



HAL
open science

LE CONTRAT ET LES TIERS - REGARDS FRANÇAIS SUR LE PROJET DE REFORME ESPAGNOL DU DROIT DES CONTRATS

Morgane Reverchon-Billot

► **To cite this version:**

Morgane Reverchon-Billot. LE CONTRAT ET LES TIERS - REGARDS FRANÇAIS SUR LE PROJET DE REFORME ESPAGNOL DU DROIT DES CONTRATS. La recodification du droit des obligations en France et en Espagne, Colloque ERDP et Grupos de investigación derecho privado europeo y de conflictu legum, 8 et 9 octobre 2015, 2016. hal-02154873

HAL Id: hal-02154873

<https://hal.science/hal-02154873>

Submitted on 13 Jun 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE CONTRAT ET LES TIERS
REGARDS FRANÇAIS SUR LE PROJET DE REFORME ESPAGNOL DU DROIT DES CONTRATS

Morgane REVERCHON-BILLOT
Docteur en droit de l'Université de Poitiers
Faculté de droit et des sciences sociales
Equipe de recherche en droit privé (ERDP, EA 1230)

1. Regards français - La question du contrat et des tiers est un thème classique, aussi bien du droit français ¹, que du droit espagnol ². Ce sujet, bien que fréquemment traité, peut néanmoins voir son analyse renouvelée par la lecture du projet espagnol de réforme du droit des obligations à l'aune du droit français. Il ne s'agit pas de procéder, au sens strict, à une étude de droit comparé ³, mais plutôt d'apprécier une proposition de réforme par l'éclairage d'un système juridique qui lui est étranger. L'objectif est donc de s'intéresser au projet espagnol, en l'examinant par le prisme du droit français positif et prospectif, et en le confrontant aux propositions de projets européens de réforme du droit des contrats. Une telle démarche présente un intérêt didactique certain, mais également scientifique : elle est la préparation d'un matériau comparatiste. Elle constitue ainsi la première étape nécessaire à une véritable comparaison.

2. Identification des protagonistes – Il faut, de prime abord, identifier les tiers. Le principe de l'effet relatif oppose les parties, liées par le contrat, aux tiers, qui y sont en principe étrangers ⁴ : le tiers est donc celui qui est extérieur au contrat. Toutefois la distance qui existe entre lui et le rapport contractuel n'est pas homogène. Certains, n'entretenant aucun lien juridique avec les parties, sont des tiers absolus (ou *penitus extranei*) ⁵. D'autres sont les ayants-cause à titre universel ou particulier de l'une ou de l'autre des parties ⁶. Les derniers, enfin, sont unis à l'un des contractants par un lien d'obligation (créance ou dette) ⁷.

¹ M. FONTAINE et J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, LGDJ 1992 ; J.-L. AUBERT, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* 1993, p. 263 ; J. GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G* 1992, I, p. 3628 ; « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.* 1994, p. 777 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », *RTD civ.* 1994, p. 275.

² Á. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Cizur Menor (Navarra) : Ed. Thomson-Civitas 2010, pp. 599 à 645 ; L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial (vol. I), Introducción. Teoría del contrato*, 6^e éd., Cizur Menor (Navarra) : Ed. Thomson-Civitas 2007, pp. 521 à 553 ; J. M. LETE DEL RIO et J. LETE ACHIRICA, *Derecho de Obligaciones (vol. I), Teoría general de la relación obligatoria y del contrato, Derecho de daños*, Cizur Menor (Navarra) : Ed. Thomson-Aranzadi 2005, pp. 513 à 525 ; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil (Tome II, vol. I), Doctrina General del contrato*, 2^e éd. (Élargie et mise au jour), Barcelone : Ed. Bosch 1978, pp. 257 à 291.

³ « Comparer consiste à établir des rapports de ressemblances et de différences entre les termes d'un savoir, puis à en mesurer l'ampleur, à en chercher les raisons et à en apprécier la valeur. La comparaison est un procédé d'acquisition du savoir ». Le droit comparé ne saurait donc se réduire « à l'observation et à la présentation de diverses institutions ou règles étrangères. Une description de contenus, même rigoureuse et ordonnée, n'est pas une comparaison. La démarche est plus exigeante ». (Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Dalloz 2009, p. 2).

⁴ Le projet espagnol ne fait néanmoins aucune référence au tiers dans l'article consacrant l'effet relatif, *Cf. infra* n° 7.

⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, t. 1, L'acte juridique*, 15^e éd., Sirey 2014, n° 431.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

Le tiers peut également être défini de manière négative comme celui qui n'est pas partie au contrat. Une identification des parties peut ainsi permettre de mieux cerner les tiers. Il est intéressant de remarquer que le vocable choisi par le législateur ou proto-législateur⁸ pour désigner les parties est variable. Le projet espagnol utilise l'expression de « parties qui y ont consenti » à l'article 1244, tandis que l'article 1165 du Code civil français, à l'instar des articles 1200 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁹ et 1165 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription¹⁰, emploie les termes de « parties contractantes ».

Y a-t-il alors une différence entre les « parties contractantes » et les « parties qui y ont consenti » ? Le terme « partie » provient du latin « *partire* » qui signifie « diviser en parties ; partager, répartir, distribuer »¹¹. Par conséquent, la partie « prend part au contrat et à l'opération qu'il organise »¹². Elle est celle qui donne son consentement, qui contracte. La formulation du projet espagnol met l'accent sur la nécessité du consentement, visant les « parties qui ont consenti ». Il en résulte qu'une personne qui n'aurait pas consenti ne saurait se voir attribuer la qualité de partie : elle serait donc tiers au contrat. Un paradoxe apparaît ici. Tant que l'acte n'est pas annulé pour absence de consentement, la personne, bien que n'ayant pas consenti, a la qualité de partie (et non de tiers). Seule l'adhésion à la théorie de l'inexistence du contrat¹³ pourrait permettre d'affirmer l'inverse : le contrat n'ayant aucune existence, les parties n'existent pas non plus. Or, en droit français, la sanction du défaut de consentement est la nullité relative¹⁴.

Elle est toutefois différente dans le projet espagnol qui consacre une nullité de plein droit en cas de défaut total de consentement (art. 1296)¹⁵. Le caractère automatique de la nullité pourrait expliquer que la qualité de partie soit réservée uniquement à celles qui ont consenti. Le raisonnement n'est toutefois pas tenable : tant que le contrat n'a pas été annulé, peu importe que la nullité soit de plein droit, le consentement des parties peut faire défaut¹⁶.

Peut-être serait-il plus prudent de traiter des parties contractantes, voire seulement des parties, sans intégrer le consentement dans la définition ? Le projet Terré¹⁷ procède ainsi et se limite à l'emploi du terme « parties », sans autre précision¹⁸. N'est-ce pas finalement un pléonasme que de parler de « parties contractantes » ? Le terme « partie » peut se suffire à lui-même¹⁹. Le contrat est en principe l'instrument des parties et produit des effets entre elles²⁰. Nombreuses sont pourtant les dispositions du projet de réforme qui concernent le tiers.

⁸ Rédacteur de projets de réforme.

⁹ Texte désigné par « projet d'ordonnance » par la suite.

¹⁰ Proposition désignée par « avant-projet Catala », du nom du président de la commission chargée de son élaboration, dans la suite de l'étude.

¹¹ <http://www.cnrtl.fr/etymologie/partie>. TLFi, V° Partie.

¹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 425.

¹³ CH. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, 1868, §79 et 80 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. V, 3^e éd., 1878, n° 323 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1930, n° 523.

¹⁴ « Cette condition est posée pour protéger, non l'intérêt général, mais l'intérêt de la personne dont les facultés mentales sont altérées » (F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *Les obligations*, 10^e éd., Dalloz 2009, n° 102). V° par exemple : Cass. com., 14 janvier 2014, n° 12-13.270, *inédit*.

¹⁵ Sur cette question : Cf. *supra*, L. GATTI, « Altération du consentement et incapacités », p. 325 et A. BENOIST, « Nullité, annulation et rescision », p. 371.

¹⁶ Sauf à considérer que la nullité de plein droit espagnole correspond à l'inexistence française. Sur ce point, Cf. *infra* A. BENOIST, « Nullité, annulation et rescision », p. 371.

¹⁷ ACADEMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES, *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. TERRE), Réflexions et propositions d'un groupe de travail, Dalloz 2009.

¹⁸ Art. 124.

¹⁹ Des auteurs écrivent toutefois que le terme « n'est pas sans intérêt [...] en tenant compte, surtout, de ce que les parties peuvent être, selon le cas, présentes ou représentées » (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 424).

²⁰ Cf. *infra* S. DUMONT, « Les effets du contrat entre les parties », p. 394.

3. Le tiers dans le projet de réforme espagnol - Pour le privatiste français, traiter du « contrat et des tiers » évoque immédiatement les principes de l'effet relatif et de l'opposabilité du contrat. Il est alors déstabilisé à la lecture du projet espagnol. Celui-ci énonce explicitement le principe de l'effet relatif, mais sans procéder à l'identique pour l'opposabilité. Il faut le dire d'emblée, pour mieux y revenir ²¹ : le droit espagnol a la particularité de ne pas connaître de véritable théorie de l'opposabilité ²².

