

LES DIFFERENTS TIERS AU CONTRAT

(RAPPORT BELGE)

par

ISABELLE CORBISIER

Assistante au département de droit économique et social de l'Université Catholique de Louvain.

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

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

2. - Nous essaierons de nous conforter dans 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.

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. En prolongement de la dernière matière citée, nous nous livrerons ensuite à une courte analyse de la notion de « tiers » dans le droit des sociétés commerciales. Enfin, nous clôturerons cette étude par une troisième section consacrée à quelques incursions comparatives du côté de droits anglo-américains.

1 - 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. - Cependant, le même auteur ajoute immédiatement 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.

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, n° 371.

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 à cet égard être complétés par ceux apportés par la « doctrine de la confiance » (*vertrouwensleer*) en vertu de 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 Ommeslaghe (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 non encore résolues à ce jour.

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

5 E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen...*, op. cit., bl. 23 et suiv.

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

7 Seul le mandant apparent ayant fautivement laissé l'apparence se créer pouvait être lié envers le tiers (v. à ce sujet : P. VAN OMMESLAGHE, *Chronique de jurisprudence - Les obligations (1974-1982)*, Rev. crit. jur. belge, 1986, pp. 55 et suiv. et pp. 64 et suiv.).

8 Cass., 20 juin 1988, *Journ. Trib.*, 1989, p. 547 ; pour une analyse approfondie de cette jurisprudence, cons. R. KRUIHOF, *La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase*, note sous Cass., 20 juin 1988, *Rev. crit. jur. belge*, 1991, pp. 51 et suiv. Voy. aussi : Bruxelles, 14 décembre 1988, *Jur. Liège, Mons et Bruxelles*, 1989, p. 261.

9 P. VAN OMMESLAGHE, *L'apparence comme source d'obligations en droit belge*, Rev. Dr. Int. Dr. Comp., 1983, pp. 144 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 ».

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 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) (14)
- 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 (15).

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 le domaine des droits et obligations *propter rem* (lesquels sont abordés par d'autres rapports). 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 (16). Tout d'abord, la doctrine et la jurisprudence considèrent que sont transférés à l'ayant cause les actions et droits de créance entretenus avec la chose un lien si étroit que leur exercice ne présente d'intérêt que pour leur pro-

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 (*Obligatoire verhoudingen...*, op. cit., bl. 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, *Obligatoire verhoudingen...*, op. cit., bl. 27.

13 E. DIRIX, *ibid.*

14 On reviendra sur ces deux premières exceptions lorsque l'on abordera la problématique de l'ayant cause à titre universel en présence d'une hypothèse de simulation (*infra* n° 24).

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

16 V. E. DIRIX, *ibid.*, bl. 28.

priétaire (17). 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 (18). Selon P. Van Ommeslaghe par contre (19), 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 (20). 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 qu'il n'existe pas de transfert d'obligations à l'ayant cause se réalisant de plein droit (21). Par ailleurs, le concept d'obligation réelle pesant en quelque sorte sur le fonds de telle manière à lier ses acquéreurs successifs (22) ne semble avoir guère rencontré de succès en Belgique (23). 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 (24).

17 V. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen...*, op. cit., bl. 28-29 P. VAN OMMESLAGHE, *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). Les justifications avancées dans ce cadre sont diverses : stipulation pour autrui, cession tacite de créance, recours à l'article 1615 du Code civil (l'obligation de délivrer la chose comprend celle de délivrance des accessoires au nombre desquels figurent les droits et actions dont l'exercice ne se conçoit que de la part de celui qui jouit du bien transféré) : cons. : J.L. FAGNART, *La responsabilité du fait des produits. Etat actuel du droit belge*, D.A. J.O.R., 1987, p. 214, n° 14

- 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.

18 E. DIRIX, *ibid.*, bl. 29-32.

19 *La transmission des obligations...*, op. cit., pp. 128-130.

20 Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles en date du 31 mai 1947 (*Journ. Trib.*, 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.

21 V. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen...*, op. cit., bl. 32-33 et Cass., 6 février 1913, *Pas.*, 1913, I, 93.

22 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.

23 E. DIRIX (*ibid.*, bl. 34) et P. VAN OMMESLAGHE (*La transmission des obligations...*, op. cit., 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 celui-ci en raison de son caractère hybride (intermédiaire entre le droit réel et l'obligation personnelle) et de l'imprécision de son contenu.

24 P. VAN OMMESLAGHE, *La transmission des obligations...*, op. cit., p. 152.

11. - Enfin, quant aux créanciers chirographaires, la doctrine considère aujourd'hui que ceux-ci sont des tiers au sens de l'article 1165 du Code civil (25) : 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 (26) 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 esquissée, 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*) (27) 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 exposée 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 est à vrai dire inhérent à la mise en oeuvre du mécanisme de substitution que constitue la succession à cause de mort et nous apprenons surtout qu'il existe d'importantes exceptions à la règle selon laquelle 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. 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

25 V. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I, n° 120bis et E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen...*, op. cit., bl. 38.

26 *Ibid.*, bl. 38.

27 E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen...*, op. cit., bl. 1.

« 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 au sein du 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.

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 simulation (28)

15. - Les IXèmes Journées Juridiques Jean Dabin, organisées en 1979 par le Centre de droit des obligations de l'U.C.L., qui furent 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 de fluidité des relations économiques » (29). 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 (30).

²⁸ Il ne s'agit pas, bien entendu, des seules hypothèses particulières d'analyse du terme tiers (v. E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen...*, op. cit., bl. 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.

²⁹ M. FONTAINE, *La transmission des obligations de lege ferenda* in *La transmission des obligations*, 1980, pp. 617-618.

³⁰ P. VAN OMMESLAGHE, *La transmission des obligations...*, op. cit., 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 gé-

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) (31). E. DIRIX (32) (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 (33).

17. - J.L. Fagnart (34), partant des derniers développements de notre droit en matière de tierce complicité (35), 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 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

nérale en disant que le droit de créance est opposable aux tiers »). Enfin, v. Y. MERCHERS, *Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé*, note sous Cass., 27 septembre 1984, *Rev. crit. jur. belge*, 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 »).

