

Rechtslehre

Doctrine

Dottrina

Le traitement procédural de la consorité nécessaire matérielle: un raisonnement en deux étapes

FRANÇOIS BOHNET

Résumé

La consorité nécessaire matérielle est une institution procédurale. Elle répond sur le plan formel à des exigences résultant du droit matériel. Selon notre analyse, lorsqu'une personne agit seule alors que l'existence d'un droit détenu en main commune se pose, le tribunal devrait procéder en deux étapes. Dans un premier temps, il convient de déterminer si le demandeur affirme un droit propre ou s'il affirme seul un droit dont plusieurs personnes sont titulaires en commun. S'il affirme un droit propre et conteste l'existence d'un droit détenu en main commune, la question se résout au fond: le tribunal déterminera si le demandeur est bien le titulaire du droit. Si le demandeur affirme seul un droit dont plusieurs personnes sont titulaires en commun, se pose, dans un second temps, la question de savoir s'il existe un cas de *Prozessstandschaft*. A défaut, la demande est irrecevable, faute de droit d'action.

Zusammenfassung

Die notwendige materielle Streitgenossenschaft ist ein Institut des Prozessrechts. Sie nimmt im formellen Recht Anforderungen auf, die sich aus dem materiellen Recht ergeben. Klagt eine Person allein einen Anspruch ein, der einer Gesamthandschaft zustehen könnte, so sollte das Gericht nach der hier vertretenen Auffassung in zwei Schritten vorgehen: In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob die klagende Partei ein Recht als ihr eigenes geltend macht oder als ein Recht, das mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht. Macht sie ein eigenes Recht geltend und bestreitet sie so das Bestehen eines Gesamthandsverhältnisses, so kommt alles auf die Entscheidung in der Sache an: Das Gericht hat zu beurteilen, ob der klagenden Partei das geltend gemachte Recht zusteht. Macht die klagende Partei dagegen allein ein Recht geltend, das mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht, so ist zu untersuchen, ob ein Fall der Prozessstandschaft vorliegt. Ist dies nicht der Fall, so ist mangels Prozessführungsbefugnis nicht auf die Klage einzutreten.

Riassunto

Il litisconsorzio necessario materiale è un istituto procedurale. Esso risponde, sul piano formale, a delle esigenze risultanti dal diritto materiale. Secondo la nostra analisi, quando una persona agisce da sola, mentre si pone il tema dell'esistenza di un diritto detenuto in comune, il tribunale dovrebbe procedere in due tappe. In un primo tempo, occorre determinare se l'attore afferma un diritto proprio o se afferma

soltanto un diritto di cui sono titolari in comune diverse persone. Se afferma un diritto proprio e contesta l'esistenza di un diritto detenuto in mani comuni, la questione si risolve nel merito: il tribunale determinerà se l'attore è effettivamente il titolare del diritto. Se l'attore afferma soltanto un diritto i cui titolari sono diverse persone in comune, si pone in un secondo tempo la questione a sapere se esiste un caso di *Prozessstandschaft*. In caso negativo, l'azione è irricevibile, in difetto di diritto all'azione.

Table des matières

I.	Introduction
II.	La notion de consorité nécessaire matérielle
III.	Le traitement procédural de la consorité nécessaire matérielle
1.	L'approche du Tribunal fédéral
2.	La distinction entre qualité pour agir et légitimation au fond
3.	La distinction entre affirmation d'un droit propre et affirmation en son nom d'un droit dont plusieurs personnes sont titulaires en commun
4.	<i>Prozessstandschaft</i> et droits dont plusieurs personnes sont titulaires communs
5.	Qualité pour défendre et légitimation en cas de droit commun
6.	Eléments de droit comparé
7.	Les tempéraments à l'action commune
IV.	Conclusion

I. Introduction

Toute procédure civile contentieuse suppose deux parties. C'est le *Zweiparteiensystem*¹. Le procès civil implique une partie demanderesse («*wo kein Kläger ist, ist kein Richter*»²), qui requiert la protection juridique à l'égard d'une partie défenderesse. Lorsque plusieurs personnes sont titulaires en commun d'un droit, elles doivent parfois l'exercer conjointement. Tel est en principe le cas pour les membres d'une communauté de droit civil, comme la société simple (art. 530 CC) ou la communauté héréditaire (art. 602 CC). Quant aux droits dirigés contre une telle communauté, ils s'adressent également à l'ensemble de ses membres lorsque la solidarité n'est pas donnée. L'ensemble des membres d'une telle communauté doit aussi être impliqué pour la cessation de ce rapport juridique. Sur le plan procédural, on parle dans ces hypothèses de consorité nécessaire matérielle (art. 71 CO). L'ensemble des membres doivent attirer ou être attirés en justice.

