

CONTRAT - RESPONSABILITE - ASSURANCE

Regards sur la transmission de l'action en justice (à propos de Cass. 1^{re} civ. 10 janvier 2006)

par Daniel Bert

Chargé d'enseignement à l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, Laboratoire DANTE

L'ESSENTIEL

Une convention de cession peut avoir pour objet, non seulement toute créance mais encore toute action contre un tiers, à moins que ces créances, droit ou action ne soient hors du commerce ou que l'aliénation n'en ait été prohibée par une loi particulière.

Dès lors, n'est 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.

La cession de créance, ayant pour effet d'emporter de plein droit transfert de tous les accessoires de ladite créance, et notamment les actions en justice qui lui étaient attachées, une cour d'appel n'a pas à rechercher si le cessionnaire justifie d'un acte stipulant expressément la cession de l'action en responsabilité.

Introduction

Le pouvoir de la volonté individuelle n'a de limite que l'ordre public. La catégorie des choses hors du commerce résonne ainsi comme une exception au principe de l'autonomie de la volonté. La première Chambre civile de la Cour de cassation a néanmoins développé une interprétation libérale de l'article 1128 du code civil réduisant à mesure le champ de l'extracommercialité. L'arrêt du 10 janvier 2006¹ rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation s'inscrit dans cette tendance.

En l'espèce, plusieurs prêts avaient été consentis au profit d'une société aux fins de réalisation d'un projet immobilier. Ces prêts étaient garantis par des hypothèques portant sur des parcelles du terrain sur lequel le projet devait être mis en œuvre. Cette société a été mise en liquidation judiciaire et les créances ont été cédées, avec signification au liquidateur, à un tiers. Ce dernier, auquel les hypothèques avaient été transmises par l'effet de la cession par l'effet de l'article 1692 du code civil, n'a pu obtenir de paiement préférentiel sur le prix de la vente des parcelles. En effet, les hypothèques, dont il était devenu titulaire, ont été considérées comme inefficaces en raison d'omissions dans leur inscription et leur renouvellement. La société cessionnaire a alors engagé une action en responsabilité civile à l'encontre du notaire chargé de la constitution des hypothèques, mais elle a été déboutée en première instance. Au cours de la procédure, celle-ci a cédé sa créance à une autre société, qui est alors intervenue en appel et a obtenu la condamnation du notaire et de son assureur à lui verser des dommages et intérêts.

Hormis le problème de procédure lié à la question de l'intervention volontaire en appel de la société cessionnaire², se posait celui de la transmissibilité de l'action en responsabilité liée à

l'hypothèque. La Cour de cassation affirme que les actions en justice se rattachant aux droits cédés sont transmises de plein droit au cessionnaire.

Par ailleurs, la Cour ajoute qu'une convention de cession peut non seulement avoir pour objet une créance, mais également une action en justice contre un tiers. Elle semble ainsi admettre la possibilité d'une cession autonome d'action, dont la transmission d'une action en justice serait l'objet principal, sans que la créance lui servant de cause soit transférée.

Si la considération de l'action en justice en tant qu'accessoire de la créance est relativement classique (I), l'affirmation de son indépendance par rapport au droit substantiel est plus controversée (II).

I - La transmission accessoire de l'action en justice

L'ayant cause à titre particulier jouit-il de tous les droits ou actions ayant appartenu à son auteur? La Cour de cassation répond par l'affirmative puisqu'elle décide que l'action en justice, en tant qu'accessoire de la créance (A), est transmise de plein droit au cessionnaire de la créance (B).

A - L'action en justice, accessoire de la créance

Il convient de s'intéresser à la notion d'accessoire de la créance (1), avant de voir que l'action en justice épouse ce qualificatif (2).

1 - La notion d'accessoire de la créance - Illustration de l'adage *accessorium sequitur principale*³, la théorie de l'accessoire commande que l'élément accessoire suive le régime juri-

(1) Bull. civ. I, n° 786; D. 2006, AJ p. 365, obs. X. Delpech; Defrénois 2006, art. 38365, p. 597, obs. E. Savaux.

(2) Sur lequel, V. X. Delpech, obs. préc., p. 366, et E. Savaux, obs. préc., p. 599.

(3) V. Aubry et Rau, Cours de droit civil français, t. 2, 7e éd., par P. Esmein, Librairies techniques, § 176, n° 69; G. Goubeaux, La règle de l'accessoire

dique de l'élément principal auquel il se rattache. La règle est notamment présente à l'article 1615 du code civil qui dispose que «l'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires» dont l'article 1692 est la traduction spéciale appliquée à la cession de créance.