³¹ V. P. VAN OMMESLAGHE, *La transmission des obligations...*, op. cit., pp. 92-94.

³² *Obligatoire verhoudingen...*, op. cit., p. 40.

³³ V. P. VAN OMMESLAGHE, *Chronique de jurisprudence - les obligations (1968 - 1973)*, *Rev. crit. jur. belge*, 1975, pp. 656-658 et, même auteur, *La transmission des obligations...*, op. cit., pp. 96-99.

³⁴ J.L. FAGNART, *La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale*, *Rev. dr. civ. belge*, 1989, p. 469 et spéc. pp. 485-487

³⁵ Sur ce sujet, v. Rapport de M. FONTAINE.

ignorer la cession (36) et payer entre les mains du cédant (37), 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 (38).

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 » (39). 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. Celle-ci ne nous semble cependant pas pleinement satisfaisante. La consultation des auteurs révèle en effet qu'ils ne se posent même pas la question de savoir si le débiteur cédé est un tiers, la chose semble aller de soi (40).

36 V. P. VAN OMMESLAGHE, *Chronique de jurisprudence...*(1974-1982), op. cit., *Rev. crit. jur. belge*, 1988, p. 93.

37 sous réserve cependant du cas de la fraude aux droits du cessionnaire (v. sur ce point : P. VAN OMMESLAGHE, *La transmission des obligations...*, op. cit., 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)).

38 V. P. VAN OMMESLAGHE, *Chronique de jurisprudence...*(1974-1982), op. cit., *Rev. crit. jur. belge*, 1988, p. 93. - Nous voudrions au passage réfuter une argumentation formulée par Y. MERCHERS (*Les effets de la cession de créance...*, op. cit., 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 confusion dans la perception des concepts 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, *De l'opposabilité des contrats...*, op. cit., p. 96 et voy. une critique identique faite par J. GHESTIN [*La transmission des obligations...*, op. cit., 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).

39 H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. IV, n° 401.

40 V., par exemple, P. VAN OMMESLAGHE, *La transmission des obligations...*, op. cit., 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. MERCHERS, *Les effets de la cession de créance...*, op. cit., 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, *La transmission des obligations...*, op. cit., évoquant la thèse de M. LARROUMET) nous ap-

L'ennui est que la définition de M. 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 puisque 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 (41). Dans le même ordre d'idées, notre Cour de cassation a, le 14 octobre 1982 (42), 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 base 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 (43) déduit 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 avaient été cédés 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 M. De Page, ne permet d'emporter la conclusion selon laquelle le débiteur cédé est un tiers (44). D'autre part, l'utilisation du mot

prend 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 car 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.

41 V. P. VAN OMMESLAGHE, *Chronique de jurisprudence...*(1968-1973), op. cit., pp. 658-664 et, même auteur, *Chronique de jurisprudence ...*(1974-1982), op. cit., pp. 93-96. - Y. MERCHERS, *Les effets de la cession de créance...*, op. cit., pp. 526-533.

42 *Pas.*, 1983, I, 222.

43 Bruxelles, 20 février 1981, *Journ. Trib.*, 1981, p. 304.

44 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

« situation » ne recèle-t-elle pas, de par sa vacuité, un potentiel incontrôlable d'utilisations abusives ? (45).

19. - En conclusion quant à la signification du terme « tiers » dans la cession de créance, il nous semble que celle-ci doit être adaptée à la **nature de l'institution juridique** envisagée, à savoir un mode de transmission patrimonial. Une réflexion de P. Van Ommeslaghe (46) 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 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 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 (47).

20. - La théorie de la **simulation** (fondée sur l'article 1321 du Code civil) (48) a donné lieu à d'intéressants développements - tant sur le plan de la jurisprudence que sur celui de la doctrine - au cours des quinze dernières années. Ceux-ci permirent 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 remarqué (49) 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 neuve (50) mais

particulière du débiteur cédé, v. J. GHESTIN, *La transmission des obligations...*, op. cit., p. 14).

45 La seule manière de procurer une certaine cohérence à la décision de la Haute juridiction consiste donc, ainsi qu'on l'a souligné dans la note précédente, à réserver le terme « situation » à celle du débiteur cédé (cons. également M. BILLIAU, J. GHESTIN et C. JAMIN, *La classification des parties et des tiers liés par le contrat*, Doc. Parties et tiers distribué le 5 octobre 1991 aux participants des séminaires conjoints, n° 16, p. 13 (« ...l'autre partie contractante, le débiteur cédé, ne voit pas modifier sans son consentement l'objet de sa créance ou de sa dette. Elle peut cependant se voir imposer un autre créancier ... ce qui n'est évidemment pas sans incidence sur sa situation contractuelle... »). On regrette cependant que la Cour n'ait pas clairement distingué la « situation » du débiteur cédé des « droits » des autres tiers.

46 *La transmission des obligations...*, op. cit., p. 94.

47 Cette définition se rapproche de celle de J. CARBONNIER (*Droit civil*, 4-Les obligations, P.U.F., 13ème éd., 1988, n° 124) : les tiers dans la cession de créance sont ceux qui sont intéressés par la substitution d'un créancier à un autre dans le rapport obligatoire.

48 « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers ».

49 Cass., 21 juin 1974, *Pas.*, 1974, I, 1089. - V., sur cet arrêt, les commentaires de M. VAN QUICKENBORNE (*Le fondement de l'opposabilité des contre-lettres*, Rev. crit. jur. belge, 1975, p. 260).

50 V. déjà en ce sens : Cass., 21 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, 193. - Bruxelles, 23 décembre 1959, *Rec. gén. enreg.*, 1960, n° 20286, obs.

l'attention fut attirée sur cet arrêt surtout en raison de 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 (51).

22. - Ensuite la Cour de cassation rendit en 1987 (52) 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 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 (53). 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 (54). De plus, le tiers dans le cadre d'une simulation ne doit pas prouver de préjudice (55) et ne doit pas démontrer la légitimité de sa croyance en l'acte apparent (56). 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 (57) et que l'article 1321 n'étend sa protection

51 Une telle opinion est pourtant défendue depuis fort longtemps en France. - En témoignent : Cass. civ., 8 mars 1893, *D.*, 1893, I, 244 ; S., 1893, I, 193.

