

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

Les effets des contrats à l'égard des tiers

**La connaissance du contrat
par les tiers et ses effets**

Rapport belge

par Denis-M. PHILIPPE

Doc. 90/4

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

Séminaire conjoint des Centres de droit des Obligations de
l'Université de Paris I et de l'Université catholique de Louvain

LES EFFETS DES CONTRATS A L'EGARD DES TIERS

LA CONNAISSANCE DU CONTRAT
PAR LES TIERS ET SES EFFETS

Denis PHILIPPE

RAPPORT BELGE (TEXTE PROVISOIRE)

Dans un quatrième chapitre, nous étudierons très brièvement les garanties et nous mentionnerons, dans un cinquième chapitre, certains problèmes de concours entre tiers.

Cette première partie sera suivie d'une deuxième partie, plus courte, qui comparera la connaissance simple et la connaissance organisée du contrat par les tiers, et les effets respectifs de ces différents modes de connaissance.

PREMIERE PARTIE

ETUDE DE DIFFERENTES INSTITUTIONS JURIDIQUES DANS LESQUELLES INTERVIENT LA CONNAISSANCE DU CONTRAT PAR LE TIERS

=====

CHAPITRE I TRANSMISSION DES OBLIGATIONS

=====

La transmission des obligations constitue une des hypothèses où un tiers (soit le débiteur, soit le créancier originaire) est directement concerné par la convention puisqu'il change, du moins partiellement, de partenaire contractuel.

C'est la raison pour laquelle le système juridique belge subordonne, dans les hypothèses que nous allons évoquer, la prise d'effet de cette convention à l'accomplissement de formalités d'information du débiteur en cas de cession de créance (section 1), et à l'accord du créancier pour une reprise de dette (section 2).

L'on évoquera également les opérations où s'enchevêtrent cession de créance et reprise de dette, à savoir la cession de contrat (section 3). Enfin, certaines opérations se caractérisent par le transfert d'une globalité de cession; l'on évoquera à cet égard la cession d'entreprise (section 4).

SECTION I. LE TRANSFERT DE CREANCE.

Nous étudierons successivement les modes de transmission de créance suivants.

La cession de créance (1) et la subrogation (2) connues en droit français ainsi que l'endossement de la facture (3), introduit en droit belge en 1919 sans équivalent en droit français. Nous évoquerons également la délégation(4) et la novation(5).

Ces institutions sont assorties de formalités d'opposabilité aux tiers plus ou moins lourdes.

Par ailleurs, la souplesse de ces formalités s'accompagne parfois de conditions plus strictes dans la réalisation de l'opération entre parties.

Il n'est évidemment pas permis aux parties de "panacher", en sélectionnant à leur gré dans des institutions *différentes*, les formalités d'opposabilité aux tiers et les formalités de réalisation de l'opération entre parties. Par exemple, les parties ne peuvent pas adopter le mode d'opposabilité prévu par la loi sur l'endossement de la facture et remplacer les formalités d'endossement que cette loi prescrit par celles qui sont prévues pour la cession de créance.

Enfin, nous verrons que les effets du transfert de créance diffèrent également.

L'objet de ce rapport ne nous permet pas d'étudier les titres négociables ou les dispositions particulières régissant la matière du bail ou la cession de rémunération.

\$ I : LA CESSIION DE CREANCE

1. Conditions de validité et effets entre contractants.

Le transfert de la créance et de ses accessoires se réalise par le seul accord sur la créance et sur le prix. Le cédant exécute son obligation de délivrance par la remise du titre.

2. Conditions d'opposabilité et effets à l'égard des tiers.

2.1. Formalités d'opposabilité aux tiers

2.1.1. Suivant l'article 1690 du Code Civil, le cessionnaire ne devient créancier à l'égard des tiers que par l'accomplissement des formalités suivantes :

- la signification au débiteur par exploit d'huissier ou
- l'acceptation du débiteur dans un acte authentique.

2.1.2. Actes équipollents.

Ces formalités, lourdes et coûteuses, peuvent-elles être remplacées par d'autres, plus simples ?

Selon DE PAGE, "Les seuls tiers protégés par l'article 1690 sont, comme en matière de transcription, ceux qui ont contracté sans fraude, c'est-à-dire qui ignorent la cession.

"Par application de ce principe ainsi limité et précisé, la connaissance de la cession est opposable à celui qui a cette connaissance, même indépendamment de toute signification ou de toute acceptation par acte authentique" ²

Certaines juridictions de fond ont suivi l'enseignement de DE PAGE ³
Quant à la jurisprudence de notre Cour Suprême, après quelques hésitations ⁴, elle s'est arrêtée à une définition plus restrictive des

2. H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 428, p. 437.

3. Voy. les réf. citées par H. DE PAGE, *op. cit.*, t. IV, n° 400, p. 411; P. VAN OMMESELAGHE, examen de jurisprudence cité, n° 91, *R.C.J.B.*, 1975, p. 657. .

4. Voy. M. GEVERS et J. DE GAVRE, "Les contrats spéciaux. Examen de jurisprudence, 1960-1964". *R.C.J.B.*, 1985, pp 184 et 185;
1. Simont et J. DE GAVRE, "Les contrats spéciaux. Examen de jurisprudence, 1965-1968", *R.C.J.B.*, 1970, pp 572 et 573; B. DHAEYER, *op. cit.*, pp. 32 et s.; J. HANSENNE, note *sub Cass.*, 7 sept. 1972, *R.C.J.B.*, 1974, p. 23; P. VAN OMMESELAGHE, "Les

actes équipollents : "La reconnaissance implicite mais certaine par le cédé de l'existence de la cession le prive du droit de se prévaloir du défaut des formalités prévues à l'article 1690 pour nier l'existence de la cession opposable aux tiers".⁵

La seule circonstance que le débiteur n'aurait pas ignoré la cession de créance, ne peut avoir pour conséquence que celle-ci lui soit opposable, car il ne résulte pas de cette simple connaissance que le débiteur aurait reconnu ou accepté la cession.⁶

La Cour de cassation ne donne pas de précisions supplémentaires sur le sens à donner au terme "reconnaissance". On peut simplement déduire de la jurisprudence récente de la Cour de cassation que la reconnaissance peut être tacite du moment qu'elle soit certaine.⁷

Une acceptation dans un acte privé et le paiement direct au cessionnaire peuvent être considérés comme une reconnaissance de la cession.

Les actes équipollents ont un effet relatif ; la cession de créance n'existera pas *erga omnes* à l'égard de tous les tiers mais uniquement envers celui qui a posé cet acte.⁸

obligations. Examen de jurisprudence, 1968-1973", *R.C.J.B.*, 1975, p. 675, n° 91.

5. Cass., 30 avril 1976, *Pas.*, I, 941; *R.W.* 1976-1977, col. 1660; voy. pour un aperçu de l'évolution jurisprudentielle en la matière P. VAN OMMESLAGHE, "La transmission des obligations en droit positif belge", rapport aux IXes journées d'études juridiques Jean Dabin, 1978, p. 15 Actes des journées, *La Transmission des Obligations*, pp. 96 et 97 ; voy. Cass. 29 mars 1962, *Pas.* I. 837; 7 septembre 1972. *Pas.*, I 1973, 72 ; L. SIMONT et J. DE GAVRE, "Les contrats spéciaux. Examen de jurisprudence, 1969-1975", *R.C.J.B.*, 1976, pp 426 et s.

6. Voy. not. Cass., 18 janv. 1968, *Pas.*, I.637.

7. P. VAN OMMESLAGHE, rapport cité, p. 98.

8. Voy. Cass. 30 avril 1976, *loc. cit.*: P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p.96; Y. MERCHERS, "Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé", note Cass. 27 septembre 1984, *R.C.J.B.*, 1987., pp. 514 et s; M. FAGNART (La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale, *R.D.C.B.*, 1989, p. 469 e.s.) critique l'effet relatif des actes équipollents et prend l'exemple d'une première cession reconnue par le débiteur suivie d'une deuxième cession par le

2.2. Effets

Jusqu'à l'accomplissement des formalités d'opposabilité, la cession n'existe pas à l'égard des tiers, sous réserve des actes équipollents ou, comme nous le verrons plus loin, de la mauvaise foi.

Par après, le débiteur est tenu, à l'égard du cessionnaire uniquement, dans la mesure où il était tenu envers le cédant. Il n'est question ni de purge¹⁰ ni d'inopposabilité des exceptions.¹¹

Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions nées antérieurement à la date à laquelle la cession lui est devenue opposable; par la suite, seules pourront être invoquées par le débiteur les exceptions nées des rapports avec le cessionnaire.¹²

S'agissant de l'exception de compensation, celle-ci n'est plus, aux termes de l'article 1295 du Code civil, opposable par le débiteur qui a accepté la cession.

cédant, signifiée par exploit d'huissier. Pour M. Fagnart, le bénéficiaire de la première cession pourrait exiger le paiement à son égard puisque le débiteur a reconnu la cession. A notre avis, si le débiteur paie entre la reconnaissance la première cession et la signification de la seconde, il est libéré; une fois la signification opérée, il peut s'opposer, nous semble-t-il, à la demande de paiement formulée par le premier cessionnaire puisque celui-ci se prévaut d'une cession qui n'est pas opposable au second cessionnaire qui a régulièrement cédé. Ceci étant, nous souscrivons à la thèse du professeur Fagnart qui écrit, à juste titre que la théorie des actes équipollents peut aboutir à des problèmes difficiles à régler.

9. H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 434, p. 437; *cass.* 14 octobre 1982, *Bull.*, 1983, p. 222.

10. *Cass.* 13 sept. 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 352 et note STENGERS, *Rec. enr. et not.*, janv. 1975, n° 21878,

11. Voy. P. VAN OMESLAGHE, rapport précité, p. 100, *loc. cit.*, pp. 658 à 661.

12. Voy. P. VAN OMESLAGHE, rapport précité, p. 101.

3. Formalités en droit comparé . 13

Il eût été intéressant d'observer comment, dans les pays voisins, une organisation moins formaliste de la cession de créance, a permis un recours plus fréquent à ce mécanisme, notamment en matière de factoring. L'objet de ce rapport nous oblige à nous limiter à une brève étude d'un système juridique; nous avons retenu le droit allemand qui nous semble riche d'enseignement. ¹⁴

La cession de créance est directement opposable aux tiers ¹⁵

Le débiteur pourra opposer au cessionnaire toutes les exceptions dont il pouvait se prévaloir à l'égard du cédant. ¹⁶

La cession se réalise sans que des formes particulières ne doivent être respectées. ¹⁷

Le débiteur qui est ignorant de la cession peut postérieurement à celle-ci, payer valablement au cédant. ¹⁸

13. Voy. l'exposé de K.H. NEUMAYER, "La transmission des obligations en droit comparé", rapport aux journées d'études juridiques Jean Dabin, 1978, in *La Transmission des Obligations, op.cit., p. 193 e.s.*

14. Voy. pour les autres systèmes juridiques, notre étude La subrogation, support juridique du factoring en Belgique ? *J.T.*, 1980, pp. 235 et 236.

