

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

Les effets des contrats à l'égard des tiers

Les différents tiers au contrat

Rapport belge

par Isabelle CORBISIER

Doc. 89/13

Séminaires conjoints des
Centres de Droit des
Obligations de l'Université
de Paris I et des
l'Université Catholique de
Louvain

Les effets du contrat à l'égard des tiers

Les différents tiers au contrat

Rapport belge

1. Partir à la découverte des tiers au contrat...

Voilà bien une tâche exaltante mais qui assurément demande à l'esprit juridique une certaine plasticité.

Ainsi, il nous apparut d'emblée que nous ne pourrions adéquatement cerner la notion de "tiers au contrat" qu'à la condition de consentir certaines incursions dans le cadre du droit des obligations perçu dans son ensemble. Dès lors, si le contrat constitue le centre de gravité de cette étude (comme de celles qui la précèdent ou la suivront), nous n'hésiterons pas à nous attarder à des sources d'obligations autres que le contrat tant il est vrai que celles-ci ont acquis aujourd'hui une telle importance que les ignorer ne pourrait aboutir qu'à une exposition par trop artificielle du droit positif. Comprendre le tiers au contrat par l'appréhension du tiers en dehors du contrat, l'affirmation semble paradoxale mais nous verrons qu'il ne s'agit là que d'une apparence. Nous voudrions d'autre part faire remarquer que le sujet qui nous occupe va non seulement nous imposer de pénétrer la dimension d'ensemble du droit des obligations mais nous amènera aussi à approcher une autre dimension : celle de l'insaisissable frontière séparant les droits réels des droits personnels. Compénétration voire même enchevêtrement du droit des contrats et de la responsabilité aquilienne d'une part, du droit personnel et du droit réel d'autre part, telle sera sans doute la constante se dégageant de ce travail.

2. Comme M. Fontaine, nous nous efforcerons de "jouer le jeu" de ces séminaires en nous confortant dans toute la mesure du possible de l'autorité de sources exclusivement belges. Nous devons néanmoins signaler qu'à une notable exception près ¹ notre thème de réflexion n'a, à notre connaissance, fait l'objet d'aucun développement systématique et ce tant au niveau de la doctrine que de la jurisprudence. Nous serons dès lors nécessairement amenée à recourir de temps à autre à l'autorité de sources françaises. Nous nous promettons cependant de limiter au maximum cette pratique.

¹ E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, 1984

3. Dernière observation préalable : nous n'aurons pas à esquisser ici le cadre préliminaire de la distinction entre effets internes (effet obligatoire) et effets externes (opposabilité) du contrat. Cette tâche étant assumée par d'autres éminents rapporteurs, nous entrerons immédiatement dans le vif du sujet en rappelant tout d'abord les éléments de l'analyse classique du terme tiers au regard de ces dispositions générales du Code civil que sont les articles 1165 et 1122. Nous soulignerons les limites que porte en elle une telle analyse dont le caractère insatisfaisant se renforce encore lorsque la notion de tiers est explorée au regard de dispositions plus particulières du Code civil. En conséquence, nous nous attacherons ensuite à resituer le concept qui nous occupe dans l'environnement plus large procuré par certains développements récents du droit des obligations et nous verrons pourquoi le "tiers au contrat" ne peut s'appréhender exclusivement par référence à des éléments intrinsèques à l'accord de volontés. Effectivement, le caractère social de l'acte contractuel et les exigences propres de la société elle-même fournissent les éléments extrinsèques permettant au "tiers" d'atteindre sa dimension pleinement signifiante. Notre démonstration sera enrichie d'une illustration consistant en la comparaison des évolutions récentes de notre droit relatif aux "agents d'exécution" d'une part et aux administrateurs d'une personne morale d'autre part. Enfin, nous clôturerons ce travail par une troisième section consacrée à quelques incursions comparatives du côté de droits anglo-américains.

Section I Le tiers au contrat à travers certaines dispositions générales du Code civil

4. Le point de départ est bien entendu **l'article 1165 du Code civil** ² lequel a permis la formulation de définitions du terme tiers classiquement fondées sur **le principe de l'autonomie de la volonté** ³. Ainsi, F. Laurent ⁴ nous apprend que les tiers sont "ceux qui n'ont pas consenti, qui n'ont pas parlé au contrat".

5. Le même F. Laurent s'empresse cependant immédiatement d'ajouter que le mandant de même que les "héritiers ou autres successeurs universels" sont bel et bien des parties au contrat en vertu du **principe de représentation**.

6. Beaucoup plus tard, E. Dirix ⁵ fera remarquer que le principe de l'autonomie de la volonté, basé sur la prééminence de la volonté réelle, ne fournit qu'un premier fondement quant à la détermination de la qualité de partie ⁶. En effet, les enseignements résultant de l'application de la théorie de l'autonomie de la volonté doivent être à cet égard complétés par ceux apportés par la **"doctrine de la confiance"** (vertrouwensleer) en vertu de

² lequel dispose que : "Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121"

³ v. A. WEILL (La relativité des conventions en droit privé français, 1939, p. 3) situant en l'article 1134 al.1er la base commune des articles 1119 et 1165: "...une obligation ne peut être créée que par le consentement; il en résulte que l'homme est libre de contracter ou de ne pas contracter et qu'une convention passée entre deux personnes ne doit avoir aucune conséquence favorable ou défavorable sur la composition active ou passive du patrimoine d'un tiers"

⁴ F. LAURENT, Principes de droit civil, T. XV, 1875, no 371

⁵ E. DIRIX, supra note 1, pp. 23 et suiv.

⁶ Signalons que E. DIRIX, à l'instar de la doctrine qu'il cite (p. 21), détermine le sens du terme "tiers" par une démarche purement négative (c'est-à-dire par antithèse au concept de "partie")

laquelle les tiers qui se sont de bonne foi fiés à une situation apparente (par exemple une volonté déclarée ne correspondant pas à une volonté réelle) sont fondés à tenir celle-ci pour réelle. Ainsi, l'on devient partie non seulement parce qu'on l'a voulu (théorie de l'autonomie de la volonté) mais aussi en raison de la croyance légitime de l'autre partie en l'existence d'une telle volonté.

Nous croyons opportun d'ouvrir ici une parenthèse pour signaler que notre Cour de cassation, après avoir accueilli de manière assez restrictive la théorie du mandat apparent ⁷, s'est très récemment ⁸ ralliée à la position de la Cour de cassation de France à cet égard. Ce faisant, notre Cour suprême a adopté une attitude conforme à l'enseignement de P. Van Omme-slaghe ⁹ lequel souligne que la création non fautive d'une apparence peut être source d'obligations pour celui qui fut à l'origine de cette apparence.

7. La situation des **ayants cause** au regard de l'article 1165 du Code civil a quant à elle donné lieu à des débats dont certains (nous le verrons plus loin) ne peuvent toujours pas être considérés clos et à des difficultés encore non entièrement résolues aujourd'hui.

8. La formulation malheureuse de **l'article 1122 du Code civil** ¹⁰ contribua à obscurcir une matière déjà intrinsèquement difficile. La notion d'ayants cause reprise au texte de cette disposition vise-t-elle uniquement les ayants cause à titre universel ou englobe-t-elle également les ayants cause à titre particulier ? Le verbe "stipuler" est-il employé dans un sens purement actif (au sens "faire acquérir des droits" et en cela s'opposant à "s'obliger") ou doit-il être entendu dans une signification à la fois active et passive (faire acquérir des droits et des obligations, contracter) ? ¹¹

9. **Quant aux ayants cause universels**, l'on s'accorde à considérer que ceux-ci sont de plein droit investis des droits et obligations de leur auteur et ne peuvent dès lors être considérés comme tiers au sens de l'article 1165 du Code civil ¹². Néanmoins, si ce principe implique la neutralisation de droits propres de l'ayant cause entrant en conflit avec les obligations assumées par leur auteur il n'en demeure pas moins que l'ayant cause ne sera pas lié par

7 Seul le mandant apparent ayant *fautivement* laissé l'apparence se créer pouvait être lié envers le tiers (v. à ce sujet : P. VAN OMME-SLAGHE, "Chronique de jurisprudence - Les obligations (1974-1982)", R.C.J.B., 1986, pp. 55 et suiv. et pp. 64 et suiv.)

8 Cass., 20 juin 1988, J.T., 1989, p. 547; v. aussi : Bruxelles, 14 décembre 1988, J.L.M.B., 1989, p. 261

9 P. VAN OMME-SLAGHE, "L'apparence comme source d'obligations en droit belge", R.D.I.D.C., pp. 143 et suiv.

10 "On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention"

11 J.L. GOUTAL (Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, 1981, pp. 24 et suiv.) a montré que de telles discussions risquaient fort de se prolonger indéfiniment étant donné qu'aucun argument avancé à l'appui de l'une ou l'autre thèse ne peut emporter une conviction définitive. En Belgique, E. DIRIX (supra note 1, p. 26) adopte la position suivant laquelle les deux catégories d'ayants cause sont visées par l'article 1122 et opte d'autre part pour le sens purement actif du verbe stipuler

12 V. E. DIRIX, supra note 1, p. 27

les actes illicites posés par son auteur ¹³. De plus, une série d'exceptions sont apportées au principe général énoncé :

- la convention peut y déroger (voy. art. 1122)
- si la nature du contrat (un contrat intuitu personae par exemple) s'y oppose (voy. art. 1122)
- certaines exceptions légales (voy. par exemple les articles 1795, 1865 et 2003 du Code civil de même que l'article 32, 4° de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail)
- cas où l'ayant cause est dans l'incapacité d'exécuter les engagements conclus par son auteur
- cas où l'ayant cause peut se prévaloir d'un droit propre (droit à la réserve par exemple) auquel l'acte de leur auteur porte atteinte ¹⁴.

10. La question de savoir si **les ayants cause à titre particulier** succèdent indépendamment de toute convention aux obligations et aux droits personnels qu'assumait leur auteur à propos du bien transmis reste, à vrai dire, le lieu d'une certaine incertitude. Nous n'analyserons pas en profondeur ce domaine des droits et obligations *propter rem* (lesquels font l'objet d'autres rapports à l'occasion de ces séminaires). Nous nous bornerons ici à rappeler les propos que formulent généralement la doctrine et la jurisprudence à cet égard.

Le premier principe en la matière consiste à distinguer d'une part les droits et d'autre part les obligations se rapportant à la chose transmise ¹⁵.

Tout d'abord, la doctrine et la jurisprudence considèrent que sont transférés à l'ayant cause les actions et droits de créance entretenant avec la chose un lien si étroit que leur exercice ne présente d'intérêt que pour leur propriétaire ¹⁶. Selon certains, dont E. Dirix, cette transmission a lieu de plein droit en dehors de tout consentement des parties en raison du caractère "qualitatif" de ces droits et actions ¹⁷. Selon P. Van Ommeslaghe par contre ¹⁸, le transfert repose sur une idée de cession implicite s'expliquant par le caractère accessoire des droits et actions transmis et les formalités résultant de l'application de l'article 1690 du Code civil devraient dès lors être remplies ¹⁹.

