crimes les plus graves d'avoir à justifier de leurs ressources pour bénéficier de l'aide juridictionnelle.

⁷⁶⁸ Articles 53 à 64-2 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

⁷⁶⁹ Leurs ressources doivent être inférieures à un plafond revalorisé au 1^{er} janvier de chaque année selon la branche la plus basse du barème de l'impôt sur le revenu.

⁷⁷⁰ Il en va de même pour les « syndicats des copropriétaires d'immeubles soumis à la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, lorsque l'immeuble fait l'objet d'un plan de sauvegarde en application de l'article L. 615-1 du Code de la construction et de l'habitation, ou lorsqu'un administrateur provisoire est désigné en application de l'article 29-1 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 précitée, pour l'exercice des actions de recouvrement des créances tant en demande qu'en défense » (article 2 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique).

⁷⁷¹ Article 3, alinéa 3, de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

⁷⁷² M.-J. Azar-Baud, *op. cit.*, n° 4.

prévisibles du procès. Certes l'aide juridictionnelle n'a pas été conçue pour les actions collectives. Néanmoins, comme l'a analysé Mme Azar-Baud⁷⁷³, la dissociation entre l'association demanderesse et les titulaires des droits subjectifs en jeu permettrait de déduire que par l'expression « leur situation », l'article 3, alinéa 3, de la loi du 10 juillet 1991 fait référence non seulement aux associations mais aussi aux victimes du comportement reproché au professionnel. Les ressources des associations peuvent être insuffisantes pour mener une action de groupe. S'il est vrai qu'elles peuvent mener certaines activités lucratives comme la vente de revues ou encore recevoir des subventions de l'Etat ainsi que les cotisations individuelles de leurs membres, les fonds de l'association sont exclusivement réservés à son activité⁷⁷⁴ en vue de la défense des intérêts des consommateurs. La situation des victimes du comportement reproché paraît ainsi être digne d'intérêt, comme l'a relevé Mme Azar-Baud⁷⁷⁵, au regard du caractère massif de la violation des droits des membres du groupe, dans la mesure où ces victimes n'auraient pas agi isolément au regard de la balance entre les coûts du procès et le montant individuel en cause. Les associations agréées, répondant aux critères de l'action de groupe, pourraient donc solliciter le bénéfice de l'aide juridictionnelle, sous réserve d'établir l'intérêt particulier au regard de l'objet du litige, donc de démontrer l'objectif visé par l'action de groupe ainsi que ce qu'elle est susceptible d'apporter⁷⁷⁶. En outre, certaines actions de groupe peuvent nécessiter l'intervention d'un expert, dont le coût peut être dissuasif pour l'association.

Une autre condition conditionne l'octroi de l'aide juridictionnelle : l'action qui est exercée ou dont l'exercice est envisagée⁷⁷⁷, ne doit pas paraître « manifestement, irrecevable, dénuée de fondement ou abusive en raison notamment du nombre des demandes, de leur caractère répétitif ou systématique »⁷⁷⁸. L'association demanderesse à

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ La réalisation et la diffusion de communications ou encore l'organisation de réunions d'information et de permanences.

⁷⁷⁵ M.-J. Azar-Baud, *op. cit.*

⁷⁷⁶ Ainsi que l'a suggéré Mme Azar-Baud dans son article précité, cela peut viser l'effectivité des droits des membres du groupe ou l'effectivité du système judiciaire par la réduction des coûts du procès ou encore le renforcement de la sécurité juridique que le jugement statuant sur la responsabilité du professionnel dans le cadre de l'action de groupe, pourrait apporter.

⁷⁷⁷ L'aide juridictionnelle peut être sollicitée avant ou pendant l'instance (article 18 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991).

⁷⁷⁸ Le défendeur à l'action, la personne civilement responsable, le témoin assisté, la personne mise en examen, le prévenu, l'accusé, le condamné et la personne faisant l'objet d'une procédure de comparution

l'action de groupe pourra faire valoir le fait du professionnel constitutif d'un manquement à une obligation légale ou contractuelle, ainsi que la loi violée.

Le dépôt de la demande d'aide juridictionnelle par l'association aura pour effet d'interrompre le délai de prescription (article 38 du décret d'application n° 91-1266 du 19 décembre 1991).

Les associations devront veiller à l'exactitude de leurs déclarations et à ce que la procédure pour laquelle elles sollicitent l'octroi de l'aide juridictionnelle ne soit pas abusive ou dilatoire, sous peine de se voir retirer le bénéfice de l'aide juridictionnelle⁷⁷⁹.

Présentée ainsi l'aide juridictionnelle paraît être la panacée aux difficultés de financement de l'action de groupe. Toutefois ce remède ne paraît plus en être un dans la mesure où l'aide juridictionnelle n'est pas systématiquement accordée à l'association demanderesse qui en fait la demande, si elle ne remplit pas les conditions décrites ci-dessus. La situation se complexifie quelque peu lorsque l'aide juridictionnelle est accordée non pas à un taux de 100 % mais à un taux partiel⁷⁸⁰.

Quant aux frais et dépens⁷⁸¹, ils ne permettent pas de mettre à la charge de la partie perdante l'ensemble des frais du procès. Ils correspondent à une partie des frais de procédure exposés à l'occasion d'une instance⁷⁸². A côté de ces frais, figurent les frais

sur reconnaissance préalable de culpabilité, sont dispensés de remplir cette condition (article 7, alinéas 1 et 2 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991). En outre, le demandeur au pourvoi, candidat à l'aide juridictionnelle, se verra refuser le bénéfice de l'aide juridictionnelle si « aucun moyen de cassation sérieux ne peut être relevé » (article 7, alinéa 3).

⁷⁷⁹ Article 50 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

⁷⁸⁰ M.-J. Azar-Baud, *op. cit.*, n° 8.

⁷⁸¹ Articles 695 à 699 du Code de procédure civile, article L. 761-1 du Code de justice administrative.

⁷⁸² Énumérés par l'article 695 du Code de procédure civile, les dépens incluent les droits de timbre et d'enregistrement, les droits de greffe en matière commerciale, les frais de traduction des actes lorsque leur traduction est prescrite par la loi ou par un engagement international, les indemnités des témoins, les rémunérations des techniciens, les débours tarifés c'est-à-dire le remboursement à un avocat ou à officier ministériels de débours qui sont payés en plus des émoluments et qui sont tarifés, les émoluments des officiers publics ou ministériels (huissiers de justice, commissaires-priseurs judiciaires, notaires, administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs), la rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée et que leur ministère est obligatoire (en ce compris, les droits de plaidoirie), les frais occasionnés par la notification d'un acte à l'étranger, les frais d'interprétariat et de traduction rendus nécessaires par les mesures d'instruction effectuées à l'étranger à la demande du juge dans le cadre du

irrépétibles⁷⁸³ qui sont définis comme tous les frais qui ne sont pas inclus dans les dépens. La condamnation aux frais irrépétibles, tout comme son montant, relève de la libre appréciation du juge qui doit prendre en compte l'équité ou la situation économique de la partie condamnée⁷⁸⁴. Encore faut-il que les parties sollicitent le bénéfice d'une indemnité au titre des frais irrépétibles. Le juge dispose ici d'un large pouvoir d'appréciation. Il doit prendre en compte la réalité du travail fourni par l'association et son conseil juridique. L'ampleur de ce travail dépend naturellement de la difficulté de la preuve de la responsabilité de l'entreprise et de la taille du groupe des victimes. Or, comme l'a justement remarqué une doctrine éminente, « les juges connaissent mal la réalité du coût de fonctionnement d'un cabinet et, partant, n'évaluent pas à leur juste valeur les frais irrépétibles pour condamner la partie qu'ils déterminent à des indemnités peu élevées »⁷⁸⁵. Une réforme des frais irrépétibles telle que proposée par le rapport Perben⁷⁸⁶ pourrait apporter une partie de la solution au financement de l'action de groupe en ce qu'il propose de rapprocher le montant des condamnations du montant des honoraires facturés et justifiés sur présentation des factures.

En cas de refus d'aide juridictionnelle ou d'admission partielle à l'aide juridictionnelle, il restera à la charge de l'association un honoraire complémentaire au profit de l'avocat ou un émolument au profit des officiers publics et ministériels qui prêtent leur concours⁷⁸⁷.

En cas d'admission à l'aide juridictionnelle, l'avocat pourra renoncer à percevoir la rétribution due par l'Etat et solliciter le remboursement de ses frais par la

règlement n° 1206/2001/CE du Conseil du 28 mai 2001, les enquêtes sociales ordonnées en application des articles 1072, 1171 et 1221 du Code de procédure civile, la rémunération de la personne désignée par le juge pour entendre le mineur en application de l'article 388-1 du Code civil, et les rémunérations et frais afférents aux mesures, enquêtes et examens requis en application de l'article 1210-8 du Code de procédure civile.

⁷⁸³ Article 700 du Code de procédure civile, article L. 761-1 du Code de justice administrative.

⁷⁸⁴ Par exemple, sont considérés comme des frais irrépétibles, les honoraires d'avocat. Même réglementée, ces derniers ne sont pas compris dans les dépens (Civ. 2^e, 2 mars 2000, pourvoi n° 97-21.101, *Bull. civ.* n° 39).

⁷⁸⁵ L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès* [2010], 2^e éd., PUF (collection Thémis), Paris, août 2013, n° 131.

⁷⁸⁶ Dominique Perben, *Rapport relatif à l'avenir de la profession d'avocat*, juillet 2020.

⁷⁸⁷ Article 24, alinéa 2, de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991. L'honoraire complémentaire est fixé conformément à l'article 35 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, par une convention d'honoraires avec l'avocat.

partie adverse⁷⁸⁸. Donc l'admission à l'aide juridictionnelle ne signifie pas nécessairement une charge pour l'Etat. Toutefois, potentiellement ajouter des charges à l'Etat ne semble pas être une idée des plus heureuses eu égard au déficit qu'on lui connaît, en particulier des charges dont une partie au procès peut être responsable. Comme l'a proposé Mme Azar-Baud⁷⁸⁹, le défendeur à l'action de groupe dont la responsabilité est retenue devrait être également condamné aux dépens, d'autant plus que les fonds reçus par l'association, en vertu de son mandat aux fins d'indemnisation, reviennent aux membres du groupe dont les préjudices sont réparés. L'avancement des frais du procès par l'association est, on l'a dit, un frein à l'essor de l'action de groupe. En outre, si l'association perd le procès, même si elle bénéficie de l'aide juridictionnelle, elle peut être condamnée aux dépens et donc supporter la charge des frais exposés par l'adversaire. Ce risque peut dissuader l'association d'exercer l'action de groupe. Mme Azar-Baud a suggéré de repenser ce point de l'action de groupe afin de dispenser l'association d'être condamnée aux dépens, sauf en cas de mauvaise foi⁷⁹⁰.

Le système actuel des dépens et des frais irrépétibles apparaît donc incompatible avec les actions de groupe.

Mme Azar-Baud a émis deux idées afin de pallier à cette incompatibilité, s'inspirant de l'article 15 du Code modèle des procès collectifs pour l'Ibéro-Amérique. Elle a proposé que la partie défenderesse perdante assume l'ensemble des frais et dépens sauf en cas de mauvaise foi avérée de la partie adverse. En cas de mauvaise foi, le juge pourrait condamner la partie coupable de mauvaise foi au remboursement des dépens et frais irrépétibles ainsi qu'au double des frais, indépendamment d'éventuels dommages et intérêts en réparation des préjudices. C'est ce que semble aussi proposer la directive européenne du 25 novembre 2020⁷⁹¹ qui pose le principe *loser pays principle*. Elle a également suggéré qu'il soit prévu que la partie demanderesse à l'action de groupe

⁷⁸⁸ L'avocat pourra faire une telle demande dans ses conclusions sur le fondement d'une combinaison entre l'article 37 de la loi du 10 juillet 1991 et de l'article 700 du Code de procédure civile ou de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

⁷⁸⁹ M.-J. Azar-Baud, *op. cit.*, n° 8.

⁷⁹⁰ M.-J. Azar-Baud, *op. cit.*, n° 9.

⁷⁹¹ Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2000/22/CE.

n'avance aucun frais. Ces deux suggestions apparaissent effectivement justifiées compte tenu du caractère fondamental du droit d'agir et de l'aide juridictionnelle⁷⁹². Ainsi que l'a expliqué Mme Azar-Baud⁷⁹³, l'aide juridictionnelle et le droit d'agir sont intimement liés dans la mesure où tous deux participent de l'accès à la justice.

Le Rapport de l'Assemblée Nationale du 11 juin 2020 a également plaidé en faveur d'une réforme des frais irrépétibles afin de permettre un remboursement plus complet des frais engagés par l'association : elle consisterait en une obligation de motivation par le juge de sa décision de refuser d'allouer une indemnité au titre des frais irrépétibles ou d'allouer une somme inférieure aux frais engagés par l'association⁷⁹⁴.

Une autre piste envisagée par le Rapport du 11 juin 2020 est la création d'un fonds de financement des actions de groupe, à l'instar du Fonds d'aide des recours collectifs au Québec⁷⁹⁵. L'action de groupe québécoise, de type *opt out*, aboutit parfois à l'apparition d'un reliquat correspondant aux sommes versées par le défendeur mais non réclamées par les membres qui y ont droit. Une partie variable de ce reliquat est attribuée au Fonds d'aide des recours collectifs. Toutefois la création de ce fonds, génératrice de nouvelles dépenses publiques de gestion, ne paraît pas satisfaisante dans un contexte de maîtrise des dépenses publiques.

2. L'ouverture de l'action de groupe à d'autres personnes

Une autre difficulté à l'origine du bilan peu satisfaisant de l'action de groupe⁷⁹⁶ provient du nombre restreint des titulaires de l'action de groupe. La loi du

⁷⁹² L'aide juridictionnelle peut paraître comme un droit fondamental dont d'autres droits fondamentaux peuvent dépendre, tel que le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable (article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme), et le droit à l'octroi d'un recours effectif devant une juridiction nationale en cas de violation des droits et libertés reconnus par la Convention (article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme). Le caractère fondamental de l'aide juridictionnelle est notamment consacré par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en son article 47, alinéa 3.

⁷⁹³ M.-J. Azar-Baud, *op. cit.*, n° 13.

⁷⁹⁴ Rapport d'information présenté par Ph. Gosselin et L. Vichniewsky, le 11 juin 2020, p. 57.

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ Seules 21 actions de groupe ont été introduites depuis 2014 (« Bilan et perspectives des actions de groupe », Rapport d'information présenté par Ph. Gosselin et L. Vichniewsky, 11 juin 2020, p. 13).

17 mars 2014⁷⁹⁷ a réservé l'exercice de l'action de groupe en droit de la consommation aux seules associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées. Puis la loi du 26 janvier 2016⁷⁹⁸ a étendu l'exercice de l'action de groupe aux associations agréées d'usagers du système de santé. L'action de groupe a également été ouverte par la loi du 18 novembre 2016⁷⁹⁹ aux associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte⁸⁰⁰, sous réserve des dispositions spécifiques aux domaines dans lesquels l'action de groupe est ouverte⁸⁰¹. A ce jour, seules quinze associations sont titulaires de l'action de groupe. Seules les cinq associations les plus importantes⁸⁰² ont à ce jour introduit des actions de groupe. Cette ouverture restrictive des titulaires de l'action de groupe avait pour but de prévenir les abus qui exposeraient les professionnels à d'éventuelles actions déloyales par leurs concurrents au travers d'associations nouvellement créées. Toutefois, cette ouverture restrictive a été au contraire perçue comme un frein à l'exercice de l'action de groupe⁸⁰³ car les associations titulaires préfèrent mettre en avant un dossier plutôt qu'un autre pour des raisons de coûts, d'image ou encore de politique. En outre, le financement de l'action de groupe n'est pas la cause exclusive du bilan peu satisfaisant de l'action de groupe. Lorsqu'il s'agit de sélectionner un dossier plutôt qu'un autre, les associations demeurent guidées par leur objet. Comme l'a souligné M. Jean-Baptiste Allard, lors de son audition par la Commission des lois de l'Assemblée Nationale⁸⁰⁴, il est naturel que lorsque les associations sélectionnent un dossier, elles privilégient les sujets qu'elles maîtrisent le mieux ; ce qui a pour conséquence « de laisser sans représentation des personnes dont les intérêts méritent pourtant d'être défendus »⁸⁰⁵.

⁷⁹⁷ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

⁷⁹⁸ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

⁷⁹⁹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

⁸⁰⁰ Article 63 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

⁸⁰¹ En matière de discriminations professionnelles, l'action de groupe est également ouverte aux organisations syndicales ayant fait preuve de leur représentativité au niveau national, de la branche ou de l'entreprise.

⁸⁰² L'association UFC-Que choisir, l'association Familles rurales, l'association Consommation, Logement, Cadre de Vie (CLCV), l'association CNL et l'association SLC-CSF (syndicat du logement et de la consommation).

⁸⁰³ « Bilan et perspectives des actions de groupe », Rapport d'information présenté par Ph. Gosselin et L. Vichniewsky, Assemblée Nationale, 11 juin 2020, p. 44-45.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ *Ibid.*

Plusieurs propositions ont été suggérées pour ouvrir l'exercice de l'action de groupe à d'autres acteurs du droit. La récente directive (UE) 2020/1828 du 25 novembre 2020 sur les actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs s'est également prononcée en faveur de l'ouverture des titulaires de l'action de groupe, en dépit du risque du *law and forum shopping*⁸⁰⁶.

Il a été suggéré en premier lieu d'ouvrir l'action de groupe aux avocats. L'ouverture de la qualité à exercer l'action de groupe, aux avocats avait été rejetée d'office avec le modèle des *class actions* américaines. Pourtant contrairement aux avocats américains, les modalités de rémunération des avocats français sont sérieusement encadrées⁸⁰⁷. Les honoraires de l'avocat doivent être fixés en accord avec le client. Une convention d'honoraires doit être établie, précisant notamment le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles ainsi que les divers frais et débours envisagés. Ils doivent tenir compte de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci. La rémunération de l'avocat dépend notamment du temps consacré à l'affaire, du travail de recherche, de la nature et de la difficulté de l'affaire, de l'importance des intérêts en cause, de l'incidence des frais et charges du cabinet auquel il appartient, de sa notoriété, de ses titres, de son ancienneté, de son expérience et de la spécialisation dont il est titulaire, des avantages et du résultat obtenus au profit du client par son travail ainsi que du service rendu à celui-ci, ainsi que de la situation de fortune du client⁸⁰⁸. L'avocat devra informer son client, au cours de sa mission, de l'évolution du montant de ces honoraires, frais, débours et émoluments. Il peut convenir avec son client des honoraires forfaitaires. Toute fixation d'honoraires uniquement en fonction du résultat est strictement interdite⁸⁰⁹. En revanche, il n'est pas exclu que la convention d'honoraires prévoit, outre la rémunération des prestations effectuées, la fixation d'un honoraire complémentaire en fonction du résultat ou du service rendu. Est également

⁸⁰⁶ Cyril Nourissat, « Directive européenne "actions représentatives" : *Ehh, What's up Doc ?* », *Procédures* n° 3, mars 2021, Repère, p. 3.

⁸⁰⁷ Article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, articles 27 à 29 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, articles 174 à 179 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, articles 10 à 13 et 19 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005, article 3 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, et articles 9.3, 11, 16.2, alinéas 2 et 3, 18.7, 19.4.2, alinéas 1 et 2, 21.3 à 21.3.7 et 21.5.7 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat.

⁸⁰⁸ Article 11 du Règlement intérieur national à la profession d'avocat.

⁸⁰⁹ L'interdiction du pacte de *quota litis* a été précédemment évoquée : voir *supra*, p. 149.

interdite la rémunération d'apports d'affaires⁸¹⁰ : l'avocat ne pourra pas rémunérer une personne qui n'a pas la qualité d'avocat, que ce soit directement ou indirectement tel que par le versement de commissions⁸¹¹. L'avocat ne pourra pas non plus partager un honoraire, notamment sous la forme de répartition de charges, avec des personnes physiques ou morales qui ne sont pas avocats. On est donc bien loin du système des rémunérations des avocats américains. Les rémunérations des avocats français sont sérieusement encadrées et la profession d'avocat répond de principes fondamentaux et de garanties protectrices des intérêts des justiciables. Pour autant l'exercice de l'action de groupe a été refusée aux avocats, le législateur suivant là l'avis du Conseil national de la consommation du 4 décembre 2012⁸¹². Ils pourront assister l'association, dans la deuxième phase de l'action de groupe, sous réserve de l'accord du juge, pour la réception des demandes d'indemnisation des membres du groupe et la représentation des consommateurs auprès du professionnel.

Il a été suggéré en deuxième lieu d'ouvrir la qualité à agir de l'action de groupe à un plus grand nombre d'associations. Le Rapport d'information présenté par M. Philippe Gosselin et Mme Laurence Vichniewsky, le 11 juin 2020⁸¹³, proposait d'ouvrir l'exercice de l'action de groupe aux associations dont l'objet social inclut l'objet du litige et qui sont régulièrement déclarées depuis au moins deux ans à la date de l'assignation ainsi qu'aux associations *ad hoc* composées d'au moins cinquante personnes physiques ou d'au moins dix entreprises constituées sous la forme de personnes morales et ayant au moins deux ans d'existence.

Il a également été proposé d'étendre la qualité à agir à des organismes publics

⁸¹⁰ Article 10 du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat ; article 11.3 et 21.5.4 du Règlement intérieur national à la profession d'avocat.

⁸¹¹ Par exemple, doit être sanctionné l'avocat qui facturait au salarié d'une société, client de son cabinet, des notes « d'introduction commerciales » (Conseil de discipline de Paris, arr. n° 224339, 23 juillet 2012). Il en va de même pour l'avocat qui exerçait dans les mêmes locaux qu'un apporteur d'affaires non avocat, pour le compte duquel il établissait des promesses de vente portant sur des biens immobiliers dépendant d'une succession dont il déclarait avoir la charge du règlement juridique, et que l'apporteur d'affaires faisait ensuite signer à des acquéreurs potentiels (Conseil de discipline de Paris, arr. n° 218892, 10 avril 2012).

⁸¹² Avis du Conseil national de la consommation du 4 décembre 2012. Ce choix avait été dénoncé par l'Assemblée générale du Conseil National des Barreaux (CNB) des 24 et 25 mai 2013, au nom des principes fondamentaux de libre accès à la justice et de la liberté d'association.

⁸¹³ « Bilan et perspectives des actions de groupe », Rapport d'information présenté par Ph. Gosselin et L. Vichniewsky, Assemblée Nationale, 11 juin 2020, p. 45-46.

et des personnes publiques chargées de la défense des consommateurs d'exercer une action de groupe, telles que la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ou encore le Ministère public. Interrogée sur l'opportunité d'une telle ouverture, la DGCCRF a rappelé qu'elle était avant tout une autorité de contrôle ayant pour objectif de veiller à la bonne application des règles, alors que l'action de groupe avait d'abord et avant tout été conçue comme une action en réparation⁸¹⁴.

3. Une meilleure indemnisation des victimes

L'amélioration de l'indemnisation des victimes pourrait passer par une meilleure identification des victimes (a) d'une part et par une réparation plus complète des préjudices subis (b).

a. Une meilleure indemnisation par une meilleure identification des victimes

Les associations de consommateurs ont dénoncé les difficultés qu'elles rencontraient pour identifier les consommateurs lésés en vue de former le groupe et quantifier les préjudices. Elles ne sont pas supposées faire de la publicité autour de l'action de groupe introduite avant que le juge n'ait statué sur la responsabilité du professionnel et sur le groupe de consommateurs concernés. Les consommateurs devront alors manifester leur volonté d'adhérer au groupe après que les mesures de publicité aient été prises pour les en informer.

Pour pallier ces difficultés d'identification des futurs membres du groupe, il pourrait être envisagé de mettre en place une procédure suivant laquelle les consommateurs devront manifester leur volonté d'adhérer au groupe avant le prononcé du jugement statuant sur la responsabilité. Une telle procédure suppose qu'une certaine publicité autour de l'action de groupe ait été faite avant le jugement. Or une publicité

⁸¹⁴ *Ibid.*

prématurée, avant que le juge ne se prononce sur la responsabilité du professionnel, est, on l'a vu, de toute évidence préjudiciable pour le professionnel, portant atteinte à son image⁸¹⁵.

Dans une procédure d'action de groupe de type *opt out*, les consommateurs devront au contraire manifester leur volonté de s'exclure du groupe. Un tel système a pour avantage de permettre à l'association d'agir au nom de tous sans avoir à supporter les frais d'une recherche exhaustive de mandats. Toutefois comme il l'a été précédemment exposé⁸¹⁶, le principe « nul ne plaide par procureur » s'oppose à une telle procédure en droit français. En outre le jugement a obtenu l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous les membres du groupe qui ne pourront plus s'en exclure une fois devenu définitif. Le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité de l'article 29 de la loi du 2 août 1989 modifiant le Code du travail, prévoyant que les salariés doivent être avertis par lettre recommandée avec accusé de réception d'une action en justice initiée par un syndicat en défense de leurs intérêts pour s'y opposer, sous la réserve que « soient contenues dans la lettre adressée à l'intéressé toutes précisions utiles sur la nature et l'objet de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit à lui reconnu de mettre un terme à tout moment à cette action ; que l'acceptation tacite du salarié ne peut être considérée comme acquise qu'autant que le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre comportant les mentions sus-indiquées »⁸¹⁷. Le système de l'*opt out* ne permet pas de s'assurer que toutes les victimes non identifiées aient bien été individuellement informées de l'existence d'une action de groupe.