15. § 398 B.G.B.: K. , *Lehrbuch des Schuldsrechts, Teil. 1982.* p. 525.

16. K. LARENZ, *op. cit.*, p. 532. Les termes "présence au moment de la cession" sont interprétés de manière large. Voy. les exemples cités par K. LARENZ, p. 533 et 534. En droit belge, l'exception d'inexécution peut être invoquée après la cession".

17. K. LARENZ, *op. cit.*, p. 525

18. § 407. Abs 1. B.6.B.

De même, les exceptions qui sont nées entre débiteur et cédant depuis la cession jusqu'au moment où le débiteur en a eu connaissance, sont opposables au cessionnaire.¹⁹

Il est intéressant de souligner que l'ignorance de la cession est présumée dans le chef du débiteur; qui plus est : "*Fahrlässigkeit schadet dem Schuldner nicht*"²⁰

Le débiteur n'est pas obligé de vérifier si des rumeurs relatives à une cession sont ou non fondées.²¹

C'est donc par la preuve de la connaissance non assortie d'une obligation de s'informer que se réalise en quelque sorte l'opposabilité de la cession aux tiers.

Terminons cette brève étude comparative en signalant que le projet de nouveau code civil hollandais dispose qu'une simple communication de la cession au débiteur suffit. Cependant, cette formalité constitue une condition de validité de la cession²²

4. Conclusions relatives à la cession de créance

Il ressort de l'étude du droit comparé notamment, que les lourdes formalités prescrites par l'article 1690 de notre Code civil ne sont pas indispensables pour assurer une protection efficace du débiteur. L'article 1240 du Code civil qui considère comme libératoire le paiement effectué par le débiteur de bonne foi au possesseur de la créance accorde au débiteur une protection suffisante.

En outre, la signification de la cession de créance au débiteur cédé n'assure pas une publicité suffisante à l'égard des autres tiers. Leur protection ne justifie donc pas le maintien de l'article 1690 du Code civil.

19. K. LARENZ, *op. cit.*, p. 535.

20. *Ibid. Trad.: La négligence ne peut nuire au débiteur.*

21. *Ibid.*

22. Voy. ASSER-BEEKHUIS, *Zakenrecht*, I, 1975, p. 197.

Ce sont d'ailleurs les conclusions qui furent tirées par le professeur Fontaine à l'issue des IXe journées d'études juridiques Jean Dabin, consacrées à la transmission des obligations.²³

Si une publicité se justifiait réellement à l'égard des tiers, un enregistrement obligatoire de l'acte ne serait pas suffisant?²⁴

Il ne semble pas non plus utile de faire dépendre la validité de la cession entre parties, de l'accomplissement des formalités d'opposabilité. De même rien ne justifie, comme le prévoyait le projet Bénélux de réglementation uniforme de la cession de créance, de faire dépendre la validité de la cession de créance, de la rédaction d'un écrit.²⁵

§ 2. LA SUBROGATION

L'on examinera ici la subrogation consentie par le créancier.

2.1. Définition

M. VAN OMMESLAGHE définit la subrogation : *"comme étant la substitution dans un rapport juridique donné, d'une personne à une autre personne (subrogation personnelle) ou d'une chose à une autre chose (subrogation réelle) avec le maintien par ailleurs de toutes les caractéristiques de ce rapport juridique"*.²⁶

2. Conditions d'application de la subrogation

23. M. FONTAINE. "La transmission des obligations de lege ferenda, rapport de synthèse présenté lors des IXe journées d'études juridiques Jean Dabin dans *La Transmission des Obligations*, pp. 619 et s.

24. Voy. sur l'enregistrement obligatoire, le § 9.301 de l'Uniform commercial code américain.

25. Voy. M. FONTAINE, *op.cit.*, p. 622.

26. Rapport précité, p.134.

Celle-ci suppose une dette, un paiement et l'intervention d'un tiers.

La subrogation consentie par le créancier doit être expresse et concomitante au paiement.

Une fois ces formalités observées, la subrogation est directement opposable aux tiers, en ce compris le débiteur sans qu'aucune formalité ne doive être respectée.

Si la subrogation est directement opposable au débiteur, celui-ci sera, en vertu de l'article 1240 du Code Civil, libéré si, dans l'ignorance de la cession, il paie au cédant.

Si les formalités d'opposabilité aux tiers de la subrogation sont les plus souples, les conditions de réalisation entre parties sont assez complexes, notamment la concomitance entre le paiement et la subrogation.

Ces difficultés ont sans doute justifié le fait que les sociétés d'affacturage belges ont donné la préférence, à tort selon nous ²⁷, à l'endossement de la facture comme support juridique de leurs opérations..

Il n'en reste pas moins que la pratique française des sociétés d'affacturage a montré que la subrogation constitue un mode satisfaisant de transfert de créances et que les débiteurs, tout comme les autres tiers, n'ont pas eu à souffrir de l'absence des formalités de l'article 1690 du Code civil.

\$3. L'endossement de la facture

27. Voy. notre article, La subrogation : support juridique du factoring en Belgique., *J.T.*, pp. 234 à 243. Voy. pour une reconnaissance du principe la subrogation dans une opération d'affacturage réalisée entre un adhérent français, une société de factoring française, son correspondant belge et un débiteur belge. Le paiement avec subrogation a été déclaré opposable aux créanciers de l'adhérent, Civ.Bruxelles, saisies, R.G. 67.641 ; le juge précise : *vainement, le créancier saisissant prétendrait que la convention de factoring ne lui est pas opposable : elle confond les effets directs d'une convention, qui ne peuvent évidemment être poursuivies à charge des tiers et l'opposabilité des actes juridiques aux tiers.*

Analysant les législations des principaux pays où se pratique le factoring, PISAR écrit : "Seul le législateur belge s'est penché sur le problème en cherchant à simplifier les dispositions pesantes du Code civil qui entravaient la cession et la mise en gage de factures constatant des créances d'origine professionnelle, commerciale ou civile... Dans aucun autre pays d'Europe, la loi ne s'est rapprochée davantage des bases juridiques que le factor s'était forgées aux Etats-Unis au terme d'une longue période de tâtonnements et d'erreurs."²⁸

La loi du 25 octobre 1919 modifiée par la loi du 31 mars 1958 n'avait cependant pas pour but de donner un cadre juridique au factoring, mais de venir en aide à la petite bourgeoisie commerçante pour lui permettre de mobiliser ses créances.²⁹

Cette loi n'est pas une panacée. L'endossement suppose d'abord l'accomplissement de certaines formalités. L'endossement requiert une créance constatée dans une facture qui est signée par l'endosseur.

1.2.3. L'avis d'endossement (article 16 de la loi sur l'endossement de la facture) : la loi exige qu'un avis soit envoyé au débiteur par lettre recommandée à la poste avec avis de réception reproduisant le texte de l'article 16, alinéa 2, qui prescrit au débiteur l'interdiction de se libérer valablement entre les mains de l'endosseur.³⁰

28. S. PISAR, op. cit., p. 255 Le législateur français s'est depuis lors penché sur le problème en instituant le bordereau Dailly introduit par la loi du 2 janvier 1981.

29. Voy. notamment A. CLOQUET, La facture. Larcier, 1959, p. 258, n° 767 : L.T. LEGER, "Observations sur un projet de loi relatif à l'escompte et à la mise en gage de la facture", *Rev. Banque*, 1956, pp. 170 et 183.

30. Le texte de l'art. 16 de la loi sur l'endossement et la mise en gage de la facture est libellé comme suit : "AL.1: L'endossement de la facture est signifié au débiteur par un avis envoyé par lettre recommandée à la poste avec avis de réception et reproduisant expressément le texte de l'alinéa suivant. AL.2: Le dqu qui reçoit un avis d'endossement ne peut se libérer valablement qu'entre les mains de l'endossataire. AL.3: La cession et la mise en gage de la créance sont opposables aux tiers par le seul fait de l'endossement de la facture."

2. L'interprétation de l'article 16 de la loi sur l'endossement de la facture : l'opposabilité de l'endossement au débiteur cédé.

Les effets de l'endossement sont semblables à ceux de la cession de créance entre parties contractantes ³¹

En ce qui concerne l'opposabilité aux tiers, les lourdes formalités de l'article 1690 du Code civil ont été considérablement simplifiées.

L'article 16, alinéa 3, dispose en effet que la cession est opposable aux tiers par le seul fait de l'endossement. Ainsi, la saisie-arrêt faite par les créanciers du cédant entre les mains du débiteur cédé, après l'endossement et avant l'avis d'endossement, sera dépourvue de tout effet ³². Mais le débiteur cédé est-il inclus dans les tiers visés à l'article 16, alinéa 3 ?

2.1. Position du problème

2.1.1. Point de vue théorique

L'alinéa 3 de l'article 16 de la loi sur l'endossement de la facture paraît s'opposer aux alinéas 1 et 2 de ce même article.

On peut supposer en lisant le dernier alinéa de l'article 16 que l'endossement est opposable au débiteur cédé dès l'endossement.

Mais en lisant le second alinéa du même article, on serait tenté de croire que l'endossement n'est opposable au débiteur qu'à partir de la notification par lettre recommandée. En effet, l'alinéa 2 énonce que le débiteur qui reçoit un avis d'endossement ne peut se libérer valablement qu'entre les mains de l'endossataire. Il pouvait donc auparavant se libérer valablement entre les mains de l'endosseur.

Plusieurs questions sont dès lors à résoudre :

- 1) la formalité de l'article 16, alinéa 1er, est-elle une condition d'opposabilité ou une condition de validité du paiement ?

31. Voy. supra, section 1, "Cession de créance"

32. Com. Bruxelles, 4 juin 1985, R.D.C.B., 1986, p. 393

- 2) a) si cette formalité est une condition de validité du paiement, écarte-t-elle l'application du droit commun (art. 1240 du Code civil) ?
- b) s'il s'agit d'une condition d'opposabilité, des actes équipollents sont-ils concevables et lesquels ? L'application du droit commun est-elle envisageable ?