Ensuite, en ce qui concerne les obligations se rapportant à la chose transmise, la seule certitude semblant régner en droit belge réside dans l'affirmation

¹³ E. DIRIX, *ibid.*

¹⁴ Sur ces exceptions, v. E. DIRIX, *ibid.*

¹⁵ V. E. DIRIX, *supra* note 1, p. 28

¹⁶ V. E. DIRIX, *supra* note 1, pp. 28-29; P. VAN OMMEFLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge" in *La transmission des obligations*, 1980, p. 125

Ainsi par exemple,

- le recours en responsabilité contre l'architecte ou l'entrepreneur ayant construit un immeuble passe aux acquéreurs successifs de cet immeuble
- le sous-acquéreur d'un bien mobilier ou immobilier pourra exercer l'action en garantie née de la vente directement contre le vendeur initial (donc sans devoir passer par un acquéreur intermédiaire)
- l'acquéreur d'un fonds de commerce pourra se prévaloir d'une obligation de non concurrence obtenue par son auteur d'un tiers et concernant le fonds acquis

¹⁷ E. DIRIX, *ibid.*, pp. 29-32

¹⁸ *Supra* note 16, pp. 128-130

¹⁹ Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles en date du 31 mai 1947 (J.T., 1947, p. 465 et note P. COPPENS) a considéré que l'article 1690 n'était pas applicable au transfert d'une obligation de concurrence mais l'argumentation développée à cet effet fut justement critiquée par P. Van Ommeslaghe et elle ne rejoint en tout cas nullement l'idée d'un transfert automatique du droit

qu'il n'existe pas de transfert d'obligations à l'ayant cause prenant place de plein droit ²⁰. Par ailleurs, le concept d'*obligation réelle* pesant en quelque sorte sur le fonds de telle manière à lier ses acquéreurs successifs ²¹ ne semble avoir guère rencontré de succès en Belgique ²². Dès lors il semble que le seul moyen d'assurer efficacement le transfert d'obligations accessoires à un bien soit la voie de la convention (éventuellement tacite) dans le cadre de laquelle l'ayant cause accepte de reprendre à sa charge l'obligation en question ²³.

11. Enfin, en ce qui concerne les **créanciers chirographaires**, la doctrine considère aujourd'hui que ceux-ci sont des tiers au sens de l'article 1165 du Code civil ²⁴ : il ne subissent donc pas les effets internes des actes passés par leur débiteur mais ceux-ci leur sont opposables (nous verrons cependant plus loin que cette opposabilité peut en certaines circonstances - nous songeons particulièrement aux hypothèses envisagées par les articles 1167 et 1321 du Code civil- être écartée par ces mêmes créanciers).

12. E. Dirix ²⁵ conclut son analyse de l'article 1165 du Code civil en énonçant que **la partie** au sens de cette disposition englobe : celui qui a voulu l'être ou à qui une telle volonté peut être attribuée en vertu de la doctrine de la confiance, l'ayant cause à titre universel et l'ayant cause à titre particulier pour les droits qualitatifs afférents à la chose transmise. Toute autre personne est donc un **tiers** : celle-ci reste en dehors des effets internes d'une convention qui lui est par ailleurs opposable.

13. L'analyse du terme tiers au regard de l'article 1165 étant brièvement exposée, force nous est de constater qu'elle n'épuise pas, loin s'en faut, notre sujet. E. Dirix lui-même fait précéder son traitement de l'article 1165 de la constatation que la notion de tiers est susceptible d'une pluralité de sens (*meerduidig begrip*) ²⁶ et poursuit, au-delà de l'article précité, l'étude du sens de ce concept dans le cadre de diverses dispositions particulières du Code civil. On peut par ailleurs faire à l'analyse retracée le reproche plus fondamental de sa relative inutilité. En effet, qu'avons-nous appris ? Que le tiers se définit négativement, par opposition à la partie : ceci n'apporte rien à la construction de l'édifice "tiers" en tant que notion spécifique. Que l'ayant cause universel n'est pas un tiers; mais ce principe relève à vrai dire des constatations résultant de la mise en oeuvre du mécanisme de substitution que constitue la

²⁰ v. E. DIRIX, supra note 1, pp. 32-33 et Cass., 6 février 1913, Pas., 1913, I, 93

²¹ Il s'agirait en pratique essentiellement de charges liées à la propriété d'immeubles telles que : l'obligation de bâtir endéans un certain délai, de respecter certaines règles dans les constructions, de se conformer à certaines prescriptions relatives à la division de parcelles ou à l'affectation du bien à telle ou telle destination etc.

²² E. DIRIX, supra note 1, p. 34 et P. VAN OMMESLAGHE, supra note 16, pp. 150-152 citent une jurisprudence ancienne (le cas le plus récent remonte à 1909) faisant allusion au concept mais ces mêmes auteurs précisent immédiatement que la doctrine rejette franchement ce concept en raison de son caractère hybride (intermédiaire entre le droit réel et l'obligation personnelle) et du caractère imprécis de son contenu

²³ P. VAN OMMESLAGHE, supra note 16, p. 152

²⁴ V. H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, T. I, no 120bis et E. DIRIX, supra note 1, p. 38

²⁵ Supra note 1, p. 38

²⁶ E. DIRIX, supra note 1, p. 21

succession à cause de mort et nous apprenons surtout qu'il existe d'importantes exceptions au principe suivant lequel l'ayant cause universel n'est pas un tiers au contrat (lesquelles exceptions se concilient mal avec les affirmations péremptoires faisant de l'ayant cause universel le véritable continuateur de la personne de son auteur). Que l'ayant cause à titre particulier est tantôt partie tantôt tiers et encore n'est-on pas trop sûr des conditions dans lesquelles l'une ou l'autre qualité lui est acquise (ceci se passe aisément de commentaire). Enfin, que le créancier chirographaire est un tiers mais qu'il existe d'importantes hypothèses dans lesquelles la conséquence essentielle de cet état (à savoir l'opposabilité) vient à être écartée.

Nous clôturons donc cette première section consacrée au rappel d'une analyse très classique du terme tiers sur un sentiment de déception. Que de savantes élaborations pour un maigre résultat ! On en vient même à perdre de vue l'intérêt de la question qui consiste à cerner le mieux possible l'état qui détermine la distribution des effets internes et externes du contrat dans un cadre social.

Ayant perdu quelques illusions quant aux éclaircissements résultant d'une analyse générale, nous nous proposons en une seconde section d'étudier deux institutions particulières à propos desquelles la question du contenu du concept "tiers" a fourni, au cours de ces dernières années, l'occasion de développements intéressants tant en doctrine qu'en jurisprudence (il s'agit de la cession de créance et de la simulation). Nous espérons pouvoir formuler à partir de ces hypothèses spécifiques quelques considérations plus générales resituant notre thème de réflexion dans le cadre plus général du droit des obligations et illustrer nos propos par la considération du traitement éventuellement contrasté devant être réservé à cet égard aux agents d'exécution d'une part et aux administrateurs d'une personne morale d'autre part.

Section II Le tiers au contrat tel que révélé dans le cadre plus large du droit des obligations

14. L'exploration du concept de tiers dans un cadre élargi commence étrangement par la considération d'hypothèses particulières mais nous allons rapidement constater qu'il s'agit de cas charnières imposant presque naturellement un élargissement du cadre d'étude.

A. Le tiers dans la cession de créance et la simulation²⁷

15. Les IXèmes Journées Juridiques Jean Dabin organisées en 1979 par le Centre droit des obligations de l'U.C.L. et consacrées au thème de la transmission des obligations contribuèrent à la pleine prise de conscience en Belgique de ce que l'obligation, lien de droit entre un créancier et un débiteur, est aussi une valeur économique, un élément du patrimoine dont la transmission, notamment par la technique de la cession de créance, constitue un "facteur

²⁷ IL ne s'agit pas bien entendu des seules hypothèses particulières d'analyse du terme tiers (v. E.DIRIX, supra note 1, pp. 38-46 qui envisage en outre les articles 1er et 5 de la loi hypothécaire et les articles 1141, 1236, 1328, 1147 et 1148 du Code civil) mais vu l'espace réduit dont nous disposons, il nous a semblé opportun de nous limiter aux deux institutions prénommées et ce pour les raisons déjà énoncées

de fluidité des relations économiques" ²⁸. L'on fit également remarquer que la transmission d'une obligation hors le consentement de l'autre partie au lien obligatoire a pour effet d'objectiver la créance au point que celle-ci devient elle-même un bien, ce qui pose la question de la distinction entre les droits de créance et les droits réels ²⁹.

16. On sait qu'en matière de **cession de créance** il est fait exception à la règle de l'opposabilité de plein droit en ce que l'accomplissement de certaines formalités (signification par exploit d'huissier ou acceptation par le débiteur cédé dans un acte authentique) déterminent l'opposabilité aux tiers de l'acte de cession (article 1690 du Code civil) ³⁰. E. Dirix ³¹ (citant H. De Page) signale que l'article 1690 exerce, à l'égard des tiers autres que le débiteur cédé, la fonction d'une règle de publicité rendant effectif le transfert (réel) de la créance par l'effet d'une convention (relative). Par contre, l'article 1690 joue à l'égard du débiteur cédé le rôle d'un mécanisme de protection visant à l'informer de l'existence de la cession. Dans les deux cas, la connaissance par le tiers du fait de la cession rejoint la finalité sous-tendant l'article 1690 et l'exigence du respect des formalités imposées par cette disposition ne se justifie plus : l'acte de cession est opposable au tiers en ayant connaissance. Néanmoins notre Cour de cassation choisit de ne pas suivre l'enseignement de H. De Page dans sa vision de ce qui peut constituer un "acte équipollent" aux formalités prévues par l'article 1690 : seule la reconnaissance (expresse ou tacite) et non pas la simple connaissance permet de suppléer au défaut d'accomplissement des formalités ³².