1 GEORG WILHELM WETZEL, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3^e éd., Leipzig, 1878, § 5, p. 38; KONRAD HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, vol. 2, Leipzig 1907, § 111 II 2, p. 296; LEO ROSENBERG, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, 1^{re} éd., Berlin 1927, § 38 II, p. 98; RICHARD SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2^e éd., Leipzig 1906, p. 310 s.; WALTER J. HABSCHIED, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2^e éd., Bâle 1990, p. 7 N 17.

2 Vieil adage encore couramment utilisé: HABSCHIED, ZPR (n. 1), p. 13 N 30; BK ZPO-HURNI, art. 58 N 11.

La présente contribution s'intéresse au sort procédural d'une demande formée par seulement certains des membres de la communauté ou contre seulement certains de ceux-ci, lorsqu'il n'existe pas de régime de solidarité. Le Tribunal fédéral retient de manière constante qu'une telle demande doit être déclarée mal fondée, faute de la légitimation active ou passive³. A ce jour, les critiques d'une partie de la doctrine quant à cette approche, qui rompt avec la conception de nos voisins allemands, français et italiens, n'ont pas été entendues, ni même discutées.

La jurisprudence connaît pourtant depuis bien longtemps la notion de *Prozessstandschaft*, à savoir la qualité pour faire valoir en son nom personnel le droit d'autrui. Or, lorsque cette qualité fait défaut à celui qui agit et qui ne prétend pas être titulaire du droit affirmé, le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur la demande. Il devrait en faire de même si le demandeur qui admet être titulaire en commun d'un droit agit seul alors qu'il n'est pas *Prozessstandschafter*.

Un arrêt récent destiné à la publication⁴ permet de mettre en lumière les incohérences de la jurisprudence sous un nouveau angle. Le Tribunal fédéral reconnaît en effet la possibilité pour un héritier d'intervenir en soutien de l'exécuteur testamentaire, qui lui-même agit en qualité de *Prozessstandschafter* pour faire valoir les droits des héritiers. Or admettre cette figure, c'est reconnaître que la qualité pour agir de celui-ci et l'intérêt pour agir de celui-là se détachent nettement de la titularité au fond, qui demeure attachée à l'ensemble des membres de la communauté héréditaire.

II. La notion de consorité nécessaire matérielle

Plusieurs personnes peuvent être parties à un rapport de droit et, dans ce cadre, titulaires en commun de droits ou d'obligations. Tel est en particulier le cas des droits réels, des créances et des droits formateurs à l'égard de tiers dont sont titulaires les membres d'une société simple (art. 544 al. 1 CO)⁵, d'une indivision (art. 339 CC) ou d'une communauté héréditaire (art. 602 al. 1 et 2 CC)⁶. Les membres de ces communautés de personnes sont en revanche débiteurs solidaires des dettes (art. 544 al. 3 CO; 342 al. 2, 603 al. 1 CC).

Lorsqu'il n'existe pas de solidarité entre les titulaires communs⁷, ceux-ci doivent donc exercer leurs droits ensemble et ils sont responsables en commun de leurs obligations. L'exercice de droits formateurs intervient également en commun, par exemple la résiliation d'un bail qui doit être adressée à l'ensemble des locataires⁸. C'est ainsi le droit matériel qui détermine si les titulaires communs doivent

³ *Infra*, III 1.

⁴ TF 4A_147/2021 du 27 octobre 2021 destiné à la publication, consid. 3.4.

⁵ ATF 142 III 782; ATF 140 III 598 consid. 3.2; ATF 137 III 455 consid. 3.5.

⁶ TF 4A_539/2019 du 6 janvier 2020 consid. 6.

⁷ Voir ATF 137 III 455 consid. 4, qui réserve les conventions contraires à l'exercice en commun.

⁸ ATF 140 III 598 consid. 3.2; TF 4A_282/2021 du 29 novembre 2021 consid. 4.2.

agir ensemble ou être attrait ensemble en justice⁹, par exemple pour les demandes formatrices, qui tendent à la création, la modification ou la dissolution d'un droit ou d'un rapport de droit déterminé¹⁰. Lorsqu'une demande commune est exigée, on parle de *consortité nécessaire*. Elle est dite *matérielle* lorsque le droit litigieux appartient en commun à ses titulaires ou qu'ils en répondent en commun¹¹.

III. Le traitement procédural de la consortité nécessaire matérielle

1. L'approche du Tribunal fédéral

La consortité nécessaire matérielle découlant du droit matériel, le Tribunal fédéral en déduit que lorsque tous les consorts n'agissent pas, ceux qui ont introduit la demande n'ont pas la légitimation, «*ce qui entraîne le rejet de la demande, et non son irrecevabilité*»¹². Il s'agirait là d'une question de droit matériel, et non de procédure¹³.