52 Cass., 11 décembre 1987, *Rechts. Weekl.*, 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 n° 89/5 du Centre de droit des obligations de l'U.C.L. - étude destinée à être publiée dans la Rev. Crit. Jur. belge) que cet arrêt inspira à son auteur.

53 D.-M. PHILIPPE, *La simulation et la protection des tiers*, op. cit., p. 7.

54 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. n° 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*, Journ. Trib., 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).

55 Cette constatation résulte de l'arrêt précité du 21 juin 1974 rendu par la Cour de cassation ; v. également dans ce sens : P. VAN OMMESLAGHE, *Chronique de jurisprudence...* (1974-1982), op. cit., pp. 128-129. - D.-M. PHILIPPE, *La simulation et la protection des tiers*, op. cit., p. 8. - *Contra* : M. VAN QUICKENBORNE, *Le fondement de l'opposabilité des contre-lettres*, op. cit., p. 276 ; E. DIRIX, noot onder Cass., 11 décembre 1987, op. cit. et, même auteur, *Obligatoire verhoudingen...*, op. cit., bl. 43. - P.A. FORIERS, *L'apparence, source autonome d'obligations...*, op. cit., p. 543 (tous ces auteurs entendant trouver dans la théorie de l'apparence le fondement de la théorie de la simulation).

56 V. D.-M. PHILIPPE, *La simulation et la protection des tiers*, op. cit., p. 8.

57 V. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. II, n° 623.

qu'aux tiers de bonne foi (en ce sens que ceux-ci n'ont pas connu (58) ou dû connaître (59), en vertu des circonstances particulières de la cause, l'existence de la simulation (60)) et justifiant d'un intérêt légitime (61). 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).

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 (62). 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 (63) : l'intérêt particulier du débiteur cédé qui a participé à la création de l'apparence doit céder 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 d'apparaître 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 (64) 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

58 V. H. DE PAGE, T. II précité, n° 636 ; M. VAN QUICKENBORNE, *ibid.*, pp. 275-276.

59 V. D.-M. PHILIPPE, *ibid.*, p. 25.

60 M. VAN QUICKENBORNE (*ibid.*, 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.

61 Voy. D.-M. PHILIPPE, *ibid.*, 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).

62 D.-M. PHILIPPE (*ibid.*, pp. 19 et 25) semble partager notre avis. - Pour une formulation précoce d'une telle doctrine : v. Cass. civ., 8 mars 1893, *D.*, 1893, I, 244 ; *S.*, 1893, I, 193 (arrêt rangeant les créanciers chirographaires dans la catégorie des tiers au sens de l'article 1321 du Code civil en réservant l'hypothèse où ces créanciers auraient eu « nécessairement connaissance » de la contre-lettre).

63 V. sur ce point D.-M. PHILIPPE, *ibid.*, pp. 21-22 et E. DIRIX, *noot...*, *ibid.*, p. 1095.

64 V. n° 9 *supra*.

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 ? (65). 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 (66). 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 (67) (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 à la créance lui cédée - et nullement qualitative (68)). 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 devrait donc se faire de la même manière que pour toute autre personne prétendant posséder cette qualité.

On pourrait d'ailleurs aller plus loin et poser la question de savoir si, en présence d'une hypothèse de simulation, l'ayant cause à titre universel ne devrait pas être considéré comme tiers au sens de l'article 1165 du Code civil. Effectivement, on a vu (*infra* n° 9) que la convention elle-même ou que la nature du contrat pouvait s'opposer au principe général de sa transmission à l'ayant cause universel (article 1122 du Code civil). Ne pourrait-on dire que les parties, en créant une apparence contredite par une contre-lettre dont la teneur est réservée à leur seule connaissance, ont voulu implicitement (dérogation conventionnelle) ou encore ont institué entre elles une situation contractuelle dont la nature s'oppose à sa transmission aux ayants cause à titre universel ? Beaucoup serait sans doute à dire sur le concept de « nature du contrat » énoncé par l'article 1122. Sa relative vacuité doit être soulignée (69). L'on s'accorde néanmoins à dire que le caractère

65 L'affirmation que l'ayant cause à titre universel invoquant un droit propre est un tiers au sens de l'article 1321 introduit non seulement la confusion dans les esprits mais nous paraît également fondamentalement inexacte car, à la lumière des principes rappelés ci-avant, 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.

66 D.-M. PHILIPPE (*La simulation et la protection des tiers*, op. cit., p. 18) le rappelle encore.

67 V. J.L. GOUTAL (*Essai sur le principe de l'effet relatif...*, op. cit., 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 ».

68 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 OMMESLAGHE, *Chronique de jurisprudence...*(1968-1973), op. cit., p. 660).

69 Cons. M. VAN DE KERCHOVE, *La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation in L'interprétation en droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, spéc. pp. 20-22 : l'auteur évoque les concepts à « texture ouverte » se caractérisant par une absence de délimitation nette quoique ce phénomène

