

Contrat et tiers

Par

Olivier Deshayes

Professeur de droit privé à l'Université de Cergy-Pontoise

1. - Le contrat est à la fois procédure et effet¹. Aussi le thème « contrat et tiers » appelle-t-il d'emblée une distinction.

2. - *Les tiers à la procédure contractuelle* sont les personnes dont la volonté n'a pas concouru à la formation du contrat. L'immense majorité d'entre eux est totalement étrangère à l'acte. Quelques-uns néanmoins auront été mis à son contact : ils auront par exemple rapproché les parties, les auront conseillées ou auront rédigé l'*instrumentum*².

Les questions qui se posent à leur égard sont au nombre de deux. Elles peuvent s'imbriquer. Premièrement, la nullité du contrat peut-elle prononcée entre les parties en raison du vice du consentement que le tiers a provoqué³ ; deuxièmement, la responsabilité du tiers peut-elle être recherchée par les parties lorsque le contrat ne présente pas l'efficacité ou l'utilité attendue⁴. Ces questions sont connues et ne font pas naître de graves difficultés. On les laissera donc de côté.

3. - *Les tiers aux effets du contrat* sont les personnes qui ne se trouvent pas directement assujetties par le contrat : ce sont toutes celles qui ne sont pas parties à la norme contractuelle.

On peut chercher à en dresser la liste, en insistant sur son caractère évolutif⁵. Ainsi, l'adhérent à un contrat collectif, le cessionnaire d'un contrat, l'héritier d'une partie contractante, le bénéficiaire d'une action directe ou encore la personne membre de

¹ V. H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, APD 1940, p. 33 et s., spéc. p. 35. ; comp. G. Rouhette, *Contribution à l'analyse critique de la notion de contrat*, thèse dactyl., Paris, 1965, n°91, p. 344 et s. ; V. Heuzé, *Le droit international privé français des contrats (étude critique des méthodes)*, thèse Paris-II, 1988, n°120, p. 146.

² V. Ph. Delmas Saint-Hilaire, *Les tiers à l'acte juridique*, éd. LGDJ, 2000, préf. J. Hauser, p. 13 et s.

³ En droit positif, la violence est une cause de nullité des conventions même lorsqu'elle émane d'un tiers (C. civ., art. 1111). En revanche, le dol n'est une cause de nullité que lorsque les manœuvres émanent du cocontractant (C. civ., art. 1116 *a contrario*). Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats prévoit, dans son article 1137, que « Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du cocontractant. Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers, si le cocontractant en a eu connaissance et en a tiré avantage ».

⁴ On aura reconnu là, pêle-mêle, les hypothèses de responsabilité du tiers à qui la nullité du contrat est imputable, du tiers ayant manqué à son devoir d'information ou de conseil ou du tiers rédacteur d'acte. Sur ces hypothèses, v. not. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2008, n°201 ; S. Pimont, *La responsabilité en cas de nullité d'un contrat*, in M. Boudot et P.-M. Vecchi (dir.), *La théorie des nullités*, LGDJ, 2009, p.128 et s.

⁵ En ce sens, v. J. Ghestin, *La distinction entre les parties et les tiers au contrat*, JCP 1992 éd. G, I, n°3628 ; et, en réponse aux justes critiques de J.-L. Aubert (in A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, RTDciv. 1993, p.263 et s.) : C. Guelfucci-Thibierge, *De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'élargissement de la portée de l'effet relatif*, RTDciv. 1994, p. 275 et s. ; J. Ghestin, *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*, RTDciv. 1994, p.777 et s.

certaines groupes de contrats perdent la qualité de tiers pour prendre celle de partie aux effets du contrat. Inversement, le cédant du contrat ou l'associé quittant la société perdent la qualité de partie pour prendre celle de tiers aux effets du contrat. Une telle entreprise de recensement n'a toutefois qu'un intérêt pédagogique. Elle permet de décrire la vie du contrat, en tenant compte d'événements qui lui sont postérieurs et extérieurs, et dont les conséquences sont précisément d'en déplacer, d'en étendre ou d'en éteindre les effets. Ce n'est certes pas rien. Mais ce n'est pas l'essentiel.

4. - En réalité, les questions les plus intéressantes se situent dans l'entre deux : dans le lien qui existe entre les qualités de tiers à la procédure contractuelle et de tiers aux effets du contrat.

La matière est gouvernée par une règle dite d'effet relatif du contrat. L'article 1165 du Code civil la formule dans ces termes : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 » (c'est-à-dire en cas de stipulation pour autrui).

5. - Nul n'ignore que cette règle d'effet relatif est tout à la fois évidente et embarrassante.

Elle est évidente, tout d'abord, en ce qu'elle empêche les parties à la procédure contractuelle de transformer les tiers à cette procédure en parties aux effets du contrat. Dit autrement : ce que les auteurs du contrat décident, ils ne peuvent le décider que pour eux-mêmes et non pour autrui.

Mais la règle est embarrassante, ensuite, si on lui fait dire que les contrats que les parties passent pour elles-mêmes n'ont aucune existence aux yeux des tiers. Il est inutile de s'arrêter longtemps sur ce point⁶. Que serait un contrat de société si les tiers pouvaient ignorer la création de la personne morale ? Que serait un contrat translatif de propriété si les tiers pouvaient ignorer le changement de propriétaire ? Mieux, les tiers eux-mêmes risqueraient d'être paralysés dans leurs actions s'ils devaient tenir pour inexistantes les actes juridiques accomplis par autrui. De là naît la nécessité de distinguer au sein des effets du contrat ceux qui sont réservés aux parties (les effets directs ou internes) et ceux qui se produisent à l'égard des tiers (les effets indirects, ou externes⁷). Nécessaire, cette distinction n'en est pas moins redoutable. La doctrine française, suivie par la Cour de cassation, s'entend au moins sur ses termes : le contrat n'a force obligatoire qu'entre les parties ; mais il est « opposable » aux tiers.

6. - Ce sont donc finalement – et très classiquement – deux questions que soulève le thème ici abordé : celle des effets sur les tiers des contrats pour autrui (I) et celle des effets sur les tiers des contrats que les parties prétendent passer pour elles-mêmes (II).

⁶ V. M. Grimaldi, *Le contrat et les tiers*, in Mél. Jestaz, éd. Dalloz, 2006, p.164 : « Pris au pied de sa lettre, le texte laisse croire qu'un contrat ne peut avoir aucune incidence sur la situation des tiers, qui seraient bien fondés à ignorer l'existence de celui qui leur nuit et mal fondés à se prévaloir de celui qui leur profite (...). L'absurdité d'un tel système saute aux yeux ».

⁷ La distinction entre les effets internes et les effets externes a les faveurs de la doctrine belge. V. spéc. M. Fontaine, Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats, in M. Fontaine et J. Ghestin (dir.), *Les effets des contrats à l'égard des tiers*, Comparaisons franco-belges, éd. LGDJ, 1992, p. 40 et s.

I Contrats pour autrui et tiers

7. - Le droit français a hérité du droit romain un principe de prohibition des contrats pour autrui. Ce principe se dédouble. Les parties ne peuvent ni faire naître une dette à la charge d'un tiers, ni faire naître une créance à son profit. C'est ce qui résulte de l'article 1119 du Code civil : « On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom que pour soi-même ».

S'agissant de la stipulation pour autrui, le principe de prohibition est largement contesté. On plaide depuis longtemps pour son abandon. Nous y reviendrons. Mais à vrai dire, même du côté des promesses pour autrui, la prohibition n'est pas aussi évidente qu'il paraît. Aussi, après avoir recherché le fondement de la prohibition des contrats pour autrui (A), plaidera-t-on pour l'abandon de cette prohibition (B). Ces développements seront l'occasion de mieux saisir le sens et la portée de l'effet relatif des contrats.

A) Fondement de la prohibition des contrats pour autrui

8. - La prohibition des contrats pour autrui ne procède pas immédiatement de l'incapacité pour le contrat d'atteindre les tiers. Elle en découle. Cela mérite une explication, qui suppose un détour par le droit romain.

9. - **Le droit romain** ne concevait pas qu'un contrat puisse lier une personne qui n'avait pas pris part à sa formation⁸. Cela tient à ce que le contrat y était avant tout perçu comme un acte formel, un rituel. Ses effets étaient donc indissociables des personnes ayant accompli les formalités⁹.