Une autre piste pour permettre une meilleure identification des victimes pourrait être de faciliter la communication de pièces par le professionnel, en particulier d'un fichier client. Par exemple en droit de la consommation, l'association pourra requérir auprès du juge de la mise en état la communication forcée par le professionnel de ses

⁸¹⁵ V. *supra*, p. 277.

⁸¹⁶ Sur le principe « nul ne plaide par procureur », voir *supra*, p. 238.

⁸¹⁷ Cons. Const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, à *propos de la loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, considérant 26 ; *Rec. Cons. const.* 59 ; *Dr. soc.* 1989. 627 ; *AJDA* 1989. 796, note Fl. Benoit-Röhmer.

fichiers clients dans le but de solliciter la transformation de l'instance en procédure d'action de groupe simplifiée⁸¹⁸. Une telle demande est susceptible de porter une atteinte disproportionnée au secret des affaires. Toutefois le juge pourra limiter la communication à certaines informations du fichier client ; ce qui pourrait limiter l'atteinte portée au secret des affaires, sous réserve qu'elle soit strictement nécessaire et proportionnée aux buts poursuivis⁸¹⁹. L'association pourra solliciter également la désignation d'un expert ou d'un huissier chargé de vérifier l'exactitude et l'exhaustivité des informations communiquées, ce qui engendrera des coûts procéduraux supplémentaires. Le rapport de l'Assemblée Nationale du 11 juin 2020 a plaidé en faveur d'une publicité de l'action de groupe afin de faciliter l'identification du nombre de consommateurs lésés et quantifier le montant du préjudice⁸²⁰. A cette fin, il a été suggéré la mise en place d'un registre des actions de groupe, qui pourrait être tenu par l'administration, le ministère de la Justice et par le Conseil national des barreaux. Semblable à celui en place au Canada depuis le 1^{er} janvier 2009, il listerait l'ensemble des actions de groupe en cours et permettrait aux victimes de vérifier si elles sont concernées par une action de groupe.

Sur proposition de Maître Emmanuel Raskin, Président de l'association Avocats, ensemble-ACE, le rapport de l'Assemblée Nationale a proposé d'ouvrir le groupe de l'action de groupe aux personnes morales par l'intermédiaire de l'association. Les personnes morales peuvent également être victimes des pratiques des professionnels. En matière d'environnement, elles peuvent déjà se joindre à une action de groupe⁸²¹. Les autres actions de groupe n'incluent pas les personnes morales parmi les victimes pouvant se joindre à l'action de groupe. En droit de la consommation l'action de groupe ne peut bénéficier qu'aux consommateurs. Or seules les personnes physiques peuvent être qualifiées de consommateurs. En matière de santé, l'action de groupe ne peut profiter qu'aux usagers du système de santé, qualification que ne peut recevoir une personne

⁸¹⁸ Articles L. 623-14 à L. 623-17 du Code de la consommation.

⁸¹⁹ CA Paris, 31 octobre 2014, RG n° 14/19335, *Direct Energie c/ GDF Suez et autres* : la cour d'appel a confirmé la communication forcée de certaines informations d'un fichier clients spécifique de la société GDF Suez

⁸²⁰ « Bilan et perspectives des actions de groupe », Rapport d'information présenté par Ph. Gosselin et L. Vichniewsky, Assemblée Nationale, 11 juin 2020, p. 50.

⁸²¹ L'article L. 142-3-1 du code de l'environnement n'opère pas de distinction entre les victimes et fait simplement référence à des « personnes placées dans une situation similaire subissant [sic] des préjudices résultant d'un dommage dans les domaines mentionnés à l'article L. 142-2 du présent code [Code de l'environnement] ».

morale. Dans le domaine de la lutte contre les discriminations, la loi du 27 mai 2008 réserve l'action de groupe à la « personne » qui a été traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est ou ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable, en raison « de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée »⁸²². Dans la protection des données personnelles, le champ d'application du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 et de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, est limité aux données personnelles des seules personnes physiques.

Une meilleure indemnisation des victimes pourrait donc passer par une inclusion des personnes morales parmi les victimes et donc l'ouverture de l'action de groupe tant aux personnes morales de droit public, à l'exclusion de l'Etat, qu'aux personnes morales de droit privé, toujours par l'intermédiaire de l'association, comme le propose le rapport de l'Assemblée Nationale du 11 juin 2020⁸²³.

b. Une réparation plus complète des préjudices subis

La quantification des préjudices indemnissables ne pose pas en soi de difficulté dans la mesure où plusieurs solutions existent pour permettre une évaluation des préjudices sans recourir à un examen individuel des situations⁸²⁴. Les préjudices réparés par l'action de groupe varient en fonction du domaine concerné par l'action de groupe.

⁸²² Article 10 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

⁸²³ « Bilan et perspectives des actions de groupe », Rapport d'information présenté par Ph. Gosselin et L. Vichniewsky, Assemblée Nationale, 11 juin 2020, p. 46-48.

⁸²⁴ Par exemple, l'évaluation forfaitaire.

En droit de la consommation, peuvent être réparés les préjudices individuels résultant d'un dommage matériel. En matière d'environnement, l'action de groupe vise à réparer les préjudices matériels et corporels. En matière de santé, les préjudices réparés sont ceux résultant d'un dommage corporel des usagers du système de santé. En matière de discrimination, il s'agit des préjudices individuels, matériels et moraux. Dans le domaine de la protection des données personnelles, l'action de groupe vise à indemniser les préjudices matériels et moraux. Cette différence dans la réparation des dommages est difficilement justifiable.

Les personnes auditionnées par la Commission s'accordent pour l'indemnisation de l'ensemble des préjudices subis par les membres du groupe de l'action de groupe, quelle que soit leur nature. M. François Molins, Procureur général près la Cour de cassation, a proposé une unification des préjudices indemnifiables, d'englober tout préjudice homogène subi par les membres du groupe, quelle que soit leur nature⁸²⁵.

4. Réformer la procédure de l'action de groupe en vue de la réduction des délais de jugement

Il a pu être reproché à l'action de groupe sa durée trop longue. Par exemple l'association CLCV a introduit, le 28 octobre 2014, devant le tribunal de grande instance de Nanterre, une action de groupe à l'encontre de la société Axa France vie et l'association générale interprofessionnelle de prévoyance et d'investissement (AGIPI), lui reprochant le non-respect d'un taux garanti sur une assurance vie. Son action de groupe concerne 100 000 personnes. Les défendeurs ont soulevé un incident afin de voir déclarer nulle l'assignation en ce que n'y serait pas suffisamment explicité le cas de chacun des adhérents inclus dans le groupe visé. Leur demande a été rejetée en première instance par le juge de la mise en état, dans une ordonnance du 8 janvier 2016, puis par la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 3 novembre 2016 et enfin par la Cour de cassation, dans un arrêt du 27 juin 2018. Cette procédure est toujours en attente d'un premier jugement sur le fond. Ainsi sept ans après l'introduction de l'action de groupe, aucune décision

⁸²⁵ « Bilan et perspectives des actions de groupe », Rapport d'information présenté par Ph. Gosselin et L. Vichniewsky, Assemblée Nationale, 11 juin 2020, *op. cit.*

statuant sur la responsabilité du professionnel n'a pour l'instant été rendue. La procédure de l'action de groupe s'est révélée à l'exercice être très longue. Or la justice n'est pas équipée en termes de moyens pour faire face à des actions de groupe. Et le traitement d'un très grand nombre de recours allonge d'autant plus la procédure⁸²⁶. Cette durée très importante présente un risque au regard de la conservation des preuves. Par exemple en matière de droit de la consommation, le consommateur victime devra avoir conservé sa facture ou son ticket de caisse pendant plusieurs années, pour notamment justifier de sa qualité de membre du groupe, jusqu'à ce que l'adhésion du groupe lui soit ouverte, donc après qu'un jugement ayant retenu la responsabilité du professionnel ait été rendu. Or le plus souvent, ce jugement n'interviendra que bien des années après l'introduction de l'action de groupe. En outre, il convient d'inclure dans cette estimation, la durée d'une éventuelle médiation avec le professionnel. En cas d'échec de la médiation, l'association introduira une action de groupe auprès du tribunal judiciaire compétent et la durée de la médiation viendra alors s'ajouter à celle de la première phase de l'action de groupe. La durée de cette première phase est d'autant plus susceptible d'être allongée par le nombre d'incidents qui pourraient être soulevés⁸²⁷.

Plusieurs pistes ont été suggérées pour réduire la durée de l'action de groupe.

a. La suppression de la mise en demeure

La suppression de la mise en demeure est une première piste⁸²⁸. Depuis la loi du 18 novembre 2016⁸²⁹, une mise en demeure est exigée préalablement à l'introduction de l'action de groupe. Sauf en matière de santé, l'association doit adresser une mise en

⁸²⁶ Par exemple, à propos de son action de groupe contre Google introduite en juin 2019, lui reprochant la collecte massive de données personnelles, l'association UFC-Que choisir avait estimé sa durée de sept à dix ans, pour qu'elle aboutisse (site Internet de l'association :

<https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-vie-privee-donnees-personnelles-action-de-groupe-contre-google-n68403/> [consulté le 19 juin 2021] ;

<https://www.quechoisir.org/decryptage-action-de-groupe-contre-google-vos-questions-nos-reponses-n68427/> [consulté le 19 juin 2021].

⁸²⁷ Comme ce fut le cas pour l'action de groupe introduite par l'association CLCV à l'encontre de la société Axa France Vie et l'association AGIPI le 28 octobre 2014 : une décision définitive sur l'incident soulevé par les défenderesses n'est intervenue que par un arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 2018.

⁸²⁸ « Bilan et perspectives des actions de groupe », Rapport d'information présenté par Ph. Gosselin et L. Vichniewsky, Assemblée Nationale, 11 juin 2020, p. 61.

⁸²⁹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle.

demeure au défendeur de cesser ou de faire cesser le manquement ou de réparer les préjudices subis. Elle ne pourra introduire l'action de groupe qu'après l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la mise en demeure. Ce délai est allongé à six mois en matière de discrimination professionnelle⁸³⁰. Cette formalité rallonge donc la durée de la procédure pendant laquelle le manquement du professionnel à une obligation légale ou contractuelle continuera à causer des dommages. Ce délai a pourtant pour objectif de permettre au professionnel de cesser une pratique dommageable et d'entamer des négociations avec l'association pour la réparation des préjudices causés, avant l'introduction de l'action de groupe. La pratique de l'action de groupe a révélé l'inopérance de cette formalité. Accepter de négocier peut donner une image de reconnaissance de culpabilité au professionnel. En réalité, ce délai permet simplement au professionnel de poursuivre son comportement dommageable⁸³¹. Il serait probablement judicieux de supprimer cette formalité préalable.

L'exemple de l'action de groupe de l'association CLCV à l'encontre de la société Axa France Vie et l'association AGIPI a révélé une autre piste d'amélioration : renforcer la compétence du juge de la mise en état. En l'espèce, les défendeurs avaient soulevé la nullité de l'assignation, lui faisant grief de ne pas suffisamment expliciter le cas de chacun des adhérents inclus dans le groupe visé, en violation de l'article R. 623-3 du Code de la consommation. Ils remettaient notamment en cause la représentativité des cas cités aux motifs que ne serait pas présentée la situation des bénéficiaires et que la diversité des situations contractuelles individuelles visées, à raison notamment de la diversité des conditions générales applicables, interdirait d'y voir un groupe. Bien que reconnaissant la régularité formelle de l'assignation qui visait au moins deux cas individuels, les textes utiles et exposait les moyens soulevés, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Nanterre avait rejeté l'incident soulevé par les défendeurs au motif qu'il ne lui appartenait pas de vérifier la recevabilité de l'action de groupe, ni son bien-fondé, et que la définition du groupe relevait du fond du droit. Sur appel de la société Axa France Vie et de l'association AGIPI, la cour d'appel de Versailles a confirmé

⁸³⁰ Article L. 1134-9 du Code du travail.

⁸³¹ En ce sens, interrogés sur cette formalité, Maître Savine Bernard, représentante du Syndicat des avocats de France, et Mme Françoise Kamara, doyenne de la première Chambre civile de la Cour de cassation (rapport d'information de l'Assemblée Nationale du 11 juin 2020, *op. cit.*).

la solution retenue par le juge de la mise en état⁸³². Elle a considéré que le seul rappel du déroulement de la procédure de l'action de groupe démontrait que la pertinence des cas individuels exposés dans l'assignation ne pouvait pas être examinée par le juge de la mise en état parce qu'elle constituait l'objet de la première phase de la procédure de l'action de groupe. Pour rappel, lors de la première phase de la procédure de l'action de groupe, le juge du fond examine tous les moyens de défense opposés par le professionnel à la mise en cause de sa responsabilité, à la définition du groupe à l'égard duquel sa responsabilité est engagée, aux critères de rattachement à ce groupe, aux préjudices susceptibles d'être réparés ainsi que leur montant. Les juges d'appel ont ainsi conclu que les moyens opposés par la société Axa France Vie et l'association AGIPI relatifs à la diversité des conditions générales applicables et à l'absence de représentativité des cas exposés constituaient des moyens de fond dont l'examen ne relevait pas de la compétence du juge de la mise en état. Cette analyse a été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 27 juin 2018⁸³³. La procédure de la mise en état peut donc s'avérer très longue, comme l'illustre cette action de groupe, avant que la première phase de l'action de groupe aboutisse à une première décision statuant sur la responsabilité du professionnel. Étendre la compétence du juge de la mise en état pourrait ainsi être une piste pour réduire la durée de la procédure. Dans le cadre d'une procédure d'action de groupe, le juge de la mise en état pourrait ordonner l'arrêt immédiat d'un manquement constaté dans le comportement du professionnel. Cette demande pourrait être formulée par l'association ou par le Ministère public. La décision du juge de la mise en état pourra être assortie de l'exécution provisoire. Le professionnel, quant à lui, pourra agir en référé devant la cour d'appel d'appel.

⁸³² CA Versailles, 3 novembre 2016, RG n° 16/00463 ; Benoît Javaux, « Action de groupe : libres propos autour de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 3 novembre 2016 », *D.* 2017. 630 ; X. Delpéch, « Action en justice – Action de groupe : compétence du juge de la mise en état », *JA* 2017, n° 558, p. 9.

⁸³³ « S'il revient au juge de la mise en état de vérifier que l'assignation délivrée sur le fondement de l'article L. 423-1 du code de la consommation, (...) expose expressément des cas individuels au sens de l'article R. 423-3, devenu R. 623-3 du même code, il ne lui appartient pas d'en apprécier la pertinence » (Civ. 1^{re}, 27 juin 2018, pourvoi n° 17-10.891, *Bull. civ.* n° 118 ; Véronique Legrand, « Les incertitudes procédurales de l'action de groupe », *LPA*, 23-24 août 2018, n° 169-170, p. 9 ; Stéphane Piedelièvre, « Action de groupe et nullité de l'assignation », *Gaz. Pal.*, 11 septembre 2018, p. 38 ; *CCC*, août 2018, comm. 163, note Sabine Bernheim-Desvaux ; *JCP E* 2018. 1475, note Malo Depincé et Daniel Mainguy).

b. Des juridictions spécialisées pour connaître des actions de groupe

Le Rapport de l'Assemblée Nationale du 11 juin 2020 propose de confier le contentieux des actions de groupe à des juridictions spécialisées. Cette proposition n'est pas nouvelle. Elle avait déjà été émise en 2009⁸³⁴ mais n'a pas été retenue par la loi du 12 mars 2014. Cette idée a ses partisans⁸³⁵. Comme l'ont suggéré M. Philippe Gosselin et Mme Laurence Vichniewsky, dans leur rapport du 11 juin 2020, le contentieux des actions de groupe pourrait être confié à un nombre limité de tribunaux spécialisés de taille suffisante, dont la liste serait fixée par décret.

c. Le renforcement du rôle du Ministère public

Ils ont également proposé de renforcer le rôle du Ministère public qui pourrait intervenir comme partie jointe à l'action de groupe⁸³⁶, en application de l'article 424 du code de procédure civile, pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication, dans certaines matières en raison de la nature des intérêts en jeu. Cette possibilité doit être expressément prévue par la loi⁸³⁷.

⁸³⁴ Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'action de groupe par MM. Laurent Béteille et Richard Yung, n° 499 (2009-2010), 26 mai 2010.

⁸³⁵ Interrogée à ce sujet, Mme Françoise Kamara a approuvé cette idée estimant que des juridictions spécialisées pourraient constituer « une voie efficace et raisonnable, en termes d'efficacité, d'harmonie et de sécurité de la jurisprudence, ainsi que d'organisation des services du greffe ». M. Jean-François de Montgolfier a considéré que cette piste pourrait se justifier dans des contentieux « peu nombreux et de haute technicité », comme c'est le cas en matière d'environnement de santé et de protection des données personnelles (Rapport d'information présenté par Ph. Gosselin et L. Vichniewsky, Assemblée Nationale, 11 juin 2020, p. 62).

⁸³⁶ Rapport de l'Assemblée Nationale, 11 juin 2020, *op. cit.*, p. 63.

⁸³⁷ En application des articles 424 et 425 du Code de procédure civile, le Ministère public est partie jointe dans les affaires dont il a la communication. Ces affaires sont celles relatives à la filiation, à l'organisation de la tutelle des mineurs, ainsi que des actions engagées sur le fondement des instruments internationaux et européens relatives au déplacement illicite international d'enfants, ainsi que les procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, des causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux et des procédures de faillite personnelle ou relative aux interdictions de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci, prévues par l'article L. 653-8 du Code de commerce.

Conclusion – L'examen du modèle de l'action de groupe adoptée par le législateur français révèle que l'on ne peut parler de transmission d'action en justice dans la figure de l'action de groupe, bien qu'elle puisse en renvoyer l'image dans certains de ses effets. L'action de groupe est une action propre à l'association, distincte de l'action en justice propre à la victime. Durant la phase préalable à l'adhésion de la victime au groupe, l'association exerce une action propre dont le résultat pourra profiter à la victime si elle adhère au groupe encore non identifié que l'association représente. Aucune trace de transmission d'action ou de ses effets à ce stade donc, dans la mesure où le résultat de l'action de groupe à ce stade consiste en l'obtention d'un jugement déclaratoire de responsabilité. Ce jugement fixe les critères d'appartenance au groupe de victimes, les modalités et délais d'adhésion au groupe, les préjudices qui devront être réparés par le professionnel, les modalités et délais d'indemnisation par le professionnel ainsi que les mesures d'information des victimes potentielles.

Ce n'est qu'une fois que la victime a adhéré au groupe, a donné son consentement à ce que l'association la représente dans l'exécution de ce jugement, que l'on pourrait discuter la présence d'une transmission d'action en justice. Dans cette seconde phase de l'action de groupe, en donnant mandat à l'association aux fins d'indemnisation, la victime reconnaît également qu'elle ne pourra pas rechercher de son côté la réparation des préjudices entrant dans le champ d'application du jugement. Une fois l'adhésion reçue, seule l'association sera recevable à rechercher la réparation des préjudices de la victime mandante et visés par le jugement déclaratoire de responsabilité. La victime, par son adhésion au groupe, renonce donc à exercer son action en justice au profit de l'association. La figure du mandat avait été précédemment examinée⁸³⁸. Le mandat n'opère pas de transfert en soi. A l'instar de l'hypothèse où la clause de transfert d'action est fondée sur la technique du mandat, le mandat aux fins d'indemnisation donné par la victime susceptible d'appartenir au groupe paraît consister en un simple mandat d'ester en justice dans la mesure où le résultat de l'action de groupe finira entre les mains de la victime qui aura manifesté sa volonté d'adhérer au groupe lésé et qui aura justifié de sa qualité de membre du groupe et que l'association requérante n'a pas vocation à en tirer un profit quelconque.

⁸³⁸ V. *supra*, p. 93.

Le résultat diffère quelque peu dans le cas du modèle de l'action de groupe de type *opt out*. Ce modèle de *class action* tel qu'il existe aux Etats-Unis et au Québec permet au demandeur de représenter un groupe de personnes indéterminées, à l'instar du modèle de l'action de groupe à la française et du modèle de l'*opt in*. Toute personne répondant aux critères du groupe sera réputée y adhérer si elles n'ont pas fait connaître leur volonté de s'en exclure avant l'expiration du délai fixé dans la décision statuant sur la recevabilité de l'action de groupe. L'action de groupe est donc, dans ce modèle d'*opt out*, une action dans laquelle sont invoqués des droits individuels mais diligentée par un représentant qui plaide sans mandat des titulaires des droits substantiels litigieux. Les membres du groupe se retrouveront liés par le jugement alors même qu'ils n'auront pas manifesté leur volonté de s'exclure du groupe. Le tribunal peut choisir une réparation collective des dommages et fixer dans le jugement le montant global du préjudice subi par le groupe et la répartition entre ses membres de la somme allouée. Les membres du groupe qui n'auront pas manifesté leur volonté de s'exclure, peuvent donc se retrouver dans la situation suivante dans laquelle une fois le délai d'opposition expiré, le jugement leur sera opposable, qu'ils le veulent ou non, que le montant, qui leur est alloué selon la répartition judiciairement décidée sans que le juge ait eu connaissance d'éléments spécifiques de leur créance, répare ou non entièrement les dommages qu'ils ont subi. Ils se retrouvent ainsi dessaisis en quelque sorte de l'exercice de leur action sans qu'ils n'aient manifesté leur volonté d'adhérer à l'action de groupe. Cette conséquence n'est pas sans rappeler les effets de la transmission d'une action en justice.

Conclusion générale – La transmission de l'action en justice est un « acte contre nature » en ce que cette opération transfère une action en justice, une chose qui n'est pas une chose, qui n'est pas considérée comme un élément du patrimoine de son titulaire. Pourtant l'examen du droit positif a démontré que le droit connaît des transmissions d'action en justice, que ce soit avec l'intervention de la volonté des parties ou en l'absence de tout contrat, que ce soit à titre accessoire ou à titre principal. Toutefois ces transmissions ont montré leurs limites. Elles ne permettent pas de transférer d'un titulaire à un autre l'ensemble des actions en justice dont il est titulaire. Le droit fondamental d'accès à un juge se dresse vent debout contre une telle opération. Ainsi une renonciation même expresse à exercer l'ensemble des actions en justice est impossible, que ces actions ne soient qu'une possibilité ou qu'une possibilité de possibilités, c'est-à-dire lorsque le droit subjectif auquel l'action est liée demeure incertain.

En l'absence de tout contrat, on l'a vu, l'action en justice peut se déplacer d'un titulaire à un autre par l'effet de la jurisprudence, au travers de l'action oblique, ou par l'effet de la loi, à l'occasion du décès de son titulaire.

Par l'action oblique, le créancier exerce les actions de son débiteur si ce dernier néglige l'exercice de ses droits, causant par là un préjudice au créancier. On ne retrouve pas ici de transmission à proprement parler puisque le débiteur n'a pas consenti à l'exercice par le créancier de ses actions à l'égard de son propre débiteur. On retrouve la transmission plutôt dans ses effets. En passant par la voie oblique, le créancier exerce une action dont le débiteur est titulaire. Cet exercice est restreint. Il ne saurait être étendu à l'ensemble des actions de son débiteur. L'autoriser à exercer les droits et actions strictement personnels du débiteur reviendrait à nier toute existence au caractère patrimonial ou extrapatrimonial qui s'attache aux droits du débiteur, et par là à nier les contours du patrimoine du débiteur. Il ne peut donc exercer l'ensemble des actions de son débiteur en pareille situation. En outre, il subira le concours des autres créanciers sur le résultat de son action. Cette transmission par l'effet de la jurisprudence est donc doublement limitée et par là, son intérêt.

La transmission héréditaire des actions du *de cuius* est également circonscrite aux actions transmissibles. Celles qui ne sont pas dotées de ce caractère disparaissent avec le décès de son titulaire. Pour déterminer la transmissibilité de ces actions, le principe est que l'action emprunte ses caractères au droit subjectif substantiel auquel elle est liée.

S'il a un caractère patrimonial, l'action sera considérée comme patrimoniale et donc transmissible. Si le droit subjectif substantiel a au contraire un caractère extrapatrimonial, ce principe commande que l'action qui lui est liée n'est pas transmissible en raison de l'extra-patrimonialité empruntée au droit subjectif substantiel. La jurisprudence a ponctué ce principe de plusieurs exceptions : si l'action peut être analysée en fonction de son objet, comme une action patrimoniale, comme c'est le cas de l'action en réparation. Sont également exclus du champ de la transmission héréditaire, les actions dont l'exercice est marqué par un caractère *intuitu personae*, sauf si elles ont été exercées par le *de cuius* de son vivant et à l'exception de certaines actions d'état désignées par le législateur. Selon Mme Lesca d'Espalungue, c'est la manifestation de volonté du *de cuius* avant son décès qui a rendu transmissible, l'action initialement intransmissible du fait de son caractère personnel. Cette transformation est justifiée par la nécessité de permettre aux héritiers de poursuivre la volonté du *de cuius* après sa mort et de pouvoir jouir de ses résultats s'ils ont pu se produire avant son décès. Il pourrait être envisagé de transposer cette transformation à la transmission contractuelle d'une action qui ne peut être transmise en raison de son caractère *intuitu personae*. Une telle action pourrait alors être transmise si son titulaire introduit l'action avant de la transmettre, à l'image de l'exercice par le *de cuius* de l'action intransmissible en raison de son caractère *intuitu personae*, avant son décès.