17. J.L. Fagnart ³³, partant des derniers développements de notre droit en matière de tierce complicité ³⁴, est d'avis que ceux-ci se révèlent inconciliables avec la théorie des actes équipollents en matière de cession de créance en ce que celle-ci imposerait au débiteur cédé ayant connaissance de la cession de payer entre les mains du cédant exigeant lui-même un tel paiement en

²⁸ M. FONTAINE, "La transmission des obligations de lege ferenda" in *La transmission des obligations*, 1980, pp. 617-618

²⁹ P. VAN OMMESLAGHE, supra note 16, p. 86; v. aussi : J. LIMPENS, "De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers" in *Mélanges P. Roubier*, 1961, pp. 100-102 (l'auteur souligne que le droit personnel, élément du patrimoine, doit comme le droit réel être protégé par le droit patrimonial, nécessité se traduisant par la reconnaissance de l'opposabilité à tous du droit personnel par la jurisprudence et la doctrine du XXème siècle; "la doctrine et la jurisprudence, estime l'auteur, doivent faire un effort supplémentaire, afin de projeter sur les rapports entre le droit réel et le droit personnel une lumière nouvelle"); J. GHESTIN, "La transmission des obligations en droit positif français" in *La transmission des obligations*, 1980, pp. 4-5 (l'auteur fait remarquer que le droit de créance, élément du patrimoine du créancier, a droit au respect de tous : "c'est ce qu'on exprime aujourd'hui de façon générale en disant que le droit de créance est opposable aux tiers"). Enfin, v. Y. MERCHIERS, "les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé", note sous Cass., 27 septembre 1984 in R.C.J.B., 1987, p. 515 (où l'auteur, évoquant l'importance sans cesse croissante de la cession de créance, rappelle que la créance "est... devenue une valeur patrimoniale indépendante de la personne, transmissible et négociable comme telle")

³⁰ V. P. VAN OMMESLAGHE, supra note 16, pp. 92-94

³¹ supra note 1, p. 40

³² V. P. VAN OMMESLAGHE, "Chronique de jurisprudence - les obligations (1968 -1973)", R.C.J.B., 1975, pp. 656-658 et supra note 16, pp. 96-99

³³ J.L. FAGNART, "La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale", R.D.C.B., 1989, p. 469 et spéc. pp. 485-487

³⁴ Sur ce sujet, v. Rapport de M. FONTAINE

méconnaissance de son obligation contractuelle. A notre humble avis, cet auteur perd de vue que la théorie de la tierce complicité procède de l'*opposabilité* de l'obligation au tiers se rendant complice de sa violation. Or, en vertu de la théorie des actes équipollents telle que formulée par notre Cour de cassation, il résulte qu'une cession non signifiée bien que connue du débiteur ne lui est *pas opposable*. Une tierce complicité ne peut donc tout simplement pas se concevoir en cette hypothèse car le fondement même de son application (l'*opposabilité*) fait défaut. Il nous semble par ailleurs incorrect d'affirmer que le débiteur cédé ayant connaissance de la cession soit obligé de payer entre les mains du cédant exigeant un tel paiement. Effectivement, le débiteur cédé peut en une telle hypothèse : soit ignorer la cession ³⁵ et payer entre les mains du cédant ³⁶, soit invoquer la cession (ce faisant on peut dire qu'il la reconnaît et que par conséquent celle-ci lui devient opposable) et se libérer valablement entre les mains du cessionnaire ³⁷

18. Venons-en à la quête qui nous occupe : **qui est tiers** dans le cadre de cette opération de transmission que constitue la cession de créance ? La définition classique nous est à cet égard fournie par H. De Page : sont des tiers au sens de l'article 1690 "ceux qui, demeurés étrangers à la cession, prétendent avoir, à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre" ³⁸. Ainsi, les créanciers du cédant et du cessionnaire, le curateur de la faillite du cédant ou du cessionnaire, le créancier à qui une créance déjà cédée a été donnée en gage, une personne ayant pratiqué une saisie-arrêt sur la créance, un second cessionnaire de la même créance sont clairement des tiers au regard de cette définition. Nous devons cependant avouer que cette définition nous met très mal à l'aise. La consultation des auteurs révèle que ceux-ci ne se posent même pas la question de savoir si le débiteur cédé est un tiers, la chose semble aller de

³⁵ v. P. VAN OMMESLAGHE, *supra* note 7, R.C.J.B., 1988, p. 93

³⁶ sous réserve cependant du cas de la fraude aux droits du cessionnaire (v. sur ce point : P. VAN OMMESLAGHE, *supra* note 16, pp. 98-99 et X. DIEUX, "Le contrat : instrument et objet de dirigisme" in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 299 (selon cet auteur, la fraude "suppose seulement que le cédé n'ait pu ignorer le préjudice qui résulterait pour le cessionnaire du paiement effectué entre les mains du cédant". Soulignons encore que cet auteur estime que *le cas de la fraude du débiteur cédé est une application de la tierce complicité à la violation par le cédant de ses obligations contractuelles*))

³⁷ v. P. VAN OMMESLAGHE, *supra* note 7, R.C.J.B., 1988, p. 93. Nous voudrions au passage réfuter une argumentation formulée par Y. MERCHERS (*supra* note 29, p. 522) qui, évoquant les effets d'une cession non rendue opposable, affirme que "le cédant peut contraindre le débiteur cédé au paiement. Celui-ci ne peut s'y soustraire en invoquant une prétendue cession de créance qui ne lui est pas opposable...car il suffit au cédant d'invoquer la règle de la relativité des conventions...pour l'y contraindre". Un tel raisonnement procède selon nous d'une perception confuse des principes d'effet relatif et d'opposabilité. Effectivement, l'effet relatif ne concerne que les effets internes limités aux parties et ne peut dès lors être utilisé par l'une des parties méconnaissant ses obligations contractuelles à l'encontre des tiers désirant se prévaloir de l'existence de la convention (v., dans le même sens, Bruxelles, 25 novembre 1939, Pas., 1940, II, 52 approuvé par J. LIMPENS, *supra* note 29, p. 96 et voy. une critique identique faite par J. GHESTIN (*supra* note 29, p. 24) à propos d'un arrêt de la Cour de cassation française). D'autre part nous avons vu que rien n'empêche le débiteur cédé de se prévaloir d'une cession qui ne lui est pas opposable (ce faisant, il la reconnaît tout simplement)

³⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. IV, no 401

soi ³⁹. L'ennui est que la définition de De Page doit emporter la conclusion que le débiteur cédé *n'est pas un tiers*. En effet, s'il est vrai que le débiteur cédé est demeuré étranger à la cession, il ne peut par contre prétendre avoir, à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre car chacun sait qu'en matière de cession de créance un principe fondamental réside dans l'affirmation que la cession ne peut nuire aux droits du débiteur cédé ⁴⁰.

Dans le même ordre d'idées, notre Cour de cassation a, le 14 octobre 1982 ⁴¹, rendu une décision procurant une définition au terme tiers dans la cession de créance qui nous paraît fort préoccupante. Les faits de la cause peuvent être résumés comme suit : un garage vend un véhicule automobile à A; le vendeur tire une traite pour le montant du prix sur A qui l'accepte -notons que la traite porte la mention qu'elle a été acceptée à l'occasion de l'achat du véhicule et que son paiement est garanti par le privilège du vendeur tel qu'énoncé par l'article 20, 5° de la loi hypothécaire; la traite est ensuite endossée à la banque B; ultérieurement, C -épouse de A- fait saisir la voiture pour avoir paiement d'une somme qui lui est due par A à titre d'arriérés de pension alimentaire; B réagit alors en introduisant une action sur pied de l'article 1514 du Code judiciaire (permettant à celui qui se prétend propriétaire d'un objet saisi de s'opposer à sa vente) à l'occasion de laquelle il entend se prévaloir du privilège lui attribué par l'article 20, 5° de la loi hypothécaire; C lui réplique que sa créance cambiaire ne lui fait pas acquérir un tel privilège. La Cour d'appel de Bruxelles ⁴² déduisit de la mention figurant sur la traite la preuve que la créance de prix de même que le privilège lui accessoire porté par l'article 20, 5° précité avait été cédée au porteur en même temps que l'effet lui-même. C objecta que cette cession ne lui était pas opposable en raison du défaut d'accomplissement des formalités de l'article 1690. La Cour d'appel, se basant sur la définition du terme tiers telle que formulée par H. De Page, repoussa cette objection en faisant valoir que les créanciers du débiteur cédé ne peuvent prétendre avoir, à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre étant donné qu'ils doivent subir la dette de leur débiteur. La Cour de cassation donna raison à l'instance inférieure mais crut bon de formuler sa propre définition du terme tiers énoncée comme suit : "doivent être considérés comme tiers... tous ceux dont les droits ou la *situation* se modifient par la cession, à laquelle ils sont demeurés étrangers" (souligné par nous).

Première constatation : cette définition pas plus que celle de De Page ne

³⁹ V., par exemple, P. VAN OMMESLAGHE, supra note 16, p. 92 ("l'inopposabilité de la cession de créance, tant que des formalités particulières n'ont pas été accomplies, concerne d'une part le débiteur cédé...mais aussi tous les autres tiers" (souligné par nous)); Y. MERCHIERS, supra note 29, p.517 ("le tiers est donc en tout premier lieu le débiteur cédé")

Or, la chose ne va pas de soi. La doctrine française (v. J. GHESTIN, supra note 29, évoquant la thèse de M. LARROUMET) nous apprend que l'on peut fort bien défendre l'opinion selon laquelle le débiteur cédé n'est pas un véritable tiers à la cession de créance étant donné qu'il est amené à subir directement les effets de celle-ci. Dans cette optique les formalités de l'article 1690 ne viseraient nullement à rendre la cession opposable au débiteur cédé, elles ne constitueraient à son égard qu'une technique d'information

⁴⁰ v. P. VAN OMMESLAGHE, supra note 32, pp. 658-664 et supra note 7, R.C.J.B., 1983, pp. 93-96; Y. MERCHIERS, supra note 29, pp.526-533

⁴¹ Pas., 1983, I, 222

⁴² Bruxelles, 20 février 1981, J.T., 1981, p. 304

permet d'emporter la conclusion selon laquelle le débiteur cédé est un tiers⁴³. D'autre part, l'utilisation du terme "situation" ne recèle-t-elle pas de par sa vacuité un potentiel incontrôlable d'utilisations abusives ?

19. En conclusion au traitement de la question de la signification du "tiers" dans la cession de créance, il nous semble qu'il faille s'orienter vers une appréhension du phénomène qui soit adaptée à la **nature de l'institution juridique** envisagée, à savoir un mode de transmission patrimonial. Une réflexion de P. Van Ommeslaghe⁴⁴ retient à cet égard toute notre attention. Pour cet auteur, le tiers à la cession de créance est toute personne à l'égard de laquelle se poserait la question de savoir dans le patrimoine de qui se trouve la créance. Le débiteur cédé est clairement un tiers au regard de cette définition car il aura désormais à se libérer entre les mains de celui qui compte désormais la créance envisagée parmi les éléments de son patrimoine. Par contre, il nous semble qu'à la lumière de cette définition le créancier du débiteur cédé ne puisse être considéré comme un tiers car peu lui importe de savoir dans le patrimoine de qui se trouve une créance dont il devra de toute façon subir l'existence.

20. La théorie de la **simulation** (fondée sur l'article 1321 du Code civil)⁴⁵ a, au cours des quinze dernières années, donné lieu à d'intéressants développements - tant sur le plan de la jurisprudence que sur celui de la doctrine - permettant de préciser la nature juridique de cette institution et, par voie de conséquence, la notion de tiers qui lui est spécifique

21. En 1974, un arrêt fort remarqué⁴⁶ de la Cour de cassation énonce que les tiers au regard de l'article 1321 du Code civil sont ceux qui, fussent-ils même des ayants cause de l'auteur de l'acte, peuvent se prévaloir d'un droit propre auquel cet acte porte atteinte. Une telle affirmation n'est pas neuve⁴⁷ mais cet arrêt fut surtout remarqué en ce qu'il permit aux ayants cause concernés de se prévaloir de l'acte apparent alors même que la simulation ne leur avait causé aucun préjudice.

