

*
****L'essentiel**

La multiplication des actions de substitution, l'apparition de l'action de groupe, l'élargissement du procès au gracieux et au contentieux objectif sont autant de sources de désordre qui obligent à une remise en cause de la notion de partie telle qu'elle est classiquement admise. Elle ne peut être réduite à la seule personne liée par l'instance. L'essence de la notion de partie n'est pas d'ordre processuel mais substantiel. C'est l'existence d'un conflit substantiel qui conduit les parties à saisir une juridiction pour qu'elle le tranche. En principe la qualité de partie à la contestation commande donc l'attribution de la qualité de partie à l'instance en cas de saisine du juge. Toutefois, en cas de dissociation entre ces deux qualités le désordre n'est pas insupportable. Il suffit de s'assurer que des règles garantissent la protection de la partie à la contestation non présente à l'instance.

« Deux dangers ne cessent de menacer le monde : l'ordre et le désordre » (1)

1. *Ordre et désordre* - L'impératif de sécurité juridique implique que l'ordre l'emporte sur le désordre. Encore faut-il que l'ordre ne soit assimilé à la rigidité. Les concepts juridiques doivent s'adapter aux réalités sociales. À défaut, le Droit perd la fonction purement régulatrice qui est la sienne pour devenir dogmatique, et non pacificateur.

La notion de partie telle que décrite traditionnellement - comme la personne liée par l'instance - est devenue peu encline à expliquer la réalité contemporaine du procès. La multiplication des actions de substitution, l'apparition prochaine de l'action de groupe, l'élargissement du procès au gracieux et au contentieux objectif, sont autant de sources de désordre qui obligent à une réflexion quant à la notion de partie (2). Si cette notion telle qu'elle est classiquement appréhendée ne s'adapte pas à ces nouvelles facettes du procès, il n'existe qu'une alternative. Soit une telle notion est inutile, soit il importe de la dépasser pour identifier sa véritable nature.

Il n'y a pas de véritable suspens. La notion de partie est dans l'essence du procès. À l'instar d'une Société sans humain, un procès sans partie relèverait de la science-fiction ! Les juridictions ont pour mission propre d'apaiser les conflits. Or, ces derniers ont systématiquement la même source : le sentiment d'injustice ressenti par des individus. Identifier les parties dans les nouvelles manifestations du procès passe donc par la recherche des personnes qui *in fine* retrouveront leur dû grâce à l'intervention judiciaire.

2. *L'ordre apparent* - Ingrédient premier du procès civil, la notion de partie ne devrait pas donner lieu à interrogation : sont parties les personnes qui s'opposent devant le juge. L'évidence de la notion de partie est telle que si le code de procédure civile s'y réfère à 622 reprises et dès l'article 1^{er}, il ne prend pas soin de la définir.

Classiquement, la partie est distinguée du sujet de l'action (3). L'une n'est pas l'égal de l'autre. Le sujet de l'action n'est pas une partie tant qu'il ne saisit pas le juge. Réciproquement, la partie à l'instance n'est pas nécessairement sujette d'une action. Tel est par exemple le cas lorsque le demandeur - partie à l'instance - se voit opposer une fin de non-recevoir pour défaut d'intérêt.

La tentation est alors forte d'en déduire que l'identification de la notion de partie repose sur un critère purement formel. Sont parties les personnes liées par l'instance (4) : le demandeur et le défendeur. On comprend alors pourquoi cette notion n'a pas été définie. Il y a une certaine redondance à définir les parties à l'instance comme les parties liées... par l'instance.

3. *Le désordre* - Pourtant l'évidence est trompeuse. Il est parfois affirmé qu'il y a là « une des plus délicates questions du droit judiciaire » (5). Bien souvent en effet, le recours au critère formel de l'instance ne suffit pas à distinguer les parties des tiers. C'est la raison pour laquelle la doctrine préconise d'ajouter à ce critère formel un critère matériel : la formulation d'une prétention (6). Le participant au procès doit donc émettre une prétention pour être une partie. Pour autant, l'ajout d'un critère matériel ne dissipe pas toutes les difficultés. Il reste une multitude d'hypothèses dans lesquelles l'identification des parties est sujette à caution.

En premier lieu, il faut reconnaître qu'en l'absence de litige, l'identification des parties est difficile. En témoigne par exemple l'émergence en droit des procédures collectives de la notion de « partie nécessaire » (7), qui permet d'accorder le statut de partie à des personnes qui n'émettent pas de prétention au sens formel du terme (8). De même, l'absence d'opposition formelle entre deux personnes rend difficile l'identification des parties en matière gracieuse. Peut-être est-ce pour cela que la frontière entre parties et tiers y semble poreuse ? Le code de procédure civile offre en effet à certains tiers en matière gracieuse une prérogative normalement attachée de manière exclusive à la qualité de partie : faire appel du jugement rendu (9). Cette perméabilité entre catégories de tiers et parties est manifeste dans le domaine des ordonnances rendues au terme d'une procédure unilatérale, puisque les tiers considérés comme « intéressés » bénéficient d'une voie de recours (10).

En second lieu, c'est parfois l'exigence du critère formel de l'instance qui paraît surabondante. Il en va ainsi lorsqu'il existe dans l'ordre substantiel une opposition entre deux ou plusieurs personnes qui ne sont pas toutes présentes dans l'ordre procédural. Le droit positif les assimile pourtant à des parties. Tel est le cas du débiteur dans le cadre d'une injonction de payer. S'il ne forme pas opposition, il ne sera jamais partie à l'instance. Il est pourtant difficile de considérer qu'il n'est pas une partie au jugement... Une telle anomalie est encore plus flagrante lorsque la jurisprudence considère que certains jugements sont rendus au profit d'organismes absents de l'instance... Ainsi, la jurisprudence considère que lorsque l'ASSEDIC - aujourd'hui Pôle emploi - n'intervient pas dans l'instance opposant le salarié à l'employeur, elle doit tout de même être considérée comme « partie nécessaire ». Elle peut alors obtenir le remboursement des indemnités abusivement versées au salarié sans avoir émis de prétention (11).

La notion de partie à l'instance suscite aussi des difficultés en matière de solidarité passive. Dans cette hypothèse en effet, la jurisprudence considère que la chose jugée à l'égard du débiteur partie à l'instance est étendue à ses codébiteurs pourtant absents du procès (12).

Dans d'autres situations, il paraîtrait opportun de considérer comme parties des personnes qui ne sont pas initialement dans l'instance mais qui sont pourtant substantiellement concernées. Le régime général des obligations en fournit une illustration avec l'action oblique. En application de l'article 1166 du code civil, un créancier peut exercer une action de son débiteur. Dans ce cas, seul le créancier est, au sens strict du terme, partie à l'instance puisque lui seul est demandeur. Mais dans la mesure où il exerce une action du débiteur, il est difficile de considérer que l'autorité de chose jugée ne s'impose pas à ce dernier (13)...

De manière plus générale, la notion de partie suscite des difficultés dans tous les cas où une personne a qualité pour agir dans l'intérêt d'autrui. On songe évidemment aux actions de substitution. Ici, des syndicats peuvent agir en justice dans les cas prévus par la loi pour défendre l'intérêt individuel d'un salarié (14). Certaines associations bénéficient de la même faculté pour défendre des victimes de discrimination (15). Au sens strict du terme, seul celui qui agit en saisissant la juridiction - le substitut - est partie à l'instance à l'exclusion de celui dont les intérêts sont en jeu - le substitué. Il en découle que le jugement rendu ne peut avoir autorité de chose jugée à son égard, alors même qu'il bénéficie de ses effets substantiels... Cela peut paraître pour le moins étonnant.

Le même constat peut être opéré avec la mise en place des actions de groupe (16) par la loi sur la consommation (17). L'instance ayant pour vocation la reconnaissance de la responsabilité d'un professionnel et l'indemnisation des victimes sera introduite et conduite par une association, sans que les personnes lésées n'y interviennent.

4. *La mise en ordre* - Pour saisir la notion de partie, il importe de rappeler que le procès civil a une finalité : mettre un terme à une « contestation » (18). Tout est donc organisé dans l'instance pour que le juge puisse parvenir à cette fin. La contestation constituant la matière substantielle soumise à la juridiction, il faut logiquement en déduire que les parties au jugement seront les parties à la contestation. Pourtant, nombre de situations ne répondent pas *a priori* à ce schéma. La contestation semble absente dès lors que le juge ne tranche pas un litige - gracieux, procédures collectives. Il est alors tentant de se demander si en ces matières la notion de partie présente une pertinence... Dans d'autres situations, il existe une contestation, mais il apparaît que certaines parties à la contestation ne sont pas présentes à l'instance, et que certaines parties à l'instance ne sont pas parties à la contestation...

Pour surmonter cette difficulté, il importe de souligner qu'il n'existe pas d'instance sans contestation. Aussi en principe les parties à l'instance sont-elles également parties à la contestation. Il s'agit là de l'ordre établi (I). Cet ordre est remis en cause en cas de dissociation entre ces deux qualités. De telles situations devraient *a priori* être dénoncées dans la mesure où celui dont les intérêts sont en cause subira les effets substantiels du jugement sans faire valoir ses arguments... Cependant, à l'étude il apparaît que la majorité des cas de dissociation entre partie à l'instance et partie à la contestation repose sur un fondement légitime. Surtout, il existe des mécanismes permettant de protéger la partie non présente à l'instance. Le désordre n'est donc qu'apparent (II).

I - L'ordre établi : le cumul des qualités de partie à la contestation et à l'instance

5. *Une condition essentielle* - De prime abord, la notion de partie en procédure civile est indissociable de la notion d'instance. La notion de partie est toujours abordée comme un élément de l'instance (19). Il ne semble par conséquent n'y avoir de partie qu'à l'instance.

Il importe cependant de souligner que c'est l'existence d'un conflit d'ordre substantiel qui amène les parties à saisir une juridiction pour qu'elle le tranche. L'essence de la notion de partie n'est donc pas d'ordre processuel mais substantiel. La rédaction de l'article 1^{er} du code de procédure civile est à ce titre éloquente : « seules les parties introduisent l'instance ». Cela signifie que seules les parties à la contestation introduisent l'instance. La qualité de partie à la contestation commande donc l'attribution de la qualité de partie à l'instance en cas de saisine du juge. Elle en constitue une condition essentielle.

Si cela paraît naturel lorsque la contestation revêt la structure d'un litige (A), contrairement aux apparences il n'en va pas différemment en droit des entreprises en difficulté. En la matière l'identification des parties à la contestation constitue la condition de l'attribution de la qualité de partie à l'instance (B).