Il ne suffit toutefois pas, pour traiter du contrat et des tiers, de rester dans la généralité des principes qui sous-tendent leurs rapports ; des techniques juridiques spécifiques concernent également le tiers. Le projet espagnol en contient un certain nombre : contrat en faveur d'un tiers (art. 1294), action oblique (art. 1090), action paulienne (art. 1310), simulation (art.1296), cession de position contractuelle (art. 1227), ou encore contrat pour une personne à déterminer (art. 1295) ²³. Le regard hexagonal repère alors immédiatement qu'aucune place n'est faite à l'action directe, à la promesse de porte-fort, ou encore aux groupes de contrat ²⁴.

Le juriste français, confronté au projet espagnol de réforme du droit des contrats, remarque ainsi qu'il existe des dispositions voisines au regard de son propre droit (I), mais note dans le même temps des silences du projet qui s'avèrent étranges au regard du droit français (II).

I. Regards français sur des dispositions voisines

4. À la lecture du projet de réforme espagnol, le juriste français retrouve des mécanismes qui lui sont familiers. L'article 1244 du projet, à l'instar de l'article 1165 du Code civil, consacre le principe de l'effet relatif du contrat : il chasse les tiers du contrat (A). Mais l'exclusion n'est pas absolue puisque le contrat peut également concerner les tiers, lesquels sont dans ce cas attiré par le contrat (B).

A. Les tiers chassés du contrat

5. Un principe unanimement consacré - L'article 1244 du projet de réforme espagnol du droit des contrats pose le principe selon lequel « les contrats ne produisent leurs effets qu'entre les parties qui y ont consenti et leurs héritiers, à moins qu'il en résulte autrement du contrat lui-même ou de la loi ». L'effet relatif est prévu en droit français par l'article 1165 du Code civil ²⁵ et il est repris dans tous les projets de réforme ²⁶. Aucun des projets extranationaux ne le consacre toutefois explicitement : ni les principes UNIDROIT, ni les

²¹ Cf. *infra* n° 26 et s.

²² Cf. *supra* E. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ, « Silences et surcroûts des projets de réforme », p. 295. M. Díez-Picazo reconnaît toutefois que le principe général de l'effet relatif a été « érodé » (*erosionado*), de sorte qu'il est admis en droit espagnol que les tiers doivent respecter la situation juridique des parties (L. Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (vol. I), *op. cit.*, pp. 524 et 525). Cf. par exemple : STS, 8 juin 1995, RJ 1995, p. 4637 ; STS, 5 décembre 1996, RJ 1996, p. 8943 ; STS, 29 septembre 1997, RJ 1997, p. 6665). En droit français, « il ne s'agit nullement d'une exception à l'effet relatif des contrats » (S. BECQUE-ICKOWICZ, *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1165, Fasc. 20, CONTRATS ET OBLIGATIONS – Effets des conventions à l'égard des tiers. –Opposabilité du contrat, février 2014, n° 1) ; « l'opposabilité est un complément nécessaire de la force obligatoire du contrat » (J. GHESTIN, CH. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ 2001, n° 366). Elle est érigée en véritable principe, cf. *infra* n° 27 et s.

²³ Les deux derniers mécanismes ne sont pas abordés dans cette contribution.

²⁴ Alors que la section 7 de l'avant-projet Catala intitulée « des effets du contrat à l'égard des tiers » en traite.

²⁵ R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525 ; A. WEIL, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse, Dalloz 1938 ; S. CALASTRENG, *La relativité des conventions, étude de l'article 1165 du Code civil*, thèse, Gaillac 1939 ; J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats*, thèse Paris II 1981 ; M. BOUDOT, M. FAURE-ABBAD et P. VECCHI (dir.), *L'effet relatif*, Actes du colloque, LGDJ 2015.

²⁶ Art. 1200 du projet d'ordonnance, Art. 1165 de l'avant-projet Catala, Art. 124 du Projet Terré.

Principes du droit européen des contrats (PDEC), ni le *Draftcommon frame of reference* (DCFR). L'omission est curieuse puisqu'ils réservent pourtant une place à la stipulation pour autrui²⁷.

Il faut alors se méfier : « l'essentiel est invisible pour les yeux »²⁸. L'absence de consécration explicite n'est pas synonyme d'inexistence du principe²⁹. Ce dernier relève d'une telle évidence qu'il ne paraît pas nécessaire de l'énoncer : il est « sans doute considéré comme "naturel" »³⁰. Il peut également « se déduire *a contrario* des moyens offerts en cas d'inexécution »³¹ : l'existence de sanctions offertes au créancier en cas d'inexécution du débiteur³² témoigne d'une adhésion nécessaire au principe de l'effet relatif³³. Cette analyse est corroborée par la définition donnée de l'inexécution par l'article 7.1.1 des principes UNIDROIT. Elle désigne « tout manquement par une partie à l'une quelconque de ses obligations résultant du contrat ». Les commentaires de l'article 1.3 des principes UNIDROIT, consacré à la force obligatoire, abondent également en ce sens. Ils précisent qu'« en posant le principe de la force obligatoire du contrat entre les parties, cet article n'entend pas porter atteinte aux effets que le contrat peut avoir vis-à-vis des tiers en vertu de la loi applicable ». Le principe de l'effet relatif est ainsi implicitement mais unanimement consacré.

6. Un principe différemment formulé – L'observation de la sémantique choisie pour affirmer le principe de l'effet relatif amène un certain nombre de réflexions.

L'examen des textes révèle d'abord que le principe ne se rapporte pas au même objet. Le projet espagnol vise le contrat, tandis que l'article 1165 du Code civil concerne les conventions. Cela fait-il une véritable différence ? L'article 1101 du Code civil, emprunté à Pothier³⁴, précise que le contrat est un genre de convention. « La convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes, ayant un but juridique. Quand ce but juridique est la création d'une obligation, la convention prend le nom de contrat »³⁵. Le champ est donc plus large lorsque le texte vise les conventions en général, et à l'inverse plus réduit lorsqu'il est fait référence au contrat en particulier. Les projets Terré et de la chancellerie adoptent encore une autre formulation : ils accordent le mot contrat au singulier³⁶, à la différence du projet espagnol qui préfère l'emploi du pluriel. Le singulier mettant l'accent sur le caractère unitaire de la notion, sans doute peut-on y voir un indice de l'adhésion à un droit commun des contrats.

D'autres différences sont observables dans l'énoncé de l'effet relatif. Les rédacteurs du projet espagnol indiquent que les contrats « ne produisent leurs effets » qu'entre les parties. Cette formulation est proche de celle du projet Terré (art. 124) : le contrat « n'a d'effets » qu'entre les parties. Le projet Catala opte pour une formulation plus originale : les conventions « ne lient que » les parties. Cette précision permet sans doute de « mieux fixer

²⁷ Cf. *infra* n° 10.

²⁸ A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Le petit prince*, Reynal 1943, p. 83

²⁹ La confusion française des effets obligationnels et réels du contrat explique sans doute qu'il ait été nécessaire d'affirmer le principe de l'effet relatif et de construire une théorie de l'opposabilité (P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771).

³⁰ P. REMY-CORLAY, « Les effets à l'égard des tiers », in *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. TERRE), Réflexions et propositions d'un groupe de travail, Dalloz 2009, p. 293.

³¹ *Ibid.*

³² Articles 8.101 des PDEC, 7.1.1 et 7.2.1 des Principes UNIDROIT, et III 3-101 du DCFR.

³³ P. REMY-CORLAY, *art. préc.* C'est parce que le contrat ne produit des effets qu'entre les parties que les tiers ne peuvent en principe invoquer les moyens offerts en cas d'inexécution contre le débiteur.

³⁴ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, t. 1, par M. SIFFREIN, A. Paris 1821, p. 80

³⁵ E. GAUDEMET, H. DESBOIS et J. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey 1937, p. 21.

³⁶ Art. 124 du Projet Terré et 1200 du projet d'ordonnance.

l'objet du principe qui est de déterminer le domaine de la force obligatoire »³⁷, étant donné que les autres effets des conventions – extinction, transfert de droit, création de groupement – relèvent davantage de l'opposabilité aux tiers³⁸. Le projet d'ordonnance, par souci d'exactitude, est encore plus précis. L'article 1200 dispose que « le contrat ne crée d'obligations » qu'entre les parties, alors même que le contrat était défini à l'article 1101 comme un accord de volontés « destiné à créer des effets de droit ». L'article 1200 souligne donc l'effet dont il est véritablement question ; il ne s'agit pas de produire des effets au sens général, ou de viser le lien entre les parties, mais de cibler, de manière beaucoup plus exacte, la création d'obligations. À la lumière de ces observations, la formulation du principe de l'effet relatif par le projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats semble préférable à celle proposée par le projet espagnol.