Néanmoins l'idée d'une transmission contractuelle d'une action initialement intransmissible en raison de son caractère *intuitu personae*, rendue possible par l'exercice de son titulaire avant sa transmission, ne paraît pas être d'une solidité à toute épreuve. Une telle suggestion introduit tout d'abord une idée de contractualisation, de marché dans la justice. Dans la transmission héréditaire d'une telle action, la volonté de permettre aux héritiers du *de cuius* de poursuivre la volonté de son auteur disparu « neutralise » le caractère *intuitu personae* attaché à l'action. Transposée à la transmission contractuelle, l'idée serait alors de permettre au bénéficiaire de la transmission, de poursuivre la volonté du transmettant qui a introduit l'action. On imagine alors la situation dans laquelle le transmettant transfère sa position dans le procès à une autre personne, tenant essentiellement à des raisons financières, parce qu'il n'a plus les moyens de poursuivre l'instance. Cette idée n'est pas tout à fait étrangère. Elle est même familière si on pense au cas des cessions de créances litigieuses. Mais la cession de créance litigieuse est strictement réservée aux créances transmissibles. En outre, rien n'empêche le

transmettant de solliciter le bénéfice de l'aide juridictionnelle en cours d'instance si sa situation en remplit les conditions. Dans la présente hypothèse, il s'agirait de transmettre, du vivant de son titulaire, une action en justice qui lui est strictement personnelle en raison de son caractère *intuitu personae*. Ce caractère disparaît avec la mort du *de cuius* et l'action devient transmissible si son auteur l'a introduite de son vivant. De son vivant, c'est ce caractère *intuitu personae* qui s'oppose à sa transmission. Seul le *de cuius* peut décider de l'exercer et de la poursuivre. Lié par cet *intuitu personae*, il ne peut pas de son vivant décider d'en disposer et de la transmettre à une autre personne. Si la position que transmet le *de cuius* à ses héritiers est celle du défendeur, la transmissibilité de son action est conditionnée à la naissance de sa dette dans son patrimoine avant son décès. Ici encore sont exclues les actions marquées par un *intuitu personae*, avec l'action en révocation d'une donation pour ingratitude et les actions alimentaires, sauf si l'aspect pécuniaire prend le pas sur le caractère personnel attaché à l'action.

La transmission contractuelle de l'action en justice à titre principal, c'est-à-dire indépendamment le droit subjectif substantiel auquel elle est liée, on l'a vu, se limite à ce jour à deux figures : la clause de direction du procès présente dans les contrats d'assurance et la clause de transfert d'action figurant dans les contrats de crédit-bail. Les difficultés de qualification de ces deux techniques, les tentatives de rapprochement à des figures existantes, sont une illustration de la difficile appréhension de la transmission d'une action en justice indépendamment du droit subjectif substantiel auquel elle est liée. Face à une nouvelle figure, le premier réflexe est de la rapprocher à d'autres figures existantes du régime des obligations en vue de tenter d'appréhender le régime qui pourrait lui être appliqué. L'examen de la clause de direction du procès et de la clause de transfert a démontré que ces clauses ne constituaient pas non plus une « pure » transmission autonome de l'action en justice. Le bénéficiaire de la transmission y trouve toujours un intérêt, en lien avec le droit subjectif substantiel auquel l'action en justice transmise est liée. Dans la clause de direction du procès, l'intérêt de l'assureur réside en ce que c'est lui *in fine* qui indemniser la victime, même si c'est dans les limites de son plafond de garantie, donc en raison du contrat qui le lie avec son assuré. Dans la clause de transfert d'action, c'est le crédit-preneur qui a l'usage final du bien vendu par le fournisseur au crédit bailleur. Le crédit-preneur exercera donc les actions du crédit à l'encontre du fournisseur, alors même qu'il ne dispose pas du droit subjectif substantiel auquel ces actions sont rattachées, à savoir le bien vendu par le fournisseur au crédit

bailleur, dont le crédit-preneur a uniquement l'usage.

La transmission contractuelle d'une action en justice à titre principal produit des effets auxquels les parties à la transmission devront prêter une attention particulière, à l'image de celui qui se retrouve dans les bottes d'autrui lorsqu'il acquiert une chose et reçoit également les actions qui ont suivi la chose de manière accessoire.

Une autre contrainte, issue du droit processuel, vient limiter la transmission d'une action dans ses effets. Le postulat est le suivant : la transmission d'une action en justice est possible et valide. Partant de là, se pose nécessairement la question de la poursuite de l'instance en cours pour son propre compte par le bénéficiaire de la transmission de l'action en justice. On l'a vu, plusieurs choix s'ouvrent au bénéficiaire : il peut poursuivre l'instance, décider d'y mettre fin par un désistement si la position qui lui est transmise dans le procès est celle du demandeur ou encore transiger avec la partie adverse. Quel que soit son choix, il apparaît logique qu'il doive régulariser une intervention volontaire à l'instance. Cette intervention volontaire permettra alors au transmettant d'une certaine façon de sortir du procès. Ce but peut aisément se comprendre lorsque l'action suit le droit subjectif substantiel qui a été transmis. Son appréhension est sans doute moins aisée face à une transmission de l'action indépendamment du droit subjectif substantiel auquel elle est liée. Dans l'hypothèse du crédit-bail, le bien loué est acquis par un établissement de crédit qui le loue à un crédit preneur avec une option d'achat à la fin de la location. La clause de transfert d'action permet à l'établissement de crédit de s'éviter un contentieux avec son locataire en lui permettant d'exercer directement l'action dont elle est titulaire à l'égard du fournisseur. Elle contribue ainsi à minimiser la multiplication du contentieux, à l'instar des actions contractuelles directes. En l'absence de cette clause, le locataire usager du bien loué défectueux agirait alors contre son crédit bailleur sur le fondement de la garantie de l'article 1721 du code civil. Le crédit bailleur serait alors amené à faire jouer la garantie des vices cachés à l'encontre du vendeur. L'intervention volontaire consiste en une « demande incidente par laquelle un tiers entre dans un procès déjà engagé, de son propre mouvement »⁸³⁹. Elle se comprend donc comme « le fait d'une personne qui, de son propre mouvement, se mêle

⁸³⁹ G. Cornu, *op. cit.*, v° Intervention.

à une instance qu'elle n'a pas introduite ou qui n'est pas dirigée contre elle, soit pour faire déclarer que le droit litigieux lui appartient, soit pour s'assurer la conservation de ses droits qui pourraient être compromis par le résultat de l'instance »⁸⁴⁰. Elle peut être volontaire « lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme » et si son auteur a intérêt et qualité à agir relativement à cette prétention⁸⁴¹. Elle est dite accessoire lorsqu'elle vient appuyer les prétentions d'une partie et si son auteur a intérêt à venir appuyer ces prétentions⁸⁴². L'intervention étant une demande incidente⁸⁴³ venant se greffer à l'instance, elle remet ainsi en cause le principe d'immutabilité du litige. Elle n'est donc recevable que si elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant⁸⁴⁴. En principe, l'intervention peut s'effectuer en première instance comme en appel, sous réserve de conditions plus rigoureuses. En première instance, elle requiert les mêmes formes requises pour l'introduction de l'instance. En appel, ce sont les formes prévues pour l'assignation dirigée contre un tiers ou une partie défaillante, qui sont requises. Si elle peut s'effectuer à tout moment, plus elle sera tardive, plus l'intervenant volontaire prendra le risque que le juge décide de disjoindre et de statuer séparément et ultérieurement sur ses demandes⁸⁴⁵. Elle devra être régularisée avant l'ordonnance de clôture, sous réserve de l'article 784, alinéa 2, du Code de procédure civile⁸⁴⁶. En revanche, il apparaît conforme au principe du contradictoire qui gouverne les débats que cette intervention soit inefficace après la clôture des débats⁸⁴⁷. En pratique, l'intervenant volontaire devra constituer avocat et par le biais de ce dernier, régulariser une requête exposant le but et les moyens de l'intervention. Tant sa constitution que sa requête, avec les éventuelles pièces produites au soutien de sa requête, devront être notifiées aux parties. Toute personne ne peut pas intervenir à l'instance. On l'a vu, il faut qu'elle ait intérêt et qualité à agir et être étrangère à l'instance. Son intervention doit se rattacher aux prétentions des parties à l'instance, par un lien suffisant.

⁸⁴⁰ S. Guinchard et *alii*, *op. cit.*, p. 275, n° 309.

⁸⁴¹ Article 328 et 329 du Code de procédure civile.

⁸⁴² Article 330 du Code de procédure civile.

⁸⁴³ Article 63 du Code de procédure civile.

⁸⁴⁴ Cass. Civ. 3^e, 18 février 2009, pourvoi n° 08-10.919, *Bull. civ. n° 43* ; *AJDI* 2009. 724, obs. Stéphane Prigent.

⁸⁴⁵ Article 326 du Code de procédure civile.

⁸⁴⁶ Cet article dispose qu'en cas d'intervention volontaire formée après la clôture de l'instruction, l'ordonnance de clôture peut être révoquée si le juge ne peut immédiatement statuer sur le tout. Une telle intervention suppose donc la révocation de l'ordonnance de clôture, qui ne pourra intervenir qu'en cas de cause grave (article 784, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile) (en ce sens : Cass. Civ. 2^e, 16 décembre 2010, pourvoi n° 09-17.045, *Bull. civ. n° 213*).

⁸⁴⁷ En ce sens, T. Moussa et S. Guinchard, *Gaz. Pal.*, 1989, somm. 257.

résulte dans certains cas de l'objet même de l'intervention, dans d'autres, des circonstances de fait et des prétentions respectivement émises. Si l'intervenant volontaire se prévaut d'un droit propre, distinct de celui du demandeur principal, son intervention n'est pas affectée par le sort de l'action principale⁸⁴⁸. De même l'irrégularité affectant les demandes du demandeur principal n'affectera pas la régularité de l'intervention. En revanche l'intervention volontaire ne peut avoir pour but de sauver une procédure engagée par une partie qui n'a aucune existence juridique. Tel est le cas des procédures engagées par ou contre une société radiée⁸⁴⁹, une société absorbée⁸⁵⁰, ou encore une société en participation⁸⁵¹. La position de la jurisprudence est plus incertaine s'agissant des procédures engagées au nom d'une société en formation avant son immatriculation⁸⁵², ou encore s'agissant des personnes physiques exerçant en nom propre sous une enseigne commerciale⁸⁵³. Lorsque l'intervention volontaire s'opère au niveau de l'appel, une autre limite vient circonscrire les effets de la transmission de l'action en justice. Lorsqu'elle intervient au niveau de l'appel, l'intervention volontaire ne doit pas permettre à l'intervenant volontaire de soumettre un nouveau litige au juge et de solliciter des condamnations qui n'auraient pas été soumises aux premiers juges⁸⁵⁴. Dans une telle hypothèse, le bénéficiaire de la transmission de l'action, intervenant volontaire à l'instance, se trouve donc nécessairement limité dans l'exercice de l'action qui lui est transmise, d'autant plus si la partie qui s'est dessaisie de son action a été jusqu'alors peu diligente dans l'exercice de sa défense.

⁸⁴⁸ Cass. Civ. 3^e, 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-15.474, *Bull. civ. n° 145*.

⁸⁴⁹ Cass. Soc., 23 juin 2010, pourvoi n° 09-60.341, *Bull. civ. n° 96*.

⁸⁵⁰ Cass. Com., 7 décembre 1993, pourvoi n° 91-19.339, *Bull. civ. n° 462* ; *JCP* 1994. II. 22285, note E. Putman ; Cass. Com., 6 mai 2003, *inédit*, pourvoi n° 00-17.344 ; Cass. Civ. 2^e, 12 février 2004, pourvoi n° 02-13.672, *Bull. civ. n° 52* ; *RTD civ.* 2004. 766, obs. Ph. Théry ; Cass. Civ. 2^e, 27 septembre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-22.278.

⁸⁵¹ Cass. Civ. 2^e, 26 mars 1997, pourvoi n° 94-15.528, *Bull. civ. n° 96*.

⁸⁵² Alors que la troisième chambre civile de la Cour de cassation a admis la régularisation de la procédure par l'intervention ultérieure de la société immatriculée (Civ. 3^e, 9 octobre 1996, *inédit*, pourvoi n° 93-10.225), la chambre commerciale l'a exclue (Com., 30 novembre 1999, pourvoi n° 97-14.595, *Bull. civ. n° 218*).

⁸⁵³ D'un côté, l'irrégularité d'une procédure engagée par une partie dépourvue de personnalité juridique – en l'espèce une partie qualifiée de société et dénommée par l'enseigne commerciale sous laquelle la personne physique exerçait son activité –, est une irrégularité de fond qui ne peut être couverte (Civ. 2^e, 11 septembre 2003, pourvoi n° 01-14.493, *Bull. civ. n° 253*). De l'autre, la désignation du défendeur par l'enseigne sous laquelle il exerce son activité constituait un vice de forme susceptible d'être régularisé (Civ. 2^e, 14 mai 2009, pourvoi n° 08-10.292, *Bull. civ. n° 121*).

⁸⁵⁴ Cass. Civ. 2^e, 11 mars 1981, pourvoi n° 79-16.775, *Bull. civ. n° 52* ; Cass. Civ. 3^e, 23 janvier 2007, *inédit*, pourvoi n° 06-13.604.

Enfin, la transmission d'une action en justice à titre principal, à la supposer possible, en dehors des hypothèses reconnues par le droit positif, opère une distinction entre l'action en justice et le droit subjectif substantiel. En se séparant de son action en justice, le transmettant se retrouve avec un droit substantiel subjectif sans moyens processuels pour le faire valoir, donc finalement avec un droit sans action. Pour autant cette dissociation n'élimine pas tout lien entre le droit substantiel subjectif et l'action en justice. Ce droit subjectif substantiel doit être protégé, respecté par le bénéficiaire de la transmission de l'action. Il doit veiller à ne pas sacrifier les intérêts du transmettant, bien qu'une telle obligation ne soit inscrite nulle part. Dans la mesure où l'exercice de l'action aura nécessairement un impact sur la situation du transmettant titulaire du droit subjectif substantiel, l'obligation de respecter le droit subjectif substantiel à la charge du bénéficiaire de la transmission pourrait être localisée dans le lien qui demeure entre le droit subjectif substantiel et l'action en justice. Par exemple, en matière d'assurance, l'assureur doit protéger les intérêts de son assuré car ce dernier n'a plus la direction du procès, et donc n'a plus les moyens pour faire valoir son droit subjectif substantiel. En prenant la direction du procès, l'assureur décide de veiller sur les droits de la défense de son assuré. Comme l'a formulé M. Cayrol, il s'agirait d'une « obligation de "bien procéder", conséquence déduite des liens unissant le droit substantiel et l'action en justice »⁸⁵⁵. Le manquement à cette obligation pourrait constituer une faute qui pourra être réglée sur le terrain du nouvel article 1221 du Code civil (ancien article 1147).

La distinction entre le droit et l'action étant nécessairement limitée, la transmission instaure ainsi une solidarité certaine entre le transmettant et le bénéficiaire de la transmission. Cette solidarité produit ses effets également sur le plan procédural : l'instance se déroule comme s'il n'existait pas de distinction entre les parties et les tiers à l'instance, dans la mesure où le résultat de l'instance affectera nécessairement la situation du transmettant. Le transmettant et le bénéficiaire de la transmission sont liés par un lien de solidarité tant au regard des résultats du jugement mais également au regard des voies de recours, comme si les règles séparant les parties des tiers à l'instance n'existaient pas. Ils seront solidaires quant aux effets de la décision. Un exemple parfait

⁸⁵⁵ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 252, p. 151.

se retrouve dans l'hypothèse d'une résolution de la vente du bien loué dans le cadre d'un crédit-bail. La résolution du contrat de vente modifie les prévisions du crédit bailleur. En raison de l'interdépendance entre le contrat de vente et le contrat de crédit-bail reconnue par la Cour de cassation depuis sa série d'arrêts du 23 novembre 1990⁸⁵⁶, la résolution du contrat de vente entraîne la résiliation du contrat de crédit-bail. Elle entraînera donc la restitution du prix de vente non pas entre les mains du locataire qui a intenté l'action mais au profit du crédit bailleur. En matière d'assurance, l'assureur n'est pas formellement partie au procès. L'assuré est formellement le défendeur au procès. Donc l'assureur est tiers au procès de sorte que le jugement obtenu ne devrait avoir aucune autorité de chose jugée à son égard. Pourtant la Cour de cassation juge traditionnellement que ce jugement constitue la réalisation du risque couvert, tant dans son principe que dans son étendue et que ce jugement est donc opposable à l'assureur, sauf en cas de fraude de l'assuré⁸⁵⁷.

Une fois une première décision rendue sur le fond, la question de l'exercice des voies de recours surgit et plus particulièrement, la question de la tierce opposition. L'assureur, en ce qu'il ne figure pas formellement en tant que partie au procès, ou le crédit bailleur en tant que tiers à l'instance, peuvent-ils former tierce opposition à la décision rendue en ce qu'ils sont tiers à l'instance ? Dans le cas de l'assureur, la Cour de cassation depuis longue date a fermé cette voie à l'assureur au motif que « l'assureur ne pourrait agir qu'en faisant valoir les droits de son assuré déjà appréciés par la décision définitive à laquelle ce dernier avait été partie »⁸⁵⁸. Elle considère ainsi que l'assureur est celui qui tire les ficelles derrière son assuré puisqu'en prenant la direction de son procès, il s'est

⁸⁵⁶ Cass. Mixte, 23 novembre 1990 (3 arrêts), *op. cit.*, v. *supra* note n° 202.

⁸⁵⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 12 juin 1968, pourvois n° 65-14.399 et n° 66-11.076, *Bull. civ. n° 170* ; *D.* 1969. 249, note A. Besson ; *JCP* 1968. II. 15584, concl. Raymond Lindon ; *Grands arrêts du droit de l'assurance*, Sirey, 1978, p. 65, obs. Claude J Berr & Hubert Groutel ; Cass. Civ. 1^{re}, 26 avril 1972, pourvoi n° 71-10.779, *Bull. civ. n° 110* ; Cass. Civ. 1^{re}, 10 octobre 1972, pourvoi n° 71-11.652, *Bull. civ. n° 198* ; Cass. Civ. 1^{re}, 24 novembre 1982, pourvoi n° 81-15.663, *Bull. civ. n° 339* ; Cass. Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, pourvoi n° 86-15.783, *Bull. civ. n° 74* ; pour une application récente : Cass. Civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-23.506, *Bull. civ. n° 177* ; Cass. Civ. 3^e, 18 février 2016, *inédit*, pourvoi n° 14-29.200.

⁸⁵⁸ Cass. Soc., 16 mai 1961, *Bull. civ. n° 536* ; Cass. Soc., 14 mars 1968, *Bull. civ. n° 167* ; Cass. Civ. 1^{re}, 20 octobre 1970, pourvoi n° 68-12.811, *Bull. civ. n° 269* ; Cass. Soc., 14 mars 1991, *inédit*, pourvoi n° 89-11.570 ; Cass. Civ. 2^e, 7 novembre 2002, *inédit*, pourvoi n° 98-22.625 ; v. Cependant Cass. Civ. 2^e, 27 avril 1966, *Bull. civ. n° 492* approuvant les juges du fond d'avoir validé la tierce-opposition formée par l'assureur au motif que « ce tiers opposant n'était ni présent ni valablement représenté à la procédure et que le jugement préjudicant à ses droits puisqu'il contestait la part de responsabilité mise à la charge de son assuré ».

interdit de contester la décision statuant sur le litige opposant son assuré à la victime et dont il avait dirigé le procès. Cette interdiction traditionnelle reçoit une exception en cas de fraude de l'assuré⁸⁵⁹. Concernant le crédit bailleur, selon M. Cayrol, la voie de la tierce-opposition ne devrait pas lui être ouverte pour contester le jugement prononçant la résolution du contrat de vente avec le vendeur. Pour apprécier la recevabilité de la tierce-opposition du crédit bailleur au jugement prononçant la résolution de la vente, il fallait s'interroger sur le point de savoir si la transmission des actions du crédit bailleur à l'encontre du vendeur se limitait aux actions en garantie, à l'exclusion des actions en résolution ou en annulation de la vente ou si le locataire et le vendeur avaient agi en fraude de ses droits⁸⁶⁰. Cette affirmation nous paraît logique et bien fondée en ce que bien qu'il soit formellement tiers à l'instance, en transmettant ses actions au locataire, le crédit bailleur a nécessairement pris conscience de l'ampleur de son engagement et donc de ce que le jugement qui sera obtenu par le locataire, aura une influence sur sa situation. Un arrêt isolé de la Cour de cassation du 31 janvier 2017 paraît appuyer cette solution⁸⁶¹. En l'espèce, un crédit bailleur avait conclu un contrat de crédit-bail portant sur un véhicule. Son locataire l'avait sous-loué à une société qui a, par la suite, fait l'objet d'une liquidation judiciaire. Le crédit bailleur avait formé tierce-opposition à l'ordonnance du juge-commissaire rejetant l'action en revendication du crédit-preneur. La cour d'appel avait déclaré irrecevable la tierce-opposition du crédit bailleur avant de décider que le crédit bailleur était dispensé de faire reconnaître son droit de propriété et bénéficiait de l'action en restitution qui s'exerçait sans délai à l'égard du sous-locataire. La Cour de cassation a censuré, par voie de retranchement, la cour d'appel seulement en ce qu'elle avait décidé que le crédit bailleur propriétaire du véhicule, objet du contrat de crédit-bail, était dispensé de faire reconnaître son droit de propriété et bénéficiait de l'action en restitution qui s'exerçait sans délai à l'égard du sous-locataire. La Cour de cassation nous semble avoir, par cet arrêt, déclaré irrecevable la tierce-opposition du crédit bailleur.

La transmission contractuelle d'une action en justice à titre principal introduit, on l'a vu et répété, de la spéculation dans le procès. Cette idée n'est pas des plus compatibles avec notre système juridique. Pour autant, la transmission de l'action en

⁸⁵⁹ Cass. Soc., 26 mai 1965, pourvoi n° 62-12.043, *Bull. civ. n° 404*.

⁸⁶⁰ N. Cayrol, *op. cit.*, n° 260, p. 156.

⁸⁶¹ Cass. Com., 31 janvier 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-17.599.

justice existe. La crainte dans cette figure est que des professionnels du droit tels que des avocats ou des magistrats en fassent un commerce, profitant de leur influence et de leurs connaissances dans le monde de la justice pour faire prévaloir leurs prétentions, ainsi qu'on l'a exposé à propos de la cession des droits litigieux. A admettre d'autres cas de figure de transmission contractuelle d'action en justice à titre principal, la question de l'ouverture de ces transmissions contractuelles aux professionnels du droit, et plus particulièrement aux avocats, se pose naturellement, à l'image de la cession des droits litigieux. On l'a vu, même si c'est tentant, on ne peut assimiler la cession des droits litigieux à la transmission d'une action en justice, l'action en justice n'étant pas une créance. Rien ne s'oppose à ce qu'un avocat ait la position de crédit-preneur dans le cadre d'une opération de crédit-bail. Le crédit-preneur avocat pourra exercer les actions du crédit bailleur à l'encontre du fournisseur. Ce qui dérange le plus est sans doute le risque que le professionnel du droit profite de sa position pour influencer le résultat du procès, même si les juges amenés à statuer sont tenus d'un devoir d'impartialité. On pourrait alors imaginer de mettre en place des limitations similaires à celles posées en matière de cession de droits litigieux. Ainsi en la matière, les avocats ne peuvent pas acquérir des droits litigieux relevant de la compétence des tribunaux auprès desquels ils exercent leur mission. Cette règle transposée à la transmission de l'action en justice, les avocats ne pourraient pas acquérir une action en justice, que ce soit la position de demandeur ou de défendeur, relevant de la compétence des tribunaux du ressort du barreau auquel ils sont rattachés.

L'introduction de la spéculation dans le procès augmentant le risque d'un marché de la justice n'est certes pas souhaitable. L'évaluation de l'action en justice est complexe, voire impossible, l'action en justice n'étant pas une créance. Pour évaluer la « valeur » d'une action en justice, on pourrait prendre exemple sur les sociétés de financement de procès qui prennent un pourcentage du résultat du procès en contrepartie de leur prise en charge des coûts du procès. On pourrait alors imaginer que le bénéficiaire reverse un pourcentage du résultat du procès ou de la transaction au transmettant, tout en prenant à sa charge les coûts du procès et les condamnations éventuelles s'il venait à perdre le procès. Une telle opération paraît donc très risquée pour le bénéficiaire de la transmission. Il semble avoir plus à y perdre que le transmettant. L'équilibre pourrait être restauré s'il était prévu que le transmettant verse au bénéficiaire un pourcentage des

condamnations auquel il pourrait être condamné s'il perd le procès. L'admission en droit positif de la transmission de l'action en justice à titre principal paraît introduire un infléchissement certain, un changement dans la balance. Elle semble constituer un moyen de financement supplémentaire du procès. La multiplication des moyens de financement du procès au profit du justiciable semble désormais prévaloir, favorisant l'accès au juge aux justiciables qui ne peuvent supporter les coûts d'un procès.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX

APPLETON (Jean), *Traité élémentaire de contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1927, IV-681 p.

AMRANI-MEKKI (Soraya) et STRICKLER (Yves), *Procédure civile*, 1^{re} éd., PUF (coll. Thémis droit sous la direction de LABRUSSE-RIOU (Catherine) et TRUCHET (Didier)), 2014, XX-907 p.

AUBRY (Charles) et RAU (Charles-Frédéric), *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, tome 2, 5^e éd. revue et remise au courant de la législation et de la jurisprudence par MM. RAU (G.) et C. FALCIMAIGNE (Charles), avec la collaboration de GAULT (Maurice), Marchal et Billard, Paris, 1897, 759 p.

AUBRY (Charles) et RAU (Charles-Frédéric), *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, tome 5, 5^e éd. revue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par MM. RAU (G.) et C. FALCIMAIGNE (Charles), avec la collaboration de GAULT (Maurice), Marchal et Billard, Paris, 1907, 748 p.

BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel) et SAIGNAT (Léo), *Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange, volume XIX*, 3^e éd., Sirey, Paris, 1908, 1042 p.

BERTHELEMY (Henry), *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e éd., Rousseau et Cie éditeurs, Paris, 1933, XIX-1182 p.

CABRILLAC (Michel), MOULY (Christian), CABRILLAC (Séverine), PETEL (Philippe), *Droit des sûretés*, 10^e éd., LexisNexis (collection Manuels), 2015, 852 p.

CADIET (Loïc), JEULAND (Emmanuel), *Droit judiciaire privé*, 10^e éd., LexisNexis (collection Manuel), Paris, 2017, XVIII-973 p.

CADIET (Loïc), NORMAND (Jacques) et AMRANI-MEKKI (Soraya), *Théorie générale du procès*, 3^e éd. mise à jour, PUF (coll. Thémis droit), Paris, 2020, XV-953 p.

CARBONNIER (Jean), *Droit civil, volume II. Les biens. Les obligations* [1955, 1956], PUF (collection Quadriges Manuels), Paris, 2004, XV-1516 à 2574 p.

CARBONNIER (Jean), *Droit civil. Tome 4. Les Obligations*, PUF (coll. Thémis Droit privé), Paris, 22^e éd. refondue, 2000, 665 p.

COLOMER (André), *Droit civil - Régimes matrimoniaux*, 12^e éd., LexisNexis Litec (collection Manuels), Paris, 2004, XII-705 p.

CORNU (Gérard), *Les régimes matrimoniaux* [1974], 9^e éd., PUF (collection Thémis droit privé), Paris, 1997, 700 p.

CORNU (Gérard), *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 12^e éd., Montchrestien LGDJ (coll. Précis Domat Droit privé), Paris, 2005, 733 p.

CORNU (Gérard) et FOYER (Jean), *Procédure civile* [1958], 3^e éd. refondue, Paris, PUF (coll. Thémis Droit privé), 1996, XX-779 p.

COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain), DEBOISSY (Florence), *Droit des sociétés*, collection Manuel, 34^e éd., LexisNexis, Paris, 2021, XII-963 p.

CREMIEUX-ISRAËL (Danièle), *Leasing et crédit-bail mobiliers. Aspects juridiques, comptables et fiscaux*, coll. « Traité Dalloz », Dalloz, Paris, 1975, 338 p.

CROCQ (Pierre), AYNES (Laurent), *Les sûretés et la publicité foncière*, 7^e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2013, 425 p.

DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code napoléon : traité des contrats ou des obligations conventionnelles et général, volume 25, tome 2*, Durand & Pedone Lauriel/Hachette et Cie/Cosse, Marchal et Billard, Paris, 1869, 663 p.

DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code Napoléon, IX, traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, tome 1^{er}, 4^e éd., Durand & Pedone Lauriel/Hachette et Cie/Cosse, Marchal et Billard, Paris, 1870, livre 1^{er}, II-654 p.).

DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel, tome 1 : La règle de droit – Le problème de l'Etat*, 3^e éd., E. de Boccard, Paris, 1927, XIX – 763 p.

FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc) et SAVAUX (Eric), *Droit civil – Les obligations, 3. le rapport d'obligation*, 9^e éd., Paris, Dalloz (coll. Sirey Université série Droit privé), 2015, X-537 p.

FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc) et SAVAUX (Eric), *Droit civil – Les obligations, tome 1 l'acte juridique*, 16^e éd., Paris, Dalloz (coll. Sirey Université série Droit privé), 2014, X-544 p.

FRANCOIS (Jérôme), *Traité de droit civil, sous la direction de Christian Larroumet, tome 4, Les obligations, régime général*, 5^e éd., Economica (collection Corpus Droit privé dirigée par Nicolas Molfessis), Paris, 2020, 664 p.

GHESTIN (Jacques), BILLIAU (Marc) et LOISEAU (Grégoire), *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2005, IX-1374 p.

GLASSON (Ernest-Désiré), TISSIER (Albert), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, tome I, 3^e éd., Paris, Sirey, 1925, VIII-851 p.

GLASSON (Ernest-Désiré), *Précis théorique et pratique de procédure civile, tome 1*, Paris, F. Pichon, 1902, 752 p.

GUINCHARD (Serge) (sous la dir. de), BANDRAC (Monique), BLERY (Corinne), BOLARD (Georges), BOLARD (Vincent), CAYROL (Nicolas), HOONAKER (Philippe), CHOLET (Didier), LACROIX-ANDRIVET (Jean-Paul), D'AMBRA (Dominique), JUNILLON (Jacques), FATTACCINI (Carole), FERRAND (Frédérique), FRICERO (Natalie), GERPHAGNON (Henri), LACABARATS (Alain), MELIN (François), Pellerin (Jacques), PETEL-TEYSSIE (Isabelle), REDON (Michel) et ABBOU (Serge), *Droit et pratique de la procédure civile droit interne et européen 2021/2022*, 10^e éd., Dalloz (collection Dalloz Action), Paris, 2021, LVII-2580 p.

GUINCHARD (Serge), CHAINAIS (Cécile), FERRAND (Frédérique), MAYER (Lucie), *Procédure civile, Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 35^e éd., Paris, Dalloz (coll. Précis), 2020, XV-1865 p.

HAURIUO (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2015, 760 p.

HERON (Jacques), LE BARS (Thierry), SALHI (Karim), *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LGDJ, Lextenso (collection Précis Domat droit privé), Paris La Défense, 2019, 1030 p.

JAPIOT (René), *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, éditeur A. Rousseau, Paris, 3^e éd., 1935, XI-770 p.

JEULAND (Emmanuel), *Droit processuel général*, 4^e éd., LGDJ Lextenso éditions (collection Précis Domat droit privé), Issy-les-Moulineaux, 2018, 874 p.

JEZE (Gaston), *Principes généraux du droit administratif, tome 1 : la technique juridique du droit public français* [1925], réimpression, Paris, Dalloz, 2005, XXXI-443 p.

JEZE (Gaston), *Principes généraux du droit administratif, tome 3 : le fonctionnement des services publics* [1926], réimpression, Paris, Dalloz, 2011, XVII-XX-519 p.

LATINA (Mathias) et CHANTEPIE (Gaël), *Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, 1143 p.

LARROUMET (Christian) et BROS (Sarah), *Traité de droit civil, tome 3, Les obligations, le contrat*, sous la direction de LARROUMET (Christian), 10^e éd., Economica (coll. Corpus Droit privé), Paris, 2021, 918 p.

LAURENT (François), *Principes de droit civil, tome seizième*, A. Marcsq Ainé, Paris, 1878, 610 p.

LE CANNU (Paul), *Droit des sociétés*, 9^e éd., LDGJ, Lextenso, (collection Précis Domat droit privé), Paris La Défense, 2022, 1154 p.

MARTY (Gabriel), RAYNAUD (Pierre) et JESTAZ (Philippe), *Droit civil. Les obligations, tome 2, Le régime*, 2^e éd., Sirey, Paris, 1989, VI-457 p.

MARTY (Gabriel), RAYNAUD (Pierre), *Droit civil. Les personnes, tome 1, volume 2*, 3^e éd., Sirey, 1976, VI-1023 p.

MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), CHABAS (François), *Leçons de droit civil : théorie générale. 2 1. Obligations*, 9^e éd., Montchrestien, Paris, 1998, 1353 p.

MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), DE JUGLARD (Michel), *Leçons de droit civil*, 5^e éd., Montchrestien, Paris, 1972-1982, v. 1-4, pt. 1 in 14.

MAZEAUD (Henri) et MAZEAUD (Léon), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tome II*, 3^e éd., Sirey, Paris, 1939, 957 p.

MOREL (René), *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932, IX-790 p.

PICARD (Maurice) et BESSON (André), *Les assurances terrestres en droit français. Tome 1^{er}. Le contrat d'assurance*, 4^e éd. par A. Besson, LGDJ, Paris, 1975, 864 p.

- PLANIOL (Marcel), RIPERT (Georges), *Traité pratique de droit civil français, Tome VII, Obligations. Deuxième partie, par Paul Esmein, Jean Radouant et Gabriel Gabolde*, LGDJ, Paris, 1931, 973 p.
- PLANIOL (Marcel), RIPERT (Georges), ROUAST (André), *Traité pratique de droit civil français : mariage, divorce, filiation. Tome II. La famille*, LGDJ, Paris, 1926, 938 p.
- POTHIER (Robert Joseph), *Traité des retraits, pour servir d'appendice au Traité du contrat de vente*, dans *Œuvres de Pothier contenant les traités du droit français*, éditeurs : Debure l'aîné, Paris, J. Rouzeau-Montaut, Orléans, 1762, XII-558-[2] p.
- ROLLAND (Louis), *Précis de droit administratif*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1937, 628 p.
- SOLUS (Henry) et PERROT (Roger), *Droit judiciaire privé. Tome 1. Introduction notions fondamentales de l'organisation judiciaire*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1961, 1147 p.
- SOLUS (Henry) et PERROT (Roger), *Droit judiciaire privé. Tome 3. Procédure de première instance*, Sirey, Paris, 1991, VI-1358 p.
- TERRE (François), SIMLER (Philippe), LEQUETTE (Yves), CHENEDE (François), *Droit civil : Les obligations*, 12^e éd., Dalloz (collection : Précis Dalloz), 2018, XI-2036 p.
- VINCENT (Jean), GUINCHARD (Serge), *Procédure civile*, 27^e éd., Dalloz (collection Précis Droit privé), 2003, 1235 p.
- VINCENT (Jean), *Précis de procédure civile*, 16^e éd., Dalloz (collection Précis Dalloz), 1973, 997 p.
- VIZIOZ (Henry), *Etudes de procédure*, préface de GUINCHARD (Serge), Paris, Dalloz (collection Bibliothèque Dalloz), 2011, XXIV-667 p., reproduction de *Etudes de procédure*, 1956.

II. THESES, MONOGRAPHIES, OUVRAGES SPECIAUX

BARTHELEMY (Joseph), *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, thèse droit, Université de Toulouse, 1899 ; Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1899, 204 p.

BEY (El Mokhtar), *De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobiliers*, Dalloz, Paris, 1970, 226 p.

BLONDEL (Pierre), *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits à caractère personnel*, thèse Droit, Dijon, préface d'André Ponsard, tome 95, LGDJ (collection Bibliothèque de droit privé), Paris, 1969, 191 p.

BILLIAU (Marc), *La délégation de créance*, tome 207, LGDJ (sous-collection Bibliothèque de droit privé, collection Thèses), 1989, 456 p.

BONNARD (Roger), *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé. Etude de droit administratif comparé*, 1934, ré-édition Dalloz, Paris, 2006, 266 p.

BORE (Jacques), BORE (Louis), *La cassation en matière civile 2015/2016*, collection Dalloz Action, 5^e éd., Dalloz Action, Dalloz, 2015, XXXIII-793 p.

BOSC (Louis), *Etude sur le droit des créanciers d'exercer les actions de leur débiteur (actions indirectes et actions directes)*, thèse Droit, Aix-en-Provence, 1902, XII-329 p.

CAYROL (Nicolas), *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, thèse droit, Université de Tours, préface de GRUA (François), Paris, Economica (coll. Droit civil, série : études et recherches), 2001, 325 p.

CAZELLES (Pierre), *De l'idée de continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse Droit, Paris, éditeur A. Rousseau, Paris, 1905, 431 p.

CHIOVENDA (Giuseppe), *L'azione nel sistema dei diritti ; Principii*, 4^e éd., Bologne, N. Zanichelli, 1903, 128 p.

CLAUX (Pierre-Jean), *La continuation de la personne du défunt par l'héritier*, thèse Droit, Paris, 1969, 320 ff.

CREMIEUX-ISRAËL (Danièle), *Leasing et crédit-bail mobiliers : aspects juridiques comptables et fiscaux*, thèse Droit, Paris 2, Dalloz, Paris, 1975, IX-338 p. + addendum : 1 f.

DAUDET (Victor), *Les droits et actions attachés à la personne*, Montpellier, 2011, thèse de doctorat, Droit privé et Sciences criminelles, sous la direction de MATHIEU (Marie-Laure).

GOYET (Charles), *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, thèse, Paris, LGDJ, 1938, 264 p.

GIVORD (François), *La réparation du préjudice moral*, thèse Droit, Grenoble, impr. de Boissy et Colomb, Grenoble, 1939, 295 p.

GRIMONPREZ (Benôit), *De l'exigibilité en droit des contrats*, préface de OPHELE (Claude), thèse, Lille III, LGDJ Université de Poitiers (collection : collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers 18), Paris Poitiers, 2006, 491 p.

HAURIOU (Maurice), *Les éléments du contentieux*, Toulouse, Impr. et librairie E. Privat (coll. Recueil de l'Académie de législation et par la Faculté de Droit de l'Université de Toulouse), 1905, 98 p.

JALLU (Olivier), *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne considérée comme principe de transmission à titre universel*, thèse Droit, Paris, éditeur : Arthur Rousseau, Paris, 1902, 168 p.

KLEIN (Julie), *Le point de départ de la prescription*, thèse, préface de MOLFESSIS (Nicolas), Economica (collection Recherches juridiques 33), Paris, 2013, XII-590 p.

LAMBERT (Edouard), *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs : le droit de succession en France, son fondement, sa nature*, éditeur V. Giard & E. Brière, Paris, 1895, XVI-818 p.

LESCA D'ESPALUNGUE (Christine), *La transmission héréditaire des actions en justice*, préface de GRIMALDI (Michel), thèse droit, Université de Paris-Est Créteil Val de Marne, Paris, PUF (collection Les grandes thèses du droit français, 1151-6054), 1992, VI-332 p.

MESTRE (Jacques), *La subrogation personnelle*, thèse, Aix-Marseille 3, préface de KAYSER (Pierre), tome 160, LGDJ (collection : Bibliothèque de droit privé), Paris, 1979, XXIV-761 p.

MILANO (Laure), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, préface de Frédéric Sudre, 1626-1968, Dalloz (collection Nouvelle bibliothèque de thèses 57), Paris, 2006, XII-674 p.

MOULOUNGUI (Clotaire), *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, préface de GRUA (François), thèse, Tours, tome 251, LGDJ (collection Bibliothèque de droit privé), 1995, XIII-326 p.

MOULY (Christian), *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse Droit privé, Montpellier, préface de CABRILLAC (Michel), Paris, Librairies techniques (collection Bibliothèque de droit de l'entreprise 10), 1979, X-721 p.

PERRET (Henri), *Les ayants droit à indemnité au cas d'accident mortel*, thèse Droit, Paris, éditeurs R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1933, 255 p.

PUTMAN (Emmanuel), *La formation des créances*, thèse, Aix Marseille III, 1987, 1848 p.

RASCHEL (Loïs), *Le droit processuel de la responsabilité civile*, préface de CADIET (Loïc), tome 25, IRJS éd. (coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne – André Tunc), Paris, 2010, XVII-465 p.

ROLLAND (Louis), *Précis de droit administratif*, 11^e éd., Dalloz (collection Précis Dalloz), 1957, 643 p.

- ROUBIER (Paul), *Droits subjectifs et situations juridiques*, préface de DEROUSSIN (David), Paris, Dalloz, 2005 (réimpression de l'édition de 1963), [18]-III-451 p.
- ROURE (Georges), *De la notion de continuation et de la transmission à cause de mort : essai historique et critique*, thèse Droit, Montpellier, éd. L. Bonnafous et fils, Carcassonne, 1938, 135 p.
- SCHÜTZ (Rose-Noëlle), *Les recours du crédit-preneur dans l'opération du crédit-bail (la théorie générale des obligations à l'épreuve d'un groupe de contrats)*, préf. de REMY (Philippe), PUF, Paris, 1994, 361 p.
- THULLIER (Béatrice), *L'autorisation : étude de droit privé*, préface de BENABENT (Alain), tome 252, LGDJ (collection : Bibliothèque de droit privé), Paris, 1996, XVIII-330 p.
- VERDIER (Jean-Maurice), *Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits*, préface de MAZEAUD (Henri), thèse, Paris, Rousseau et Cie, Paris, 1955, 353 p.
- VINEY (Geneviève), JOURDAIN (Patrice), CAVAL (Suzanne), *Les effets de la responsabilité : exécution et réparation en nature, dommages et intérêts, aménagements légaux et conventionnels de la responsabilité, l'action en responsabilité*, 4^e éd., LGDJ (collection : traité de droit civil sous la direction de GHESTIN (Jacques)), Issy-les-Moulineaux, 2017, 872 p.
- WEILL (Alex), *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse droit privé, Strasbourg, 1938, II-1062 p.

III. ENCYCLOPEDIES ET JURISCLASSEUR

ALLARD (Baptiste), JOURDAN-MARQUES (Jérémy), « L'action de groupe », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, février 2021.

BRENNER (Claude), *JCl Civil Code*, art. 870 à 877, fasc. 10, n° 32, 1^{er} novembre 2018, dernière mise à jour le 1^{er} novembre 2018.

CAYROL (Nicolas), « Action en justice », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz (dernière mise à jour : juin 2019).

CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, PUF (collection Dictionnaires Quadrige), 14^e éd., 2022, 1136 p.

DESDEVICES (Yves), « Fasc. 500-60 : Action en justice. – Généralités », *JCl. Procédure civile*, actualisé par STAES (Olivier), dernière actualisation : 5 novembre 2019.

DESHAYES (Olivier), « Ayant cause », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, octobre 2019, dernière actualisation : février 2020.

DROSS (William), « Art. 1341-1 – Fasc. unique : REGIME GENERAL DES OBLIGATIONS. – Actions ouvertes au créancier. – Action oblique », *Juriscl. Civil Code*, 1^{er} novembre 2016, dernière mise à jour : 29 juillet 2022.

FERKANE (Ylias), « Syndicats professionnels : prérogatives et action », *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, juin 2020, dernière actualisation : juillet 2022.

GUINCHARD (Serge), DEBARD (Thierry), ALBERT (Jean-Luc), ASQUINAZI-BAILLEUX (Dominique), D'AVOUT (Louis), CHAINAIS (Cécile), DANA (Adrien-Charles), DONIER (Virginie), FERRE-ANDRE (Sylvie), FROSSARD (Serge), KERBRAT (Yann), MAYAUD (Yves), ROLAND (Henri), VACHET (Gérard) et VARINARD (André), *Lexique des termes juridiques 2021-2022*, coll. Lexiques, Dalloz, 29^e éd., août 2021, 1119 p.

LIBCHABER (Rémy), « Les biens », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2016, dernière actualisation : décembre 2019.

PETEL-TEYSSIE (Isabelle), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, juillet 2018, dernière actualisation : juin 2021.

ROLAND (Henri), BOYER (Roland), *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, Paris, 1999, XXII-1021 p.

SAVAUX (Eric), « Cession de droits litigieux », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, novembre 2020.

IV. CHRONIQUES, ARTICLES, CONCLUSIONS, MELANGES, TRAVAUX COLLECTIFS, ACTES DE COLLOQUES

ARBELLOT (Frédéric), « L'exercice de l'action en garantie des vices cachés par le crédit-preneur », *LPA*, 10 août 1998, n° 95, p. 4 à 15.

AVENA-ROBARDET (Valérie), « La cession de créance transfère les actions en responsabilité professionnelle d'un tiers », *D.* 2006. AJ. 2787.

AZAR-BAUD (Maria José), « L'entrée triomphale (?) de l'action de groupe en droit français », *D.* 2013. 1487.

AZAR-BAUD (Maria José), « (In)action de groupe », *Gaz. Pal.*, 29 novembre 2016, n° 42, p. 52.

BERT (Daniel), « Regards sur la transmission de l'action en justice », *D.* 2006. 2129, 6 p., obs. sous Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-10.231, *Bull.* n° 433.

BESSON (André), « Les sociétés de défense en justice devant la jurisprudence », *RGAT* 1951, p. 365 à 381.

BEY (El Mokhtar), « Du transfert de la garantie du vendeur au locataire », *Rev. Jur. Com. (journal des agrégés)* mars 1973, n° 3, 55. 67, p. 55 à 72, 17 p.

BLANC (Guillaume), « Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel », *JCP E* 1997. I. 707.

BONET (Georges) et GROSS (Bernard), « La réparation des dommages causés aux constructions par les vices des matériaux », *JCP G* 1914. I. doct. 2602, 8 p.

BOSCO (David) et AMARO (Rafael), « Le financement par les tiers du contentieux privé », *Concurrences* 2014, n° 3, p. 13 et s.

BORE (Louis), « L'action en représentation conjointe : *Class-action* française ou action mort-née », *D.* 1995. Chron. 267.

BORE (Louis), « Le projet d'action de groupe : action mort-née ou premier pas ? », *Gaz. Pal.*, 16 mai 2013, n° 136.

BOUBLI (Bernard), « Soliloque sur la transmission de l'action en garantie », *JCP* 1974. I. 2646.

CABALLERO (Francis), « Plaisons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985. 247.

CABRILLAC (Michel), « Les accessoires de la créance », dans *Etudes dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 107-120.

CARBONNIER (Jean), « Notes sur la prescription extinctive », *RTD civ.* 1952. 171, p. 171 à 181, 11 p.

CASSIA (Paul), « Vers une action collective en droit administratif ? », *RFDA* 2009. 657.

CASSON (Philippe) et PIERRE (Philippe), *La réforme de la prescription en matière civile : le chaos enfin réglé ?*, Actes du colloque du 15 mai 2009 à l'Université de Rennes I, collection Thèmes & commentaires : actes, Dalloz, Institut de l'Ouest : droit et Europe, Paris, Rennes, 2010, 111 p.

CERMOLACCE (Arnaud), « Etat des lieux des actions oblique et paulienne », *LPA*, 25 janvier 2008, n° 19, p. 5.

CHAUMETTE (Patrick), « La subrogation sans paiement ? », *RTD civ.* 1986. 33, p. 33 à 53, 21 p.

CHOTEAU (Adolphe), « A propos du refus de l'acquéreur de l'action en résiliation du bail pour manquement antérieur du preneur », *D.* 1959, chron. 271, p. 271 à 275, 5 p.

COHEN (Daniel), « Arbitrage et groupes de contrats », *Revue de l'arbitrage*, 1^{er} octobre 1997, p. 471 à 503.

Commission pour la refonte du droit de la consommation présidée par CALAIS-AULOY (Jean), Propositions pour un Code de la consommation, La Documentation française, 1985, 221 p.

COQUELET (Marie-Laure), « La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés à l'épreuve du principe d'intransmissibilité des contrats *intuitu personae* », *Droit des sociétés, Actes pratiques*, 2000, n° 49, p. 20 et 21.

COQUELET (Marie-Laure), « Le sort des actions en justice en cas de transmission universelle du patrimoine », *Bull. Joly Sociétés* 2007. 783, 7 p.

D'AMBRA (Dominique), « Réformer l'aide juridictionnelle », dans *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 85 à 98, 13 p.

DELEBECQUE (Philippe), « La transmission de la clause compromissoire dans les chaînes de contrat », à propos de Civ. 1^{re}, 6 novembre 1990, pourvois n°s 88-12.132, 88-12.247, 88-12.270, 88-12.430, 88-12.633 et 88-14.477, *Bull.* n° 230, *Revue de l'arbitrage* 1991, janvier-mars, n° 1, p. 19 à 32, 13 p.

DELPECH (Xavier), « La cession de créance emporte celle des actions en justice qui lui sont attachées », *D.* 2006. AJ 365, 2 p., note sous Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-10.231, *Bull.* n° 433.

DEMOGUE (René), « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905. 723.

DEMOGUE (René), « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906. 231.

GRIGNON (Philippe), « L'obligation de ne pas agir en justice », dans *Mélanges Christian Mouly*, Centre du droit de l'entreprise, t. 2, Litec, Paris 1998, 460 p., p. 115-130.

FONTMICHEL (de) (Maximin), « Les sociétés de financement de procès dans le paysage juridique français », *Rev. Soc.* 2012, p. 279.

GOUBEAUX (Gilles), « La carence du débiteur, condition de l'action oblique. Question de fond et question de preuve », dans *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et*

quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz (collection Etudes, mélanges, travaux), 2005, p. 147-160.

HAERI (Kami) et JAVAUX (Benoît), « L'action de groupe : entre incertitudes procédurales et instrumentalisation », *Dr. et patr.* 2015, n° 243, p. 42.

HARICHAUX-RAMU (Michèle), « Le transfert de garantie dans le crédit-bail mobilier », *RTD com.* 1978. 209.

JAMIN (Christophe), « Une restauration de l'effet relatif du contrat », *D.* 1991, chron. 257.

JASPAR (Xavier), METAIS (Nathalie), « Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens », *Bull. Joly Sociétés* 1998. 447, 5 p.

JAVAUX (Benoît), « Action de groupe : libres propos autour de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 3 novembre 2016 », *D.* 2017. 630.

JEULAND (Emmanuel), « Quelques questions sur l'action de substitution "à la française" », dans *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 749 à 758, 10 p.

JEULAND (Emmanuel), « Substitution ou représentation ? A propos du projet d'action de groupe », *Libres propos, JCP G* 2013, n° 37, 927, p. 1609.

JEULAND (Emmanuel), « Retour sur la qualification de l'action de groupe à la lumière de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *JCP* 27 mars 2017, n° 13, doct. 354.

LALOU (Henri), « Les ayants droit à indemnité à la suite d'accidents mortels », *DH* 1931. 1. 27, chronique, p. 21 à 27.

MAMOUDY (Olga), « L'action en reconnaissance de droits », *AJDA* 2016. 2264

MARTY (Richard), « Le droit de retrait en matière de cession de créances ou l'expropriation pour cause de spéculation », *JCP E* 2009, n° 6, 5 février 2009, 1134.