A - Un ordre naturel en matière de litige

Seules les personnes parties au conflit peuvent accéder à la qualité de partie à l'instance (1). Cette condition est tellement essentielle que les conséquences attachées par le droit positif à la qualification de partie découlent bien plus du lien des parties avec le litige que de celui qui les unit dans l'ordre procédural (2).

1. La partie à l'instance nécessairement partie au litige

6. *Parties à l'instance, parties « litigantes »* - Pour le code de procédure civile comme pour la doctrine la notion de partie au litige préexiste à l'instance. Il est à ce titre éloquent que les auteurs utilisent parfois l'expression « parties litigantes » (20) au lieu et place de « parties à l'instance ».

Le litige se distingue en effet de l'instance. L'instance est le rapport procédural qui lie les parties et le juge. Ce lien a pour finalité de régler le différend d'ordre substantiel opposant les parties. Or, le litige constitue justement ce différend d'ordre substantiel opposant les parties. Etre « partie litigante » revient donc à s'opposer dans l'ordre substantiel. Par hypothèse le litige préexiste à la saisine du juge. Il n'y a donc pas de synonymie entre « parties à l'instance » et « parties litigantes ». Si les deux expressions sont pourtant parfois tenues pour équivalentes c'est que l'on considère que les parties à l'instance sont nécessairement les parties au litige. En d'autres termes, théoriquement les deux notions se distinguent. Mais en pratique ce sont les mêmes personnes qui se retrouvent dans les deux catégories. La raison en est simple. Elle tient à la structure du litige. Elle résulte du fait qu'une personne subit une atteinte dans ses droits en raison de l'attitude d'une autre personne (21). Aussi, lorsque le juge est saisi, c'est nécessairement la victime prétendue - demandeur à l'instance - qui agit contre celui censé être à l'origine de son mal - défendeur à l'instance. Les parties à l'instance sont les parties au litige qui ont décidé de porter leur différend devant une juridiction. Une fois le procès entamé, toutes les parties au litige sont nécessairement parties à l'instance. On comprend alors la raison pour laquelle seule la notion de partie à l'instance intéresse les processualistes. S'il faut être partie au litige pour être partie à l'instance, il n'en demeure pas moins que seules les personnes qui ont pris l'initiative d'exercer l'action en justice ou qui sont appelées à y défendre doivent être appréhendées par la procédure.

Dans cette perspective la notion de partie ne soulèverait alors qu'une problématique temporelle : à compter de quel moment les parties en conflit acquièrent-elles la qualité de partie à l'instance (22) ?

7. *Parties « litigantes » non parties à l'instance* - Cette conception - aussi séduisante soit-elle - est erronée. En procédure civile, il n'y a pas que les personnes à l'instance qui soient qualifiées de parties. L'article 1^{er} du code de procédure civile (23), mais aussi les dispositions relatives au principe du contradictoire en attestent. Ainsi l'article 14 indique que « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ». Une personne est donc ici qualifiée de partie sans être dans l'instance. Il importe d'ailleurs de noter que, selon cette disposition, c'est la qualité de partie au litige qui donne le droit au défendeur de devenir partie à l'instance pour pouvoir se défendre. L'attribution de la qualité de partie à l'instance

résulte dans ce schéma du fait que ces personnes sont en conflit dans l'ordre substantiel (24).

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la plupart des auteurs considèrent que c'est la formulation d'une prétention qui conditionne la qualité de partie à l'instance (25). La prétention se définit en effet comme l'avantage substantiel réclamé au juge pour mettre fin au litige. Pour se persuader du caractère essentiel de l'existence d'un conflit entre les parties, il faut rappeler que si ce dernier disparaît l'instance s'éteint. Si par exemple au cours du procès relatif au règlement d'une créance, il y a paiement par le débiteur, l'instance n'a plus lieu d'être. L'action du créancier ayant disparu, inéluctablement l'instance subit le même sort (26). Le juge n'a pour ainsi dire plus de « matière » à trancher. L'instance perd son objet. Il en ira de même si les parties s'entendent dans le cadre d'une transaction, ou si le créancier renonce finalement en se désistant... Dans chacune de ces hypothèses, les parties manifestent qu'elles ne s'opposent plus dans le cadre d'un litige. L'instance n'a plus de raison d'être (27).

En matière de litige, l'attribution de la qualité de partie tient donc au fait que la personne en cause est liée par la contestation soumise au juge. Cette conviction est confortée par l'observation des conséquences attachées à l'attribution de la qualité de partie.

2. Les attributs des parties liés à l'existence d'une contestation

8. *Parties au litige et dispositif* - Les conséquences attachées à la notion de partie découlent bien plus du lien substantiel - le litige - unissant les parties que du lien procédural - l'instance.

Ainsi, c'est parce que par définition dans le cadre d'un litige les parties sont en conflit à propos de leurs droits subjectifs qu'elles maîtrisent en grande partie le procès. Si elles seules peuvent délimiter l'objet du litige, c'est parce que ce sont leurs droits qui sont en cause. Pour la même raison, la charge de l'allégation et de la preuve des faits (28) leur incombent... Encore, si seules les parties peuvent exercer en principe une voie de recours, c'est parce que le jugement n'a fait que trancher leur litige, statuer sur leurs droits. D'ailleurs dès lors qu'une mesure est prise sans qu'une partie au litige ait été présente à l'instance, une voie de recours doit lui être ouverte (29). Cela prouve bien que c'est la qualité de partie au litige qui ouvre le droit à un recours et non la présence à l'instance. Il en va de même à propos de l'autorité de chose jugée. C'est à l'évidence l'identité des parties au litige qui permet de déterminer ce qui a été jugé et doit être considéré comme irréfragablement vrai. La procédure d'injonction de payer en témoigne. Dans cette procédure unilatérale, un créancier s'adresse au juge pour que ce dernier enjoigne au débiteur récalcitrant de payer ses dettes (30). Il y a donc un litige, mais seul le créancier est partie à l'instance. Une fois l'ordonnance rendue, le débiteur peut faire opposition pour que la procédure devienne contradictoire et qu'il soit statué au fond. Mais, en l'absence d'opposition, l'ordonnance acquiert tous les effets d'un jugement contradictoire (31) et donc autorité de chose jugée. Dans cette circonstance, c'est alors nécessairement l'identité des parties au litige qui permet d'identifier la chose jugée et non celle de la seule partie à l'instance... À défaut le débiteur pourrait toujours saisir une juridiction pour faire reconnaître qu'il ne doit pas payer.

Finalement, il y a peu de conséquences - à l'instar de la charge des frais de procédure (32) - qui découlent uniquement du lien unissant les parties à l'instance.

Dans l'attribution de la qualité de partie c'est donc le lien unissant une personne au conflit qui est le plus important. Le rapport à l'instance n'est que secondaire. Il ne dirige que peu d'effets qui lui sont propres. Pour autant, si toutes les parties au litige sont présentes à l'instance, le sujet ne soulève pas de difficultés particulières. Il n'y a même aucune raison de distinguer ces qualités puisqu'une partie à l'instance cumulera nécessairement les effets liés à son appartenance à chacune des deux catégories.

B - Un ordre respecté en droit des procédures collectives

Pour la doctrine classique la notion de partie serait liée à l'existence du litige. Ainsi, pour Solus et Perrot : « le principe qui veut que le litige privé soit un contentieux entre parties se rattache au fondement subjectif de l'action en justice. Dans un contentieux à fondement objectif où le recours au juge tend à assurer le respect de la légalité, la personnalité des parties en cause tend à s'estomper, voire même à disparaître en certaines circonstances » (33).

Cette conception explique alors les raisons pour lesquelles en droit des entreprises en difficulté (34) - contentieux objectif par essence - l'identification des parties est aussi difficile. En l'absence de litige, il n'y a point de contestation et *a fortiori* pas de partie à la contestation. Si des personnes sont bien présentes à l'instance, faute de différend les opposant, il est difficile de distinguer les parties des tiers...

Pourtant, le droit des entreprises en difficulté ne doit pas être considéré comme une matière dans laquelle le juge se contente de faire assurer le respect de la légalité. Ici, comme en matière de litige, des personnes sont lésées dans leurs intérêts. L'instance qui est alors ouverte a pour vocation de permettre au juge de se prononcer sur la réalité de cette lésion et le cas échéant d'ordonner la mesure adéquate pour y remédier. Si la contestation revêt dans ces hypothèses une structure particulière il n'en demeure pas moins qu'elle lie une ou plusieurs personnes qui doivent être considérées comme parties (1). Simplement, comme le conflit n'est pas purement intersubjectif, les parties n'ont pas la même maîtrise de l'instance que celle dont elles disposent dans le cadre d'un litige (2).

1. L'identification des parties

9. *L'origine de la contestation* - En ce domaine, une procédure est ouverte en raison des difficultés d'une entreprise. La finalité est de tenter de sauver l'entreprise, l'emploi et (ou) d'essayer de désintéresser au mieux les créanciers. Au sein de cette procédure complexe destinée à satisfaire cette diversité d'intérêts et à rétablir la situation de l'entreprise, on ne retrouve pas les éléments du litige. Il ne faut pour autant pas en déduire qu'il n'y a pas de contestation. La notion de contestation juridictionnelle ne se réduit pas à la seule hypothèse d'opposition contradictoire de deux personnes. Le juge a pour mission de résoudre les conflits quelles qu'en soient l'origine et la manifestation. Or, ils ne résultent pas tous de l'atteinte aux droits d'une personne par une autre. En revanche, ils sont tous la conséquence d'une atteinte à l'équilibre dans la répartition de ce qui est dû à chacun. Le sentiment d'injustice que cette situation engendre, provoque un conflit qu'il appartient au juge d'éteindre. Il y a alors contestation dès qu'il y a dénonciation d'une source de déséquilibre dans la répartition de ce qui est dû à chacun (35).

La situation soumise au tribunal dans le cadre des procédures collectives répond à ce schéma. En conséquence des difficultés de l'entreprise une multitude de personnes - créanciers, salariés, débiteur... - sont atteintes dans leurs intérêts et risquent de l'être plus gravement encore à brève échéance. Le tribunal est ainsi informé de l'existence d'un déséquilibre existant dans la répartition de ce qui est dû à chacun. Il lui revient alors d'y mettre un terme. Ici, tout comme dans le cadre d'un litige les parties sont les personnes qui sont affectées par ce déséquilibre. Simplement cette mauvaise répartition n'incombe pas à une personne qui aurait pris plus que sa part. Elle résulte d'un élément objectif : les difficultés de l'entreprise. Toute personne pâtissant de ce déséquilibre doit être considérée comme partie à la contestation.