7. L'absence de référence au tiers dans le projet espagnol – Le projet espagnol ne fait aucune référence au tiers dans l'énoncé du principe de l'effet relatif. Ce n'est pas la position du droit positif et prospectif français. L'article 1165 du Code civil, juste après avoir posé le principe de l'effet relatif, l'explicite d'une certaine manière en ajoutant que les conventions « ne nuisent point au tiers » et qu'elles « ne lui profitent » qu'en cas de stipulation pour autrui³⁹. L'article 1165 de l'avant-projet Catala est construit de manière assez semblable puisqu'il vise le tiers, il est néanmoins plus général : les conventions « n'ont d'effets à l'égard des tiers » que dans les cas et les limites prévus ensuite. Les autres offres de loi française sont plus précises. Les articles 124 du projet Terré⁴⁰ et 1200 du projet d'ordonnance⁴¹ ajoutent que les tiers ne peuvent « ni demander l'exécution du contrat, ni se voir contraints de l'exécuter ».

Malgré l'absence de référence explicite au tiers dans le projet espagnol, il ne fait aucun doute qu'il faut déduire son exclusion du contrat par une interprétation *a contrario* de l'article 1244. Si les contrats ne produisent d'effets qu'entre les parties qui y ont consenti, cela signifie qu'ils n'en produisent aucun à l'égard des tiers. Le choix français de viser expressément les tiers, et précisément les effets que le contrat ne peut produire à leur égard, s'explique sans doute, à l'instar de l'existence d'une théorie de l'opposabilité, par l'absence de distinction entre les effets obligationnels et les effets réels du contrat⁴².

8. Place particulière de l'héritier dans le projet espagnol - Le projet espagnol a pour particularité d'inclure les héritiers dans l'énoncé de l'effet produit entre les parties⁴³. Ils sont ainsi considérés au même titre que les parties au contrat. Il faut néanmoins que le contractant décède pour que le contrat produise véritablement des effets à l'égard des héritiers. La considération de l'héritier se comprend aisément : il est le continuateur de la personne du

³⁷ D. ARTEIL, « L'effet des conventions à l'égard des tiers dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2006, n° 228, p. 11.

³⁸ PH. MALAURIE, L. AYNES ET PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois 2004, n° 791.

³⁹ Il s'agit d'une application de l'adage romain *Res inter alios acta aliis ne que nocere ne que prodesse potest* (la chose convenue entre les uns ne nuit ni ne profite aux autres). Sur la stipulation pour autrui, cf. *infra* n° 9 et s.

⁴⁰ Il n'a pas d'effet à l'égard des tiers qui ne peuvent ni en demander l'exécution ni se voir contraint de l'exécuter.

⁴¹ Tout comme les différentes versions antérieures.

⁴² P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *art. préc.* « Pour notre part, nous n'hésiterions pas à aller encore plus loin et à écrire que le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes, et que c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers qu'on appelle habituellement opposabilité. L'affirmation n'apparaît incongrue qu'en raison de la confusion habituellement faite entre la force obligatoire du contrat et son contenu (la création d'obligations, le transfert de droits, etc.), [alors que] si l'obligationnel, dans le contrat, ne concerne en principe que les parties, l'obligatorité, elle, est nécessairement générale ».

⁴³ Art. 1244 du projet : « Les contrats ne produisent leurs effets qu'entre les parties qui y ont consenti et leurs héritiers ».

défunt⁴⁴. Lorsque le contractant décède, les héritiers prennent sa place dans le contrat, devenant ainsi créanciers et débiteurs des diverses obligations transmises⁴⁵.

La proposition du projet espagnol est intéressante sur ce point. Le fait que l'héritier soit traité comme les parties dans l'énoncé du principe ne constitue pas une dérogation à l'effet relatif des contrats. Le principe interdit aux parties, par leur volonté, de faire naître des obligations à la charge ou au profit d'un tiers. Or, lorsque l'héritier devient à son tour partie, le transfert des obligations n'est pas l'effet de la volonté du *de cuius*. Le décès, en ce qu'il est un fait juridique⁴⁶, est à l'origine de droits et d'obligations pour les héritiers ; le contrat produit alors des effets à leur égard. Il est tout à fait justifié de faire figurer les héritiers dans l'énoncé de l'effet relatif.

Pourtant, aucun autre texte, qu'il soit français ou européen, ne procède de la sorte au moment de l'affirmation du principe. Le sort de l'héritier n'apparaît que plus tard dans le Code civil français, dans la partie réservée au consentement. L'article 1122 précise en effet que l'on « est censé avoir stipulé [...] pour ses héritiers et ayants cause »⁴⁷. Les projets de réforme mentionnent également l'héritier dans les dispositions relatives à la stipulation pour autrui⁴⁸.

L'avant-projet Catala se singularise en envisageant plus largement la question de la transmission des droits et obligations du défunt aux héritiers. Il précise à l'article 1165-3 que « les droits et obligations d'une personne défunte, lorsqu'ils ne s'éteignent pas par le fait de son décès, adviennent à ses héritiers ». Le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie, dans sa version initiale, reprenait textuellement la formule de l'avant-projet Catala⁴⁹. Les versions postérieures ont toutefois préféré supprimer toute référence à la transmission à cause de mort⁵⁰. Mme Remy-Corlay justifie ce choix : les règles posées en matière de successions, de donations entre vifs et de testaments suffisent à régler ces questions. La transmission du contrat à cause de mort aux héritiers ne constitue plus, à la différence de la conception qui primait dans l'antiquité, une exception à la relativité du contrat⁵¹.

Quelle que soit la position adoptée, une certitude demeure : les héritiers ne sont pas des tiers au contrat, et la production d'effets à leur égard ne porte pas atteinte au principe de l'effet relatif. Il est cependant des hypothèses dans lesquelles les tiers sont véritablement attirés par le contrat.

B. Les tiers attirés par le contrat

⁴⁴ P. DE CAZELLE, *De l'idée de continuation de la personne du défunt*, thèse Paris 1905 ; P.-J. CLAUX, *La continuation de la personne par l'héritier*, thèse Paris 1969 ; M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, 6^e éd., Litec 2001, n^o 409 et 549 ; L. DíEZ-PICAZO et A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil (vol. IV), Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, 10^e éd., Madrid : Tecnos 2010, p. 297.

⁴⁵ Sous réserve d'acceptation de la succession.

⁴⁶ « Si l'on admet que l'acte juridique consiste en toute activité humaine dont les effets de droit se produisent pour avoir été voulus, le fait juridique désigne *a contrario* tout acte ou événement auquel le droit attache des conséquences dont il est indifférent qu'elles aient été recherchées » (C. BRENNER, *Répertoire de droit civil Dalloz*, V^o Acte juridique, 2014, n^o 27).

⁴⁷ Sur le sujet : M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, thèse Paris II 1988 ; A.-S. BARTHEZ, *La transmission universelle des obligations*, thèse Paris I 2000.

⁴⁸ Cf. *infra* n^o 11.

⁴⁹ Article 147 du projet de réforme du droit des contrats, décembre 2008.

⁵⁰ Le texte précise toutefois que l'héritier dispose de la faculté de révoquer la stipulation pour autrui en cas de décès du stipulant (art. 1208 du projet d'ordonnance).

⁵¹ P. REMY-CORLAY, *art. préc.*, p. 293.

9. Du contrat en faveur d'un tiers – L'article 1294 du projet constitue, à lui seul, un chapitre intitulé : « du contrat en faveur d'un tiers ». Son contenu impose toutefois d'apporter immédiatement une nuance quant à ce titre. Le texte régit effectivement le « contrat en faveur d'un tiers », mais il traite également de celui « qui contient une stipulation au bénéfice d'un tiers ». Il semble donc, à première lecture, embrasser davantage d'hypothèses que les textes français positifs ou prospectifs. Le Code civil, à l'article 1121, envisage seulement la « stipulation au profit d'un tiers », à l'instar des diverses offres de lois existantes⁵². Mais la stipulation pour autrui avec charge ou obligation pour un tiers⁵³, que les juges ont eu l'occasion d'admettre dans certaines espèces dès lors que le bénéficiaire l'avait acceptée⁵⁴, revient en réalité à conclure un véritable contrat pour autrui⁵⁵. En effet, « faire un contrat pour le compte d'autrui, c'est conclure une convention dont certains effets, au moins, sont destinés à une personne absente à sa conclusion »⁵⁶. Le contrat en faveur d'un tiers se présente donc comme voisin de la stipulation pour autrui connue du droit français.

10. Acquisition du droit – Les textes étudiés sont unanimes, le tiers acquiert le droit contre le promettant par la seule conclusion du contrat (à moins qu'il n'en soit convenu autrement). Cette règle est expressément consacrée par les articles 1294 du projet espagnol, 1208 du projet d'ordonnance, 1171-1 de l'avant-projet Catala, 130 du projet Terré, II.-9 : 301 du DCFR, 6 : 110 des PDEC et 5.2.1 des principes UNIDROIT. Bien qu'aucun texte du Code civil français n'en fasse mention, la jurisprudence a précisé que l'acceptation du tiers n'est pas une condition de la stipulation pour autrui, ce qui indique que ce n'est pas son consentement qui donne naissance au droit⁵⁷.