Aux termes de cet article, «La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque». Reste à franchir le cap de l'énumération pour atteindre une définition générale de l'accessoire.

Il revient à Michel Cabrillac d'avoir énoncé dans un article de référence ⁴ les critères de la qualification d'accessoire de la créance. Les accessoires de la créance comprennent «tout droit ou action qui a une incidence bénéfique sur le contenu de la prestation due, ou bien fournit le moyen direct ou indirect d'obtenir cette prestation, ou enfin sanctionne la défaillance du débiteur».

Ainsi, l'auteur définit l'accessoire de la créance comme «un droit ou une action qui n'a 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 (...) l'accessoire doit avoir été conçu, par la loi ou par les parties pour le service exclusif d'une créance ⁵».

L'auteur illustre le critère ainsi dégagé par les «droits, actions et titres qui permettent d'en obtenir le paiement ⁶» et les «sanctions qui s'attachent au défaut de paiement ⁷».

Dans la continuité de la réflexion du professeur Cabrillac, l'arrêt du 10 janvier 2006 qualifie l'action en responsabilité d'accessoire de la créance. Les termes de la décision sont dépourvus de toute ambiguïté: «la cession de créance, ayant pour effet 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 solution se fonde ainsi sur le lien entre la chose transmise et l'action, l'*intuitus rei*.

2 - L'action en justice en tant qu'accessoire

a) Les exemples jurisprudentiels de transmission accessoire de l'action en justice

- *L'exemple de la transmission de l'action directe en matière de chaînes de contrats translatives*: la théorie de l'accessoire a notamment été utilisée pour justifier l'action directe en garantie et en responsabilité de droit commun fondée sur la non-conformité dès lors qu'une chaîne de contrats, fût-elle hétérogène, entraîne le transfert de la propriété d'une chose. L'action directe est transmise au créancier accessoirement à la chose dont la propriété est transférée.

- *La transmission de la clause compromissoire via la cession de créance*: l'arrêt du 10 janvier 2006 peut s'autoriser d'un précédent remarquable rendu en matière de clause compromis-

soire. En effet, un arrêt de la deuxième Chambre civile du 20 décembre 2001 ⁸, rendu au visa de l'article 1692, a consacré la transmission de la clause compromissoire par le biais d'une cession de créance.

La circulation de la clause compromissoire repose sur la théorie de l'accessoire. «Séparable ⁹» du rapport d'obligation, la clause compromissoire est néanmoins accessoire de l'action en justice. En effet, «La transmission de la clause compromissoire s'opère en quelque sorte en cascade, sans que puisse être objectée la transativité du lien d'accessorité. La clause, accessoire du droit d'action lui-même accessoire de la créance, ne devient pas par transativité un accessoire de la créance car les critères qui fondent la qualité d'accessoire ne sont pas dans les deux cas identiques et ne sont pas satisfaits entre les deux extrêmes de la chaîne ¹⁰».

Il ne faisait donc pas de doute, à la lecture de cette décision, que la Cour de cassation consacrait, fût-ce par ellipse, le caractère accessoire de l'action en justice. En effet, si la clause compromissoire est un accessoire de l'action en justice et qu'elle est transmise par le biais de la cession de créance, c'est donc que l'action en justice est elle-même accessoire de la créance.

b) Le parallèle avec la subrogation - Il convient de rapprocher la transmission de l'action en justice en matière de cession de créance du mécanisme applicable en matière de subrogation personnelle, technique translative des «droits, actions et privilèges ¹¹». En effet, «Dans la mesure où elle transfère au subrogé la créance primitive, la subrogation personnelle est incontestablement proche de la cession de créance au niveau des effets ¹²». Or, selon une doctrine autorisée, «La cession de créance ne peut emporter des effets moindres ¹³».

Les solutions posées en matière de subrogation retiennent depuis longtemps la possibilité pour le bénéficiaire d'agir en responsabilité contre les tiers. Pour M. Mestre, un tel transfert de l'action en justice est «logique: le préjudice que le subrogeant aurait subi, c'est le subrogé qui va désormais le souffrir ¹⁴».

(6) *Ibid.*, n° 25.

(7) *Ibid.*, n° 26.