Il est exact que la titularité matérielle fait défaut dans un tel cas, mais la jurisprudence omet une étape dans le raisonnement. Elle ne prête aucune attention à la question de savoir si la personne qui agit admet ou non être titulaire en commun d'un droit, question essentielle pour déterminer si la partie demanderesse a ou non la qualité pour agir. Avant d'examiner la titularité au fond, il convient en effet de toujours vérifier si la personne qui agit affirme être partie à la relation juridique en jeu dans le procès. A défaut, elle n'a en principe pas qualité pour agir, faute d'affirmer un droit propre¹⁴.

⁹ ATF 142 III 782 consid. 3.1.2; ATF 140 III 598 consid. 3.2; ATF 136 III 123 consid. 4.4.1; ATF 118 II 168 consid. 2 b, avec référence entre autres à HABSCHIED, ZPR (n. 1), p. 153 N 281 ss; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 1979, p. 296.

¹⁰ Annulation du congé par des colocataires: ATF 140 III 598 consid. 3, RSPC 2015 128; ATF 146 III 346 consid. 2.3.2.1.

¹¹ HABSCHIED, ZPR (n. 1), p. 151 N 278; FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, 3^e éd. Bâle/Neuchâtel 2021, p. 133 N 463. Voir ATF 142 III 782: «la communauté qu'est la société simple sur le plan de l'actif découle du droit matériel (art. 544 al. 1 CC), cette consortité nécessaire est qualifiée de matérielle; ATF 140 III 598 consid. 3.2; ATF 136 III 123 consid. 4.4.1.

¹² TF 4A_217/2017 du 8 avril 2017, RSPC 2018 22, qui renvoie à l'ATF 140 III 598 consid. 3.2; ATF 138 III 737 consid. 2, qui renvoie au Message CPC, p. 6894; ATF 137 III 455 consid. 3.5. Voir encore dans ce cahier de la RSPC, TF 5A_1044/2020 du 15 octobre 2021 consid. 4.2.1.

¹³ ATF 137 III 455 consid. 3.5; ATF 136 III 431 consid. 3.3. Bien des auteurs suivent cette approche sans discussion: CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 70 N 5; BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 70 N 33; BSK ZPO-RUGGLE, art. 70 N 1.

¹⁴ FRANÇOIS BOHNET, *Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation* et qualité pour agir; Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique, RSPC 2017 465, p. 480; CORDULA LÖTSCHER, *Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess*, thèse Bâle 2016, p. 45 s. N 95.

2. La distinction entre qualité pour agir et légitimation au fond¹⁵

L'entrée en matière au fond suppose que le demandeur affirme un droit à la protection juridique, affirmation qui doit être digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC). Tel est en principe le cas s'il affirme un droit propre¹⁶. Si la partie demanderesse affirme le droit d'un tiers, la qualité pour agir lui fait défaut à moins que la loi lui accorde cette qualité pour un motif spécial¹⁷. Elle n'est pas titulaire du droit d'action¹⁸. C'est le cas du proche qui agit en désaveu de paternité, de l'enfant qui demande le divorce de ses parents ou encore du propriétaire qui demande la cessation du trouble subi par son voisin. Dans ces hypothèses, le demandeur n'affirme pas un droit propre, si bien que la qualité pour agir lui fait défaut. L'entrée en matière doit lui être refusée. Si en revanche le demandeur soutient qu'une certaine somme lui est due ou qu'il est le locataire, il a cette qualité, quand bien même la légitimation pourrait lui faire défaut s'il s'avère que la créance avait été cédée ou que le bail avait été transféré. Il arrive que le Tribunal fédéral distingue les deux questions¹⁹, mais il les confond en général²⁰.

Cette distinction, qui a été mise en lumière par la doctrine allemande²¹ au début du XX^e siècle, est aussi reconnue chez nos voisins italiens²² et français²³ depuis fort longtemps. Elle a même reçu une consécration légale en France et en Italie. L'art. 31 CPC fr. définit la qualité pour agir en ces termes: «*L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé*». L'art. 81 CPC it. déclare que «*Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*». La réserve porte sur les cas de *Prozessstandschaft*, intitulée *Sostituzione processuale* en italien.

15 Pour des développements sur cette distinction, voir BOHNET, Qualité pour agir (n. 14), p. 475 ss.

16 HABSCHIED, ZPR (n. 1), p. 149 N 276; CR CPC-BOHNET, art. 59 N 95; BOHNET, Qualité pour agir (n. 14), p. 472; JOHANN BRAUN, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Tübingen 2014, p. 336.