11. Révocation et renonciation - Bien que le droit naisse instantanément, le projet espagnol laisse au stipulant la possibilité de révoquer le droit du bénéficiaire, tant que ce dernier n'a pas fait connaître son acceptation. La solution énoncée par l'article 1121 du Code civil est en substance la même, mais elle est formulée à l'inverse. Le texte pose une impossibilité de révocation en cas d'acceptation. Les projets français et espagnol envisagent également, à côté de la révocation du stipulant, la renonciation par le tiers⁵⁸. Le Code civil français est au contraire muet sur ce point.

En cas de renonciation ou de révocation, le projet espagnol prévoit que le « droit revient au stipulant et le tiers est réputé ne l'avoir jamais acquis ». Le projet de réforme français précise que lorsque la révocation n'est pas assortie de la « désignation d'un nouveau bénéficiaire, [elle] profite, selon le cas, au stipulant ou à ses héritiers. Le tiers initialement désigné est censé n'avoir jamais bénéficié de la stipulation faite à son profit ». Sauf la référence à l'héritier dans le projet français, les solutions proposées sont sensiblement identiques.

⁵² Art. 1215 du projet d'ordonnance ; Art. 1171 de l'avant-projet Catala ; Art. 129 du projet Terré ; Art. II – 9 : 301 du DCFR ; Art. 6 : 110 du PDEC, Art. 5.2.1 des Principes UNIDROIT.

⁵³ G. VENANDET, « La stipulation pour autrui avec obligation acceptée par le tiers bénéficiaire », *JCP G* 1989, I, n° 3391.

⁵⁴ Cass. 1^{re} civ., 21 novembre 1978, n° 77-14.653, *Bull. civ.* I, n° 356, *D.* 1980, p. 309, note C. CARREAU, *JCP G* 1980, II, 19315, note R. RODIERE ; Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 1987, n° 85-11.769, *Bull. civ.* I, n° 343, *RTD civ.* 1988, p. 532, obs. J. MESTRE, *D.* 1989, somm. p. 233, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. 1^{re} civ., 7 juin 1989, n° 87-14.648, *Bull. civ.* I, n° 233, *D.* 1989, IR, p. 196, *Deffrénois* 1989, p. 1056, obs. J.-L. AUBERT, *RTD civ.* 1990, p. 73, obs. J. MESTRE.

⁵⁵ J. GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 2^e éd., LGDJ 1994, n° 631 ; D. R. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », *D.* 1994, chron. p. 145.

⁵⁶ G. FLATTET, *Les contrats conclus pour le compte d'autrui, essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, thèse, Sirey 1950, n° 1, p. 1.

⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2000, n° 98-14.105, *Bull. civ.* I, n° 333, *Deffrénois* 2001, p. 877, H. PERINET-MARQUET et p. 700, R. LIBCHABER ; *RDI* 2001, p. 78, obs. F. MAGNIN.

⁵⁸ Art. 1208 du projet d'ordonnance et art. 1294 du projet espagnol.

12. Qualité du tiers – Les projets espagnol⁵⁹ et français⁶⁰ admettent qu'il n'est pas nécessaire que le tiers soit identifié au moment de la conclusion du contrat. Il suffit que les critères permettant son identification soient établis.

Le bénéficiaire peut-il alors, s'il est déterminé lors de la conclusion du contrat, être une personne future⁶¹ ? Le projet espagnol n'apporte aucune réponse sur ce point. L'article L. 132-8 du Code des assurances français répond quant à lui par l'affirmative : les enfants à naître (et non encore conçus) peuvent bénéficier d'une assurance-vie. La portée de ce texte a été vivement discutée⁶². Il peut s'analyser, soit comme une disposition spéciale, propre à l'assurance-vie, soit comme la manifestation d'une règle générale, applicable en toute matière. Le projet d'ordonnance français, s'il est adopté en l'état, mettra un terme à ces tergiversations. L'article 1206 admet expressément que le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui soit une personne future, dès lors que celle-ci est précisément désignée ou déterminée. Il serait opportun que le projet espagnol apporte également des précisions à ce sujet⁶³.

13. Opposabilité des exceptions - Le projet espagnol, toujours à l'article 1244, apporte une précision intéressante : « le promettant peut opposer au tiers toutes les exceptions dérivées du contrat, mais il ne peut opposer celles qui dérivent d'autres relations avec le stipulant ». Bien que le contenu de la règle soit classiquement connu du droit français, sa consécration textuelle par le projet espagnol est originale ; aucune des offres de loi de l'hexagone n'y procède.

Il est toutefois unanimement admis que le promettant peut opposer au bénéficiaire les causes de résolution ou de nullité du contrat générateur du droit⁶⁴. Il ne peut cependant pas invoquer des causes de nullité dont seul le stipulant peut se prévaloir. L'illustration la plus topique concerne les vices ayant altéré le seul consentement du stipulant⁶⁵. Le droit français lui interdit également, tout comme le prévoit le projet espagnol, de s'immiscer dans les relations promettant/stipulant qui sont étrangères à la stipulation pour autrui. Il ne peut donc pas se prévaloir d'une clause compromissive liant uniquement le promettant au stipulant⁶⁶. Ainsi que le résume M. Larroumet, « [l]e droit du bénéficiaire dépend du contrat générateur de la stipulation pour autrui, mais non du contexte général des relations entre le promettant et le stipulant »⁶⁷.

⁵⁹ Art. 1244 du projet de réforme espagnol.

⁶⁰ Art. 1206 du projet d'ordonnance et art. 1171 de l'avant-projet Catala. Le projet Terré ne contient toutefois aucune disposition en ce sens.

⁶¹ Les enfants conçus ne sont pas considérés comme des personnes futures (CH. LARROUMET et D. MONDOLINI, *Répertoire civil Dalloz*, V° Stipulation pour autrui, 2010, n° 39).

⁶² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 475.

⁶³ Le droit espagnol est plus restrictif. En matière d'assurance-vie, le bénéficiaire peut être un enfant à naître seulement s'il existe un véritable espoir de naissance (C. CALLEJO RODRIGUEZ, *El seguro de vida para caso de muerte : Cuestiones actuales de Derecho Civil*, Madrid : Dykinson 2005, pp. 76 et 77). Le bénéficiaire peut ainsi être un enfant conçu par fécondation in vitro *post mortem*, si la naissance intervient dans les cinq ans suivant la mort de l'assuré (Article 20 de la loi du n° 50/1980 relative au contrat d'assurance : « *Las acciones que se deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguro de daños y de cinco si el seguro es de personas* ») F. J. TIRADO SUAREZ, « Comentario al artículo 84 », in *Collectif* (dir. F. SANCHEZ CALERO) *Ley de contrato de seguro, Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4^e éd., Cizur Menor (Navarra) : Ed. Thomson Reuters Aranzadi 2010, pp. 2244 et 2245. Il ne semble toutefois pas que cette question ait dépassé le cadre de l'assurance-vie en droit espagnol.

⁶⁴ J. GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 635.

⁶⁵ CH. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse, Bordeaux 1968, n° 162.

⁶⁶ Cass. com., 4 juin 1985, *Bull. civ.* IV, n° 178, *RTD civ.* 1986, p. 593, obs. J. MESTRE ; *Deffrénois* 1986, art. 33745, p. 788, n° 53, obs. J.-L. AUBERT.

⁶⁷ CH. LARROUMET, *thèse préc.*, n° 163.

14. Existence de l'action oblique – Le projet espagnol traite de l'action oblique dans le chapitre consacré aux dispositions générales. L'article 1090 alinéa 1^{er} prévoit que « [t]out créancier dont la créance est exigible peut exercer les droits et actions de son débiteur, si celui-ci, au préjudice des créanciers, ne les exerce pas ou néglige leur exercice ». L'article 1166 du Code civil français, quant à lui situé juste après le texte consacrant l'effet relatif, tempère ce principe en ajoutant que « néanmoins, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur »⁶⁸. Le projet d'ordonnance, proche de la règle actuelle, précise que « lorsque l'inaction du débiteur compromet les intérêts du créancier, celui-ci peut, au nom du débiteur, exercer tous les droits et actions de celui-ci »⁶⁹. La permission n'est toutefois pas absolue. Les textes français interdisent l'exercice des droits et actions « qui sont exclusivement attachés à la personne », tandis que l'alinéa 3 de l'article 1090 du projet espagnol excepte ceux qui sont « inhérents à la personne du débiteur »⁷⁰.