10. *Les parties « nécessaires »* - On saisit alors le contenu de la notion de « partie nécessaire » qui a émergé en droit des

procédures collectives (36). Cette notion est initialement (37) apparue sous l'empire de la loi de 1967 pour qualifier le débiteur de partie alors qu'il n'avait été ni entendu ni appelé. Puis la question fut posée de savoir si on pouvait l'étendre à d'autres personnes à l'instar des personnes proposant une offre de cession. Pour résoudre ce type d'hésitation, il suffit de considérer qu'en droit des procédures collectives, sont nécessairement parties toutes les personnes liées par le déséquilibre. Cela correspond d'ailleurs à la définition de « partie nécessaire » donnée par P. Cagnoli : il s'agit de toute personne qui va « subir ou profiter directement du jugement » (38). En effet c'est bien parce qu'elles sont parties au déséquilibre tranché par le tribunal, que ces personnes vont bénéficier ou subir ses effets. Cela est évident pour le débiteur. Pour mettre un terme au déséquilibre, le tribunal devra en effet décider soit de le laisser à la tête de son entreprise, soit de l'exproprier. L'évidence est telle que sa qualité de partie n'est plus aujourd'hui sujette à caution. Il en va de même pour les créanciers (39) à l'évidence victimes du déséquilibre dénoncé. Pareillement les salariés doivent être considérés comme parties à ce déséquilibre. Enfin, dans la mesure où l'intérêt général est concerné, il est logique que le ministère public soit considéré comme partie. Logiquement chacune de ces parties, liées au déséquilibre doit pouvoir exercer une voie de recours dans la mesure où elle estime que le tribunal n'a pas rétabli l'équilibre de la meilleure manière possible (40).

En revanche, toutes les personnes qui ne sont pas parties au déséquilibre, même si elles sont auditionnées, ne peuvent se voir attribuer la qualité de partie. Il en va notamment ainsi des repreneurs dans le cadre du plan de cession (41), ou encore des auteurs d'offres d'acquisition dans le cadre de la cession isolée des biens du débiteur (42). Aucun d'eux n'est partie à la contestation avant la saisine de la juridiction. Ils ne pâtissent pas des difficultés de l'entreprise. Les offres qu'ils expriment dans ce cadre ne sont que des solutions proposées au tribunal ou au juge pour essayer de mettre un terme au déséquilibre provoqué par les difficultés de l'entreprise. Ils ne font pas leur proposition dans le but de voir réparer une atteinte qu'ils subissaient dans leurs droits et qu'ils espèrent voir réparer par le jugement.

2. Le rôle secondaire des parties dans l'instance

11. « *Le procès n'est pas la chose des parties* » - Si les parties à la contestation sont ainsi parties à l'instance, il importe de souligner qu'elles ne peuvent pas avoir le même rôle que les parties à un litige. Dans le cadre d'un litige, il n'y a qu'un conflit mettant en scène les droits subjectifs des seuls demandeur et défendeurs. Les deux protagonistes étant maîtres de leurs droits, il est logique qu'on leur abandonne dans une certaine mesure la maîtrise de l'instance. Seule la personne qui estime ses intérêts lésés doit pouvoir si elle le désire saisir le juge. De la même manière, les parties étant les plus à même de défendre leurs intérêts, il est normal qu'elles maîtrisent la matière soumise au juge. En somme dans ce cadre, le principe dispositif prévalant, le juge ne peut prendre sa décision qu'au regard des demandes formulées par les parties et les faits avancés à leur soutien. En revanche, dans le cadre d'un contentieux objectif comme le droit des entreprises en difficulté, deux éléments diffèrent. D'abord la cause du déséquilibre est objective. Il s'agit des difficultés d'une entreprise et non de l'attitude d'une personne. Ensuite, la notion de partie ne peut être réduite à la seule hypothèse d'opposition du demandeur et du défendeur. Comme cela a pu être relevé les intérêts atteints sont bien plus nombreux. Les parties ne peuvent par conséquent qu'avoir un rôle dans l'instance moins actif qu'en présence d'un litige. Cela se mesure tant à l'aune du déclenchement de l'instance que de sa conduite et de l'autorité de chose jugée.

12. *L'absence de maîtrise de l'instance* - En droit des entreprises en difficulté, les parties ne peuvent maîtriser l'initiative de l'instance. Celle-ci va être déclenchée par une des parties sans que les autres l'aient nécessairement voulue. De ce point de vue, elles sont en quelque sorte placées dans la même situation que le défendeur dans le cadre du litige. Elles deviennent parties à l'instance sans l'avoir désiré. Mais à la différence du litige, elles ne sont pas placées en position de défense. Au contraire, chacune de ces parties est en quelque sorte créancière du jugement attendu. Elle espère que ses intérêts seront le moins lésés possible en conséquence des difficultés de l'entreprise. Si elles peuvent être parties à l'instance sans l'avoir voulu, c'est tout simplement parce que la matière soumise au juge n'est pas la leur. Dans un litige si la partie lésée décide de ne pas agir, cela ne regarde qu'elle. Au contraire, en droit des procédures collectives, ce n'est pas parce que le débiteur, ou les créanciers ne saisissent pas le tribunal qu'il n'y a pas de risque de trouble à la paix sociale. Il importe dans cette mesure de pouvoir ouvrir ce type de procédure au plus tôt pour que les intérêts en cause subissent le moins de lésions possibles (43).

Dans le même sens, les parties n'étant pas, en ce domaine, maîtresses des intérêts en cause, le raisonnement pour résoudre la contestation et la recherche des preuves doit leur être retiré. En ce domaine, comme en matière pénale, la solution doit en effet être rendue de la manière la plus objective possible (44). Si dans le cadre d'un conflit intersubjectif ne mettant en cause que les droits des parties ces dernières doivent assumer la responsabilité de leur succès ou échec, cela ne peut être ici le cas. Le règlement de la contestation dépasse la satisfaction directe de l'intérêt des victimes du déséquilibre. Le tribunal doit disposer de tous les moyens nécessaires dans le but de rendre la décision la plus proche de la vérité objective sans être limité par les seuls éléments avancés par les parties. Ces dernières ont donc nécessairement un rôle beaucoup moins important dans la conduite de l'instance qu'en matière de litige (45). Cette nécessité est accrue du fait que le tribunal doit ici prendre en considération l'intérêt de l'entreprise. Cet intérêt tiers à celui des parties, n'est représenté par aucune d'entre elles. Pour l'apprécier, le tribunal ne peut donc s'en tenir à ce qu'elles apportent.

13. *L'autorité de chose jugée indépendante de l'identité des parties* - Enfin, le déséquilibre tranché par le juge étant objectif, l'identité des parties n'a pas d'incidence quant à l'étendue de l'autorité de chose jugée. Dans le cadre d'un litige, la chose jugée dépend inextricablement de l'identité des parties. La juridiction va en effet se prononcer sur le point de savoir si une personne a plus que son dû au détriment d'une autre. Ici, il se prononce sur le point de savoir si l'entreprise peut être sauvée ou si la seule solution consiste à la liquider pour essayer de désintéresser les créanciers. L'autorité de chose jugée ne peut alors être relative qu'à la cause du jugement - les difficultés de l'entreprise - et à son objet - la solution arrêtée pour y remédier. Nul ne pourra contester une fois ce type de jugement rendu que la solution arrêtée constituait le meilleur moyen de redresser l'entreprise.

Finalement, dans le contentieux objectif que constitue le droit des entreprises en difficulté, il n'y a pas de dérogation au principe selon lequel les parties à l'instance sont parties au déséquilibre tranché par le juge. Simplement une multitude d'intérêts étant en cause, leurs prérogatives sont différentes de celles dont elles disposent dans le cadre d'un conflit purement subjectif et bilatéral.

II - Le désordre apparent : la dissociation entre parties à la contestation et à l'instance

14. *La personne lésée seule apte à agir* - À l'évidence, c'est en principe aux personnes lésées par une situation de défendre seules leurs intérêts à l'instance. Chacun est libre de ne pas demander en justice réparation du déséquilibre dont il est victime. C'est une question d'autonomie. Il n'y a que dans l'hypothèse où une personne est dans l'incapacité de se défendre qu'une autre doit défendre ses intérêts à sa place. Mais dans ce cas, il y a représentation *ad agendum*. La dissociation entre partie à l'instance et partie à la contestation n'existe pas. Le représentant saisit la justice au nom et pour le compte du représenté. C'est bien le titulaire des intérêts lésés qui est représenté à l'instance. Cela explique d'ailleurs le fait qu'aux termes de l'article 388-1 du code civil le mineur bien qu'auditionné dans les instances le concernant n'acquiert pas la qualité de partie. En réalité, il a nécessairement la qualité de partie si la procédure le concerne directement (46). Simplement, il ne l'exerce pas directement mais par l'intermédiaire de ses représentants (47).

Au contraire, il y a dissociation lorsque le déséquilibre soumis au juge porte atteinte à des intérêts dont au moins un des titulaires n'est pas présent ou représenté à l'instance. Cette situation est dangereuse pour lui dans la mesure où il subira

nécessairement les effets substantiels du jugement sans avoir pu faire valoir ses arguments. Le principe du contradictoire semble bafoué. La tentation est alors forte de dénoncer *a priori* ce désordre. Pourtant il convient de souligner que dans la majorité des hypothèses le fondement de cette dissociation est justifié (A). Surtout, il existe des mécanismes à même de protéger la partie non présente à l'instance (B).

A - Un désordre justifié

Il est un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles l'identification des parties est difficile parce que toutes les personnes susceptibles d'être atteintes par la situation soumise au juge ne sont pas présentes à l'instance. On se retrouve alors dans la situation où les secondes vont être substantiellement touchées par le jugement sans pour autant avoir participé à son élaboration. La dérogation aux principes les plus acquis gouvernant la maîtrise des droits subjectifs par son titulaire est telle qu'il faut en identifier la légitimité. À défaut les hypothèses véhiculant une telle dissociation doivent être dénoncées et disparaître. Chacun doit retrouver la libre maîtrise de ses intérêts.

L'étude fait apparaître qu'une telle dissociation est systématiquement justifiée en matière gracieuse (1) comme de litige, à l'exception de l'hypothèse de la solidarité passive (2).

1. Une dissociation légitimement justifiée en matière gracieuse

15. *Absence de litige* - En matière gracieuse, faute de litige, on pourrait croire qu'il n'y a pas véritablement de partie. Pourtant la difficulté principale dans l'identification des parties ne trouve pas là son origine. Elle résulte du fait que dans ce type de procédures la décision du juge résulte souvent de la prise en considération d'un intérêt qui n'est pas celui du demandeur. S'il y a le cas échéant dissociation entre partie à l'instance et titulaire des intérêts en cause, celle-ci est évidemment légitime. Dans ces cas, l'instance a justement pour but la vérification de l'intégrité de l'intérêt non présent.