2.2. Analyse du problème³³

33. Sur l'interprétation de l'ancienne loi du 25 octobre 1919, voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, t. VI, 1942, n° 1114 ; L. Fredericq, *Traité de droit commercial belge*, 1947, t. II, p. 675 : "Cet avis remplace la signification prévue à l'art. 1690..." ; M. Labbe, "Le recouvrement des factures", *J.T.*, 1934, pp. 293-294 ; L.T. Léger, "De l'escompte et de la mise en gage de la facture, jurisprudence et notes critiques", *Rev. Banque*, 1950, pp. 33 à 37. Sur les différentes positions reprises sur le tableau : la doctrine. H. Braeckmans, *Factoring, een juridische analyse* p. 141 ; A. Cloquet, *op. cit.*, pp. 271 et s., n° 811 et s. ; L. De Keyzer, "Is er in het Belgisch recht een bevredigende techniek voor de voerdracht van schuldvordering als Lustrum boek Jura Falconis, "Een boek voor hem... voor ons..." K.U.L., 1974 ; H. DE PAGE, *op. cit.*, t. IV, 1972, n° 417 ; B. Dhaeyer, *op. cit.*, pp. 39 à 41 ; L.T. Léger, "Observations sur un projet de loi relatif à l'escompte et à la mise en gage de la facture, *loc. cit.*, p. 182 et "Endossement de la facture, loi du 31 mars 1958", *loc. cit.*, p. 270 ; J. Pardon, "La transmission des obligations en droit bancaire belge", rapport aux IXe journées juridiques Jean Dabin, 1978, *op. cit.*, p. 398 ; S. Pisar, *op. cit.*, p. 255 ; L. Simont, Le factoring, conférence donnée au cours des journées organisées à Charleroi par le C.I.Fo.P., les 8 et 9 mars 1974, pp. 88 et 89 ; W. VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht*, pp. 425 et 426 ; P. VAN OMMESLAGHE, rapport précité, pp. 23 et 24 ; A. ZENNER, Le cadre juridique du factoring, *Centre d'études bancaires et financières*, n° 197, n°s 29 et s. ; note sub Cass. fr., 21 nov. 1972, *J.T.* 1974, p. 228. La jurisprudence : Comm. Liège, 13 oct. 1961, *Jur. Liège*, 1961-1962, p. 67 ; Comm. Bruxelles, 28 déc. 1967, *J.C.B.*, 1969, p. 308 ; Civ. Bruxelles, 22 mai 1969, cité par A. Zenner, "Le cadre juridique du factoring", *loc. cit.*, 1972, pp. 51 et s., Comm. Hasselt, 12 déc. 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 1843-1844, Les travaux préparatoires, rapport fait par M. Custers, suite aux travaux de la commission de la justice du Sénat, sess. 1957-1958, Rapport n° 149, *Doc. Parl. Voy.* aussi les décisions citées infra

	<i>Effets de l'endossement</i>	<i>Formes de l'avis d'endossement</i>	<i>Effets de l'avis d'endossement</i>
Léger	- l'endossataire acquiert pleine propriété de la créance cédée à partir de la date d'endossement. Cette cession est opposable à tout créancier dont le titre n'a date certaine qu'après celle de l'endossement. - le débiteur ne peut plus opposer les exceptions nées après l'endossement. - le fournisseur est garant solidaire du paiement de la facture par le débiteur. - Art. 590ter.	Simple échange de lettres constatant l'accord du débiteur.	- endossataire : action directe contre le débiteur qui ne pourra lui opposer les exceptions qu'il pourrait opposer à l'endosseur. - débiteur : ne peut payer valablement qu'à l'endossataire. - tiers : aucun effet.
Cloquet	- débiteur : ne plus opposer d'exceptions; il peut payer valablement au fournisseur puisqu'il ignore la cession et il ne peut être obligé de payer le cessionnaire avant d'avoir été avisé. Absence d'avis d'endossement rend cet endossement inopposable aux tiers et au débiteur lui-même (n° 786) ?? Contradiction ? - Fournisseur : art. 509ter.	Convention de renonciation, lettre ou aveu judiciaire (acte équipollent).	- endossataire : action directe contre le débiteur. - débiteur : doit payer uniquement à l'endossataire.
Van Ryn, Heenen, De Page, Van Ommeslaghe, Simont	- Tiers autres que le débiteur : opposabilité.	Avis par lettre recommandée avec accusé de réception (acte équipollent).	Opposabilité au débiteur.
Zenner, Braeckmans, Dhaeyer, Pissar, Pardon, Van Gerven	Opposabilité : tous tiers y compris le débiteur.	- convention de renonciation. - toute formalité qui permet de prouver que l'endossement a été porté à la connaissance du débiteur.	Mettre le débiteur en état de mauvaise foi.
De Keyzer	Opposabilité : tous tiers y compris le débiteur.	avis par lettre recommandée avec accusé de réception.	Mettre le débiteur en état de mauvaise foi.
Jurisp.	- Bruxelles : opposable aux tiers sauf débiteur. - Liège : contradictions dans le jugement.		- Bruxelles : opposable au débiteur.
Trav. prép.	en cas de saisie-arrêt, il faut considérer comme tiers les créanciers de l'endosseur ou de l'endossataire.		

2.2.1. La formalité de l'article 16, alinéa 1er, de la loi sur l'endossement de la facture est-elle une condition d'opposabilité de la cession ou une condition de validité du paiement ?

a) Distinction entre condition d'opposabilité de la cession et condition de validité du paiement.

1) Les formalités de l'article 1690 ou les "actes équipollents" rendent la cession opposable au débiteur, ce qui signifie que, avant l'accomplissement de ces formalités :

- le paiement fait par le débiteur au cédant est libératoire. Selon De Page, l'article 1240 du Code civil serait inapplicable à ce cas ³⁴
- le débiteur peut encore acquérir des exceptions opposables au cessionnaire ;
- le débiteur peut refuser de répondre à l'action introduite par le cessionnaire contre lui.

Une fois les formalités accomplies, le débiteur ne peut plus payer au cédant, il ne peut plus acquérir d'exceptions provenant du lien de droit originaire, et il ne peut refuser de faire droit à l'action introduite par le cessionnaire ³⁵.

2) Lorsqu'on affirme que les formalités de l'article 16, alinéa 1er, constituent une condition de validité du paiement, cela signifie que : "le seul effet de cet avis est de constituer le débiteur en état de mauvaise foi s'il paie postérieurement à l'endosseur" ³⁶.

On peut percevoir la différence entre ces deux questions. Ainsi, les exceptions peuvent être acquises jusqu'à l'endossement seulement, si l'avis est une condition de validité du paiement.

34. *Traité*, t. IV, 1972, p. 437, voy. cependant l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1988 que nous commenterons plus loin.

35. Voy. H. DE PAGE, op. cit., t. IV, 1972, p. 437

36. A. Zenner, op. cit., 1972, n° 29

b) Nous avons déjà longuement démontré que, à notre avis, l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception constituait une condition d'opposabilité au débiteur³⁷.

Plusieurs textes établissent une distinction entre le débiteur cédé et les autres tiers.

Les rapports précédents³⁸ ont d'ailleurs montré que la notion de tiers constituait une institution juridique à contenu variable³⁹.

Plusieurs décisions ont considéré, à tort selon nous, que le débiteur cédé était un tiers, au sens de l'article 16, alinéa 3 de la loi et qu'en conséquence, le transfert de créance lui était directement opposable, par le seul fait de l'endossement⁴⁰.

La Cour de Cassation a, nous semble-t-il, considéré que la formalité de l'article 16, alinéa 1, constituait une condition d'opposabilité⁴¹.

L'arrêt n'avait pas à trancher cette question. Des conclusions de Monsieur le Procureur Général Krings, l'on peut extraire les réflexions suivantes :

Tot zover zijn we in de sfeer van het gemeen recht, o.m. van art. 1165, B.W.

Dat is echter niet meer zo, zodra aan de schuldenaar de betekening is gedaan, als bepaald in art. 16, lid 1. Dit geldt als een bevel, uitgaande van de geëndoseerde, waarvan de schuldenaar zich niet

37. D. Philippe, article cité, p. 239

38. Voy. I. Corbisier, Les différents tiers au contrat

39. Voy. aussi notre étude, La simulation et la protection des tiers, Centre de droit des obligations, 1989/5, à paraître dans la Revue Critique de Jurisprudence Belge

40. Voy. Com. Bruxelles, 4 février 1981, J.C.B., 1981, p. 499 ; Bruxelles, 14 octobre 1981, J.C.B., 1982, p. 217, Comp. Com. Liège, 18 mai 1982, J.T., 1982, p. 761

41. Cass. 13 mai 1988, Pas., 1988, n° 570, pp. 1117 et s. ; concl. Proc. gén. KRINGS, Arr. Cass., 1987-1988, pp. 1187 et s.

*kan ontrekken. Zoals reeds gezegd wordt hij hiervoor in het contract tussen endossant en geëndosseerde betrokken.*⁴²

2.2.2. Le débiteur qui paye à l'endosseur tout en ayant connaissance de la cession est-il libéré ?

Dans l'important arrêt du 13 mai 1988, précité, la Cour de Cassation a répondu par l'affirmative.

Un bref rappel des faits permettra de mieux comprendre le problème.

Un adhérent avait endossé des factures en faveur d'une société d'affacturage. La facture contenait un papillon invitant à effectuer le paiement auprès de la société d'affacturage.

Sur demande expresse de l'adhérent qui prétendait être en possession de l'accord du factor, le débiteur paya à l'adhérent, et non au factor.

Survint la faillite de l'adhérent. Le factor prétendait que le paiement était irrégulier puisque le débiteur avait connaissance de la cession. La Cour d'Appel estima que le débiteur avait payé de bonne foi à l'endossant et qu'il était donc libéré.

La Cour de cassation rejeta la pourvoi introduit contre cet arrêt. Elle énonça que l'alinéa 2 de l'article 16 de la loi de 1919 interdisant au débiteur de payer à l'endossant ne trouve application que si les formalités prescrites par l'alinéa 1 sont observées, à savoir l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception. En l'absence de telles formalités, il incombe à l'endossataire d'établir la mauvaise foi du débiteur.

Dans ses conclusions précitées, Monsieur le Procureur général Krings estime qu'il faut se montrer plus souple dans l'application de l'endossement (auquel ont recours les commerçants) que dans celle de la cession de créance.