22. Ensuite la Cour de cassation rendit en 1987⁴⁸ une décision en vertu de laquelle le **cessionnaire** d'une créance résultant d'une convention simulée est un **tiers** par rapport à la convention ou aux clauses de celle-ci qui lui

⁴³ A moins qu'en utilisant le terme "situation" la Cour ait entendu se référer à celle du débiteur cédé qui, bien que ses droits ne soient pas atteints par la cession, devra subir les conséquences résultant du transfert du lien obligatoire (sur la situation particulière du débiteur cédé, v. J. GHESTIN, *supra* note 29, p. 14)

⁴⁴ *supra* note 16, p. 94

⁴⁵ "Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes: elles n'ont point d'effet contre les tiers"

⁴⁶ Cass., 21 juin 1974, Pas., 1974, I, 1089; v. au sujet de cet arrêt les commentaires de M. VAN QUICKENBORNE ("Le fondement de l'opposabilité des contre-lettres", R.C.J.B., 1975, p. 260)

⁴⁷ V. déjà en ce sens : Cass., 21 octobre 1960, Pas., 1961, I, 193; Bruxelles, 23 décembre 1959, Rec. gén. enreg., 1960, no 20286, obs.

⁴⁸ Cass., 11 décembre 1987, R.W., 1987-1988, 1092 en noot E. DIRIX; v. l'étude très fouillée de D.-M. PHILIPPE ("La simulation et la protection des tiers", Doc. de travail no 89/5 du Centre de droit des obligations de l'U.C.L. - étude destinée à être publiée dans la Revue Critique de Jurisprudence Belge) que cet arrêt inspira à son auteur

étaient inconnues. Le cessionnaire se vit en conséquence offrir le choix de se prévaloir soit de l'acte apparent soit de l'acte réel (le tiers se prévalut en l'espèce de l'acte apparent).

23. De cette jurisprudence et des élaborations doctrinales qui s'ensuivirent, il résulte que le **fondement** de la théorie de la simulation ne peut être entièrement recherché ni dans la théorie de l'apparence ni dans la notion de peine privée ⁴⁹.

La simulation s'apparente à la doctrine de l'apparence en ce qu'elle aboutit à créer une apparence ne correspondant pas à la réalité. Elle diffère cependant de celle-ci en ce que la simulation consiste toujours en la création *volontaire* d'une apparence ⁵⁰. De plus, le tiers dans le cadre d'une simulation ne doit pas prouver de préjudice ⁵¹ et ne doit pas prouver la légitimité de sa croyance en l'acte apparent ⁵².

D'autre part, le concept de peine privée ne permet pas de justifier certains aspects du régime de la simulation. Rappelons à cet égard que la simulation est en principe licite ⁵³ et que l'article 1321 n'étend sa protection qu'aux tiers de bonne foi (en ce sens que ceux-ci n'ont pas connu ⁵⁴ ou dû connaître ⁵⁵, en vertu des circonstances particulières de la cause, l'existence de la simulation ⁵⁶) et justifiant d'un intérêt légitime ⁵⁷.

En conclusion, on peut affirmer que la doctrine de la simulation constitue une **institution juridique spécifique** dont la finalité consiste en la recherche d'un équilibre entre la préservation du libre exercice de l'autonomie de la volonté (la simulation étant en principe licite) et la nécessité d'assurer la sécurité des relations sociales (justifiant que les tiers puissent se fier à l'acte apparent).

49 D.-M. PHILIPPE, *supra* note 48, p. 7

50 alors que l'obligation naissant de l'application de la doctrine de l'apparence peut résulter de la création simplement fautive d'une apparence voire même se justifier, en dehors de toute faute, par la croyance légitime du tiers s'étant fié à l'apparence (v. no 6 *supra*). V. à ce sujet P.A. FORIERS, "L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi", J.T., 1989, p. 541 et spéc. pp. 544-545 (cet auteur estimant que le caractère non nécessaire d'une faute ne peut aboutir à ce que l'on puisse se passer d'un élément d'imputabilité minimale dont on peut induire la prise en charge objective du risque d'apparence)

51 Cette constatation résulte de l'arrêt précité du 21 juin 1974 rendu par la Cour de cassation; v. également dans ce sens : P. VAN OMMESELAGHE, *supra* note 7, pp. 128-129; D.-M. PHILIPPE, *supra* note 48, p. 8. Contra: v. M. VAN QUICKENBORNE, *supra* note 46, p. 276 ; E. DIRIX, note sous Cass. citée *supra* note 48 et *supra* note 1, p. 43; P.A. FORIERS, *supra* note 50, p. 543 (tous ces auteurs entendant trouver dans la théorie de l'apparence le fondement de la théorie de la simulation)

52 V. D.-M. PHILIPPE, *supra* note 48, p. 8

53 V. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, no 623

54 V. H. DE PAGE, T. II précité, no 636; M. VAN QUICKENBORNE, *supra* note 46, pp. 275-276

55 V. D.-M. PHILIPPE, *supra* note 48, p. 25

56 M. VAN QUICKENBORNE, *supra* note 46, p. 275 rattache également à la finalité de protection du tiers de bonne foi attribuée à l'article 1321 le principe suivant lequel en cas de conflit entre des tiers invoquant pour les uns l'acte ostensible et pour les autres l'acte secret la préférence doit aller aux premiers

57 Voy. D.-M. PHILIPPE, *supra* note 48, p. 24 et les précisions qu'il formule à cet égard (l'intérêt légitime ne se confondant pas avec le préjudice qui lui, on l'a vu, n'est pas requis)

24. Grâce à ces considérations quant à la **finalité spécifique** sous-tendant l'**institution juridique de la simulation**, nous pouvons maintenant sans effort aboutir à la détermination du **tiers** bénéficiant de la protection accordée par l'article 1321 du Code civil : il s'agit de toute personne qui, s'étant fiée à la situation apparente, ignorait l'existence de la simulation alors que les circonstances de l'espèce ne lui imposaient pas d'obligation de se renseigner davantage avant de se fier à l'apparence ⁵⁸.

C'est ainsi que la Cour de cassation a pu décider que le cessionnaire d'une créance résultant d'une convention simulée était un tiers habilité à se prévaloir de la protection de l'article 1321 et ce malgré le principe en vertu duquel la cession de créance ne peut nuire au débiteur cédé ⁵⁹ : l'intérêt particulier du débiteur cédé qui a participé à la création de l'apparence doit céder le pas face à l'exigence de protection des tiers qui de bonne foi se sont fiés à l'acte apparent, laquelle exigence se justifiant -on l'a dit- par la nécessité d'assurer la sécurité dans les relations sociales. Le cessionnaire n'est pas un tiers *en soi* au regard de l'institution de la simulation mais il peut l'être s'il répond aux caractéristiques que nous venons d'énoncer.

Au risque de sembler iconoclaste mais dans l'espoir de susciter le débat, nous estimons devoir aller plus loin que la Cour de cassation lorsque celle-ci affirme que l'ayant cause à titre universel se prévalant d'un droit propre est un tiers au sens de l'article 1321 du Code civil. Effectivement, nous avons vu ⁶⁰ que l'invocation d'un droit propre constitue une circonstance permettant à l'ayant cause à titre universel de se prévaloir de la qualité de tiers au sens de l'article 1165 du Code civil. N'est-il pas permis ici de penser que la Cour de cassation a ici confondu les champs d'application respectifs quant aux tiers des articles 1165 et 1321 du Code civil ?⁶¹ Le mythe de l'ayant cause à titre universel continuant la personnalité de son auteur imprègne tant les esprits...Or, nous savons que la notion de tiers dans le cadre de l'article 1321 est incontestablement plus large que celle découlant de l'article 1165 ⁶². De plus, la Cour de cassation vient de faire fort justement remarquer que le cessionnaire d'une créance peut être considéré comme tiers au regard de la théorie de la simulation. En réalité les situations du cessionnaire et de l'ayant cause à titre universel sont identiques en ce que chacun d'entre eux va être assimilé à la partie dont il prend la place ⁶³ (nous dirions que la différence entre le cessionnaire et l'ayant cause n'est, en quelque sorte, que quantitative -l'ayant cause à titre universel est assimilé à son auteur dans tous ses droits et obligations tandis que le cessionnaire n'est assimilé au cédant que relativement

⁵⁸ D.-M. PHILIPPE (supra note 48, pp. 19 et 25) semble partager notre avis

⁵⁹ V. sur ce point D.-M. PHILIPPE, supra note 48, pp. 21-22 et E. DIRIX, note citée supra note 48, p. 1095

⁶⁰ V. no 9 supra

⁶¹ L'affirmation que l'ayant cause à titre universel invoquant un droit propre est un tiers au sens de l'article 1321 non seulement introduit la confusion dans les esprits mais nous paraît également fondamentalement inexacte car, à la lumière des principes ci-avant rappelés, il est clair qu'un ayant cause à titre universel se prévalant d'un droit propre *mais* ayant connaissance de la simulation ne pourra prétendre au régime protecteur instauré par la disposition précitée.

⁶² D.-M. PHILIPPE (supra note 48, p. 18) le rappelle encore

⁶³ V. J.L. GOUTAL, supra note 11, p. 31 : "si l'on dit...que l'ayant cause universel est assimilé à une partie, il faut en dire autant du cessionnaire; or, personne ne le dit...Le cessionnaire devient partie, mais originellement ne l'est pas; il faut en dire autant de l'ayant cause universel"

à la créance lui cédée- et nullement qualitative ⁶⁴). En conséquence, nous sommes en défaut de discerner une raison justifiant un traitement spécifique des ayants cause à titre universel au regard de l'article 1321. L'attribution à celui-ci de la qualité de tiers se fera donc de la même manière que pour toute autre personne prétendant posséder cette qualité.

25. On sort de l'examen de ces hypothèses particulières de détermination du terme "tiers" avec le sentiment d'avoir accompli un travail plus significatif que celui résultant de la considération des règles générales (articles 1122 et 1165). La raison sous-tendant cet état de fait nous semble claire : le concept de "tiers" est par essence une **notion à contenu variable** dont la substance se module en fonction des finalités et caractéristiques propres à l'institution juridique considérée ⁶⁵. C. Perelman, dans son essai de synthèse relatif aux "notions à contenu variable en droit" ⁶⁶, nous apprend que les notions à contenu variable sont nées de la constatation qu'il est impossible de tout prévoir en raison de la diversité des circonstances, de l'impossibilité de maintenir des solutions totalement uniformes en raison des différences de perception situées dans le temps et dans l'espace ainsi que du souci d'assurer l'égalité devant la loi entraînant le recours à des notions plastiques. L'utilisation de telles notions, nous dit encore C. Perelman, manifeste un certain conflit entre la préoccupation de sécurité juridique d'une part et le désir de satisfaire des exigences d'équité ou d'intérêt général - lequel se traduit par l'attribution au juge d'un large pouvoir d'appréciation ainsi que d'une grande latitude dans la transposition de ses jugements de valeur - d'autre part. La crainte de l'arbitraire que fait surgir le recours aux notions à contenu variable entraîne par effet de réaction l'entrée en scène de standards présentant un caractère objectif (tel que le critère de "l'acte normal").