Aussi, lorsqu'ils traitaient des contrats pour autrui, les juristes romains se préoccupaient-ils surtout de la valeur *inter partes* de tels accords¹⁰. Or, observant que les parties ne s'engagent elles-mêmes à rien lorsqu'elles promettent ou stipulent pour autrui, ils concluaient à la nullité de l'acte. De là, les deux principes : *nemo alteri stipulari potest*¹¹, *nemo alienum factum promittere potest*¹².

10. - La nullité romaine n'était donc pas une nullité-sanction ou nullité-protection, fulminée dans l'intérêt des tiers. Il s'agissait plutôt de ce qu'on pourrait appeler une nullité-carence : les contrats pour autrui ne produisaient aucun effet, ni à l'égard des tiers (puisque cela ne pouvait être), ni entre les parties (puisque ces dernières ne s'étaient engagées à rien qui les concerne elles-mêmes). De manière suggestive, les romains disaient du contrat qu'il était « *inutilis* ». L'accomplissement du rituel contractuel n'était suivi d'aucun effet.

⁸ C.4, 12, 3 *Ne uxor pro marito* : « *Certissimum est ex alterius contractu neminem obligari* » : il est tout à fait certain que les contrats n'obligent point les tiers.

⁹ V. G. Cornil, *Explication historique de la règle alteri stipulari nemo potest*, Studi in onore di S. Riccobono, éd. arti grafiche G. Castaglia, 1936, p. 250 ; J. Coudert, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, thèse Nancy, 1957 ; et plus récemment R.-M. Rampelberg, Brève perspective comparative sur les destinées de la règle *alteri stipulari nemo potest*, in P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 143 et s.

¹⁰ V. J. Coudert, *op. cit.*

¹¹ D.45, 1, 38, 17.

¹² D. 45, 1, 38 pr ; *adde* inst. 3, 19, 3 et 3, 19, 21.

11. - **Le droit français** ne se démarque pas radicalement du droit romain sur ces points. En puisant dans le Traité des obligations de Pothier¹³, les rédacteurs du Code civil en ont en effet repris la logique. Premièrement, ils ont consacré à l'article 1165 le principe suivant lequel le contrat est incapable d'opérer une modification directe de la situation juridique des tiers. Deuxièmement, ils ont consacré à l'article 1119 le principe de la nullité *inter partes* des promesses et stipulations pour autrui.

12. - La façon dont ces règles sont mises en œuvre par les tribunaux conforte leur places et rôles respectifs.

Les tiers à qui les parties tenteraient d'opposer un contrat susceptible de modifier directement leur situation juridique sont protégés par l'article 1165 du Code civil. Le contrat leur est « inopposable », ce qui signifie qu'il ne peut produire à leur égard l'effet créateur d'obligation, translatif, déclaratif, constitutif ou extinctif de droit prétendu par les parties. Il en va ainsi de la convention de cession de dette, qui ne libère aucunement le débiteur envers le créancier¹⁴. Il en va de même de la vente de la chose d'autrui¹⁵, ou du bail de la chose d'autrui¹⁶, qui ne lie pas le propriétaire. Il en va de même, encore, de la clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de travail, qui ne peut « porter atteinte à la liberté de travail d'un tiers, fût-il le conjoint du salarié ou uni à lui par un lien de parenté ou d'alliance »¹⁷. On pourrait, évidemment, multiplier les exemples.

Protégés par l'article 1165, les tiers concernés n'ont pas à demander la nullité du contrat. Mieux même, ils ne le peuvent pas. La nullité est réservée aux parties. Plus précisément encore, la Cour de cassation considère que la nullité encourue est une nullité relative

¹³ R-J. Pothier, Traité des obligations, tome 1^{er}, éd. Debure, 1768, n°54 : « c'est un principe, que les conventions ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, & qu'elles ne peuvent par conséquent acquérir aucun droit à un tiers qui n'y étoit pas partie, comme nous le verrons ci-après » ; *adde* n°71, n°85 et n°89.

¹⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 30 avril 2009, n°08-11093, Defrénois 2009, 1289, obs. R. Libchaber, D. 2009, 2400, note L. Andreu, RTDciv. 2009, 531, obs. B. Fages, RDC 2009/4, p. 1363, obs. D. Mazeaud, JCP 2009, n°27, 73, JCP 2009, n°37, 228, obs. M. Billiau : « Vu l'article 1165 du Code civil ; (...) Qu'en statuant ainsi, alors qu'une telle cession ne pouvait avoir effet à l'égard du créancier qui n'y avait pas consenti, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; *adde* antérieurement Cass. Civ. 1^{ère}, 2 juin 1992, Bull. Civ., I, n°168, JCP 1992, I, 3632, p.541, note M. Billiau, RTDCiv. 1993, 122, obs. J. Mestre, D.1993, SC.211, obs. Ph. Delebecque : « Vu les articles 1134 et 1165 du Code civil ; (...) attendu que la convention des époux, même homologuée en justice, ne pouvait avoir pour effet, en l'absence d'un accord du créancier, d'éteindre la dette de l'un des conjoints et n'avait de force obligatoire que dans leurs rapports réciproques » ; v. Cass. Com., 27 janvier 1998, inédit, n° pourvoi : 95-12034 ; Cass. Civ., 3^{ème}, 18 janvier 1983, Bull. Civ., III, n°14, Administrer, juillet 1983, n° 137, note E. Frank (à propos d'une cession de l'obligation de restitution d'un dépôt de garantie entre vendeur et acquéreur d'un immeuble loué) : « n'ayant pas été partie à l'acte de vente, la clause relative à la transmission du dépôt de garantie au nouveau propriétaire ne lui était pas opposable ».

¹⁵ Cass. Civ. 3^{ème}, 22 mai 1997, RTDciv. 1997, 960, obs. P.-Y. Gautier et 652, obs. F. Zénati : « Attendu que, pour débouter les consorts X... de leur demande, l'arrêt retient que la société Accor Novotel détient les parts en vertu d'un acte qui n'a pas été annulé et qui continue à produire ses effets tant que sa validité n'aura pas été remise en cause (...) ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'annulation de la vente de la chose d'autrui n'est pas une condition de l'action en revendication du véritable propriétaire, la cour d'appel a violé [l'article 1599 C. civ.] ».

¹⁶ Civ. 3^{ème}, 13 févr. 1985, Bull. Civ., III, n°33, Journ. soc. 1985, n°97 : « Mais attendu que le bail de la chose d'autrui, qui est inopposable au propriétaire, (...) »

¹⁷ Cass. Soc., 4 juin 1998, RJS, 7/98, n°855.

que peut seul invoquer le contractant qui pensait avoir acquis un droit contre autrui ou sur la chose d'autrui¹⁸.

13. - Cette démonstration éclaire doublement la règle d'effet relatif du contrat.

Le premier enseignement est que cette règle n'est pas, contrairement à ce qui majoritairement enseigné en France à la suite de Weill¹⁹, limitée aux contrats créateurs d'obligations. Tous les contrats ont un « effet relatif ». Pour cette raison, il est regrettable que les rédacteurs du projet d'ordonnance aient choisi de reformuler l'article 1165 du Code civil en limitant son champ d'application aux contrats créateurs d'obligations²⁰.

Le second enseignement est que la règle d'effet relatif est mal nommée. Elle ne sert pas à effacer aux yeux des tiers un contrat qui serait valable et efficace entre les parties. Elle se contente de délimiter les effets qu'un contrat peut avoir. Cette délimitation est en l'occurrence négative. L'article 1165 établit une impossibilité : l'impossibilité pour les parties de modifier directement la situation juridique des tiers. C'est dire qu'en retour, l'effet relatif peut influencer sur la validité de l'acte *inter partes*. Si les parties n'ont rien convenu d'autre que de lier autrui, leur contrat est nul. Si, en revanche, après avoir gommé du contrat ce qu'il prétendrait contenir qui concerne directement les tiers – et qui est un effet impossible -, il subsiste quelque chose qui puisse servir d'objet valable à la convention entre parties, l'accord n'est pas nul. Mais, ce disant, on aborde déjà la remise en cause de la prohibition des contrats pour autrui.

B) Remise en cause de la prohibition des contrats pour autrui

14. - On peut sérieusement douter, aujourd'hui, de la pertinence de la prohibition des contrats pour autrui. Il convient toutefois de distinguer la stipulation pour autrui, d'un côté, des promesses pour autrui, de l'autre. Les raisons de renverser le principe ne sont en effet pas les mêmes dans les deux cas.