42. Trad. libre : " Jusqu'à présent nous sommes dans la sphère du droit commun, notamment de l'article 1165 du Code civil. Ce n'est plus cependant le cas lorsque la signification a été faite au débiteur, comme prescrit à l'article 16, alinéa 1. Cela vaut comme une injonction, émanant de l'endossé, à laquelle le débiteur ne peut se soustraire. Comme énoncé ci-dessus, il est impliqué pour ce la dans le contrat entre endosseur et endossé."

Le Procureur général considère que le débiteur cédé est un tiers au sens de l'article 16, alinéa 3, de la loi du 25 octobre 1919 ; dès qu'il a connaissance de l'endossement, le débiteur doit en tenir compte, et, en collaborant à la violation de l'obligation de l'adhérent à l'égard de la société d'affacturage, il commettrait un quasi-délit du chef de tierce complicité ⁴³.

Les réflexions de Monsieur le Procureur Général mettent en évidence l'interaction entre la tierce-complicité, la mauvaise foi et l'opposabilité.

Si, en l'espèce, tierce-complicité et mauvaise foi se rejoignent (violation du contrat de factoring par l'adhérent), en principe, la tierce-complicité n'est pas nécessaire et la mauvaise foi suffit. (L'arrêt de la Cour du 13 mai ne parle que de mauvaise foi et non de tierce complicité). Par exemple, le débiteur cédé pourrait payer à un créancier ayant effectué une saisie-arrêt, de mauvaise foi, sans pour autant avoir voulu collaborer à la violation d'une obligation de l'endossant; en effet, dans cet exemple, le créancier saisissant n'est pas nécessairement lié par un contrat à l'égard du cessionnaire.

Par ailleurs, l'on peut s'interroger sur la portée exacte de l'obligation faite au débiteur de tenir compte de l'endossement dès qu'il en a connaissance, alors qu'il n'est "impliqué" dans le transfert de facture que par l'accomplissement des formalités de l'article 16, alinéa 1.

Si les conditions de la compensation légale (sous réserve de l'application de l'article 1295 du Code civil) surviennent entre la connaissance de l'endossement et l'accomplissement des formalités prévues à l'article 16, alinéa 1 du Code civil, la compensation trouvera-t-elle encore à s'appliquer ? A notre avis, l'affirmative s'impose puisque seules les formalités de l'article 16, alinéa 1, ne "saisissent" le débiteur de la cession. Le doute reste cependant de mise dans la mesure où il semblerait que d'une part, le débiteur soit un tiers au sens de l'article 16, alinéa 3, ⁴⁴, et que d'autre part, le contrat ne soit opposable pour le débiteur que par l'accomplissement des formalités de l'article 16, alinéa 1.

2.2.3. Si la lettre recommandée avec accusé de réception est considérée comme une formalité d'opposabilité, la théorie des actes

43. Conclusions, p. 1193

44. Conclusions, p. 1193

équipollents s'appliquera comme en matière de cession de créance. Dans l'arrêt précité du 13 mai 1988, la Cour de Cassation a considéré que le débiteur n'avait pas reconnu l'endossataire comme débiteur. Il s'agit d'une formule similaire à celle adoptée par la Cour de Cassation dans ses arrêts précités, en matière de cession de créance. L'on peut en déduire que le paiement fait par le débiteur à l'endossant ne sera pas libératoire si l'endossataire peut établir la mauvaise foi du débiteur ou si les formalités accomplies constituent un acte équipollent. Les deux conditions se rejoignent dans la mesure où la mauvaise foi suppose une "conscience exprimée" du transfert de créances tandis que l'acte équipollent suppose une reconnaissance de celui-ci.⁴⁵.

45. A. CLOQUET, op. cit., n° 769 ; P. VAN OMESLAGHE, rapport cité, p. 106 n° 26

\$4. LA DELEGATION.

M. VAN OMMESLAGHE définit la délégation comme : " l'adjonction à un débiteur (délégant) d'un second débiteur (délégué) qui s'engage envers le créancier (délégataire) sur demande du premier débiteur, relativement à la même dette, ce que le créancier accepte " ⁴⁶

47 La délégation peut réaliser indirectement un transfert de créance. Le délégant détient une créance envers le délégué. Au lieu de céder cette créance au délégataire, le délégant invite le délégué à payer directement le montant dû au délégataire.

L'on rappellera que la caractéristique sans doute essentielle de la délégation est son caractère abstrait; les rapports entre délégant et délégataire d'une part, entre délégué et délégataire d'autre part sont indépendants. En conséquence, le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions dont le délégant pourrait se prévaloir à son égard; de même les exceptions nées du rapport délégué-délégant sont inopposables au délégataire; par contre, les exceptions nées du rapport entre le délégué et le délégataire ⁴⁸

46. rapport précité, n° 3, p.85.

47. Ibid., n° 45, p. 132

48. voy. sur cette question, en droit français, l'intéressante thèse de M. BILLIAU, *La délégation de créance*, L.G.D.J., 1989, Bibliothèque de droit privé, T.207, p.282 e.s. M. BILLIAU explique le principe de l'opposabilité des exceptions par celui de la relativité des conventions, plus particulièrement des rapports contractuels unissant les différentes parties à la délégation (*op.cit.*, p. 303). M. BILLIAU décrit les limites de l'inopposabilité des exceptions ; ainsi dans le rapport délégant-délégué, " la règle de l'inopposabilité des exceptions ne souffre d'exception que lorsque le délégataire a été à même d'apprécier les risques d'anéantissement ou de disparition du rapport fondamental et qu'il a accepté ces risques soit dans l'acte de délégation, soit lors de l'acceptation donnée par acte séparé " (p. 306). Dans le rapport entre délégant et délégataire, la simple conscience de provoquer un dommage (par exemple, si le délégataire accepte une délégation en ayant conscience que le rapport de base est affecté d'une nullité absolue) permet d'écarter l'application du principe de l'inopposabilité des exceptions.

La délégation se réalise sans formalités de publicité. L'article 1690 du Code civil n'est donc pas applicable et les tiers pourront se voir opposer la délégation par le seul fait de sa réalisation entre parties⁴⁹

Si la délégation a été acceptée par plusieurs délégataires, aucune priorité ne sera réservée au délégataire ayant bénéficié le premier en date de la délégation; la répartition aura lieu au marc le franc entre les différents délégataires⁵⁰

\$5. LA NOVATION PAR CHANGEMENT DE CREANCIER

La novation suppose l'extinction de l'obligation du créancier primitif et son remplacement par une obligation nouvelle, dont le créancier sera différent.⁵¹

La novation présente peu d'intérêt car elle suppose l'accord du débiteur et qu'elle fait disparaître toutes les caractéristiques de l'obligation ancienne et notamment les sûretés. La loi ne requiert cependant aucune formalité d'opposabilité aux tiers. Il est vrai que la novation, notamment par la disparition des sûretés, est assortie d'effets plus restreints⁵²

\$6. QUELQUES REFLEXIONS RELATIVES AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE.

49. P.VAN OMESLAGHE, rapport cité, n°45, p. 132; J. RONSE, *Delegatieovereenkomst*, A.P.R., n° 161 e.s. Ainsi, la délégation sera opposable au curateur de la faillite dès sa conclusion, les formalités de l'article 1328 devant être respectées pour établir la preuve de la date. Le délégataire pourra opposer la délégation aux créanciers du délégant et du délégué, sans aucune formalité de publicité.

50. M. BILLIAU, *op.cit.*, p. 263 et la jurisprudence française citée.

51. P.VAN OMESLAGHE, rapport précité, p.131.

52. Ainsi, l'on ne peut stipuler le maintien des obligations des coobligés; à l'égard du curateur, ce sera la date de la nouvelle obligation et non de l'ancienne qui prévaudra.

Le choix de la loi applicable en matière de cession de créance présente une complexité certaine. En effet, au moins quatre parties ont des intérêts distincts à savoir, le cédant, le cessionnaire, le débiteur cédé et les tiers. En outre, on peut rattacher l'opération au domicile de l'une des parties ou à la loi applicable soit à la cession de créance, soit aux relations entre débiteur et cédant.

Nous n'avons pas la prétention de résoudre, par une analyse approfondie, l'ensemble des problèmes posés par la détermination de la loi applicable à la cession de créance⁵³. Nous voulons simplement mettre l'accent, à l'aide d'un cas pratique, sur les questions, parfois épineuses, posées par l'opposabilité de la cession au débiteur cédé et aux tiers.

Les faits de la cause, esquissés dans le présent schéma, peuvent être résumés de la manière suivante. En juillet 1979, le maître de l'oeuvre belge D confia à l'entrepreneur allemand A l'exécution de travaux du métro à Bruxelles. L'entrepreneur A factura ses travaux à D en décembre 1979 et céda ses factures à la Banque B en août 1980. La cession de créance fut signifiée par la banque au débiteur D le 5 septembre 1982.

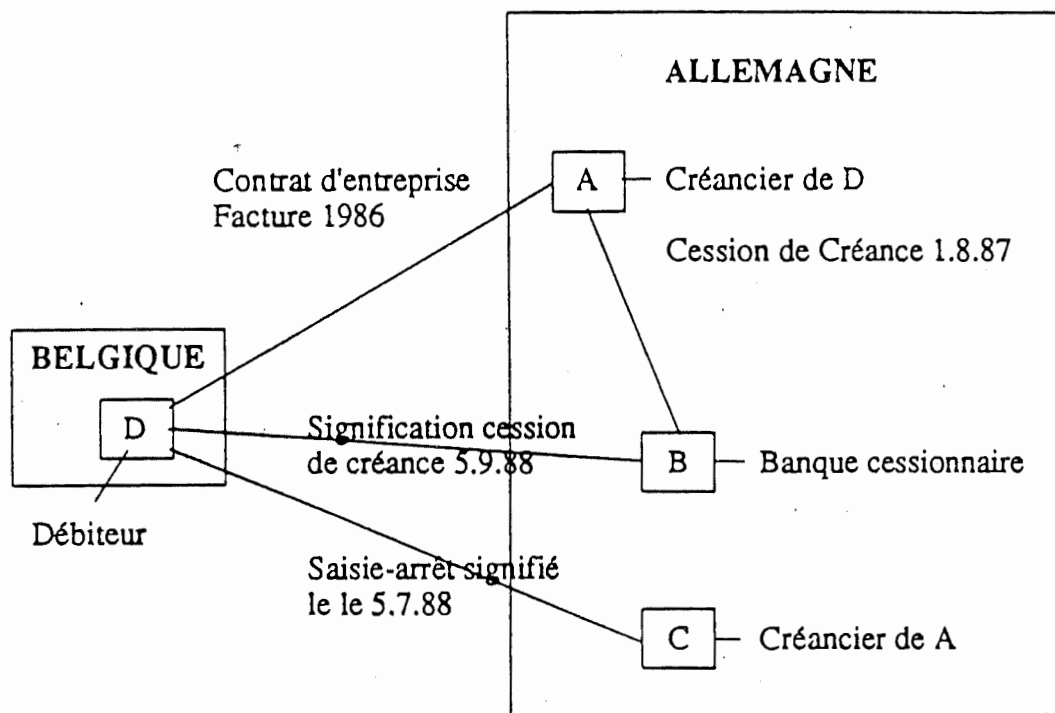
Par ailleurs, l'entrepreneur allemand C était titulaire d'une créance à l'égard de A. C obtient un titre exécutoire en Allemagne et pratique une saisie-arrêt sur la créance détenue par A envers D. Cette saisie est signifiée à D le 5 juillet 1982.