15. Nature de l'action oblique - Au-delà de ces similitudes, le projet espagnol prévoit une condition originale de mise en œuvre de l'action oblique, qui révèle qu'elle n'est pas de même nature dans les deux droits. L'alinéa 3 de l'article 1090 du projet ouvre en effet l'action aux créanciers conditionnels et à terme « si cela est nécessaire pour sauvegarder leurs créances ». Cette solution est stupéfiante pour le juriste français, qui a invariablement appris que seule une créance certaine, liquide et exigible permet d'exercer l'action oblique⁷¹. « Une créance à terme, une créance conditionnelle ou, *a fortiori*, une créance qui est seulement certaine dans son principe n'autorise pas l'exercice de l'action oblique »⁷². Aucun des projets français ne revient sur cette condition, qui est aujourd'hui unanimement admise⁷³.

Cette différence révèle deux conceptions de l'action. Le droit espagnol, en offrant aux créanciers la possibilité de sauvegarder leurs créances, conçoit l'action oblique comme une véritable action préventive conservatoire. La position du droit français n'est quant à elle pas si claire⁷⁴. Ainsi que l'explique M. Grimonprez, l'exigence d'une créance certaine, liquide et exigible empêche la qualification de mesure conservatoire, et elle rapproche l'action oblique des mesures d'exécution. Dans le même temps, le droit français n'exige ni mise en demeure, ni titre exécutoire ; pour ces raisons, elle ne peut être une véritable mesure d'exécution⁷⁵. L'action oblique est donc, en droit français, à mi-chemin entre mesures conservatoire et d'exécution⁷⁶.

16. Quid de la condition d'insolvabilité ? – Le projet espagnol intrigue lorsqu'il permet seulement au débiteur de créances conditionnelle ou à terme de faire obstacle à l'action en

⁶⁸ L'utilisation de l'adverbe néanmoins a été critiquée, tout comme la place même de l'article 1166 dans le Code civil. En effet, « l'article 1166 ne formule nullement une exception à l'article 1165. Les créanciers ne sont pas des tiers au sens de cet article. L'action oblique est pleinement justifiée par leur droit de gage général portant sur le patrimoine du débiteur, qui comprend les droits de celui-ci contre les tiers » (F. TERRE, *op. cit.*, n° 1141).

⁶⁹ Art. 1331-1 du projet d'ordonnance.

⁷⁰ Les articles 1167-1 alinéa 1 de l'avant-projet Catala et 133 du projet Terré relatif à une réforme du droit des contrats renforcent l'action oblique « par un droit de prélèvement accordé aux créanciers qui l'exercent sur les sommes qui en proviennent » (P. REMY-CORLAY, *préc.*, p. 292). Cette possibilité a toutefois été abandonnée par le projet Terré relatif au régime des obligations (ACADEMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES, *Pour une réforme du régime général des obligations*, F. TERRE (dir.), Dalloz 2013), et par le projet d'ordonnance.

⁷¹ Cass. Req., 25 mars 1924, *DH* 1924, p. 282 ; *S.* 1924, 1, p. 67 ; Cass. civ., 24 novembre 1936, *Gaz. Pal.* 1937, 1, p. 187 ; Cass. 1^{re} civ., 21 octobre 1958, *Bull. civ.* I, n° 439 ; Cass. 1^{re} civ., 26 septembre 2007, n° 05-14.020, *inédit*.

⁷² F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *Les obligations, op. cit.*, n° 1147.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 1142.

⁷⁵ B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, préf. C. OPELE, thèse, LGDJ 2006, n° 233 et s.

⁷⁶ *Contra* : P. DELNOY, « Pour une vision nouvelle de l'action oblique », *Annales Fac. Dr. de Liège* 1969, p. 437 ; V. TELLIER, « La nature juridique de l'action oblique », *RRJ* 2002/4, p. 1835. Selon ces auteurs, la parenté est quand même plus proche avec les mesures d'exécution.

prouvant « qu'il dispose de suffisamment de biens pour répondre de ses dettes »⁷⁷. Une exigence d'insolvabilité, absente du premier alinéa consacré aux créances exigibles, apparaît à l'égard des créances conditionnelles et à terme. Cette précision de l'alinéa 3 de l'article 1090 plaide en faveur d'une indifférence de l'insolvabilité pour l'hypothèse visée au premier alinéa.

Le régime semble, sur ce point, différer du droit français. L'insolvabilité du débiteur - à côté de son inaction - est classiquement présentée comme nécessaire à l'exercice de l'action oblique⁷⁸. La contradiction est à nuancer. La doctrine française a précisé qu'il ne s'agit pas d'insolvabilité au sens strict. Il suffit, pour que l'action oblique soit ouverte, « qu'apparaisse l'impossibilité pour le créancier de recouvrer son dû sur un actif autre que celui qu'il cherche à réintégrer dans le patrimoine de son débiteur »⁷⁹. Cet assouplissement est consacré aussi bien par l'avant-projet Catala, qui impose seulement que la carence du débiteur cause un préjudice au créancier⁸⁰, que par le projet d'ordonnance exigeant simplement que l'inaction du débiteur compromette les intérêts du créancier⁸¹.

Or, il s'avère que l'alinéa 1^{er} de l'article 1090 du projet espagnol pose une condition relativement identique : l'action oblique ne peut être exercée si le débiteur « au préjudice des créanciers, ne les exerce pas ou néglige leur exercice ». Le projet espagnol est donc, en réalité, similaire au droit positif et aux projets français. Une véritable insolvabilité est néanmoins exigée pour les créances conditionnelles ou à terme. On comprend aisément que la faveur d'une action préventive offerte au créancier soit limitée aux seules hypothèses de débiteurs lourdement obérés.

17. Le sort procédural du débiteur – L'alinéa 4 *in fine* de l'article 1090 du projet espagnol impose au créancier d'attirer le débiteur à l'instance. Une telle obligation n'existe pas en droit français⁸², et aucun projet de réforme ne propose de modifier la règle. La pratique rapproche néanmoins les deux systèmes. Le débiteur est dans les faits très souvent mis en cause ; la décision a ainsi force de chose jugée à son égard⁸³. Il est toutefois nécessaire, dans certaines hypothèses, que le débiteur soit partie à l'instance. C'est le cas lorsque le demandeur entend obtenir, dans la même instance, le paiement de son dû⁸⁴, ou « si le tiers poursuivi prétend formuler contre lui une demande reconventionnelle »⁸⁵.

18. L'action paulienne – À côté de l'action oblique, les droits positifs et prospectifs français et espagnols offrent au créancier l'action paulienne. Elle représente un moyen pour eux de se prémunir contre la fraude de leur débiteur. L'article 1310 du projet espagnol, consacré à la rescision des contrats, vise « les contrats et autres actes juridiques patrimoniaux conclus en fraude des créanciers, quand ceux-ci ne peuvent recouvrer ce qui leur est dû ». Le Code civil français, à l'article 1167, permet aux créanciers, « en leur nom personnel, [d'] attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ». La sanction de la fraude, à la différence du droit espagnol qui admet la rescision, n'est pas prévue par le texte⁸⁶. La

⁷⁷ Art. 1090 al. 3 du projet espagnol.

⁷⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligations*, 9^e éd., Sirey 2015, n° 78.

⁷⁹ J. GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 756.

⁸⁰ Art. 1166 de l'avant-projet Catala.

⁸¹ Art. 1331-1 du projet d'ordonnance.

⁸² Cass. civ., 23 janvier 1849, *DP* 1849, 1, p. 42 ; *S.* 1849, 1, p. 193 ; Cass. com., 21 janvier 2004, *RJDA* 6/2004, n° 749.

⁸³ À défaut, le débiteur n'ayant pas été partie à l'instance et n'ayant pas été représenté par le créancier (la formule « exercer les droits et actions du débiteur » peut être trompeuse, il ne s'agit pas d'une véritable représentation), la décision ne lui est pas opposable (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, t. 3, op. cit.*, n° 83).

⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1970, *JCP G* 1971, II, 16675, note G. POULAIN ; *RTD civ.* 1970, p. 763, obs. Y. LOUSSARN ; Cass. com., 21 janvier 2004, *RJDA* 6/2004, n° 749.

⁸⁵ F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 1149.

⁸⁶ Les articles 1167 et 134 des projets Terré et Catala ne sont pas plus précis.

jurisprudence précise toutefois que le contrat est frappé d'inopposabilité⁸⁷, et la sanction est consacrée par l'article 1331-2 du projet d'ordonnance⁸⁸. La philosophie du mécanisme est la même dans les deux droits ; la fraude du débiteur est au cœur de l'action paulienne⁸⁹. La sanction est néanmoins différente : rescision dans un cas, inopposabilité dans l'autre⁹⁰.

19. La simulation – La simulation existe aussi bien dans les projets français et ibérique, qu'européen. Elle autorise les parties à dissimuler aux tiers un contrat qui contient leur volonté véritable, derrière un contrat apparent qui est mensonger⁹¹. Le projet espagnol prévoit à l'article 1296 alinéa 2, que « la nullité du contrat simulé [autrement dit du contrat apparent], lorsqu'il en dissimule un autre distinct, n'empêche pas la validité de ce dernier, auquel s'applique le régime qui lui correspond ». Le texte précise immédiatement que « [l]es auteurs de la simulation ne peuvent opposer la nullité aux tiers qui ont acquis à titre onéreux un droit du titulaire apparent et qui ne connaissaient pas, ni ne devaient connaître la simulation ». Le droit espagnol attire ainsi l'attention sur le contrat simulé, et non sur la contre-lettre (le contrat caché). Le DCFR retient une approche semblable puisque l'article II.-9 : 121 précise que « l'effet apparent prévaut à l'égard de la personne n'étant pas partie au contrat [...] qui, raisonnablement et de bonne foi, s'est fiée à l'apparence ».