intuitu personae de la convention comporte une dérogation implicite ou encore sous-entendue au principe de sa transmission à l'ayant cause universel (70). Or, dans l'hypothèse d'une simulation, les parties se sont refusées à inscrire leur convention dans son contexte social et n'ont accepté de dévoiler sa réalité que dans le cadre strict de leurs relations personnelles. N'ont-elles pas implicitement refusé la transmission universelle ou encore n'ont-elles pas créé une situation juridique dont la nature s'oppose à sa transmission ? Bien sûr, une réponse affirmative à cette question pourrait apparaître choquante à ceux qui entendent insister sur le principe selon lequel l'ayant cause universel doit continuer la personne du défunt. Néanmoins, l'on sait que, au-delà de la justesse psychologique voire sociologique de cette affirmation, celle-ci n'en est pas moins à classer au rang des fictions juridiques (71). L'on sait aussi que l'ayant cause lui-même peut par sa propre volonté s'opposer à cette continuation (par la renonciation à la succession ou encore par l'acceptation sous bénéfice d'inventaire). Des exigences relevant de la sécurité juridique voire de l'équité s'inscrivent d'autre part contre la reconnaissance de la possibilité pour l'autre partie à la contre-lettre de se prévaloir de cette dernière à l'encontre de l'ayant cause universel. Ici encore, on rétorquera que l'héritier dispose de la faculté de renoncer à la succession voire de l'accepter sous bénéfice d'inventaire mais l'exercice de cette faculté suppose que l'héritier soit informé de l'éventualité d'une contre-lettre. D'autre part, l'exercice de la faculté précitée ne se conçoit pas dans le cadre de cette transmission universelle particulière que constitue la fusion de sociétés (72). L'inéquité de l'invocation d'une contre-lettre à l'encontre d'une société absorbante de bonne foi apparaît avec plus de force encore à l'occasion de la confrontation de cette solution avec celle que l'on vient d'exposer à propos du cessionnaire d'une créance résultant d'une convention simu-

ne fasse pas obstacle à l'existence de « cas types » faisant clairement partie de l'extension du concept. « A un noyau de signification relativement établi s'oppose donc une zone de "pénombre" où règne l'incertitude ». L'auteur ajoute que ce caractère « ouvert » s'applique à tous les concepts empiriques. Nous pensons que la « nature du contrat » relève des concepts à « texture ouverte » décrits par l'auteur.

⁷⁰ Cons. H. et L. MAZEAUD et J. MAZEAUD (par M. DE JUGLART), *Leçons de droit civil*, T. II, 5ème éd., Paris, Montchrestien, 1973, n° 749. - G. DEMOLOMBE, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, T. Ier, 3ème éd., Paris, Librairie générale, 1875, n°s 263 et suiv. - J. FLOUR et J.L. AUBERT, *Les obligations*, Volume I, Sources : l'acte juridique, Paris, Armand Colin, 1986, n°s 428-429. - G. MARTYG et P. RAYNAUD, *Les obligations*, T. Ier, Les sources, 2ème éd., Paris, Sirey, 1988, n° 263. - J. CARBONNIER, *Droit civil*, 4/ Les obligations, 13ème éd., Paris, P.U.F., 1988, n° 54.

⁷¹ Pour un rappel de cette qualification suivi de nombreuses références françaises et belges, cons. J. CALLEWAERT, *Die Rechtsfähigkeit der privatrechtlichen Gesellschaften in Frankreich und Belgien, im Licht der klassischen Vermögenstheorie*, Dissertation, Würzburg, 1988, pp. 9-10.

⁷² On sait en effet que dans le cadre d'une fusion la société absorbante doit être considérée comme l'ayant cause à titre universel de la société absorbée (Cass., 30 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, 749. - Liège, 5 octobre 1989, *Rev. prat. soc.*, 1990, n° 6544 et cons. : H. LAGA, *Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van intuitu personae overeenkomsten in Liber Amicorum J. RONSE*, Brussel, Story-Scientia, 1986, bl. 237, 238 (nombreuses références jurisprudentielles et doctrinales citées). - L. LIEFSOENS, *Een toepassing van de schijnleer op fusie door opslorping en het lot van intuitu personae overeenkomsten*, noot onder Brussel, 5 oktober 1988, *Tijds. v. belg. handelsrecht*, 1989, bl. 88 7 en volg.).

lée (73). Bien sûr, le radicalisme d'une solution faisant de l'ayant cause universel un tiers au sens de l'article 1165 du Code civil en présence d'une hypothèse de simulation n'échappera à personne. En effet, l'autre partie à la contre-lettre (en principe licite) se trouverait ainsi tout simplement privée de cocontractant en raison de la non transmission à l'ayant cause universel. On ne peut néanmoins s'empêcher de penser qu'une telle solution pourrait tenter un juge estimant que le cadre actuel de notre droit positif s'accomode parfois mal d'actes non socialisés. De plus, rien n'empêcherait l'ayant cause de se reconnaître titulaire d'une obligation naturelle en exécutant volontairement la contre-lettre au profit du cocontractant.

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 (74). C. Perelman, dans son essai de synthèse relatif aux « notions à contenu variable en droit » (75), 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 ») (76). Ces réflexions générales quant aux notions à contenu variable

⁷³ Pour une illustration, v. Cass. civ., 4 mars 1981, *Bull. civ.*, 1981, n° 79, p. 65 (Affaire Smadja).

⁷⁴ V. dans le même sens : E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen...*, op. cit., bl. 21 et D.-M. PHILIPPE, *ibid.*, p. 16.

⁷⁵ 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).

⁷⁶ M. FALLON (*Le recours aux objectifs de la loi dans son application en droit international privé belge* in *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Travaux préparatoires du Congrès des 10-12 septembre 1990 (Louvain La Neuve) de l'Association Internationale de Méthodologie Juridique, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 13 et spéc. p. 35) a évoqué l'utilisation d'une méthode d'interprétation « fonctionnelle » du facteur de rattachement en droit international privé laquelle nous semble rejoindre des préoccupations similaires (« La recherche de l'objectif de l'institution -plutôt que celle de la volonté du législateur- occupe aussi, de son côté, une place considérable, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine. Elle s'exprime dans « la recherche du but social des lois », ou dans un « rattachement fonctionnel »

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 quant au 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 que les propos formulés par le Professeur F. Laurent doivent aujourd'hui être tempérés. 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 pour le droit international privé qu'au sein du droit civil interne (77). 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 de celles-ci. 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 » (78)). 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 (79). 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 (80).

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 (81) et de l'apparence (82). La résultante

de l'institution : elle prend en compte, de façon utilitaire, la raison d'être de l'institution, le rôle que remplit la règle dans le milieu social ou économique... »).

77 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.

78 F. LAURENT, *Principes de droit civil*, T. XVI, 1875, n° 178 (v. Aussi T. XV, n° 422).

79 F. LAURENT, T. XVI, n° 182 (il faut noter que l'auteur lui-même modère quelque peu la rigueur de son affirmation en se montrant ouvert à certaines exceptions particulièrement dans la matière des contrats d'adhésion).