(8) Bull. civ. II, n° 198; D. 2002, IR p. 251; X. Pradel, Cession de créance et transfert de la clause compromissoire, D. 2003, Chron. p. 569; RTD com. 2002, p. 279, obs. E. Loquin; Rev. arb. 2002, p. 379, note C. Legros; Défrénois 2001, art. 37365, n° 42, obs. R. Libchaber; T. Clay, obs. sous Cass. 1re civ. 28 juin 2002, D. 2003, Somm. p. 2471.

(9) P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, p. 359. L'affirmation simultanée de la séparabilité et de l'accessorité de la clause compromissoire peut néanmoins surprendre: V. M.-E. Mathieu-Bouyssou, La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance, JCP 2003, I, 116. Comp. L. Aynès, Rev. arb. 2004, p. 626, note sous CA Paris 10 sept. 2003: «En logique, «séparable» et «accessoire», loin de s'opposer, se complètent; bien plus, c'est parce qu'elle est séparable du rapport d'obligation que la clause compromissoire peut en être l'accessoire. Le caractère accessoire suppose la séparabilité; en l'absence de celle-ci, la question de la transmission ne se poserait pas».

(10) C. Legros, note préc., n° 9.

(11) Art. 1250, 1°, c. civ.

(12) J. Mestre, La subrogation personnelle, LGDJ, t. 160, 1979, n° 315 s.

(13) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Droit des obligations, Précis Dalloz, 9e éd., 2005, n° 1290, spéc. note (2). La solution se prévaut d'un raisonnement *a fortiori* (J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes, LGDJ, 2005, n° 309).

(14) J. Mestre, thèse préc., n° 485.

en droit privé, LGDJ, t. 93, 1969; O. Deshayes, La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause particulier, thèse, Paris I, Bibl. de l'Institut André Tunc, 2004, préf. G. Viney, n° 289.

(4) M. Cabrillac, Les accessoires de la créance, Etudes Weill, 1983, Dalloz-Litec, p. 107.

(5) *Ibid.*, n° 20.

c) *Les actions transmissibles* - Pour de nombreux auteurs, la solution énoncée par le présent arrêt, concernant l'action en responsabilité, n'était pas douteuse¹⁵. Cette unanimité s'émaille d'hésitations lorsqu'il est question de savoir si des actions autres que l'action en responsabilité sont transmissibles. Sur ce point, la doctrine est partagée. D'aucuns ont une appréhension large des actions transmissibles et intègrent dans la notion d'accessoire de la créance les actions en résolution, annulation et rescision¹⁶. Pour d'autres, la notion d'«accessoire de la créance» doit strictement commander la distinction entre actions transmissibles et actions intransmissibles.

Reprenons à cet égard les critères éclairants dégagés par M. Cabrillac dans son étude.

Le premier critère d'accessorité est celui de la fonction exclusive de l'accessoire au service de la créance. Le second considère que l'accessoire doit être mis au service de la créance.

Pour M. Cabrillac, ce second critère fait obstacle à la transmission de l'action en résolution fondée sur un autre motif que le défaut de paiement du prix : «puisque, si elle peut être utile au titulaire de la créance, elle n'est pas exclusivement - et même principalement - mise au service de cette dernière¹⁷». De même, selon cet auteur, le critère d'exclusivité réfute l'hypothèse de la transmission de l'action en annulation ou en rescision du contrat : «si l'exercice de l'action en nullité est susceptible, le cas échéant, de favoriser le titulaire de la créance, elle a un objectif beaucoup plus large et ne profite pas seulement à ce dernier¹⁸».

B - Un transfert de plein droit

La transmission de l'action en justice intervient de plein droit par le jeu de la théorie de l'accessoire. Nul besoin donc d'une stipulation spéciale pour que le cessionnaire puisse agir en justice. A l'inverse, celle-ci s'imposerait s'«il était convenu entre les parties, ce qui est parfaitement envisageable, que l'action en justice ne soit pas transmise au cessionnaire¹⁹».

La cession de l'action en justice est en outre pleinement opposable au cédé, sans qu'intervinssent les formalités de l'article 1690 du code civil relativement à la transmission d'action. Le régime de la transmission de l'acte accessoire se confond alors avec celui de l'acte principal.

L'accessorité de l'action en justice fait-elle obstacle à sa transmission autonome? La lecture de l'arrêt du 10 janvier 2006 impose à première vue une réponse négative. Tel est à n'en pas douter l'apport majeur de la décision et sans doute le plus contesté.