Les dispositions françaises, à l'inverse, se focalisent sur la contre-lettre. L'article 1321 du Code civil limite leurs effets aux parties contractantes, et dénie expressément tout effet contre les tiers, tandis que l'article 1321-1 s'intéresse à la nullité des contre-lettres frauduleuses. Les projets français sont dans une perspective semblable à celle du Code civil. L'article 1165-1 de l'avant-projet Catala⁹² reprend quasiment à l'identique l'article 1321 du Code civil⁹³, tout comme l'article 126 du projet Terré et 1202 du projet d'ordonnance. Ceux-ci ajoutent, cela dit, la consécration de la jurisprudence constante qui autorise les parties à se prévaloir de la contre-lettre⁹⁴.

Le droit français se concentre donc sur l'inopposabilité de l'acte secret aux tiers, quand le droit espagnol raisonne sur l'inopposabilité de la nullité du contrat apparent aux tiers. La différence de présentation peut s'expliquer par l'absence de théorie de l'opposabilité du contrat aux tiers en droit espagnol. Aussi étrange que cela puisse paraître, le projet espagnol est silencieux sur un certain nombre de mécanismes que le juriste français s'attendait à trouver.

⁸⁷ Cass. 3^e civ., 9 juillet 2003, *Bull. civ.* III, n° 142, *RTD civ.* 2004, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁸⁸ Le projet consacre textuellement la règle selon laquelle s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, il faut établir que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. Sur ce texte : G. WICKER et L. SAUTONIE-LAGUONIE, « Les actions ouvertes aux créanciers », *JCP G* 2015, suppl. au n° 21, p. 68.

⁸⁹ Aucun texte ne précise néanmoins les conditions de mise en œuvre de l'action paulienne. En droit français, l'acte attaqué doit être créateur d'appauvrissement et déterminer ou aggraver l'insolvabilité du débiteur, tandis que la créance du demandeur doit en principe être antérieure à l'acte attaqué. En droit espagnol, les présupposés permettant de contester un acte frauduleux sont distincts des conditions de mise en œuvre de l'action. Il faut, au préalable, que la créance soit exigible et que l'acte soit valide. La créance doit également être en principe antérieure à l'acte attaqué. Les conditions proprement dites sont l'existence d'un préjudice pour le créancier et le caractère frauduleux de l'acte, entendu comme l'intention du débiteur de causer ce préjudice (J. M. LETE DEL RIO et J. LETE ACHIRICA, *Derecho de Obligaciones (vol. I), op. cit.*, pp. 277 et 278 ; L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial (vol. II), Las relaciones obligatorias*, 6^e éd., Cizur Menor (Navarra) : Ed. Thomson-Civitas 2008, pp. 889 et 890). Pour des applications jurisprudentielles : STS, 7 janvier 1958, *RJ* 1958, p. 203, STS, 13 février 1992, *RJ* 1992, p. 844 ; STS, 12 mars 2004, *RJ* 2004, p. 931 ; STS, 19 juillet 2005, *RJ* 2005, p. 5342.

⁹⁰ *Cf. infra* A. BENOIST, « Nullité, annulation et rescision » p. 371.

⁹¹ F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 537.

⁹² Art. 1165-1 de l'avant-projet Catala : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont pas d'effet contre les tiers ».

⁹³ Art. 1321 du Code civil : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers ».

⁹⁴ Cass. soc., 19 juin 1958, *Bull. civ.* IV, n° 752 ; Cass. civ., 25 février 1946, *D.* 1946, p. 254.

II. Regards français sur des silences étranges

20. Le mutisme du projet espagnol sur certains mécanismes chers au droit français surprend. Certains d'entre eux, bien qu'absents du projet, existent toutefois par ailleurs. Le silence est donc propre au projet (A). D'autres, n'ont en revanche aucune existence en Espagne ; marquant le caractère silencieux, cette fois, du droit espagnol (B).

A. Les silences propres au projet

21. Actions directes prévues dans les contrats spéciaux – L'action directe permet au créancier de réclamer l'exécution au débiteur de son débiteur en agissant - à la différence de l'action oblique - en son propre nom et pour son propre compte⁹⁵. Aucune disposition générale propre à l'action directe n'apparaît dans le projet de réforme espagnol, ni d'ailleurs dans les droits positifs espagnol et français.

Certains textes du Code Napoléon ont néanmoins été analysés comme octroyant une action directe au créancier. L'article 1753 du Code accorde une action directe au bailleur d'immeuble contre le sous-locataire, tandis que l'article 1798 fait de même pour les ouvriers employés à la construction contre le maître de l'ouvrage. Des dispositions figurent également dans d'autres Codes. L'article L. 124-3 du Code des assurances permet par exemple à la victime d'un dommage d'agir directement contre l'assureur du responsable. L'article 12 de la Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance offre également une action directe au sous-traitant contre le maître de l'ouvrage. Le droit positif espagnol adopte une position identique : il consacre des actions directes en des domaines précis⁹⁶.

L'absence de disposition générale intéressant l'action directe dans le projet espagnol interpelle toutefois le juriste français : les projets de réforme de son pays proposent en effet de la consacrer. L'article 1331-3 du projet d'ordonnance prévoit que « [d]ans certains cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur »⁹⁷.

22. Raisons de l'absence de disposition générale – L'absence de disposition générale dans la proposition espagnole peut s'expliquer par une différence d'architecture des projets⁹⁸. L'article 1331-3 du projet d'ordonnance, traitant de l'action directe, figure dans un chapitre III intitulé : « les actions ouvertes au créancier ». Les dispositions consacrées aux actions oblique et paulienne y figurent également⁹⁹. Ne pas envisager l'action directe dans un tel chapitre, aux côtés des deux autres actions offertes aux créanciers, aurait été étrange. Cette insertion est également l'occasion de préciser que l'action directe n'est pas ouverte dans tous

⁹⁵ M. FAURE-ABBAD, « L'action directe en paiement en droit français », in *L'effet relatif* (dir. M. BOUDOT, M. FAURE-ABBAD et P. VECCHI), LGDJ 2015, p. 91.

⁹⁶ C. civ. esp., art. 1552, 1597, 1650, 1721 et 1722 ; Art. 76 de la Loi n° 50/1980, 8 octobre 1980, relative au contrat d'assurance ; Art. 7 du Décret législatif royal n° 8/2004, du 29 octobre 2004, qui approuve le Texte refondu de la loi sur la responsabilité civile et l'assurance dans le cadre de la circulation de véhicules à moteur ; Art. 124 du Texte refondu de la loi générale concernant la protection des consommateurs et des utilisateurs et autres lois complémentaires (Décret législatif royal n° 1/2007, du 16 novembre 2007).

⁹⁷ V° également : Art. 135 du projet Terré : « Certains créanciers sont investis par la loi du droit d'agir directement en paiement de leur créance contre un débiteur de leur débiteur, dans la limite des deux créances ».

Art. 1168 de l'avant-projet Catala : « Certains créanciers sont investis par la loi du droit d'agir directement en paiement de leur créance contre un débiteur de leur débiteur, dans la limite des deux créances ».

L'action directe est également ouverte lorsqu'elle permet seule d'éviter l'appauvrissement injuste du créancier, compte tenu du lien qui unit les contrats ».

⁹⁸ Cf. *infra*, M. FAURE-ABBAD, « L'architecture des projets », p. 103.

⁹⁹ G. WICKER et L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *art. préc.*

les cas, mais seulement dans ceux prévus par la loi. Une différence est ainsi posée entre action directe d'une part, et actions paulienne et oblique d'autre part.

Dans le projet espagnol, aucune partie n'est spécifiquement réservée aux actions offertes aux créanciers. Elles sont éparpillées. L'action paulienne est prévue par l'article 1310 consacré à la rescision¹⁰⁰, lui-même intégré dans un chapitre X intitulé « De la rescision des contrats », tandis que l'action oblique, envisagée par l'article 1090, figure dans les dispositions générales relatives à l'obligation. Peut-être serait-il judicieux, pour davantage de clarté, de regrouper les actions offertes aux créanciers dans un même chapitre. Cela permettrait une vision globale des moyens, qui est en l'état impossible. Ce pourrait également être l'occasion d'intégrer un texte relatif aux actions directes.

