

RTD Civ. 1994 p.371

Le purgatoire du retrait litigieux prend spectaculairement fin

Pierre-Yves Gautier, Professeur à la faculté de droit et des sciences politiques de Caen

Il y a quelques années, un auteur avait exposé le déclin de l'institution multi-séculaire du retrait litigieux (E. Abitbol, note au *D.* 1983.102), mais la roue de la justice semble avoir tourné à son avantage, puisqu'il fait une rentrée triomphale avec un arrêt rendu le 16 juin 1993 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation (*Bull. civ.* III, n° 90) ; on rappellera tout d'abord qu'il s'inscrit dans le mécanisme de la cession de droits litigieux, variante de la cession de créance ordinaire, avec cette particularité qu'il « y a procès et contestation sur le fond du droit » (art. 1700 c. civ.), c'est-à-dire le plus souvent lorsque le créancier s'est vu contraint d'assigner son débiteur, qui dénie être obligé ; ici, le débiteur cédé jouit d'une prérogative exceptionnelle, art. 1699, il « peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession, avec les frais et loyaux coûts... », c'est le retrait litigieux ; le débiteur est le « retrayant », le cessionnaire, le « retrayé », car le premier « retire » la créance des mains du second, pour prendre sa place et de ce fait, éteindre sa propre dette, par confusion (V. le *Vocabulaire Cornu*, 3^e éd., v° *Retrait litigieux* ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*. 5^e éd., n° 1199 et 1315).

Il s'agit principalement d'éviter les spéculations malsaines sur les décisions de justice, sortes de « Loto judiciaire » ; elles avaient été condamnées dès le droit romain impérial, par une Constitution de l'empereur Anastase, vilipendant le « *redemptor* » (dans le mauvais sens du terme), racheteur de procès et ayant édicté le plafond du prix réel payé par celui-ci, inférieur au nominal de la créance cédée, « *usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem* » (*Codex*, IV, XXXV, 22 et 23 pour la Constitution identique de Justinien) ; le retrait fut affiné dans l'ancien droit, toujours sur l'idée d'expropriation de la créance de « l'odieux acheteur de procès » (Pothier, *La vente*, n° 598) et repris dans le code civil, à l'art. 1699 préc. ; aux termes de l'art. 1700, on a vu qu'il faut deux conditions pour qu'il puisse être exercé : 1) un procès en cours 2) une contestation de l'obligation par le prétendu débiteur.

Voici l'arrêt : une famille corse de coindivisaires cède un terrain à une SCI pour un prix, converti en dation en paiement de vingt-quatre appartements à construire sur la chose immobilière ; trois ans plus tard, rien n'est encore édifié (la décision ne nous indique pas pourquoi) et il n'y a même pas eu d'ouverture de chantier ; les vendeurs assignent alors l'acquéreur en résolution du contrat et le même jour, cèdent leur créance (de restitution de la propriété sur la chose et de dommages-intérêts) à une autre SCI, dont l'un d'eux est associé et qui a dans ses cartons un projet de création d'un centre commercial sur le même terrain ; la défenderesse notifie alors (on suppose par voie de conclusions et de consignation du prix de cession de la créance) sa décision d'exercer le retrait litigieux ; les juges du fond l'en approuvent et déclarent de ce fait l'action en résolution sans objet (on ne résout pas contre soi-même, toujours la confusion, V. l'art. 1300 c. civ.) ; le retrayé mari, forme alors un pourvoi en cassation assez bien frappé : d'abord, le premier élément, formel, du retrait litigieux, aurait été méconnu, car, à supposer que l'assignation ait été délivrée avant que la cession soit conclue (l'arrêt ne nous donne pas les heures respectives), le fait que les deux opérations aient été diligentées le même jour, ne remplirait pas la condition d'antériorité du procès par rapport au transport de la créance ; ensuite, l'élément de fond ferait aussi défaut : la dette du retrayant était en effet incontestable, « ne comportant manifestement aucune réfutation réelle et sérieuse de la demande » (et ce, d'autant qu'il n'avait même pas conclu au fond avant d'exercer le retrait).

La Cour de cassation va rejeter le pourvoi, en faisant à l'évidence beaucoup d'efforts pour rester dans le moule légal (après le rappel de l'imbrication vendeurs/2de SCI) : « cette cession n'avait pas laissé au cédé le temps matériel pour répondre à l'assignation et a été caractérisée par la fraude grave du cédant et du cessionnaire », cela pour l'antériorité ; en outre, l'un des coindivisaires « avait été entièrement désintéressé » par le retrayant et « la nature de la créance d'un autre avait été modifiée » (?), cela pour la contestation au fond.