À titre liminaire, il importe de rappeler qu'il serait faux de considérer qu'en matière gracieuse - faute de litige - le juge ne tranche pas de contestation. En ce domaine la loi impose par exemple un contrôle du juge en raison des circonstances particulières entourant la passation de l'acte envisagé. Il y a de fortes probabilités pour que ce dernier porte atteinte à un intérêt protégé par la loi. Ainsi, en matière de divorce par consentement mutuel, un des époux en situation de vulnérabilité peut ne pas être totalement à même de défendre ses intérêts. La loi impose alors un contrôle de la convention en réglant les effets. En matière d'incapacité, la loi impose le contrôle de certains actes passés par le représentant en raison du risque que fait peser l'opération envisagée sur les intérêts de l'incapable. Dans toutes ces situations, la loi présume donc qu'il y a un déséquilibre. Il revient alors au juge de trancher cette contestation virtuelle en vérifiant si cette présomption de déséquilibre peut ou non être renversée.

Or, il se peut que la contestation en cause concerne une personne absente de l'instance.

16. *En matière d'incapacité* - Il en va en tout premier lieu ainsi lorsque le juge est amené à contrôler les actes effectués pour le compte d'un incapable. En principe, le représentant dispose de la confiance du législateur pour passer des actes dans l'intérêt du représenté. Cependant pour les actes les plus graves, ceux qui pourraient avoir un retentissement irréversible sur le patrimoine de l'incapable, ce blanc-seing disparaît. Il faut organiser un contrôle pour s'assurer que l'acte est bien effectué dans l'intérêt de l'incapable (48). C'est donc en dissociant les qualités de partie à l'instance et de partie au déséquilibre présumé que l'intégrité des intérêts de cette dernière sont protégés. C'est en effet en recherchant objectivement où se situe l'intérêt de l'incapable sans être tenu par ce qu'avance son représentant que le juge rendra la meilleure solution pour l'incapable.

De la même manière, il y a évidemment dissociation entre partie à l'instance et partie au déséquilibre dans l'hypothèse de l'ouverture d'un régime d'incapacité. Ici en effet, un proche (49) se souciant d'une personne qu'elle estime vulnérable va saisir le juge des tutelles pour qu'il se prononce sur le point de savoir s'il est nécessaire que soit ordonnée une mesure de protection judiciaire. Cette dernière est évidemment intéressée par l'instance qui s'est ouverte. À ce titre, elle doit être considérée comme une partie. Pourtant il se peut qu'elle ne soit même pas auditionnée dès lors qu'elle est hors d'état d'exprimer sa volonté (50). Ici encore, il y a dissociation entre partie à l'instance et personne dont les intérêts sont en cause. Mais cette situation est rendue nécessaire par la protection de l'incapable.

17. *En cas de changement de régime matrimonial* - Les dispositions relatives à l'homologation du changement de régime matrimonial paraissent au contraire vectrices d'une dissociation moins légitime (51). Il n'y a lieu à homologation qu'en présence d'enfants mineurs ou encore en cas d'opposition formée par un enfant majeur ou par un créancier (52). Il est difficile de ne pas considérer que ces personnes - à l'origine de la procédure d'homologation - n'y sont pas parties. Lorsque l'homologation s'impose en raison de la minorité des enfants, la loi présume que la convention est susceptible de porter atteinte à leurs intérêts. Ils paraissent donc liés au déséquilibre tranché par le tribunal. Dans le même sens, lorsqu'un enfant majeur ou un créancier fait opposition, il s'oppose au changement parce qu'ils estiment que celle-ci lui fait tort... Le tribunal dans le cadre de l'homologation semble alors avoir vocation à vérifier la réalité de ces atteintes. Étant parties au déséquilibre objet du jugement, ils devraient par conséquent être présents à l'instance. La procédure semble bien plus contentieuse que gracieuse (53). Pourtant, ce n'est pas celui qui fait opposition qui saisit le tribunal. Seule la requête aux fins d'homologation soumise au tribunal par les époux y pourvoit (54). En outre le code de procédure civile énonce que l'homologation du changement de régime matrimonial relève de la matière gracieuse (55). À lire la réglementation, ces personnes ne semblent donc pas parties à l'instance... Une telle dissociation paraît devoir être dénoncée dans la mesure où en l'espèce, les parties au déséquilibre - au moins les opposants - sont les plus à même d'indiquer les raisons pour lesquelles la convention soumise au juge lèse leurs intérêts.

Cependant, à y réfléchir, ni les enfants ni le créancier opposant ne sont parties au déséquilibre... La raison en est simple. L'instance en homologation n'a pas pour objet de vérifier s'il existe une atteinte à leurs intérêts. Le changement de régime matrimonial étant conditionné au seul respect de l'intérêt de la famille, la procédure d'homologation aura pour seule finalité de vérifier le respect de l'intégrité de ce dernier (56). Si celui-ci existe, peu importe l'atteinte faite à d'autres intérêts (enfants, créanciers). La vérification juridictionnelle porte donc sur la question de savoir si cet intérêt motive réellement le changement ou non. Mais dans ces conditions, pourquoi ouvrir une possibilité de faire opposition aux enfants majeurs et aux créanciers ? Pourquoi imposer un contrôle systématique en présence d'enfants mineurs ? Pour les enfants, la raison est simple. L'intérêt de la famille ne peut être réduit à l'intérêt de l'enfant. En revanche l'intérêt de l'enfant est un élément à prendre en considération pour dessiner ce qu'est l'intérêt de la famille. Aussi, lorsqu'un enfant majeur fait opposition parce qu'il estime être lésé, il jette un doute sur la réalité du respect de l'intégrité de l'intérêt familial (57). Au-delà, comme l'enfant estime que ses intérêts sont lésés, il faut s'assurer qu'une telle atteinte est justifiée par l'intérêt de la famille. Le tribunal n'a donc pas à prendre en considération les prétentions des enfants. En présence d'enfants mineurs ou opposants, les parents saisissent donc le tribunal pour faire constater qu'ils peuvent changer de régime parce qu'ils en respectent la condition. Les seules parties à la procédure sont donc les parents. Les enfants seront peut être auditionnés en application de l'article 27 du code de procédure civile. Néanmoins, ils n'ont pas de prétention à faire valoir. Ils ne peuvent pas demander le refus de l'homologation au prétexte que leur intérêt en pâtit. En effet, une telle atteinte n'interdit pas au tribunal d'homologuer s'il estime que l'intérêt de la famille le justifie.

La position du créancier opposant est identique. Il est tiers. Dans cette procédure, les créanciers n'ont pas de prétention

à faire valoir. Le changement peut avoir lieu dès lors que la condition tenant à l'intérêt de la famille est respectée, même s'il y a atteinte à l'intérêt des créanciers. Le créancier ne peut donc demander le rejet de l'homologation au motif que ses intérêts sont atteints. Si la loi impose l'homologation en cas d'opposition d'un créancier, c'est que dans cette hypothèse ce dernier estime que ses intérêts seront lésés. Il faut alors que le juge s'assure que cette atteinte éventuelle est justifiée par l'intérêt de la famille. Ici encore, il importe peu de vérifier s'il y a réellement atteinte aux intérêts des créanciers.

En d'autres termes, si l'homologation s'impose, ce n'est pas pour arbitrer entre les intérêts des opposants, ou du mineur et l'intérêt de la famille. Lorsque des époux saisissent le tribunal pour qu'il homologue un changement, ils affirment qu'ils ont droit de changer de régime matrimonial en raison de l'intérêt familial ⁽⁵⁸⁾. Les époux étant les seules parties à la contestation, il est logique qu'ils soient les seules parties à l'instance...

2. Une dissociation partiellement justifiée en présence d'un litige

De prime abord, en présence d'un litige cette dissociation entre partie à l'instance et à la contestation est plus difficile à accepter qu'en matière gracieuse. Seul celui dont les intérêts sont lésés devrait pouvoir avoir l'initiative de l'instance. Réciproquement seul celui qui est considéré par le demandeur comme étant à l'origine de la lésion de ses droits devrait être défendeur à l'instance. Il importe alors de se demander ce qui peut justifier une telle atteinte en prenant pour illustration des actions de substitution, de l'action du ministère de l'Économie fondée sur l'article L. 442-6 du code de commerce, des actions de groupe, ou encore le domaine de la solidarité passive.

18. *Actions de substitutions* - Il y a action de substitution ⁽⁵⁹⁾ lorsqu'une personne - le substitut - agit pour défendre les intérêts d'une autre - substituée - sans que l'on puisse considérer qu'il y ait représentation. Généralement dans ces hypothèses, le substitut n'a besoin d'aucune autorisation pour agir dans l'intérêt du substitué. Et quand bien même c'est le cas ⁽⁶⁰⁾, on ne peut considérer le substitué comme représenté. En effet, le substitut n'exerce pas l'action du substitué. Il dispose d'une action propre pour agir à la place d'un autre ⁽⁶¹⁾. Il ne représente pas le débiteur dans l'exercice de son action. C'est la raison pour laquelle dans ces différentes procédures celui dont les intérêts sont en cause peut toujours intervenir pour devenir partie. Cela signifie donc bien qu'avant son intervention il était tiers à l'instance... En outre, par son intervention il ne remplace pas celui qui avait initialement agi dans son intérêt. Ils sont tous deux parties à l'instance. Une telle situation n'aurait pas lieu d'être si le substitut n'avait fait que représenter le substitué à l'instance. Le cas échéant dès son entrée, la présence du substitut n'aurait plus lieu d'être.

Cette situation originale est justifiée par la vulnérabilité du substitué. Compte tenu de sa position d'infériorité par rapport à celui qui lui cause tort, il y a de fortes probabilités pour qu'il n'agisse pas spontanément pour la protection de ses intérêts. En somme, son abstention n'est pas justifiée par un libre choix, mais par la crainte. C'est donc l'effectivité de ses droits qui justifie les actions de substitution. Il y a là à l'évidence un motif légitime.

Cette justification explique que les actions de substitutions soient uniquement consacrées au bénéfice des syndicats agissant dans l'intérêt personnel de salariés vulnérables ⁽⁶²⁾. Il s'agit également du motif ayant conduit à la consécration de l'action bénéficiant aux associations pour défendre l'intérêt des victimes de discrimination ⁽⁶³⁾.

L'action *ut singuli* est également justifiée par la volonté de rendre effectifs les droits du substitué. Ici, la société pâtit des fautes de son dirigeant. Mais ce dernier étant seul habilité à agir au nom et pour le compte de la société, il y a peu de probabilités pour qu'il exerce une action contre lui... C'est la raison pour laquelle a été créée l'action *ut singuli* ⁽⁶⁴⁾ qui permet à un associé d'agir dans l'intérêt de la personne morale contre le dirigeant pour obtenir réparation des préjudices que celle-ci subit.