80 Sur cette évolution, v. Notamment V. RANOUIL, *ibid.*, 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.

81 V. P. VAN OMMESLAGHE (*Chronique de jurisprudence... (1968-1973)*), op. cit., pp. 629-633 et, même auteur, *Chronique de jurisprudence... (1974-1982)*, op. cit., 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'engage-

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 » (83) 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 à l'ensemble de la matière des obligations (84). 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.

ment 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) et les engagements pris par les banques dans le cadre du système des chèques garantis (v. G.A. DAL, *Les chèques garantis*, Journ. Trib., 1984, p. 241).

82 V. n° 6 *supra*.

83 V. P. VAN OMMESLAGHE, *L'exécution de bonne foi, principe général de droit ?*, Rev. gén. dr. civ., 1987, p. 101. - Un auteur (P.A. FORTIERS, *L'apparence, source autonome d'obligations...*, op. cit., 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. - Pour une analyse approfondie de l'influence du concept de bonne foi en droit des contrats, cons. M.E. STORME, *De invloed van de goed e trouw op de contractuele schuldvorderingen*, Proefschrift, K.U.L., 1989.

84 V. P. VAN OMMESLAGHE, *L'exécution de bonne foi...*, op. cit., 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 ».

Récemment, L. CORNELIS s'est livré à une étude critique très fouillée de ce qu'il qualifierait sans doute d'« envahissement » du principe d'autonomie de la volonté par celui de la bonne foi (*La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté in La bonne foi*, Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège, Liège, Editions du jeune barreau de Liège, 1990, pp. 17 et suiv.). - D'autre part, certains éminents auteurs (J. VAN RYN et X. DIEUX, *La bonne foi dans le droit des obligations*, Journ. Trib., 1991, pp. 289 et suiv. et spéc. p. 292) ont douté de l'utilité de faire de l'obligation de se comporter de bonne foi un principe véritablement autonome, en ce que cette règle serait déjà inhérente au cadre - fort général - que notre droit procure à l'organisation de la responsabilité civile (par opposition à certains droits étrangers, tel que le droit allemand, n'érigant pas, en cette dernière matière, de principe dont la généralité puisse être comparée à celui sous-tendant nos articles 1382 et 1383 du Code civil). Le débat quant au fondement du principe obligant à se comporter de bonne foi est donc toujours en cours en Belgique. La question fondamentale demeure : faut-il reconnaître l'existence d'un principe autonome de comportement conforme à la bonne foi ou faut-il se borner à appliquer les solutions dérivant de l'application de théories particulières préexistantes (telles que celle de l'abus de droit ou de la responsabilité extracontractuelle : voy. *infra* ce qui est dit à propos de la « *rechtsverwerking* ») ?

3 dans le cadre de telles relations (85). 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 (86) 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 qui fut proposé en vue de 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 (87) 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 (88). On a fait également remarquer que les applications de la *rechtsverwerking* auraient lieu tant pour des droits trouvant leur source dans un contrat que pour ceux dont l'origine est extra-contractuelle (89). Néanmoins, alors que les consécutions jurisprudentielles inférieures de la « *rechtsverwerking* » tendaient à se multiplier (90), la Cour de cassation a

récemment refusé de reconnaître cette théorie tout en réservant cependant expressément l'hypothèse d'éventuelles applications du concept d'abus de droit (91). On peut penser que ce « coup d'arrêt » de la Cour de cassation n'est pas étranger à certaines considérations critiques récemment formulées (et évoquées ci-dessus) à propos de l'expansion extraordinaire de la bonne foi en tant que principe général de droit.

29. - Le Professeur Fontaine a déjà évoqué le parallélisme existant quant à 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 (92). Notons que la Cour d'appel de Mons (93) 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 (94). 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 (95).

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 (96) et qui, sans aller jusqu'à permettre au gérant de tirer un bénéfice de son

⁹⁰ V. Liège, 16 mars 1989, *Jur. Liège, Mons et Bruxelles*, 1989, p. 541 et Civ. Mons, 29 juin 1988, *Journ. Trib.*, 1989, p. 440. - P. VAN OMMESLAGHE, *Chronique de jurisprudence... (1974-1982)*, op. cit., *Rev. crit. jur. belge*, 1988, pp. 142-145. Aucune traduction française du terme « *rechtsverwerking* » ne fut 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.

⁹¹ Cass. 17 mai 1990, *Ann. Liège*, 1990, pp. 283 et suiv. (avec note I. MOREAU-MARGREVE); *Rev. crit. jur. belge*, 1990, pp. 595 et suiv. (avec note J. HEENEN).

⁹² V. X. DIEUX, *Le contrat : instrument et objet de dirigisme*, op. cit., pp. 295-298 et cons. P. VAN OMMESLAGHE, *Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi*, note sous Cass., 10 septembre 1971, *Rev. crit. jur. belge*, 1976, pp. 303 et suiv. - 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.

⁹³ arrêt cité dans la note précédente.

⁹⁴ V. en ce sens X. DIEUX, *ibid.*, p. 297.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Contrastez à cet égard les observations faites par J. LIMPENS et R. KRUIHOF (*Examen de jurisprudence (1960-1963) - les obligations*, *Rev. crit. jur. belge*, 1964, p. 518) quant à la « nécessité » de la nécessité de la gestion et l'exposé de la juris-

⁸⁵ V. Cass., 19 septembre 1983, *Rev. dr. civ. belge*, 1984, 276 (consacrant le rattachement de la doctrine de l'abus de droit en matière contractuelle à l'article 1134 al. 3 du Code civil). Cons. à ce propos : M. FONTAINE, *Portée et limites...*, op. cit., pp. 77 et suiv. - W. DE BONDT, *Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht*, Tijds. voor Privaatrecht, 1984, p. 85 et spéc. pp. 121 et suiv. - P. VAN OMMESLAGHE, *L'exécution de bonne foi...*, op. cit., p. 104. - E. DIRIX, *Over de beperkende werking van de goede trouw*, *Rev. dr. civ. belge*, 1988, p. 660.