15. - ***S'agissant des stipulations pour autrui***, on sait que le droit romain avait assorti le principe de leur prohibition d'un certain nombre d'exceptions (le fait de prévoir une peine en cas de manquement du promettant rendait la stipulation pour autrui efficace ; de même une stipulation pour soi pouvait comporter l'indication d'un tiers autorisé à recevoir le paiement²¹). Le Code civil de 1804 a recueilli cette logique. Il présente la

¹⁸ V., au sujet de la nullité de la vente de la chose d'autrui, prévue par l'article 1599 du Code civil, Cass. Civ., 23 janvier 1832, S. 1832, 1, 666, GAJC, tome 2, 12^{ème} éd., 2008, n°263. *Adde* : Civ. 3^{ème}, 16 avril 1973, Bull. Civ., III, n°303 : « Attendu que, statuant sur la recevabilité de la demande en nullité, sur le fondement de l'article 1599 du Code civil, c'est à bon droit que la cour d'appel la déclare irrecevable, en énonçant que ce texte édicte une nullité relative en faveur de l'acheteur, qui a seul qualité pour l'invoquer » (sol. constante).

¹⁹ A.Weill, thèse précitée, n°79, p.146 *in fine* « L'article 1165 envisage purement et simplement l'*effet obligatoire des conventions* : celui-ci n'existe qu'entre les parties contractantes et ne s'étend pas aux tiers. Nous sommes ainsi amenés à donner de l'article 1165 l'interprétation suivante : *en principe les conventions n'ont d'effet obligatoire qu'entre les parties contractantes ; elles ne peuvent ni créer une obligation à la charge d'un tiers ni lui conférer un droit* ».

²⁰ Projet d'ordonnance, art. 1200, alinéa 1^{er} : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes ».

²¹ Sur tout cela, v. not. R.-M. Rampelberg, art. préc. ; D. Deroussin, *La stipulation pour autrui de l'ancien droit français au XIX^{ème} siècle, ou comment se débarrasser d'une tradition gênante, lus quaesitum tertio. Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p.215 et s.

stipulation pour autrui comme n'étant valable que sous certaines conditions : qu'elle soit la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi ou d'une donation que l'on fait à un autre (art. 1121).

16. - La Cour de cassation a toutefois levé ce verrou. Elle considère depuis longtemps que le seul fait pour le stipulant de justifier d'un intérêt à la stipulation, fut-il moral, rend celle-ci valable, ce qui a permis de valider les contrats d'assurance-vie qui n'auraient, autrement, pas passé le test de l'article 1121²².

En droit positif français, il suffit donc que le stipulant et le promettant aient entendu investir le tiers d'un droit pour que la stipulation soit efficace²³, ce qui n'est poser aucune autre condition que l'intention de s'engager²⁴.

17. - A vrai dire, la jurisprudence est même allée plus loin – trop loin sans doute -, n'hésitant pas à découvrir dans les contrats des stipulations auxquelles les parties n'avaient elles-mêmes pas songé. Ainsi, pour permettre au destinataire d'une chose transportée d'agir sur le fondement contractuel contre le transporteur, elle s'est pendant un temps fondée sur une stipulation tacite censée avoir été faite à son profit²⁵. Ce raisonnement a été étendu aux contrats de transport de personnes, dans lesquels une stipulation au profit des proches de la personne transportée a été découverte, leur permettant d'agir sur le fondement contractuel contre le transporteur pour violation de l'obligation de sécurité²⁶. Critiquée, cette solution a toutefois été abandonnée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 28 octobre 2003²⁷. Le même raisonnement, enfin, a permis à la victime d'une transfusion de produits sanguins contaminés d'agir contre le contractant ayant fourni le sang au médecin ou à l'établissement de soins²⁸.

18. - Quoi qu'il en soit de courant jurisprudentiel, lequel semble au demeurant décliner, il est certain que le principe de prohibition des stipulations pour autrui n'a-t-il plus lieu d'être en droit français. Le constat est ancien²⁹. Il vaut à plus forte raison aujourd'hui : « il ne reste rien de la règle *alteri stipulari nemo potest*. (...) l'affirmation de principe de

²² J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, tome 1, L'acte juridique, 15^{ème} éd., Sirey, 2012, n°471 : « Il y a là un exemple particulièrement remarquable de jurisprudence créatrice, qui, partant d'un principe de prohibition, est parvenue à un principe de validité ». Rapp. l'article 1973 du Code civil, qui autorise la constitution d'une rente viagère au profit d'un tiers sans reprendre les conditions prévues à l'article 1121.

²³ Pour une illustration de ce que la preuve d'une telle intention est requise, v. Cass. Com., 9 oct. 2012, inédit, n°11-25518 : « Mais attendu qu'ayant souverainement retenu que la volonté de faire naître un droit dans le patrimoine de la société CSF caractérisant une stipulation à son profit n'était pas établie par les termes du contrat de franchise (...) ». Tous les arrêts ne sont pas si exigeants : v. Cass. Civ. 2^{ème}, 10 juillet 2014, inédit, n°13-20620, qui juge que la clause par laquelle un cessionnaire s'engage à « prendre en charge » toutes les obligations résultant des contrats de travail contient une stipulation au profit des salariés.

²⁴ V. La stipulation pour autrui et ses principales applications, in Travaux de l'association Capitant, t VII, 1952, p. 189 et s.

²⁵ Cass. Civ., 2 déc. 1891, D. 1892, 1, 161, note Sarraut. Depuis une loi du 6 février 1998, l'article 101 du Code de commerce, devenu l'article L.132-8, fait toutefois du contrat de transport de marchandises terrestre un contrat tripartite, auquel le destinataire est partie, ce qui prive de tout intérêt cette jurisprudence.

²⁶ V. G. Viney, *op. cit.*, n°188-1 et s.

²⁷ Cass. Civ.1^{ère}, 28 oct. 2003, Bull. Civ., I, n°219, JCP 2004, II, 10006, note G. Lardeux et I, 163, n°13, obs. G. Viney, D. 2004, 233, note Ph. Delebecque, RTDciv. 2004, 96, obs. P. Jourdain.

²⁸ V., not. Cass. Civ., 2^{ème}, 20 octobre 2005, n°03-19420, Bull. Civ., II, n°274. Sur la question, v. G. Viney, *op. cit.*, n°188-2.

²⁹ V. not. R. Demogue, Traité des obligations en général, tome VII, Lib. Arthur Rousseau, 1933, n°764.

la validité des stipulations pour autrui correspondrait mieux à l'état de notre droit positif »³⁰.

19. - Il est étonnant que les auteurs du projet d'ordonnance portant réforme du droit commun des contrats, du régime et de la preuve des obligations n'ait pas perçu cet anachronisme. Ils se sont contentés de reprendre, dans leur article 1204, la formule selon laquelle « On ne peut, en général (...) stipuler pour autrui », sans s'apercevoir de la contradiction qu'y apporte leur propre article 1206 : « On peut également stipuler pour autrui ».

20. - Cela étant dit, sur quel mécanisme la stipulation pour autrui repose-t-elle ? S'agit-il pour le promettant de s'engager envers le stipulant à fournir une prestation au bénéficiaire sans que ce dernier n'ait aucun droit ? Ou bien s'agit-il pour les parties de créer un droit directement au profit du bénéficiaire, lequel peut en demander l'exécution au profit du promettant ? La réponse n'est pas douteuse. La stipulation fait naître un droit directement au profit du bénéficiaire.

La Cour de cassation va jusqu'à considérer que ce droit naît dès l'accord passé entre stipulant et promettant³¹. L'acceptation du bénéficiaire ne fait que conforter le droit du tiers, en empêchant pour l'avenir le stipulant de révoquer la stipulation. Sans doute cet effet immédiat de la stipulation n'est-il qu'un moyen d'éviter que les créanciers du stipulant ne saisissent la créance de ce dernier sur le promettant avant l'acceptation³². Il n'en reste pas moins qu'il confère à la stipulation pour autrui le statut d'exception authentique à la règle d'effet relatif des contrats.

21. - ***S'agissant des promesses pour autrui***, la règle d'effet relatif ne connaît en revanche pas d'exception. Il est impossible de faire naître par contrat une dette à la charge d'autrui ou, plus largement, de modifier la situation juridique d'autrui dans un sens qui préjudicie à ses intérêts³³.

22. - Cela ne veut pas dire, toutefois, que les promesses qui concernent autrui soient nécessairement nulles. En réalité, deux situations doivent être distinguées.

Dans la première, les parties ont entendu qu'un effet se produise directement au détriment du tiers et n'ont prévu que cela. Alors, il est exact que le contrat est nul³⁴. Il

³⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°516.