Dans toutes ces hypothèses, la dissociation entre partie à l'instance et au litige est légitimée par la protection de l'intérêt du substitué. Mais il faut également souligner qu'elle est en partie justifiée par un intérêt qui est propre au substitut. Cela est inéluctable. Ces différentes personnes doivent trouver une motivation qui leur est propre pour agir. À défaut il s'agirait d'altruisme pur. Ainsi dans le cadre de l'action *ut singuli* l'associé agit certes pour le compte de la personne morale mais il serait faux de croire qu'il est totalement désintéressé. En faisant condamner le dirigeant, il agit aussi dans l'intérêt commun des associés, et donc indirectement du sien. Un constat identique peut être opéré pour l'action en substitution exercée par les syndicats et les associations. Ils agissent dans l'intérêt personnel du salarié ou de la victime de la discrimination. Néanmoins, l'atteinte subie par ces derniers fait également grief aux intérêts collectifs défendus par ces personnes morales.

À la différence de ces situations, dans l'action oblique parfois analysée comme la forme la plus ancienne des actions en substitution ⁽⁶⁵⁾, la seule justification de la dissociation tient dans la satisfaction des intérêts du substitut. C'est en effet dans le but d'augmenter son droit de gage que l'article 1166 du code civil autorise le créancier à exercer les actions du débiteur - substitué - à l'encontre des débiteurs de son débiteur. En agissant pour que le débiteur reçoive son dû de la part de tiers, il cherche en effet à reconstituer le patrimoine de ce dernier pour pouvoir mieux y puiser...

19. *L'action du ministre de l'Économie*. Dans d'autres hypothèses, la dissociation entre partie à l'instance et parties à la contestation aura lieu lorsqu'une personne agissant dans son propre intérêt va demander à ce qu'il soit mis fin à un déséquilibre auquel d'autres qu'elle sont parties.

Il en va ainsi à propos de l'action exercée par le ministère de l'Économie en application de l'article L. 442-6 III du code de commerce. Aux termes de cette disposition, le ministre de l'Économie peut, pour obtenir la cessation de pratiques restrictives, faire annuler les clause ou contrats illicites, et demander la répétition de l'indu. Indéniablement, les entreprises victimes des pratiques restrictives en cause bénéficient de telles actions alors même qu'elles ne sont pas parties à l'instance. Il est alors tentant de considérer qu'il s'agit ici d'une action de substitution. Cependant la Cour de cassation ⁽⁶⁶⁾ et le Conseil constitutionnel ⁽⁶⁷⁾ ont considéré qu'il ne s'agissait pas d'une action de substitution mais d'une action autonome ayant vocation à protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence ⁽⁶⁸⁾. Le ministre poursuit la défense d'un intérêt général et à cette fin il dispose des moyens nécessaires pour faire cesser l'illicéité. En d'autres termes ici, à la différence des actions de substitution le ministre n'agit pas dans l'intérêt des victimes. Il ne fait pour autant nul doute que la finalité poursuivie - à l'origine de cette dissociation entre partie agissante et partie intéressée - soit légitime.

20. *L'action de groupe* - L'action de classe telle qu'elle résulte de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation ⁽⁶⁹⁾ constitue un modèle de dissociation des qualités de parties à l'instance et de parties au litige ⁽⁷⁰⁾. Dans ce système en effet, seule l'association exerce l'action en responsabilité ⁽⁷¹⁾. Au terme de cette instance le tribunal se prononcera sur le principe de la responsabilité, fixera le montant individuel des indemnisations ou les critères permettant de l'établir. Mais à ce stade, les victimes - dont les intérêts sont en cause - ne sont toujours pas intervenues. Ce n'est que postérieurement dans le cadre d'une phase de liquidation ⁽⁷²⁾ - non judiciaire - que les victimes s'adressent, si elles le souhaitent, au professionnel pour obtenir une indemnité conforme au jugement. Elles ne seront donc à aucun moment intervenues à l'instance...

La justification avancée pour légitimer l'introduction d'une telle action tient évidemment au renforcement de l'effectivité

des droits des consommateurs (73). Il est vrai que lorsque le préjudice n'est pas suffisamment important, il y a peu de probabilité pour qu'ils exercent à titre individuel une action. Par ailleurs on pourrait avancer qu'une association est sans doute plus armée juridiquement que le consommateur pour agir contre le professionnel. Mais au-delà, la doctrine indique à juste titre que ces actions de classe ont une finalité qui dépasse la réparation civile pour devenir répressive (74). Le motif de ce type d'action réside en réalité dans la volonté de confisquer le profit illicitement acquis par le professionnel. Et cela n'est possible que dans la mesure où un maximum de victimes obtient réparation... Il semble qu'il y ait là une justification suffisamment légitime pour autoriser une atteinte au principe selon lequel en matière de litige seul celui qui prétend que ses intérêts sont lésés peut agir...

21. *Solidarité passive* - Il n'est pas certain que la dissociation ayant lieu en matière de solidarité passive présente la même légitimité. La dette solidaire intéressant l'ensemble des débiteurs, en cas d'instance engagée relativement à cette dernière, tous les débiteurs devraient être attirés en qualité de défendeurs. Ce n'est pourtant pas le cas, s'ils sont tous indéniablement liés par la contestation les opposant au créancier, ce dernier peut agir contre un seul d'entre eux. L'élu assumera la position de défendeur à l'instance pour le compte de l'ensemble des codébiteurs. Le jugement rendu sera d'ailleurs considéré comme ayant autorité de chose jugée à l'égard de tous (75). Un tel effet ne pourrait être légitimé que par l'idée d'une représentation mutuelle des codébiteurs, une représentation *ad agendum*. Or on sait qu'il n'y a là qu'une « fable » (76). Le seul fondement avancé est alors qu'il s'agit d'une facilité accordée par la jurisprudence au créancier. Cela est insuffisant (77) pour justifier d'une telle atteinte aux droits de la défense (78). Il n'est pas certain en effet que les co-débiteurs n'ayant pas été défendeurs auraient porté la contradiction au créancier de la même manière que celui qui a été partie à l'instance. Il serait par conséquent opportun de supprimer cette hypothèse de dissociation entre parties au litige et parties à l'instance.

La présentation - non exhaustive - de ces diverses hypothèses de dissociation entre parties à l'instance et parties à la contestation a pour mérite de mettre en lumière la fréquence du phénomène et son caractère majoritairement légitime. Il s'agit là d'un « désordre » utile. Pour autant, parce que les règles et conséquences attachées à la notion de partie ont été conçues pour des hypothèses dans lesquelles les deux qualités étaient cumulées, celles-ci ne paraissent pas *a priori* adaptées à ces situations. Il faut alors procéder à une mise en ordre.

B - Une mise en ordre des conséquences en cas de dissociation

Aussi légitime soit-elle, la dissociation entre partie à l'instance et partie à la contestation a pour conséquence d'imposer les effets du jugement à une personne qui n'a pas fait valoir ses arguments. En outre le jugement obtenu par les parties à l'instance a tranché la contestation à laquelle d'autres étaient liés. Aussi, il semble erroné d'affirmer que l'autorité de chose jugée ne s'impose pas aux parties à la contestation au prétexte qu'elles étaient absentes de l'instance. La mise en ordre des effets résultant de la dissociation entre partie à l'instance et partie à la contestation passe donc tout d'abord par ce constat : l'autorité de chose jugée s'impose aux parties à la contestation, même non présentes à l'instance (1). Cela conduit ensuite à se demander s'il existe des règles permettant de protéger les intérêts des parties absentes de l'instance (2).

1. L'autorité de chose jugée entre parties à la contestation

Comme cela a pu être souligné à propos du litige (79), les parties visées par l'article 1351 du code civil sont les parties à la contestation et non pas les seules parties à l'instance. Aussi, les parties à la contestation non présentes ou représentées dans l'instance sont nécessairement tenues par l'autorité de chose jugée. S'il est critiqué, un tel effet n'est d'ailleurs nullement caché en matière de solidarité passive (80).

Pourtant, dans d'autres domaines, la doctrine a tendance à le nier. Il importe alors de démontrer que la chose jugée s'impose aux parties non présentes à l'instance, que l'on soit en matière gracieuse ou en matière de litige.

22. *En matière gracieuse* - En matière gracieuse, lorsque le juge va rendre une décision intéressant un incapable sans que ce dernier n'ait été présent à l'instance, il faut à l'évidence considérer qu'elle s'impose à lui (81). Imaginons que le juge des tutelles autorise un parent à céder l'immeuble du mineur. À l'évidence l'effet substantiel du jugement s'impose à lui. L'immeuble sortira de son patrimoine pour être remplacé par son prix. Mais surtout, le mineur devenu majeur ne pourra pas agir pour faire reconnaître que la cession de cet immeuble lui était préjudiciable. Le juge des tutelles ayant considéré dans son jugement que la vente était effectuée dans l'intérêt de l'incapable, une fois les voies de recours épuisées nul ne pourra plus le contester.

23. *Actions de substitution* - Il en va nécessairement de même en matière de litige. Aussi dans le cadre des actions de substitution, il n'est pas possible de souscrire à la doctrine considérant que le jugement n'a pas autorité de chose jugée à l'égard du substitué (82).

Pour justifier cette position, elle avance que le substitué doit bénéficier des seuls effets substantiels du jugement à l'exclusion des effets processuels. C'est ici que son raisonnement est contestable puisque, justement, la notion de parties visée par l'article 1351 du code civil relève de l'ordre substantiel et non processuel (83)...

L'autorité de chose jugée s'impose donc nécessairement au substitué. Pour preuve, une fois que l'atteinte à ses intérêts a été réparée au terme de l'action de substitution, le déséquilibre dont il était victime a disparu. La contestation n'existant plus, il ne peut plus la porter devant les tribunaux. Imaginons qu'aux termes d'une action de substitution exercée par un syndicat, le contrat à durée déterminée (84) d'un salarié soit requalifié en contrat à durée indéterminée. Le salarié, certes tiers à l'instance, ne peut évidemment plus exercer une action contre son employeur pour obtenir la requalification. De même si le substitué a reçu des dommages et intérêts il ne pourra pas agir contre la personne qui a été défenderesse dans l'action de substitution pour obtenir réparation d'un préjudice qui a déjà été indemnisé... À l'inverse, malheureusement si le jugement ne donne pas gain de cause au substitué la décision s'impose à lui. Le substitué a dénoncé un déséquilibre dont il estimait le substitué victime. Si, après vérification, le tribunal considère que ce déséquilibre n'existe pas, sauf exercice d'une voie de recours, nulle autre juridiction ne pourra être saisie d'une contestation identique. À défaut ce serait remettre en cause la chose jugée, puisqu'il s'agirait de demander à ce que soit jugée une contestation ayant le même objet, la même cause et les mêmes parties... À titre d'exemple, si la responsabilité du dirigeant à l'égard de la société n'est pas reconnue dans le cadre d'une action *ut singuli*, la société ne devrait plus pouvoir agir par la suite.