⁸⁶ Sur le problème de la subordination de créances dans une société, v. notamment : J. RONSE e.a., *Overzicht van rechtspraak (1968-1977) - Vennoetschappen*, Tijds. voor Privaatrecht., 1978, bl. 792 et 880. - J. RONSE e.a., *Overzicht van rechtspraak (1978-1985) - Vennoetschappen*, Tijds. voor Privaatrecht, 1986, bl. 967-968.

⁸⁷ V. P. VAN OMMESLAGHE, *Rechtsverwerking en afstand van recht*, Tijds. voor Privaatrecht, 1980, bl. 735 et spéc. bl. 780 et suiv.

⁸⁸ V. notamment M. FONTAINE, *Portée et limites...*, op. cit., pp. 185-186. - P. VAN OMMESLAGHE, *L'exécution de bonne foi...*, op. cit., p. 107 et P.A. FORIERS, *L'apparence, source autonome d'obligations...*, op. cit., pp. 545-546.

⁸⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *L'exécution de bonne foi...*, op. cit., p. 107

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 (97).

31. - On le constate, l'exigence sociale d'un comportement conforme au principe de 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 pénétration 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 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. - Illustrons à présent 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 celle d'une relation contractuelle individuelle mettant en présence des sujets libres et égaux face à un reste du monde également atomisé - par l'étude d'un problème particulier.

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 (98).

prudence actuelle fait par P. VAN OMMESLAGHE (*Chronique de jurisprudence...*(1974-1982), op. cit., spéc. p. 53) qui ne retient que l'exigence d'utilité de la gestion.

97 Ce droit fut reconnu à l'encontre de la doctrine classique représentée par F. LAURENT (T. XX, n° 331). - V. à ce sujet J. LIMPENS et R. KRUIHOF, *Examen de jurisprudence (1964-1967) - les obligations* Rev. crit. jur. belge, 1969, p. 248.

98 V., notamment, sur ce problème : J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats*, Journ. Trib., 1975, p. 506. - H. COUSY, *Het verbod van samenloop tussen contractuele en extra-contractuele aansprakelijkheid en zijn weerslag*, Tijds. voor Privaatrecht, 1984, bl. 155. - X. DIEUX, *Le contrat : instrument et objet de dirigisme*, op. cit., pp. 309-314. - J.L. FAGNART et DE NEVE, *Chronique de jurisprudence - Responsabilité civile*, Journ. Trib., 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

En réalité, la relance de cette controverse fut due en grande partie à un arrêt du 7 décembre 1973 de la Cour de cassation (99) 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 risques du vendeur - la marchandise est endommagée en cours d'arrimage par la faute de l'entreprise 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'arrimage 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 (100). Cette jurisprudence, bien que parfois critiquée avec force (101), fut confirmée à plusieurs reprises (102). L'importance de celle-ci 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 (103). 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

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. Pour de plus amples détails, cons. le rapport de P.-H. DELVAUX.

99 Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, 376 et *Rev. crit. jur. belge*, 1976, p. 15 avec note de R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF (*Responsabilité aquilienne et contrats*).

100 V. en ce sens : X. DIEUX, *Le contrat : objet et instrument de dirigisme*, op. cit., pp. 310-311.

101 V. J.L. FAGNART, *La responsabilité personnelle de l'agent d'exécution*, obs. sous Cass., 7 décembre 1973, *Rev. Gén. Ass. Resp.*, 1974, n° 9317. - R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, *ibid.*

102 V. Cass., 15 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, 57. - Cass., 8 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, 834. - Cass., 14 octobre 1985, *Journ. Trib.*, 1986, p. 600.

103 V. R.O. DALCQ, *Examen de jurisprudence (1980 à 1986) - La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle*, *Rev. crit. jur. belge*, 1987, p. 603. - P.-H. DELVAUX, *La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation*, *Journ. Trib.*, 1987, p. 417

d'ordre économique, social voire même psychologique (104). 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 » (105), 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) (106). En tout cas, l'utilisation du terme tiers dans ce cadre doit retenir un instant l'attention. La portée de l'arrêt de la Cour de cassation énonçant que 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** (107), 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 (108), il semble bien que la qualification d'agent d'exécution soit soumise à une casuistique génératrice d'une certaine incertitude (109). 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 (110). Un autre courant doctrinal (111) bénéficiant, semble-t-il, d'une certaine approbation de la Cour de

cassation (112) 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 (113). 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 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 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) (114).

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 problèmes trouver les arguments justifiant l'une ou l'autre solution. Il est cependant remarquable de constater que l'immunité de l'agent d'exécution constitue 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

104 V. P.-H. DELVAUX (*ibid.*, 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 substituts.

105 Mots empruntés à P.-H. DELVAUX, *ibid.*, p. 422.

106 V. P.-H. DELVAUX, *ibid.*, 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 »).

107 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.

108 V. R.O. DALCQ, *Examen de jurisprudence (1980-1986)*..., op. cit., pp. 603-604. - P.-H. DELVAUX, *La responsabilité contractuelle pour autrui*..., op. cit., p. 420.

109 V. H. COUSY, *Het verbod van samenloop*..., op. cit., bl. 172.

110 V. R.O. DALCQ, *ibid.*, pp. 604-605. - P. COLLE, *La responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de sociétés*, Rev. Gén. Ass. Resp., 1986, n° 11076.

111 J. VAN RYN et X. DIEUX, *La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers*, Journ. Trib., 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*, Rev. prat. soc., 1989, n° 6511.

112 V. Cass., 29 juin 1989, *Rev. prat. soc.*, 1989, n° 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.).

113 V. Cass., 11 juin 1981, *Pas*, 1981, I, 1159.

114 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 (*Le contrat : objet et instrument de dirigisme*, op. cit., 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 ». 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 précèdent 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, *ibid.*, 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.

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. Le caractère multiforme de la notion de « tiers » recevra une dernière illustration par sa considération en droit des sociétés commerciales.