Ces réflexions générales quant aux notions à contenu variable nous en disent long quant au caractère éminemment "situé" de celles-ci dans le temps et dans l'espace. En d'autres termes, l'évolution générale du droit des obligations rejaillit au niveau des réflexions que l'on peut développer à leur propos. Nous avons vu que la matière de la simulation a donné lieu à certaines élaborations récentes assez remarquables. Celles-ci ne font que refléter une évolution générale des réflexions en matière de droit des obligations en Belgique dont nous nous proposons à présent d'esquisser les traits les plus marquants.

B. Quelques traits de l'évolution récente du droit des obligations et leur rapport avec notre thème de réflexion

26. Force nous est de constater qu'il est bien loin le temps où les avis du bouillant Professeur F. Laurent étaient écoutés et suivis avec déférence. Celui-ci fit du principe de l'autonomie de la volonté (porté par l'article 1134 al. 1er du Code civil) une véritable notion phare tant dans le cadre du droit

⁶⁴ Le principe suivant lequel le cessionnaire va se retrouver exactement dans la même situation que le cédant est en effet le corollaire de la règle en vertu de laquelle la position du débiteur cédé ne peut être aggravée par l'effet de la cession (v. P. VAN OMMESELAGHE, supra note 32, p.660)

⁶⁵ V. Dans le même sens : E. DIRIX, supra note 1, p. 21 et D.-M. PHILIPPE, supra note 48, p. 16

⁶⁶ V. Les notions à contenu variable en droit, Etudes publiées par C. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre National de Recherches de Logique, 1984 (la synthèse dont question se situe aux pp. 363-374)

international privé qu'au sein du droit civil interne ⁶⁷. La volonté des parties se voit accorder la suprématie en ce sens que ni le juge ni même la loi ne peuvent entraver la liberté des parties contractantes. Ainsi, le juge ne peut être un ministre d'équité : il ne peut qu'appliquer la loi et donner effet à la volonté des parties ayant force de loi ("enchaîner le juge pour prévenir l'arbitraire" ⁶⁸). D'autre part la volonté des parties l'emporte sur la loi à laquelle le seul statut de volonté tacite est conféré; ainsi le juge ne peut faire primer des considérations inspirées du principe d'exécution de bonne foi énoncé par l'article 1134 al. 3 du Code civil sur une volonté expresse ⁶⁹. Il est établi que cette vision du droit issue de l'individualisme du XIX^{ème} siècle fut profondément modifiée à partir des années 1900. Désormais, la volonté n'est plus l'unique source de droits et d'obligations et si la liberté conserve la valeur de principe, son exercice est soumis à une exigence de respect de l'intérêt social dont la solidarité constitue un élément essentiel ⁷⁰.

27. Ainsi notre droit reconnaît-il pleinement désormais la **naissance d'obligations, en dehors de l'hypothèse contractuelle**, par les voies de l'engagement par volonté unilatérale ⁷¹ et de l'apparence ⁷². La résultante de l'admission de telles sources d'obligations est qu'un tiers devient ainsi "partie" en dehors de l'hypothèse contractuelle.

28. D'autre part, le **principe de l'exécution de bonne foi** (art. 1134 al. 3) a connu, au cours des dernières années, un tel développement doctrinal et jurisprudentiel, que l'on a pu parler à son propos de "principe général de droit" ⁷³ qui, en tant qu'il impose une norme *objective* de loyauté, de pondération et de collaboration, dépasse le cadre de la matière contractuelle pour s'étendre

⁶⁷ V. sur ce point l'ouvrage de V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, 1980, spéc. pp. 35, 65, 73-74, 78

⁶⁸ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, T. XVI, 1875, no 178 (v. Aussi T. XV, no 422)

⁶⁹ F. LAURENT, T. XVI, no 182 (il faut noter que l'auteur lui-même tempère quelque peu la rigueur de son affirmation en se montrant ouvert à certaines exceptions particulièrement dans la matière des contrats d'adhésion)

⁷⁰ Sur cette évolution, v. Notamment V. RANOUIL, *supra* note 67, pp. 130 et suiv.; v. aussi O. MORETEAU et B. ABDERRAHMANE, "l'appréciation jurisprudentielle de la validité des contrats" in *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, 1983, p. 109 et spéc. pp. 141 et suiv.

⁷¹ v. P. VAN OMMEFLAGHE (*supra* note 32, pp. 629-633 et *supra* note 7, R.C.J.B., 1988, pp. 47-51). Cet auteur fait remarquer que la jurisprudence ne restreint pas l'efficacité de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté à l'adhésion à une institution préexistante (contrairement à une certaine position doctrinale). La théorie de l'engagement par volonté unilatérale connaît les applications les plus diverses parmi lesquelles l'on peut épingler à titre exemplatif : le principe de la force obligatoire de l'offre (Cass., 9 mai 1980, Pas., 1980, I, 1127), les engagements pris par les banques dans le cadre du système des chèques garantis (v. G.A. DAL, "Les chèques garantis", J.T., 1984, p. 241)

⁷² V. no 6 *supra*

⁷³ V. P. VAN OMMEFLAGHE, "L'exécution de bonne foi, principe général de droit", R.G.D.Civ., 1987, p. 101; un auteur (P.A. FORIERS, *supra* note 50, p. 545) propose même dans cette optique de rattacher la théorie de l'apparence au principe d'exécution de bonne foi en ce que serait contraire à la bonne foi devant présider aux relations juridiques le fait de refuser à l'égard des tiers eux-mêmes de bonne foi les conséquences découlant de la création d'une situation apparente

à l'ensemble de la matière des obligations ⁷⁴.

Ainsi la théorie de l'abus de droit est-elle tout naturellement rattachée à l'article 1382 du Code civil pour les cas se situant en dehors de relations contractuelles et à l'article 1134 al. 3 dans le cadre de telles relations ⁷⁵. L'application de la théorie de l'abus de droit peut le cas échéant aboutir à l'imposition d'obligations "quasi" contractuelles à une personne ayant choisi de rester tiers à la relation contractuelle envisagée. La subordination judiciaire de créances, laquelle est justifiée par la théorie de l'abus de la personnalité morale, nous fournit à cet égard une illustration éclairante. En effet, l'abus du droit de se prévaloir de la personnalité morale distincte de la société à laquelle des fonds furent prêtés (l'abus consistant couramment à compenser l'insuffisance du capital de la société par des prêts consentis par des associés entendant ainsi se soustraire au risque inhérent à la détention de parts de capital) entraîne, en guise de sanction, la réduction de l'exercice de celui-ci endéans des limites estimées raisonnables par le juge. En l'occurrence, la sanction consistera à traiter la créance remplaçant le capital de la même manière que le capital lui-même ⁷⁶ par la voie de la subordination judiciaire. Ainsi, ceux qui ont abusivement choisi de se couper des risques afférents à l'adhésion au contrat de société se trouvent-ils en quelque sorte investis de force de la qualité d'associé pour la participation aux risques à laquelle ils tentèrent de se soustraire.

Le principe de la bonne foi est également le fondement proposé pour justifier l'application dans notre droit de la théorie de la "rechtsverwerking". Cette doctrine, importée d'Allemagne via les Pays-Bas, emporte la déchéance d'un droit lorsque son titulaire a adopté un comportement inconciliable avec celui-ci et ce en dehors même de toute intention de renonciation dudit titulaire. La parenté de cette théorie avec celle de l'apparence a été soulignée ⁷⁷ de même qu'a été justifié son rattachement au principe d'exécution de bonne foi en ce que le créateur d'une situation ostensible (une apparence de renonciation) à laquelle des tiers ont pu légitimement se fier ne peut sans manquer à la bonne foi surprendre ces derniers en revenant sur l'apparence créée ⁷⁸. On fait

⁷⁴ V. P. VAN OMMESLAGHE, *supra* note 73, spéc. p. 105; v. aussi M. FONTAINE, "Portée et limites du principe de la convention-loi" in *Les obligations contractuelles*, 1984, p. 175 : "L'importance accrue donnée à des textes tels que les articles 1134 al. 3 et 1135 rapproche...le droit des contrats de celui des obligations délictuelles"

⁷⁵ V. Cass., 19 septembre 1983, R.D.C.B., 276 (consacrant le rattachement de la doctrine de l'abus de droit en matière contractuelle à l'article 1134 al. 3 du Code civil). V. à ce propos : M. FONTAINE, *supra* note 74, pp. 177 et suiv.; W. DE BONDT, "Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht", T.P.R., 1984, p. 85 et spéc. pp. 121 et suiv.; P. VAN OMMESLAGHE, *supra* note 73, p. 104; E. DIRIX, "Over de beperkende werking van de goede trouw", R.D.C.B., 1988, p. 660

⁷⁶ Sur le problème de la subordination de créances dans une société, v. Notamment : J. RONSE e.a., "Overzicht van rechtspraak (1968-1977) - Vennootschappen", T.P.R., 1978, pp. 792 et 880; J. RONSE e.a., "Overzicht van rechtspraak (1978-1985) - Vennootschappen", T.P.R., 1986, pp. 967-968

⁷⁷ V. P. VAN OMMESLAGHE, "Rechtsverwerking en afstand van recht", T.P.R., 1980, p. 735 et spéc. pp. 780 et suiv.

⁷⁸ V. notamment M. FONTAINE, *supra* note 74, pp. 185-186; P. VAN OMMESLAGHE, *supra* note 73, p. 107 et P.A. FORIERS, *supra* note 50, pp. 545-546

également remarquer que les applications de la *rechtsverwerking* ont lieu tant pour des droits trouvant leur source dans un contrat que pour ceux dont l'origine est extra-contractuelle ^{79 80}.

29. Le Professeur Fontaine a déjà évoqué le parallélisme existant au niveau de l'appréhension de la notion de fraude dans le cadre de la théorie de la **tierce complicité** et en matière de **fraude paulienne**. Ces deux théories procèdent toutes deux de la répression de la fraude aux droits des tiers et trouvent en l'article 1382 du Code civil un fondement commun ⁸¹. Notons que la Cour d'appel de Mons ⁸² a dans une espèce substitué au critère subjectif de la fraude du tiers, à savoir la connaissance de l'état d'insolvabilité du débiteur et du préjudice causé par l'acte incriminé aux créanciers, le critère objectif de *l'acte normal* dont il résulte que la fraude du tiers sera également établie toutes les fois que celui-ci ne peut pas ne pas savoir que l'acte accompli va causer un préjudice aux créanciers ⁸³. Ce critère de connaissance effective ou réputée en raison des circonstances de la cause rejoint bien les derniers développements en matière de tierce complicité tels qu'ils ont été exposés par M. Fontaine ⁸⁴.