(15) T. Huc, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, t. 2, 1891, n° 437; A. Rieg, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Cession de créance*, n° 357; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, n° 1290, préc.; J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *op. cit.*, n° 309.

(16) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1290.

(17) M. Cabrillac, préc., n° 28. *Contra*. J. Mestre, thèse préc., n° 490 s.

(18) *Ibid.* Dans le même sens, cf. A. Rieg, *op. cit.*, n° 361 et les références citées par l'auteur. D'autres auteurs ont une position plus nuancée, V. not. J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *op. cit.*, n° 310, qui considèrent qu'il convient de distinguer entre nullité relative et absolue. Comp. O. Deshayes, thèse préc., n° 464 s.

(19) X. Delpech, obs. préc., p. 367.

II - La transmission autonome de l'action en justice

La question de la transmission autonome de l'action en justice est complexe, dans la mesure où elle se situe à la croisée du droit civil et du droit processuel. Il est à cet égard significatif de noter que la doctrine processualiste, à l'exception notable d'un auteur²⁰, est opposée à la cession autonome²¹. En effet, pour la plupart des auteurs, il est inconcevable qu'une action puisse être transmise indépendamment de la prérogative juridique dont elle assure la sanction.

Cette doctrine peut également se prévaloir d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 31 mai 2005²² ayant affirmé, à propos de l'apport en jouissance d'une action en justice à une société en participation, «qu'une action en justice ne peut faire l'objet d'un apport en jouissance rémunéré par l'attribution de droits sociaux». Pour un auteur²³, la solution de la Chambre commerciale s'explique davantage sur le terrain de la procédure civile que sur celui du droit des sociétés.

Dès lors il semblerait bien que la première Chambre civile et la Chambre commerciale s'opposent sur la question de la transmission autonome de l'action en justice, la Chambre commerciale semblant affirmer l'indivisibilité du droit substantiel et de l'action en justice. Le pouvoir de la volonté est-il assez puissant pour remettre en cause cette conception de l'action? La réponse de l'arrêt rendu par la première Chambre civile est sans équivoque : les parties peuvent librement aménager par des conventions particulières la transmission de l'action. La Haute juridiction fait donc de l'action en justice un élément patrimonial (A). La transmission autonome de l'action en justice supporte néanmoins des limites qui seront présentées à l'étude des conditions de validité des conventions autonomes de transfert d'action (B).

A - L'action en justice, objet de convention autonome

Il conviendra de surmonter les difficultés liées à la transmission de l'action en justice (1) avant d'ébaucher le régime juridique des conventions de transfert d'action (2).

1 - Les difficultés liées à la transmission de l'action en justice - L'affirmation de la libre transmissibilité de l'action en justice suppose son indépendance par rapport au droit substantiel. D'autre part, pour être apte à circuler, l'action en justice doit pouvoir être qualifiée de bien ou de créance.

a) *La disjonction entre l'action et le droit substantiel* - Pour la quasi-unanimité des auteurs, l'action en justice est indissociable de la prérogative juridique dont elle assure la sanction.

(20) N. Cayrol, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, *Economica*, 2001. M. Cayrol ne semble toutefois pas se départir des catégories existantes de cession d'action (crédit-bail et clause de direction de procès, cf. *infra*).

(21) L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2004, 4e éd., n° 520; J. Héron, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 2002, 2e éd., n° 95.

(22) Bull. civ. IV, n° 124; D. 2005, AJ p. 1699, obs. A. Lienhard; *Rev. sociétés* 2006, p. 114, obs. B. Dondero; J.-P. Dom, *En attendant la class action*: l'action en justice n'est pas susceptible d'apport en jouissance, *Lexbase Hebdo*, n° 175 du 7 juill. 2005 - Edition Affaires, N° Lexbase: N6097AIN.; P. Scholer, *Bull. July* 2006, § 11, p. 77.

(23) J.-P. Dom, art. préc., *Lexbase Hebdo*, n° 175.

C'est sensiblement cet argument qui justifie l'intransmissibilité autonome de l'action en justice. Pourtant, bien que cette catégorie soit contestée²⁴, il existe des actions sans droit²⁵, et des droits sans action²⁶. Cela montre bien que les deux ne sauraient se confondre.