24. *Action du ministre de l'Économie* - Il en va de même dans le cadre de l'action exercée par le ministre de l'Économie en application de l'article L. 442-6 du code de commerce. Une fois la question de la nullité des contrats et clauses en cause tranchées, les répétitions de l'indu subséquentes opérées, et les dommages et intérêts éventuellement versés aux victimes, ces points ne doivent plus pouvoir être tranchés. Même si elles n'ont pas été parties à l'instance les victimes ne peuvent plus saisir à nouveau un juge pour qu'il soit statué sur ces éléments. Une fois les voies de recours épuisées, ces contestations doivent être considérées comme définitivement éteintes. Aussi il faut relativiser ce qu'affirme le Conseil constitutionnel lorsqu'il indique que cette action ne porte pas atteinte au droit au recours au motif qu'elle n'interdit pas « au partenaire lésé ... d'engager lui-même une action en justice pour faire annuler les clauses ou contrats illicites » (85). Cela n'est vrai que pour autant que la juridiction saisie par le ministre de l'Économie n'a pas encore statué...

25. *Actions de classe* - Les rédacteurs de la loi relative à la consommation consacrant une action collective ont pris en considération le lien qu'il y avait entre les effets substantiels du jugement et l'autorité de chose jugée. Ainsi, l'article L. 423-21 du code de la consommation indique que les décisions auront autorité de chose jugée à l'égard de chacun des membres du groupe dont le préjudice a été réparé. Cela est indubitable, s'ils bénéficient d'une réparation, ils ne peuvent pas par la suite agir pour obtenir réparation d'une brèche dans leur patrimoine qui n'existe plus. Comme rien n'est dit pour les victimes qui ne se seront pas faites connaître, il faut en déduire que l'autorité de chose jugée ne s'imposera pas à elles. Cela est logique. Pour mémoire, en matière de litige pour que la chose demandée soit identique à la chose jugée, il faut que les parties soient identiques. Or, en l'espèce aucun tribunal n'a pu se prononcer sur de tels litiges puisque l'identité de ces personnes n'était pas connue. Elles pourront porter leur demande en justice individuellement. La situation sera identique si à la suite de l'action de classe le tribunal rejette le principe de la responsabilité du professionnel. Les « victimes » pourront agir à titre individuel puisqu'aucun jugement n'aura à proprement parler statué sur le litige auquel elles sont parties (86). Pour autant, dans les deux cas, la juridiction saisie risque vraisemblablement d'être influencée par le jugement rendu dans le cadre de l'action de classe (87).

2. Règles protégeant les parties non présentes à l'instance

L'extension des effets substantiels et de l'autorité d'un jugement à des personnes qui n'ont pu faire valoir leurs arguments constitue *a priori* un phénomène contestable au regard des droits de la défense et du contradictoire. Il importe alors de chercher quelles sont les techniques qui peuvent être mises en oeuvre pour permettre de protéger au mieux les intérêts des parties non présentes à l'instance. À cette fin, il est possible : d'essayer de minimiser l'impact des jugements sur leurs droits, d'amoindrir le principe dispositif, d'essayer d'associer ces personnes au procès pour qu'elles puissent s'exprimer.

26. *N'imposer que les jugements neutres ou favorables* - Le meilleur moyen de protéger l'intérêt des parties absentes de l'instance consiste à ne leur imposer que les jugements qui leurs sont favorables. Telle est la voie empruntée en matière de solidarité. Ici en effet la jurisprudence considère que l'autorité de chose jugée n'est étendue que pour autant que le jugement n'aggrave pas leur situation (88).

Les intérêts des parties au déséquilibre sont également protégés dans le cadre de l'action de classe consacrée par la loi relative à la consommation. Ainsi, le jugement ne leur sera étendu que pour autant qu'il leur paraît bénéfique. En effet, il revient aux victimes de décider si elles désirent ou pas en bénéficier (89) en fonction de la somme qui peut leur être allouée. Il s'agit d'une forme de gestion d'affaire appliquée à la procédure civile (90). L'association exerçant l'action constitue le gérant tandis que les victimes peuvent être assimilées au maître de l'affaire. Mais à la différence de la gestion d'affaires, ici les maîtres de l'affaire sont libres de ratifier ou non la gestion.

27. « *Objectiviser* » la procédure - Dès l'instant où la procédure en cours concerne d'autres intérêts que ceux des parties en cause, il semble opportun de se départir au moins partiellement du principe dispositif. Le jugement attendu ne concernant pas que les parties à l'instance, le procès ne devrait plus être considéré comme leur chose. Le juge ne peut pas se contenter de prendre sa décision au seul regard des éléments fournis par les parties présentes. Il doit rendre la décision la plus objectivement juste.

Réside ici la raison pour laquelle en matière gracieuse le juge n'est pas obligé de fonder sa décision uniquement sur les faits qui sont dans le débat (91) comme en présence d'un litige (92). Il peut non seulement prendre en compte les faits que les parties à l'instance n'avaient pas spécialement invoqués, mais aussi décider à partir de faits que les parties n'avaient nullement introduits. Cela est évidemment très opportun lorsque l'instance est justifiée par la protection d'un intérêt tiers (93). Dans le même sens, pour ces mêmes raisons, le juge est doté de pouvoirs d'instruction plus étendus que dans le cadre d'un litige. Les articles 9 et 146 du code de procédure civile ne se justifient plus. Puisque d'autres intérêts que ceux des parties sont en cause, le juge ne peut se fonder sur les seules preuves qu'elles apportent. Il doit par conséquent pouvoir ordonner des mesures d'instruction pour pallier la carence des parties. En outre il peut ordonner des mesures d'investigation qui lui semblent utiles sans être contraint par les formalités qui s'imposent lorsqu'il s'agit d'ordonner et d'exécuter les mesures d'instruction (94).

Il est tentant de proposer une extension de ces règles à la matière litigieuse dans les hypothèses où certaines parties à la contestation ne sont pas présentes à l'instance (95). Cela permettrait d'éviter que le sort des secondes dépende de la seule aptitude des parties à l'instance à défendre leurs intérêts. Si par exemple, en matière d'action de substitution, le syndicat ou l'association est malhabile, les conséquences sont irrémédiables pour le substitué... Pour autant une telle atteinte au dispositif entraînerait un traitement inégal des parties au détriment du défendeur alors que l'on reste dans le cadre d'un litige individuel. Le seul moyen de le justifier consisterait à admettre d'emblée que compte tenu des rapports entre les parties intéressées au procès il convient de favoriser l'accès à la preuve de la partie faible. Après tout, cela pourrait se justifier dans des rapports salariés/employeurs, ou consommateur/professionnels (96). Mais l'instauration d'actions de substitution et d'action de classe diligentées par des syndicats ou des associations organisées à cette fin ne rétablit-elle pas déjà cette inégalité ?

28. *Associer les parties à la contestation au procès* - Cela paraît évident, mais pour s'assurer que la partie concernée par le déséquilibre tranché sera satisfaite de la manière dont le procès est conduit, le plus simple consiste à lui donner la possibilité d'y être associée.

À ce titre le régime des actions de substitution existant en droit du travail et en matière de discrimination est soucieux des droits du substitué. Celui-ci peut toujours intervenir à l'instance. Son action étant déjà exercée il aura alors la position d'intervenant accessoire. L'instance continuera alors d'être conduite par une personne plus aguerrie. Mais s'il ne souhaite pas que son action soit exercée par le substitué il pourra s'y opposer ou y mettre un terme. Cela ne l'empêchera pas d'agir seul par la suite (97).

Dans le cadre de l'action oblique il est admis que le débiteur dont l'action est exercée par le créancier peut stopper l'action pour l'exercer lui-même ou transiger avec le défendeur (98). Néanmoins il y aurait une protection supplémentaire par l'instauration d'une mise en cause systématique du débiteur par le créancier exerçant l'action oblique (99).

Dans le cadre de l'action exercée par le ministre de l'Économie en application de l'article L. 442-6 du code de commerce, les victimes des pratiques restrictives en cause peuvent se joindre à l'instance. Cependant l'action du ministre n'étant pas intentée dans l'intérêt des victimes mais pour un but autonome, ces dernières ne peuvent y mettre un terme (100).

Dans le domaine de la solidarité passive, la possibilité pour le créancier de n'attirer en justice qu'un codébiteur est apparue illégitime (101). Aussi, il paraîtrait opportun d'obliger le créancier à mettre systématiquement en cause l'ensemble des codébiteurs, et ce même si en l'état du droit positif, le jugement ne leur est étendu que dans la mesure où il ne leur fait pas grief. Certains d'entre eux pourraient en effet estimer qu'elles auront une défense plus pertinente encore...

29. *L'exercice de voies de recours* - Enfin, si la décision rendue ne satisfait pas la partie à la contestation absente de

l'instance, elle doit pouvoir exercer un recours. Mais puisqu'elle n'est pas tiers au jugement, ce recours devrait être l'appel et non la tierce opposition. Il faudrait pour cela admettre que l'appel puisse être exercé par une personne qui n'a pas été présente ou représentée en première instance, ce qui n'est actuellement pas le cas ⁽¹⁰²⁾. L'article 546 du code de procédure civile ne s'y oppose pourtant pas. S'il indique que l'appel est ouvert à toute « partie » qui y a intérêt, on sait que le code de procédure civile utilise à plusieurs reprises ce terme pour désigner les personnes liées par la contestation et non celles qui sont présentes à l'instance ⁽¹⁰³⁾.