³¹ Cass. Civ., 16 janvier 1888, GAJC, tome 2, *op. cit.*, n°171.

³² V. spéc. F. Zénati-Castaing et T. Revet, Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats, éd. PUF, 2014, n°160 : « *La naissance du droit du tiers bénéficiaire dès la formation de la stipulation pour autrui, à une époque où il n'a pas encore accepté, constitue (...) une anomalie. (...) on doit déduire de ce constat d'anomalie que la prétendue naissance ab initio du droit du bénéficiaire contre le promettant n'est ni inhérente ni nécessaire à la stipulation pour autrui. Sa raison d'être pratique est de soustraire aux créanciers du stipulant la créance contre le promettant* » (en italique dans le texte).

³³ Lorsqu'il s'agit d'offrir à un tiers un avantage assorti de contreparties, la Cour de cassation considère que la « stipulation » ne fait naître de droit qu'à compter de l'acceptation du tiers (Cass. Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1987, D. 1989, Somm. 223, obs. J.-L. Aubert, RTDciv. 1988, 532, obs. J. Mestre). Ainsi, contrairement à la stipulation pour autrui classique, la stipulation « de contrat » pour autrui n'a d'effet qu'à compter de cette acceptation. Sur ce point, v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°523.

³⁴ V. R.-J. Pothier, Traité des obligations, n°56 : « La seconde partie de ce principe, qu'on ne peut promettre que pour soi-même, est évidente : car lorsque j'ai promis qu'un autre vous donneroit quelque chose ou feroit quelque chose, sans me porter fort de lui, ni rien promettre de ma part, cette convention ne peut obliger ni ce tiers ni moi. Elle ne peut obliger le tiers, car il n'est pas en mon pouvoir d'obliger un autre

l'est pour absence d'objet possible. Dans la seconde, les parties ont entendu promettre quelque chose qui les engage elles-mêmes, même si cet objet concerne au second degré autrui. Alors, le contrat est valable.

23.- Il faut immédiatement ajouter que cette seconde situation est infiniment plus probable que la précédente. Car le contrat n'est pas un accord de volonté abstrait. C'est l'accord des volontés de s'engager, d'être lié. Aussi, et sauf le cas d'erreur, lorsqu'une personne s'engage à quelque chose qui n'est pas en son pouvoir, il faut comprendre qu'elle s'engage elle-même à garantir le fait ou l'acte promis. Une promesse de porte-fort ou une autre forme d'engagement personnel se cache donc toujours derrière les contrats qui portent sur le fait ou la chose d'autrui³⁵. Or de tels engagements sont parfaitement valables. L'article 1120 le confirme : « on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ».

24.- Voilà la raison pour laquelle les nullités des ventes ou gages de la chose d'autrui, prévues par les articles 1599³⁶ et 2335³⁷ du Code civil, sont si gênantes³⁸. Même dans un système juridique dans lequel la propriété ou la constitution d'un droit réel accessoire résultent du seul contrat, les conventions portant sur la chose d'autrui devraient être tenues pour valables, sauf à préciser qu'elles ne peuvent alors produire par elles-mêmes un effet translatif ou constitutif mais engagent simplement le débiteur à procurer la chose ou le droit promis. Les expédients trouvés par la Cour de cassation pour limiter cette nullité³⁹ et le fait que la Cour valide par ailleurs le bail de la chose d'autrui⁴⁰ doivent faire réfléchir.

sans son fait. Elle ne m'oblige pas non plus ; car puisqu'on suppose que j'ai promis pour un autre & non pour moi, je n'ai pas entendu m'obliger ».

³⁵ En ce sens, v. not. V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tome IV, 5^{ème} éd. Cotillon, 1855, n°431 ; R. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation (d'après le 1^{er} projet de Code civil pour l'empire allemand)*, 3^{ème} éd. LGDJ, 1925, n°152 : « S'il s'agit du fait d'autrui, il ne pouvait être question de déclarer le contrat nul ; il est bien certain que le promettant a entendu s'engager lui-même à quelque chose, et tout le monde sait que notre article 1119, en tant qu'il traite de l'engagement pour autrui, est dépourvu de toute portée juridique ». Comp., plus réticents, T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, tome 7, éd. F. Pichon, 1894, n°42 et s. ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, 4^{ème} éd., Librairie générale de jurisprudence, 1871, tome 4, §343 *ter* et la note (1). *Contra* Duranton, *Cours de droit français suivant le Code*, Paris, tome 10, 4^{ème} éd., Thorel et Guilbert, 1844, n°209.

³⁶ C. civ., art. 1599 : « La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ».

³⁷ C. civ., art. 2335 (introduit par l'ordonnance portant réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006) : « Le gage de la chose d'autrui est nul. Il peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque le créancier a ignoré que la chose fût à autrui ».

³⁸ V. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2014, introduction avant le n°178 : « La prohibition [de la vente de la chose d'autrui] est maintenant plus gênante qu'utile et la jurisprudence s'efforce de la cantonner » ; J. Huet *et alii*, *Les principaux contrats spéciaux*, 3^{ème} éd. LGDJ, 2012, n°11139, à propos de l'article 1599 du Code civil : « on critique souvent cette solution et l'on en souligne les inconvénients » ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2009, n°504, à propos de l'article 2335 : « ce texte est inutile » ; *adde* plus généralement P. Guiho, *Les actes de disposition sur la chose d'autrui*, RTDciv. 1954, p. 1 et s.

³⁹ V. not. la solution selon laquelle l'acheteur ne peut plus demander la nullité si le vendeur de la chose d'autrui a effectivement acquis cette chose au jour de la demande en nullité : Cass. Civ.1^{ère}, 12 juillet 1963, Bull. Civ., III, n°370, D. 1963, 246 ; Cass. Com., 2 juillet 1979, Bull. Civ., IV, n°224.

⁴⁰ S'agissant du bail de la chose d'autrui, la Cour de cassation le considère valable : v. Civ., 17 mai 1927, D. p. 1928. I. 25, concl. Matter, note H. Capitant ; Civ., 18 mars 1963, Gaz. Pal. 1963, 2, Somm. 2 ; Civ., 26 avr. 1972, D. 1972, Somm. 193 ; Civ. 3^{ème}, 13 févr. 1985, Bull. Civ., III, n°33, Journ. soc. 1985, n°97 : « *Mais attendu que le bail de la chose d'autrui, qui est inopposable au propriétaire, produit effet entre le bailleur et*

25. - Dans le milieu du XXème siècle, la Commission de réforme du Code civil avait opportunément suggéré de remplacer le principe de la prohibition des promesses pour autrui par un principe de licéité des engagements portant sur la chose ou le fait d'autrui⁴¹. Les rédacteurs du projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats n'ont malheureusement pas suivi cette voie⁴². Elle s'offrira néanmoins à l'interprète.

26. - Placés à l'abri des contrats que les parties prétendraient passer pour eux, les tiers peuvent-ils ignorer les contrats que les parties passent pour elles-mêmes ? C'est une autre question.

II Contrats pour soi-même et tiers

27. - A l'égard des contrats que les parties concluent pour elles-mêmes, la règle suivant laquelle « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties » est sans application. Qu'est-ce à dire exactement ? Cela signifie qu'on ne peut invoquer l'article 1165 du Code civil pour conclure à l'inexistence du contrat à l'égard des tiers. C'est tout.

28. - A partir de ce constat négatif, on peut penser librement les effets que les contrats pour soi-même peuvent ou ne peuvent avoir sur les tiers. En France, cet espace de construction n'a jamais été libre. Car la doctrine des années 1920-1930, pour tordre le cou à une lecture trop radicale de l'article 1165 du Code civil, a immédiatement érigé contre ce texte un principe concurrent, dit d' « opposabilité » des contrats aux tiers. Suivant une image qui a rencontré un grand succès, le contrat serait pour les tiers un « fait »⁴³.

29. - Les formules adoptées par la Cour de cassation pour asseoir l'opposabilité du contrat-fait illustrent parfaitement la volonté d'arracher cette opposabilité de l'article 1165. Elles sont toutes négatives : « l'effet relatif du contrat n'interdit pas aux juges du fond de puiser dans un acte étranger à l'une des parties en cause des éléments d'appréciation de nature à éclairer leur décision »⁴⁴ ; « si, en principe, les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, il ne s'ensuit pas que les juges ne puissent rechercher, dans des actes étrangers à l'une des parties en cause, des renseignements de nature à éclairer leur décision, ni ne puissent considérer comme créant une situation de

le preneur tant que celui-ci a la jouissance paisible des lieux » ; Civ. 3^{ème}, 7 oct. 1998, Bull. Civ., III, n°187 ; Civ., 3^{ème}, 24 janv. 2001, inédit, n°99-14426 ; Civ. 3^{ème}, 29 oct. 2013, n°11-19656.