23. Silence sur les groupes de contrats – L'existence d'un groupe de contrats (ou de contrats interdépendants)¹⁰¹, a également des conséquences importantes pour les tiers¹⁰². Alors même qu'aucune disposition du projet espagnol n'envisage la notion, nombreux sont les projets français qui l'ont consacrée. Ainsi que le précise l'article 1172 de l'avant projet Catala, « [I]es contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation d'une opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent sont regardés comme interdépendants ». Les articles qui suivent ajoutent ainsi que « certaines clauses figurant dans l'un des contrats de l'ensemble étendent leur effet aux contractants des autres conventions [...] »¹⁰³. L'article 1172-3 du même texte envisage des effets encore plus radicaux : « [I]orsque l'un des contrats interdépendants est atteint de nullité, les parties aux autres contrats du même ensemble peuvent se prévaloir de leur caducité ».

Le projet de la chancellerie de 2008 donnait également une définition des contrats interdépendants à l'article 13, avant d'envisager, à l'article 100, la caducité d'un contrat appartenant à un groupe en cas de nullité d'un autre contrat. La chancellerie française a toutefois abandonné la consécration explicite de la notion, se contentant de prévoir, à l'article 1186 du projet d'ordonnance, la caducité « lorsque des contrats ont été conclus en vue d'une opération d'ensemble et que la disparition de l'un d'eux rend impossible ou sans intérêt l'exécution d'un autre et par là-même de ses effets ». Il est donc surprenant que le projet de réforme espagnol n'envisage aucunement les contrats interdépendants.

24. Emergence jurisprudentielle des groupes de contrats – En droit français, malgré l'absence de fondement textuel, la notion de groupe de contrats s'est bien implantée dans la jurisprudence¹⁰⁴. La Cour de cassation juge ainsi que « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance »¹⁰⁵. Il se peut également qu'un contrat soit frappé de caducité, lorsque l'acte avec lequel il constitue un ensemble contractuel complexe et indivisible, est lui-même anéanti¹⁰⁶. La notion de groupe de contrats émerge également dans la jurisprudence

¹⁰⁰ Cf. *supra*, n° 18.

¹⁰¹ S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle*, préf. J. FOYER et M.-L. DEMEESTER, thèse, Dalloz 2007.

¹⁰² M. BACACHE, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse Paris II 1996 ; PH. DELEBECQUE, « L'appréhension judiciaire des groupes de contrats », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p. 130.

¹⁰³ Pourvu toutefois, précise l'article 1172-2 de l'avant projet Catala., que « ceux-ci en aient eu connaissance lors de leur engagement et n'aient pas formé de réserves ».

¹⁰⁴ Cass. mixte, 23 novembre 1990, n° 87-17.044, *Bull. civ. mixte* n° 2 ; Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768, *Bull. civ. mixte* n° 1 ; Cass. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.927, *Bull. civ. mixte* n° 1 ; Cass. com., 7 janvier 2014, n° 13-10.887, *inédit* ; Cass. com. 14 octobre 2014, n° 13-20.188, *inédit*.

¹⁰⁵ Cass. mixte, 17 mai 2013, *préc.*

¹⁰⁶ Cass. com., 5 juin 2007, n° 04-20.380, *D.* 2007, AJ 1723, obs. X. DELPECH ; *RTD civ.* 2007, p. 569, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2008, p. 173, obs. B. BOULOC ; *JCP G* 2007, II, 10184, obs. Y.-M. SERINET ; *Dr. et patr.* 2007, p. 89, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

espagnole¹⁰⁷. Il est donc surprenant que les rédacteurs du projet de réforme n'aient pas, à l'instar de leurs homologues français, profité de l'occasion pour la consacrer, ne serait-ce qu'implicitement.

L'immixtion dans les affaires du tiers est sans doute considérée comme trop forte et le principe de l'effet relatif des contrats comme trop malmené. Peut-être sont-ce les raisons pour lesquelles le mécanisme et ses effets n'ont pas été officialisés en droit espagnol ? Celui-ci éprouve semble-t-il des difficultés à donner une véritable place aux groupes de contrats.

25. Silence du projet sur la promesse de porte-fort *stricto sensu* – La promesse de porte-fort ne figure pas non plus dans le projet de réforme espagnol. Ce silence est là encore étonnant pour le juriste français. Son propre Code l'envisage à l'article 1120 depuis 1804, et tous les projets de réforme reprennent le mécanisme¹⁰⁸.

Classiquement, la promesse de porte-fort était le fait de « promettre l'engagement d'un tiers à l'acte conclu, celui-ci n'ayant pas la possibilité de donner son consentement pour l'instant »¹⁰⁹. Sa fonction moderne est plus étendue, une telle promesse pouvant concerner « aussi bien la conclusion d'un autre contrat, distinct de celui contracté par le promettant, que l'exécution d'une obligation pesant sur le tiers »¹¹⁰. Par un arrêt de la chambre commerciale, la Cour de cassation a entériné la distinction entre le porte-fort de ratification et le porte-fort d'exécution¹¹¹ : « celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même ».

La promesse de porte-fort est systématiquement envisagée aux côtés de la stipulation pour autrui en droit positif et prospectif français. Il est donc surprenant que le projet espagnol, qui a fait le choix de consacrer textuellement la stipulation pour autrui, ne réserve aucune place au porte-fort¹¹². Mais ce type de promesse, qui semble à première vue inconnue du projet, ne lui est peut être finalement pas totalement étranger. On peut en effet se demander, bien que les régimes diffèrent, si le contrat en faveur d'un tiers du projet espagnol¹¹³ n'est pas susceptible d'englober les hypothèses de promesse du fait d'un tiers. Le silence sur la promesse de porte-fort, entendue strictement, est donc à nuancer.

Certains silences ne sont donc qu'apparents quand d'autres, au contraire, sont véritables : ils dépassent le projet, en étant propre au droit espagnol.

¹⁰⁷ STS, 20 juillet 2012, RJ 2012, p. 8607 : La loi 7/1995 du 23 mars 1995 autorise l'anéantissement d'un contrat de service lorsque celui-ci était lié à un contrat de crédit. Il ne fallait toutefois pas que le contrat de crédit soit gratuit (art. 2.1d). La Cour suprême espagnole, en se fondant sur ce texte, en a étendu l'application en matière de cours de langue alors même qu'il s'agissait de contrats de crédit avec un taux d'intérêt de 0% ; STS, 8 novembre 2012, RJ 2013, p. 901 : « *No siempre es fácil identificar la existencia de perjuicio ya que, junto a actos groseros y evidentemente perjudiciales - algunos objeto de presunción de perjuicio por la norma-, y a contratos bilaterales con prestaciones recíprocas claramente desequilibradas, la realidad demuestra la existencia de actos o contratos económicamente vinculados, aunque no jurídicamente conexos* » ; STS, 14 janvier 2014, RJ 2014, p. 1842 ; STS, 15 janvier 2015, RJ 2015, p. 876.

¹⁰⁸ Art. 1170 de l'avant-projet Catala ; Art. 128 du projet Terré ; Art. 1205 du projet d'ordonnance.

¹⁰⁹ C. AUBERT DE VINCELLE, *Répertoire civil Dalloz*, V° Porte-fort, 2014, n° 4.

¹¹⁰ C. AUBERT DE VINCELLE, *Rép. préc.*, n° 5.

¹¹¹ Cass. com., 13 décembre 2005, n° 03-19.217, *Bull. civ.* IV, n° 256, D. 2006, pan. 2856, obs. P. CROCQ ; *JCP G* 2006, II, 10021 note PH. SIMLER ; *Deffrénois* 2006, p. 414 note E. SAVAUX ; CCC 2006, n° 63, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2006, p. 305, obs. PH. MESTRE et B. FAGES.

¹¹² Selon J.-P. Sortais, la promesse de porte-fort n'existe pas en droit espagnol (J.-P. SORTAIS, « G. GARCIA CANTERO (dir.), *Anotaciones españolas al Proyecto de Parie (Annotacions espagnoles au projet de Parie)*, Saragosse, El justicia de Aragon 2005 », *RIDD* 1-2006, p. 238).

¹¹³ Cf. *supra* n° 9.

B. Les silences du droit espagnol

26. L'opposabilité, théorie inconnue du droit espagnol – Le principe de l'effet relatif, consacré en droit espagnol est nuancé ¹¹⁴. Le projet de réforme espagnol, après avoir limité les effets du contrat aux parties, atténue le propos en ajoutant : « à moins qu'il n'en résulte autrement du contrat lui-même ou de la loi ». L'article 1165 du Code civil français, réservé à l'effet relatif, est également tempéré. Le contrat peut profiter au tiers, par exception, dans les cas prévus à l'article 1121 du Code civil, c'est-à-dire en cas de stipulation pour autrui.

Mais en droit français, à la différence du droit espagnol, s'ajoute une théorie de l'opposabilité du contrat au tiers et par les tiers, qui s'est imposée au point d'avoir été inscrite comme un véritable principe dans certains projets de réforme ¹¹⁵.

27. Construction française de la théorie de l'opposabilité – La théorie de l'opposabilité est relativement récente ¹¹⁶. On peut en déceler des traces dans l'article de René Savatier ¹¹⁷, mais elle fut concrétisée par les thèses de Weill ¹¹⁸, Mme Calastreng ¹¹⁹ et M. Bertrand ¹²⁰. M. Duclos s'est ensuite essayé à une théorie générale de l'opposabilité ¹²¹, avant que M. Wintgen condamne très fermement la théorie dans ses travaux ¹²².