A qui D doit-il payer ? Le créancier saisissant C peut-il ignorer la cession réalisée antérieurement à la saisie mais signifiée au débiteur postérieurement à elle-ci ?

L'application du droit allemand et du droit belge peuvent aboutir à des solutions distinctes. En droit belge, la cession n'existe à l'égard des tiers qu'à la signification de la cession au débiteur. En droit allemand, la cession est directement opposable aux tiers autres que le débiteur cédé par le seul fait de la cession.⁵⁴ En d'autres termes, en

53. Voy. à ce sujet, R.B. GERRETSEN, *Overgang van schuldvorderingen op naam*, 1980; F. RIGAUX, *Droit international privé*; t. II, n° 1208 et 1209, p. 411; H.V. RUESEGGGER, *Die Abtretung im international Privatrecht auf rechtsvergleichender Grundlage*, Schultess Polygraphische Verlag Zurich, 1973; voy. *Jurisclasseur de Droit International*, Fasc. 554 (Obligations, transmission); D. HOLLEAU, *Répertoire Dalloz*, v° *Cession de créance*; H. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit International Privé*, 6e éd., t. II, 1976, n° 611.

54. K.H. NEUMAYER, *op.cit.*, p. 202. Voy. pour les autres régimes juridiques, *ibidem*, pp. 203 à 205.



droit belge, la date de la signification sera déterminante pour les tiers autres que le débiteur tandis qu'en droit allemand, la cession d'août 1980 aura pour effet, à l'égard de ceux-ci, de faire disparaître la créance du patrimoine du cédant A, rendant ainsi sans objet la saisie-arrêt pratiquée par C. ⁵⁵

Se pose donc la question du droit applicable aux conditions d'opposabilité aux tiers.

Une jurisprudence importante mais déjà ancienne appliquait aux formes de l'opposabilité aux tiers (en ce compris le débiteur cédé), la loi du domicile du débiteur cédé ⁵⁶, c'est-à-dire, en l'espèce ici envisagée, la loi belge.

La convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles en vigueur en Belgique depuis le 1er janvier 1988 (Loi du 14 juillet 1987), ainsi que plusieurs auteurs et décisions jurisprudentielles prévoient l'application à l'opposabilité au débiteur de la loi qui régit la créance cédée ⁵⁷, les relations entre le cédant

55. Le paiement effectué de bonne foi par le débiteur cédé D entre la signification de la saisie-arrêt et celle de la cession de créance sera cependant libératoire (voy. § 407 alinéa 1 du Bürgerliches Gesetzbuch; K. NEUMAYER, *op.cit.*). Le créancier saisissant C devrait alors restituer les montants perçus au cessionnaire B.

56. Voy. Jurisclasseur de droit international, *op. cit.*, et références jurisprudentielles citées; voy. Cass. Luxembourgeoise, 8 décembre 1959, *Pas Lux.*, 1960, p. 84; repris par D. PHILIPPE, la subrogation, p. 243; G VAN HECKE et F. RIGAUX, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 301 et 302; civ. Bruxelles, 9 avril 1968, *Pas.*, 1968, III, p. 106 "Le tribunal applique la loi du lieu de la signification de la créance en vertu de la règle locus regit actum."

57. Voy. l'article 12, alinéa 2, de la Convention, *Journal officiel des Communautés Européennes*, n° L 266, 9 octobre 1980; la convention a été signée par tous les Etats membres du marché commun à l'exception de la Grèce. Voy. sur cette convention, B. HANOTIAU, La Convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.T.*, 1982, pp. 749 et s., spéc. p. 755; voy. aussi, R.B. GERRETSEN, *op. cit.*, pp. 16 à 20. Voy. la doctrine, F. RIGAUX, *op. cit.*, n° 1209, p. 411; *Jurisclasseur de droit international*, *loc. cit.*: voy. la jurisprudence, Paris, 1ère ch., 11 février 1969, *Dalloz*, 1969, somm., p. 99; *Clunet*, 1969, p. 998 et note P. KAHN.

et le cessionnaire étant régies par la loi applicable au contrat de cession.⁵⁸

Le rapport présenté par MM. les professeurs Giuliano et Lagarde précise que les conditions d'opposabilité au débiteur et le caractère libératoire du paiement effectué par celui-ci sont régis, en présence d'un contrat liant le débiteur et le cédant, par la loi applicable au contrat dans la mesure où celui-ci régit cette matière.⁵⁹

Le texte est, semble-t-il, muet sur les conditions d'opposabilité de la cession aux tiers autres que le débiteur cédé. On a écrit que cette matière était réglée, dans le projet C.E.E., par la loi régissant la créance cédée.⁶⁰

Si l'on se réfère à cette opinion, l'on appliquera à la créance contractuelle, la loi à laquelle est soumis le contrat ayant donné naissance à la créance cédée.⁶¹ Dans l'espèce envisagée, le droit allemand ou le droit belge seront appliqués aux conditions d'opposabilité de la cession à C selon que le contrat entre A et D est régi par l'un ou l'autre de ces droits.

A ce stade de la réflexion, on peut se demander si les droits des tiers autres que le débiteur ne devraient pas faire l'objet d'une approche distincte. Le cas soumis à la réflexion des lecteurs est très significatif à cet égard. Non seulement la cession de créance a eu lieu en Allemagne, mais en outre, le créancier saisissant est allemand et titulaire d'une créance ayant fait l'objet d'une condamnation devant les tribunaux allemands contre un entrepreneur allemand.

Le seul fait que le débiteur de la créance saisie soit domicilié en Belgique, est-il de nature à permettre l'attribution au tiers d'un régime juridique différent ?

Remarquons cependant que Gerretsen,⁶²

58. Article 12, alinéa 1 de la convention. Cette solution est conforme au droit français et, semble-t-il au droit belge. Voy. Paris, 11 février 1969, loc.cit.; *jurisclasseur de droit international*, loc.cit.; F. RIGAUX, *op.cit.*, p. 411 n° 1208.

59. Commission des Communautés Européennes, Direction Générale du marché intérieur et des affaires industrielles. Droit international privé, Doc., n° 173, III, 862/79 FR.

60. R.B. GERRETSEN, *op.cit.*, p. 36.

61. Ibidem, p. 2.

62. *op.cit.*, p. 37

suivant en cela Kusters préconise l'application aux tiers de la loi du domicile du débiteur. Celui-ci, observaient-ils, peut informer le tiers, d'une manière plus objective que cédant et cessionnaire, de l'opposabilité de la cession à son égard : le débiteur informera normalement le tiers par référence à sa propre loi ; en conséquence, la protection des tiers, leur information objective et correcte, requièrent l'application d'une autre règle de conflit de lois. L'on peut s'interroger sur la question de savoir si, dans la pratique, le débiteur informe fréquemment les autres créanciers sur le transfert de la créance., ⁶³

On peut encore se poser la question de savoir si, concernant les tiers autres que le débiteur cédé, il n'est pas préférable d'appliquer les règles ordinaires du droit des obligations; en vertu des articles 1165 et s. du Code civil, l'existence d'un contrat produit, de par sa seule réalisation, effet à l'égard des tiers. ⁶⁴

L'article 13 de la convention de Rome stipule "Lorsqu'en vertu d'un contrat, une personne, le créancier, a des droits à l'égard d'une autre personne, le débiteur, et qu'un tiers a l'obligation de désintéresser le créancier ou encore que le tiers a désintéressé le créancier en exécution de cette obligation, la loi applicable à cette obligation du tiers détermine si celui-ci peut exercer en tout ou en partie les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations. Si un tiers a l'obligation de désintéresser un créancier en vertu d'un contrat, la loi applicable à cette obligation déterminera si et dans quelle mesure le tiers est habilité à exercer les droits détenus par le créancier contre le débiteur selon la loi régissant leurs relations contractuelles.

63. J. Kusters, *Het international burgerlijk recht in Nederland*, 1917, p. 805.

64. Voy. P. VAN OMESLAGHE, Examen de jurisprudence (1968 à 1973), *Les Obligations*, R.C.J.B., 1975, n° 46 et s., pp. 502 et s.; M. FONTAINE, rapport cité. Ceux-ci sont protégés par certaines règles, notamment l'article 1328 du Code civil qui détermine strictement les modes de preuves permettant d'établir la date d'un acte juridique à l'égard d'un tiers.

En conséquence, la loi applicable au contrat de cautionnement déterminera l'existence et les modalités du recours contre le débiteur⁶⁵.

En matière d'affacturage, le droit français fait application de la subrogation conventionnelle. Si l'on applique l'article 13 au cas de subrogation conventionnelle, la loi applicable, à l'opposabilité du transfert au débiteur, par exemple, sera la loi régissant le contrat d'affacturage. Par contre, si l'on appliquait à ce transfert de créances l'article 12, la loi applicable serait le droit régissant la créance cédée.

Ainsi, un contrat de fourniture entre une entreprise allemande et un fournisseur français est soumis au droit allemand. Le fournisseur français transmet sa créance à un factor français en vertu d'un contrat d'affacturage soumis au droit français. Le droit français sera applicable au recours du factor si l'on applique, comme il nous le semble⁶⁶, l'article 13 de la convention tandis que la loi allemande serait applicable si l'on faisait référence à l'article 12⁶⁷.

Ces quelques réflexions montrent la diversité des solutions qui règnent en droit international plus encore qu'en droit national, quant aux modes d'opposabilité du transfert de créances au débiteur.

Un rapprochement entre les législations nationales passant par exemple par l'abrogation de l'article 1690 du Code civil, permettrait également une plus grande sécurité juridique au niveau international.