D. - Courte analyse de la notion de tiers en droit des sociétés commerciales

36. - Les tiers de tous ordres s'intéressent évidemment aux règles statutaires déterminant le fonctionnement de ces agents économiques par excellence que constituent les sociétés commerciales. Parmi ces tiers, il convient d'accorder une attention toute spéciale à ceux qui sont appelés à conclure des opérations soit avec la société soit avec les associés de cette dernière. Les lois coordonnées sur les sociétés commerciales organisent dès lors un régime d'« opposabilité conditionnelle » (115) du contrat de société en soumettant celui-ci à un régime de publicité par extraits aux annexes du Moniteur belge. C'est ainsi que l'article 10 §4 L.C.S.C. dispose que le contrat de société ne sera opposable aux tiers qu'à partir du jour de la publication par extraits aux annexes du Moniteur. Il faut savoir néanmoins que les seuls tiers pouvant se prévaloir de ce régime d'opposabilité exorbitant du droit commun sont ceux que la disposition précitée entend protéger, à savoir ceux qui ont traité avec la société ou avec ses associés (116). Les autres tiers se voient donc appliquer le droit commun de l'opposabilité dite « de plein droit » (117) des effets externes du contrat de société.

37. - Etrangement pourtant, cette publicité déterminant l'opposabilité des statuts de la société ne constitue pas une technique permettant de réaliser une information effective desdits tiers. Effectivement, la loi n'impose qu'une publicité par extraits au nombre desquels ne figurent pas, par exemple, les stipulations restreignant la cessibilité des actions dans la société anonyme (clauses d'agrément ou de préemption) (118) ni celles contenant les pactes de votation éventuellement conclus au sein de sociétés anonymes ou à responsabilité limitée (119), stipulations qui sont pourtant hautement susceptibles d'intéresser les tiers protégés par l'article 10 §4 L.C.S.C.. Ceux-ci disposent néanmoins de la possibilité de prendre connaissance des stipulations précitées dans la mesure où celles-ci sont intégrées dans les statuts. En effet, l'article 10 §1er L.C.S.C. prescrit le dépôt auprès du greffe du tribunal de commerce d'une expédition des actes des sociétés anonymes, des sociétés privées à responsabilité limitée et des sociétés coopéra-

115 V. Rapport de M. FONTAINE.

116 Cass., 17 septembre 1965, *Rev. prat. soc.*, 1967, n° 5391 et cons. J. RONSEE, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gent-Leuven, Story-Scientia, 1973, nr 40.

117 V. Rapport de M. FONTAINE.

118 Article 41 § 2 L.C.S.C., introduit par la loi du 18 juillet 1991.

119 Article 74 ter L.C.S.C., introduit par la loi du 18 juillet 1991 (posant le principe de la validité, sous certaines conditions, des conventions de vote dans le cadre des sociétés précitées).

tives (120) mais la sanction de l'absence du dépôt prescrit ne consiste nullement en une déchéance d'opposabilité (121). C'est ainsi qu'un auteur a pu contraster les formalités de dépôt, constituant un mécanisme permettant l'information effective du tiers, et de publicité par extraits dont dépend une opposabilité qui n'est nullement liée à la connaissance qu'ont véritablement les tiers des statuts considérés (122). La chose n'est en soi nullement étonnante, le rapport de M. D.-M. Philippe ayant montré que la connaissance effective ne conditionne pas l'opposabilité de dispositions contractuelles et que notre droit n'admet que certaines hypothèses d'« ignorance légitime » (cas de la simulation et du mandat apparent). Est par contre nettement plus intéressante la tendance qui nous semble se dessiner aujourd'hui en droit des sociétés consistant à créer à charge des tiers, même protégés par l'article 10 §4 L.C.S.C., une véritable obligation de s'informer du contenu des dispositions statutaires ayant fait l'objet d'un dépôt. Effectivement, une certaine doctrine tend aujourd'hui à considérer que la société pourrait opposer aux tiers cessionnaires même de bonne foi les clauses d'agrément et/ou de préemption statutaires qui n'auraient pas été respectées à l'occasion d'une cession d'actions (123) et ceci en violation flagrante de la doctrine classique qui, du moins en ce qui concerne la clause de préemption ou pacte de préférence, accorde sa protection au tiers cessionnaire de bonne foi (124). La solution préconisée consiste à maintenir la validité de la cession entre parties mais à déclarer celle-ci inopposable à la société. Si celle-ci devait être maintenue voire consacrée définitivement, on serait ici en présence d'une hypothèse d'un droit personnel (125) « mutant » en quelque sorte en ce que son traitement tendrait à se rapprocher, sans cependant s'identifier (126), à celui d'un droit réel opposable *erga*

120 Cons. également l'article 12 § 1^{er} L.C.S.C. prescrivant les mêmes formalités de dépôt et de publicité par extraits pour les modifications statutaires.

121 L'article 11 L.C.S.C. frappe d'irrecevabilité toute action intentée par une société dont les statuts n'auraient pas fait l'objet du dépôt dont question.

122 V. M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales* in *Répertoire Notarial*, T. XII, Livre II, Première partie, spéc. n° 151 (« ...Du point de vue de la publicité, le dépôt au greffe apparaît comme la formalité la plus importante elle est la plus complète et, pour beaucoup de tiers, la plus commode. Il nous semble que la publication d'un extrait de l'acte constitutif tend à jouer un rôle qui se rapproche de celui joué par la publication d'une loi au Moniteur : il s'agit plus d'un mécanisme qui officialise la constitution de la société que d'un mécanisme de publicité effective. C'est probablement pour cette raison que les actes sont en principe opposables dès le jour de leur publication et non plus (comme dans le droit antérieur à 1973) après un délai pour la prise de connaissance ... »).

123 V. J. LIEVENSJ, *De nieuwe vennootschapswet (wet van 18 juli 1991)*, Gent, Mys en Breesch, 1991, bl. 39. - Pour la clause d'agrément, cons. notamment K. GEENS, *Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme*, *Rev. prat. soc.*, 1989, n° 6533 et v. notre étude *Les conventions d'actionnaires*, Actes de la journée d'études *Le nouveau droit belge des sociétés*, volume I, Louvain La Neuve, Département de droit économique et social, Centre Jean Renauld du droit des sociétés, 3 décembre 1991, spéc. no⁵ 21 et suiv.