Certains projets de réforme français ont pris le parti de la consacrer textuellement. L'article 1165-2 de l'avant projet Catala énonce ainsi le principe selon lequel « les conventions sont opposables aux tiers ; ceux-ci doivent les respecter et peuvent s'en prévaloir, sans être en droit d'en exiger l'exécution ». Le terme même d'opposabilité est employé.

La première version du projet de réforme de la chancellerie ¹²³, après avoir consacré le principe de l'opposabilité du contrat au tiers, précise que cela signifie que les tiers doivent « respecter la situation juridique ainsi créée », mais qu'ils peuvent également « invoquer à leur profit la situation juridique ainsi créée notamment pour rapporter la preuve d'un fait ou encore rechercher la responsabilité d'une partie ».

Les autres versions ont cependant abandonné toute référence explicite à l'opposabilité. Elles se contentent de préciser que « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat » et qu'ils « peuvent s'en prévaloir notamment pour rapporter la preuve d'un fait » ¹²⁴. Une explication de l'abandon du terme par les rédacteurs du projet Terré ¹²⁵ est donnée par Mme Remy-Corlay : la thèse de M. Wintgen, « critique convaincante, a conduit le groupe Terré à ne pas utiliser ce vocable » ¹²⁶. Il est possible que la recherche ait également

¹¹⁴ J. M. LETE DEL RIO et J. LETE ACHIRICA, *Derecho de Obligaciones (vol. I)*, op. cit., p. 514.

¹¹⁵ Cf. *infra* n° 27.

¹¹⁶ Sur la question : M. BOUDOT, « La relativité du contrat. Archéologie d'un concept récent », in *L'effet relatif* (dir. M. BOUDOT, M. FAURE-ABBAD et P. VECCHI), LGDJ 2015, p. 51.

¹¹⁷ R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525 : Entreprenant la critique de l'effet relatif des contrats, le doyen Savatier s'interroge : « [c]omment peut-on dire [...] que le contrat n'est pas opposable au tiers ? ». Il ajoute ensuite, par exemple, qu'« [i]l n'est pas exact de dire que l'obligation n'impose de devoirs qu'au débiteur. Elle en impose également aux tiers ». Cette étude, en amenant à réfléchir différemment le principe de l'effet relatif, a ouvert une brèche permettant de construire une théorie de l'opposabilité.

¹¹⁸ A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse, Dalloz 1938.

¹¹⁹ S. CALASTRENG, *La relativité des conventions, étude de l'article 1165 du Code civil*, thèse, Gaillac 1939.

¹²⁰ F. BERTRAND, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse Paris II, 1979.

¹²¹ J. DUCLOS, *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, préf. D. MARTIN, thèse, LGDJ 1984.

¹²² R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. GHESTIN, thèse LGDJ 2004, n° 87 et s.

¹²³ Art. 138 du projet de réforme de la chancellerie en sa version de 2008.

¹²⁴ Art. 106 du projet de réforme de la chancellerie en sa version de 2009 ; art. 109 du document non officiel divulgué le 23 octobre 2013 ; art. 1201 du projet d'ordonnance.

¹²⁵ Art. 125 du Projet Terré : « les tiers doivent respecter la situation créée par le contrat et peuvent s'en prévaloir ».

¹²⁶ P. REMY-CORLAY, *art. préc.*, p. 291.

convaincu la chancellerie, ou que cette dernière ait bénéficié des réflexions des rédacteurs du projet Terré pour ne pas reprendre la notion. Qu'elle qu'en soit la raison, l'opposabilité, étrangère au droit espagnol, demeure en droit français malgré l'absence de consécration explicite.

28. Signification de la théorie de l'opposabilité – La théorie concerne l'opposabilité du contrat aux tiers, mais également l'opposabilité du contrat par les tiers. Les parties sont d'abord autorisées à opposer l'existence du contrat au tiers : il ne peut méconnaître les droits du créancier¹²⁷, au risque de se rendre complice de l'inexécution du contrat¹²⁸. L'autre pendant de la théorie permet au tiers de se prévaloir du contrat. Ce dernier peut aussi bien invoquer un contrat comme élément de preuve, que se prévaloir d'une mauvaise exécution qui lui cause un préjudice¹²⁹.

L'opposabilité, poussée à son paroxysme, a même autorisé un tiers à invoquer « sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »¹³⁰. Le projet Terré se dresse contre cette solution, qui procède selon ses rédacteurs d'une analyse trop extensive de la théorie, en indiquant que « la seule existence d'un dommage subi par un tiers du fait de l'inexécution d'une obligation par un contractant n'engage pas la responsabilité délictuelle de celui-ci à l'égard du tiers »¹³¹. L'objectif affiché est de contrer la jurisprudence de la Cour de cassation. Le projet Terré¹³² exclut radicalement que « le tiers puisse fonder une action délictuelle sur le seul fait de l'inexécution du contrat »¹³³.

Le projet n'a bien évidemment pas pour ambition d'exclure la responsabilité délictuelle de manière générale, mais uniquement de limiter sa mise en œuvre aux cas de « violation d'un devoir général non issu du rapport contractuel, mais posé par la loi [...], si le lien de causalité et le dommage sont établis »¹³⁴. Le projet d'ordonnance, à la différence du projet Terré, ne contient aucune disposition à ce sujet. L'absence même de limitation par le texte du projet plaide en faveur du maintien de la jurisprudence¹³⁵.

En l'absence de théorie de l'opposabilité, une telle solution ne saurait être admise par le droit espagnol. Dans ce système, l'inexécution du contrat est de nature à constituer un fait

¹²⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *t. 1, op. cit.*, n° 434.

¹²⁸ P. HUGUENY, *La responsabilité civile des tiers complices de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse, Dijon 1910 ; O. DEBAT, « Le contrat source de responsabilité envers les tiers », *LPA* 23 septembre 2003 ; B. STARCK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP G* 1954, I, p. 1180.

¹²⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *t. 1, op. cit.*, n° 433. D. MAZEAUD, « Contrat, responsabilité et tiers... (du nouveau à l'horizon) », in *Mél. PH. LE TOURNEAU*, Dalloz 2008, p. 745 ; G. WICKER, « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC* 2007, p. 593 ; R. WINTGEN, « "Tout fait quelconque..." : le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du Code civil », *RDC* 2007, p. 609 ; H. BOUCARD, « Les effets de l'inexécution contractuelle envers les tiers », in *L'effet relatif* (dir. M. BOUDOT, M. FAURE-ABBAD et P. VECCHI), LGDJ 2015, p. 65.

¹³⁰ Cass. Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. AP*, n° 9, *D.* 2006, p. 2825, note G. VINEY ; *RTD civ.* 2007, p. 123, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2007, p. 169, obs. D. MAZEAUD. Solution suivie : Cass. 3^e civ., 27 mars 2008, *RDC* 2008, p. 1151, obs. S. CARVAL.

¹³¹ Art. 125 du projet Terré.

¹³² L'avant-projet Catala ouvre, quant à lui, une option à l'article 1342 entre la responsabilité délictuelle et contractuelle.

¹³³ P. REMY-CORLAY, *art. préc.*, p. 292.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ La position de la Cour de cassation est à nuancer. La première chambre civile, dans un arrêt non publié du 15 décembre 2011, censure la Cour d'appel qui n'a pas recherché en « quoi le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi délictuelle à l'égard » du tiers (Cass. 1^{re} civ., 15 décembre 2011, n° 10-17.691, inédit, *D.* 2012, p. 659, note D. MAZEAUD).

générateur de responsabilité délictuelle uniquement si les conditions propres à ce type de responsabilité sont réunies ¹³⁶.

Les silences du projet espagnol sur l'opposabilité sont donc étranges au regard du droit français. Mais en réalité, la perspective ne doit-elle pas être inversée ? Le regard espagnol ne devrait-il pas être davantage surpris par l'opposabilité ? M. Assié, rapportant sur l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, soulignait le silence de la commission Landö relatif à l'opposabilité, et s'interrogeait sur la compatibilité de la solution retenue aux systèmes juridiques des autres pays européens ¹³⁷. Il ne faut donc pas s'étonner qu'une « théorie française par excellence » ¹³⁸ soit inconnue du droit espagnol !

¹³⁶ La preuve d'un manquement indépendant d'un manquement contractuel est également nécessaire en droit anglais et allemand (C. POPINEAU-DEHAULLON, « Regards comparatistes sur la responsabilité du contractant à l'égard d'un tiers, victime de l'inexécution du contrat », *RDC* 2007, p. 622).

¹³⁷ M. ASSIE, *Rapport sur l'arrêt de l'assemblée plénière du 6 octobre 2006*, préc.

www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/arrêt_n_9364.html

¹³⁸ D. EL RAJAB, *L'opposabilité des droits contractuels. Etude de droit comparé français et libanais*, thèse dactyl., Paris II, 2013, n° 7, p. 24.