Reste alors à qualifier l'action en justice afin de démontrer sa transmissibilité.

b) La nature de l'action en justice - La Cour de cassation énonce dans le présent arrêt que l'action en justice peut faire l'objet d'une convention de cession autonome. Ce faisant elle ne prend pas formellement parti sur la nature de l'action en justice pas plus que sur le régime de la convention de transfert. L'incorporation de l'action en justice est-elle un indice de son rattachement à la catégorie des droits de créance? Non, si l'on songe qu'il existe des biens incorporels²⁷. Il convient donc d'examiner la notion d'action en justice à travers le prisme de la catégorie des biens, puis de la catégorie des droits de créance.

- *L'action en justice est-elle un bien?* Aux termes de l'article 529 du code civil, les actions en justice sont considérées comme des biens meubles par détermination de la loi, sauf si ces actions portent sur des immeubles auquel cas elles sont alors considérées comme bien immeuble par l'objet auquel elles s'appliquent²⁸.

- *L'action en justice est-elle un droit de créance?* La conception de l'action en justice en tant que droit subjectif²⁹ peut s'autoriser de la lecture de l'article 30 du nouveau code de procédure civile aux termes duquel: «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. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention».

Cette conception de l'action en justice en tant que droit subjectif fait néanmoins l'objet de vives critiques³⁰. D'autre part, l'article 1689 du code civil introduisant les dispositions relatives à la cession de créance dispose: «Dans le transport d'une créance, d'un *droit* ou d'une *action sur un tiers*, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre». Il est à noter que la Cour de cassation, dans l'arrêt du 10 janvier 2006, reprend *expressis verbis* la formulation de l'article 1689 du

code civil: «Une convention de cession peut avoir pour objet, non seulement toute créance mais encore toute action contre un tiers, à moins que ces *créances, droit ou action* ne soient hors du commerce ou que l'aliénation n'en ait été prohibée par une loi particulière».

Sans formellement qualifier l'action en justice de créance, cet article permet de servir d'assise légale à un principe de cession autonome d'action. Les conventions de transfert d'action pourront ainsi trouver dans les dispositions relatives à la cession de créance un régime d'accueil³¹.

2 - Le régime juridique de la convention de cession - Il paraît alors vraisemblable que, à travers l'affirmation de la cession autonome d'action, la Cour de cassation ait entendu viser le mécanisme de la cession de créance, d'autant plus qu'elle avait qualifié de cession de créance la clause d'un contrat de crédit-bail par laquelle le bailleur délègue au preneur tous ses droits et actions contre le fournisseur concernant la garantie des vices cachés, l'assignation du fournisseur par le preneur en résolution de la vente valant signification de cette cession de créance³².

Dès lors, il est possible à partir de ces énonciations d'esquisser le régime juridique de la cession autonome d'action en se calquant sur le régime de la cession de créance³³. Le consentement du cédé à l'opération n'est pas nécessaire³⁴. Seules seront exigées les formalités d'opposabilité de l'article 1690 du code civil, à ceci près que, comme nous venons de le voir, l'assignation vaut signification à l'égard du débiteur cédé. Cette formalité n'est donc absolument pas contraignante puisque de toute façon le cessionnaire devra assigner le cédé pour mettre en œuvre l'action en justice.

Le cédé ne pourra exercer le retrait litigieux prévu aux articles 1699 à 1701 du code civil dans la mesure où comme nous l'avons vu la cession de droits litigieux dans l'analyse moderne s'entend de la cession d'un droit substantiel. Le cédant quant à lui, n'est pas tenu à garantie, sauf stipulation contraire, dans la mesure où l'objet de la cession est assurément aléatoire.

Celui-ci prend l'engagement de ne pas agir en justice³⁵, et doit logiquement transmettre au cessionnaire toutes les pièces relatives au litige³⁶, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle.

Il convient au surplus de rejeter l'analogie avec les modes alternatifs de règlement des conflits dans la mesure où la cession d'action n'a pas pour but de mettre fin au litige, mais de substituer le cessionnaire au cédant.

(24) H. Motulsky, Le droit subjectif et l'action en justice, Arch. phil. droit, 1964, p. 220.

(25) M. Cayrol (thèse préc., n° 25) donne l'exemple de «l'action en référé afin d'obtenir le passage sur le fonds voisin, nécessaire pour effectuer des réparations urgentes. Elle n'est qu'une action sans droit, puisque aucune servitude de passage n'existe légalement dans une telle hypothèse».