Cette solution serait d'autant plus opportune que le recours à la tierce opposition semble inadéquat. La raison en est double. D'abord, la partie concernée par le déséquilibre n'est pas tiers au sens de l'article 582 du code de procédure civile. La qualité de tiers y est entendue de manière substantielle, par rapport à la contestation en cause et non au regard de la seule instance. Cela se comprend au regard de la finalité de la tierce opposition. Il s'agit de faire rétracter ou réformer un jugement qui cause un grief à un tiers. Il faut alors comprendre que le jugement ne concernait substantiellement que les parties au procès. Aussi le juge n'a pas pris en considération d'éventuels intérêts tiers pâtissant de la solution. La tierce opposition permet alors à un tiers de demander à ce que la situation soit réexaminée au regard des conséquences du jugement sur ses intérêts. Le tiers soumet au juge l'appréciation d'un nouvel intérêt, une nouvelle prétention. La contestation soumise au juge dans le cadre de la tierce opposition prend donc substantiellement un nouvel aspect. Cela n'est pas le cas dans les hypothèses étudiées. Ici, la partie à la contestation absente de l'instance ne soumet pas à la juridiction un nouvel intérêt. Elle ne fait que demander au juge de réexaminer une prétention identique. A titre d'exemple, dans le cadre d'une action en substitution en droit du travail, le salarié ne fera que soumettre à la juridiction une contestation strictement identique à celle qui avait été formulée par le syndicat. La juridiction saisie se prononcera sur la même contestation liant les mêmes personnes (le salarié et son employeur). Puisqu'il s'agit de remettre en cause la chose précédemment jugée entre les mêmes parties la voie de l'appel semble être plus appropriée.

Ensuite, l'appel paraît préférable dans la mesure où la tierce opposition aura lieu devant la juridiction qui a rendu le jugement attaqué. Or, ici la partie au litige qui exercerait la tierce opposition soumettrait exactement la même contestation au juge. Celui-ci serait donc amené à réexaminer la même contestation portant sur le même objet, la même cause et relative aux mêmes personnes. Or, tel n'est pas l'objet de la tierce opposition. Elle a pour objet de soumettre une nouvelle situation au juge : celle du tiers. Ainsi, dans le cadre d'une action de substitution, si un tribunal rejette une demande d'indemnisation au profit du substitué, ce dernier ne devrait pas pouvoir agir devant le même tribunal pour demander à ce que soit tranchée cette même contestation... Il existe un risque qu'il ne se déjuge pas, même s'il a commis une erreur d'appréciation.

Il reste une question à se poser. Comment corriger d'éventuelles erreurs de jugement en exerçant un recours lorsque la partie concernée par le déséquilibre tranché n'est pas en capacité de le faire ? Il y a là la situation du jugement gracieux lorsque ce dernier a porté sur l'appréciation de l'intérêt d'un tiers à l'instance. Pour tenter de pallier cette difficulté, le jugement peut être notifié à des tiers pour qu'ils puissent faire appel ⁽¹⁰⁴⁾. On comprend alors que ces tiers bien que formant appel ne deviennent pas pour autant parties à la contestation. Néanmoins, introduisant l'appel, ils deviennent parties à l'instance d'appel.

Finalement, loin d'être source d'un insupportable désordre, les hypothèses dans lesquelles il y a dissociation entre qualité de partie à l'instance et qualité de partie à la contestation sont révélatrices de l'essence de la notion de partie. Derrière l'unité est apparue la dualité. Mais il importe d'énoncer que l'ordre processuel - sous peine de devenir abscons - ne doit être qu'une traduction de la réalité des contestations tranchées. Aussi il faut souligner que la qualité de partie à l'instance découle normalement de la qualité de partie à la contestation. Par conséquent, dès que les secondes peuvent participer à l'instance il faut les y associer.

Au-delà des illustrations qui ont pu être visées dans la présente étude, cette prise en considération permet de comprendre pourquoi le ministère public est considéré comme partie principale dès lors que l'ordre public est en jeu, même s'il n'émet pas de prétention. Défendant l'ordre public, il est nécessairement partie à ce type de contestation. A ce titre il doit avoir un rôle dans l'instance. Le parallèle peut être fait avec la notion de partie nécessaire en procédures collectives ⁽¹⁰⁵⁾. Par contre dès lors que l'ordre public n'est pas en cause il ne peut être assimilé à une partie au sens strict du terme. Ainsi le ministère intervenant comme partie jointe n'est pas une véritable partie ⁽¹⁰⁶⁾.

Dans le même sens, au regard des seuls critères établis, il apparaît que le Pôle emploi ne peut être assimilé à une partie dans l'instance opposant un salarié à son employeur pour la nullité d'un licenciement. Il n'est ni partie à la contestation ni partie à l'instance. Il n'est pas directement lié au déséquilibre tranché par le juge. S'il a droit en cas d'annulation au remboursement des indemnités indûment versées, contrairement à ce qu'indique la jurisprudence ⁽¹⁰⁷⁾, ce n'est donc pas parce qu'il a la qualité de partie. C'est tout simplement par ordre de la loi ⁽¹⁰⁸⁾. À moins de considérer qu'il est une partie virtuelle, émettant une prétention virtuelle... Mais il faudrait alors chercher si après l'ordre établi et l'ordre apparent il n'y a pas un ordre caché...

Mots clés :

PROCEDURE CIVILE * Généralités * Instance * Notion de partie

(1) Paul Valéry, extrait de La crise de l'esprit, lettre publiée dans la revue Athenaeus en 1919 (<http://www.jacquesderrida.com.ar/restos/valery.htm>).

(2) D'autant plus que peu d'études y sont consacrées : P. Chevalier, Parties à l'instance, J.-Cl. Pr. civ. fasc. 105 ; F. Bussy, La notion de partie à l'instance en procédure civile, D. 2003. 1376 ⁽¹⁰⁹⁾ ; Y.-M. Serinet, La qualité du défendeur, RTD civ. 2003. 203 ⁽¹¹⁰⁾. En procédures collectives : P. Cagnoli, Essai d'une analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 2002, spéc. n° 203 s. ; O. Staes, Procédures collectives et droit judiciaire privé, th. Toulouse 1995, n° 282 s. ; F. Derrida, La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, D. 1989. Chron. 77.

(3) G. Cornu et J. Foyer, Procédure civile, Puf, 3^e éd. 1996, n° 111.

(4) S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, Procédure civile, Dalloz, 31^e éd. 2012, n° 377.

(5) L. Cadet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, 7^e éd., LexisNexis, 2011, n° 494.

(6) L. Cadiet, obs. ss Com. 22 mars 1988, Rev. proc. coll. 1989. 40 ; P. Chevalier, *op. cit.*, n° 12 ; F. Bussy, *op. cit.*, p. 1376 ; P. Théry, Entre tiers et partie ou de deux choses la troisième : le droit de l'enfant d'être entendu en justice, obs. ss. Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20.613, RTD civ. 2005. 627 .

(7) P. Cagnoli, *Essai d'une analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* ; O. Staes, *op. cit.* ; R. Houin, obs. ss Com. 23 mai 1966, RTD com. 1966. 1012, n° 21 ; F. Derrida, *op. cit.*

(8) P. Cagnoli, *op. cit.*, n° 203 s.

(9) C. pr. civ., art. 546.

(10) C. pr. civ., art. 496 al. 2.

(11) Soc. 9 mai 1990, n° 87-42.055, Bull. civ. V, n° 216 - Soc. 12 déc. 2001, n° 99-44.167, Bull. civ. V, n° 383 ; Dr. soc. 2002. 225, obs. G. Couturier .

(12) On pourrait justifier cela par l'idée d'une représentation mutuelle des débiteurs, mais on sait cette théorie erronée. Sur ce point : D. Veaux et P. Veaux-Fournerie, La représentation mutuelle des coobligés, in Mél. Weill, Dalloz-Litec, 1983, p. 547 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, Droit des sûretés, 2007, 9^e éd., Litec, 2010, n° 448 ; J. Flour, J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, Les obligations, t. 3, 11^e éd., Sirey, n° 323 ; P. Le Tourneau et J. Julien, fasc. Solidarité, Rép. civ. n° 120 s.

(13) Pour un aperçu du débat, V. F. Gréau, Action oblique, Rép. civ., n° 78.

(14) Par ex. : C. trav., art. L. 1134-2, L. 1144-2, L. 1247-1, L. 1251-59, L. 1253-16, L. 7423-2, L. 8233-1, L. 8255-1.

(15) C. pr. civ., art. 1263-1.

(16) Sur la déformation du concept de partie par l'action collective V. S. Amrani-Mekki, Action de groupe et procédure civile, RLDC 2006. 32, spéc. n° 5 s.

(17) L. n° 2014-344 du 17 mars 2014. V. N. Molfessis, L'exorbitance de l'action de groupe à la française, D. 2014. 947  ; V. Rebeyrol, La nouvelle action de groupe, D. 2014. 940  ; K. Haeri et B. Javaux, L'action de groupe à la française, une curiosité, JCP 2014. 375.

(18) La notion de contestation est ici entendue comme dépassant le litige et englobant toute hypothèse dans laquelle il y a dénonciation d'une source de déséquilibre dans la répartition de ce qui est dû à chacun (J. Théron, L'intervention du juge dans les transmissions de biens, LGDJ, 2008, n° 184 s., spéc. n° 198).

(19) Par ex. : Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, t. 3, Sirey, 1991, n° 10 ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 496 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 493 ; S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *op. cit.* ; P. Chevalier, *op. cit.* ; F. Bussy, *op. cit.*

(20) Solus et Perrot, *op. cit.*

(21) Solus et Perrot, *op. cit.* t. 1, 1991, n° 480 ; Cornu et Foyer, *op. cit.*, p. 93.

(22) Sur ce point V. L. Cadiet, E. Jeuland, *op. cit.*, n° 561 ; P. Chevalier, Parties à l'instance, J.-Cl. Pr. civ. fasc. 105, n° 9.

(23) V. *Supra* n° 5.

(24) Solus et Perrot, *op. cit.*

(25) Ex. S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *op. cit.*, n° 378 ; P. Chevalier, *op. cit.*, n° 12 ; F. Bussy, *op. cit.* ; P. Cagnoli, *op. cit.* n° 168.

(26) L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 413.

(27) C. pr. civ., art. 384.

(28) C. pr. civ., art. 6 et 9.

(29) C. pr. civ., art. 17.

(30) C. pr. civ., art. 1405 s.

(31) C. pr. civ., art. 1422 al. 2

(32) C. pr. civ., art. 696 et 700.

(33) *Op. cit.*

(34) P. Cagnoli, *op. cit.* n° 166 s. ; O. Staes, *op. cit.*, n° 281 s. ; F. Derrida, *op. cit.* ; R. Houin, *op. cit.* ; L. Cadiet, obs. ss. Com. 22 mars 1988, *op. cit.*

(35) J. Théron, *L'intervention du juge dans les transmissions de biens, op. cit.*

(36) O. Staes, *op. cit.* ; P. Cagnoli, *op. cit.*, n° 204 s.

(37) R. Houin, *op. cit.*

(38) P. Cagnoli, *op. cit.*, n° 210.

(39) Représentés par le mandataire liquidateur une fois la procédure ouverte.

(40) C. com., art. L. 661-1.