\$.7 Cession Fiduciaire ⁶⁸

65. Rapport GIULANO et LAGARDE, article 13

66. En effet, le texte de l'article 13 ne précise par la nature légale (subrogation légale) ou conventionnelle (subrogation conventionnelle) de l'obligation du tiers. Voyez sur cette proposition notre étude, *Transfert de créance et opposabilité des exceptions*, C.I.E.A.U., décembre 1982, n° 32

67. Soulignons cependant, en matière d'affacturage, l'existence d'un projet d'harmonisation de l'affacturage international élaboré par l'UNIDROIT

68. Voy. sur la fiducie, *Les opérations fiduciaires*, FEDUCI, L.G.D.J., 1985 ; C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, 1980 ; I. MOREAU-MARGREVE, *Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés*, Commission Droit et vie des

Le professeur Witz définit celle-ci en ces termes : "La fiducie est l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une période soit au fiduciant, soit à un tiers bénéficiaire."⁶⁹

Une des caractéristiques de la cession fiduciaire consiste en ce que le transfert se réalise sans publicité et sans dessaisissement matériel du constituant, contrairement à la mise en gage des créances⁷⁰

La cession fiduciaire n'est pas reconnue en droit belge, puisqu'elle crée une sûreté non organisée par la loi⁷¹

Elle aurait notamment pour effet de créer une sûreté sans publicité. Pourtant, ce type de sûreté est admis dans

affaires, *Les créanciers et la faillite*, Rapports, II, 109 ; L. SIMONT, *De overdracht van schuldvorderingen tot zekerheid*, *Liber Amicorum F. DUMON*, 1984, pp. 259 et s. Voy. sur la fiducie en droit comparé, *Sicherungstreuhand* en droit allemand (voy. R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Gd II, pp. 71 et s. ; voy. en droit néerlandais, O.K. BRAHNS, *Fiduciaire overdracht en eigendomsvoorbehoud*, Groningen, 1976 ; sur le droit italien, L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, 1971, ch. V ; en droit français, not. J. HEMMELE et O. VANGASSE, *Réflexions sur les apports de la loi du 24 janvier 1984 dite "loi bancaire"*, à la loi du 2 janvier 1981 et sur la cession à titre de garantie, *Banque*, 1984, pp. 297 et s. ; voy. en droit espagnol, D.E. CANOVAS, *Manual de Derecho civil espanol*, 1983, p. 393 ; voy. sur le droit comparé en général, l'ouvrage précité sur les opérations fiduciaires. Sur les relations entre la fiducie et la simulation ; voy. J. ROUSSEAU, *Simulation et fiducie*, 1937.

69. C. WITZ, *op. cit.*, p. 15. Voy. P.H. DELVAUX, *La mobilisation des créances à titre de garanties*, dans *La transmission des Obligations*, 1980, p. 539. Le fiduciant est le créateur de la fiducie.

70. Voy. C. WITZ, *op. cit.*, p. 199. voy. en droit allemand, K. LARENZ, *op. cit.*, p. 535.

71. P.H. DELVAUX, *op. cit.*, p. 547.

de nombreux pays, et constitue, par sa souplesse et son efficacité, une garantie très appréciée.⁷²

SECTION II. LA TRANSMISSION DES DETTES.

A l'instar du droit français, le droit belge ne connaît pas d'institution organisant le transfert des dettes⁷³

Diverses institutions sont utilisées pour réaliser la cession de dette. La stipulation pour autrui qui fera l'objet d'un rapport ultérieur, la délégation évoquée ci-dessus, la novation par changement de débiteur, dont les caractéristiques essentielles sont identiques à la novation par changement de créancier. Au surplus, un débiteur peut, en principe, convenir avec un tiers que ce dernier exécutera le contrat à sa place.

Si l'accord du créancier est requis pour décharger le débiteur originaire, aucune formalité n'est exigée pour rendre le transfert opposable aux autres tiers.

SECTION III. CONCLUSIONS RELATIVES A LA CESSION DE CREANCE ET DE DETTE.

La diversité des régimes juridiques, et plus particulièrement, des modes d'opposabilité aux tiers, est remarquable. Les origines historiques différentes, les fonctions différentes que remplit chaque institution explique sans doute cette diversité.

Plusieurs institutions ne sont assorties d'aucune forme d'opposabilité aux tiers (subrogation consentie par le créancier et

72. Voy. sur le droit français, et l'apport de la loi du 24 janvier 1984, D. SCHMIDT & C. WITZ, *Les opérations fiduciaires en droit français*, op.cit., p. 306.

73. Voy. en droit allemand, K.H. NEUMAYER, op.cit., pp. 228 e.s.

délégation); la pratique a montré que l'article 1240 du Code civil, notamment, offrait des garanties suffisantes au débiteur. Il en est de même de la reprise de dettes.

L'on soulignera également les discussions nées en Belgique sur la nature de la notification que la loi prescrit en faveur du débiteur, en matière d'endossement de la facture. L'envoi d'une lettre recommandée rend-elle l'acte opposable au débiteur ou s'agit-il au contraire d'une simple formalité visant à rendre le tiers de mauvaise foi ? En outre, si la formalité n'est pas remplie, peut-elle être remplacée par d'autres formalités plus souples ou la simple connaissance de l'endossement par le débiteur suffit-elle ?

Quant aux autres tiers, il ne semble pas justifié de déroger au principe de l'opposabilité de plein droit des conventions aux tiers. Nous croyons également qu'au niveau du droit international privé, c'est à bon droit que la loi de l'obligation contractuelle a été préférée à celle du débiteur pour régir les formalités d'opposabilité.

Précisons enfin que certains pays, comme les Pays-Bas, font dépendre la réalisation de la cession de créance, même entre parties, de l'accomplissement des formalités de publicité.

En cas de cession portant sur un ensemble de créances et d'obligations, l'on peut envisager une *mesure de publicité unique* (publication au journal officiel par exemple) rendant le transfert opposable aux créanciers et aux débiteurs, avec possibilité pour les créanciers de s'opposer au transfert dans un délai déterminé.

SECTION IV. PERSPECTIVES DE LEGE FERENDA.

Dans le rapport de clôture des Journées juridiques Jean Dabin consacrées en 1978 à la transmission des obligations, le professeur Fontaine avait mis en évidence la lourdeur des formalités d'opposabilité aux tiers prescrites par l'article 1690 du Code civil et par l'article 16 de la loi sur l'endossement de la facture.⁷⁴ Il soulignait à juste titre l'insécurité juridique qu'est susceptible d'entraîner une interprétation trop laxiste de ces formalités.⁷⁵ En outre, même si mesure de publicité il devait y avoir, la signification par exploit d'huissier est peu appropriée pour faire connaître l'information aux tiers autres que le débiteur.

74. M. FONTAINE, La transmission des obligations de lege ferenda, dans la transmission des obligations, pp. 611 et s., spéc. p. 620 et p. 652.

75. Ibidem

Seule, conclut le professeur Fontaine, ⁷⁶ une réforme de lege ferenda permettra de remédier à ces imperfections.

Dans le prolongement des Journées Jean Dabin, le Centre de droit des Obligations a élaboré deux propositions de lois, réformant l'article 1690 du Code civil, l'autre réformant les articles 14 à 16 de la loi du 25 octobre 1919 relative à l'endossement de la facture. Ces propositions de loi ont été déposées au Parlement. ⁷⁷

La réforme proposée prévoit, respectivement en matière de cession de créance et d'endossement de facture, l'opposabilité du transfert aux tiers autres que le débiteur par le seul fait de la cession ou de l'endossement.

Le transfert de créance, sous forme de cession ou d'endossement, sera opposable au débiteur par simple notification. Le texte précise enfin que la preuve de la connaissance du transfert par le débiteur rend la cession opposable à celui-ci avant toute notification.

Cette proposition de réforme, inspirée du droit comparé, ⁷⁸ assouplit les formalités d'opposabilité; elle diminue donc le coût de la mobilisation de créances, répondant ainsi aux souhaits du monde des affaires. Elle établit une solution plus cohérente et mieux appropriée aux exigences de l'équité : qu'y-a-t-il de plus irritant qu'un débiteur qui, tout en connaissant la cession, se prévaut en outre des formalités d'opposabilité prévues par l'article 1690 du Code civil et paie au cédant ?

L'avantage d'un régime d'opposabilité basé uniquement sur une signification par exploit d'huissier ou une reconnaissance par acte authentique est de faire courir l'opposabilité de la cession à l'égard

76. M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 621 et p. 652.

77. Proposition de la loi n° 519 (1980-1981), N.1. modifiant l'article 1690 du Code civil relatif aux conditions d'opposabilité aux tiers de la cession de créance, ainsi que les articles 1295 et 2075 du même code, déposée par MM. les Sénateurs Lagasse, Lallemand et Wathelet; proposition de la loi n° 359 (1982-1983) N.1, modifiant les articles 14 et 16 de la loi du 25 octobre 1919, modifiée par la loi du 31 mars 1958 relatif à l'endossement de la facture, déposée par MM. les Sénateurs Lagasse, Lallemand, Wathelet et Pouillet. Cette proposition semble maintenant avoir été reprise par le Ministre de la Justice.

78. Voy. M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 621 et s., voy. aussi K.H. NEUMAYER, La transmission des obligations en droit comparé, dans la *transmission des obligations*, *op. cit.*, pp. 196 à 209.

de tous les tiers, à une seule et unique date, établie par un acte qui fait foi. Entre tiers, notamment entre le débiteur ayant reconnu la cession à X, et un créancier saisissant ayant effectué la saisie-arrêt avant la signification de la cession au bénéfice de X, la cession existera à l'égard du débiteur, mais non à l'égard des autres tiers. ⁷⁹

Enfin, la proposition aménage également le régime de l'exception de compensation. Rien ne justifiait en effet de priver le débiteur de la faire valoir parce qu'il avait accepté la cession. L'on prévoit la possibilité d'invoquer la compensation si la créance dont se prévaut le débiteur cédé est née avant le moment où la cession lui devient opposable et qu'elle devient exigible avant la créance cédée, ou simultanément.

CHAPITRE II LA CONFIANCE LEGITIME.

Le tiers peut, dans certaines hypothèses exceptionnelles, légitimement croire à l'existence d'une situation de droit apparente qui n'est pas conforme à la réalité.

Certaines conditions doivent être présentes pour permettre aux tiers de se prévaloir des effets juridiques attachées à la situation apparente ; l'ignorance de la situation réelle ne suffit pas à elle seule à invoquer un acte fictif ; par ailleurs, la connaissance par le

79. Une loi française assouplit les formalités de transfert des créances professionnelles (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, J.O., du 3 janvier 1981, p. 150). Cette loi institue le transfert par remise d'un bordereau. Voy. pour un commentaire de cette loi, C. GAVALDA. La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981), *Dalloz*, 1981, chronique, pp. 199 à 208 ; J. STOUFFLET et Y. CHAPUT, L'allègement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 et décret n° 81-862 du 9 septembre 1982), *J.C.P.*, 1981, I, n° 3044.

tiers de la situation juridique réelle l'empêchera toujours de se prévaloir de la situation apparente.