⁴¹ Travaux de la Commission de réforme du Code civil, année 1946-1947, éd. Sirey, p.191 : « *La prestation promise peut porter sur la chose d'autrui. Elle peut porter sur le fait d'autrui. Dans l'un et l'autre cas, l'auteur de la promesse est seul tenu* ».

⁴² L'article 1204 du projet d'ordonnance se contente de reproduire l'article 1119 du Code civil. L'article suivant ajoute qu' : « On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers ».

⁴³ V. spéc. A. Weill, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg, éd. Dalloz 1938 ; S. Calastreng, *La relativité des conventions*, thèse Toulouse, 1939. Comp. antérieurement, E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude de l'individualisme juridique*, thèse Dijon 1912, p.142. Pour des riches développements plus récents sur l'opposabilité, v. J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Les effets du contrat*, 3^{ème} éd. LGDJ, 2001, n°724 et s.

⁴⁴ Cass. Civ.1^{ère}, 3 janvier 1996, Bull. Civ., I, n°7, Def. 1996, 1022, obs. Ph. Delebecque ; et, retenant une formule proche, Cass. Com., 19 nov. 2002, inédit, n° 00-20085 ; Cass Civ. 3^{ème}, 18 janvier 1989, inédit, n° 87-15214 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 7 mars 1973, Bull. civ., III, n°182 ; Cass. Civ.1^{ère}, 24 janvier 1967, Bull. Civ., I, n°33.

fait à l'égard des tiers les stipulations d'un contrat »⁴⁵ ; « si, en principe, les conventions ne nuisent ni ne profitent à ceux qui n'y ont pas été parties, il ne s'ensuit pas que le juge ne puisse pas considérer que les clauses d'un contrat aient pour effet de créer une situation de fait vis-à-vis des tiers »⁴⁶ ; « l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties »⁴⁷.

30. - Il existe maintes illustrations bien connues de cette opposabilité (A). Son régime et son statut demeurent en revanche imprécis (B).

A) Illustrations de l'opposabilité des contrats

31. - L'opposabilité du contrat joue dans deux sens : les contrats sont opposables par les parties aux tiers ; ils sont opposables par les tiers aux parties.

32. - *Les illustrations de l'opposabilité du contrat par les parties aux tiers* sont nombreuses.

33. - Une partie à un contrat translatif de propriété peut opposer ce contrat à un tiers pour rapporter la preuve de son droit de propriété⁴⁸. De même, une partie à un contrat de mariage peut opposer cette convention aux tiers, en ce qu'elle fixe le régime matrimonial et détermine les pouvoirs des époux sur les biens⁴⁹. De même encore, une partie peut opposer au tiers, qui se prévaut d'un bail oral, un bail écrit qui est

⁴⁵ Civ., 3^{ème}, 21 mars 1972, Bull. Civ., III, n°193. En l'occurrence une personne prétendait avoir la qualité de locataire d'une exploitation agricole, et ce afin de faire en partie obstacle à la procédure de saisie-immobilière des biens formant l'exploitation. La preuve du contrat de bail (verbal) formait le cœur du litige. Un contrat passé entre le prétendu bailleur et un tiers contredisait l'existence du bail. Le prétendu fermier soutenait que ces clauses ne lui étaient pas opposables. La solution contraire est retenue par la Cour de cassation.

⁴⁶ Cass. Com., 19 oct. 1954, Bull. Civ., III, n°306.

⁴⁷ Cass. Com., 11 janvier 2005, inédit, n°02-10566 ; V. déjà Cass. Com., 1^{er} avril 1965, Bull. Civ., IV, n°252.

⁴⁸ Cass. Civ., 22 juin 1864, « Lepère », D.1864, 1, 412 ; S.1864, 1, 349 ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, GAJC, tome 1, 13^{ème} éd., 2015, n°84-85 : « Vu les articles 711 et 1165 du Code civil (...) Attendu que « les contrats (...) qui servent de titre et de preuve (à la propriété) sont ceux qui sont passés entre l'acquéreur et le vendeur ; que le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties ; puisque, de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers ; Attendu que déclarer opposables aux tiers les titres réguliers de propriété, ce n'est aucunement prétendre qu'il peut résulter de ces titres une modification quelconque aux droits des tiers ; et qu'ainsi la règle de l'article 1165, qui ne donne effet aux conventions qu'entre les contractants, est ici sans application ». Dans le même sens à propos d'un jugement, v. Civ., 27 déc. 1865, D.1866, 1, 5.

⁴⁹ Cass. Req., 17 déc. 1873, S. 1874, 409, note Labbé : « Les conventions matrimoniales, en tant qu'elles transmettent ou modifient des droits réels, ou donnent au mari le pouvoir d'administrer plus ou moins librement les biens de la femme, sont susceptibles de profiter aux tiers, ou de leur être opposées ; (...) les tiers ne peuvent, pour repousser cet effet, invoquer utilement l'article 1165 du Code civil, dont la disposition n'est relative qu'aux obligations que les conventions font naître entre les parties ».

incompatible avec celui allégué⁵⁰. Il est même possible, pour déterminer la nature ou l'interprétation d'un contrat d'opposer au tiers un contrat qu'il n'a pas conclu⁵¹.

34. - Mais les illustrations les plus problématiques concernent la responsabilité civile des tiers envers le créancier contractuel. Il est acquis en droit français que le tiers qui, en connaissance de cause, accomplit un acte consommant le manquement par une partie à son engagement contractuel engage sa responsabilité délictuelle pour faute envers le créancier⁵². Aucune autre condition n'est requise, notamment pas celle d'un concert frauduleux avec le débiteur.

Engagent donc leur responsabilité délictuelle l'employeur qui embauche un salarié qu'il sait tenu par un autre contrat de travail ou par une clause de non-concurrence⁵³, le tiers qui achète un bien en connaissance de l'existence d'une promesse de vente ou d'un pacte de préférence⁵⁴, le tiers qui s'approvisionne en marchandises auprès d'un vendeur qu'il sait tenu par une clause interdisant les ventes en dehors du réseau de distribution sélective ou exclusive⁵⁵.

Dans plusieurs cas, la responsabilité du tiers a même été admise alors que le débiteur contractuel n'avait lui-même manqué à aucun engagement. Ainsi pour la société de presse qui publie les meilleures pages d'un livre dont les droits d'auteur sont réservés à un autre éditeur⁵⁶. Ainsi encore pour le tiers acquéreur d'un immeuble qui, en connaissance du droit à commission dû par le vendeur à l'agent immobilier, use de stratagèmes pour visiter le bien avec l'agent puis conclut directement la vente avec le vendeur⁵⁷.

⁵⁰ Cass. Civ. 3^{ème}, 21 mars 1972, Bull. Civ., III, n°193.

⁵¹ Cass. Com., 19 nov. 2002, n°00-20085 (interprétation d'une clause de non-concurrence) ; Cass. Com., 1^{er} octobre 2011, n°10-17587, RDC 2011, 1151, obs. Y.-M. Laithier (détermination de la nature d'une convention orale).

⁵² Sur cette question, v. les travaux classiques de P. Huguency, Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle, thèse Dijon, éd. Arthur Rousseau, 1910 ; B. Starck, Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui, JCP 1954, I, 1180 ; S. Ginossar, Liberté contractuelle et respect des droits des tiers (émergence du délit civil de fraude), éd. LGDJ, 1962. *Adde* la riche synthèse de G. Viney, *in* Introduction à la responsabilité, *op. cit.*, n°202 et s.

⁵³ C. Trav., art. L.1237-3 ; Cass. Soc., 5 janv. 1967, Bull. Civ., IV, p. 4 ; Cass. Com., 5 fév. 1991, Bull. Civ., IV, n°34.

⁵⁴ V. E. Savaux, Les conditions de l'opposabilité de l'engagement aux tiers, *in* Débat « Jurisprudence et doctrine : quelle efficacité pour les avant-contrats ? », RDC 2012-2, p.663 et s. Depuis un arrêt rendu en chambre mixte du 26 octobre 2006, la responsabilité du tiers pour violation du pacte de préférence ne peut être engagée qu'à la double condition qu'il ait eu connaissance de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, v. GAJC, tome 2, *op. cit.*, n°258.