124 Pour un rappel de celle-ci, cons. le Rapport de M. D.-M. PHILIPPE.

125 Celui tiré de la clause d'agrément ou du pacte de préemption.

126 Puisque la cession envisagée reste valable entre parties. Signalons d'autre part que les tenants de la solution exposée (notamment K. GEENS, article précité, p. 333) invoquent volontiers l'adage *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam*

omnes (127). En effet, on ne peut prétendre que le dépôt voire même la publication des clauses dont question emporte création d'une présomption de connaissance de celles-ci dans le chef des tiers concernés (128) (129).

III - Quelques incursions comparatives à partir de droits anglo-américains (130)

38. - 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 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 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 » (131) (132).

ipse habet à l'appui de leur thèse. Or ce principe est généralement rappelé dans le cadre de développements relatifs à la cession de contrat (v., par exemple, M. BILLIAU, J. GHESTIN et C. JAMIN, *ibid.*, p. 13). Cette précision peut servir en vue de mettre en évidence le fait qu'une clause restrictive de la négociabilité des actions tend à éloigner la cession des actions concernées des caractères d'une vente d'un meuble incorporel considéré en soi pour la rapprocher de la transmission du contrat d'association particulier (avec tous ses attributs et toutes ses restrictions) liant un associé à une personne morale.

¹²⁷ Pour de plus amples développements, cons. notre étude (précitée) sur les conventions d'actionnaires, n° 23.

¹²⁸ Cass., 5 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, 957 (la publication des statuts d'une société ne génère pas une présomption de connaissance de ceux-ci dans le chef des tiers).

¹²⁹ La connaissance éventuellement objective (c'est-à-dire celle que l'on doit avoir en raison des circonstances) des tiers joue néanmoins un rôle en droit des sociétés. En témoignent : l'article 10 § 4 L.C.S.C. permettant à la société de se prévaloir de statuts non publiés par extraits à l'encontre de tiers qui en avaient connaissance (J. RONSE (*De vennootschapswetgeving...*, op. cit., nr 44) estime à cet égard que la connaissance du tiers doit être effective tandis que P. VAN OMMESLAGHE (*La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés*, Cah. Dr. Eur., 1969, pp. 551 et suiv.) se prononce en faveur d'une connaissance objective. Cette dernière opinion se conciliant davantage avec les derniers développements de notre droit, notamment en matière de tierce complicité) et l'article 63bis L.C.S.C. permettant à la société d'invoquer un dépassement de son objet social à condition de prouver que le tiers concerné en avait connaissance on ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances.

¹³⁰ 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.

¹³¹ V. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, *Law of contract*, 11th. ed., 1986, pp. 74-75 : évoquant les rapports entre la « privity » et la « consideration », l'auteur

39. - 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.

40. - 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)** (133). Tout d'abord, la théorie de la tierce complicité à la violation d'une obligation contractuelle (*interference with contractual relations*)

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 ». 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 précitée). - ANSON'S law of contract, 26th. ed., 1984, pp. 86-87 (l'auteur reste cependant en défaut de fournir un élément de différenciation). - JACOBSJ, *Judicial reform of privity and consideration*, *Journal of Business Law*, 1986, p. 466 et spéc. note 12, p. 467).

¹³² 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, pour l'auteur, constitue l'exception ayant pris une extension telle qu'elle en vient à faire oublier la règle générale).

¹³³ V. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit., 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).

bien que trouvant ses origines au XIV^{ème} siècle fit l'objet d'une extension progressive dont les traits 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 » (134).

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) (135) 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*) (136). 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

134 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, *The law of torts : policies and trends...*, op. cit. ; 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, op. cit., pp. 106-109 ; CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit., pp. 92-101. - Rappelons que le concept de *reliance*, qui fut présenté comme une intrusion de la « *tort law* » dans le droit des contrats (GLIMORE, *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).

135 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, op. cit., pp. 268-269, 619 ; BUCKLEY, op. cit., pp. 208-209 ; TETTENBORN, op. cit., pp. 60-61 ; FLEMING, op. cit., p. 138 (ce dernier propose le concept de « *reliance* » en vue de fournir une justification à cette solution).

136 V. JUNIOR BOOKS V. VEITCHI, [1983] 1 AC 520, [1982] 3 All ER 201, HL et les commentaires : FLEMING, op. cit., pp. 167-168 et BUCKLEY, op. cit., 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, op. cit., p. 138. - FURMSTON, *The law of torts : policies and trends...*, op. cit. (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*, *ibid.*, pp. 25-38).

caractère général (137) dont découle tout naturellement la considération que le contrat serait la source d'une « *obligation to take care* » (138).

41. - 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 (139) (cette dernière interdépendance ayant déjà été soulignée en droit belge). 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 (140).

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 (141).

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

137 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, op. cit., pp. 125 et suiv. et l'étude de J. HERBOTS *Economic loss in the legal systems of the continent in FURMSTON*, *ibid.*, spéc. p. 138).

138 V. TETTENBORN, op. cit., pp. 60-61.

139 TETTENBORN, op. cit., p. 202.

140 Consultez sur cette matière : ANSON, op. cit., pp. 391-407. - CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit., pp. 492-511. - TETTENBORN, op. cit., pp. 202-208.

141 V. CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON, op. cit., p. 502. - TETTENBORN, op. cit., 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.

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 des 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 (142) 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 (143). Néanmoins une jurisprudence ultérieure sembla opter pour une attitude plus restrictive (144). D'autre part, quant au 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 (145). Un auteur (146) 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 (147).

Une récapitulation en guise de conclusion

42. - 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 juri-

142 TULK v. MOXHAY (1848), 2 Ph. 774.

143 V. TETTENBORN, *op. cit.*, p. 139.

144 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, *op. cit.*, p. 382).

145 LORD STRATHCONA STEAMSHIP CO., LTD. v. DOMINION COAL CO., LTD. [1926] A.C. 108.

146 TETTENBORN, *op. cit.*, pp. 139-140.

147 V. ANSON, *op. cit.*, pp. 384-389.

dique 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