L'on évoquera brièvement les différentes institutions juridiques où la fiction prime la réalité en vue de protéger les tiers.

SECTION 1 . LA SIMULATION.

1.1. DE PAGE définit la simulation en ces termes : "*Il y a simulation lorsque les parties font un acte apparent dont elles conviennent de modifier ou de détruire les effets par une autre convention demeurée secrète*"⁸⁰

La simulation suppose la création volontaire d'une apparence; c'est cette volonté de dissimulation et, donc de tromper, qui justifie la protection accrue dont bénéficient les tiers en matière de simulation. Ainsi, les tiers ne devront pas établir que la dissimulation de la réalité leur a causé préjudice⁸¹

1.2. Le fait que les formalités de publicité nécessaires à l'opposabilité de l'acte apparent aux tiers aient été accomplies, est sans incidence aucune sur les effets de la simulation. Ainsi, le fait d'observer le prescrit de l'article 1690 du Code civil n'empêche certes pas les tiers de se prévaloir du caractère simulé de la cession de créance.⁸²

80. Traité précité, Tome III , n° 618, p. 618, voy notre étude la simulation et la protection des tiers, noté sous cass. 11 décembre 1987, à paraître dans la R.C.J.B., Document de travail , Centre de droit des Obligations, 1989/5.

81. Voy. Cass., 21 juin 1974, R.C.J.B., 1975, p.266 et s., et note M. VAN QUICKENBORNE, Le fondement de l'inopposabilité des contre-lettres.

82. Voy. E. BARTIN, *Théorie des contre-lettres*, Paris, thèse, 1885 qui écrit : "*L'article 1690 est une mesure de publicité qui ne transforme pas la nature du droit, qui, notamment, ne peut convertir un droit apparent en un droit véritable. Le débiteur auquel est signifiée la cession ou qui l'accepte, s'engage simplement à ne rien faire contre elle; ce n'est pas un engagement nouveau qu'il contracte envers le cessionnaire. C'est l'ancienne créance qui persiste avec un titulaire nouveau.*"(p. 195).

L'acte simulé n'est pas opposable aux tiers ; la cession de créance n'est pas opposable aux tiers si les formalités prescrites par l'article 1690 du Code civil ne sont pas observées ; Il s'agit bien de deux problèmes d'opposabilité⁸³

Cependant, dans la première hypothèse, c'est par la commission de la simulation elle-même que naît l'inopposabilité de l'acte réel aux tiers ; le fait que cet acte soit ultérieurement publié ne permet pas de régulariser le droit qui reste entâché par la simulation. Dans la seconde hypothèse, il s'agit, comme l'écrivait le Professeur Fontaine, d'une opposabilité conditionnelle⁸⁴

Le contrat est entièrement régulier dès sa formation entre parties, il ne vise en aucune manière à tromper les tiers, mais l'on veut, vu l'importance particulière que peut présenter ce contrat pour les tiers, que celui-ci soit porté à leur connaissance. C'est la raison pour laquelle le droit organise une publicité à l'égard de ces tiers; l'accomplissement de ces formalités de publicité permettra au contrat de sortir ses pleins effets à l'égard des tiers.

1.3. Pour invoquer la simulation, le tiers doit être de bonne foi. En d'autres termes, le tiers qui connaît la situation réelle ne pourra se prévaloir de la simulation.⁸⁵

La bonne foi est donc basée, en matière de simulation du moins, sur la connaissance effective du tiers. L'on pourrait également soutenir que le tiers n'est pas de bonne foi si, eu égard aux circonstances de la cause, et à la profession du tiers, celui-ci avait l'obligation de se renseigner avant de contracter.⁸⁶

S'agissant du problème du concours, en matière de simulation, entre deux tiers de bonne foi qui se prévalent l'un de l'acte apparent, et l'autre, de l'acte simulé, nous avons longuement démontré que

83. M. FONTAINE, Les effets "internes" et les effets "externes" des contrats, n° 35, n° 39.

84. rapport précité, n° 30.

85. H. DE PAGE, *Traité*, p. 633; J. BRICOUT, *De theorie van de schijnbaarheid inzake nietige rechtshandelingen*, p. 144, n° 20.

86. Voy. dans le même sens, en matière de mise en gage du fonds de commerce, comm. Charleroi, 4 juin 1986, *JLMB*, 1987, p. 818; notre étude *De Inpandgeving van de Handelszaak*, *DAOR*, 1989, n° 9, pp. 18 & 19; voy. en droit anglais, en matière de trust, M.E. GOLDSCHMIDT, *The trust and its use in comemrcial and financial transactions*, *RDAI*, 1985, p. 683 et s. spéc. p. 696.

préférence devait être donnée au tiers qui tire ses droits de l'acte réel.⁸⁷

Certains ont pensé, dans des hypothèses bien déterminées où des mesures de publicité étaient requises, faire primer le tiers de bonne foi, qui, le premier, a accompli ces formalités⁸⁸

SECTION 2. L'APPARENCE ET LE MANDAT APPARENT.

Un tiers au contrat de mandat pourra se prévaloir de celui-ci s'il pouvait légitimement croire que la personne avec qui elle a contracté, était investie de pouvoirs conférés par le mandant.

Jusqu'à l'arrêt du 20 juin 1988, la jurisprudence de la Cour de cassation exigeait outre la confiance légitime du tiers, une faute dans le chef du mandant⁸⁹

La doctrine avait critiqué cette jurisprudence⁹⁰ 1983, pp. 144 ets.; P.H. DELVAUX, L'abus de pouvoir en droit belge, Journées grecques de l'association Capitant, 1977, ?

Dans l'arrêt du 20 juin 1988, la Cour de cassation a abandonné la nécessité d'une faute dans le chef du mandant, s'alignant ainsi sur la jurisprudence française.⁹¹

La possibilité pour le tiers de pouvoir se prévaloir d'un mandat fictif suppose la création d'un état apparent qui puisse éveiller sa

87. Voy. notre article précité relatif à la simulation section 7

88. Voy. en droit français, NAUT, *Les effets des actes simulés*, Paris, thèse, 1951, pp. 86 et s.

89. Cass. 30 mai 1979, *Pas.*, 1979, I, 1123; 13 janvier 1972, *Pas.*, 1972, pp. 472 e.s.; la notion de faute faisait l'objet d'une appréciation assez sévère, ce qui diluait de facto la condition de faute requise. voy. comm. Gand, 28 octobre 1987, *R.D.C.B.*, 1989, p.553 et note C.S.

90. Voy. P.VAN OMESLAGHE, L'apparence comme source autonome d'obligations et le droit belge, *Revue de droit international et de droit comparé*,

91. *Pas.*, 1988, I, p. 1258. L.LIESFOENS, note sous Bruxelles, 5 octobre 1988, *R.D.C.B.*, 1989, p. 896 e.s.voy. Cass. fr. 13 décembre 1962, *D.*, 1963, p. 278.

confiance légitime ; cette faculté lui sera en toutes hypothèses retirée si le tiers avait connaissance de la situation réelle.⁹²

A la fois en matière de simulation comme de mandat apparent, le tiers peut se prévaloir d'une situation apparente ; dans l'une et l'autre hypothèse, l'acte sera opposable au tiers si l'autre partie peut établir que le tiers avait connaissance de la situation réelle.

CHAPITRE III LA CONNAISSANCE ILLEGITIME.

Le tiers peut avoir connaissance d'un acte juridique et contracter comme s'il était dans l'ignorance de cet acte.

En principe, la connaissance devra être accompagnée d'une participation active, voire frauduleuse à la violation de l'acte juridique.

Les termes connaissance illégitime ne sont sans doute pas les plus appropriés à l'hypothèse étudiée ci-après, mais ils montrent la correspondance par rapport à la notion de la connaissance qui est le thème du présent exposé et par rapport à la notion d'ingorance légitime étudiée ci-avant.m

Nous évoquerons successivement le droit de préférence et la tierce complicité.

Une partie A dispose d'un droit de préférence à l'égard de son cocontractant B lorsque celui-ci s'engage, dans l'hypothèse où il

92. Voy. pour une mise en garde contre un élargissement trop important de la théorie de l'apparence, P.A. FORIERS, *J.T.*, 20 septembre 1989, p. 541 ; notre rapport, *De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst*, Gand, 8 décembre 1989, p. 21 ; voy. contre une critique plus fondamentale de la théorie de l'apparence, L. CORNELIS, *De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverbanden, Asepcten van de ondernemingsgroepn*, 1989, pp. 142 e.s., *Beginnelsen van burgerlijke aansprakelijkheid*, pp. ?

déciderait de conclure un contrat bien défini⁹³, à contracter, à conditions égales, avec B plutôt qu'avec un tiers⁹⁴

Le pacte de préférence confère à son bénéficiaire un droit de créance et non un droit réel⁹⁵

En conséquence, la vente qui serait réalisée en violation d'un droit de préférence serait parfaitement valable et son bénéficiaire ne peut en aucune manière opposer son droit à l'acquéreur.

Cette règle souffre exception lorsque le bénéficiaire du pacte de préférence est de mauvaise foi.⁹⁶

Bien que l'on pût, à notre avis, parler d'inopposabilité aux tiers de mauvaise foi, comme en matière d'action paulienne, une analyse attentive de la jurisprudence de la Cour de cassation montre qu'il s'agit là d'une application de la théorie de la tierce complicité. La Cour de cassation a clairement énoncé dans son arrêt précité du 30 janvier 1965 que "si le tiers acquiert le bien en se rendant tiers complice de la faute contractuelle, commise par le vendeur au préjudice du bénéficiaire de la promesse, celui-ci peut, aussi longtemps que ce tiers n'a pas lui-même aliéné le bien, obtenir la restitution forcée du bien au vendeur."⁹⁷

93. Voy. sur cette notion, Cass., 13 janvier 1966, *Pas.*, 1966, pp. 613 et s.

94. Voy. J. DE VISSCHER, *Le pacte de préférence*, 1938; M. FONTAINE, Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux, *Droit et Pratique du commerce international*, 1978, pp. 185 à 220, spéc. pp. 203 et s.