⁵⁵ Sur l'opposabilité aux tiers des clauses organisant les réseaux de distribution sélective ou exclusive, v. P. Jourdain, Les réseaux de distribution et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseaux, D. 1990, Chron. 43 ; L. Amiel-Cosme, Les réseaux de distribution, éd. LGDJ, 1995, n°331 et s. ; R. Wintgen, Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand, éd. LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin, n°276 et s. ; et la synthèse de G. Viney, *op. cit.*, n°206 ; *adde* C. Com., art. L.442-6, I, 6° (issu d'une loi du 1^{er} juillet 1996) : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ».

⁵⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, n° 97-22.498, Bull. civ. 2000, I, n° 246, JCP G 2001, I, 338, G. Viney, D. 2001, p. 952, note M. Billiau et J. Moury.

⁵⁷ Cass. ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12.449 : Bull. civ. 2008, ass. plén., n° 3 ; D. 2008, p. 2328, obs. Y.

35. - **Les illustrations de l'opposabilité du contrat par les tiers aux parties** sont peut-être plus nombreuses encore.

36. - Les tiers sont tout d'abord fondés à puiser dans le contrat tous éléments de faits de nature à étayer leurs prétentions. Ils peuvent ainsi opposer l'existence ou le contenu d'un contrat pour, par exemple, évaluer le préjudice qu'ils sont tenus d'indemniser⁵⁸ ou le prix qu'ils sont tenus de payer⁵⁹, ou encore pour établir la compétence d'une juridiction⁶⁰ ou démontrer l'existence d'une rupture brutale des relations commerciales⁶¹. Les tiers peuvent aussi, pour se prétendre libérés envers une partie, invoquer l'effet translatif d'un contrat⁶² ou l'effet extinctif d'une transaction⁶³.

37. - Mais là aussi les principales difficultés concernent la responsabilité civile. Un tiers

Rouquet ; AJDI 2008, p. 878 ; RTD civ. 2008, p. 485, obs. P. Jourdain ; RTD civ. 2008, p. 498, obs. P.-Y. Gautier : « Mais attendu que, même s'il n'est pas débiteur de la commission, l'acquéreur dont le comportement fautif a fait perdre celle-ci à l'agent immobilier, par l'entremise duquel il a été mis en rapport avec le vendeur qui l'avait mandaté, doit, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, réparation à cet agent immobilier de son préjudice » ; Sol. reprise par Cass. Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2014, n°13-23178.

⁵⁸ Le notaire responsable de l'inefficacité de l'acte instrumenté peut invoquer les clauses du contrat de prêt pour contester l'ampleur du préjudice : Cass. Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005, n°02-11759, RTDciv. 2005, 596, obs. J. Mestre et B. Fages, D. 2006, 1156, note A. Guégan-Lécuyer ; Cass. Civ. 1^{ère}, 3 janvier 1996, n°93-20404, Bull. Civ., I, n°7, Def. 1996, 1022, obs. Ph. Delebecque : L'acheteur tenu de souffrir la présence d'une conduite peut invoquer contre le notaire tenu de l'indemniser la transaction conclue avec le bénéficiaire de la servitude chiffrant le coût du déplacement de la conduite.

⁵⁹ Cass. Com., 31 mars 2009, n°08-15655, BJS, 1^{er} juillet 2009, n°7, p. 686, note C. Boillot : « attendu que si en principe les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, elles constituent des faits juridiques dont peuvent être déduites des conséquences de droit à l'égard des tiers et que la transaction en cause qui avait réduit le prix de cession constituait en l'espèce un tel fait juridique (...) » (invocation de la transaction par le tiers qui s'était engagé à verser une indemnité proportionnelle au prix de vente en cas de cession des actions).

⁶⁰ Jugé qu'en l'absence d'indication du montant du crédit dans le contrat litigieux, il est possible de se référer au prix de l'acquisition réalisée au moyen du prêt pour déterminer la compétence de la juridiction : Cass. Civ. 1^{ère}, 5 fév. 2014, n°13-11280.

⁶¹ Cass. Com., 20 mai 2014, n°13-16398 : pour caractériser la rupture brutale d'une relation commerciale établie, il peut être tenu compte des contrats passés par l'auteur de la rupture avec des tiers : « la cour d'appel, qui n'a fait qu'apprécier des faits établissant la pratique contractuelle qui s'était instaurée entre les parties, n'a pas méconnu les dispositions de l'article 1165 du Code civil ».

⁶² Com., 22 oct. 1991, Bull. Civ., IV, n°302, JCP 1992, I, 3570, obs. M. Billiau, Def. 1992, 321, obs. J.-L. Aubert, D.1993, 181, note J. Ghestin : une caution se prévalait d'une cession de la créance garantie pour échapper aux poursuites intentées par le créancier cédant. Sa prétention est accueillie par la Cour de cassation au motif que : « s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat ». En revanche, il semble que le débiteur cédé ne puisse se prévaloir d'une cession de créance qui ne lui a pas été signifiée pour refuser de payer le cédant : Cass., Civ., 20 juin 1938, GAJC, tome 2, n°255 (qui se fonde sur l'article 1165) ; Civ. 3^{ème}, 12 juin 1985, RTDciv. 1986, 349, obs. J. Mestre. Mais la solution est largement critiquée. V. not. J. François, Les obligations, Régime général, 3^{ème} éd. Economica, 2013, n°368.

⁶³ L'assureur ou le co-responsable peuvent invoquer la transaction conclue entre le responsable et la victime, par laquelle cette dernière se déclare remplie de ses droits ou renonce à un droit : Cass. Civ. 1^{ère}, 23 juin 1998, Bull. Civ., I, n°224 (assureur) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, n°01-14674 (notaire responsable) ; Un tiers peut aussi opposer au salarié la transaction par laquelle ce dernier a renoncé à contester son licenciement : Cass. Soc. 20 nov. 2013, n°10-28582 : « Mais attendu que si l'effet relatif des contrats interdit aux tiers de se prévaloir de l'autorité d'une transaction à laquelle ils ne sont pas intervenus, ces mêmes tiers peuvent néanmoins invoquer la renonciation à un droit que renferme cette transaction » ; idem : Cass. Soc., 25 sept. 2013, n°12-17863 ; Cass. Soc., 14 mai 2008, n°07-40946 et 07-41061. Sur la question de l'opposabilité de la transaction, v. X. Lagarde, La transaction et les tiers : tentative de clarification d'une question complexe, RDC 2005, 413 et s.

peut-il mettre en jeu la responsabilité du débiteur contractuel en cas de manquement par ce dernier à son obligation ? N'étant par hypothèse pas créancier, le tiers ne peut assurément prétendre agir sur le fondement délictuel. Mais même sur ce fondement, sa demande peut-elle prospérer ? La réponse est oui. Seules les conditions de l'action font débat. Chacun sait que, pendant longtemps, la Cour de cassation exigea la démonstration par le débiteur d'une « faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel »⁶⁴. La première chambre civile s'orienta toutefois par la suite vers une assimilation des fautes contractuelle et délictuelle, ce qui revenait à dispenser le tiers de toute autre preuve que celle du manquement au contrat⁶⁵. Par un fracassant arrêt Myr'ho, rendu en assemblée plénière le 6 octobre 2006, la Cour a confirmé cette orientation : « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »⁶⁶. Cette jurisprudence, aux « conséquences potentiellement dévastatrices »⁶⁷, est vivement critiquée. Aussi tous les signaux de son abandon sont-ils guettés⁶⁸. En vain, jusqu'à présent.

Toutefois, il convient d'ajouter que si cette jurisprudence permet virtuellement à tout tiers d'invoquer un manquement contractuel en s'appropriant le bénéfice d'une obligation dont il n'est pas créancier (pourvu qu'il ait subi un « dommage »), les conséquences qui en ont été tirées jusqu'à présent ne sont pas aussi bouleversantes qu'on pouvait le craindre et auraient pu, par la plupart, être adoptées sur un autre fondement. Dans l'affaire Myr'ho, le locataire-gérant d'un fonds de commerce agissait contre le bailleur pour des défauts d'entretien qui rendaient l'utilisation normale des lieux loués impossible. Par la suite, c'est une caution qui a été reconnue fondée à agir contre le créancier garanti en raison du manquement commis par ce dernier envers le

⁶⁴ V. par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 8 oct. 1962, Bull. Civ., I, n°405 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 7 nov. 1962, JCP 1963, II, 12987, note P. Esmein ; Cass. Com., 17 juin 1997, JCP 1998, I, 144, obs. G. Viney, RTDciv. 1998, 113, obs. P. Jourdain.