30. Remarquons enfin que la faveur actuelle pour des comportements pouvant être justifiés par référence à une certaine solidarité sociale est également attestée par l'évolution de la jurisprudence en matière de **gestion d'affaires** où le critère de nécessité de la gestion a fait place à celui de la simple utilité de celle-ci ⁸⁵ et qui, sans aller jusqu'à permettre au gérant de tirer un bénéfice de son activité, admet le droit de celui-ci à une rémunération pour le temps, la science et l'habileté consacrés à la gestion des affaires d'autrui ⁸⁶.

⁷⁹ P. VAN OMESLAGHE, supra note 73, p. 107

⁸⁰ Notons que les applications jurisprudentielles de cette théorie, d'abord plutôt limitées à la Flandre, commencent à présent à se développer dans la partie francophone du pays (v. Liège, 16 mars 1989, J.L.M.D., 1989, p. 541 et Civ. Mons, 29 juin 1988, J.T., 1989, p. 440; P. VAN OMESLAGHE, supra note 7, R.C.J.B., 1988, pp. 142-145). Aucune traduction française du terme "*rechtsverwerking*" n'est actuellement adoptée. M. FONTAINE (supra note 74, pp. 184-186) a déploré cet état de fait et a proposé l'expression "déchéance" en guise de traduction de ce concept

⁸¹ V. X. DIEUX, supra note 36, pp. 295-298; v. aussi (pour l'affirmation de ce que la fraude paulienne constitue un quasi-délit sanctionné par l'article 1382 du Code civil) : Mons, 12 mars 1980, Pas., 1980, II, 63 et Rev. not. belge, 1981, p. 29, note J.SACE

⁸² arrêt cité supra note 81

⁸³ V. en ce sens X.DIEUX, supra note 36, p. 297

⁸⁴ V. cependant Mons, 2 octobre 1985, Rev. not. belge, 1986, p. 189 et la note très critique de J.SACE qui, bien que se référant toujours au critère de l'acte normal, paraît un peu en retrait par rapport à la décision précitée. On peut néanmoins penser que la Cour ne persistera pas dans cette orientation

⁸⁵ Contrastez à cet égard les observations faites par J. LIMPENS et R. KRUIHOF ("Examen de jurisprudence (1960-1963) - les obligations", R.C.J.B., 1964, p. 518) quant à la "nécessité" de la nécessité de la gestion et l'exposition de la jurisprudence actuelle faite par P. VAN OMESLAGHE (supra note 7, R.C.J.B., 1988, spéc. p. 53) qui ne retiennent que l'exigence d'utilité de la gestion

⁸⁶ Ce droit fut reconnu à l'encontre de la doctrine classique représentée par F.LAURENT (T. XX, no 331). V. à ce sujet J. LIMPENS et R. KRUIHOF, "Examen de jurisprudence (1964-1967) - les obligations", R.C.J.B., 1969, p. 248

31. On le voit, l'exigence sociale d'un comportement conforme au principe de la bonne foi et à la solidarité sociale crée certains droits dans le chef de personnes pouvant être soit parties soit tiers à une relation contractuelle. Une norme objective de bon comportement régit les rapports des parties au contrat mais aussi l'existence du contrat, fait social, rejaillit sur la situation des tiers qui se voient également imposer une norme de comportement de nature aquilienne. L'aspect le plus troublant de notre droit actuel est sans conteste cette compénétration des responsabilités contractuelle et délictuelle. Indubitablement, une telle évolution du droit n'est pas conforme à la doctrine classique rappelée par l'évocation de la pensée de F. Laurent. Elle est pour le surplus de nature à rendre plus insaisissables encore certaines notions telle que celle de "tiers" mais cette conséquence est inévitable. L'enseignement procuré par la pensée ci-avant évoquée de C. Perelman nous a révélé que les notions à contenu variable -au rang desquelles nous plaçons le concept de tiers- n'acquièrent leur pleine dimension que dans un contexte juridique similaire à celui que nous connaissons actuellement (où la reconnaissance de la complexité des relations juridiques dans un environnement social suscite une plasticité accrue des concepts, laquelle est contrebalancée par l'accent mis sur le caractère objectif des standards de comportement imposés).

32. Nous proposons maintenant de clore cette section par l'étude d'un problème qui nous semble bien illustrer certaines considérations théoriques déjà apparues au cours de cet exposé, à savoir : la plasticité de la notion de tiers et son utilisation aux fins de servir certaines considérations d'ordre social situées bien au-delà de la considération d'une relation contractuelle individuelle mettant en présence des sujets libres et égaux face à un reste du monde également atomisé.

C. Les évolutions récentes quant à la question des responsabilités respectives de l'agent d'exécution et de l'administrateur d'une personne morale

33. Nous savons que la question du cumul des responsabilités contractuelle et aquilienne (une partie à un contrat peut-elle choisir d'engager la responsabilité aquilienne de son cocontractant lorsque la faute contractuelle commise présente aussi les caractères d'une faute délictuelle ?) reste controversée en Belgique ⁸⁷. En réalité, la relance de cette controverse fut due en grande partie à un arrêt du 7 décembre 1973 de la Cour de cassation ⁸⁸ qui nous intéresse à un autre titre. Les faits de la cause peuvent être très brièvement résumés de la manière suivante : le vendeur d'une marchandise devant être expédiée à l'étranger contracte un contrat de transport; au cours de l'exécution du contrat -et alors que la marchandise se trouve encore aux

⁸⁷ V., notamment, sur ce problème : J. VAN RYN, "Responsabilité aquilienne et contrats", J.T., 1975, p. 506; H. COUSY, "Het verbod van samenloop tussen contractuele en extra-contractuele aansprakelijkheid en zijn weerslag", T.P.R., 1984, p. 155; X. DIEUX, supra note 36, pp. 309-314; J.L. FAGNART et DE NEVE, "Chronique de jurisprudence - Responsabilité civile", J.T., 1985, pp. 453 et suiv.

Rappelons rapidement que le cumul fut admis par un arrêt de la Cour de cassation datant de 1930 mais que deux arrêts ultérieurs de cette Cour (un arrêt du 4 juin 1971 et un arrêt du 7 décembre 1973 dont question infra) ranimèrent la controverse entre partisans et opposants du cumul, chacun trouvant dans les attendus de la Cour de quoi alimenter sa position

⁸⁸ Cass., 7 décembre 1973, Pas., 1974, I, 376 et R.C.J.B., 1976, p. 15 avec note de R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF ("Responsabilité aquilienne et contrats")

risques du vendeur- la marchandise est endommagée en cours d'arrimage par la faute de l'entreprise d'arrimage à laquelle le transporteur avait confié la mission d'effectuer cette tâche. L'assureur du vendeur subrogé dans les droits de ce dernier tenta d'obtenir réparation de l'arrimeur en intentant contre lui une action en responsabilité délictuelle. La Cour de cassation déclara à cet égard: "...le préposé ou **l'agent d'exécution** que le transporteur se substitue pour exécuter en tout ou en partie le contrat de transport **n'est pas un tiers** au regard de l'exécution du contrat et à l'égard du cocontractant du transporteur" et "...la responsabilité quasi-délictuelle du préposé ou de l'agent d'exécution qui intervient pour exécuter une obligation contractuelle d'une partie ne peut être engagée que si la faute à lui imputée constitue la violation, non de l'obligation contractuelle, mais d'une obligation qui s'impose à tous, et si cette faute a causé un autre dommage que celui résultant seulement de la mauvaise exécution du contrat".

La grande nouveauté de cet arrêt fut incontestablement l'assimilation de l'agent d'exécution à l'une des parties contractantes pour l'application de la théorie du cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ⁸⁹. Cette jurisprudence, bien que parfois critiquée avec force ⁹⁰, fut confirmée à plusieurs reprises ⁹¹.

L'importance d'une telle jurisprudence n'échappera à personne. En effet, l'assimilation de l'agent d'exécution entraîne à son profit une immunité civile soit totale (si l'on est partisan de la thèse du non cumul) soit relative (si l'on opte pour le cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle), laquelle immunité est de nature à accroître le domaine de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui ⁹².

Que l'agent d'exécution bénéficie d'une immunité dont le corrélat est la responsabilité du débiteur contractuel pour le fait de son agent d'exécution, voilà bien un principe qui se conçoit bien et même se justifie aisément par des considérations extra juridiques d'ordre économique, social voire même psychologique ⁹³. Sur le plan juridique par contre un tel principe ne peut guère trouver appui, *dans le cadre d'une "conception classique subjective et individuelle de la responsabilité"* ⁹⁴, que dans l'invocation assez artificielle d'un principe de représentation (l'agent d'exécution étant qualifié de "représentant" du cocontractant ayant mandé son intervention) ⁹⁵.

En tout cas, l'utilisation du terme *tiers* dans ce cadre doit retenir un instant notre attention. La portée de l'arrêt de la Cour de cassation énonçant que

⁸⁹ V. en ce sens : X. DIEUX, *supra* note 36, pp. 310-311

⁹⁰ V. J.L. FAGNART, "La responsabilité personnelle de l'agent d'exécution", obs. sous Cass., 7 décembre 1973, R.G.A.R., 1974, no 9317; R.O. DALCQ et F. GLANSBORFF, *supra* note 88

⁹¹ V. Cass., 15 septembre 1977, Pas., 1978, I, 57; Cass., 8 avril 1983, Pas., 1983, I, 834; Cass., 14 octobre 1985, J.T., 1986, p. 600

⁹² V. R.O. DALCQ, "Examen de jurisprudence (1980 à 1986) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle", R.C.J.B., 1987, p. 603; P.-H. DELVAUX, "La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation", J.T., 1987, p. 417

⁹³ V. P.-H. DELVAUX (*supra* note 92, p. 418) : l'agent d'exécution n'est que l'instrument du cocontractant qui se l'est substitué, l'économie même du contrat impose la reconnaissance de la responsabilité du fait des agents et substitués

⁹⁴ mots empruntés à P.-H. DELVAUX, *supra* note 92, p. 422

⁹⁵ V. P.-H. DELVAUX, *supra* note 92, pp. 418-419 (l'auteur exprime un certain scepticisme quant au fondement théorique de l'institution de responsabilité du fait d'autrui mais souligne la réponse que fournit celle-ci à une "nécessité économique impérieuse")

l'agent d'exécution n'est pas un tiers ne doit certainement pas être recherchée au niveau d'une éventuelle affirmation corrélatrice selon laquelle l'agent n'étant pas un tiers, il est nécessairement -par antithèse- partie au contrat. En réalité, la Cour de cassation nous fournit ici un **autre exemple d'utilisation fonctionnelle** ⁹⁶, modulée en fonction des finalités ressenties comme sous-tendant l'institution juridique considérée (responsabilité civile), du concept de tiers.