(41) Ce qui explique qu'ils n'aient pas la faculté d'exercer de voies de recours contre le jugement ne retenant pas leur offre (C. com., art. L. 661-6 III). Seul le cessionnaire choisi peut faire appel du jugement qui met à sa charge des obligations qui n'étaient pas contenues dans son offre (C. com., art. L. 661-6 III). Mais il ne faut pas en déduire qu'il acquiert pour autant la qualité de partie. S'il peut agir contre ce jugement c'est tout simplement qu'il lui fait grief. En somme, ce recours répond plus à la philosophie de la tierce opposition qu'à celle de l'appel à proprement parler.

(42) Com. 31 mai 2011, n° 10-17.774, D. 2011. 1613  ; Gaz. Pal. 8 oct. 2011, n° 281, p. 28, obs. J. Théron.

(43) Il y a là la justification de la possibilité pour le tribunal de se saisir d'office en matière de redressement et de liquidation. Si une telle faculté a été censurée en matière de redressement pour violation du principe d'impartialité, il ne faut pas pour autant en déduire qu'elle faisait du tribunal une partie. Le tribunal, non partie au déséquilibre, ne peut être considéré comme une partie à la contestation. Il n'attend rien du jugement qui sera rendu. Dans cette mesure l'autosaisine ne viole pas le principe selon lequel « nul ne peut être juge et partie ». Cons. const. 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, JO 8 déc. 2012 ; D. 2012. 2886, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2013. 338, obs. A. Lienhard  , note J.-L. Vallens  ; *ibid.* 28, chron. M.-A. Frison-Roche  ; *ibid.* 1584, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano  ; Rev. sociétés 2013. 177, obs. L. C. Henry  ; RTD civ. 2013. 889, obs. P. Thery  ; BJED 2013, n° 1, p. 10, note T. Favario ; JCP 2013. 50, note N. Gerbay ; JCP E 2013. 1048, note N. Fricero ; JCP E 2013. 48, note C. Lebel ; Gaz. Pal. 18 déc. 2012, p. 9, J. 1959, note G. Teboul ; Gaz. Pal. 27 déc. 2012, p. 14, J. 2014, note L. Robert ; Gaz. Pal. 9 mars 2013, p. 29, comm. J. Théron.

(44) R. Martin, *Théorie générale du procès*, Éditions juridiques et techniques, 1984, n° 87.

(45) O. Staes, *op. cit.*, n° 150.

(46) *Contra* P. Théry, *op. cit.*

(47) Et s'il y a un risque de conflit d'intérêts, il est alors nécessaire de nommer un mandataire *ad hoc* (C. civ., art. 388-2).

(48) Par ex. : C. civ., art. 219, 389-5, 389-6.

(49) Visé par C. civ., art. 430.

(50) C. civ., art. 432.

(51) Depuis la loi du 23 juin 2006, n° 2006-728.

(52) C. civ., art.1397.

(53) Sur ce thème : Civ. 1^{re}, 19 mars 2008, n° 05-21.924, D. 2008. 2042  , note D. Le Ninivin  ; RTD civ. 2008. 725, obs. R. Perrot .

(54) C. pr. civ., art. 1300-1.

(55) C. pr. civ., art. 1301.

(56) M. Storck, *Contrat de mariage*, J.-Cl. Civ. art. 1396 à 1397-1, fasc. 20, n° 69.

(57) Ce doute étant présumé quand les enfants sont mineurs, faute pour ces derniers d'être capables de défendre leurs intérêts.

(58) À titre accessoire, il est intéressant de souligner que normalement une fois la réalité de cette justification vérifiée, tout risque de fraude est écarté. En effet, si le changement est bien motivé par l'intérêt de la famille, cela signifie qu'il ne l'est pas par la volonté de réduire le gage des créanciers. L'élément intentionnel nécessaire à la démonstration de fraude fait alors défaut. Aussi contrairement à ce que prévoit l'article 1397 alinéa 9 du code civil, au-delà du même du créancier opposant, on serait tenté de considérer que le juge ayant vérifié la véracité de l'intérêt de la famille nul ne devrait pouvoir agir contre la convention pour essayer de démontrer qu'elle fraude les droits des créanciers.

(59) Sur ce thème : C. Mauger-Rougeau, *L'action en justice un droit processuel pour la garantie des droits substantiels*, th. Paris 2, 2008 ; E. Jeuland, *Quelques questions sur l'action de substitution « à la française »*, in Mél. S. Guinchard, 2012, p. 749 ; du même auteur V. également : *Expérience nationale : La France*, in *Les recours collectifs, Étude comparée*, LGDJ, 2006, p. 75 s. spéc. p. 80.

(60) C. trav., art. L. 1154-2 en matière de harcèlement ; C. pr. civ., art. 1263-1 en matière de discriminations.

(61) E. Jeuland, *Droit processuel*, *op. cit.*, n° 323.

(62) V. *supra* note 13.

(63) V. *supra* note 14.

(64) C. civ., art. 1843-5.

(65) E. Jeuland, *Expérience nationale : la France*, *op. cit.*

(66) Com. 8 juill. 2008, n° 07-16.761, Bull. civ. IV, n° 143, D. 2008. 3046  , note M. Bandrac  ; *ibid.* 2067, obs. E. Chevrier  ; *ibid.* 2749, chron. M.-L. Bélaival et R. Salomon  ; *ibid.* 2009. 1441, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra (équipe d'accueil n° 4216 du Centre de droit économique et du développement)  ; *ibid.* 2888, obs. D. Ferrier .

(67) Cons. const. 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, D. 2011. 1340, obs. E. Chevrier  ; *ibid.* 1833, point de vue C. Rougeau-Mauger  ; *ibid.* 2961, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra  ; *ibid.* 2012. 577, obs. D. Ferrier  ; Constitutions 2011. 507, chron. J. Barthélemy et L. Boré .

(68) Sur cette qualification : C. Rougeau-Mauger, *Réflexions sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'Économie en matière de pratiques restrictives de concurrence*, RTD com. 2010. 653 .

(69) *Op. cit.*

(70) La même remarque peut être faite à propos de la première phase dans l'action de classe « à la française » proposée par la doctrine (S. Guinchard, *Une class action à la française ?*, D. 2005. 2180 ). Le procès commence en effet par une action déclarative en responsabilité pour préjudice de masse introduite par une association. L'action a pour objet d'établir une faute du défendeur et d'aboutir à un jugement en déclaration de responsabilité pour préjudice de masse. Le jugement déclaratif permettra d'entrer dans une deuxième phase judiciaire en fixant un délai de suspension de l'instance, délai qui sera mis à profit par le demandeur à une telle action pour procéder à une publicité. Ce n'est que pendant cette seconde phase que les victimes qui se reconnaîtront dans ce préjudice se feront connaître du tribunal. L'instance reprend à l'expiration du délai fixe. Il n'y aura à l'instance que les victimes connues. Il s'agit alors de procéder à l'évaluation individuelle des préjudices de chaque victime pour qu'elle se voit allouer une réparation.

(71) C. consom., art. L. 423-1 s.

(72) C. consom., art. L. 423-11 s.

(73) J. Barthélemy, L. Boré, *Constitution et action de groupe*, *op. cit.*

(74) L. Boré, *Rapport de synthèse*, in *L'action collective ou action de groupe*, *op. cit.* p. 113 ; E. Jeuland, *Droit processuel*, *op. cit.* n° 327.

(75) Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1885, DP 1886. 1. 251 - Com. 24 avr. 1981, n° 79-14.500, Bull. civ. I, n° 181.

(76) D. Veaux et P. Veaux-Fournerie, *op. cit.* ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *op. cit.* ; J. Flour, J.-L. Aubert, J.

Flour, E. Savaux, *op. cit.*, n° 323 ; P. Le Tourneau, J. Julien, *op. cit.*

(77) M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *op. cit.* .

(78) Y.-M. Serinet, *op. cit.*, n° 54.

(79) V. *supra* n° 8.

(80) V. *supra* n° 21.

(81) V. *supra* n° 16.

(82) L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 389 ; E. Jeuland, *Droit processuel*, n° 326. À propos de l'action oblique, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 1152 ; J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, *op. cit.*, n° 83.

(83) V. *supra* n° 8.

(84) C. trav., art. L. 1247-1.

(85) Dans Cons. const. 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, *op. cit.*

(86) La loi est par contre contestable en ce qu'elle implique que les membres ayant adhéré au groupe et n'ayant pas reçu réparation ne sont pas tenus par l'autorité de chose jugée. L. 423-21 indique en effet que la décision a autorité de chose jugée à l'égard des seuls « membres du groupe dont le préjudice a été réparé au terme de la procédure ». Sur ce point V. N. Molfessis, *op. cit.*, spéc. n° 10.

(87) S. Guinchard, Une *class action* à la française ?, *op. cit.*, spéc. II, A, d.

(88) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1257 s. ; J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, *op. cit.*

(89) V. *supra* n° 25.

(90) S. Amrani-Mekki, *Action de groupe et procédure civile*, *op. cit.*, n° 26.

(91) C. pr. civ., art. 26.

(92) C. pr. civ., art. 7.

(93) Mais cela l'est aussi lorsque seuls les intérêts des parties sont en cause, comme dans le cadre de l'homologation de la convention réglant les effets du divorce. Ici en effet s'il y a recours au juge c'est parce que l'on suspecte que les époux en état de fragilité ne sont pas à même de défendre parfaitement leurs intérêts.

(94) C. pr. civ., art. 27.

(95) S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 25.

(96) Pour l'action de classe.

(97) E. Jeuland, *Droit processuel*, *op. cit.*

(98) F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1152 ; J.-L. Aubert, J. Flour, E. Savaux, *op. cit.*, n° 83 ; F. Gréau, *Action oblique*, *Rép. civ.*, n° 77.

(99) *Idem.*

(100) V. *supra*, n° 19.

(101) V. *supra* n° 21.

(102) Sur ce point V. F. Ferrand, *Appel, Rép. pr. civ.*, n° 379 s.

(103) V. *supra* n° 5 et 7.

(104) C. pr. civ., art. 546. Il importe de noter que cette faculté est également ouverte lorsque le jugement est rendu au regard d'un intérêt non personnalisé tiers aux parties, à l'instar de l'intérêt de la famille dans le cadre de l'homologation du changement de régime matrimonial. Ici, le tribunal pourrait tout à fait notifier sa décision aux enfants majeurs ... Cela n'en ferait pas des parties mais leur permettrait de faire appel dans l'intérêt de la famille.

(105) V. *supra* n° 10.

(106) Au sein des procédures collectives, l'ordre public étant systématiquement en cause le ministère public ne peut être considéré comme une simple partie jointe. V. *supra* n° 10.

(107) V. *supra* n° 3.

(108) C. trav., art. L. 1235-4.