17 BOHNET, Procédure civile (n. 11), p. 118 N 48; LÖTSCHER (n. 14), p. 45 s. N 95.

18 FRANÇOIS BOHNET/LORENZ DROESE, Le droit d'action selon le CPC suisse, RSPC 2021 465 ss, et la synthèse en p. 490.

19 ATF 116 II 131 consid. 3a; ATF 113 II 190 consid. I/1.

20 BOHNET, Qualité pour agir (n. 14), p. 478.

21 Pour les sources (en particulier HELLWIG et ROSENBERG), voir BOHNET, Qualité pour agir (n. 14), p. 470. La doctrine allemande actuelle est unanime sur les principes: BRAUN (n. 16), p. 335 s.; OTHMAR JAUERNIG/BURKHARD HESS, Zivilprozessrecht, 30^e éd., Munich 2011, p. 69 N 15; LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 18^e éd., Munich 2018, § 46 N 3–5, p. 247; ZÖLLER/ALTHAMMER, ZPO, Vor § 50 N 16 s., 32^e éd., Cologne 2018.

22 Voir par exemple GIAMPIERO BALENA, Istituzioni di diritto processuale civile, vol. 1, I principi, Bari 2019, p. 57 s. On parle en Italie de *legittimazione ad agire*. Pour les fondements en Italie: GIUSEPPE CHIOVENDA, Principii di diritto processuale civile, 3^e éd., Naples 1923, § 36, p. 596 ss.

23 Voir par exemple CÉCILE CHAINAIS/FRÉDÉRIQUE FERRAND/LUCIE MAYER/SERGE GUINCHARD, Procédure civile – Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage, 35^e éd., Paris 2020, p. 166 ss N 192 ss.

Chez les auteurs suisses, c'est d'abord HABSCHIED qui a insisté sur cette différence, en reprenant l'approche allemande²⁴: «L'on déduira de ces exemples la nécessité de soigneusement distinguer les notions de «qualité pour agir et pour défendre» – notion de droit procédural – et de la «légitimation active et passive» – notion de droit de fond. (...). Au cas où tant la qualité que la légitimation font défaut, le juge devra constater le défaut de qualité puisque l'examen de la recevabilité d'une demande doit toujours précéder son examen au fond: conséquence pratique, même si le défaut de qualité est douteux alors que l'absence de légitimation n'est pas contestable, le juge devra procéder à des recherches sur la qualité pour pouvoir refuser de trancher la demande au fond.»

La doctrine récente qui s'est intéressée à cette question parvient à la même conclusion²⁵. Il est surprenant que, malgré tout, le Tribunal fédéral maintienne sa terminologie, simple réminiscence de la théorie classique qui voyait dans le titulaire de l'action le titulaire du droit²⁶. On y oppose la notion formelle de partie, qui s'est imposée dès le début du XX^e siècle, et qui voit dans celle-ci la position de celui qui *affirme* en son nom un droit en justice, peu importe que le droit existe ou non et qu'elle affirme son droit ou celui d'un tiers²⁷.

De plus, cette théorie matérielle est en contradiction directe avec le concept de *Prozessstandschaft*, appliqué sans hésitation par le Tribunal fédéral, comme nous allons le voir ci-après.

3. La distinction entre affirmation d'un droit propre et affirmation en son nom d'un droit dont plusieurs personnes sont titulaires en commun

Si la personne qui agit n'admet pas être partie à un rapport de droit dont plusieurs personnes sont titulaires et affirme être titulaire d'un droit propre, il est exact de retenir que ce point doit se résoudre au fond²⁸. Ainsi en va-t-il lorsque la partie demanderesse soutient être devenue seule locataire suite à un avenant. Dans la mesure où le tribunal arrive à la conclusion que le rapport de bail lie en réalité plusieurs colocataires au bailleur, la demande en annulation du congé d'un seul colocataire est mal fondée²⁹.

En revanche, lorsque la partie demanderesse admet qu'elle est partie à un rapport de droit détenu en main commun, elle n'affirme pas un droit propre, et la question qui se pose est celle de savoir si elle peut agir en son propre nom pour faire va-

24 WALTER J. HABSCHIED, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd. Genève 1980, p. 188 s., et les nombreux exemples fournis; HABSCHIED, ZPR (n. 1), p. 149.

25 BOHNET, *Qualité pour agir* (n. 14), p. 472; FRANÇOIS BOHNET, *Les défenses en procédure civile suisse*, RDS 2009 II 200, p. 291; LÖTSCHER (n. 14), p. 56 s. N 119 ss.