MECARELLI (Gabriele), « De la transmission des actions en justice avec la créance cédée », *LPA*, 31 octobre 2006, n° 217, p. 5, 9 p., note sous Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-10.231, *Bull.* n° 433.

MESTRE (Jacques) et FAGES (Bernard), « Cession de créance : la plénitude du droit d'agir du cessionnaire contre les tiers », *RTD civ.* 2007. 122, 2 p., note sous Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-10.231, *Bull.* n° 433.

MESTRE (Jacques) et FAGES (Bernard), « Hors ou dans le commerce ? », *RTD civ.* 2006. 552, note sous Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-10.231, *Bull.* n° 433.

MOTULSKY (Henri), « Le droit subjectif et l'action en justice », dans *Archives de Philosophie du droit*, Sirey, 1964, p. 215-230 ; repris dans *Ecrits, Etudes et notes de procédures civile, tome 1*, 2^e éd., préface de BOLLARD (Georges), Dalloz, Paris, 2010, p. 85-100.

NOURRISSAT (Cyril), « Directive européenne "actions représentatives" : *Ehh, What's up Doc ?* », *Procédures* n° 3, mars 2021, Repère, p. 3.

PERCEROU (Jean), « La liquidation du passif héréditaire en droit français », *RTD civ.* 1905. 535, p. 535 à 612, 74 p.

PIETTE (Gaël), « Le devoir d'assurer l'efficacité de la subrogation », *RLDA* 2008, n° 24.

RIPERT (Georges), « Le prix de la douleur », *D.* 1948, chr. 1.

ROCHE (Geoffrey), « L'action de groupe en droit du travail : pas de bilan, mais des perspectives ? », *RJS* 11/21, Etudes et doctrine, chronique, p. 865, n° 4.

RODIERE (René), *JCP* 1955. I. 8548, note sous CA Aix, 1^{re} ch., 5 octobre 1954, *époux Fine c. Naitana*, 4 p.

SAVATIER (René), « Le dommage mortel et ses conséquences au point de vue de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1938, n° 7, p. 187 à 212, 26 p.

SAVATIER (Jean), « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1939. 525.

TELLIER (Véronique), « La nature juridique de l'action oblique », *RRJ* 2002/4, p. 1835 à 1858.

VINEY (Geneviève), « La transmission des actions en responsabilité attachées à titre d'accessoire à la créance cédée », *RDC* 2007. 291, note sous Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-10.231, *Bull.* n° 433.

VINEY (Geneviève), « L'action en responsabilité en participant à une chaîne de contrats », dans *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 399-424, 26 p.

VIANDIER (Alain), « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », dans *Mélanges Christian Mouly*, t. II, 1998, Litec, 460 p., p. 193 à 204, 12 p.

VIATTE (Jean), « La notion d'irrecevabilité », *Gaz. Pal.* 1980. 2. Doct. 470, 2 p.

WIEDERKEHR (Georges), « La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile », dans *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales, Toulouse, 1981, p. 949-958.

WIEDERKEHR (Georges), « La légitimité de l'intérêt pour agir », p. 877 à 883, dans *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, COULON (Jean-Marie), Dalloz, Paris, 2010, LXIV-1105 p.

V. RAPPORTS

Rapport annuel de la Cour de cassation 1988, La Documentation française, 1989, 317 p.

Groupe de travail présidé par CERUTTI (Guillaume) et GUILLAUME (Marc), *Rapport sur l'action de groupe*, 20 décembre 2005.

GOSSELIN (Philippe), VICHNIEWSKY (Laurence), « Bilan et perspectives des actions de groupe », Rapport d'information présenté le 11 juin 2020.

PERBEN (Dominique), *Rapport relatif à l'avenir de la profession d'avocat*, juillet 2020.

VI. JURISPRUDENCES, NOTES, COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS

JURISPRUDENCE SUPRALEGISLATIVE

Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne :

CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. n° 222/84.

CJUE, 1^{re} ch., 7 février 2013, aff. C-543/10 ; JCP G, n° 18, 29 avril 2013, act. 516, note Philippe Guez.

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, req. n° 4451/70.

CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, req. n° 6878/75 et n° 7238/75.

CEDH, 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, req. n° 8790/79 : JCP 1995. I. 3823, n° 27, obs. SUDRE (Frédéric).

CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet*, req. n° 23805/94 : D. 1996. 357, obs. COLLIN-DEMUMIEUX (Mathilde).

CEDH, 22 novembre 1995, *Bryan c/ Royaume-Uni*, req. n° 19178/91.

Jurisprudence du Conseil constitutionnel :

Cons. Const., 25 juillet 1989, n° 89-257 DC, à propos de la loi modifiant le code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion : AJDA 1989. 796, note BENOIT-RÖHMER (Florence).

Cons. Const., 21 janvier 1994, n° 93-335 DC.

Cons. Const., 9 avril 1996, n° 96-373 DC.

Cons. Const., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC : D. 2014. 1297, obs. AUBRY (Hélène), POILLOT (Elise) et SAUPHANOR-BROUILLAUD (Natacha), D. 2015. 943, obs. FERRIER (Didier).

Cons. Const., 4 avril 2014, n° 2014-387 QPC : D. 2015. 1457, obs. GAY (Laurence) et MANGIAVILLANO (Alexandre), *Droit social* 2014. 948, obs. SALOMON (Renaud), RSC 2014. 361, obs. CERF-HOLLENDER (Agnès).

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons coiffeurs de Limoges*, Rec., p. 977, concl. Romieu.

CE, 2 mars 1998, req. n° 186.422.

CE, 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France et autres* : AJDA 1998. 1010, obs. SCHWARTZ (Rémy).

CE, sect., 29 mars 2000, req. n° 195.662, *AP-HP c/ Cts Jacquié*, Lebon : JCP 2000. I. doct. 280, obs. VINEY (Geneviève), JCP 2000. II. 10360, obs. DERRIEN (Arnaud), D. 2000. 563, obs.

BOURREL (Antoine), *D.* 2002. 523, obs. DE BECHILLON (Denys), *RFDA* 2000. 850, obs. CHAUVAUX (Didier), *RDSS* 2001. 77, obs. PUGEAULT (Serge).

CE, 27 octobre 2000, req. n° 195.663, *AP-HP : LPA*, 4 juillet 2001, n° 132, p. 15, obs. GUETTIER (Christophe).

CE, 15 janvier 2001, req. n°s 208.958, 195.774, 184.509 et 208.960, *AP-HP : RCA*, janvier 2002, n° 1, comm. 3, obs. GUETTIER (Christophe), *RFDA* 2002. 139, obs. CHAUVAUX (Didier).

JURISPRUDENCE CIVILE

- **Chambre des Requêtes**

Req., 28 mai 1813, *DP* 1916. 1. 271.

Req., 24 janvier 1827, *S.* 1825-1827. 507.

Req., 28 janvier 1836.

Req., 6 juillet 1836 ; *S.* 1836. 1, p. 633, note DEVILLENEUVE (L.-M.).

Req., 20 mars 1843, *DP* 1843. 1. 216.

Req., 6 juillet 1847, *DP* 1847. 4. 426.

Req., 11 février 1851 : *DP* 1851. 1. 242.

Req., 19 janvier 1863.

Req., 27 novembre 1866, *S.* 1867. 396.

Req., 3 février 1868, *DP* 1868. 1. 396.

Req., 20 février 1872, *DP* 1872. 1. 238.

Req., 10 décembre 1872, *DP* 1873. 1. 351.

Req., 6 août 1874 : *DP* 1875. 1. 269.

Req., 26 décembre 1893, *DP* 1895. 1. 529.

Req., 25 mars 1924 ; *DH* 1924. 282.

Req., 3 novembre 1932, *D.H.* 1932, p. 570.

Req., 24 juin 1914, *DP* 1916. 1. 39.

Req., 9 juin 1925, *S.* 1825-1827. 134.

Req., 26 mai 1941 ; *DC* 1942. 133, note CARBONNIER (Jean).

- **Assemblée plénière**

Ass. Plén., 15 avril 1983, pourvoi n° 80-13.339, *Bull.* n° 4 : *Gaz. Pal.*, 1983, 2, p. 473, note DUPICHOT (Jacques), *D.* 1983. 461, note DERRIDA (Fernand), concl. DONTENWILLE (Henri), *JCP G* 1984. II. 20126, note CHARTIER (Yves).

Ass. Plén., 7 février 1986, pourvois n° 84-15.189 et n° 83-14.631, *Bull.* n° 2 : *RTD civ.* 1986. 364, obs. HUET (Jérôme), *RTD civ.* 1986. 594, obs. MESTRE (Jacques), *RTD civ.* 1986. 605, obs. REMY (Philippe), *JCP G* 1986. II. 20616, MALINVAUD (Philippe).

Ass. Plén., 12 juillet 1991, pourvoi n° 90-13.602, *Bull.* n° 5, *Besse* : *D.* 1991. 549, obs. GHESTIN (Jacques), *D.* 1991. Somm. 321, obs. AUBERT (Jean-Luc), *JCP* 1991. II. 21743, obs. VINEY (Geneviève), *RTD civ.* 1991. 750, obs. JOURDAIN (Patrice), *RTD civ.* 1992. 593, obs. ZENATI (Frédéric), *JCP* 1991. I. 3531, obs. LARROUMET (Christian), *D.* 1991, chron. 257, obs. JAMIN (Christophe).

Ass. Plén., 30 juin 1995, pourvoi n° 94-20.302, *Bull.* n° 4 : *D.* 1995. 513, obs. JEOL (Michel), *D.* 1995. 513, obs. DRAGO (Roland), *JCP* 1995. II. 22748, obs. JEOL (Michel) et PERDRIAU (André).

Ass. Plén., 23 février 2001, pourvoi n° 99-15.541, *Bull.* n° 4.

Ass. Plén., 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-10.672, *Bull.* n° 8, *Cesareo* : *D.* 2006. 2135, obs. WEILLER (Laura), *JCP* 2006. I. 183, obs. AMRANI-MEKKI (Soraya), chronique sous la direction de CADIET (Loïc) et CLAY (Thomas), *JCP* 2007. II. 10070, obs. WIEDERKEHR (Georges), *Procédures*, octobre 2006, n° 10, Repère 9, obs. CROZE (Hervé), *Procédures*, octobre 2006, n° 10, comm. 201, obs. PERROT (Roger), *RTD civ.* 2006. 825, obs. PERROT (Roger), *RTD civ.* 2007. 723, obs. MARTIN (Raymond), *Gaz. Pal.*, 6 janvier 2007, p. 22, obs. GAIN (Marie-Odile), *Dr. et proc.*, 2006. 348, obs. FRICERO (Natalie), *RDI* 2006. 500, obs. MALINVAUD (Philippe).

Ass. Plén., 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.255, *Bull.* n° 9 : *D.* 2006. 2825, obs. VINEY (Geneviève), *D.* 2007. Pan. 2897, obs. JOURDAIN (Patrice), *D.* 2007. Pan. 2966, obs. AMRANI-MEKKI (Soraya) et FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), *D.* 2007. 1827, obs. ROZES (Louis), *JCP* 2006. II. 10181, obs. BILLIAU (Marc), *JCP* 2007. I. 115, n° 4, obs. STOFFEL-MUNCK (Philippe), *JCP E* 2007. 1523, n°s 15 à 20, obs. KENFACK (Hugues), *CCC* n° 3, Mars 2007, comm. 63, obs. LEVENEUR (Laurent), *AJDI* 2007. 295, obs. DAMAS (Nicolas), *LPA*, 22 janvier 2007, p. 16, obs. LACROIX (Caroline), *LPA*, 16 mai 2007, p. 16, obs. DEPADT-SEBAG (Valérie), *RCA* n° 11, Novembre 2006, étude 17, obs. BLOCH (Laurent), *RLDC* 2007/34, p. 5, obs. BRUN (Philippe), *RDI* 2006. 504, obs. MALINVAUD (Philippe), *RDC* 2007. 269, obs. MAZEAUD (Denis), *RDC* 2007. 279, obs. CARVAL (Suzanne), *RDC* 2007. 379, obs. SEUBE (Jean-Baptiste), *RTD civ.* 2007. 61, obs. DEUMIER (Pascale), *RTD civ.* 2007. 115, obs. MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand), *RTD civ.* 2007. 123, obs. JOURDAIN (Patrice).

Ass. plén., 9 mai 2008, *Fortin*, pourvoi n° 05-87.379, *Bull.* n° 2 : *D.* 2008. 1415, obs. LENA (Maud), *D.* 2008. 2757, obs. PRADEL (Jean), *AJ pénal* 2008. 366, obs. SAAS (Claire).

Ass. Plén., 13 janvier 2020, pourvoi n° 17-19.963, *publié au Bull.* : *AJ contrat* 2020. 80, obs. LATINA (Mathias), *RTD civ.* 2020. 96, obs. BARBIER (Hugo), *D.* 2020. 394, obs. BACACHE (Mireille), *D.* 2020. 416, obs. BORGHETTI (Jean-Sébastien).

- **Chambre Mixte**

Mixte, 30 avril 1976, pourvoi n° 73-93.014, *Bull.* n° 2 : *D.* 1977. 2. 185, obs. CONTAMINE-RAYNAUD (Monique).

Mixte, 10 juillet 1981, pourvois n° 77-10.745 et n° 78-10.425, *Bull.* n° 6 (2 arrêts).

Mixte, 23 novembre 1990, pourvois n° 86-19.396, n° 88-16.883 et n° 87-17.044, *Bull.* n° 1 et n° 2 : *D.* 1991. 121, obs. LARROUMET (Christian), *JCP* 1991. II. 21642, obs. LEGEAIS (Dominique), *RTD civ.* 1991. 360, obs. REMY (Philippe), *Deffrénois* 1991. 1025, obs. CARBONNIER (Denis).

Mixte, 22 février 2002, pourvoi n° 00-19.639, *Bull.* n° 1.

Mixte, 10 juin 2005, pourvoi n° 02-21.296, *Bull.* n° 5 : *RDC* 2005, p. 1136, obs. HOUTCIEFF (Dimitri), *RTD com.* 2005. 582, obs. LEGEAIS (Dominique), *JCP* 2005. II. 10130, obs. SIMLER (Philippe), *D.* 2005. 1773, obs. DELPECH (Xavier), *D.* 2005. 2020, obs. PIEDELIEVRE (Stéphane).

Mixte, 2 décembre 2005, pourvoi n° 03-18.210, *Bull.* n° 7 : *D.* 2006. 729, obs. SAINTE-ROSE (Jerry), *D.* 2006. Pan. 1414, obs. LEMOULAND (Jean-Jacques) et VIGNEAU (Daniel), *D.* 2006. Pan. 2856, obs. CROCQ (Pierre), *JCP* 2005. II. 10183, obs. SIMLER (Philippe), *JCP G* 2006. II. 10141, obs. PIEDELIEVRE (Stéphane), *Dr. et patr.*, févr. 2006, n° 145, p. 122-135, obs. DUPICHOT (Philippe), *RLDC* 2006/24, n° 992, obs. MIGNOT (Marc), *CCC* 2006, comm. 62, obs. LEVENEUR (Laurent), *Dr. fam.* 2006, Étude 13, obs. BEIGNIER (Bernard), *RDC* 2006. 454, obs. GRIMALDI (Michel), *RDC* 2006. 458, obs. HOUTCIEFF (Dimitri), *Deffrénois* 2006. 586, obs. LIBCHABER (Rémy), *RD banc. fin.*, janvier 2006, n° 1, comm. 15, obs. CERLES (Alain), *RTD civ.* 2006. 357, obs. VAREILLE (Bernard), *RTD civ.* 2006. 594, obs. CROCQ (Pierre), *RTD com.* 2006. 465, obs. LEGEAIS (Dominique).

Mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 03-20.026, *Bull.* n° 6.

- **Chambres civiles**

Civ., 5 juillet 1819, *S.* 1819-1821. 93.

Civ., 18 juillet 1838 ; *S.* 1838, 1, p. 603.

Civ., 11 mai 1846 ; *S.* 1846, 1, p. 691 ; *DP* 1847, IV, p. 161.

Civ., 13 août 1851, *Toussaint de Gérard* ; *DP* 1851. 1. 281, *S.* 1851. 1. 657.

Civ., 4 juillet 1854 ; *DP* 1854, p. 1, p. 403 ; *S.* 1854, 1, p. 785.

Civ. 1^{re}, 1^{er} mai 1866, *DP* 1866. 318.

Civ., 29 juillet 1868, *DP* 1868. 1. 376.

Civ., 23 juin 1903 ; *DP* 1903, 1, p. 454 ; *S.* 1904, 1, p. 289, note TISSIER (Albert).

Civ., 21 décembre 1903, *DP* 1908.1. 377.

Civ., 23 juillet 1918 ; *DP* 1918. 1. 52 ; *S.* 1921. 1. 289, note CHAVEGRIN (Ernest).

Civ., 13 novembre 1928, *D.H.* 1928, p. 605.

Civ., 25 novembre 1929 ; *DP* 1933. 1. 28 ; *S.* 1932. 1. 28 ; *RTD civ.* 1934. 311, obs. JAPIOT (René).

Civ., 24 novembre 1936 ; *Gaz. Pal.*, 1937. 1. 187.

Civ., 10 juillet 1939.

Civ., 25 septembre 1940 : *JCP* 1941. II. 1621, obs. MADRAY (Gilbert), *RTD civ.* 1940-41. 333, obs. RAYNAUD (Pierre).

Civ., 18 janvier 1943, *Charpin* ; *D.* 1943. 45, note L. Mazeaud

Civ., 16 février 1948 : *JCP* 1948. IV. 147, obs. MADRAY (Gilbert), *RTD civ.* 1948. 360, obs. VIZIOZ (Henri).

Civ., 29 juin 1948, *D.* 1949. 129, note PONSARD (André).

Civ., 16 janvier 1951.

Civ. 1^{re}, 1^{er} février 1955 ; *JCP* 1955. II. 8646, note BECQUE (Jacques).

Civ. 1^{re}, 25 juin 1955, *D.* 1956. 2. 1., note ROUAST (André).

Civ. 1^{re}, 12 mars 1957 : *JCP* 1957. II. 10005, obs. BLIN (Olivier).

Civ. 1^{re}, 21 octobre 1958, *Bull.* n° 439.

Civ. 1^{re}, 16 mai 1960, *Bull.* n° 259 ; *D.* 1960. 681, note HOLLEAUX (André) ; *JCP* 1961. II. 12148, note PONSARD (André).

Civ. 1^{re}, 17 octobre 1960, *D.* 1961. 321, note VOIRIN (Pierre).

Civ. 1^{re}, 26 février 1963, *Bull.* n° 122.

Civ. 1^{re}, 8 juin 1963 : *D.* 1964. 713, note LAMAND (Francis), *JCP* 1965. II. 14087, note SAVATIER (René).

Civ. 1^{re}, 10 avril 1964, *Bull.* n° 174.

Civ. 1^{re}, 5 octobre 1964, *Bull.* n° 419.

Civ. 1^{re}, 24 mars 1965, *Bull.* n° 219.

Civ. 1^{re}, 14 février 1966, *Bull.* n° 112.

Civ. 1^{re}, 3 novembre 1966, *Bull.* n° 491.

Civ. 1^{re}, 10 janvier 1967, *Bull.* n° 12.

Civ. 1^{re}, 28 novembre 1967, *Bull.* n° 348 : *RTD civ.* 1968. 391, obs. CORNU (Gérard).

Civ. 1^{re}, 12 juin 1968, pourvois n° 65-14.399 et n° 66-11.076, *Bull.* n° 170 : *D.* 1969. 249, note BESSON (André), *JCP* 1968. II. 15584, concl. LINDON (Raymond), *Grands arrêts du droit de l'assurance*, Sirey, 1978, p. 65, obs. BERR (Claude J) et GROUDEL (Hubert).

Civ. 1^{re}, 30 octobre 1968, *Bull.* n° 255.

Civ. 1^{re}, 20 octobre 1970, pourvoi n° 68-12.811, *Bull.* n° 269.

Civ. 1^{re}, 26 avril 1972, pourvoi n° 71-10.779, *Bull.* n° 110.

Civ. 1^{re}, 10 octobre 1972, pourvoi n° 71-11.652, *Bull.* n° 198.

Civ. 1^{re}, 20 mars 1973, pourvoi n° 71-12.540, *Bull.* n° 107.

Civ. 1^{re}, 24 octobre 1973, pourvoi n° 72-13.211, *Bull.* n° 279.

Civ. 1^{re}, 9 janvier 1974, pourvoi n° 72-14.488, *Bull.* n° 1 : *RTD civ.* 1974. 808, obs. LOUSSOUARN (Yvon).

Civ. 1^{re}, 11 février 1975, pourvoi n° 73-14.708, *Bull.* n° 54.

Civ. 1^{re}, 12 février 1975, pourvoi n° 73-10.960, *Bull.* n° 64.

Civ. 1^{re}, 27 mai 1975, pourvoi n° 74-11.480, *Bull.* n° 174 : *D.* 1976. 318, note VINEY (Geneviève), *RTD civ.* 1976. 147, obs. DURRY (Georges).

Civ. 1^{re}, 18 janvier 1977, pourvoi n° 76-10.574, *Bull.* n° 30.

Civ. 1^{re}, 20 avril 1977, pourvoi n° 75-13.695, *Bull.* n° 182.

Civ. 1^{re}, 22 juin 1977, pourvoi n° 74-14.644, *Bull.* n° 296.

Civ. 1^{re}, 25 janvier 1978, pourvoi n° 76-12.275, *Bull.* n° 35.

Civ. 1^{re}, 24 avril 1979, pourvoi n° 76-13.620, *Bull.* n° 115.

Civ. 1^{re}, 9 octobre 1979, *Lamborghini*, pourvoi n° 78-12.502, *Bull.* n° 241.

Civ. 1^{re}, 4 juin 1980, pourvoi n° 79-11.544, *Bull.* n° 174.

Civ. 1^{re}, 25 juin 1980, pourvoi n° 79-11.591, *Bull.* n° 197.

Civ. 1^{re}, 3 février 1981, pourvoi n° 79-10.923, *Bull.* n° 39.

Civ. 1^{re}, 24 février 1981, *GP* 1981. 577, obs. Viante.

Civ. 1^{re}, 23 avril 1981, pourvoi n° 80-10.873, *Bull.* n° 130.

Civ. 1^{re}, 30 juin 1981, pourvoi n° 79-12.531, *Bull.* n° 238.

Civ. 1^{re}, 25 octobre 1981, pourvoi n° 80-11.206, *Bull.* n° 317.

Civ. 1^{re}, 17 mai 1982, pourvoi n° 81-12.312, *Bull.* n° 176.

Civ. 1^{re}, 24 novembre 1982, pourvoi n° 81-15.663, *Bull.* n° 339.

Civ. 1^{re}, 4 janvier 1983, pourvoi n° 81-15.865, *Bull.* n° 1.

Civ. 1^{re}, 25 janvier 1983, pourvoi n° 81-13.636, *Bull.* n° 26.

Civ. 1^{re}, 14 décembre 1983, pourvoi n° 82-14.725, *Bull.* n° 300 : *D.* 1984. 310, note BRETON (André).

Civ. 1^{re}, 21 mars 1984, pourvoi n° 83-10.035, *Bull.* n° 111.

Civ. 1^{re}, 14 juin 1984, pourvoi n° 83-11.402, *Bull.* n° 197.

Civ. 1^{re}, 19 mars 1985, pourvoi n° 84-10.237, *Bull.* n° 99.

Civ. 1^{re}, 3 juin 1986, pourvoi n° 85-10.639, *Bull.* n° 147.

Civ. 1^{re}, 10 juin 1986, pourvoi n° 84-11.075, *Bull.* n° 162.

Civ. 1^{re}, 15 avril 1986, pourvoi n° 84-13.422, *Bull.* n° 87.

Civ. 1^{re}, 12 janvier 1988 : *D.* 1989, p. 1, note GAUTIER (Pierre-Yves).

Civ. 1^{re}, 8 mars 1988, pourvoi n° 86-18.182, *Bull.* n° 69, *Clic Clac Photo* : *JCP G* 1988. II. 21070, obs. JOURDAIN (Patrice), *RTD civ.* 1988. 551, obs. REMY (Philippe), *RJ com.* 1989. 304, obs. DELEBECQUE (Philippe), *RTD civ.* 1988. 741, obs. MESTRE (Jacques), *LPA* 1988, n° 112, p. 6, obs. HASSLER (Théo).

Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, pourvoi n° 86-15.783, *Bull.* n° 74.

Civ. 1^{re}, 19 avril 1988, pourvoi n° 86-18.028, *Bull.* n° 101 : *RTD civ.* 1989. 79, obs. MESTRE (Jacques).

Civ. 1^{re}, 21 juin 1988, pourvoi n° 85-12.609, *Bull.* n° 202 : *D.* 1989. 5, note LARROUMET (Christian), *JCP* 1988. II. 21125, obs. JOURDAIN (Patrice), *RTD civ.* 1989. 107, obs. REMY (Philippe).

Civ. 1^{re}, 28 juin 1988, pourvoi n° 86-13.639, *Bull.* n° 209 : *JCP* 1989. II. 21366, obs. MARTIN (Didier), *Defrénois*, 15 juin 1990, p. 40, obs. BEAUBRUN (Marcel), *D.* 1989. 181, obs. NAJJAR (Ibrahim).

Civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, pourvoi n° 83-15.786, *Bull.* n° 231 : *RTD civ.* 1989. 320, obs. MESTRE (Jacques).

Civ. 1^{re}, 20 décembre 1988, pourvoi n° 87-16.369, *Bull.* n° 373 : *JCP* 1989. I. 21354, obs. WIEDERKEHR (Georges).