(26) Il en va ainsi de la transmission à l'héritier de l'action en réparation du préjudice moral subi par le *de cuius*. Le droit extrapatrimonial n'est pas transmissible, l'action est transmise aux héritiers (N. Cayrol, thèse préc., n° 26 s.). L'auteur donne encore l'exemple de la clause du crédit-bail qui permet au crédit-preneur, tiers au contrat de vente, d'agir en justice contre le vendeur.

(27) Sur lesquels, V. G. Loiseau, J.-Cl. Civil, art. 527 à 532, fasc. 20.

(28) Art. 526 c. civ. Sur la conception de l'action en justice comme un bien ordinaire, V. E. Tricoire, L'extracommercialité, thèse, Toulouse, 2002, n° 163; J. Carbonnier, Droit civil, Les biens, PUF, 16e éd., 1995, n° 2 et 50; R. Libchaber, Rép. civ. Dalloz, v° *Bien*, n° 186-191.

(29) V. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, thèse, 1947, rééd. Dalloz, 1991, préf. P. Roubier.

(30) G. Wiederkehr, La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau code de procédure civile, Mélanges Hébraud, Toulouse, 1981, p. 949 s.; X. Lagarde, Réflexions critiques sur le droit de la preuve, LGDJ, 1994, n° 65 s.

(31) Il ne s'agit que d'un régime d'emprunt dans la mesure où, bien que leur nature première soit procédurale, les actes ayant pour objet la transmission de l'action en justice doivent épouser les mécanismes du droit des obligations.

(32) Cass. com. 4 juin 1996, Bull. civ. IV n° 156; D. 1996, Jur. p. 630, note M. Billiau; JCP 1996, II, 22744, note M. Taillens-Dessalle; RTD com. 1997, p. 312, obs. B. Bouloc; A rapprocher de Cass. com. 15 janv. 1985, Bull. civ. IV, n° 25, et Cass. com. 26 janv. 1977, Bull. civ. IV, n° 27. *Addé*, V. Lasbordes, L'actualité de la cession de créance, LPA 14 nov. 2002, p. 4, spéc. n° 7.

(33) *Contra*, N. Cayrol, thèse préc., n°159. Nous rejoignons l'auteur quand il rejette l'analogie avec la cession de droits litigieux (n° 157) dans la mesure où le droit litigieux s'entend d'un droit substantiel.

(34) Condition qui s'imposerait si l'on avait retenu le mécanisme de la délégation de créance.

(35) Engagement de ne pas faire sanctionné par l'art. 1145 c. civ. (cf. *infra*).

(36) N. Cayrol, thèse préc., n° 245.

En outre, comme il a été mentionné précédemment, l'exercice du retrait litigieux est impossible, de sorte qu'il ne saurait être ainsi mis fin au litige.

B - Les conditions de validité de la cession d'action

Les conditions de validité de la cession d'action sont soumises aux règles du droit commun des conventions (1) et à celles de la procédure civile (2).

1 - Les conditions tenant au droit commun des contrats -

La cession autonome de l'action en justice doit obéir aux conditions de validité de l'article 1108 du code civil. Parmi ces conditions, l'objet et la cause méritent un examen particulier.

a) L'objet

- *Objet des obligations*: le cédant s'engage à ne plus agir en justice³⁷ quand le cessionnaire en accepte le bénéfice et la charge. L'obligation de ne pas agir en justice doit être fermement justifiée dans la mesure où le droit d'agir en justice se conçoit généralement comme une liberté fondamentale.

- *L'existence de l'objet*: les articles 1108 et 1601 du code civil posent le principe de l'existence de la chose. L'action en justice existe-t-elle au moment de la transmission? N'est-elle pas simplement en germe? La condition d'existence de l'objet supporte néanmoins des tempéraments. En effet, en premier lieu, l'obligation née du contrat peut porter sur une chose future. En second lieu, les parties peuvent conclure un contrat aléatoire. Le résultat de l'action en justice est sans aucun doute aléatoire. L'obstacle tenant à l'existence de l'objet ne semble donc pas dirimant, d'autant plus que la jurisprudence récente retient la possibilité de céder des créances éventuelles ou futures.

- *La commercialité de l'action en justice*: aux termes de l'article 1128 du code civil, «il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent être l'objet de convention». L'arrêt du 10 janvier 2006 pose comme première limite à la transmission autonome de l'action en justice l'extracommercialité. De prime abord, cette restriction paraît heureuse. Cependant, lorsque l'on songe à l'élargissement constant des choses hors du commerce devenant par l'effet de la loi ou de la jurisprudence des choses ayant pleinement intégré le champ de la commercialité, il est aisé de se rendre compte que cette limite est somme toute peu contraignante.