26 BRAUN (n. 16), p. 333, 336; JAUERNIG/HESS (n. 21), p. 69 N 13 ss.

27 Pour des développements: FRANÇOIS BOHNET, *Les parties et leur capacité (d'être partie, d'ester et de postuler) en procédure civile suisse – Clarifications terminologiques et dogmatiques*, RSPC 2018 69, p. 73.

28 LÖTSCHER (n. 14), p. 450 N 1058. Sur le principe: p. 45 s. N 95.

29 Comp. TF 4A_539/2019 du 6 janvier 2020.

loir des droits dont plusieurs personnes sont titulaires – en l’occurrence ceux des membres d’une communauté³⁰. On parle dans ce cas de *Prozessstandschaft*, de qualité pour affirmer en son nom personnel le droit d’autrui³¹. Les cas de *Prozessstandschaft* peuvent résulter du droit matériel (par exemple, art. 318 al. 1 CC, en vertu duquel le détenteur de l’autorité parentale a qualité pour exercer en son nom les droits de l’enfant mineur et pour les faire valoir en justice³²), ou du droit procédural (par exemple, art. 79 al. 1 let. b CPC)³³.

Même si, comme nous l’avons vu, elle utilise souvent la notion de qualité pour agir dans le sens de légitimation au fond, la jurisprudence distingue cependant clairement cette dernière de la qualité pour faire valoir le droit d’autrui³⁴:

«Hormis les cas où l’exécuteur testamentaire agit comme partie dans sa propre cause, il n’est nullement question de sa qualité pour agir ou pour défendre, qui est régie par le droit de fond. On s’accorde à reconnaître que, dans le procès qui l’oppose à des tiers au sujet des actifs de la succession, l’exécuteur testamentaire ne fait pas valoir son propre droit matériel; il résulte de sa situation légale (art. 518 CC en relation avec l’art. 596 al. 1 CC) qu’il doit sauvegarder les droits successoraux en son propre nom. Dans les litiges judiciaires, on est ainsi en présence d’un cas où, pour des motifs particuliers, un tiers (l’exécuteur testamentaire) peut conduire un procès en son propre nom et en tant que partie à la place de celui qui est, quant au fond, le sujet actif ou passif du droit contesté (Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, legitimatio ad causam)»³⁵.

Dès lors que la jurisprudence admet la séparation entre la qualité pour conduire le procès et la légitimation au fond, la logique veut qu’elle distingue la question de la recevabilité de celle du fond. Le Tribunal fédéral l’a d’ailleurs reconnu dans un arrêt consacré à la substitution de partie:

«In Wirklichkeit handelt es sich jedoch nicht um eine Frage der «Erhaltung» der Sachlegitimation, sondern – wie GULDENER es bezeichnet – der Prozessstandschaft oder der Befugnis zur Prozessführung. Diese verfahrensrechtliche Frage können die Prozessgesetze regeln und z.B. vorschreiben, dass die Befugnis, den Prozess an Stelle des nunmehr materiell Berechtigten in eigenem Namen weiterzuführen, dem Veräusserer erhalten bleibt. Es handelt sich nicht um eine Frage der Begründetheit, sondern der Zulässigkeit der Klage»³⁶.

Lorsque la qualité de *Prozessstandschafter* de la personne qui agit en son propre nom pour faire valoir le droit d’autrui est niée, la demande doit être déclarée irrece-

30 LÖTSCHER (n. 14), p. 449 s. N 1057 ss. Voir par exemple en droit italien, BALENA (n. 22), p. 60.

31 BOHNET, Procédure civile (n. 11), p. 119 N 410; BOHNET, Qualité pour agir (n. 14), p. 472 ss.

32 ATF 136 III 365 consid. 2. Voir aussi ATF 142 III 78 sur les limites de la *Prozessstandschaft* dans ce contexte.

33 LÖTSCHER (n. 14), p. 57 N 121, et les renvois.

34 BOHNET, Qualité pour agir (n. 14), p. 475.

35 ATF 116 II 131 consid. 3a. Voir aussi dans ce cahier de la RSPC, TF 4A_147/2021 du 27 octobre 2021 destiné à la publication, consid. 3.2.

36 ATF 94 I 312 consid. 1b.

vable. En effet, une telle personne est privée de la qualité pour agir (au sens précis du terme³⁷), car elle n'est pas titulaire du droit qu'elle affirme et le droit d'agir en vertu d'un motif spécial ne lui est pas reconnu³⁸. Dans ce contexte, on doit par exemple retenir que le parent qui agit en entretien de son enfant alors que celui-ci est d'ores et déjà majeur doit voir sa demande jugée irrecevable faute de *Prozessstandschaft* et donc de qualité pour agir³⁹.