Civ. 1^{re}, 11 janvier 1989, pourvoi n° 87-11.976, *Bull.* n° 9 : *D.* 1990. somm. 57, obs. COLOMBET (Claude), *JCP* 1989. II. 21378, obs. LUCAS (André), *D.* 1989. jur. 308, obs. EDELMAN (Bernard).

Civ. 1^{re}, 21 juin 1989, pourvoi n° 87-19.742, *Bull.* n° 249.

Civ. 1^{re}, 21 juin 1989, pourvoi n° 87-19.742, *Bull.* n° 249 : *D.* 1990.182, obs. LESCA (Christina).

Civ. 1^{re}, 22 novembre 1989, pourvoi n° 88-13.897, *Bull.* n° 353.

Civ. 1^{re}, 6 décembre 1989, pourvoi n° 86-12.645, *Bull.* n° 375.

Civ. 1^{re}, 13 mars 1990, *inédit*, pourvoi n° 88-15.777.

Civ. 1^{re}, 15 mai 1990, pourvoi n° 88-19.780, *Bull.* n° 102 : *RDI* 1997. 628, obs. COLLART-DUTILLEUL (François) et DERRUPPE (Jean).

Civ. 1^{re}, 6 novembre 1990, pourvois n°s 88-12.132 et s., *Bull.* n° 230.

Civ. 1^{re}, 8 janvier 1991, pourvoi n° 89-12.384, *Bull.* n° 10 : *RTD civ.* 1991. 776, obs. PATARIN (Jean).

Civ. 1^{re}, 22 mai 1991, *inédit*, pourvoi n° 89-21.486.

Civ. 1^{re}, 9 octobre 1991, pourvoi n° 89-17.916, *Bull.* n° 250 : *D.* 1992. 421, obs. BARRET (Olivier).

Civ. 1^{re}, 15 octobre 1991, pourvoi n° 90-13.064, *Bull.* n° 268.

Civ. 1^{re}, 13 novembre 1991, pourvoi n° 89-14.431, *Bull.* n° 307.

Civ. 1^{re}, 25 novembre 1992, *inédit*, pourvoi n° 90-14.991.

Civ. 1^{re}, 13 janvier 1993, pourvoi n° 88-12.884, *Bull.* n° 6 : *RTD civ.* 1993. 822, obs. MESTRE (Jacques).

Civ. 1^{re}, 24 novembre 1993, *inédit*, pourvoi n° 91-17.753 : *JCP E* 1994. II. 593, obs. LEVENEUR (Laurent), *RTD civ.* 1994. 601, obs. MESTRE (Jacques), *RTD civ.* 1994. 689, obs. NORMAND (Jacques).

Civ. 1^{re}, 20 juillet 1994, pourvoi n° 92-18.916, *Bull.* n° 285 : *JCP N* 1995. II. 652, note LEVENEUR (Laurent).

Civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-15.005, *Bull.* n° 291 : *LPA* 1996, n° 38, p. 15, note MASSIP (Jean).

Civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-15.602, *Bull.* n° 306.

Civ. 1^{re}, 14 février 1995, pourvoi n° 93-11.211, *Bull.* n° 82 : *Deffrénois* 1995. 1393, obs. MASSIP (Jean).

Civ. 1^{re}, 28 février 1995, pourvoi n° 93-11.310, *Bull.* n° 102 : *Justices* 1996, n° 3, p. 375, obs. WIEDERKEHR (Georges).

Civ. 1^{re}, 7 juin 1995, pourvoi n° 93-13.898, *Bull.* n° 249 : *D.* 1996. 395, obs. MAZEAUD (Denis), *D.* 1996. 14, obs. TOURNAFOND (Olivier).

Civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-15.602, *Bull.* n° 306 : *JCP* 1996. II. 22623, obs. LEVENEUR (Laurent).

Civ. 1^{re}, 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-15.005, *Bull.* n° 291 : *LPA* 1996, n° 38, p. 15, obs. MASSIP (Jacques),.

Civ. 1^{re}, 17 octobre 1995, pourvoi n° 93-19.840, *Bull.* n° 366 : *D.* 1996. 266, obs. AYNES (Laurent).

Civ. 1^{re}, 7 novembre 1995, pourvoi n° 93-16.148, *Bull.* n° 397 : *D.* 1996. 335, obs. MAZEAUD (Denis).

Civ. 1^{re}, 9 mai 1996, *inédit*, pourvoi n° 93-14.373.

Civ. 1^{re}, 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-16.475, *Bull.* n° 394 : *D.* 1997. Somm. 166, obs. AYNES (Louis).

Civ. 1^{re}, 19 novembre 1996, *inédit*, pourvoi n° 94-22.052.

Civ. 1^{re}, 10 juin 1997, pourvoi n° 95-19.352, *Bull.* n° 194.

Civ. 1^{re}, 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-13.484, *Bull.* n° 232.

Civ. 1^{re}, 9 décembre 1997, pourvoi n° 95-19.003, *Bull.* n° 335 : *Defrénois* 1998. 341, obs. DELEBECQUE (Philippe).

Civ. 1^{re}, 24 février 1998, pourvoi n° 95-22.282, *Bull.* n° 75 : *D.* 1999. 64, obs. COLOMBET (Claude), *D.* 1998. 471, obs. FRANCON (André).

Civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-14.359, *Bull.* n° 285 : *JCP G* 1998. II. 10202, obs. MALEVILLE (Marie-Hélène), *D.* 1998. 563, obs. SAINTE-ROSE (Jerry).

Civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, pourvoi n° 96-19.992, *Bull.* n° 6 : *D.* 1999. 383, obs. WITZ (Claude), *JCP* 2000. I. doctr. 197, n° 28, obs. VINEY (Geneviève), *Rev. crit. DIP* 1999. 519, obs. HEUZE (Vincent), *RTD civ.* 1999. 503, obs. RAYNARD (Jacques), *RTD com.* 1999. 739, obs. BOULOC (Bernard).

Civ. 1^{re}, 26 janvier 1999, pourvoi n° 96-21.328, *Bull.* n° 27.

Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, pourvoi n° 97-17.598, *Bull.* n° 92 : *RTD civ.* 1999. 469, obs. PERROT (Roger).

Civ. 1^{re}, 18 juillet 2000, pourvoi n° 99-12.135, *Bull.* n° 221.

Civ. 1^{re}, 29 février 2000, pourvoi n° 97-19.068, *Bull.* n° 66.

Civ. 1^{re}, 14 novembre 2000, pourvoi n° 99-10.778, *Bull.* n° 289.

Civ. 1^{re}, 6 février 2001, pourvoi n° 98-20.776, *Bull.* n° 22 : *JCP E* 2001, n° 29, p. 1238 à 1243, obs. MAINGUY (Daniel) et SEUBE (Jean-Baptiste), *D.* 2001. 1135, obs. DELEBECQUE (Philippe), *Dr. et patr.* 2001, n° 95, p. 120 à 121, obs. MOUSSERON (Pierre), *RTD com.* 2001. 413, obs. LOQUIN (Eric), *JCP G* 2001. II, 10567, p. 1390 à 1394, obs. LEGROS (Cécile), *Revue de l'arbitrage*, 1^{er} octobre 2001, n° 4, p. 765 à 772, obs. COHEN (Daniel), *Rev. crit. DIP*, 1^{er} juillet 2001, n° 3, p. 552-534, obs. JAULT-SESEKE (Fabienne).

Civ. 1^{re}, 13 février 2001, pourvoi n° 99-13.589, *Bull.* n° 35.

Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, pourvoi n° 99-10. 709, *Bull.* n° 114 : *RTD Civ.* 2001. 618, obs. RIVET (Thierry), *RDI* 2001. 358, obs. BRUSCHI (Marc).

Civ. 1^{re}, 9 mai 2001, pourvoi n° 98-23.144, *Bull.* n° 125.

Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, pourvoi n° 99-15.776, *Bull.* n° 150 : *JCP* 2001. I. 360, p. 2043, n° 4, obs. PETEL (Philippe) et CABRILLAC (Michel), *JCP* 2002. I. doctr. 178, n° 10, obs. LE GUIDE (Raymond), *RTD civ.* 2001. 644, obs. PATARIN (Jean).

Civ. 1^{re}, 14 novembre 2001, pourvoi n° 99-10.029, *Bull.* n° 273.

Civ. 1^{re}, 28 mai 2002, pourvoi n° 00-11.049, *Bull.* n° 145 : *D.* 2002. 3041, obs. PERRUCHOT-TRIBOULET (Vincent), *D.* 2002, Somm. 2836, obs. DELEBECQUE (Philippe).

Civ. 1^{re}, 29 octobre 2002, pourvoi n° 00-15.227, *Bull.* n° 249.

Civ. 1^{re}, 21 janvier 2003, pourvoi n° 00-15.781, *Bull.* n° 18 : *RTD civ.* 2003. 298, obs. MESTRE (Jacques), FAGES (Bernard).

Civ. 1^{re}, 11 mars 2003, pourvoi n° 01-12.170, *Bull.* n° 65.

Civ. 1^{re}, 20 janvier 2004, pourvoi n° 00-20.086, *Bull.* n° 17 : *JCP* 2004. II. 10033, obs. SAINTE-ROSE (Jerry).

Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, pourvoi n° 01-14.311, *Bull.* n° 95 : *RLDC* 2004/5, n° 169, p. 10 à 11, obs. DOIREAU (Sidonie).

Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, pourvoi n° 02-20.085, *Bull.* n° 194 : *AJ fam.* 2004. 458, obs. BICHERON (Frédéric).

Civ. 1^{re}, 8 mars 2005, pourvoi n° 03-20.968, *Bull.* n° 295 : *RDLC* 2005/17, p. 46, obs. GAURY (Sabrina).

Civ. 1^{re}, 5 avril 2005, pourvoi n° 02-21.011, *Bull.* n° 167 : *RTD civ.* 2005. 598, obs. MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand).

Civ. 1^{re}, 25 mai 2005, pourvoi n° 04-11.622, *Bull.* n° 225 : *D.* 2005. AJ 1629, obs. DELPECH (Xavier), *RLDC* 2006/25, n° 1028, obs. CORGAS-BERNARD (Christina), *Banque et droit*, juillet-août 2005, n° 102, p. 62, obs. RONTCHEVSKY (Nicolas), *RTD civ.* 2005. 598, obs. MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand).

Civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10.921, *Bull.* n° 327.

Civ. 1^{re}, 10 janvier 2006, pourvoi n° 03-17.839, *Bull.* n° 6.

Civ. 1^{re}, 24 octobre 2006, pourvoi n° 04-10.231, *Bull.* n° 433 : *D.* 2006. AJ. 2787, obs. AVENA-ROBARDET (Valérie), *RDC* 2007. 291, obs. VINEY (Geneviève), *RTD civ.* 2007. 122, obs. MESTRE (Jacques), FAGES (Bertrand).

Civ. 1^{re}, 14 novembre 2006, pourvoi n° 05-19.402, *Bull.* n° 482.

Civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-19.015, *Bull.* n° 497.

Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, pourvoi n° 05-19.020, *Bull.* n° 118 : *RCA* 2007, comm. 207, obs. HOCQUET-BERG (Sophie).

Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, pourvoi n° 06-11.003, *Bull.* n° 135 : *Procédures*, mai 2007, n° 5, comm. 102, obs. PERROT (Roger), *RTD civ.* 2007. 381, obs. PERROT (Roger).

Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, pourvoi n° 04-20.842, *Bull.* n° 129.

Civ. 1^{re}, 15 mai 2007, pourvoi n° 05-16.926, *Bull.* n° 193 : *JCP* 2007. I. 185, n° 5 s., obs. STOFFEL-MUNCK (Philippe), *RTD com.* 2008. 172, obs. BOULOC (Bernard).

Civ. 1^{re}, 19 juin 2007, pourvoi n° 05-21.678, *Bull.* n° 239 : *D.* 2007. AJ 1958, obs. DELPECH (Xavier), *CCC* 2007, n° 270, obs. LEVENEUR (Laurent), *RTD civ.* 2008. 301, obs. FAGES (Bertrand).

Civ. 1^{re}, 26 septembre 2007, *inédit*, pourvoi n° 05-14.020.

Civ. 1^{re}, 28 mai 2008, pourvoi n° 07-13.266, *Bull.* n° 153 : *D.* 2008. 3111, obs. CLAY (Thomas), *JCP* 2008. II. 10170, obs. BOLARD (Georges), *RTD civ.* 2008. 551, obs. PERROT (Roger), *RTD com.* 2010. 535, obs. LOQUIN (Eric).

Civ. 1^{re}, 5 juin 2008, pourvoi n° 06-18.967, *Bull.* n° 164 : *RTD com.* 2009. 431, obs. BOULOC (Bernard).

Civ. 1^{re}, 27 novembre 2008, *inédit*, pourvoi n° 07-18.225.

Civ. 1^{re}, 8 juillet 2009, pourvoi n° 07-19.465, *Bull.* n° 160 : *AJ fam.* 2009. 351, obs. PECAUT-RIVOLIER (Laurence), *RTD civ.* 2009. 700, obs. HAUSER (Jean).

Civ. 1^{re}, 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-19.173, *Bull.* n° 228 : *D.* 2009. 2860, obs. AVENA-ROBARDET (Valérie), *RDI* 2010, n° 6, chron., p. 322, 5 p., obs. HEUGAS-DARRASPEN (Henri).

Civ. 1^{re}, 27 mai 2010, *inédit*, pourvoi n° 09-13.083.

Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2010, pourvoi n° 09-10.354, *Bull.* n° 150.

Civ. 1^{re}, 9 mars 2011, pourvoi n° 10-10.044, *Bull.* n° 54.

Civ. 1^{re}, 15 décembre 2011, *inédit*, pourvoi n° 10-17.691 : *D.* 2012. 659, obs. MAZEAUD (Denis), *RTD com.* 2012. 393, obs. BOULOC (Bernard).

Civ. 1^{re}, 17 octobre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-25.252.

Civ. 1^{re}, 9 avril 2013, pourvoi n° 11-27.071, *Bull.* n° 66 : *D.* 2014. 689, obs. DOUCHY-LOUDOT (Mélina), *RTD civ.* 2013. 589, obs. HAUSER (Jean), *D.* 2013. 1106, obs. CHEVALIER (Pierre), *Gaz. Pal.*, 11 juin 2013, n° 162, p. 19, obs. REGIS (Nicolas), *JCP* 2013. doctr. 623, n° 27, obs. MATHIEU (Bertrand).

Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, *inédit*, pourvoi n° 11-19.409.

Civ. 1^{re}, 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-21.126, *Bull.* n° 144 : *Lexbase Hebdo édition affaires*, septembre 2013, n° 351, obs. PIETTE (Gaël), *D.* 2014. 1610, obs. CROCQ (Pierre).

Civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-23.506, *Bull.* n° 177.

Civ. 1^{re}, 18 décembre 2014, *inédit*, pourvoi n° 13-11.510.

Civ. 1^{re}, 11 février 2015, pourvoi n° 14-13.979, *Bull.* n° 38.

Civ. 1^{re}, 1^{er} avril 2015, *inédit*, pourvoi n° 14-11.554.

Civ. 1^{re}, 16 avril 2015, pourvoi n° 14-13.280, *Bull.* n° 95.

Civ. 1^{re}, 8 juillet 2015, *inédit*, pourvoi n° 13-20.592.

Civ. 3^e, 18 février 2016, *inédit*, pourvoi n° 14-29.200.

Civ. 1^{re}, 31 mars 2016, pourvoi n° 15-10.748, *Bull.* n° 71 : *AJ fam.* 2016. 263, obs. CASEY (Jérôme), *RCA*, juin 2016, n° 6, comm. 169, obs. GROUDEL (Hubert).

Civ. 1^{re}, 12 mai 2016, pourvoi n° 15-16.743, *Bull.* n° 106 : *RTD civ.* 2016. 923, obs. THERY (Philippe), *Procédures* 2016. 223, obs. STRICKLER (Yves), *JCP* 2016. Doctr. 1296, obs. LIBCHABER (Remy), chronique par l'IRJS – André Tunc, coordonnée par JEULAND (Emmanuel), avec AMRANI-MEKKI (Soraya) et MAYER (Lucie).

Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-25.098.

Civ. 1^{re}, 6 septembre 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-23.722.

Civ. 1^{re}, 17 janvier 2018, pourvoi n° 16-21.097, *Bull.* n° 7 ; *JCP E et A*, n° 17, 26 avril 2018, 1205 comm. Richard Marty ; *CCC*, n° 4, avril 2018, comm. 62, comm. L. Leveneur.

Civ. 1^{re}, 28 février 2018, pourvoi n° 16-22.112, *Bull.* n° 35 : *D.* 2018. 1934, obs. D'AVOUT (Louis) et BOLLEE (Sylvain), *D.* 2018. 2448, obs. CLAY (Thomas), *RTD civ.* 2018. 411, obs. BARBIER (Hugo), *RTD civ.* 2018. 431, obs. GAUTIER (Pierre-Yves), *Rev. crit. DIP* 2018. 862, obs. MUIR WATT (Horatia), *JCP G* 2018 n° 23, 4 juin 2018, 640, obs. CASSON (Philippe), *RDC* 2018. 354, obs. LIBCHABER (Remy), *Procédures* n° 5, Mai 2018, comm. 148, obs. WEILLER (Laura).

Civ. 1^{re}, 27 juin 2018, pourvoi n° 17-10.891, *Bull.* n° 118 : *LPA*, 24 août 2018, n° 169-170, p. 9, obs. LEGRAND (Véronique), *Gaz. Pal.*, 11 septembre 2018, p. 38, obs. PIEDELIEVRE (Stéphane),

CCC, Août 2018, comm. 163, obs. BERNHEIM-DESVAUX (Sabine), *JCP E*, 27 septembre 2018, 1475, obs. DEPINCE (Malo) et MAINGUY (Daniel).

Civ. 1^{re}, 19 septembre 2018, pourvoi n° 16-20.164, *Bull.* n° 156 : *RTD civ.* 2018. 902, obs. BARBIER (Hugo).

Civ. 1^{re}, 11 juillet 2019, *inédit*, pourvoi n° 18-13.486.

Civ. 2^e, 14 février 1958, *Bull.* n° 132.

Civ. 2^e, 31 octobre 1958, *Bull.* n° 680.

Civ. 2^e, 23 janvier 1959 : *RTD civ.* 1966. 543, obs. RODIERE (René).

Civ. 2^e, 17 mars 1961, *Bull.* n° 233.

Civ. 2^e, 28 janvier 1966, *Bull.* n° 135.

Civ. 2^e, 27 avril 1966, *Bull.* n° 492.

Civ. 2^e, 4 juin 1969, *Bull.* n° 185.

Civ. 2^e, 21 juillet 1969, *Bull.* n° 206.

Civ. 2^e, 6 octobre 1971, pourvoi n° 70-14.223, *Bull.* n° 265.

Civ. 2^e, 9 février 1977, pourvoi n° 75-15.591, *Bull.* n° 29.

Civ. 2^e, 11 janvier 1979, pourvoi n° 77-12.937, *Bull.* n° 18 ; *D.* 1979. IR. 346, obs. LARROUMET (Christian).

Civ. 2^e, 15 mars 1979, pourvoi n° 78-11.198, *Bull.* n° 80.

Civ. 2^e, 15 octobre 1980, pourvoi n° 78-13.288, *Bull.* n° 206 : *Gaz. Pal.* 1981. 1. 29, obs. VIATTE (Jean).

Civ. 2^e, 11 mars 1981, pourvoi n° 79-16.775, *Bull.* n° 52.

Civ. 2^e, 1^{er} décembre 1982 : *Gaz. Pal.* 1983. 1. Pan. 137, obs. GUINCHARD (Serge).

Civ. 2^e, 18 janvier 1984, pourvoi n° 82-12.443, *Bull.* n° 10 : *D.* 1984. 401, note DESDEVISES (Yvon) ; *Gaz. Pal.*, 1984. 1. Pan. 159, obs. GUINCHARD (Serge).

Civ. 2^e, 21 juillet 1986, pourvoi n° 84-15.397, *Bull.* n° 119.

Civ. 2^e, 10 décembre 1986, pourvoi n° 85-17.607, *Bull.* n° 188.

Civ. 2^e, 23 novembre 1988, pourvoi n° 87-11.707, *Bull.* n° 226.

Civ. 2^e, 8 mars 1989, *inédit*, pourvoi n° 86-19.442.

Civ. 2^e, 15 mars 1989, pourvoi n° 87-19.599, *Bull.* n° 72.

Civ. 2^e, 15 février 1995, pourvoi n° 93-15.459, *Bull.* n° 52.

Civ. 2^e, 18 décembre 1995, pourvoi n° 95-11.062, *Bull.* n° 311 : *D.* 1997. 208, obs. OVERSTAKE (Jean-Francis).

Civ. 2^e, 26 mars 1997, pourvoi n° 94-15.528, *Bull.* n° 96.

Civ. 2^e, 7 novembre 2002, *inédit*, pourvoi n° 98-22.625.

Civ. 2^e, 11 septembre 2003, pourvoi n° 01-14.493, *Bull.* n° 253.

Civ. 2^e, 12 février 2004, pourvoi n° 02-13.672, *Bull.* n° 52 : *RTD Civ.* 2004. 766, obs. THERY (Philippe).

Civ. 2^e, 4 mars 2004, pourvoi n° 00-17.613, *Bull.* n° 82.

Civ. 2^e, 10 mars 2004, pourvoi n° 00-18.976, *Bull.* n° 106 : *RTD civ.* 2004. 351, obs. PERROT (Roger), *Procédures* 2004, n° 6, comm. 124, p. 19, obs. PERROT (Roger).

Civ. 2^e, 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-20.213, *Bull.* n° 399.

Civ. 2^e, 21 avril 2005, pourvoi n° 02-20.183, *Bull.* n° 114 : *RTD civ.* 2005. 631, obs. PERROT (Roger).

Civ. 2^e, 30 juin 2005, *inédit*, pourvoi n° 04-15.161 : *LPA* 2005, n° 114, p. 7, obs. LACOUR (Stéphanie).

Civ. 2^e, 8 décembre 2005, *inédit*, pourvoi n° 03-18.315.

Civ. 2^e, 5 octobre 2006, pourvoi n° 05-17.602, *Bull.* n° 255 : *RDI* 2007. 124, obs. TREBULLE (François-Guy).

Civ. 2^e, 22 février 2007, *inédit*, pourvoi n° 05-18.161.

Civ. 2^e, 10 mai 2007, pourvoi n° 06-13.269, *Bull.* n° 126 : *D.* 2007. 2897, obs. BRUN (Philippe) et JOURDAIN (Patrice), *RCA* 2007. Comm. 260, obs. MATHURIN (Philippe) et DUPUY-LOUP (Nathalie), *JCP* 2007. I. doct. 185, obs. STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Gaz. Pal.*, 6 novembre 2007, n° 310, p. 16, obs. PERIER (Michel), *LPA*, 27 novembre 2007, n° 237, p. 14, obs. PIMBERT (Agnès).

Civ. 2^e, 10 juillet 2008, *inédit*, pourvoi n° 07-14.620 : *RDC* 2008. 1289, obs. SERINET (Yves-Marie).

Civ. 2^e, 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-13.503, *Bull.* n° 182 : *D.* 2008. 2373, obs. SOMMER (Jean-Michel) et NICOLETIS (Claudette), *D.* 2009. 1168, obs. LEBORGNE (Anne), *Procédures*, octobre 2008, n° 10, comm. 266, obs. PERROT (Roger).

Civ. 2^e, 19 février 2009, *inédit*, pourvoi n° 05-22.044.

Civ. 2^e, 14 mai 2009, pourvoi n° 08-10.292, *Bull.* n° 121.

Civ. 2^e, 4 juin 2009, *inédit*, pourvoi n° 08-13.668.

Civ. 2^e, 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-17.191, *Bull.* n° 191.

Civ. 2^e, 6 mai 2010, pourvoi n° 09-10.974, *Bull.* n° 93.

Civ. 2^e, 16 décembre 2010, pourvoi n° 09-17.045, *Bull.* n° 213.

Civ. 2^e, 6 janvier 2011, pourvoi n° 09-72.506, *Bull.* n° 5.

Civ. 2^e, 26 mai 2011, pourvoi n° 10-16.735, *Bull.* n° 117 : *D.* 2011. 1566, obs. AVENA-ROBARDET (Valérie), *JCP* 2011. 861, obs. SERINET (Yves-Marie).

Civ. 2^e, 27 septembre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-22.278 : *Rev. Soc.* 2013. 30, obs. PREVOST (Stéphane).

Civ. 2^e, 10 janvier 2013, pourvoi n° 12-11.667, *Bull.* n° 1 : *D.* 2013. 2058, note ADIDA-CANAC (Hugues) ; *D.* 2014. 804, obs. FRICERO (Nathalie) ; *Procédures*, mars 2013, n° 3, comm. 62, obs. PERROT (Roger).

Civ. 2^e, 28 février 2013, pourvoi n° 12-12.813, *Bull.* n° 44.

Civ. 2^e, 12 septembre 2013, pourvoi n° 12-24.409, *Bull.* n° 169 : *Gaz. Pal.*, 10 décembre 2013, n° 344, obs. BLERY (Corinne).

Civ. 2^e, 6 février 2014, pourvoi n° 13-10.540, *Bull.* n° 35 : *D.* 2014. 1722, obs. LAZERGES-COUSQUER (Laurence), TOUATI (Nina), VASSEUR (Thomas), DE LEIRIS (Edouard), ADIDA-CANAC (Hugues), CHAUCHIS (Delphine) et PALLE (Nathalie), *D.* 2015. 1231, obs. BACACHE (Mireille), NOGUERO (David), GRYNBAUM (Luc) et PIERRE (Philippe), *RTD civ.* 2014.