⁶⁵ V. en dernier lieu Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mai 2004, Bulletin 2004, I, n° 141 p. 117 ; RTDciv. 2004, n° 3, p. 516-517, obs. P. Jourdain. Un avocat forme une enchère hors délai. Il est assigné en responsabilité par le vendeur : « Attendu que pour rejeter cette demande, l'arrêt attaqué énonce que la faute du mandataire ne pouvait être invoquée par un tiers que si elle était détachable du contrat ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la faute commise dans l'exécution du contrat était susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de son auteur à l'égard des tiers à ce contrat, la cour d'appel a violé les textes susvisés (1991 et 1165 C.civ.) ». La chambre commerciale ne partagea pas cette orientation : v. not. Cass. Com., 5 avril 2005, Bull. Civ., IV, n° 81 p. 85 ; D. 2005, 2836 et s., obs. B. Fauvarque-Cosson et S. Amrani-Mekki ; CCC. 2005/8, p.17, obs. L. Leveneur ; RCA, n°6-2005, obs. H. Groutel : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'un tiers ne peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, se prévaloir de l'inexécution du contrat qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui ».

⁶⁶ Cass. Ass. Plén., 6 oct. 2006, « Myr'ho », n° 05-13255, Bull. civ. ass. plén., n° 9 ; D. 2006, p. 2825, note G. Viney ; JCP G 2006, II, 10181, avis A. Giarizzo et note M. Billiau ; Resp. civ. et assur. 2006, études 17, par L. Bloch ; RTD civ. 2007, p. 123, obs. P. Jourdain ; GAJC, t. 1, 13^{ème}, Dalloz, comm. n° 177 ; *Adde* le dossier spécial de la RDC 2007/2.

⁶⁷ J.-S. Borghetti, RDC 2009, p. 506

⁶⁸ Un arrêt de la troisième chambre civile avait paru contredire l'arrêt « Myr'ho » : Cass. Civ. 3^{ème}, 22 oct. 2008, RTD civ. 2009, p. 121, obs. P. Jourdain. Mais il s'agissait d'un faux signal : Cass. Civ. 3^{ème}, 13 juillet 2010, n°09-67516, RDC 2011, 65, obs. T. Genicon, *ibid* 73, obs. G. Viney et *ibid* 178, obs. J.-B. Seube. Une décision de la chambre commerciale a également été interprétée comme mettant en doute la jurisprudence Myr'ho : Cass. Com., 18 déc. 2012, n°11-25567, D. 2014, 473, note R. Boffa, BJS mars 2013, p. 191, obs. H. Barbier, RDC 2013, p. 915, obs. J.-S. Borghetti. Mais cette interprétation n'est pas certaine : v. les obs. d'Y.-M. Laithier, *in* RDC 2013, p. 533.

débiteur principal⁶⁹. Dans une autre affaire, un tiers, preneur à bail commercial, a été reconnu fondé à agir contre un autre locataire du même immeuble en cessation d'une activité concurrente, étant entendu que tous les baux de l'immeuble contenaient une clause interdisant de concurrencer les commerces existants⁷⁰.

B) Régime et statut de l'opposabilité des contrats aux tiers

38. - Les illustrations précédentes font apparaître la grande variété de situations dans lesquelles l'opposabilité est admise mais aussi des conditions auxquelles elle est soumise. Afin de mettre un peu d'ordre, on peut tenter de préciser le régime de l'opposabilité. L'espoir est que cela permettra de fixer son statut.

39. - *S'agissant du régime de l'opposabilité*, un élément paraît acquis : la preuve du contrat peut-être apportée, dans les rapports entre les parties et les tiers, par tous moyens⁷¹. Pour le reste, le régime est à construire. Il n'est pas unitaire. A la suite de José Duclos, il est possible de distinguer l'opposabilité probatoire, d'un côté, de l'opposabilité substantielle, de l'autre⁷².

40. - Lorsque le contrat n'est opposé qu'à titre de simple indice, pour étayer le bien fondé d'une prétention, l'opposabilité n'est pas décisive, elle est probatoire. Il ne s'agit pour les juges du fond que d'y puiser des « renseignements de nature à éclairer leur décision »⁷³. Cette opposabilité ne devrait pas être subordonnée à la validité de l'acte puisque ce n'est pas l'effet du contrat qui est opposé mais un fait contractuel objectif, qui n'est au demeurant nullement décisif pour le juge.

41. - Lorsque, à l'inverse, le contrat est opposé en tant qu'il a créé des effets de droit, dont on demande le respect, il est logique que parties et tiers puissent se défendre en opposant la nullité de l'acte. Leurs situations respectives ne sont toutefois pas parfaitement identiques de ce point de vue : les parties devraient pouvoir opposer tant les causes de nullité absolues que les causes de nullité relatives qui les concernent⁷⁴ ; les tiers quant à eux ne devraient pouvoir invoquer que les causes de nullité absolue⁷⁵. Encore la question de la nullité n'absorbe-t-elle pas toutes les difficultés. Nous en aborderons trois autres.

⁶⁹ Cass. Com., 23 sept. 2014, n°13-14241. N'est-ce pas là une conséquence classique du caractère accessoire du cautionnement ?

⁷⁰ Cass. Com., 13 juillet 2010, préc. N'y a-t-il pas là une banale stipulation pour autrui ? En ce sens, v. not. T. Genicon, obs. préc.

⁷¹ V. not. Cass. Civ. 1^{ère}, 2 fév. 1988, Bull. Civ., I, n°30.

⁷² J. Duclos, *L'opposabilité* (Essai d'une théorie générale), Thèse Rennes-1, éd. LGDJ, 1984, préf. D. Martin, p. 80 et s. Comp. F. Danos, *Propriété, Possession et opposabilité*, éd. Economica, 2007, préf., L. Aynès, n°178 et s., qui suggère de distinguer l'opposabilité « simple » de l'opposabilité « substantielle » et qui opère une sous-distinction au sein de l'opposabilité simple ; comp. antérieurement, F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat*, thèse Dactyl., Paris-II, 1979, n°115 et s., qui distingue l'opposabilité au sens d'exigibilité, l'opposabilité comme mode de preuve et l'opposabilité au sens d'inviolabilité.

⁷³ Cass. Civ. 3^{ème}, 21 mars 1972, préc.

⁷⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 février 1995, Bull. Civ., I, n°91, CCC 1995, comm. n°81, obs. L. Leveneur, JCP 1995, I, 3867, obs. M. Billiau, RTDciv. 1995, 883, obs. J. Mestre : l'assureur d'une chose opposait la vente du bien pour dénier sa garantie au vendeur ; jugé que le vendeur peut invoquer la nullité de la vente pour dol.

⁷⁵ Cass. Civ., 10 juillet 1873, D. 1876, 2, 183 ; *contra* R. Demogue, *op. cit.*, n°738, selon lequel les tiers devraient pouvoir invoquer aussi les causes de nullité relative.

42. - La condition de connaissance de l'acte par le tiers est la première qui se pose. Dans quelques cas, il ne semble pas que l'opposabilité de l'effet contractuel au tiers soit subordonné à une quelconque connaissance du contrat par ce dernier. Il suffit de penser à l'hypothèse d'un contrat translatif de propriété opposé à la victime du dommage dont la chose vendue a été l'instrument et qui agit sur le fondement de la responsabilité du fait des choses. On voit mal que la victime puisse tenir le transfert pour non avenu au motif qu'elle n'en avait pas connaissance. Dans la majorité des cas, cependant, si le contrat est opposé, c'est pour priver d'effet ou rendre illicite un acte accompli par le tiers. Or de puissants arguments de sécurité juridique militent pour que l'opposabilité soit alors subordonnée à la connaissance du contrat par le tiers au moment où ce dernier a entrepris l'acte critiqué. La clause de non-concurrence, la clause d'exclusivité, la clause d'inaliénabilité⁷⁶, la clause d'agrément⁷⁷, l'interdiction conventionnelle de recevoir à titre gratuit⁷⁸, et plus généralement toutes les restrictions conventionnelles à la commercialité des biens, à la liberté d'entreprendre et de contracter sont inopposables aux tiers qui ont contracté de bonne foi avec le débiteur. Le principe paraît acquis. Malheureusement, la conséquence n'en est pas toujours respectée par les juridictions. Elle devrait être l'obligation pour le créancier de se contenter de dommages et intérêts contre le débiteur. Aucun anéantissement du droit constitué au profit du tiers de bonne foi, aucune exécution forcée ni aucune réparation en nature contre lui ne devraient donc être possibles⁷⁹.