34. La notion d'agent d'exécution pose cependant problème en raison de son caractère imprécis : s'il est acquis que cette notion revêt un caractère plus large que celle de préposé ⁹⁷, il semble bien que la qualification d'agent d'exécution soit soumise à une casuistique génératrice d'une certaine incertitude ⁹⁸. Ainsi s'est posée la question de savoir si **l'administrateur d'une personne morale** peut être considéré comme un agent d'exécution. La question est d'importance car une réponse affirmative étendrait à ces derniers l'immunité prédécrite s'appliquant aux agents d'exécution.

Certains auteurs ont pris position en faveur de l'assimilation de l'administrateur à l'agent d'exécution ⁹⁹. Un autre courant doctrinal ¹⁰⁰ bénéficiant semble-t-il de l'approbation de la Cour de cassation ¹⁰¹ estime au contraire qu'il faut s'en tenir, en ce qui concerne les administrateurs de personnes morales, au régime classique dit de "co-existence" des responsabilités dont les principes furent encore rappelés récemment par la Cour de cassation ¹⁰². De par l'application de ce régime, la responsabilité de l'administrateur peut être engagée vis-à-vis des tiers sur pied de l'article 1382 du Code civil dans la mesure où la faute commise dans le cadre de l'exécution du contrat de mandat le liant à la société constitue *aussi* une violation de l'obligation générale de prudence incombant à chacun.

Les tenants de la seconde thèse faisant de l'administrateur **un tiers** pour l'application des règles de la responsabilité civile justifient ultimement leur position, ainsi que l'on pouvait s'y attendre, par des considérations d'ordre social lesquelles déterminent l'option qu'ils prennent sur le plan de la politique juridique (l'administrateur assume une fonction sociale faisant naître dans le chef des tiers une confiance légitime leur donnant le droit d'attendre de

⁹⁶ Rappelons-nous le créancier du débiteur cédé non considéré comme tiers à la cession et le cessionnaire considéré comme tiers dans le contexte d'une simulation : il s'agit également d'affirmations qui ne peuvent se comprendre que *via* leur caractère fonctionnel

⁹⁷ V. R.O. DALCQ, *supra* note 92, pp. 603-604; P.-H. DELVAUX, *supra* note 92, p. 420

⁹⁸ V. H. COUSY, *supra* note 87, p. 172

⁹⁹ V. R.O. DALCQ, *supra* note 92, pp. 604-605; P. COLLE, "La responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de sociétés", R.G.A.R., 1986, no 11076

¹⁰⁰ J. VAN RYN et X. DIEUX, "la responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers", J.T., 1988, p. 401 et, par les mêmes auteurs, "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers - Observations complémentaires", R.P.S., 1989, no 6511

¹⁰¹ V. Cass., 29 juin 1989, R.P.S., 1989, no 6514 (la Cour confirme une décision par laquelle le juge du fond avait accueilli une action quasi-délictuelle dirigée par des créanciers lésés contre les administrateurs d'une A.S.B.L.)

¹⁰² V. Cass., 11 juin 1981, Pas., 1981, I, 1159

celui-ci une certaine compétence et une certaine loyauté dans l'exercice de la dite fonction; la fonction préventive de la responsabilité civile est d'autre part soulignée) ¹⁰³.

35. Sur un plan strictement juridique, l'agent d'exécution et l'administrateur peuvent tous deux se voir assigner la qualité de tiers ou de "non tiers". On peut sans trop de problème trouver les arguments justifiant l'une ou l'autre solution.

Il est cependant remarquable de constater que l'immunité de l'agent d'exécution constitua une victoire de considérations d'ordre social sur la stricte logique de notre théorie classique des obligations ne voyant dans l'agent d'exécution ni plus ni moins qu'un *individu* comme les autres. Le refus de poursuivre dans cette relative perversion d'une vision classique en ce qui concerne l'administrateur procède d'une exigence résultant elle-aussi des nécessités de la vie en société : il s'agit, par la fonction préventive de la responsabilité civile, d'assurer la compétence et la loyauté d'un *individu agissant* au sein de la communauté. Par contraste, l'agent d'exécution n'apparaît, dans le cadre de cette même communauté, que comme un *instrument*.

Section II Quelques incursions comparatives à partir de droits anglo-américains¹⁰⁴

36. Ainsi que le souligne M. Fontaine en son rapport, on serait bien en peine de trouver au sein du droit anglais un débat comparable à celui qui, au sein des systèmes juridiques français et belge, entoure la distinction entre effets internes (effet obligatoire) et effets externes (opposabilité) du contrat. De la même manière, la **distinction entre parties et tiers** au contrat fut en quelque sorte court-circuitée de par l'effet combiné des doctrines de la "privity" et de la "consideration". Ainsi, le Professeur Furmston, dont on peut penser qu'il exprime la vue la plus communément acceptée du droit anglais

¹⁰³ Rappelons ici que toute option politique est susceptible d'évolution. Ainsi, le même auteur (X. DIEUX) qui préconise actuellement une responsabilité de l'administrateur sur base du droit commun de la co-existence des responsabilités adopta auparavant (supra note 36, p. 314) une vue apparemment moins favorable à cet égard : "Rappelons néanmoins que... toute faute de gestion de l'administrateur ne peut engendrer une responsabilité aquilienne envers les tiers, - à peine de déséquilibrer complètement le système légal de la responsabilité des administrateurs tel qu'il est actuellement conçu par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales" (souligné par nous). L'auteur nous rétorquerait sans doute aujourd'hui qu'il entendait préciser que seules les fautes de gestion constituant *aussi* des fautes au sens aquilien du terme sont susceptibles d'entraîner la responsabilité de l'administrateur sur base de l'article 1382. Nous pensons qu'à la lumière des développements qui précéderent cette réflexion de l'auteur, celui-ci ne s'est pas contenté d'une telle affirmation qui dans son esprit allait en quelque sorte de soi étant donné que la prétention du contraire emporterait une violation flagrante de l'article 1165 du Code civil (pour le rappel de ce principe, voy. J. VAN RYN et X. DIEUX, supra note 100, pp. 97-98). A notre sens, les considérations de cet auteur quant aux lois coordonnées indiquent qu'il était soucieux de ne pas ouvrir, par la voie de l'article 1382, une possibilité d'extension du domaine de la responsabilité de l'administrateur envers les tiers dont le caractère général aurait pour effet de reléguer les textes des lois coordonnées en la matière au rang de dispositions secondaires

¹⁰⁴ L'exposé qui suit ne peut aucunement prétendre à l'exhaustivité. Son unique but est de procurer, au lecteur curieux de savoir "comment cela se passe ailleurs", quelques éléments caractéristiques de certains droits étrangers. Nous avertissons également le lecteur que nous avons entendu centrer l'attention sur le droit anglais, les autres droits anglo-américains étant évoqués de manière plus incidente

des contrats, estime que le terme "partie au contrat" s'identifie à "celui qui a fourni une *consideration*" et partant refuse de reconnaître l'indépendance des doctrines de la "privity" et de la "consideration" ^{105 106}.

37. Cela étant, les mêmes problèmes pratiques finissent toujours par se poser au sein de nations partageant des similarités sur les plans de l'organisation sociale, économique et politique. Attachons-nous donc à déterminer la manière dont sont résolues certaines questions déjà envisagées en droit belge.

38. Une première observation qu'il est fondamental de faire est que le droit anglais des vingt dernières années, à l'image d'une évolution similaire déjà signalée à propos du droit belge, manifeste une **compénétration croissante du droit des contrats (contract law) et du droit de la responsabilité civile (tort law)** ¹⁰⁷.

Tout d'abord, la théorie de la **tierce complicité** à la violation d'une obligation contractuelle (interference with contractual relations) bien que trouvant ses origines au XIV^{ème} siècle fit l'objet d'une extension progressive dont les traits

105 V. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *Law of contract*, 11th. ed., 1986, pp. 74-75 : évoquant les rapports entre la "privity" et la "consideration", l'auteur s'exprime en ces termes : "...the two principles...are but different ways of saying the same thing. The underlying assumption of English law is that a contract is a bargain. If a person furnishes no consideration, he takes no part in a bargain : *if he takes no part in a bargain, he takes no part in a contract*" (souligné par nous). Cela étant, l'auteur a conscience d'exprimer une vue tant pragmatique qu'idiosyncratique car il poursuit en ces termes : "It is true that, if the doctrine of consideration were abolished, the problem of privity would remain, as it still remains in other legal systems. But so long as consideration is an essential feature of English law it would seem to be immaterial whether a person is forbidden to sue on the ground that he has given no consideration or on the ground that he is a stranger to the contract". Notons néanmoins que les tribunaux anglais citent de temps à autre les deux doctrines dont question *comme si* elles constituaient deux théories distinctes mais elles ne fournissent aucun élément de différenciation. D'autres auteurs refusent par ailleurs l'assimilation pratiquée par le Professeur Furmston (v., par exemple : ATIYAH, *Essays on contract*, 1986, spéc. pp. 179 et 219-226 (l'auteur, partant de la constatation qu'un nombre croissant de promesses sans consideration reçoivent la sanction du droit (are enforced), rejette par voie de conséquence l'assimilation prédécrite); ANSON's *law of contract*, 26th. ed., 1984, pp. 86-87 (l'auteur reste cependant en défaut de fournir un élément de différenciation); JACOBS, "Judicial reform of privity and consideration", *Journal of Business Law*, 1986, p. 466 et spéc. note 12, p. 467)

106 Nous tenons à ajouter deux remarques :

Le droit écossais (que les Ecossais nous pardonnent ici de les inclure dans les systèmes anglo-américains) ne connaît ni la "privity" ni la "consideration" (V. WOOLMAN, *An introduction to the Scots law of contracts*, 1987, p. 13) et, par conséquent se montre beaucoup plus ouvert que le droit anglais à l'admission de la stipulation pour autrui (V. WALKER, *The law of contracts*, 1979, pp. 422-450)

Le droit louisianais est *en principe* calqué sur le droit français quant à la matière qui nous occupe (V. art. 1985 (issu de la révision de 1984 du Code civil louisianais) LA Civ.Code, dont les commentaires se réfèrent expressément à l'article 1165 du Code civil français) mais la doctrine ne s'est, à notre connaissance, pas du tout intéressée aux questions inhérentes à la distinction entre effets internes et effets externes du contrat (les ouvrages du Professeur LITVINOFF (*Louisiana civil law treatise*, vol. 6 et 7, 1969; *The law of obligations in the Louisiana jurisprudence*, 1985) n'abordent que la matière de la stipulation pour autrui qui, à son sens, constitue l'exception ayant pris une extension telle qu'elle en vient à faire oublier la règle générale)

107 V. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *supra* note 105, p. 25; FURMSTON, *The law of tort : policies and trends in liability for damage to property and economic loss*, 1986, spéc. pp.4-5. Cette constatation amène certains auteurs à adopter une approche que ne renierait pas un juriste relevant de la civil law, à savoir la rédaction d'ouvrages traitant du "droit des obligations" dans son ensemble (v. TETTENBORN, *An introduction to the law of obligations*, 1984)

essentiels sont : l'admission de son application à tout contrat (alors que le nombre d'hypothèses d'application était au départ limité) et l'assouplissement de l'exigence quant à la nature de l'"interférence" ¹⁰⁸.