De plus, le critère de commercialité ne semble pouvoir se définir que par rapport au droit substantiel auquel il devrait normalement se rattacher. M. Delpéch en fait d'ailleurs état lorsqu'il considère que l'action en justice serait une chose hors du commerce «si elle se rattachait à une chose qui le serait elle-même (par exemple une action en responsabilité liée à l'inexécution d'une convention de mère-porteuse, illicite car portant atteinte à l'indisponibilité du corps humain; V. art. 16-7 c. civ.)»³⁸.

On peut se demander néanmoins si l'affirmation du caractère autonome de l'action est compatible avec la considération de la

commercialité du droit substantiel. N'y a-t-il pas un paradoxe à apprécier l'autonomie en se référant à l'accessoire³⁹?

b) La cause

Il convient de distinguer la cause de l'obligation et la cause du contrat⁴⁰. Si la première conception sert à apprécier l'existence d'une contrepartie dans les contrats synallagmatiques, la seconde sert à apprécier la licéité de la convention.

- *La cause de l'obligation*: l'affirmation de la transmission autonome de l'action en justice n'est pas véritablement nouvelle. La pratique connaît en effet une catégorie d'actes ayant pour objet la transmission d'une action en justice, sans pour autant qu'il y ait transmission du droit dont l'action serait accessoire. Il en est ainsi des clauses de direction de procès dans les contrats d'assurance et des clauses associant le crédit-préneur à la vente entre le fournisseur et l'établissement de crédit dans les contrats de crédit-bail professionnels.

Cette existence permet-elle *ipso jure* de considérer que tout transfert autonome est possible? Il n'y a qu'un pas à franchir mais celui-ci semble risqué dès lors que, pour les actes déjà existants, des considérations d'ordre théorique et pratique peuvent venir justifier ce transfert. Pratiquement, il est logique que l'assureur de la réparation finale du dommage soit en mesure de se défendre lui-même sur ce qu'il va payer. L'assuré, bien qu'auteur principal du dommage, ne sera qu'indirectement concerné par sa condamnation puisqu'il ne supportera pas le paiement.

Dans les conventions de transfert d'actions existantes, particulièrement la clause de direction de procès, la cause objective réside dans la garantie due par l'assureur à son assuré. L'obligation de ne pas agir pour l'assuré réside dans le fait qu'il n'a plus d'intérêt à agir pour sa défense, dans la mesure où ce sera l'assureur qui devra supporter les conséquences financières de la mise en œuvre de sa responsabilité.

Dans les cessions d'action autonomes, l'obligation du cédant de ne pas agir en justice ne trouve pas sa cause dans une quelconque garantie assumée par le bénéficiaire puisqu'il s'agit justement de débarrasser la convention de transfert d'action de tout rapport avec le droit substantiel⁴¹. Dès lors, la cause de l'obligation du cédant réside uniquement dans le versement d'un prix; celle du cessionnaire dans le droit d'être entendu par un juge sur le fond d'une prétention particulière. La cause de l'obligation dans les cessions purement autonomes est donc indépendante de la considération du droit substantiel.

Ainsi, on ne conçoit à titre autonome que les actions ayant pour objet une somme d'argent (créance de responsabilité, créance de restitution, répétition de l'indu...). On verrait mal une cession purement gratuite en l'absence de rapport d'obligation préexistant entre cédant et cessionnaire de l'action.

(39) Doit-on alors pour dépasser le paradoxe parler de «séparabilité» de l'action en justice par rapport au droit substantiel? V. le débat à propos de la clause compromissoire, *supra*.

(40) Cass. 1^{re} civ. 12 juill. 1984, Bull. civ. I, n° 293: «si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé».

(41) Sous les réserves exprimées considérant la commercialité de l'action en justice (V. *supra*).

(37) V. P. Grignon, L'obligation de ne pas agir en justice, Mélanges Mouly, t. 2, Litec, 1998, p. 115 s.

(38) X. Delpéch, obs. préc., p. 367.

- *La cause du contrat*: la présente décision ouvre la voie à une marchandisation des actions en justice ⁴². Or, la procédure civile s'accommode mal de contingences spéculatives.

Il suffit d'évoquer la loi du 3 avril 1942 qui dispose: «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'accident de droit commun ou à leurs ayants droit le bénéfice d'accords amiables ou de décisions judiciaires ⁴³» ou la prohibition des pactes de *quota litis*.

Pour qu'une telle cession soit licite, il faudrait considérer que la cession ait été totalement désintéressée. Mais alors quel serait l'intérêt pour le cédant?

2 - Les conditions tenant à la procédure civile

a) La qualité pour agir - Reprenons la définition des conventions de cession d'action donnée par M. Cayrol: «L'acte juridique ayant pour objet la transmission de l'action en justice peut être défini provisoirement comme une convention par laquelle une personne reçoit d'une autre le droit d'être entendue sur le fond d'une prétention, et sans lequel elle aurait succombé à une fin de non-recevoir. Cette convention doit permettre d'écarter les fins de non-recevoir qui sanctionnent normalement le défaut d'action en justice, sans laquelle aucune prétention n'est recevable ⁴⁴». Et l'auteur d'ajouter, «Sous ce rapport, elles confèrent donc, par leurs propres moyens, une «habilitation à agir» ⁴⁵».

L'habilitation à agir n'est que l'expression d'un autre concept, la qualité pour agir.

Peut-on concevoir une habilitation à agir conventionnelle? M. Cayrol rejette dans un premier temps cette hypothèse avant de relever: «En vérité, sous l'angle de la volonté, transmettre une action et habilitier à agir recouvrent exactement la même chose. (...) L'objet de la volonté des parties ne peut donc pas être réellement la «transmission» d'une action en justice. Elle se caractérise davantage par le désir d'habilitier une personne à agir en justice ⁴⁶».

Dès lors, l'habilitation à agir est de l'essence même des conventions de cession d'action. Il faut remarquer que dans les formes de conventions de transfert d'action existantes, l'habili-

tation à agir «conventionnelle» ne s'explique que par les liens existants entre les personnes antérieurement au transfert et par les conséquences de l'action à l'égard du bénéficiaire de la convention de cession. Le lien entre le droit substantiel et l'action ressurgit à nouveau et c'est parce que le résultat final aura une implication sur le droit substantiel que l'action est transmise au bénéficiaire plus à même de défendre ce droit.

Or, dans une convention de transfert d'action autonome, le bénéficiaire n'a pas forcément de liens avec le cédant en rapport avec le droit substantiel, et surtout les suites de l'action n'auront pas forcément de conséquences sur son patrimoine. L'intérêt à agir n'est donc plus au centre des préoccupations des parties.

b) La transmission de l'action ne doit pas être prohibée par une loi particulière - La seconde limite apportée par la décision concerne cette fois-ci la prohibition par une loi particulière de la transmission de l'action. L'action en justice, chose dans le commerce, ne sera pas transmissible par voie de convention autonome en raison d'une loi venant l'interdire expressément.

M. Delpech ⁴⁷ donne l'exemple d'une créance du Trésor public: «si elle est *a priori* cessible, [elle] ne peut être transmise avec le privilège dont elle est assortie, qui est personnel à son titulaire».

Conclusion

On ne peut que se féliciter de ce que la Cour de cassation ait saisi l'occasion qui lui était présentée de poser un principe général de transmission de plein droit des actions en justice à l'ayant cause à titre particulier. La solution vaut quel que soit le mode de transfert de la créance. L'affirmation de la cession autonome de l'action en justice laisse en revanche quelque peu dubitatif. A cet égard, on peut émettre des doutes quant à la volonté réelle de la Cour de cassation de consacrer la cession autonome de l'action en justice. Au détour de la question de la transmission accessoire qui lui était posée, la Cour de cassation a-t-elle voulu consacrer la transmission autonome par le biais d'un *obiter dictum*? La Haute juridiction n'a-t-elle pas voulu simplement étayer le principe de la transmission accessoire de l'action en justice?

Gageons que la Cour de cassation précise prochainement l'orientation qu'elle entend donner à la cession autonome d'action. ■

(42) Ou à un «affacturage judiciaire» selon l'expression de P.-Y. Gautier (RTD civ. 1998, p. 694) à propos de la cession de droits litigieux. Pothier stigmatisait quant à lui «l'odieux acheteur de procès» (Traité du contrat de vente, n° 598).

(43) Art. 1er, DA 1942, Lég. p. 107.

(44) N. Cayrol, thèse préc., n° 10.

(45) *Op. cit.*, n° 161.

(46) *Op. cit.*, n° 175.

(47) *Obs. préc.*, p. 367.