371, obs. BARBIER (Hugo), *JCP* 2014, n° 12, 336, obs. DISSAUX (Nicolas), *JCP* 2014, doct. 1323, obs. STOFFEL-MUNCK Stéphane, BLOCH Cyril et BACACHE Mireille, *RDC* 2014. 365, obs. CARVAL (Suzanne).

Civ. 2^e, 7 mars 2019, *inédit*, pourvoi n° 18-10.677.

Civ. 2^e, 11 avril 2019, pourvoi n° 17-31.785, *publié au Bull.* : *D.* 2019. 1412, obs. LEMOULAND (Jean-Jacques) et NOGUERO (David), *JCP*, 10 juillet 2019, n° 23, 594, obs. BLERY (Corinne).

Civ. 2^e, 18 avril 2019, *inédit*, pourvoi n° 17-15.092.

Civ. 2^e, 6 juin 2019, pourvoi n° 18-17.910, *publié au Bull.*

Civ. 2^e, 21 avril 2022, pourvoi n° 20-20.976, *publié au Bull.* : *RCA*, n° 9, septembre 2022, comm. 209, comm. BERTOLASO (Sabine)

Civ. 3^e, 7 mars 1968, *Bull.* n° 87.

Civ. 3^e, 23 mars 1968, *Bull.* n° 161 : *D.* 1979. 663, obs. JESTAZ (Philippe).

Civ. 3^e, 19 juin 1969, *Bull.* n° 498.

Civ. 3^e, 25 janvier 1972, pourvoi n° 70-13.225, *Bull.* n° 46.

Civ. 3^e, 25 juin 1974, pourvoi n° 73-11.640, *Bull.* n° 262.

Civ. 3^e, 28 octobre 1975, pourvoi n° 74-10.842, *Bull.* n° 311.

Civ. 3^e, 10 octobre 1978, pourvoi n° 77-11.979, *Bull.* n° 306.

Civ. 3^e, 8 juin 1979, pourvoi n° 78-11.905, *Bull.* n° 125.

Civ. 3^e, 25 janvier 1983, pourvoi n° 81-13.636, *Bull.* n° 26.

Civ. 3^e, 26 avril 1983, pourvoi n° 81-11.865, *Bull.* n° 91.

Civ. 3^e, 24 janvier 1984, pourvoi n° 82-14.350, *Bull.* n° 19.

Civ. 3^e, 21 février 1984, pourvoi n° 82-14.362, *Bull.* n° 42 : *RTD civ.* 1984. 742, obs. REMY (Philippe).

Civ. 3^e, 19 juin 1984, pourvoi n° 83-10.901, *Bull.* n° 120.

Civ. 3^e, 26 février 1985, *inédit* : *JCP* 1986. II. 20607, obs. PETIT (Bruno).

Civ. 3^e, 14 mai 1985, pourvoi n° 84-12.092, *Bull.* n° 79.

Civ. 3^e, 14 novembre 1985, pourvoi n° 84-15.577, *Bull.* n° 143 : *D.* 1986. 368, note AUBERT (Jean-Luc), *JCP N* 1987. II. 75, note MOURY (Jacques), *RTD civ.* 1986. 599, obs. MESTRE (Jacques), *RDI* 1986. 239, note GIVERDON (Claude).

Civ. 3^e, 19 mars 1986, pourvoi n° 84-17.524, *Bull.* n° 24.

Civ. 3^e, 22 juin 1988, pourvoi n° 86-16.263, *Bull.* n° 115 : *JCP* 1988. II. 21125, obs. JOURDAIN (Patrice).

Civ. 3^e, 12 juillet 1988, pourvoi n° 86-15.456, *Bull.* n° 123.

Civ. 3^e, 15 février 1989, pourvoi n° 87-16.831, *Bull.* n° 35 : *RTD civ.* 1989. 553, obs. JOURDAIN (Patrice).

Civ. 3^e, 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-17.661, *Bull.* n° 236 : *D.* 1991. 25, 1^{re} esp., obs. KULLMANN (Jérôme), *RTD civ.* 1990. 287, obs. JOURDAIN (Patrice),

Civ. 3^e, 15 mai 1991, pourvoi n° 89-19.455, *Bull.* n° 146 : *D.* 1992. Somm. 195, obs. PAISANT (Gilles), *RTD civ.* 1992. 406, obs. GAUTIER (Pierre-Yves).

Civ. 3^e, 30 octobre 1991, pourvoi n° 87-15.229, *Bull.* n° 251.

Civ. 3^e, 23 avril 1992, *inédit*, pourvoi n° 89-20.620.

Civ. 3^e, 26 mai 1992, pourvoi n° 90-17.976 : *Gaz. Pal.* 1993, 2, p. 427, obs. MAZEAUD (Denis).

Civ. 3^e, 20 décembre 1994, pourvoi n° 92-19.490, *Bull.* n° 225 : *D.* 1997. 245, obs. CAPOULADE (Pierre), *RDI* 1995. 154, obs. CAPOULADE (Pierre) et GIVERDON (Claude).

Civ. 3^e, 14 juin 1995, *inédit*, pourvoi n° 93-13.442.

Civ. 3^e, 19 juillet 1995, pourvoi n° 93-14.579, *Bull.* n° 190.

Civ. 3^e, 9 octobre 1996, *inédit*, pourvoi n° 93-10.225.

Civ. 3^e, 18 juin 1997, pourvoi n° 95-18.254, *Bull.* n° 149 : *RTD civ.* 1997. 964, obs. GAUTIER (Pierre-Yves), *JCP N* 1998. 707, n° 12, obs. VIALLA (François), *CCC.* 1997, comm. 178, obs. LEVENEUR (Laurent), *RTD civ.* 1997. 964, obs. GAUTIER (Pierre-Yves), *RTD civ.* 1998. 375, obs. MESTRE (Jacques).

Civ. 3^e, 17 juillet 1997, pourvoi n° 95-18.100, *Bull.* n° 165 : *JCP* 1998. II 10204, obs. BORE (Louis) ; *RDI* 1997. 628, obs. COLLART-DUTILLEUL (François) et DERRUPPE (Jean).

Civ. 3^e, 4 mai 2001, *inédit*, pourvoi n° 10-11.863.

Civ. 3^e, 28 novembre 2001, pourvois n^{os} 00-13.559 et 00-14.450, *Bull.* n° 137 : *D.* 2002. 1442, obs. KARILA (Jean-Pierre), *JCP* 2002. II. 10037, obs. MAINGUY (Daniel), *JCP* 2002. I. 186, n^{os} 6 à 8, obs. VINEY (Geneviève), *Defrénois* 2002. 255, obs. LIBCHARBER (Remy), *RCA* n° 2, Février 2002, comm. 67, obs. GROUDEL (Hubert), *RGDA* 2002. 719, obs. CARCENAC (Martine), *RDI* 2002. 92, obs. MALINVAUD (Philippe), *RTD civ.* 2002. 104, obs. JOURDAIN (Patrice).

Civ. 3^e, 2 octobre 2002, pourvoi n° 01-00.696, *Bull.* n° 189 : *D.* 2003. 731, obs. DAMAS (Nicolas), *AJDI* 2003. 25, obs. BRIAND (Philippe), *Loyers et copr.* 2002, n° 12, Décembre 2002, comm. 276, obs. VIAL-PEDROLETTI (Béatrice).

Civ. 3^e, 4 décembre 2002, pourvoi n° 01-02.383, *Bull.* n° 250 : *JCP* 2003. II. 10058, obs. JOURDAIN (Patrice), *Defrénois* 2003. 245, obs. LIBCHABER (Rémy), *Defrénois* 2003. 463, obs. ATIAS (Christian), *Defrénois* 2003. 1281, obs. PERINET-MARQUET (Hugues).

Civ. 3^e, 7 juillet 2004, *inédit*, pourvoi n° 02-11.335.

Civ. 3^e, 4 novembre 2004, pourvoi n° 03-11.377, *Bull.* n° 193 : *RDI* 2005. 210, obs. BERGEL (Jean-Louis), *RTD com.* 2005. 128, obs. GROSCLAUDE (Laurent).

Civ. 3^e, 17 novembre 2004, pourvoi n° 03-16.988, *Bull.* n° 207 : *JCP N*, 6 janvier 2006, n° 1, 1002, obs. GRAVILLOU (Jacques-Antoine), *RDC* 2005. 347, obs. BRUN (Philippe).

Civ. 3^e, 22 juin 2005, *inédit*, pourvoi n° 04-12.540 : *Administrer* 2006, n° 388, p. 36, obs. BARBIER (Jehan-Denis).

Civ. 3^e, 18 octobre 2005, pourvoi n° 04-16.832, *Bull.* n° 197 : *AJDI* 2006. 270, obs. ZALEWSKI (Vivien), *RDC* 2006. 471, obs. SERINET (Yves-Marie).

Civ. 3^e, 16 novembre 2005, pourvoi n° 04-10.824, *Bull.* n° 222 : *JCP G* 2006. II. 10069, obs. TREBULLE (Guy), *D.* 2006. 971, obs. CABRILLAC (Rémy), *RLDC* 2006/23, n° 320-61, obs. LE GALLOU (Cécile).

Civ. 3^e, 7 décembre 2005, pourvoi n° 04-12.931, *Bull.* n° 244 : *RDI* 2006. 132, obs. MALINVAUD (Philippe), *RDI* 2006. 110, obs. LEGUAY (Gilbert), *RTD com.* 2006. 251, obs. BOULOC (Bernard).

Civ. 3^e, 13 décembre 2006, pourvoi n° 05-20.761, *Bull.* n° 249.

Civ. 3^e, 23 janvier 2007, *inédit*, pourvoi n° 06-13.604.

Civ. 3^e, 4 juillet 2007, *inédit*, pourvoi n° 06-15.776 : *Defrénois* 2007. 1449, obs. SAVAUX (Eric), *RDC* 2008, n° 4, p. 1151, obs. CARVAL (Suzanne), *Defrénois* 2009. 81, obs. PERINET-MARQUET (Hugues).

Civ. 3^e, 12 septembre 2007, pourvoi n° 06-11.282, *Bull.* n° 138.

Civ. 3^e, 13 février 2008, pourvoi n° 06-22.093, *Bull.* n° 28.

Civ. 3^e, 12 mars 2008, pourvoi n° 07-15.278, *Bull.* n° 48 : *D.* 2008. AJ. 918, obs. LIENHARD (Alain).

Civ. 3^e, 27 mars 2008, pourvoi n° 07-10.473, *Bull.* n° 58 : *RDC* 2008. 1151, obs. CARVAL (Suzanne) ; *Defrénois* 2009. 81, obs. PERINET-MARQUET (Hugues).

Civ. 3^e, 22 octobre 2008, *inédit*, pourvoi n° 07-15.583 : *RTD civ.* 2009. 121, obs. JOURDAIN (Patrice).

Civ. 3^e, 18 février 2009, pourvoi n° 08-10.919, *Bull.* n° 43 : *AJDI* 2009. 724, obs. PRIGENT (Stéphane).

Civ. 3^e, 27 mai 2009, pourvoi n° 08-11.388, *Bull.* n° 123.

Civ. 3^e, 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.470, *Bull.* n° 202 : *Defrénois* 2010. 221, obs. PERINET-MARQUET (Hugues), *RDI* 2010. 107, obs. NESI (Françoise) et CHAUCHIS (Delphine), *RDC* 2010. 589, obs. DESHAYES (Olivier), *RTD civ.* 2010. 336, obs. JOURDAIN (Patrice).

Civ. 3^e, 3 février 2010, pourvoi n° 08-21.333, *Bull.* n° 27 : *D.* 2010. 502, obs. ROUQUET (Yves).

Civ. 3^e, 17 février 2010, *inédit*, pourvoi n° 08-18.752.

Civ. 3^e, 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-67.516, *Bull.* n° 146.

Civ. 3^e, 21 septembre 2010, *inédit*, pourvoi n° 09-67.816.

Civ. 3^e, 15 décembre 2010, *inédit*, pourvoi n° 09-68.617.

Civ. 3^e, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-30.721, *Bull.* n° 58.

Civ. 3^e, 8 juin 2011, pourvoi n° 09-69.894, *Bull.* n° 93.

Civ. 3^e, 10 octobre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-20.658.

Civ. 3^e, 7 novembre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-20.540.

Civ. 3^e, 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-21.910, *Bull.* n° 102.

Civ. 3^e, 5 novembre 2013, *inédit*, pourvoi n° 12-13.923.

Civ. 3^e, 5 février 2014, pourvoi n° 12-28.701, *Bull.* n° 18 : *RTD civ.* 2014. 673, obs. DROSS (William).

Civ. 3^e, 18 novembre 2014, *inédit*, pourvoi n° 13-12.448.

Civ. 3^e, 19 novembre 2014, pourvoi n° 13-24.372, *Bull.* n° 153 : *RTD civ.* 2015. 137, obs. BARBIER (Hugo), *CCC*, n° 2, Février 2015, comm. 28, obs. LEVENEUR (Laurent), *JCP* 2015 n° 4, 26 janvier 2015, 83, obs. LEBEL (Christine), *JCP* 2015, 6 avril 2015, n° 14, doct. 424, n° 7, obs. MAYER (Lucie), chronique par l'IRJS – André Tunc, coordonnée par JEULAND (Emmanuel), avec AMRANI-MEKKI (Soraya) et LIBCHABER (Remy).

Civ. 3^e, 19 novembre 2015, *inédit*, pourvoi n° 14-18.752.

Civ. 3^e, 7 janvier 2016, pourvoi n° 14-17.033, *Bull.* n° 1.

Civ. 3^e, 18 mai 2017, pourvoi n° 16-11.203, *Bull.* n° 64 : *RTD Civ.* 2017. 651, obs. BARBIER (Hugo), *D.* 2017. 1225, obs. HOUTCIEFF (Dimitri), *AJ contrat* 2017. 377, obs. CHENEDE (François), *RDI* 2017. 349, obs. MALINVAUD (Philippe), *D.* 2018. 371, obs. MEKKI (Mustapha),

D. 2018. 35, obs. BRUN (Philippe), GOUT (Olivier) et QUEZEL-AMBRUNAZ (Christophe), *RTD civ.* 2017. 666, obs. JOURDAIN (Patrice).

Civ. 3^e, 7 juin 2018, pourvoi n° 17-10.394, *Bull.* n° 59.

Civ. 3^e, 12 juillet 2018, *inédit*, pourvoi n° 17-20.680.

Civ. 3^e, 6 septembre 2018, pourvoi n° 17-21.329, *Bull.* n° 92 : D. 2018. 2435, obs. COLLOMP (Anne-Lise), *RTD civ.* 2018. 906, obs. BARBIER (Hugo), *RDI* 2018. 550, obs. BOUBLI (Bernard).

Civ. 3^e, 8 avril 2021, pourvoi n° 20-18.327, *publié au Bull.*

Civ. 3^e, 30 septembre 2021, pourvois n° 20-15.354 et n° 20-16.156, *publié au Bull*

Com., 3 juillet 1950, *Bull.* n° 241.

Com., 26 mars 1962, *Bull.* n° 191.

Com., 3 janvier 1963, *Bull.* n° 5.

Com., 21 octobre 1963, *Bull.* n° 424.

Com., 15 novembre 1965, *Bull.* n° 573.

Com., 14 novembre 1966, *Bull.* n° 427 : *RTD com.* 1966. 627, obs. CHEVALIER (Jean-Marie).

Com., 10 avril 1967, *Bull.* n° 134.

Com., 8 mai 1968, *Bull.* n° 148.

Com., 7 octobre 1968, *Bull.* n° 252.

Com., 18 février 1969, *D.* 1969. 354.

Com., 3 janvier 1972, pourvois n°s 69-14.049 et 69-13.953, *Bull.* n° 1 : *D.* 1972. 649, obs. TROCHU (Michel), *JCP* 1973. II. 17300, obs. LELOUP (Jean-Marie).

Com., 26 mars 1973, pourvoi n° 71-14.712, *Bull.* n° 133.

Com., 4 juin 1973, pourvoi n° 72-10.860, *Bull.* n° 196.

Com., 30 octobre 1973, pourvoi n° 72-11.231, *Bull.* n° 303.

Com., 7 mai 1974, pourvoi n° 73-10.310, *Bull.* n° 147.

Com., 17 juin 1974, pourvoi n° 73-10.541, *Bull.* n° 194.

Com., 9 juillet 1974, pourvoi n° 73-10.837, *Bull.* n° 225.

Com., 18 février 1975, pourvoi n° 73-12.557, *Bull.* n° 47.

Com., 1^{er} juillet 1975, pourvoi n° 73-14.517, *Bull.* n° 186.

Com., 3 novembre 1975, pourvoi n° 74-11.845, *Bull.* n° 247 : *JCP* 1978. II. 18891, obs. SIMLER (Philippe).

Com., 25 janvier 1977, pourvoi n° 75-12.049, *Bull.* n° 24.

Com., 26 janvier 1977, pourvoi n° 75-12.654, *Bull.* n° 27.

Com., 30 octobre 1978, *Bull.* n° 303.

Com., 18 décembre 1978, pourvoi n° 76-12.801, *Bull.* n° 315.

Com., 15 mai 1979, pourvoi n° 77-14.058, *Bull.* n° 155.

Com., 15 octobre 1979, pourvoi n° 78-10.498, *Bull.* n° 254.

Com., 19 janvier 1982, pourvoi n° 80-15.442, *Bull.* n° 25.

Com., 10 mai 1982, pourvoi n° 80-16.125, *Bull.* n° 169.

Com., 29 juin 1982, pourvoi n° 80-14.160, *Bull.* n° 258 : *D.* 1983. 360, note MOULY (Christian), *Gaz. Pal.* 1982. 2. 583, note PIEDELIEVRE (Stéphane), *JCP* 1984. II. 20148, note BOUTEILLER (Paul), *RTD civ.* 1983. 354, note REMY (Philippe).

Com., 27 mai 1983, pourvoi n° 81-14.174, *Bull.* n° 154.

Com., 15 janvier 1985, pourvoi n° 83-12.661, *Bull.* n° 25.

Com., 13 janvier 1987, pourvoi n° 84-14.146, *Bull.* n° 9 : *D.* 1987. Somm. 453, obs. AYNES (Laurent), *JCP N* 1987. II. 87, note RAFFRAY (Jean-Guirec), *JCP E* 1987. II. 15054, note BEHAR-TOUCHAIS (Martine).

Com., 30 mai 1989, pourvoi n° 87-14.115, *Bull.* n° 170.

Com., 9 janvier 1990, pourvoi n° 86-19.308, *Bull.* n° 4.

Com., 6 novembre 1990, *inédit*, pourvoi n° 88-14.847.

Com., 11 décembre 1990, *inédit*, pourvoi n° 87-17.890.

Com., 29 janvier 1991, pourvoi n° 89-10.085, *Bull.* n° 48 : *RTD civ.* 1991. 531, obs. MESTRE (Jacques).

Com., 5 mars 1991, pourvoi n° 88-19.629, *Bull.* n° 100 : *Bull. Joly Sociétés* 1991. 500, obs. JEANTIN (Michel), *D.* 1991. 441, obs. HONORAT (Jean), *Rev. sociétés* 1991. 545, obs. BOLZE (Christian).

Com., 22 mai 1991, pourvoi n° 89-21.578, *Bull.* n° 169.

Com., 3 décembre 1991, *inédit*, pourvoi n° 90-15.756.

Com., 3 mars 1992, *inédit*, pourvoi n° 90-17.249.

Com., 24 mars 1992, *inédit*, pourvoi n° 90-18.927.

Com., 2 février 1993, pourvoi n° 91-11.569, *Bull.* n° 38.

Com., 16 mars 1993, pourvoi n° 90-20.188, *Bull.* n° 106 : *D.* 1993. 583, obs. DERRIDA (Fernand).

Com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-17.621, *Bull.* n° 327.

Com., 19 octobre 1993, pourvoi n° 91-11.952, *Bull.* n° 351.

Com., 7 décembre 1993, pourvoi n° 91-19.339, *Bull.* n° 462 : *JCP* 1994. II. 22285, obs. PUTMAN (Emmanuel), *Bull. Joly Sociétés* 1994. 282, obs. MESTRE (Jacques).

Com., 4 janvier 1994, *inédit*, pourvoi n° 91-19.915 : *D.* 1996. 18, obs. MOUSSERON (Jean-Marc) et SCHMIDT-SZALEWSKI (Joanna).

Com., 25 janvier 1994, pourvoi n° 91-19.226, *Bull.* n° 30.

Com., 24 mai 1994, *inédit*, pourvoi n° 92-18.953.

Com., 24 mai 1994, pourvoi n° 92-14.344, *Bull.* n° 184 : *CCC* 1994, n° 93, obs. LEVENEUR (Laurent).

Com., 13 juin 1995, pourvoi n° 93-17.409, *Bull.* n° 175 : *LPA*, 12 juillet 1996, n° 84, p. 37, obs. DAGGORNE-LABBE (Yannick).

Com., 27 février 1996, pourvoi n° 94-14.313, *Bull.* n° 68 : *D.* 1996. Somm. 269, obs. AYNES (Laurent), *Defrénois* 1997. 100, obs. PIEDELIEVRE (Stéphane),

Com., 2 avril 1996, pourvoi n° 93-19.074, *Bull.* n° 100 : *D.* 1996. Somm. 268, obs. AYNES (Louis).

Com., 4 juin 1996, pourvoi n° 94-14.768, *Bull.* n° 156 : *D.* 1996. 630, obs. BILLIAU (Marc).

Com., 4 février 1997, *inédit*, pourvoi n° 94-15.282.

Com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14.535, *Bull.* n° 187.

Com., 23 mars 1999, pourvoi n° 96-20.555, *Bull.* n° 69 : *JCP E* 1999, p. 1012, obs. COURET (Alain), *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 679, obs. ROUTIER (Richard), *RJDA* 1999/8-9, p. 699, obs. VIANDIER (Alain), *Rev. Sociétés* 1999. 339, obs. LE CANNU (Paul).

Com., 8 juin 1999, *inédit*, pourvoi n° 96-13.333.

Com., 19 octobre 1999, *inédit*, pourvoi n° 97-15.824.

Com., 30 novembre 1999, pourvoi n° 97-14.595, *Bull.* n° 218.

Com., 4 janvier 2000, *inédit*, pourvoi n° 97-13.251.

Com., 29 février 2000, pourvoi n° 95-17.400, *Bull.* n° 41 : *RTD com.* 2001. 305, obs. DELEBECQUE (Philippe).

Com., 14 mars 2000, *inédit*, pourvoi n° 97-18.099.

Com., 12 juillet 2000, *inédit*, pourvoi n° 99-11.121.

Com., 3 avril 2001, pourvoi n° 98-14.191, *Bull.* n° 71 : *RD banc. fin.*, mai 2001, n° 3, 118, obs. LUCAS (François-Xavier), *JCP E* 2001, n° 38, p. 1472, obs. PETEL (Philippe) et CABRILLAC (Michel), *RTD com.* 2001. 771, obs. VALLENS (Jean-Luc), *Dr et patr.* 2001, n° 98, p. 110, obs. MONSERIE-BON (Marie-Hélène), *RTD civ.* 2001. 882, obs. MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand).

Com., 8 janvier 2002, *inédit*, pourvoi n° 98-10.69.

Com., 29 janvier 2002, *inédit*, pourvoi n° 98-20.882 : *Bull. Joly Sociétés* 2002. 683, obs. COQUELET (Marie-Laure).

Com., 26 février 2002, pourvoi n° 99-12.228, *Bull.* n° 41 : *Defrénois* 2002, n° 11, p. 767, obs. SAVAUX (Eric), *RTD civ.* 2002. 532, obs. GAUTIER (Pierre-Yves).

Com., 22 mai 2002, pourvoi n° 99-11.113, *Bull.* n° 89 : *D.* 2002. 2843, obs. DELEBECQUE (Philippe), *RTD civ.* 2003. 94, obs. JOURDAIN (Patrice), *RTD com.* 2003. 156, obs. BOULOC (Bernard), *RDC* 2003. 287, obs. GRYNBAUM (Luc).

Com., 1^{er} octobre 2002, *inédit*, pourvoi n° 98-23.314.

Com., 8 octobre 2002, *inédit*, pourvoi n° 98-22.858.

Com., 29 octobre 2002, *inédit*, pourvoi n° 01-03.987 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003. 192, note KRAJESKI (Didier)

Com., 29 octobre 2002, *inédit*, pourvoi n° 99-12.441 : *Defrénois* 2003. 1312, obs. HONORAT (Jean).

Com., 26 novembre 2002, pourvoi n° 01-12.823, *Bull.* n° 179.

Com., 7 janvier 2003, pourvoi n° 99-10.781, *Bull.* n° 1 : *D.* 2003. 274, obs. LIENHARD (Alain), *JCP E* 2003, n° 20, 15 mai 2003, 760, n° 53, obs. CABRILLAC (Michel), obs. PETEL (Philippe), *RTD com.* 2003. 564, obs. MARTIN-SERF (Arlette), *Dr. et patr.* 2003, n° 116, p. 101, obs. MONSERIE-BON (Marie-Hélène).

Com., 28 janvier 2003, *inédit*, pourvoi n° 01-00.330.

Com., 6 mai 2003, *inédit*, pourvoi n° 00-17.344 : *Dr. Soc.* 2003. Comm. 203, obs. TREBULLE (Guy).

Com., 13 mai 2003, pourvoi n° 00-15.404, *Bull.* n° 73 : *D.* 2003. 1629, obs. AVENA-ROBARDET (Valérie), *D.* 2004. 52, obs. LE CORRE (Pierre-Michel), *Defrénois* 2004. 889, obs. HONORAT

(Jean), *LPA*, n° 234, 24 novembre 2003, p. 3, obs. HOUTCIEFF (Dimitri), *LPA*, n° 36, 19 février 2004, MOUIAL-BASSILANA (Eva), *RTD com.* 2004. 156, obs. MARTIN-SERF (Arlette).