D'autre part, ont été particulièrement remarquées certaines décisions récentes ayant admis l'action *in tort* d'une partie contractante contre son cocontractant (ce que nous appelons le **cumul** des responsabilités contractuelle et délictuelle) ¹⁰⁹ et accueillant avec faveur l'action *in tort* d'un tiers contre le cocontractant que son propre cocontractant s'était substitué dans l'exécution de son contrat (ce que nous désignons par le vocable de **co-existence**) ¹¹⁰.

Ces développements récents procèdent indubitablement d'une mutation actuellement en cours au niveau du droit anglais de la responsabilité civile, laquelle mutation amène à concevoir le "duty of care" en tant qu'imposant une obligation à caractère général ¹¹¹ dont découle tout naturellement la considération que **le contrat serait la source d'une "obligation to take care"** ¹¹².

39. Le domaine du **transfert des obligations** manifeste quant à lui d'autres **interactions : entre common law et equity** d'une part, **entre le droit des biens (property law) et le droit des obligations** d'autre part ¹¹³ (cette dernière interdépendance ayant déjà été soulignée en droit belge).

¹⁰⁸ V. FLEMING, *The law of torts*, 1987, pp. 651-659; v. aussi BUCKLEY, *The modern law of negligence*, 1988, pp. 122-123 : l'auteur signale au passage que le concept de "**reliance**" fournit une base juridique appropriée à la réparation du dommage dit "économique" en droit anglais de la responsabilité civile (sur la réticence initiale d'accorder réparation du dommage économique et les profonds bouleversements affectant actuellement la matière, v. FURMSTON, *supra* note 107; FLEMING, *cité supra*, pp. 647-680. Sur la notion de "reliance" - la conception traditionnelle selon laquelle celle-ci ne pourrait opérer que par voie de défense et non pas fournir un droit d'action, l'avenir brillant promis à cette notion en droit anglais-, v. ANSON, *supra* note 105, pp. 106-109; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *supra* note 105, pp. 92-101. Rappelons que le concept de reliance, qui fut présenté comme une intrusion de la "tort law" dans le droit des contrats (GILMORE, *The death of contract* 87 (1974) *cité par* FARNSWORTH, *Contracts* 98 (1982)) emporte attribution, au terme d'une évolution, d'un droit d'action aux Etats-Unis (Restatement (2nd) on the law of contracts § 90 (1981))

L'équivalent de notre tierce complicité est également admis aux Etats-Unis (v. FARNSWORTH, *cité supra*, pp. 428-429)

¹⁰⁹ V. *Midland Bank Trust Co Ltd v. Hett, Stubbs and Kemp* [1979] Ch. 384, [1978] 3 All ER 571 et les commentaires : CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *supra* note 105, pp. 268-269, 619; BUCKLEY, *supra* note 108, pp. 208-209; TETTENBORN, *supra* note 107, pp. 60-61; FLEMING, *supra* note 108, p. 138 (ce dernier propose également le concept de "**reliance**" en vue de fournir une justification à cette solution)

¹¹⁰ V. *Junior Books v. Veitchi*, [1983] 1 AC 520, [1982] 3 All ER 201, HL et les commentaires : FLEMING, *supra* note 108, pp. 167-168 et BUCKLEY, *supra* note 108, pp. 109-114 (ces deux auteurs faisant, une fois de plus, appel au concept de **reliance** en vue de fournir un fondement à cette solution; la reliance permet dans ce contexte d'échapper au carcan de la privity of contract); v. aussi TETTENBORN, *supra* note 107, p. 138; FURMSTON, *supra* note 107 (de nombreuses allusions sont faites à cette décision au cours de cet ouvrage); HOLYOAK, "Tort and contract after *Junior Books*", 99 L.Q.R. 591 (1983)

L'équivalent aux Etats-Unis de la décision anglaise précitée est : *J'Aire Corp. v. Gregory*, 24 Cal.3d 799 (1979) présenté cependant comme un cas représentatif d'un certain activisme californien (v. RABIN, "Characterisation, context and the problem of economic loss in American tort law" in FURMSTON, *supra* note 107, pp. 25-38)

¹¹¹ Rappelons que d'un point de vue historique le "duty of care" s'est développé dans le cadre d'une série d'hypothèses limitativement énoncées (v. FLEMING, *supra* note 108, pp. 125 et suiv. et l'étude de J. HERBOTS, "Economic loss in the legal systems of the continent" in FURMSTON, *supra* note 107, spéc. p. 138)

¹¹² V. TETTENBORN, *supra* note 107, pp. 60-61

¹¹³ TETTENBORN, *supra* note 107, p. 202

La **cession de créance** (assignment of contractual rights) constitue un premier exemple de cette situation. Effectivement, pour une raison historique (la common law se refusant à admettre la validité de la cession de créance et ce sans doute pour partie en raison de la doctrine de privity), le droit de la cession de créance s'est d'abord développé au sein de l'*equity* (equitable assignment) avant de recevoir une consécration légale (statutory assignment, organisé par la section 136 de la Law of Property Act). Cette consécration n'eut pas pour effet d'abolir les diverses formes de cessions élaborées *in equity* qui subsistèrent dès lors à côté du "statutory assignment" répondant à des conditions propres. Un élément remarquable inhérent à nombre de cessions opérées *in equity* est le rattachement à la notion de "trust" : partant de l'idée que la créance est un bien (aspect réel), le cédant sera assimilé à un *trustee* de telle manière que le cessionnaire devienne le propriétaire *in equity* de la créance cédée ¹¹⁴. Quant à ce que nous appelons le problème de l'opposabilité aux tiers de la cession de créance, celui-ci reçoit une solution différente suivant que l'on a affaire à un *statutory* ou à un *equitable assignment*. Dans le premier cas, une information écrite du débiteur cédé est nécessaire à l'efficacité même de la cession. Dans le second cas par contre, aucune information du débiteur cédé n'est en principe requise. Néanmoins celle-ci est fortement conseillée pour deux raisons au moins : le débiteur cédé se libère valablement entre les mains du cédant tant qu'il n'a pas été informé de la cession; en cas de pluralité de cessions relatives à la même créance, le cessionnaire ayant le premier informé le débiteur cédé l'emporte sur l'autre ¹¹⁵. La solution anglaise a donc un caractère bicéphale : d'un côté nous avons une exigence solennelle donc rigide mais efficace et de l'autre côté nous découvrons un régime souple donc potentiellement dangereux pour les tiers, d'où l'utilité d'une information du débiteur cédé. Ces solutions ont le mérite du pragmatisme. Elles ne suscitent en tout cas pas de réel débat sur le plan de principes généraux.

Signalons enfin qu'une obscurité comparable à celle du droit belge semble régner en droit anglais quant à la question dite (chez nous) des obligations *propter rem*. En ce qui concerne le transfert des biens immobiliers tout d'abord, une décision ¹¹⁶ avait posé le principe en vertu duquel une obligation restreignant l'utilisation de l'immeuble pouvait "suivre la chose" (run with the land) à la condition que l'acquéreur ait eu connaissance de l'existence de cette obligation. Cette décision fut rattachée à la catégorie du droit des biens et non pas à celle des contrats car ceci permettait de justifier la solution dégagée par la considération que les droits réels, à l'encontre des droits naissant d'un contrat, lient les tiers ¹¹⁷. Néanmoins une jurisprudence ultérieure

¹¹⁴ Consultez sur cette matière : ANSON, *supra* note 105, pp. 391-407; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *supra* note 105, pp. 492-511; TETTENBORN, *supra* note 107, pp. 202-208

¹¹⁵ V. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *supra* note 105, p. 502; TETTENBORN, *supra* note 107, p. 206. Aux Etats-Unis également le principe selon lequel le débiteur cédé se libère valablement entre les mains du cédant tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession est d'application. L'article 9-318(3) du U.C.C. impose à cet égard un certain contenu minimal à la notification en vue de corriger une attitude de la common law estimée trop défavorable au débiteur cédé (les juges avaient un peu trop facilement tendance à considérer que l'exigence de notification était satisfaite). V. FARNSWORTH, *supra* note 108, pp. 776-778

¹¹⁶ Tulk v. Moxhay (1848), 2 Ph. 774

¹¹⁷ V. TETTENBORN, *supra* note 107, p. 139

sembla opter pour une attitude plus restrictive ¹¹⁸. D'autre part, au niveau du transfert des biens mobiliers, une décision rendue dans un contexte particulier soumit l'acquéreur au respect d'une obligation (charte-partie) auparavant contractée à propos du bien par le vendeur et ce en raison de la connaissance qu'avait l'acquéreur de cette obligation ¹¹⁹. Un auteur ¹²⁰ a proposé d'induire de cette décision un principe général soumettant les acquéreurs successifs d'un bien aux restrictions quant à son utilisation auparavant établies et ce à la condition que l'acquéreur ait eu connaissance de ces restrictions. Malheureusement, la jurisprudence semble très indécise en la matière ¹²¹.

Une récapitulation en guise de conclusion

40. Au terme de nos pérégrinations...

Nous avons rencontré non pas le tiers mythique et statufié dans sa splendeur immobile mais *des* tiers agissants dans le contexte social qui est le leur où, pour reprendre les mots de Demogue, la sécurité dynamique doit être préférée à la sécurité statique. Une définition abstraite du terme tiers est donc aussi impossible qu'indésirable, d'où le caractère particulièrement adéquat du titre sélectionné pour ce rapport. Le tiers est une notion à contenu variable. Cette constatation est liée au caractère fonctionnel de ce concept. Le tiers est une notion insaisissable, à l'image des frontières qu'il arpente fréquemment : celle séparant le droit contractuel du droit aquilien, celle distinguant le droit réel du droit personnel. La découverte du tiers nécessite donc que l'on se mette dans les conditions nous permettant de le rencontrer, par la recherche des finalités objectives de l'institution juridique dans laquelle il se meut dont on inférera les éléments déterminant son statut. Enfin, la crainte de l'insécurité juridique pourra être écartée pour autant que l'on accepte franchement l'opération de normes de comportement objectives complétant, voire même modifiant dans certains cas, la volonté subjective.

Isabelle Corbisier

¹¹⁸ De par l'effet de cette jurisprudence, la personne cherchant à obtenir l'exécution forcée de cette obligation à charge de l'acquéreur doit prouver que cette obligation fut imposée pour le bénéfice d'immeuble(s) voisin(s) dont la personne agissante est propriétaire (v. les références citées par ANSON, *supra* note 105, p. 382)

¹¹⁹ Lord Strathcona Steamship Co., Ltd. v. Dominion Coal Co., Ltd. [1926] A.C. 108

¹²⁰ TETTENBORN, *supra* note 107, pp. 139-140

¹²¹ V. ANSON, *supra* note 105, pp. 384-389