95. Voy. not. J. DE VISSCHER, *op.cit.*, p. 26 et s.; Cass., 31 janvier 1965, *R.C.J.B.*, 1966, p. 77; *civ. Courtrai*, 16 février 1950, *J.T.*, 1952, p. 557 à 559.

96. Voy. J. DE VISSCHER, *op.cit.*, p. 100 et 101; M. GEVERS, Examen de jurisprudence, Les Contrats spéciaux, 1949 à 1952, *R.C.J.B.*, 1953, p. 304: "S'il (l'acquéreur) avait connaissance de la promesse, la jurisprudence a tendance à annuler la vente, pour des motifs assez confus. La seule justification satisfaisante que l'on puisse en donner semble être l'application de l'article 1382 avec réparation en nature. (DE PAGE, t. IV, n° 246)"

97. Voy. dans le même sens, Cass. fr., 15 décembre 1965, *Revue pratique du Notariat belge*, 1968, p. 111 et s.; il semble qu'en France, depuis l'arrêt du 4 mars 1971, *J.C.P.*, 1972, II, 16983, et note M. DAGOT, le pacte de préférence relatif à un immeuble est opposable aux tiers, dès lors qu'il a été publié

En cas de tierce complicité, les tiers doivent observer des obligations qu'ils n'ont pas souscrites (la situation diffère donc de la transmission des obligations où l'obligation reste généralement la même mais où les acteurs sont différents). L'on estime que, dans certaines circonstances, le tiers ne pouvait pas rester indifférent face à un contrat; le tiers doit donc répondre du dommage que, par son ignorance délibérée face à des obligations contractuelles, il a causé à un contractant.

Les principes applicables en matière de tierce complicité ont été exposés de manière claire par le professeur Fontaine, dans son rapport. Rappelons que dans son arrêt du 22 avril 1983, la Cour de cassation a déduit la tierce complicité de la connaissance que le tiers avait ou devait avoir de la situation existante et de la participation apportée par le tiers à la rupture du contrat.⁹⁹

La notion de fraude a été abandonnée par la Cour de cassation. Le fait d'inciter le contractant à violer une obligation contractuelle ou de vouloir causer dommage n'est donc plus requis.¹⁰⁰

Même si l'on estime que la définition de la tierce complicité est établie, ses applications en fait restent incertaines.

à la conservation des hypothèques. La publication rend donc le pacte opposable à tous les acquéreurs qui publieraient postérieurement. On est donc loin de la preuve de la tierce complicité puisqu'une simple mesure de publicité suffit à garantir les droits du titulaire de la promesse. Voy. pour une critique, M. DAGOT, Nouvelles réflexions sur la publicité des pactes de préférence et des promesses unilatérales de vente, *J.C.P.*, I, 1980, n° 2986.

98. Dans son ouvrage, DE VISSCHER définit la mauvaise foi comme " la connaissance de la promesse violée avec son concours " (*Op.cit.*, p.101). Cette définition montre bien que la notion de mauvaise foi reste floue et qu'une simple connaissance ne suffit pas à la rendre présente.

99. *R.C.J.B.* 1984, pp. 359 e.s. et la note de Y. MERCHERS, La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle; Fin d'une incertitude.; Y. MERCHERS, note sous Anvers, 19 octobre 1988, *R.G.D.C.*, 1989, p. 468; J.L. FAGNART, La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale, *R.D.C.B.*, 1989, p. 469 e.s.

100. Voy. R. KRUIHOF, La Théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique.

Il faut d'abord apprécier si le tiers avait ou devait avoir connaissance de l'engagement contractuel. Ainsi, la jurisprudence a, à plusieurs reprises, considéré que le garagiste qui acquiert un véhicule acheté antérieurement à crédit par son cocontractant, doit s'assurer que son cocontractant a rempli ses obligations à l'égard de l'établissement de crédit.¹⁰¹

En outre, la notion de participation consciente présente des contours assez flous. Il faut, à notre avis, un comportement délibéré, une collusion ou une violation de normes de conduite reconnues.¹⁰²

PARTIE II SYNTHESE DES DIFFERENTS MODES D'OPPOSABILITE

L'on a souligné que, en principe, les contrats sont opposables aux tiers sans aucune formalité.

Cependant, dans certaines hypothèses, des formalités d'opposabilité sont prescrites qui épousent différentes formes.

101. Voy. Anvers, 19 octobre 1988, *Op.cit.*,

102. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1978, le tiers complice était l'ex-mari de la cocontractante. Dans l'arrêt précité du 19 octobre 1988, c'est la qualité de professionnel du garagiste qui a justifié la décision de la cour. Si l'on applique la théorie de la tierce complicité en matière de cession de créance, l'on constate à la lumière de l'arrêt du 13 mai 1988 que le débiteur aurait pu prendre de plus amples précautions avant de payer directement un montant de 10 millions à l'endossant au lieu de payer à la société d'affacturage. La Cour d'appel a cependant considéré que ce débiteur était de bonne foi et qu'il a apyé valablement au cédant.

B. En deuxième lieu, les formalités prescrites visent parfois à protéger un tiers bien déterminé (le débiteur par exemple) et n'empêchent pas l'acte d'être directement opposable aux autres tiers. Ainsi en est-il en matière d'endossement de la facture. L'adoption de la loi sur l'endossement de la facture par les sociétés d'affacturage en Belgique et donc, sa mise à l'épreuve fréquente dans la pratique, a montré que cette opposabilité immédiate aux tiers autres que le débiteur ne préjudiciait pas ceux-ci.

2. A quoi servent les formalités de publicité dans la mesure où le tiers de mauvaise foi peut être lié par le contrat, nonobstant ces mesures ?

Ces formalités permettront d'établir sans discussion aucune que l'acte existe à l'égard des tiers et leur est opposable. La bonne foi du débiteur cédé par exemple devient alors indifférente.

Ces formalités font en matière de cession de créance courir les effets de la cession à l'égard des tiers; en matière de sûreté, celle-ci n'est également opposable aux tiers (notamment le droit de suite) qu'à partir du moment de l'accomplissement des formalités de publicité .

Enfin, à l'accomplissement de ces formalités, le débiteur cédé change d'interlocuteur, en matière de cession de créance, le cessionnaire devient titulaire de la de créance, à l'égard du débiteur. A notre avis, le débiteur pourra opposer aux tiers toutes les exceptions nées jusqu'à la date de la notification et non celle de la cession.

3. Comment établir les rapports entre l'ignorance d'un acte pleinement valide pour lequel une publicité est organisée et l'ignorance résultant de la création d'une situation apparente ?

En matière de simulation, d'apparence comme de cession de créance, l'acte est valide entre parties.

Dans la première hypothèse (simulation), le tiers doit être protégé parce que les parties ont volontairement créé une situation apparente, susceptible de causer préjudice au tiers ¹⁰³

Dans le mandat apparent, la légitimité de la croyance du tiers dans la situation apparente suffit.

Dans la cession de créance, l'acte ne vise pas à cacher la réalité aux tiers, mais le débiteur d'abord, les créanciers du cédant ensuite, sont intéressés par le transfert d'un élément de l'actif du cédant

103. Le tiers ne doit pas établir l'existence d'un préjudice (Cass., 21 juin 1974, *loc.cit.* , et note M. VAN QUICKENBORNE), mais seulement d'un intérêt (voy. op. cit.).

vers le patrimoine du cessionnaire. Il faut donc informer ceux qui sont intéressés par ce transfert.

La thèse de l'apparence rejoint cependant dans une certaine mesure l'obligation d'information dans la mesure où le débiteur qui paye au titulaire apparent de la créance, est valablement libéré. Cependant, dans la transmission des obligations, des formalités ont été prévues qui garantissent l'opposabilité du transfert au tiers, sans discussion possible.

Dans la tierce complicité, il s'agit généralement d'un contrat qui est opposable aux tiers sans être assorti de mesures de publicité. Ainsi, un contrat de distribution sélective est opposable sans mesure de publicité particulière. Une information de tiers privilégiés n'est pas nécessaire pour assurer la protection de tiers, comme en matière de cession de créance. Par ailleurs, le tiers n'est pas lié par le contrat même s'il a connaissance du contrat. Par contre, le tiers commet une faute lorsque, connaissant le contrat, il participe à sa violation. Le tiers pourrait être, on l'a vu, le débiteur cédé qui, en connaissance de la cession, participe à la violation de celui-ci par le cédant (qui accepte, par exemple, un paiement direct).

4. Pourquoi la connaissance doit-elle faire l'objet d'une appréciation plus sévère dans les problèmes que nous avons qualifiés d' "ignorance légitime" ?

Dans cette hypothèse, le tiers jouit d'une protection large qui le protège contre l'ignorance de la situation réelle et lui permet de se prévaloir d'une situation qu'il croyait correspondre à la réalité. Cette protection trouve évidemment sa justification dans son ignorance de la situation réelle ; s'il connaît celle-ci, la protection n'est plus justifiée. S'il avait en outre l'obligation de s'informer de la situation réelle, l'ignorance perd également toute légitimité.

Dans la tierce complicité, au contraire, le tiers est étranger au contrat et n'est pas lié par lui. Sa connaissance du contrat peut cependant avoir pour effet, dans certaines circonstances, de le rendre responsable de la violation du contrat par une des parties. Cette seule connaissance ne suffit pas et l'on ne peut, en principe, pas obliger le tiers à prendre connaissance de ce contrat ; mais s'il participe de manière fautive à la violation de la convention, il en sera tenu responsable.

5. L'on peut déplorer la diversité des modes de publicité ; les développements de l'informatique ne permettraient-ils pas endéans quelques années l'institution de modes de publicité uniformisés, auxquels chacun pourrait avoir un accès direct ?

PLAN DU RAPPORT

1ère PARTIE ETUDE DE DIFFERENTES INSTITUTIONS JURIDIQUES DANS LESQUELLES INTREVIENT LE PROBLEME DE LA CONNAISSANCE DU CONTRAT PAR LE TIERS

CHAPITRE I La transmission des Obligations

Section 1. Le transfert de créance

- \$1 La cession de créance
- \$2 La subrogation
- \$3 L'endossement de la facture
- \$4 La délégation
- \$5 La novation
- \$6 Le droit international privé
- \$7 La cession fiduciaire

Section 2 La transmission des dettes

Section 3 Conclusions relatives à la cession de créance et à la cession de dette.

Section 4 Perspectives de lege ferenda

CHAPITRE 2 La confiance légitime

Section 1. La simulation

Section 2. L'apparence et le mandat apparent.

CHAPITRE 3 L'ignorance illégitime

Pacte de préférence et tierce complicité.

2ème PARTIE SYNTHESE.