Com., 8 juillet 2003, *inédit*, pourvoi n° 01-15.532 : *LPA*, 18 février 2004, p. 3, obs. LUCAS (François-Xavier).

Com., 17 décembre 2003, *inédit*, pourvoi n° 01-11.198.

Com., 4 février 2004, *inédit*, pourvoi n° 00-13.501 : *Bull. Joly Sociétés* 2004. 649, obs. LE CANNU (Paul), *D.* 2004, somm. p. 2929, obs. HALLOUIN (Jean-Claude).

Com., 23 juin 2004, *inédit*, pourvoi n° 02-13.115 : *Droit des sociétés*, n° 12, Décembre 2004, comm. 219, obs. HOVASSE (Henri).

Com., 12 octobre 2004, pourvoi n° 03-11.615, *Bull.* n° 183 : *RTD civ.* 2005. 417, obs. GAUTIER (Pierre-Yves), *LPA*, 11 avril 2005, n° 71, p. 15, obs. LECUYER (Hervé), chronique par ROUSSEL GALLE (Philippe), ZATTARA (Anne-Françoise), SENECHAL (Marc), et LUCAS (François-Xavier).

Com., 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-13.685, *Bull.* n° 193 : *D.* 2004. AJ. 3069, obs. LIENHARD (Alain), *D.* 2005. 292, obs. LE CORRE (Pierre-Michel), *LPA*, 13 avril 2005, p. 3, obs. LUCAS (François-Xavier), *Defrénois* 2005. 993, obs. GIBIRILA (Deen).

Com., 9 novembre 2004, *inédit*, pourvoi n° 03-14.821.

Com., 30 mars 2005, pourvoi n° 03-21.156, *Bull.* n° 75.

Com., 28 juin 2005, *inédit*, pourvoi n° 03-17.691.

Com., 14 février 2006, *inédit*, pourvoi n° 04-13.907.

Com., 3 mai 2006, pourvoi n° 04-10.115, *Bull.* n° 109 : *D.* 2006. 1369, obs. LIENHARD (Alain), *D.* 2006. 2250, obs. LUCAS (François-Xavier), *Defrénois* 2006. 1904, obs. GIBIRILA (Deen), *JCP* 2006. I. 185, n° 6, obs. CABRILLAC (Michel) et PETEL (Philippe), *JCP N* 2006. 1267, obs. GARCON (Jean-Pierre), *JCP N* 2006. 1373, obs. VAUVILLE (Frédéric), *RJPF* 2006-9/48, obs. CASEY (Jérôme).

Com., 7 juin 2006, pourvoi n° 05-11.384, *Bull.* n° 140 : *Dr. Soc.* 2006, comm. 126, obs. MONNET (Joël) ; *Bull. Joly Sociétés* 2006. 1491, note COQUELET (Marie-Laure).

Com., 13 juin 2006, *inédit*, pourvoi n° 05-14.798.

Com., 13 septembre 2006, pourvoi n° 04-20.729, *Bull.* n° 176.

Com., 21 novembre 2006, *inédit*, pourvoi n° 05-11.648.

Com., 20 février 2007, pourvoi n° 05-18.322, *Bull.* n° 49.

Com., 24 avril 2007, *inédit*, pourvoi n° 04-13.898

Com., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-14.503, *Bull.* n° 238 : *D.* 2007. AJ 3068, obs. DELPECH (Xavier), *LPA*, 30 octobre 2008, n° 218, p. 7, obs. TRAUlle (Julie).

Com., 3 juin 2008, pourvoi n° 06-13.761, *Bull.* n° 110 : *Bull. Joly* 2008. 904, note SAINTOURENS (Bernard) ; *JCP E* 2008. 2210, note HOVASSE (Henri).

Com., 8 juillet 2008, *inédit*, pourvoi n° 07-11.685.

Com., 25 novembre 2008, *inédit*, pourvoi n° 07-13.672.

Com., 16 décembre 2008, *inédit*, pourvoi n° 08-12.946.

Com., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-19.102, *Bull.* n° 174 : *Dr. Soc.* 2008, comm. 253, obs. HOVASSE (Henri), *Bull. Joly Sociétés* 2009. 114, obs. VAMPARYS (Xavier).

Com., 17 février 2009, *inédit*, pourvoi n° 07-20.458.

Com., 16 juin 2009, pourvoi n° 07-16.848, *Bull.* n° 85 : *RCA*, Septembre 2009, n° 9, comm. 268, obs. GROUDEL (Hubert).

Com., 24 novembre 2009, *inédit*, pourvoi n° 08-16.428 : *Bull. Joly Sociétés* 2010. 243, note VAMPARYS (Xavier).

Com., 15 décembre 2009, *inédit*, pourvoi n° 09-10.687 : *Bull. Joly Sociétés* 2010. 361, obs. VAMPARYS (Xavier).

Com., 6 janvier 2010, *inédit*, pourvoi n° 08-17.158.

Com., 12 janvier 2010, *inédit*, pourvoi n° 08-19.268.

Com., 2 mars 2010, *inédit*, pourvoi n° 08-70.437.

Com., 1^{er} juin 2010, pourvoi n° 09-14.353, *Bull.* n° 102.

Com., 6 juillet 2010, pourvoi n° 09-15.671, *Bull.* n° 120.

Com., 14 décembre 2010, *inédit*, pourvoi n° 09-15.992.

Com., 15 février 2011, *inédit*, pourvoi n° 07-19.713.

Com., 5 avril 2011, *inédit*, pourvoi n° 08-21.180.

Com., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-16.758, *Bull. civ.*, IV, n° 66 : *D.* 2011. 1215, obs. LIENHARD (Alain), *D.* 2011. 2069, chronique par LE CORRE (Pierre-Michel) et LUCAS (François-Xavier), *D.* 2012. 1573, obs. CROCQ (Pierre), *RTD com.* 2011. 635, obs. MARTIN-SERF (Arlette), *RTD civ.* 2011. 535, obs. FAGES (Bertrand).

Com., 24 mai 2011, pourvoi n° 10-19.222, *Bull.* n° 81 : *Dr. Sociétés* 2011, n° 189, obs. MORTIER (Renaud), *Bull. Joly Sociétés* 2011. 758, obs. RAFFRAY (Ronan).

Com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 09-71.113, *Bull.* n° 118 : *JCP* 2011. 1259, n° 7, obs. SIMLER (Philippe) et DELEBECQUE (Philippe), *D.* 2012. 1573, obs. CROCQ (Pierre), *RTD civ.* 2011. 782, obs. CROCQ (Pierre), *RTD com.* 2011. 625, obs. LEGEAS (Dominique), *RTD com.* 2012. 405, obs. MARTIN-SERF (Arlette).

Com., 12 juillet 2011, *inédit*, pourvoi n° 10-15.934.

Com., 6 septembre 2011, pourvoi n° 10-11.975, *Bull.* n° 126.

Com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-20.972, *Bull.* n° 14 : *D.* 2012. 498, obs. DELPECH (Xavier), *RDC* 2012. 838, obs. LIBCHABER (Remy).

Com., 21 février 2012, pourvoi n° 11-11.145, *Bull.* n° 105.

Com., 19 juin 2012, pourvoi n° 10-21.641, *Bull.* n° 129. : *D.* 2012. 1669, obs. LIENHARD (Alain), *Rev. Sociétés* 2012. 534, obs. HENRY (Laurence Caroline).

Com., 3 juillet 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-20.276.

Com., 2 octobre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-21.740.

Com., 16 octobre 2012, *inédit*, pourvoi n° 11-23.703 : *Gaz. Pal.*, 13 décembre 2012, p. 17, obs. ALBIGES (Christophe) et DUMONT-LEFRAND (Marie-Pierre).

Com., 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-14.592, *Bull.* n° 222 : *D.* 2013. 751, obs. MOURY (Jacques), *D.* 2013. 2729, obs. RABREAU (Anne), HALLOUIN (Jean-Claude), LAMAZEROLLES (Eddy), *Rev. sociétés* 2013. 228, obs. REYGROBELLET (Arnaud), *RTD com.* 2013. 107, obs. MONTSERIE-BON (Marie-Hélène).

Com., 11 décembre 2012, pourvoi n° 11-27.437, *Bull.* n° 225 : *JCP E*, 18 avril 2013, 1216, n° 4, obs. PETEL (Philippe), *LEDEN*, janvier 2013, p. 4, obs. RUBELLIN (Pascal), *Bull. Joly Entrep. diff.*

2013, n° 2, p. 85, obs. LISANTI (Cécile), *Gaz. Pal.*, 4 mai 2013, n° 124, p. 22, obs. VOINOT (Denis), *Rev. proc. coll.*, mai 2013, n° 3, comm. 95, obs. DUMONT-LEFRAND (Marie-Pierre).

Com., 15 janvier 2013, pourvoi n° 11-27.298, *Bull.* n° 3.

Com., 19 février 2013, pourvoi n° 11-28.423, *Bull.* n° 26 : *D.* 2013. 1706, obs. CROCQ (Pierre), *RTD com.* 2013. 346, obs. MARTIN-SERF (Arlette), *RTD com.* 2013. 573, obs. LEGEAIS (Dominique).

Com., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-27.423, *Bull.* n° 48 : *RTD civ.* 2013. 376, obs. BARBIER (Hugo), *RDC* 2013. 997, obs. PELLET (Sophie).

Civ. 1^{re}, 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-21.126, *Bull.* n° 144.

Com., 18 novembre 2014, pourvoi n° 13-13.336, *Bull.* n° 168 : *Dalloz actualité*, 4 décembre 2014, obs. DELPECH (Xavier).

Com., 26 novembre 2014, pourvoi n^{os} 13-22.067 et 13-22.505, *Bull.* n° 159 : *RDI* 2015. 78, obs. PERINET-MARQUET (Hugues), *Constr.-Urb.* n° 1, Janvier 2015, obs. PAGES-DE VARENNE (Marie-Laure).

Com., 8 avril 2015, pourvoi n° 13-22.969, *Bull.* n° 62 : *D.* 2016. 167, obs. AYNES (Augustin) et BRETZNER (Jean-Daniel).

Com., 12 mai 2015, pourvoi n° 14-16.208, *Bull.* n° 75 : *RTD civ.* 2015. 869, obs. BARBIER (Hugo).

Com., 12 novembre 2015, pourvoi n° 14-23.401, *Bull.* n° 275 : *D.* 2016. 355, obs. CASU (Gatien).

Com., 11 octobre 2016, *inédit*, pourvoi n° 14-20.581 : *Rev. Sociétés* 2017. 160, obs. DAURIAC (Isabelle), *JCP E* n° 51-52, 22 décembre 2016, 1681, obs. LEBEL (Christine), *RDBF* 2017, n° 2, comm. 89, obs. HOUIN-BRESSAND (Caroline).

Com., 14 juin 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-29.288.

Com., 18 janvier 2017, *inédit*, pourvoi n° 14-16.442 : *D.* 2017. 1036, obs. MAZEAUD (Denis).

Com., 31 janvier 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-17.599.

Com., 22 février 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-19.578.

Com., 8 mars 2017, *inédit*, pourvoi n° 15-14.632.

Com., 20 avril 2017, pourvoi n° 15-24.131, *Bull.* n° 52.

Com., 26 avril 2017, *inédit*, pourvoi n° 14-12.040 : *Rev. Sociétés* 2017. 412, obs. PISONI (Pascal).

Com., 20 avril 2017, pourvoi n° 15-24.131, *Bull.* n° 52 : *RTD civ.* 2017. 681, obs. GAUTIER (Pierre-Yves), *AJ contrat* 2017. 281, obs. FORTI (Valerio).

Com., 25 octobre 2017, *inédit*, pourvoi n° 16-16.764.

Com., 25 octobre 2017, *inédit*, pourvoi n° 16-15.096.

Com., 25 octobre 2017, *inédit*, pourvoi n° 16-22.112.

Com., 20 décembre 2017, *inédit*, pourvoi n° 16-26.881.

Com., 7 février 2018, *inédit*, pourvois n° 16-17.202 et n° 16-18.091.

Com., 9 mai 2018, *inédit*, pourvoi n° 15-24.539.

Com., 12 novembre 2020, *inédit*, pourvoi n° 19-13.008.

Com., 9 décembre 2020, *inédit*, pourvoi n° 19-14.408.

Com., 17 février 2021, pourvoi n° 18-15.012, *publié au Bull.*

Com., 7 juillet 2021, *inédit*, pourvoi n° 19-11.906.

Com., 26 octobre 2022, pourvoi n° 20-22.416, *publié au Bull.*

Soc., 25 octobre 1945.

Soc., 29 juin 1951 ; *D.* 1952, somm. 72 ; *GP* 1951. 1. 272.

Soc., 16 mai 1958.

Soc., 16 mai 1961, *Bull.* n° 536.

Soc., 26 mai 1965, pourvoi n° 62-12.043, *Bull.* n° 404.

Soc., 14 mars 1968, *Bull.* n° 167.

Soc., 11 avril 1991, pourvoi n° 89-13.068, *Bull.* n° 192.

Soc., 14 mars 1991, *inédit*, pourvoi n° 89-11.570.

Soc., 11 octobre 1994, pourvoi n° 90-11.206, *Bull.* n° 266 ; *JCP*, 20 décembre 1995, doct. 3853, n° 16, obs. VINEY (Geneviève).

Soc., 22 novembre 1995, *inédit*, pourvoi n° 92-16.192.

Soc., 1^{er} février 2000, pourvoi n° 98-41.624, *Bull.* n° 52.

Soc., 1^{er} février 2000, pourvoi n° 98-46.201, *Bull.* n° 53, *CGT Roissy c/ Servair : Procédures*, mai 2000, n° 5, comm. 128, obs. SPORTOUCH (Jean-Marc), *Dr. soc.*, 2000. 516, obs. ROY-LOUSTANEAU (Claude), *JCP E* 2000. 760, obs. BOULMIER (Daniel), *JCP* 2001. II. 104511, obs. JEULAND (Emmanuel).

Soc., 31 janvier 2001, pourvoi n° 98-44.877, *Bull.* n° 29 ; *D.* 2001. 2404, obs. LECAMP-LEPLAË (Odile).

Soc., 5 mai 2004, *inédit*, pourvoi n° 02-40.864.

Soc., 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-43.444, *Bull.* n° 217 ; *RTD civ.* 2005. 598, obs. MESTRE (Jacques) et FAGES (Bertrand).

Soc., 12 février 2008, pourvois n° 06-45.397, n° 06-45.398, n° 06-45.399, n° 06-45.400 et n° 06-45.401, *Bull.* n° 36 ; *JCP S*, 29 juillet 2008, nos 31-35, 1445, obs. BOUSEZ (Françoise), *RDT* 2008. 321, obs. TISSANDIER (Hélène), *RDT* 2008. 404, obs. KELLER (Marianne).

Soc., 23 juin 2010, pourvoi n° 09-60.341, *Bull.* n° 96.

Soc., 11 septembre 2012, pourvoi n° 11-22.014, *Bull.* n° 226 ; *Procédures* 2012. Comm. 360, obs. BUGADA (Alexis), *JCP S*, 25 septembre 2012, act. 420, obs. LEGER (Nicolas), *JCP S*, 4 décembre 2012, 1521, obs. LOISEAU (Grégoire).

Soc., 8 octobre 2014, *inédit*, pourvoi n° 13-16.545.

Soc., 22 septembre 2015, pourvoi n° 13-25.429, *Bull.* n° 175.

Soc., 22 janvier 2020, *inédit*, pourvoi n° 18-14.482.

- **Chambre criminelle**

Crim., 18 octobre 1913, *Bull.* n° 449 ;

Crim., 16 décembre 1954 ; *RTD civ.* 1955. 317, obs. MAZEAUD (Denis).

Crim., 6 octobre 1977, pourvoi n° 76-92.647, *Bull.* n° 295.

Crim., 9 octobre 1985, pourvoi n° 84-90.584, *Bull.* n° 305 ; *D.* 1987. 2. 93, obs. BRETON (André).

Crim., 23 juin 1986, pourvoi n° 85-91.469, *Bull.* n° 218.

Crim., 16 janvier 1990, pourvoi n° 89-83.214, *Bull.* n° 24 ;

Crim., 10 juin 1991, pourvoi n° 90-85.003, *Bull.* n° 247 : *RDSS* 1992. 313, obs. ALFANDARI (Elie).

Crim., 18 janvier 1992, pourvoi n° 81-90.315, *Bull.* n° 14.

Crim., 28 octobre 1992, pourvoi n° 91-85.925, *Bull.* n° 349 : *D.* 1993. Somm. 203, obs. PRADEL (Jean).

Crim., 7 décembre 1992, pourvoi n° 90-87.858.

Crim., 27 mars 1996, *inédit*, pourvoi n° 95-82.242.

Crim., 12 février 1997, pourvoi n° 96-80.879, *Bull.* n° 57.

Crim., 4 mai 1999, *inédit*, pourvoi n° 98-83.864.

Crim., 26 octobre 1999, pourvoi n° 98-84.446, *Bull.* n° 233 : *RTD com.* 2000. 481, obs. BOULOC (Bernard).

Crim., 11 juillet 2017, *inédit*, pourvoi n° 16-86.796.

- **Cours d'appel**

CA Toulouse, 4 mars 1938 ; *DC* 1941. 28 ; *S.* 1938, 2, p. 168.

CA Aix, 1^{re} ch., 5 octobre 1954, *époux Fine c. Naïtana* : *JCP* 1955. I. 8548, note RODIERE (René).

CA Paris, 21 janvier 1970 ; *JCP* 1971. II. 16837, note GAVALDA (Christian).

CA Paris, chambre 3 section B, 2 mai 1997, *JurisData* n° 1997-021118.

CA Paris, 13 mars 1998, RG n° 95/13275 : *JCP E*, 8 avril 1999, n° 14, p. 621, obs. DUBOEUF-HILD (Valérie).

CA Paris, 23^e ch., 19 septembre 2001, n° 2000/06026, *JurisData* n° 2001-153471

CA Nîmes, 27 septembre 2002, n° 03/04222.

CA Aix-en-Provence, 17 février 2005, CT0033.

CA Versailles, 1^{er} juin 2006, *Veolia Propreté c/ Foris AG*, RG n° 05/01038.

CA Agen, 7 janvier 2008, n° 06/01703.

CA Paris, 31 octobre 2014, RG n° 14/19335, *Direct Energie c/ GDF Suez et autres*.

CA Versailles, 3 novembre 2016, RG n° 16/00463.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABREVIATIONS	1
CHAPITRE PRELIMINAIRE : LA NATURE DE L'ACTION EN JUSTICE.....	4
I – LA NATURE DE L'ACTION EN JUSTICE PAR RAPPORT AU DROIT SUBJECTIF	6
A – Une distinction discutée entre le droit subjectif substantiel et l'action en justice	6
1. La conception subjectiviste de l'action en justice : la confusion entre l'action en justice et le droit subjectif substantiel	6
2. La difficile distinction entre l'action en justice et le droit substantiel.....	12
B – L'action en justice, elle-même un droit subjectif ?	15
II – L'ACTION EN JUSTICE, UNE « CHOSE » POUVANT ETRE TRANSMISE COMME UN BIEN ORDINAIRE ?	26
III – LA TRANSMISSION DE L'ACTION EN JUSTICE QUI N'EST PAS UN BIEN	32
A – La transmission de l'action par le rattachement à un bien.....	33
1. La transmission de l'action accessoire à la transmission d'un droit personnel	33
2. La réification de l'action par le rattachement à un droit réel : les actions <i>intuitu rei</i> . 35	
B – La transmission de l'action par la volonté des parties	39
<u>PARTIE I : LA TRANSMISSION CONTRACTUELLE DE L'ACTION EN JUSTICE.....</u>	<u>43</u>

CHAPITRE N° 1 : LES TRANSMISSIONS CONTRACTUELLES D'ACTION EN JUSTICE ADMISES EN DROIT POSITIF	45
I – LA TRANSMISSION ACCESSOIRE DE L'ACTION EN JUSTICE	46
A – La transmission par rattachement à un droit personnel	46
1. La cession de créance	47
2. La subrogation	49
3. La transmission universelle de patrimoine et l'apport partiel d'actifs.....	55
B – La transmission par rattachement à un droit réel	62
1. La reconnaissance des actions contractuelles directes.....	62
2. Le régime des actions contractuelles directes	73
II – LES FIGURES EXISTANTES DE TRANSMISSION DE L'ACTION EN JUSTICE A TITRE PRINCIPAL	78
A – La clause de direction du procès	79
B – La clause de transfert d'action stipulée dans les contrats de crédit-bail	83
1. La transmission des actions du crédit bailleur au crédit-preneur.....	83
2. La qualification de la clause de transfert d'actions.....	89
a. Le recours au mandat d'agir au nom du crédit bailleur	89
b. Le recours aux figures du régime des obligations créant un nouveau droit	95
c. Le recours aux figures du régime des obligations opérant un réel transfert d'actions 99	
CHAPITRE N° 2 : LES MODALITES D'UNE TRANSMISSION D'ACTION EN JUSTICE A TITRE PRINCIPAL	107
I – LES CONTRAINTES D'UNE TRANSMISSION AUTONOME DE L'ACTION EN JUSTICE	108

A. Les contraintes liées à l'action en justice : les conditions de recevabilité des prétentions	108
1. Les deux conditions classiques de recevabilité de l'action en justice	109
a. L'intérêt à agir.....	109
b. La qualité à agir	113
2. Le risque de négligence du transmettant dans l'exercice des fins de non-recevoir et des exceptions de procédure.....	117
a. La transmission par une partie de sa position dans le procès.....	117
b. La transmission de l'action après une décision sur le fond	122
3. Une prescription extinctive non acquise	129
B – Les contraintes issues du régime commun du droit des contrats	137
1. Le consentement à la transmission de l'action en justice	137
2. La capacité à disposer de son action en justice.....	139
3. Le contenu de la transmission de l'action en justice	140
a. Un contenu licite	140
b. L'objet de l'obligation	148
II – L'ABSENCE DE COMPATIBILITE DES FIGURES DU DROIT POSITIF AVEC LA TRANSMISSION DE L'ACTION EN JUSTICE	153
A – La cession de créance et la transmission de l'action en justice	153
B – La figure de la subrogation et la transmission de l'action en justice	171
C – Le mandat d'ester en justice et la transmission de l'action en justice	175
D – La stipulation pour autrui et la transmission de l'action en justice.....	176
E – L'habilitation à agir en justice avec la transmission de l'action en justice	177

PARTIE II : LA TRANSMISSION NON CONTRACTUELLE DE L'ACTION EN JUSTICE..... 189

CHAPITRE N° 1 : LA TRANSMISSION DE L'ACTION EN JUSTICE PAR L'EFFET DE LA LOI ET DE LA JURISPRUDENCE	191
I – LA TRANSMISSION PAR L'EFFET DE LA LOI : LES ACTIONS REÇUES PAR TRANSMISSION HEREDITAIRE.....	192
A – Les critères de transmissibilité d'une action aux héritiers	192
1. La transmissibilité de l'action en justice aux héritiers du demandeur	193
2. La transmissibilité de l'action en justice du défendeur.....	204
B – Les modalités d'exercice par les héritiers des actions reçues de la succession	209
1. L'exercice de l'action en justice par les héritiers du demandeur.....	209
2. L'exercice de l'action en justice par les héritiers du défendeur	213
II – LA TRANSMISSION PAR L'EFFET DE LA JURISPRUDENCE : L'ACTION OBLIQUE	216
A – Les modalités de l'action oblique	218
1. L'exigence jurisprudentielle d'une créance certaine, liquide et exigible	219
2. Une carence préjudiciable du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions patrimoniaux	221
B – Une transmission limitée par l'effet de l'action oblique.....	226
1. Un exercice limité des actions du débiteur	226
2. La concurrence des autres créanciers du débiteur	234

CHAPITRE N° 2 : A LA RECHERCHE DE TRACES D'UNE TRANSMISSION DE L'ACTION EN JUSTICE DANS L'ACTION DE GROUPE A LA FRANÇAISE.....	236
I – L'ENCADREMENT D'UNE ACTION DE GROUPE A LA QUALIFICATION COMPLEXE	240
A – Les modalités de l'action de groupe	240
1. L'introduction de l'action de groupe	242
2. Le jugement sur la responsabilité de l'auteur du manquement	245
3. L'indemnisation des victimes	247
B – La nature de l'action de groupe fonction de la phase de l'action de groupe.....	252
II – UNE ACTION DE GROUPE PERFECTIBLE	256
A – Les lacunes de la procédure de l'action de groupe à l'origine de son bilan peu satisfaisant.....	256
1. Les alternatives à l'action de groupe	257
a. L'action de substitution du syndicat	257
b. L'action de l'association en défense des intérêts individuels de ses membres.....	260
c. L'action en représentation conjointe	263
2. Une procédure complexe	265
3. L'instrumentalisation de l'action de groupe	266
4. Un financement difficile de l'action de groupe	268
B – Les solutions proposées pour l'amélioration de l'action de groupe.....	270
1. La réforme de l'aide juridictionnelle et des frais irrépétibles.....	270
2. L'ouverture de l'action de groupe à d'autres personnes.....	277
3. Une meilleure indemnisation des victimes	281
a. Une meilleure indemnisation par une meilleure identification des victimes	281
b. Une réparation plus complète des préjudices subis	284
4. Réformer la procédure de l'action de groupe en vue de la réduction des délais de jugement.....	285
a. La suppression de la mise en demeure.....	286
b. Des juridictions spécialisées pour connaître des actions de groupe	289
c. Le renforcement du rôle du Ministère public.....	289
BIBLIOGRAPHIE.....	303
TABLE DES MATIÈRES	339