Si la fraude était aussi manifeste qu'il ressort de l'arrêt, il n'y a rien à dire, sauf peut-être qu'invoquer l'adage *fraus omnia corrumpit* en écartant franchement l'article 1699, aurait été plus net (sur ce mécanisme correcteur, V. not. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction*, 3^e éd. n° 741 et s. ; on notera cependant qu'il est arrivé aux juges de refuser le retrait au titre de cessions intervenues entre une personne morale et ses associés, V. Colmar 2 juill. 1974, *JCP* 1976.II.18241, obs. J.-J. Burst) ; car force est de reconnaître que les conditions du retrait litigieux ont été quelque peu malmenées en l'espèce (ce qui rend son retour sur la scène judiciaire d'autant plus spectaculaire) :

- d'abord, il faut rappeler que s'analysant comme une expropriation du retrayé, « le retrait litigieux (est une) institution dont le caractère exceptionnel impose une interprétation stricte » (Civ. 1^{re}, 30 juin 1981, *Crédit Suisse*, *D.* 1983.102, note préc. E. Abitbol ; V. déjà Paris 23 mars 1939, *DH* 1939.279) ;

- ensuite, la condition d'antériorité du litige suppose non seulement que l'assignation ait été délivrée avant la cession, mais encore qu'elle ait été placée, puis que le cédé ait conclu avant de devenir retrayant (V. Colin et Capitant, *Cours de droit civil*, t. II, 10^e éd. par L. Julliot de la Morandière, n° 979 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., t. X par Hamel, n° 319, « il faut qu'une contestation soit née, c'est-à-dire que le défendeur doit avoir manifesté sa volonté de résister aux prétentions du demandeur » ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. III, 2^e vol., 7^e éd. par M. de Juglart, n° 849 ; en jurisprudence, comp. Civ. 4 févr. 1867, *DP* 1867.1.65, retrait non valable, car le retrayant n'avait pas encore constitué avoué, avec Req. 30 juin 1880, *ibid.* 1881.1.52, il est efficace, car il y a eu constitution et conclusions au fond).

La réponse sur la course de vitesse contre le cédé est peut-être trop hâtive, ne tenant pas compte des ressources du droit judiciaire privé : ayant reçu l'assignation, le défendeur ne pouvait-il pas aussitôt la placer lui-même auprès du greffe du tribunal, puis se constituer et conclure au fond sans désespérer ? L'article. 757 du nouveau code de procédure civile permet de ce point de vue au défendeur de procéder au placement, précisément pour éviter l'attentisme ou la déloyauté du demandeur (V. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. 3, n° 319) ; et le code est très souple sur la notification et le dépôt des écritures des parties (art. 816 NCPC, V. Solus et Perrot, *op. cit.* n° 342) ; en bref, tout cela aurait conduit le cédé/défendeur à prendre rapidement position et à jouer du droit au retrait, sans avoir à malmené la vénérable institution (l'exception de fraude n'est-elle pas un remède ultime et subsidiaire,

lorsque la loi est impuissante à mettre en échec les manoeuvres du coupable ? V. J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.* n° 768) ;

- enfin, il faut que la contestation porte sur le fond du droit, c'est-à-dire sur l'existence même de la créance, au minimum sur sa quotité, son étendue (Colin, Capitant et Julliot de la Morandière, *passim* ; Planiol, Ripert et Hamel, *passim* ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*. 6^e éd., T. V par P. Esmein, § 359 *quater* ; Starck, *Obligations*, t. 3, 4^e éd. par H. Roland et L. Boyer, n° 51 ; tel n'est, par exemple, pas le cas pour un règlement successoral, s'il y a différend sur le mode de partage en nature ou en valeur et la composition des lots, Civ. Ire, 30 oct. 1968, *D.* 1969.80, note A. B., ce qui n'est pourtant pas rien).

Cette condition était-elle réalisée en l'espèce ? L'arrêt du 16 juin 1993 est très elliptique sur ce point ; est-ce que le fait d'avoir désintéressé un des coindivisaires (de quelle façon et pour combien ?) et conclu un arrangement avec un autre (sur lequel on ne sait rien), vaut contestation substantielle, alors que le chantier n'est toujours pas ouvert ? C'est loin d'être sûr, mais le dernier mot ne saurait être laissé aux fraudeurs, tel est le message de la Haute juridiction, qui renoue ainsi avec l'ire d'Anastase.

Mots clés :

CESSION DE CREANCES * Retrait litigieux * Fraude