Le Tribunal fédéral admet d'ailleurs cette approche lorsque plusieurs créanciers se sont vu céder les droits de la masse au sens de l'art. 260 LP, mais que seuls certains d'entre eux agissent. En effet, les créanciers auxquels la masse en faillite a cédé des droits litigieux ou douteux (art. 260 al. 1 LP) agissent dans le procès en leur propre nom, pour leur propre compte et à leurs risques et périls, mais ne deviennent pas, du fait de la cession, titulaires de la prétention cédée, seul leur étant cédé le droit de la masse de conduire le procès⁴⁰. Le *Prozessführungsbefugnis* leur font défaut, ce qui entraîne l'irrecevabilité de la demande⁴¹. La doctrine nettement majoritaire admet que faute de *Prozessführungsbefugnis*, la demande est irrecevable⁴². En revanche, seuls certains auteurs en tire les bonnes conséquences au moment d'analyser les conséquences de l'absence de consorts nécessaires alors que ceux qui agissent admettent être partie à un rapport de droit commun⁴³.

4. *Prozessstandschaft* et droits dont plusieurs personnes sont titulaires communs

Lorsqu'un droit est détenu en commun, qu'il existe un cas de consorité nécessaire matérielle et que tous les titulaires n'agissent pas alors même que celui ou ceux qui agissent admettent ne pas être les (seuls) titulaires, la demande n'est recevable qu'en cas de *Prozessstandschaft*.

En matière de copropriété, l'art. 648 al. 1 CC prévoit que chaque copropriétaire peut agir seul pour la protection des intérêts de tous. C'est un exemple de *Prozessstandschaft*⁴⁴.

37 BOHNET, Qualité pour agir (n. 14), p. 475 ss.

38 HABSCHIED, DJP (n. 24), p. 189; LÖTSCHER (n. 14), p. 45 s. N 95; JAUERNIG/HESS (n. 21), p. 69 N 15.

39 Voir ATF 142 III 78 qui n'indique pas si la demande doit être déclarée irrecevable ou mal fondée dans un tel cas.

40 TF 4A_2015/2009 du 6 août 2009; ATF 121 III 488.

41 ATF 121 III 488 consid. 2 f. L'arrêt, consid. 2b, relève que «*vielmehr muss die beklagte Partei sich auch nicht auf einen Prozess eines einzelnen Abtretungsgläubigers einlassen, nachdem jeder die gesamte abgetretene Forderung einklagen und der Beklagte mit befreiender Wirkung nur an sämtliche prozessführenden Gläubiger leisten kann*». Par «*Einlassung*», on entend l'entrée en matière sur le fond. Voir aussi TF 5A_344/2018 du 18 septembre 2018 consid. 4.1.2, RSPC 2019 80.

42 LÖTSCHER (n. 14), p. 26 N 51 et les réf. en n. 131; BOHNET, Qualité pour agir (n. 14), p. 475 et les réf. en n. 103.

43 BOHNET, Qualité pour agir (n. 14), p. 482 s.

44 Voir par exemple pour l'action en revendication, TF 5A_635/2011 du 12 juillet 2012 consid. 3; CPra Action-BOHNET, vol. 1 § 40 N 26. En droit allemand: ZÖLLER/ALTHAMMER, ZPO (n. 21), Vor § 50 N 24 et les réf.

En cas de créance indivisible (art. 70 CO), chacun des créanciers peut en exiger l'exécution intégrale et le débiteur est tenu de se libérer envers tous. Le créancier qui agit seul au profit de tous est donc un *Prozessstandschaft*⁴⁵.

Le droit matériel ne prévoit en revanche pas qu'un associé d'une société simple ou qu'un des héritiers puisse d'une manière générale agir en son propre nom pour faire valoir les droits indivis⁴⁶. Dès lors, faute de *Prozessstandschaft*, la demande devrait être déclarée irrecevable dans un tel cas⁴⁷, comme le Tribunal fédéral le reconnaît en matière de substitution des parties⁴⁸ et dans le cadre de l'art. 260 LP:

«La faculté de faire valoir en justice, en son propre nom, le droit d'un tiers («Prozessstandschaft») est une condition de recevabilité de l'action. En tant que condition de recevabilité de la demande («Prozessvoraussetzung»), le juge doit examiner d'office, en particulier sur la base de la formule 7F, que le droit de procéder appartient (encore) aux (seuls) créanciers qui agissent devant lui. Si tel n'est pas le cas, il ne doit pas entrer en matière sur la demande déposée par une partie seulement des créanciers cessionnaires»⁴⁹.

La position procédurale de l'exécuteur testamentaire mérite également l'attention. Celui-ci intervient en son propre nom et est seul habilité à agir en paiement ou en constatation de droit et, en principe, à défendre à de telles demandes concernant des biens successoraux. Le Tribunal fédéral relève qu'il est partie à la place de celui qui est, sur le fond, le sujet actif ou passif du droit contesté; son pouvoir est exclusif; le droit correspondant des héritiers leur est retiré⁵⁰. Il en découle logiquement que dans un tel cas, la demande d'un ou des héritiers devrait être déclarée irrecevable faute de qualité pour agir et non pas rejetée. Ce n'est en effet pas le bien fondé du droit qui est l'objet de l'examen. Le Tribunal fédéral vient d'ailleurs de reconnaître à l'héritier la possibilité d'agir comme intervenant accessoire indépendant en soutien de l'exécuteur testamentaire⁵¹. On sent bien que la question est procédurale et ne concerne pas la légitimation au fond, qui appartient bien aux héritiers: *«L'héritier requérant peut intervenir individuellement, la consorité nécessaire des héri-*

45 LÖTSCHER (n. 14), p. 461 N 1084. En droit allemand: ZÖLLER/ALTHAMMER, ZPO (n. 21), Vor § 50 N 24 et les réf.

46 LÖTSCHER (n. 14), p. 448 N 1054, p. 449 N 1057. A distinguer des droits propres d'un membre contre les autres, voir ATF 119 Ia 342 consid. 2a; ATF 102 Ia 430 consid. 3; ATF 93 II 11 consid. 2b. En cas d'urgence, un associé simple peut ouvrir action seul, en son nom et en tant que représentant de la communauté, pour sauvegarder les intérêts de celle-ci: ATF 142 III 782 consid. 3.1.2, RSPC 2017 8; ATF 125 III 219 consid. 1a; ATF 121 III 118 consid. 3. La situation juridique est différente pour les membres de l'hoirie en droit allemand, voir BRAUN (n. 16), § 22 II 2, p. 338.

47 BOHNET, Qualité pour agir (n. 14), p. 481 ss; HABSCHIED, ZPR (n. 1), p. 153 N 281; LÖTSCHER (n. 14), p. 223 ss N 538 ss, p. 273 ss N 645 ss., p. 319 N 742, p. 450 N 1058. Dans ce sens pour les membres de l'hoirie, DENIS PIOTET, La représentation de l'hoirie dans le procès successoral, in Journée de droit successoral 2019, p. 150 N 22, qui parle cependant de «défaut de capacité de postuler».

48 ATF 94 I 312 consid. 1b.

49 ATF 144 III 552 consid. 4.1.2, RSPC 2019 80; ATF 121 III 488 consid. 2 f.

50 ATF 116 II 131.

51 TF 4A_147/2021 du 27 octobre 2021 destiné à la publication, consid. 3.4.

tiers n'ayant d'influence que sur la qualité pour agir, mais non sur l'intérêt juridique au sens de l'art. 74 CPC»⁵².

Enfin, lorsqu'il n'y a pas d'exécuteur testamentaire et qu'un seul héritier agit (alors qu'il admet ne pas être seul héritier) sa demande est irrecevable, seul un exécuteur testamentaire pouvant intervenir comme *Prozessstandschafter*.

5. Qualité pour défendre et légitimation en cas de droit commun

La situation se présente de manière identique sur le plan passif, le droit matériel pouvant également prévoir des cas de *Prozessstandschaft* du côté du défendeur⁵³. Mais il n'existe que peu de situations où la qualité pour défendre est détachée de la légitimation. Lorsque le demandeur fait valoir un droit contre un certain défendeur, la question de la titularité du droit invoqué se résout donc en principe au fond. Cependant, si le demandeur admet qu'il existe un droit dont plusieurs personnes sont titulaires en commun, mais n'agit que contre un membre alors qu'il n'existe pas de régime de solidarité ou d'obligation indivisible (art. 70 al. 2 CO), celui-ci n'a pas qualité pour défendre et la demande doit être déclarée irrecevable.

6. Éléments de droit comparé

En Allemagne, l'absence d'un consort nécessaire alors que l'existence d'une communauté n'est pas contestée aboutit à l'irrecevabilité de la demande, faute de *Prozessstandschaft*⁵⁴.

En Italie, l'absence d'un consort nécessaire fait l'objet d'un traitement légal spécifique à l'art. 102 CPC it.: le juge doit fixer un délai au consort pour intégrer la cause; à défaut, la procédure s'éteint. La sanction est donc procédurale.

En France, les litisconsorts agissent en principe de manière séparée, en vertu des art. 323 et 324 CPC fr. qui posent le principe de la divisibilité de l'instance. Lorsque l'objet du litige est indivisible, des solutions procédurales sont mises en œuvre, par exemple la procédure de réassignation en cas de pluralité de défendeurs⁵⁵.

52 TF 4A_147/2021 du 27 octobre 2021 destiné à la publication, consid. 3.4.

53 LÖTSCHER (n. 14), p. 63 N 140, p. 65 s. N 147. Par exemple, la qualité pour défendre de l'exécuteur testamentaire à la demande en délivrance du legs (art. 562 CC), LÖTSCHER (n. 14), p. 429 N 1012 et les réf. en n. 2205. Pour un autre exemple: ATF 138 III 512 et sur cet arrêt, LÖTSCHER (n. 14), p. 451 s. N 1062 ss.

54 JAUERNIG/HESS (n. 21), § 82 I 3, p. 332 *in fine*; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD (n. 21), § 46 I 2, p. 247, en lien avec § 49 III 1 a, p. 268; ZÖLLER/ALTHAMMER (n. 21), § 62 N 11, et les réf. jurisprudentielles. Il faut remonter à des auteurs anciens pour lire qu'une telle demande serait mal fondée. Voir par exemple FRIEDRICH STEIN, Grundriss des Zivilprozessrechts, Tübingen 1921, § 101 V 2, p. 203. A cet époque, les débats sur le *Prozessführungsrecht* et la *Legitimation* n'étaient pas clos en Allemagne, voir § 38 I, p. 86 s.

55 SORAYA AMRANI MEKKI/YVES STRICKLER, Procédure civile, Paris 2014, p. 346 ss N 181; CHAINAIS/FERRAND/MAYER/GUINCHARD (n. 23), p. 355 N 435.

7. Les tempéraments à l'action commune

L'exigence d'une action commune peut placer le membre d'une communauté dans une situation délicate, lorsque certains membres refusent d'agir. La jurisprudence admet ainsi que la consorité nécessaire puisse parfois se limiter à la participation au procès de tous les consorts, répartis d'un côté et de l'autre de la barre, notamment dans les actions formatrices. Tel est en particulier le cas en matière d'action en annulation du congé en matière de bail⁵⁶. Il s'agit manifestement d'aménagements procéduraux, ce qui démontre que la problématique relève bien à ce stade de la recevabilité et non du fond⁵⁷.

IV. Conclusion

La consorité nécessaire matérielle est une institution procédurale. Elle répond sur le plan formel à des exigences résultant du droit matériel. Lorsqu'une demande est formée par seulement certains des consorts nécessaires matériels, le Tribunal fédéral retient de manière constante qu'une telle demande doit être déclarée mal fondée, faute de la légitimation active ou passive. A ce jour, les critiques d'une partie de la doctrine quant à cette approche, qui rompt avec la conception de nos voisins, n'ont pas été entendues, ni même discutées.

Selon notre analyse, lorsqu'une personne agit seule alors que l'existence d'un droit détenu en main commune se pose, le tribunal devrait procéder en deux étapes. Dans un premier temps, il convient de déterminer si le demandeur affirme un droit propre ou s'il affirme seul un droit dont plusieurs personnes sont titulaires en commun. S'il affirme un droit propre et conteste l'existence d'un droit détenu en main commune, la question se résout au fond: le tribunal déterminera si le demandeur est bien le titulaire du droit. Si le demandeur affirme seul un droit dont plusieurs personnes sont titulaires en commun, se pose dans un second temps, la question de savoir s'il existe un cas de *Prozessstandschaft*. A défaut, la demande est irrecevable, faute de droit d'action.

Prenons quelques exemples. Si un héritier prétend que le bailleur a conclu tacitement avec lui seul un bail et qu'il agit en invoquant sa qualité de locataire, la question de sa titularité doit se résoudre au fond. Si deux héritiers agissent seuls alors qu'ils admettent être au nombre de trois, se pose une question de *Prozessstandschaft*. Or celle-ci n'étant pas reconnue aux colocataires, la demande est irrecevable. L'épouse qui n'est pas locataire peut en revanche agir en annulation du congé, en vertu de l'art. 273a al. 1 CO. Il s'agit d'un cas de *Prozessstandschaft*.

⁵⁶ ATF 140 III 598 consid. 3.2 et la doctrine citée; ATF 146 III 346 consid. 2.2 et les réf.; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, art. 253 N 36–36a. Plus spécifiquement pour les cohéritiers: TF 4A_689/2016 du 28 août 2017 consid. 4.1; TF 4A_347/2017 du 21 décembre 2017 consid. 3.1.

⁵⁷ Pour une analyse de la jurisprudence récente sur ce thème, voir FRANÇOIS BOHNET, Droit d'action et droit substantiel des héritiers du locataire décédé (arrêt TF 4A_282/2021), Newsletter Bail.ch janvier 2022.