43. - Une autre difficulté est celle de savoir si le contrat, lorsqu'il est opposé par ou contre un tiers, doit être interprété dans le sens que lui ont donné les parties ou bien dans le sens que pouvait raisonnablement leur donner les tiers. La question est passée inaperçue en France. L'interprétation suivant l'intention des parties peut rester le principe. Toutefois lorsque le tiers s'est fondé sur le contrat pour agir, l'interprétation raisonnable qu'il en a donnée doit primer, sauf à porter atteinte à la sécurité juridique⁸⁰.

44. - Une dernière difficulté, rarement abordée elle aussi, est celle de savoir les parties peuvent restreindre, voire interdire l'opposabilité du contrat par les tiers. Une telle stipulation est quelque peu étonnante puisque, pour aboutir à rendre le contrat

⁷⁶ V. R. Marty, De l'indisponibilité conventionnelle des biens, LPA 21 et 22 nov. 2000, n°232, p. 4 et n°233, p. 8.

⁷⁷ Cass. Com., 21 nov. 2000, Def. 30 mai 2001, n°10, p. 635, note M. Billiau.

⁷⁸ Arg. Cass. Civ. 1^{ère}, 25 sept. 2013, n°12-25160, RDC 2014, p. 20, obs. Y.-M. Laithier.

⁷⁹ *Contra*, l'arrêt équivoque suivant : Cass. Civ. 3^{ème}, 4 mai 2006, JCP G 2006, II, 10119, note O. Deshayes, RDC 2006, 267, obs. D. Mazeaud, 295, obs. G. Viney et 1154, obs. J.-B. Seube, RTDciv. 2006, 553, obs. J. Mestre et B. Fages : « le locataire, bénéficiaire d'une clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation » et, plus convaincant, sur renvoi CA Paris, 27 sept. 2007, RDC 2010, p. 55, obs. O. Deshayes. Dans le sens préconisé, v. Cass. Soc., 18 nov. 2009, 08-19419, RDC 2010, p. 575, obs. Y.-M. Laithier : « pas plus que le juge du principal, le juge des référés n'a (...) le pouvoir, à la demande d'un tiers, d'ordonner la résiliation d'un contrat de travail ni de prendre une mesure entraînant la rupture de celui-ci » ; Dans le sens contraire : Cass. Com., 29 janv. 2013, RDC 2013, 907, obs. O. Deshayes : « le juge des référés peut ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état qui s'impose pour faire cesser le trouble constitué par la violation manifeste de clauses contractuelles, même à l'égard de tiers audit contrat, dès lors que ces tiers sont parties au litige ».

⁸⁰ Comp. DCFR, art. II – 8 :101, (3) : « On doit interpréter cependant le contrat conformément au sens qu'une personne raisonnable lui donnerait : (...) b) à l'égard d'une personne n'étant ni partie au contrat ni bénéficiaire légalement de plus de droits qu'une telle partie qui, raisonnablement et de bonne foi, s'est fiée à la signification apparente du contrat » (traduction française du DCFR par J. Ghestin, *in* RDC 2010, p.213 et s.

inopposable, il faudrait qu'elle soit elle-même opposable. Mais à vrai dire, indépendamment même de ce problème logique, l'efficacité d'une telle stipulation est douteuse. Ce que les parties font et décident, elles ne peuvent choisir de le rendre inexistant aux yeux des tiers. Ce serait vouloir tout et son contraire. Les règles gouvernant la simulation mettent déjà sur cette voie : les tiers sont fondés à invoquer l'acte secret. Les parties ne sauraient les contraindre à s'en tenir à l'acte ostensible. Aussi, le seul moyen de comprendre les clauses d'inopposabilité consiste-t-il à en faire des indices permettant de déterminer le contenu de l'accord des parties⁸¹. On pourra par exemple dire que tel contrat n'a pas pu faire naître une stipulation pour autrui puisque les parties ont expressément refusé que le « bénéficiaire » puisse l'invoquer. Ainsi borné, le contrat sera efficace entre parties et opposable aux tiers (pour ce qu'il est) : les créanciers des parties pourront notamment l'invoquer.

45. - Tout ceci permet-il, *s'agissant du statut de l'opposabilité*, de parvenir à une conclusion ? Plus précisément, doit-on faire de l'opposabilité un principe ? La doctrine y est largement favorable⁸². La Cour de cassation l'a admis dans une décision, rendue en 2000⁸³, mais elle se montre depuis très prudente⁸⁴. En réalité, il semble qu'il faille s'entendre sur les termes.

46. - Si l'opposabilité est simplement l'aptitude du contrat à pouvoir être invoqué par ou contre les tiers, alors il existe assurément un principe d'opposabilité, que l'on formulera de manière négative : le contrat n'est pas par nature inopposable. La règle d'effet relatif notamment n'interdit pas que l'existence du contrat, son contenu et, mieux, ses effets soient pris en compte pour trancher les litiges entre parties et tiers, voire entre tiers. Mais a-t-on encore besoin de le dire ?

47. - Si, allant plus loin, on voit dans l'opposabilité la force particulière d'un contrat de s'imposer effectivement aux tiers afin de contraindre ces derniers au respect de la situation juridique qu'il a créée, alors sa nature de principe est plus incertaine. Certes, l'ordre juridique prête main forte au contrat : un maillage de règles vise à assurer que la situation juridique voulue par les parties soit respectée par les tiers. La responsabilité civile délictuelle des tiers envers le créancier en est la principale illustration. Mais l'ordre juridique protège tout aussi puissamment les tiers contre les contrats passés par les parties. Il les protège avant tout en leur permettant de se fier à l'apparence de vide contractuel : les tiers n'ont pas à rechercher l'existence d'un contrat et peuvent tenir pour inexistantes les droits contractuels qui n'auraient pas été portés à leur connaissance. Il les protège aussi en leur permettant de se fier à l'apparence contractuelle. C'est ainsi

⁸¹ Dans une affaire récente la Cour de cassation a donné effet à la clause, contenue dans des statuts de société, selon laquelle les tiers ne pourraient ni invoquer ni se voir opposer l'obligation pour le gérant de la SARL d'obtenir une autorisation préalable avant de conclure tels ou tels actes : Cass. Com., 13 nov. 2012, inédit, n°12-25675, D. 2014, 183, note B. Dondéro, BJS, mars 2014, n°3, 177, obs. P. Le Cannu, RDC 2014, p. 167, obs. Y.-M. Laithier. Il aurait suffi d'interpréter le contrat en ce sens qu'il ne créait aucune cause conventionnelle de nullité et ne permettait que d'engager la responsabilité du gérant.

⁸² *Contra* toutefois R. Wintgen, *op. cit.* ; F. Danos, *op. cit., loc. cit.* ; R. Boffa, note sous Cass. Com. 18 déc. 2012, préc.

⁸³ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 oct. 2000, Bull. Civ. I, n°246 ; JCP 2000, IV, 2793 ; D.2001, J, 952, note M. Billiau et J. Moury ; JCP 2001, I, 338, obs. G. Viney, où la Cour de cassation fait explicitement référence au « principe d'opposabilité des conventions aux tiers ».

⁸⁴ V. les formules reproduites *supra*, n°29, dont il résulte que l'effet relatif n'interdit pas que le juge puisse tirer du contrat des conséquences à l'égard des tiers.

que se trouvent privés d'effets à leur égard la révocation occulte du mandat⁸⁵ ou la contre-lettre⁸⁶. C'est donc à une conciliation que l'ordre juridique se livre, entre respect de la norme contractuelle et respect des intérêts des tiers, dont le résultat dépend des circonstances. Pour cette raison, il n'est pas possible d'affirmer que les contrats, d'eux-mêmes, sont par principe opposables aux tiers⁸⁷. Ils n'ont qu'une vocation de principe à être opposables. Les rédacteurs du projet d'ordonnance de réforme ont préféré une formule sans nuance : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat »⁸⁸. Trop générale, la règle est fautive.

⁸⁵ C. civ., art. 2005 : « La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire.

⁸⁶ C. Civ., art. 1321 : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers ».

⁸⁷ V. spéc. R. Wintgen, *op. cit.*

⁸⁸ Art. 1201 al. 1^{er}. L'alinéa 2 poursuit : « Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait ».