

*Master 2 recherche Droit privé général
Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)*

Année universitaire 2007/2008

**La cohérence d'ensemble des articles 1165, 1166 et 1167
du Code civil**

- Julien Dubarry, LL.M. -

Mémoire sous la direction de

Monsieur le Professeur Rémy LIBCHABER

Propos liminaires - Premières vues sur les articles 1165, 1166 et 1167 du Code civil

Le législateur est-il cohérent avec lui-même lorsqu'il rédige la loi ? Si l'on se réfère aux analystes appartenant au courant de l'exégèse, il faut le croire. Ainsi, Mourlon écrivait-il que « les diverses dispositions dont une loi se compose s'interprètent les unes par rapport aux autres ; c'est en les combinant qu'on en découvre le véritable sens »¹. Ceci sous-entend que l'ensemble du droit est cohérent. Cependant, la référence à l'article 1161 du Code civil qu'insère l'exégète après cette affirmation peut conférer une certaine faiblesse à ce postulat. En effet, l'article 1161 traite de l'interprétation d'une convention, et non d'un ensemble de textes législatifs. Or il est une différence majeure entre ces deux figures : la première se caractérise par un nombre fixes d'auteurs, et donc d'intérêts, alors que la seconde se caractérise par des dispositions d'origine diverses, les dispositions d'un certain corpus (tel un code) résultant d'initiatives diverses (les législateurs successifs, qui peuvent par hypothèse mener des politiques très différentes).

Cependant, cet argument d'ordre général, s'il peut affaiblir dans son principe le postulat exégétique tel que présenté par Mourlon, ne porte pas concernant la section que nous allons étudier : en effet, les trois dispositions qui la composent datent des origines du Code civil.

C'est ainsi afin de vérifier ce postulat de cohérence que nous devons soumettre les dispositions de la section du Code civil intitulée « de l'effet des conventions à l'égard des tiers »², à l'épreuve de la logique.

Avant d'analyser plus avant la logique interne, c'est-à-dire la cohérence de cette section, il convient de déterminer à titre liminaire ce dont elle traite exactement.

Champ d'application des articles 1165, 1166 et 1167 c. civ. Tout d'abord, on remarque que si l'intitulé de la section concernée évoque les « conventions », le titre qui la contient prétend traiter « des contrats ou des obligations conventionnelles en général ». La question se pose alors des rapports qu'entretiennent contrats et conventions, afin de savoir si les articles 1165 à 1167 du Code civil sont des dispositions spéciales ou générales. La réponse n'est pas à chercher ailleurs que dans la loi. En effet, l'article 1101 C. civ. dispose que « le contrat est une convention... », ce qui montre que ces deux notions entretiennent un rapport d'espèce à genre, dans le sens où le contrat est une espèce de convention. Dès lors, il faut définir la notion de convention. Mais pour cela, il nous faut partir de celle de contrat, seule clairement définie par la loi, afin d'approcher par élargissement celle de convention. Le contrat est une convention, « par laquelle une ou plusieurs

¹ Mourlon, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, Paris 1858, t. 1/3 p. 62.

² Section VI du titre III du livre III du Code civil.

personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, faire ou ne pas faire »³, c'est-à-dire qui a pour objet de créer une ou plusieurs obligations. La convention, plus large comprendra en outre les accords de volonté ayant pour objet de modifier ou d'éteindre des obligations, ou de créer, éteindre ou transmettre un autre droit qu'un droit personnel⁴. La distinction n'aurait selon certains auteurs⁵ plus guère d'intérêt aujourd'hui, et il est vrai que le Code civil emploie volontiers les deux termes de façon synonyme. Mais la section qu'il s'agit d'étudier concerne-t-elle, comme son intitulé le laisse à penser, vraiment *toutes* les conventions au sens où l'on vient de les définir ? L'article 1165 frappe par sa vocation générale, et là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer. Par contre, le champ d'application des articles suivants mérite davantage d'attention, ne serait-ce qu'en raison de l'adverbe « néanmoins » qui introduit l'article 1166, et auquel renvoie l'expression « aussi » de l'article 1167. Les termes employés par les articles 1166 et 1167 sont trop vagues pour permettre de déterminer directement leur champ d'application, mais c'est la *ratio legis* de ces dispositions qui est déterminante. Ces deux dispositions accordent un droit d'action au créancier à raison d'actes passés par leur débiteur. Or, il est un principe procédural bien acquis qui veut qu'il n'y ait pas d'action sans intérêt à agir. Et c'est précisément la détermination de cet intérêt à agir du créancier qui va permettre de cerner le champ d'application de ces dispositions.

Il faut se référer ici aux dispositions générales du droit des biens. Selon l'article 2284 du Code civil, « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Ainsi, les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, qui disposent alors d'un droit de gage général. Mais précisément, le débiteur peut négliger d'exercer un droit ou une action contre un de ses propres débiteurs qui aurait pour but d'augmenter son actif, et ainsi mettre en péril la seule garantie d'exécution – imparfaite il est vrai, mais c'en est une⁶ – de son créancier, ou pourrait encore volontairement se dessaisir de biens de son patrimoine afin de les soustraire à une éventuelle saisie du créancier. Or, l'article 1134 al. 3 du Code civil commandant l'exécution de bonne foi des conventions, de tels comportements – et surtout le dernier évoqué - ne peuvent être tolérés, nonobstant le fait que la disponibilité des éléments d'actifs du patrimoine soit un principe consacré⁷ et nécessaire en raison

³ Art. 1101 C. civ. La définition est empruntée à Pothier, *Traité des obligations*, n°3.

⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les Obligations*, 9^{ème} éd. Dalloz 2005 n° 49.

⁵ *Ibid.* Contra toutefois, P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ 1999 p. 771 et s., spécialement pp. 778 et 779, qui estime que c'est un « mécanisme essentiel du droit des contrats qui est laissé de côté » en négligeant cette distinction.

⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les Obligations*, Defrénois n°1140.

⁷ L'article 537 C. civ. dispose en effet que « les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent », réserve faite d'éventuelles modifications établies par la loi ; v. aussi G. Cornu, *les biens*, Montchrestien 2007 n°4 *in fine*.

de ce que le patrimoine est le reflet de la personne dans le monde économique⁸, et qu'il paraît de ce fait évident que l'entrée dans une relation contractuelle ne peut figer le patrimoine du débiteur jusqu'à l'exécution du contrat, laquelle pourra intervenir longtemps après sa conclusion⁹.

Ce principe selon lequel le patrimoine constitue le gage commun des créanciers est particulièrement important concernant les créanciers dits chirographaires, c'est-à-dire ceux pour qui le droit de gage général constitue la *seule* garantie d'exécution. En effet, il faut distinguer de ceux-ci les créanciers privilégiés, lesquels bénéficient *en outre* d'une sûreté réelle ou d'un privilège *stricto sensu*, qui leur permettra de se payer en priorité ou par préférence sur la valeur d'un ou de certains biens du patrimoine du débiteur. L'intérêt de la distinction se situe surtout au niveau du rang auquel interviennent les créanciers pour réclamer leur paiement et saisir les biens du débiteur. Les créanciers privilégiés *lato sensu* se paieront en premier, les créanciers chirographaires venant en dernier et se payant sur l'actif restant à proportion de leur créance (au marc le franc). On voit donc que la situation de ces derniers est très inconfortable tant la garantie est imparfaite.

Pour cette raison notamment¹⁰, afin de ne pas laisser sans secours le créancier qui n'aurait pas constitué de sûretés, il est apparu opportun de tempérer le principe de non immixtion¹¹ du créancier dans la gestion du patrimoine de son débiteur sans toutefois l'anéantir. C'est pour essayer de trouver cet équilibre, et alors que la contrainte sur la personne du débiteur n'était plus possible, que le législateur a entendu accorder les actions décrites aux articles 1166 et 1167 du Code civil¹². Partant, ces dispositions ne peuvent prétendre traiter effectivement que de l'effet des conventions passées par le débiteur et qui portent, au moins potentiellement, atteinte à son patrimoine, c'est-à-dire sur une convention mettant une obligation à sa charge, soit qu'elle la fasse naître (contrat *stricto sensu*, cf. *supra*), soit qu'elle la modifie (certaines des conventions telles que définies *supra*), ou lui conférant un droit de créance dont il ne demande pas l'exécution.

On voit au terme de ces développements théoriques que les trois dispositions de la section n'ont pas un même champ d'application : alors que l'article 1165 concerne toutes les conventions, la

⁸ Sur cette conception, remontant au jurisconsulte allemand Zachariae, et soutenue en France par Aubry et Rau, cf. M-L Mathieu-Izorche, *Les biens*, Sirey 2006 n°61 à 65.

⁹ Comp. L. Bosc, *Etude sur le droit des créanciers d'exercer les droits de leurs débiteurs*, th. Aix, éd. A. Rousseau, 1902, p. 4 : « Le droit civil peut et doit contribuer dans la plus large mesure à ce développement, car il est de toute nécessité pour assurer la prospérité d'une société que les obligations qu'engendrent les rapports sociaux soient fidèlement et ponctuellement remplies ». Il assigne cette vertu à l'action indirecte, seul objet de sa thèse, mais l'action paulienne relève de la même logique. Nous y reviendrons.

¹⁰ « Notamment », car les actions oblique et paulienne ne sont pas conditionnées par la qualité de créancier chirographaire de ceux qui peuvent les exercer : elles appartiennent à tous les créanciers.

¹¹ Corollaire à la disponibilité des biens constituant l'actif du patrimoine.

¹² Les actions oblique et paulienne ont même été qualifiées par un auteur de « prérogatives » attachées au droit de gage général : J. François, *Droit civil, t. IV – Les obligations : régime général*, Economica 2000, n° 277.

raison d'être des deux articles suivants, c'est-à-dire en quelque sorte la détermination de leur domaine utile, permet de s'apercevoir que ces deux dispositions n'ont vocation qu'à régir certains types de conventions, c'est-à-dire celles qui peuvent avoir une conséquence en terme patrimonial sur le débiteur. Mais si cette conclusion est déduite de la *ratio legis* de ces dispositions, on s'apercevra à travers nos développements que le domaine d'application de ces textes n'a cessé de s'étendre ces dernières années : loin d'être une dénaturation, cette évolution peut être approuvée au regard du fondement que nous proposerons d'attribuer à ces actions¹³.

Originalité des situations visées par les articles 1166 et 1167. Quant à l'effet des conventions, on parvient assez aisément à se les représenter dans la configuration de base, la plus simple qui soit, faisant intervenir deux personnes : lorsque que l'un réclame l'exécution d'une obligation à l'autre, et que le débiteur ne s'exécute pas, il y aura lieu à demander une condamnation à l'exécution forcée, ou au versement de dommages-intérêts. Mais on voit bien qu'après les principes généraux évoqués à l'article 1165 sur lesquels nous aurons à revenir, les articles 1166 et 1167 entendent s'appliquer à une situation différente. Ne sont plus en cause seulement deux personnes mais trois, à savoir le créancier, son débiteur et enfin le débiteur du débiteur (le *sous-débiteur*¹⁴) ou plus généralement tiers contractant dans l'action paulienne. Or, l'intrusion d'une troisième personne (qui serait ici le créancier, dans la mesure où l'on s'intéressera à l'effet de la convention passée par les deux autres sur celui-ci) est un facteur de complication certain¹⁵. En effet, on sera alors en présence de deux situations juridiques obligatoires dont il s'agira, dans la mesure du possible d'assurer le meilleur effet à chacune. Si une « conciliation » n'est pas possible, il faudra alors en sacrifier une. Pour la clarté du discours, on illustrera le propos par deux exemples : si on peut imaginer une conciliation des situations dans l'hypothèse où le débiteur néglige d'exercer un droit – l'exécution de l'obligation du sous débiteur, fut elle forcée, correspond à la situation normale d'exécution -, il en va différemment lorsque le débiteur conclut une convention en vue de priver son créancier de son actif et donc de son droit de gage. Dans le dernier des cas, la contradiction semble irréductible, et si on veut éviter une paralysie économique, il semble qu'un sacrifice soit inévitable.

Si l'articulation est subtile, c'est qu'il s'agit de pallier les imperfections de la garantie que constitue le droit de gage général sans annihiler d'autres principes du droit civil – notamment la

¹³ Cf. *infra*, II.

¹⁴ A. Bénabent, *Droit civil- les obligations*, Montchrestien 2006 n°852. L'expression sera reprise par la suite.

¹⁵ On approuvera volontiers R. Rodière, affirmant que « passer de deux à trois, ce n'est pas comme en arithmétique multiplier par 1,5 ; c'est décupler les difficultés », in : A. Utudjian, *La location des véhicules pour le transfert routier de marchandises* (préface), 1964, p. 6.

libre disposition de ses biens – nécessaire au bon fonctionnement de l'économie actuelle. Il faut donc évoquer plus avant les faiblesses de cette garantie générale d'exécution avant de voir comment les actions accordées aux créanciers par les articles 1166 et 1167 du Code civil entendent les pallier.

Réaction à la fragilité intrinsèque du droit de gage des créanciers. La fragilité de la garantie porte sur le fait que rien ni personne ne peut empêcher le débiteur de disposer de ses biens (et donc de les aliéner) : en effet, le droit de gage général porte sur le patrimoine en soi (plus exactement sur l'actif du patrimoine) considéré comme universalité, non sur les biens de ce patrimoine considérés individuellement,¹⁶ auquel cas on se rapprocherait de la garantie spéciale d'exécution, telle une sûreté ou un privilège. Ainsi le droit de gage général du créancier ne sera efficace que si, au jour de l'exécution de l'obligation, l'actif du patrimoine est suffisant pour la payer. Dans le cas contraire, l'existence du droit de gage ne pourra être niée, mais elle ne sera que théorique en raison de l'insuffisance d'actif. Le créancier se trouverait alors désemparé.

C'est pour éviter cet inconvénient, de même que celui qui consisterait à subir la concurrence des autres créanciers chirographaires que le législateur a institué la possibilité de recourir aux mécanismes des sûretés réelles ou personnelles. Mais il se peut que le créancier, confiant en la solvabilité de son débiteur, ou simplement imprévoyant ne constitue pas de telles sûretés.

Doit-on aller jusqu'à leur faire porter le fardeau de cette insouciance, qui peut s'avérer très lourd en toute hypothèse ? C'était un choix de politique législative à trancher. Mais la réponse en était dictée par la raison. En effet, comme le fait très justement remarquer L. Bosc, le « but final vers lequel tendent les créanciers, c'est : obtenir l'exécution de l'obligation »¹⁷. Or, la personne qui sait d'avance qu'elle est susceptible de ne pas être payée, ne pouvant empêcher le créancier d'effectuer des actes compromettant l'exécution de l'obligation, voire ne pouvant suppléer sa carence, hésitera légitimement à s'engager dans un rapport d'obligation. Force est de constater qu'une telle réticence n'est pas bonne pour une société dynamique, et le législateur de 1804 l'a bien compris.

C'est ainsi que l'action oblique et l'action paulienne ont été consacrées par le Code civil, respectivement aux articles 1166 et 1167.

¹⁶ L. Bosc, th. précitée p. 28.

¹⁷ *Ibid.* p. 30.

Différences des mécanismes des actions accordées par les articles 1166 et 1167 du Code civil.

L'action oblique et l'action paulienne représentent deux réactions possibles du créancier à des comportements différents de son débiteur.

Dans l'article 1166, il est prévu que « les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à leur personne ». Est dès lors visée l'hypothèse que nous avons évoquée à plusieurs reprises déjà, dans laquelle le débiteur compromet le droit de gage général de son créancier en omettant, volontairement ou non, d'exercer un droit ou une action permettant d'augmenter son actif qu'il détiendrait contre un de ses propres débiteurs en vertu d'un acte passé avec lui. L'action oblique permet alors au créancier d'agir à la place du débiteur négligent. Toutefois, une des originalités de l'action est qu'elle ne bénéficiera pas directement et immédiatement au créancier : en effet, agissant en vertu d'un droit ou d'une action appartenant au débiteur, ce qui aura été obtenu par la voie oblique intégrera le patrimoine du débiteur, non celui du créancier, de sorte que le résultat de l'action bénéficiera potentiellement à l'ensemble des créanciers. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'action oblique accordée par l'article 1166 est parfois qualifiée d'action indirecte, par opposition à l'action directe qui permet à certains créanciers de réclamer l'exécution à leur profit de créances contractuelles de leur débiteur sans passer par l'intermédiaire du patrimoine de ce dernier¹⁸.

C'est d'un principe différent dont relève l'action dite paulienne accordée par l'article 1167 au créancier, car le créancier agissant profite « directement et exclusivement » du résultat de son initiative¹⁹. Elle se distingue en effet de l'action oblique en ce qu'elle est exercée par les créanciers « en leur nom personnel ». Ainsi n'a-t-elle pas d'effet collectif, mais profite davantage au créancier agissant. D'autre part, il ne s'agit plus pour les créanciers de pallier la simple négligence du débiteur, mais bien d'écarter les conséquences d'actes passés par le débiteur en fraude de leurs droits²⁰, c'est-à-dire passés en vue de faire échapper des biens aux poursuites du créancier²¹.

Complémentarité des mécanismes des actions accordées par les articles 1166 et 1167. Il ne faut toutefois pas déduire de ce qui vient d'être dit que chaque action possède un domaine exclusif, dans lequel l'autre ne pourrait pas intervenir. En effet, l'action paulienne est quelquefois un préalable nécessaire à l'action oblique, notamment en cas de renonciation frauduleuse du

¹⁸ J. François, *Droit civil t. IV – Les obligations : régime général*, n° 278.

¹⁹ J. Ghestin, M. Billau, G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), LGDJ 2005 n° 739.

²⁰ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billau, *Les effets du contrat*, Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), LGDJ 3^{ème} éd. 2001 n° 819.

²¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les Obligations*, n° 1159.

débiteur à un droit qu'il tient contre le sous débiteur. L'exemple traditionnellement donné est celui de la renonciation du débiteur à une succession où l'actif excède le passif. La renonciation n'est pas en soi frauduleuse (elle est un droit accordé par la loi), mais si la fraude qui l'anime peut être prouvée, le créancier de l'ayant cause universel peut faire déclarer cette renonciation sans effet à son égard (par l'action paulienne), puis accepter la succession à la place de son débiteur par la voie oblique (art. 779 C. civ, ancien article 788)²². Malgré l'existence de ce texte spécial, on peut signaler que les articles 1166 et 1167 peuvent s'appliquer dans une telle hypothèse, ce qui confirme le mécanisme de l'article 779 : la Cour de cassation a admis leur applicabilité²³, bien qu'on eût pu douter de la qualification de « convention » de l'acte de renonciation²⁴.

Dessinés à gros traits, les mécanismes des deux actions, par leurs différences d'effets se révèlent complémentaires et traduisent une certaine gradation de la réaction face au comportement du débiteur en fonction de sa gravité : l'action oblique serait une arme entre les mains du créancier contre l'*abstention négligente* du débiteur, appréciée eu égard aux intérêts du créancier, que l'article 1134 al. 3 ou plus largement le respect de la loi lorsque la créance du créancier trouve son origine dans celle-ci lui commandent de prendre en compte, alors que l'action paulienne sanctionnerait son *action abusive*²⁵. Tout du moins est-ce là la distinction classique entre ces deux actions : il n'est pas sûr en effet que ce critère soit absolument à l'abri de toute contestation et l'exemple de la succession fournit une illustration de ses limites. L'action paulienne y est dans un premier temps utilisée comme instrument permettant d'écarter les effets d'une renonciation à l'égard du créancier. Or cette renonciation peut-elle être analysée comme une *action* ? Certains répondront par l'affirmative, s'appuyant sur l'article 804 du Code civil, en arguant de ce que le simple silence du bénéficiaire de la succession ne vaut pas renonciation et qu'il faut un acte positif. Pour notre part, et sans remettre en cause cet argument textuel, nous voyons davantage de similitudes entre une renonciation et une abstention qu'entre une renonciation et une action, dans la mesure où il n'y a pas, dans le contexte d'un acte de renonciation, de flux entre deux patrimoines, ni dans le sens d'un enrichissement, ni dans celui d'un appauvrissement : il y a seulement volonté d'en rester au statut *quo*. On concèdera cependant que, hormis ce cas qui peut prêter à discussion, le critère de l'action du débiteur ou de son abstention correspond bien à l'état du droit positif.

²² *JurisClasseur* art. 1166 C. civ. (fasc. 38), n°6, par D. Veaux.

²³ Civ. 1^{ère} 7 novembre 1984, Bull. civ. I n° 298 : au pourvoi qui arguait de la violation des articles 788 et 1167 du Code civil, au motif que la renonciation n'aurait causé aucun préjudice au créancier du renonçant, la Haute Juridiction répondit que la Cour d'appel n'avait violé « aucun des textes précités ».

²⁴ L'article 1167 C. civ. utilise certes le mot « actes », apte à recevoir une acception large (donc au-delà des conventions), mais rappelons que le texte concerne une section relative à l' « effet des *conventions* »...

²⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les Obligations* n° 1154.

Ayant tenté de préciser le domaine et la différence de ces actions, il faut s'intéresser à leurs conditions d'exercice. Les textes se révélant muets à leur sujet, il revenait à la jurisprudence de les déterminer, par référence au but que le législateur se proposait d'atteindre.

Justification des similitudes et différences dans les conditions de mise en œuvre. Si les conditions de mise en œuvre de ces deux actions peuvent être perçues comme différentes dans le détail du droit positif, il apparaît qu'elles concernent les mêmes éléments du rapport créancier – débiteur, à savoir les qualités de la créance, le préjudice du créancier et le comportement du débiteur. Cela s'explique d'une part par le but poursuivi par ces actions²⁶ (préservation du gage des créanciers, longuement décrit *supra*), autant que par l'origine commune des actions, qui devrait être vue dans une hypothèse de poursuite collective connue en droit romain sous le nom de *venditio bonorum*, dans laquelle un représentant de la masse des créanciers (*curator bonorum vendendorum*) pouvait, en cas d'insolvabilité du débiteur, exercer les droits et actions appartenant au débiteur contre les tiers (ce qui a conduit à la consécration de l'action oblique)²⁷, mais aussi obtenir la révocation des actes par lesquels le débiteur avait frauduleusement appauvri son patrimoine, aboutissant à la consécration de l'action paulienne²⁸. Pour cette dernière toutefois, notons que le législateur de 1804 s'est écarté de la conception romaine, dans la mesure où cette action n'a plus d'effet collectif, mais uniquement individuel. Nous avons déjà montré que c'est un point qui la différencie de l'action oblique.

Si les conditions diffèrent dans le détail – quoi qu'un auteur a récemment montré leur rapprochement²⁹ –, c'est parce qu'il s'agit, par ces deux mécanismes, de réagir avec une intensité différente au comportement du débiteur, et partant, d'articuler différemment les deux situations juridiques obligatoires en présence (créance du créancier contre le débiteur et acte passé entre le débiteur et le sous débiteur ou tiers contractant), qui tous deux ont été valablement formés. Il n'est pas nécessaire d'exposer ici les conditions d'exercice de chacune des deux actions, car nous y reviendrons de façon plus dynamique dans notre argumentation³⁰.

Principe des actions et article 1165 du Code civil – compatibilité ? L'article introductif de la section étudiée dispose que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes », et

²⁶ A. Cermolacce, *Etat des lieux des actions oblique et paulienne*, LPA 25 janvier 2008 (n°19) p. 5 et s.

²⁷ L. Bosc, *th. préc.* p. 13 et s.

²⁸ G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, t. II, 1957 p. 524 n° 1396 ; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billau, *Les effets du contrat*, n° 817.

²⁹ A. Cermolacce, *art. préc.* note 26.

³⁰ *Infra*, II. Nous n'y reviendrons qu'autant qu'il sera utile, les conditions des actions pouvant être trouvées dans tout ouvrage de droit des obligations (régime général).

ajoute qu' « elles ne nuisent point au tiers, et ne lui profitent que dans le cas prévu à l'article 1121 » : on parle couramment d'effet relatif des conventions. Mais une contradiction entre le second membre de la deuxième proposition et la réalité des affaires semble se dessiner. En effet toute convention susceptible d'avoir un effet patrimonial est potentiellement nuisible à toute personne intéressée à la consistance du patrimoine de celui qui s'engage en tant que débiteur. D'autre part, une autre contradiction, entre le second membre de la proposition et le principe des actions explicité plus haut semble se surajouter : le mécanisme instauré par l'article 1166 du Code civil permet au créancier de profiter, bien qu'indirectement de la convention passée entre le débiteur et le sous débiteur. D'un autre côté, et en renversant la perspective, il est curieux que le créancier puisse agir, *via* l'action paulienne, en révocation d'un acte frauduleux passé par le débiteur contre le tiers contractant, car c'est reconnaître implicitement mais nécessairement que cet acte peut nuire au créancier (intérêt à agir), contrairement au postulat de la seconde proposition de l'article 1165.

Faut-il dépasser ces contradictions apparentes ? Pour d'anciens auteurs, certainement subjugués par la révolution juridique que constituait la naissance d'un Code civil, « le sens qui, à la simple lecture du texte, se présente naturellement à l'esprit, donne *presque* toujours la véritable pensée de la loi ; car les législateurs ne s'amuse point à faire des énigmes »³¹. Pour ces exégètes, la lettre de la loi en révèle presque toujours l'esprit. C'est cette considération qui guidera notre étude, laquelle se concentrera à rechercher une cohérence dynamique de ces articles conforme à leur lettre. Nous tenterons de montrer que, pour peu qu'on accepte de s'abstraire de conceptions souvent défendues mais faisant peu de cas de la rédaction des articles étudiés, dont le législateur actuel ferait bien de s'inspirer à maints égards, une cohérence d'ensemble à la section étudiée peut être trouvée.

L'étude se concentrera autour de deux axes. D'une part, il s'agira de montrer, contrairement à ce qui est souvent affirmé et enseigné, que les articles 1166 et 1167 sont des exceptions à l'article 1165, l'adverbe « néanmoins », souvent décrié, se trouvant de la sorte pleinement justifié (I). D'autre part, nous nous attacherons à montrer que ce sont des exceptions qui confirment la règle de l'effet relatif - ou plus précisément de l'effet relatif de la force obligatoire - édictée à l'article 1165 du Code civil (II). Nous espérons convaincre qu'il n'y a aucune contradiction de principe entre ces deux propositions.

³¹ Mourlon, *op. cit.* p. 62.

I. Les articles 1166 et 1167 comme exceptions formelles à l'article 1165

Deux conditions doivent être réunies pour pouvoir considérer les articles relatifs aux actions oblique et paulienne comme des exceptions à l'article 1165. Il faut d'une part que les créanciers titulaires des actions soient des tiers (A), et d'autre part que la convention passée par le débiteur avec son sous débiteur ou tiers contractant nuise ou profite au créancier (B)³².

A. Les créanciers comme tiers au sens de l'article 1165 du Code civil.

Il s'agit de savoir ce que doit recouvrir la catégorie juridique des tiers. C'est un point qui est très largement passé sous silence lors des études universitaires, mais qui n'est pourtant pas évident à appréhender³³, comme le montrent les controverses doctrinales nourries qui ont eu cours entre les années 1990 et 2000. A elle seule, la lecture du *Petit Robert* révèle la difficulté : après avoir précisé qu'un tiers est en principe une « personne extérieure à un groupe, à une affaire », le sens juridique de ce terme est défini plus loin comme une « personne qui n'est ou n'a pas été partie à un contrat »³⁴. De là, on peut faire deux constats. Le premier, sur lequel l'adhésion de la doctrine semble unanime, est que la notion de tiers se définit par opposition à la notion de partie : la catégorie de tiers serait en quelque sorte résiduelle. Le second, qui suscite davantage la controverse, est que la catégorie des tiers serait contingente, et pourrait évoluer durant la période où le contrat fonctionne : on pourrait ainsi devenir tiers autant que l'on pourrait perdre cette qualité. Cette contingence de la notion a été mise en évidence par une doctrine que l'on qualifiera pour la clarté du discours de « moderne », laquelle promet un élargissement de la catégorie des parties, et corrélativement, un rétrécissement de celle de tiers (2). Pour bien comprendre cela, il convient d'exposer au préalable la définition classique de la notion de tiers, sur laquelle s'appuie encore largement la doctrine contemporaine et la jurisprudence³⁵ (1).

³² Pour Mme M-L Izorche, l'article 1166 serait une exception à l'article 1165 dès lors que les créanciers peuvent être considérés comme des tiers (*Rep. civ. Dalloz, V° Action oblique*, n°3). Cela paraît inexact, ou au moins incomplet, dans la mesure où l'article 1165 pose deux affirmations : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties et elles ne nuisent ni ne profitent aux tiers. Il en résulte que pour faire exception à cette règle, il faut une double exigence positive : les créancier doivent être des tiers, et la convention dont il s'agit d'étudier les effets doit leur nuire ou leur profiter.

³³ MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck qualifient l'expression de l'« une des plus équivoques de la langue juridique » : *Les Obligations*, n° 793 *in fine*.

³⁴ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, éd. 2008, V° Tiers, tierce.

³⁵ Certains auteurs choisissent même de passer sous silence la conception moderne au motif que « ces réflexions n'ont pas encore modifié de façon sensible les habitudes de langage et de raisonnement de la pratique et de la jurisprudence », P. Voirin et G. Goubeaux, *Droit civil* t. 1, 31^e éd., LGDJ 2007 n° 946.

1. La conception classique de la catégorie des « tiers »

Cette conception trouve son fondement dans la doctrine de l'autonomie de la volonté (a), qu'il convient d'exposer avant d'en voir les conséquences sur la définition de la catégorie de tiers (b).

a. Exposé de la doctrine de l'autonomie de la volonté

On affirme généralement que le Code civil consacre l'autonomie de la volonté. Qu'est-ce à dire exactement ? Au soutien de cette affirmation, on invoque généralement l'article 1134 al. 1^{er} du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Ce rôle constitutif de la volonté est encore plus évident dans la formule de Domat, selon laquelle « les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites, et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun »³⁶. Cependant, l'expression « autonomie de la volonté » n'apparaît pas dans le Code civil, pas plus qu'elle n'a, semble-t-il été évoquée lors des travaux préparatoires. Comme le fait très justement remarquer Madame Terré-Fornacciari, elle est bien davantage le fruit d'une interprétation rétrospective du Code civil³⁷. Et de fait, l'autonomie de la volonté, faisant de la volonté une véritable puissance créatrice, semble correspondre aux idées individualistes et volontaristes développées par la philosophie contemporaine au Code civil ou le précédant de peu, notamment par l'Ecole du Droit naturel (XVII^e et XVIII^e siècle)³⁸ et la philosophie de Kant pour qui la liberté se définit comme la loi qu'on se donne à soi-même³⁹. Aussi le contexte de libéralisme économique du XIX^e siècle était-il propice à la réception de telles idées. Partant l'autonomie de la volonté serait l'expression de la liberté dans les relations juridiques, dans le monde organisé du droit. En effet, cette doctrine consacre la souveraineté de la volonté qui a pour corollaire que seule une manifestation de volonté est apte à engager les individus qui le souhaitent. En effet, la plupart des règles consacrées par le Code civil dérivent de cette idée, tant au stade de la formation que de l'exécution du contrat. C'est d'ailleurs à partir de ces observations que l'on peut définir les parties, et par exclusion, la catégorie des tiers.

³⁶ J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre I, Titre I, sect. II, VIII.

³⁷ *L'autonomie de la volonté*, in : *Revue des sciences morales et politiques* 1995 p. 255 et s., spéc. p. 256.

³⁸ Cette école s'inspire sur ce point des principes dégagés par le droit canonique et les théologiens du Moyen-Age, qui peuvent partant être considérés comme les premiers à avoir dégagé les principes de l'autonomie de la volonté : voy. sur ce point C. Larroumet, *Droit civil*, t. 3/1 6^{ème} éd. 2007 n° 111.

³⁹ S'il n'est pas sûr que les rédacteurs du Code civil connaissaient particulièrement la philosophie de Kant (*Voy.* sous l'article précité *supra* note 37 la question de Pierre Messmer, et la réponse de D. Terré-Fornacciari, p. 268), il n'en reste pas moins que ses préceptes ont connu une large diffusion et influence au tournant du XIX^e siècle.

b. Conséquences de la doctrine de l'autonomie de la volonté

De nombreux textes sont inspirés de cette pensée. L'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil en est souvent présenté, on l'a vu, comme le siège. Mais au-delà, on peut aussi invoquer l'article 1119 du même code, qui, relatif à la phase de conclusion du contrat, dispose qu'on ne peut en général s'engager ou stipuler que pour soi-même : c'est bien dire qu'on ne peut engager personne contre sa volonté, et donc, que la volonté de chacun est souveraine concernant ses propres affaires. D'ailleurs, mais nous aurons à y revenir plus avant *infra*, les deux articles suivants ne sont pas en dépit des apparences des exceptions : en effet, si la stipulation pour autrui est valable tant qu'elle ne confère qu'un avantage au bénéficiaire, celui-ci est quand même libre de renoncer à son bénéfice, et, pareillement en matière de promesse de porte fort, laquelle ne représente qu'un « engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard »⁴⁰, et qui ne consiste donc pas à imposer une obligation à un tiers contre ou sans sa volonté.

Au stade de l'exécution, l'article 1165, qui nous intéresse plus directement dans notre étude, paraît tout aussi conforme à cette logique lorsqu'il dispose que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties » et pose par là même le principe de l'effet relatif des conventions. Car en effet, il semble historiquement que cette formulation soit inspirée de l'adage *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*, que l'on peut traduire par « ce qui a été conclu entre les uns ne peut ni nuire ni profiter aux autres »⁴¹. Le terme « conclu » peut alors donner un indice quant au moment d'appréciation de la qualité de parties, et partant, par soustraction, de tiers : il conviendrait dans cette logique de se placer au moment de la conclusion du contrat, quand bien même cette détermination servira à identifier le rayonnement du contrat, c'est-à-dire ses effets. Dans cette logique, les auteurs se reportent à l'article 1122 du Code civil et estiment que les parties ne peuvent être que les personnes qui ont conclu le contrat, c'est-à-dire qui ont donné leur consentement, ou alors, les personnes qui y sont assimilées, à savoir les personnes représentées ou les ayant cause universels ou à titre universel⁴². On trouve un appui à cette conception dans l'exposé des motifs de « la loi sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général » fait par Bigot de Préameneu, lequel déclarait que « chacun ne pouvant contracter que pour soi, les obligations ne doivent avoir d'effets qu'entre les parties contractantes et ceux qui les représentent.

⁴⁰ Civ. 1^{ère} 25 janvier 2005, Bull. civ. I n° 43, JCP 2006 II 10021 note Ph. Simler.

⁴¹ Traduction issue du *Vocabulaire juridique* de G. Cornu, appendice « Maximes et adages de droit français », V° *res inter alios acta*... Les auteurs renvoient immédiatement après la traduction aux articles 1119 et 1165. Nous reviendrons sur les rapports entre ces deux articles qu'il faut se garder, selon nous, de considérer comme un doublon.

⁴² En ce sens par exemple C. Larroumet, *Droit civil t. 3/2* n° 742.

Il serait injuste qu'un acte auquel une tierce personne n'a point concouru, pût lui être opposé : *non debet alii nocere, quod inter alios actum est* »⁴³.

Dans cette logique classique qui entend très strictement la notion de « parties », le créancier chirographaire est-il partie ou tiers à la convention conclue par son débiteur avec le sous débiteur ? Pour répondre à cette question, il faudra se demander si ce créancier a participé à la conclusion de ladite convention, s'il a été représenté par son débiteur ou si le créancier peut se voir attribuer la qualité d'ayant cause universel.

On pourra passer rapidement sur les cas de conclusion du contrat et de représentation. Par hypothèse, le contrat a été conclu par le débiteur, non par le créancier qui y est tout à fait étranger. Pas davantage le créancier n'a-t-il été représenté par le débiteur. On doit pourtant s'attarder plus longuement sur le point de savoir si le créancier chirographaire peut-être vu comme un ayant cause universel ou à titre universel du débiteur.

Jusque dans les années 1920, il était communément admis en doctrine que le créancier chirographaire devait être considéré comme tel. En effet, l'ayant cause universel se définit comme la personne qui a vocation à recevoir la totalité du patrimoine de son auteur, se différenciant en cela de l'ayant cause à titre universel, qui n'a vocation qu'à recevoir une partie de ce patrimoine. L'assimilation pourrait se concevoir au regard d'un point qui a été abordé en introduction, à savoir que le droit de gage général du créancier ne porte pas sur des éléments isolés du patrimoine, mais sur celui-ci pris en tant qu'universalité : mais cela ne peut valoir au plus que pour les ayants cause universels, non ceux à titre universel, dont les droits portent sur certains biens⁴⁴. De plus, de même que les successeurs à titre universel succèdent aux droits de leur auteur, on a fait valoir que les créanciers peuvent exercer, d'après l'article 1166 du Code civil, « tous les droits et actions du débiteur » et continueraient en cela sa personne : on ne peut s'empêcher d'être ici frappé par le degré de fiction auquel aboutit la comparaison ! Cette idée de continuation de la personne du débiteur peut être facilement contestée : si les ayants cause universels se voient opposer les contrats conclus par leur auteur, c'est parce qu'ils y deviennent partie⁴⁵, étant ainsi tenu du passif. Or, il en va tout autrement des créanciers qui ne sont pas liés à proprement parler par les contrats

⁴³ Propos rapporté par A. Weill dans sa thèse, *La relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz 1938 n° 43 (p. 78).

⁴⁴ En effet, les ayants cause à titre universel ne recueillent qu'une partie du patrimoine. Toutefois il semble qu'une partie de la doctrine (C. Larroumet, *Droit civil*, t. 3/2 n° 753) veuille transposer ce contre argument aux ayant cause universels. Mais sur ce point, la critique ne nous semble pas décisive dans la mesure où on peut accéder à cette démarche si on considère *ut singuli* tous les éléments actifs et passifs du patrimoine du défunt, mais on peut aussi la réfuter si on les considère en quelque sorte *ut universi*, conception qui cadre mieux à la situation de continuation du *de cuius* par l'héritier.

⁴⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les Obligations*, n° 488.

passés par le débiteur, lesquels ne peuvent, en vertu du principe de l'effet relatif des conventions, ni les rendre créanciers, ni débiteurs.⁴⁶

On a aussi avancé que, à l'instar de l'ayant cause universel qui reçoit la succession dans l'état où elle se trouve à la mort de l'auteur, le créancier ne peut davantage revenir sur le passé, son droit de gage étant limité aux biens actuellement possédés par le débiteur.⁴⁷ Déjà ici, on peut percevoir une faille dans le raisonnement analogique qui est mené. Cette affirmation est vraie dans son principe, mais uniquement en cas d'actes réguliers de dépossession du débiteur : en effet, l'article 1167 permet précisément au créancier de revenir sur le passé en faisant révoquer (et la controverse sur la sanction de la fraude paulienne n'a ici aucune conséquence) l'acte frauduleux du débiteur. Mais des critiques encore plus décisives ont été apportées par Laborde-Lacoste et Bonnacase. Le créancier chirographaire ne reçoit pas un patrimoine, ni une partie de celui-ci car il n'a pas droit à *cela* : le créancier ne peut exiger du débiteur qu'une prestation ou une abstention déterminée⁴⁸. Le créancier n'a pas une vocation à recevoir fût-ce une part du patrimoine : ce patrimoine n'est pour lui qu'un secours matériel au cas où le débiteur ne pourrait pas remplir son obligation.

Il ressort des critiques apportées que les créanciers chirographaires ne peuvent être assimilés aux ayant causes universels ou à titre universel, tant les différences sont grandes.

Il résulte de ces constatations que les créanciers visés aux articles 1166 et 1167 ne peuvent être considérées comme des parties par applications des critères classiques de distinction. Ils doivent donc être considérés « à défaut » comme des tiers.

Cependant, si cette conception classique est encore, comme on l'a vu, reprise en doctrine, un courant s'est développé dans les années 1990, animé de la volonté de rééquilibrer les catégories de parties et de tiers.

2. *La conception moderne de la catégorie des tiers*

Une partie importante de la doctrine contemporaine estime qu'il est réducteur de voir dans l'article 1165 du code civil « le texte d'un moment, celui de la formation du contrat considéré »⁴⁹ car cela procéderait d'une lecture figée de cet article⁵⁰.

⁴⁶ C. Larroumet, *Droit civil* t. 3/2 n° 753.

⁴⁷ A. Weill, *th. précitée* n° 68 (p. 121).

⁴⁸ M. Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, Thèse Bordeaux 1916, p. 78 et s ; J. Bonnacase, *La condition juridique du créancier chirographaire. Sa qualité d'ayant cause à titre particulier*, RTD civ 1920 p. 103 et spéc. p. 135 et s ; approuvés par S. Calastreng, *La relativité des conventions : étude de l'article 1165 du Code civil*, thèse Toulouse 1939, dir. G. Marty.

⁴⁹ C'est ainsi que raisonne notamment J. Ghestin, *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*, RTD civ. 1994, p. 777 et s., n°6. Pour un auteur restant attaché à cette conception classique, cf. J-L Aubert, *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, RTD civ. 1993 p. 263 et s., n°55.

Cette lecture est à relier au constat du déclin de l'autonomie de la volonté comme fondement du contrat (a). Elle a pour conséquence de modifier sensiblement le contenu des catégories de tiers et de parties (b).

a. l'autorité de la volonté en déclin

Si tous les auteurs ne la remettent pas en cause comme fondement du contrat, ils s'accordent tous à en constater le déclin. Un article impulsif doit être signalé à cet égard, même s'il est bien antérieur au débat qui nous occupera ici et qui a eu lieu dans les colonnes de la revue trimestrielle de droit civil entre les années 1990 et 2000 : il s'agit d'une contribution du Doyen Savatier dans lequel n'hésitait pas à affirmer, après avoir dressé une liste impressionnante d'exceptions au principe de l'effet relatif compris dans son acception classique, que « l'article 1165 n'a, par lui-même, presque aucun sens utile »⁵¹. C'est donc afin de lui restituer un maximum de sens qu'une relecture s'imposait.

Partant de là, M. Ghestin propose de remettre en cause la doctrine de l'autonomie-souveraineté de la volonté afin de pouvoir remodeler les notions de parties, et donc, de tiers⁵². L'auteur note fort justement que c'est le droit objectif qui détermine tant les conditions de formation du contrat et leurs sanctions, que le domaine des effets du contrat et notamment le rayonnement de sa force obligatoire.

Il remarque aussi plus avant qu'une définition étroite des parties, telle qu'elle résulte de la conception classique, conduit à introduire une catégorie intermédiaire entre les parties et les tiers, dont le contenu est variable, dans la mesure où personne ne conteste que les effets obligatoires du contrat s'étendent à d'autres que les parties contractantes⁵³. Or, il veut précisément supprimer cette catégorie qui serait source d'insécurité quant aux prévisions de l'impact concret du contrat : l'une des questions qui se posent est notamment de savoir dans quelle catégorie classer le créancier chirographaire, parfois qualifié de « faux tiers »⁵⁴ qui sans être véritable tiers⁵⁵ car intéressé par les contrats conclus par son débiteur (et c'est cet intérêt, comme on l'a montré en

⁵⁰ Ph. Delmas Saint-Hilaire, *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ 2000 préf. J. Hauser, p. 20.

⁵¹ R. Savatier, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTD civ. 1934 p. 525, n°32.

⁵² J. Ghestin, *La distinction entre les parties et les tiers au contrat*, JCP G 1992 I 3628 p. 517 et s., n°1 : nous reproduisons ici sa pensée le plus fidèlement possible, dans la mesure où, en tant qu'initiateur du débat, c'est lui qui en a posé les termes.

⁵³ J. Ghestin, *op. cit.* n° 3.

⁵⁴ C. Guelfucci-Thibierge, *De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*, RTD civ. 1994 p. 275 et s., n°10. Voy. aussi dans *L'Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française 2006 p. 110 : *les créanciers sont, bien sûr, des tiers mais il y a plus qu'une nuance entre les « tiers créanciers » et les « tiers étrangers »* [note sur art 1166].

⁵⁵ Ou tiers absolu, aussi *penitus extranei* : toutes ces expressions désignent des tiers qui sont totalement étrangers au contrat conclu par le débiteur.

introduction, qui lui permettra de profiter des mécanismes des actions oblique et paulienne) n'est pas pour autant une partie au sens strict.

Pour opérer une nouvelle répartition des parties et des tiers, M. Ghestin ne souhaite cependant pas se dégager totalement du critère volontariste : en effet, l'auteur précise que « le rejet du dogme de l'autonomie de la volonté ne doit pas être compris comme celui du rôle essentiel de la volonté des sujets de droit en tant que caractère spécifique du contrat »⁵⁶. Pour lui, la volonté, si elle n'est plus le fondement incontestable du contrat, en reste un caractère essentiel qu'on ne peut éluder.

C'est en partant de ce constat que l'auteur propose des nouveaux critères de classification, qui vont appeler d'autres réactions doctrinales.

b. L'identification des parties

Pour M. Ghestin, la qualité de partie doit être réservée « aux seules personnes dont la volonté a effectivement participé à la création du lien obligatoire, peu important d'ailleurs le moment et la façon dont s'est manifestée cette volonté »⁵⁷. L'indifférence du moment de la prise en compte de la volonté fait d'ailleurs tout l'intérêt de cette conception élargie. Selon cette acception, les parties s'entendent des personnes considérées comme parties au sens de la conception classique⁵⁸, auxquelles doivent s'ajouter les personnes devenues parties au moment de l'exécution du contrat. Parmi ces personnes, il convient de distinguer entre celles qui ont donné leur accord avant la conclusion du contrat de celles qui ont donné leur consentement après⁵⁹. Si on prend le terme de « consentement » utilisé par l'auteur au pied de la lettre, on pourrait estimer que le créancier chirographaire n'a rien à faire dans la catégorie des parties ainsi définie. Et de fait, dans sa réponse aux observations de Mme Guelfucci-Thibierge, J. Ghestin précise que le créancier chirographaire doit être considéré comme un tiers. Sans doute cette précision est-elle due à une volonté de marquer des limites à la définition très large de Mme Thibierge. En effet, celle-ci élargit encore davantage que l'initiateur du débat la catégorie des parties en estimant qu'une personne peut devenir partie tant par l'effet de la volonté que simplement par l'effet de la loi lorsque celle-ci organise une substitution de parties⁶⁰. Or précisément, on pourrait estimer, même si l'exemple n'est pas donné par elle, que l'article 1166, en substituant le créancier au débiteur négligent, le transforme ainsi en partie. Cependant, l'affirmation de M. Ghestin semble avoir un but conséquentialiste de prévention contre les conséquences mêmes de sa propre définition des

⁵⁶ J. Ghestin, *op. cit. supra* note 52, n°4.

⁵⁷ J. Ghestin, *op. et loc. cit.*

⁵⁸ Cf. *supra* I. A. 1. b.

⁵⁹ J. Ghestin, *op. cit. supra* note 52, n° 13 et 14.

⁶⁰ C. Guelfucci-Thibierge, art. préc. *supra* note 54 n° 31.

parties qui est elle-même de nature à englober le créancier chirographaire. Pour le montrer, il faut pénétrer plus avant le raisonnement de l'auteur et observer notamment la position qu'il prend quant à la qualité du bénéficiaire de la stipulation pour autrui⁶¹. Constatant que sa qualité de tiers ou de partie est controversée, l'auteur est cependant favorable à reconnaître au bénéficiaire la qualité de partie. A l'appui de cette solution, on pourrait arguer de ce que son implication dans le contrat avait été *prévue ab initio* (le débiteur savait que le bénéficiaire était susceptible de réclamer le bénéfice de la stipulation pour autrui). Mais cet argument est fortement relativisé, comme le reconnaît l'éminent auteur, par le fait que la jurisprudence découvre de façon automatique dans certains contrats des stipulations pour autrui implicites⁶². Ce constat fait dire à l'auteur qu'il ne faut pas « attacher une importance excessive au fait que (...) le stipulant et le promettant ont voulu dès l'origine agir au profit d'autrui ». On pourrait aussi invoquer l'argument de la rétroactivité de l'acceptation de la stipulation, ce qui ramène fictivement le moment de l'acceptation à la phase de conclusion du contrat. Mais cet argument est incohérent avec une démarche qui consiste précisément à remodeler les catégories abstraction faite du critère temporel. Partant, on pourrait se demander si l'*usage* de la faculté ouverte par l'article 1166 du Code civil au créancier d'exercer les droits et actions de son débiteur ne traduirait pas une volonté du créancier de se glisser dans l'habit d'une partie, et ne devrait donc pas être considéré comme consentement à la convention, postérieur à sa conclusion. On ne voit pas très bien en effet ce qui pourrait faire obstacle à une telle conclusion, car les arguments parfois invoqués⁶³ pour refuser la qualité de tiers au bénéficiaire de la stipulation pour autrui, à savoir qu'ils ne disposent pas de l'action en nullité ou en résolution⁶⁴, sont en notre matière inopérants. D'une part, on peut douter de l'utilité de ces actions dans des hypothèses où il s'agira de réagir à une pure abstention négligente du débiteur, et d'autre part, on peut constater que s'il est des cas où une telle action est envisageable (pour obtenir des restitutions notamment), la jurisprudence l'accorde au créancier, conformément aux termes généraux de l'article 1166⁶⁵. Considérer le créancier comme partie permettrait d'ailleurs d'expliquer la jurisprudence relative à l'opposabilité au créancier par le sous

⁶¹ J. Ghestin, *op. et loc. cit.*, n° 15.

⁶² Par ex. Civ. 24 mai 1933, DP 1933 1. 137 note L. Josserand en matière de transport de personnes ; mais ce mouvement jurisprudentiel est en recul en matière de responsabilité civile, *voy.* G. Viney, *Introduction à la responsabilité* LGDJ 2008 n°188-2.

⁶³ L. Aynès, *La cession de contrat*, n° 179 ; J-L Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ 1981, préf. H. Batiffol, p. 237 et s.

⁶⁴ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les Obligations*, n° 526.

⁶⁵ J-L Aubert, *Le droit pour un créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur*, RTD civ. 1969 p. 692 ; Civ. 1^{ère}, 22 janvier 1980, Bull. civ. I n°32 : action en rescision d'un partage pour lésion ; Civ. 1^{ère} 23 avril 1981, Bull. civ. I n° 130 : action en nullité absolue ; Civ. 24 novembre 1914, S. 1920 1. 249 note Nacquet : action en nullité relative ; Civ. 3^{ème} 14 novembre 1985, Bull. civ. III n° 143, D. 1986 p. 386 note J-L Aubert : action en résolution.

débiteur des exceptions qu'il aurait pu opposer au débiteur⁶⁶. A vrai dire la seule objection que l'on peut faire est que le créancier ne profitera pas directement, comme un « créancier immédiat » de son action puisque le résultat en terme de patrimoine devra transiter via le patrimoine du débiteur (les effets collectifs de l'action oblique ont été signalés en introduction). Pour aussi décisive que soit cette objection en théorie⁶⁷, on sait qu'en pratique, le créancier adjoindra à l'action oblique les instruments juridiques lui permettant de profiter effectivement du résultat de son action : il sera rare que celui-ci soit animé d'une intention exclusivement philanthropique.

Malgré le fait que la qualité de tiers du créancier chirographaire soit proclamée par les tenants de la conception moderne, nous avons tenté de montrer que cette position n'était pas forcément en parfait accord avec les définitions que ces mêmes auteurs proposent de la qualité de parties.

Toutefois, nous souscrivons à l'analyse du créancier chirographaire comme tiers, non *afin* de servir notre démonstration (ce serait là inverser, et donc biaiser le raisonnement), mais parce que, soutenir le contraire serait implicitement accrédiéter une conception des parties et des tiers qui est déstabilisante du point de vue méthodique. Comme le relève Jean Luc Aubert, « la vérité est qu'une classification (...) n'a d'autre vertu que d'ordonner, plus ou moins bien une réalité donnée ; elle n'a pas le pouvoir de modeler celle-ci »⁶⁸. Or précisément, c'est la confusion et le désordre qui semblent régner dans cette classification plus que l'ordonnement. M. Ghestin estime sa distinction pertinente sur le point de vue de la méthode car elle aurait pour vertu de supprimer les catégories intermédiaires en faisant des tiers et des parties une *summa divisio* intangible. Mais le problème n'est que « déplacé » comme le fait justement remarquer J-L Aubert, tant les catégories se révèlent hétéroclites⁶⁹. Pour s'en convaincre, on rappellera que, pour l'auteur, les tiers peuvent aussi être soumis à l'effet obligatoire du contrat : il les identifie d'ailleurs comme « tiers liés ». Or ces tiers côtoient, à l'intérieur de la catégorie, les « *penitus extranei* », complètement étrangers au contrat. Aussi, certaines personnes sont distribuées différemment alors que leur situation présente davantage de similitudes que de différences : ainsi en va-t-il par exemple du cessionnaire d'un contrat qui reste un tiers alors qu'un héritier devient une partie, alors que tous deux sont substitués au cédant ou au *de cuius* dans les rapports contractuels⁷⁰.

⁶⁶ Civ. 10 juillet 1867, DP 1867 I. 344 ; Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, Bull. civ. I n° 250, *Defrénois* 1992 p. 388 obs. L. Aynès. Pour être exact, l'opposabilité s'intensifierait et se transformerait en force obligatoire.

⁶⁷ J. Ghestin, *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*, RTD civ. 1994, p. 377 et s., n°27.

⁶⁸ J-L Aubert, *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, RTD civ. 1993 p. 263 et s., n° 36.

⁶⁹ J-L Aubert, art. préc. n° 26 et 31.

⁷⁰ J-L Aubert, art. préc. n° 29.

Cette raison de méthode nous conduit à refuser de consacrer ce remodelage des notions, et, conforté par le fait que même les tenants de cette conception moderne souhaitent ne pas aller aussi loin que leur définition pourrait éventuellement le permettre en réfutant expressément la qualité de partie au créancier chirographaire, nous pensons que ce dernier doit être effectivement considéré comme tiers.

B. La redécouverte du sens des termes « nuire » et « profiter » de l’art. 1165

Le créancier n’est cependant pas un *penitus extranei* puisqu’il entretient des relations avec l’une des parties à la convention dont on cherche à déterminer l’effet. C’est partant un tiers intéressé, comme on l’a vu plus haut. Cette spécificité permet de proposer un sens différent de celui habituellement proposé à l’époque contemporaine des termes « nuire » et « profiter » de l’article 1165 du Code civil (2). Le sens que nous proposerons n’est cependant pas tout à fait nouveau, comme le révèle la lecture d’anciens auteurs que nous expliciterons au préalable (1).

1. Les conceptions classiques des termes « nuire » et « profiter »

On peut ici distinguer une évolution dans la lecture de l’article 1165 : une première que nous qualifierons de superficielle et généralisée (a), et une seconde que l’on peut s’accorder à dire originale bien qu’isolée (b)⁷¹.

a. Une lecture superficielle et généralisée de l’article 1165

L’analyse doit partir de l’étude de la règle *res inter alios acta* en droit romain, puisque la doctrine unanime s’accorde sur cette origine⁷². Dans sa thèse, le Doyen Weill a abouti à la conclusion suivante : les termes « nocere » et « prodesse » se rapportent respectivement à la création d’une obligation à la charge d’un tiers ou à la création d’une créance en sa faveur. L’acception qui en est retenue est donc différente de celle que l’on retient dans le langage courant actuel au sens de causer un préjudice ou procurer un avantage (entendus au sens matériel et non juridique)⁷³.

Ce rappel n’est pas superflu dans la mesure où Pothier, avant la codification, va transposer l’adage en droit français. C’est en effet dans son traité qu’il va le reprendre, mais à deux endroits différents. Comme le note là encore M. Weill, « Pothier ne vide pas le problème de la relativité

⁷¹ Si nous nous permettons d’insister sur cet aspect, c’est d’une part parce qu’une bonne compréhension historique de la matière permettra de justifier notre proposition finale, mais aussi pour des raisons plus pragmatiques, les documents utilisés n’étant que difficilement accessibles.

⁷² Même si on ne sait pas de façon certaine si l’adage lui-même existait à cette époque ou a été forgé plus tard, comme l’a relevé Mme Bacache-Gibeili dans sa thèse *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ 1996 n° 257 et les références citées.

⁷³ A. Weill, *th. précitée*, p. 64.

des conventions en une seule section : il distingue d'une part les rapports entre le stipulant et le promettant, d'autre part les effets des conventions à l'égard des tiers »⁷⁴. Comme on le verra plus bas, c'est de là que naissent toutes les difficultés et errements doctrinaux.

Lorsqu'il traite « de l'effet des contrats »,⁷⁵ l'éminent juriste s'appuie sur le principe selon lequel « une convention n'a d'effet qu'à l'égard des choses qui ont fait l'objet de la convention et seulement entre les parties contractantes. Selon lui, la seconde partie du principe est évidente : « l'obligation qui naît des conventions et le droit qui en résulte, étant formés par le consentement et le concours des volontés des parties, elle ne peut obliger un tiers, ni donner le droit à un tiers dont la volonté n'a pas concouru à former la convention ».

Si l'on veut ensuite s'intéresser à l'époque de la codification, force est de constater que les travaux préparatoires ne sont pas d'un grand secours. Ainsi Bigot de Préameneu déclarait-il que « les obligations ne doivent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes et ceux qui les représentent. Il serait injuste [référence à l'équité, nous soulignons] qu'un acte auquel une tierce personne n'a point concouru pût lui être opposé »⁷⁶. On notera au passage que cette vague considération d'équité semble quelque peu déformer la portée de la règle *res inter alios acta* telle qu'elle était connue du droit romain. A en croire Mme Calastreng, « jamais à Rome ni dans l'Ancien Droit français, on n'a appliqué la règle *res inter alios acta* aux effets réflexes, aux répercussions des contrats. On a toujours admis que la convention efficace seulement entre parties était opposable aux tiers. Ceux-ci devaient respecter le contrat valable et retirer par suite le cas échéant préjudice ou profit de son existence irrécusable »⁷⁷.

Il n'en demeure pas moins que la vision de Pothier reprise par Bigot de Préameneu a influencé la doctrine postérieurement à la codification, laquelle, au pire, ironisait la règle de l'article 1165, la passait sous silence, ou au mieux la paraphrasait sans chercher à en discerner la substance. Ainsi, pour donner quelques exemples, Demolombe estimait que « la règle posée par l'article 1165 est si élémentaire qu'elle paraît presque naïve, à ce point que l'on se demande s'il était bien utile de la poser ». De là on concluait généralement que les conventions pouvaient ou même devaient, à en croire Ch. Aubry et Ch. Rau, être ignorées des tiers⁷⁸. En conclusion pour cette doctrine fondée encore une foi sur la toute puissance de la volonté, la convention n'existe pas en dehors du cercle des parties⁷⁹. Un auteur, qui se situe à la transition avec la lecture moderne de l'article 1165 a

⁷⁴ A. Weill, *th. précitée*, p. 74.

⁷⁵ Pothier, *Traité des obligations*, n°85 et s.

⁷⁶ F. A. Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. 13 Paris 1827, p. 238.

⁷⁷ S. Calastreng, *thèse précitée*, p. 16.

⁷⁸ *Traité*, t. 4 § 346 p. 568 : « les conventions ne peuvent ni être opposées aux tiers, ni être invoquées par eux ».

⁷⁹ En ce sens L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, thèse Bordeaux 2006 (dir. G. Wicker), n°40.

montré une approche différente, sans toutefois avoir réussi - ou voulu ? - se départir des conséquences exposées précédemment, ce qui justifie son inclusion dans la conception classique.

b. Une lecture originale mais isolée de l'article 1165

Elle est l'œuvre de Mircea Popesco, dans sa thèse de doctorat de 1934⁸⁰. L'auteur constate d'abord que, dire que les termes nuire et profiter doivent s'entendre comme interdisant de mettre une dette à la charge d'un tiers ou de stipuler une créance en sa faveur, serait redondant avec la première proposition de l'article 1165, laquelle énonce que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties ». Tout le monde s'accorde à reconnaître ici une reprise de l'article 1134 al. 1^{er} du code civil, c'est-à-dire que cette première proposition reprend le principe de la force obligatoire.

Selon lui, la seconde proposition apporte bien plus « une innovation », les derniers mots exprimant une notion juridique autre que celle d'effet⁸¹. Annonçant un raisonnement logique et littéral, il affirme que « en déclarant que les conventions “n'ont d'effet”, notre article s'occupe d'effet obligatoire, l'effet juridique d'une convention, du droit et de l'obligation qui résulte d'un rapport juridique, et en même temps de l'action qui protège le droit et sanctionne l'obligation ». Une redondance de la seconde proposition aurait été selon lui « inutile et incompatible avec le rôle des juristes ». Partant, la deuxième règle devrait s'entendre comme envisageant « les simples conséquences qui découlent naturellement de l'existence d'un acte juridique ». Elle est « la consécration d'une règle plus générale : l'individu ne peut pas troubler la situation morale ou matérielle des autres citoyens »⁸². A ceux qui voudraient lui opposer la traduction latine de l'adage *res inter alios acta*, Popesco répond que, compte tenu de la richesse de la langue française, on eut pu trouver des termes techniques plus précis grâce auxquels les différences de degrés et de nuances auraient pu être saisies⁸³.

On peut gloser sur la pertinence et la valeur des arguments exposés par Popesco. Néanmoins, son point de départ, à savoir que la seconde proposition envisage les conséquences naturelles de l'existence d'un acte juridique sera au centre de la conception des termes que nous entendons proposer *in fine*. Toutefois on admettra que la conclusion à laquelle il aboutit est fort décevante,

⁸⁰ M. Popesco, *La règle res inter alios acta et ses limites en droit moderne*, thèse Paris 1934. On peut soutenir que cet auteur constitue une transition au regard des dates des thèses de M. Weill et Mme Calastreng, qui défendent cinq ans plus tard ce qu'il convient d'appeler la conception moderne.

⁸¹ M. Popesco, *th. précitée*, p. 79.

⁸² *Ibid.* p. 84.

⁸³ Tout le raisonnement retracé se situe aux pages 79 et 80 de la thèse précitée.

dans la mesure où il ne se départit pas expressément de la conclusion de l'analyse exposée ci avant, c'est-à-dire de l'inexistence de la convention à l'égard des tiers.⁸⁴

2. *Les conceptions modernes des « termes » nuire et « profiter »*

Après avoir exposé l'état actuel de la doctrine (a), nous proposerons une autre voie de réflexion quant à la signification des termes nuire et profiter (b).

a. *la présentation de la doctrine contemporaine*

La conception moderne des termes « nuire » et « profiter » remonte aux travaux de S. Calastreng et A. Weill⁸⁵ et est directement liée à l'émergence du concept d'opposabilité des contrats aux tiers. Le point de départ du raisonnement est une critique en règle de l'individualisme de la conception classique. En effet, les individus vivent en société et forment un groupe ; or, affirmer qu'un contrat n'existerait qu'entre les parties et serait donc inopposable aux tiers créerait une scission dans ce groupe, et mettrait par là même sa cohésion en danger. D'ailleurs, on a pu rétrospectivement remarquer que, plus les rapports sociaux sont devenus imbriqués, plus le principe de la relativité des conventions a souffert des tempéraments⁸⁶, ce qui semble accréditer cette vision des choses. Ainsi, après avoir soutenu comme on l'a vu plus haut que la règle *res inter alios acta* en droit romain ne signifiait point que les tiers pouvaient ignorer le contrat⁸⁷, S. Calastreng estime qu'affirmer l'inverse à la manière des classiques manifesterait une contradiction irréductible, car « tout individu, à moins de nier l'évidence, ne peut face au contrat valable qu'on lui oppose, alléguer qu'il n'existe pas pour lui. Il doit s'incliner devant la force de la vérité et admettre la réalité et la signification de la convention, accepter les changements qu'elle apporte dans les vies et les biens des parties »⁸⁸. En effet, on peut estimer que certaines ingérences des tiers dans une relation contractuelle établie qui ne pourrait être maîtrisée seraient de nature à priver le contrat d'effet, même *inter partes*. L'auteur développe une série d'arguments pour consolider son propos. Le premier est que l'inopposabilité de la convention aux tiers serait contraire à la raison : c'est ce que nous venons d'exposer brièvement. En deuxième lieu, elle fait valoir que le principe de l'inopposabilité serait contraire aux règles de droit. Tout d'abord, Demogue a constaté que la loi prévoyait que dans certains cas, le contrat était inopposable aux

⁸⁴ En ce sens, cf. L. Sautonie-Laguionie, *th. préc.* n°43.

⁸⁵ Thèses précitées.

⁸⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les Obligations* n° 788.

⁸⁷ *Supra* p. 21.

⁸⁸ S. Calastreng, *th. précitée*, p. 363.

tiers⁸⁹, ce qui voudrait dire que la règle est qu'il leur soit opposable⁹⁰. D'autre part, et dans la même série d'argument, l'auteur relève qu'une convention peut être un moyen de preuve d'un droit à l'égard des tiers : ainsi « la preuve du droit créé est indissociable de celle de sa source, et par conséquent de l'opposabilité de cette dernière »⁹¹. Enfin, en troisième lieu, Mme Calastreng se propose de montrer que le principe de l'inopposabilité de contrat serait contraire aux données de la psychologie. Elle estime que « tout ce qui *est* va forcément toucher psychologiquement les tiers au contrat » et que « le législateur ne peut faire que ce qui *est* ne soit pas »⁹². C'est à notre avis un point faible de son argumentation, car on a du mal à voir en quoi une telle argumentation peut être juridiquement décisive.

On peut ensuite faire part de la critique de M. Weill, qui, pour sa part, estime qu'il était naturel pour le législateur au regard du titre de la section dans laquelle est inséré l'article 1165 d'envisager spécifiquement la situation des tiers. Mais il estime, au contraire de M. Popesco qu'il ne cite pas bien que sa thèse soit de cinq ans postérieure, que « les termes *nuisent* et *profitent* se réfèrent donc à l'effet juridique des conventions vis-à-vis des tiers ; ils sont un simple développement du mot *effet* qui se trouve dans la première proposition »⁹³.

Ainsi pour ces auteurs, les deux propositions de l'article 1165 doivent s'entendre de façon unitaire même si redondante. Les conventions ne sont obligatoires que pour les parties (1^{ère} proposition). *A contrario, bien qu'elles soient nécessairement opposables aux tiers, elles ne peuvent créer d'obligation à leur charge, ni de droit à leur profit* (2^{ème} proposition). Ainsi, les deux propositions traiteraient-elles de l'effet relatif des conventions. C'est alors un retour au sens romain des termes « nocere » et « prodesse » qui est prôné. Une telle analyse est approuvée unanimement à l'heure actuelle par la doctrine⁹⁴. Cependant, l'approche a été très récemment renouvelée par Mme Sautonie-Laguionie dans sa thèse de doctorat.

Son raisonnement permet d'apporter une cohérence à l'intégralité de la section concernée, que nous mettrons en évidence pour conclure cette partie.

⁸⁹ R. Demogue, Traité des Obligations en général, t. VII n° 703.

⁹⁰ S. Calastreng, *th. précitée* p. 354.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² S. Calastreng, *th. préc.* p. 356.

⁹³ A. Weill, *th. précitée* p. 144.

⁹⁴ Nous renverrons aux références citées par Mme Sautonie-Laguionie dans sa thèse (préc.), note 197.

b. une conception doctrinale renouvelée

α. point de départ de la reconstruction

Le point de départ est la critique de la conclusion de la conception ci-dessus exposée, à savoir la lecture unitaire de l'article 1165. En effet, l'auteur fait valoir, sans davantage s'y apesentir, que « si l'article 1165 signifiait seulement que les parties ne peuvent créer ni de droit ni d'obligation à la charge des tiers, il constituerait un doublet de l'article 1119 du code civil »⁹⁵. Implicitement on comprend que l'auteur refuse d'admettre le caractère redondant des articles 1119 et 1165. L'idée est intéressante, mais il est regrettable qu'elle ne s'explique pas davantage sur ce point, car l'affirmation ne va pas de soi. En effet, la doctrine admet à peu près unanimement que l'article 1165 est effectivement un doublet de l'article 1119. On peut faire remonter cette croyance à Pothier, lequel, comme nous l'avons montré, traitait de l'effet relatif à deux endroits différents de son traité⁹⁶. De fait, l'article 1119 disposant que « on ne peut en général s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même », on en déduit *a contrario* – la formulation de l'article 1119 étant restrictive, une telle déduction est recevable – que nul ne peut s'engager pour autrui, c'est-à-dire mettre une obligation à la charge d'un tiers de même que nul ne peut stipuler en faveur d'autrui en principe, c'est-à-dire créer un droit au profit d'un tiers. Dès lors, les articles 1119 et 1165 tel qu'interprété par la doctrine contemporaine auraient le même sens.

Mais à regarder les deux sections de près, cette redondance n'est que mirage, car interpréter l'article 1165 de la sorte, c'est faire fi de la systématique du code civil. Si le législateur de 1804, dont le style se caractérisait par rapport à l'époque contemporaine par la précision et la concision, a placé un principe apparemment proche de sens dans deux sections différentes, c'est qu'il convient sans doute de *situer* le principe par rapport à l'objet desdites sections pour lui restituer ses portées respectives.

β. portées respectives des articles 1119 et 1165

Nous savons que les articles 1165 et suivants sont situés dans une section relative à « l'effet des conventions à l'égard des tiers », elle-même partie d'un chapitre III relatif à « l'effet des conventions ». Or il n'en va pas de même dans la codification actuelle du Code civil pour les articles 1119 et suivants, lesquels sont situés dans une section intitulée « du consentement », elle-même subdivision d'un chapitre II concernant les « conditions essentielles pour la validité des conventions ». Ainsi, ce qui pourrait être considéré hors de tout contexte comme un principe

⁹⁵ L. Sautonie-Laguionie, *th. précitée* n°49.

⁹⁶ J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, LGDJ 1984 n° 22.

identique que l'on peut appeler « principe de l'effet relatif » est susceptible d'avoir, in situ, une portée différente.

L'article 1119 affirme le principe de l'effet relatif au stade de la formation du contrat : ainsi c'est la portée du consentement qui déterminera l'intensité de cet effet relatif, puisque c'est le consentement des parties à un acte juridique, c'est-à-dire leur volonté qui donne force obligatoire audit acte. L'article 1119, en disposant qu'on ne peut en général s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même, limite la portée du consentement (et donc sa principale conséquence, la création d'un lien juridiquement obligatoire) à celui qui l'émet, tout en n'excluant pas les cas de représentation, puisque dans ces cas, celui qui émettra le consentement ne le fera pas en son propre nom, mais au nom du représenté. D'ailleurs, les articles suivants de cette section confirment cette portée restrictive du consentement.

Il en va ainsi d'abord de l'article 1120, lequel concerne la promesse de porte fort. Sa présentation en tant qu'exception à l'article 1119 est maladroite. Sûrement le « néanmoins » s'oppose-t-il au « en général » de l'article 1119, et il est vrai que l'hypothèse visée, à savoir celle où le porte-fort va promettre à son cocontractant qu'autrui s'engagera à l'égard de ce dernier, peut paraître contraire à l'esprit individualiste de l'article 1119, surtout si par une lecture superficielle, on pense qu'il s'agit là de mettre une dette à la charge d'un tiers⁹⁷. Mais il n'en est rien. Bien davantage, l'article 1120 est une application de l'article 1119 dans cette configuration particulière à trois personnes. En effet, le tiers n'est pas lié par l'engagement du porte-fort : celui-ci pourra toujours refuser de remplir l'engagement que le porte-fort avait prévu qu'il remplisse. Il n'en sera alors tenu aucun compte au tiers désigné par l'engagement, et seul le porte-fort devra des dommages-intérêts à son cocontractant. La Cour de cassation, par un arrêt rendu en 1994, l'a particulièrement bien explicité, mettant aussi en lumière le fondement de la règle, en estimant que « *la personne pour qui l'on s'est porté fort est un tiers à l'acte conclu sans son consentement, et n'est engagée par un tel acte qu'autant qu'elle accepte de tenir l'engagement* »⁹⁸. L'effet relatif et la portée stricte du consentement sont affirmés dans la mesure où la volonté du porte-fort est impuissante à lier le tiers que celui-ci a en vue pour l'exécution de l'engagement sans son consentement. Ainsi la convention passée par le porte-fort avec son cocontractant ne peut-elle pas nuire au tiers envisagé pour s'engager envers le cocontractant, le terme de nuire étant ici envisagé comme création d'une dette à la charge d'une personne qui n'a pas consentie à l'acte.

⁹⁷ Certains ouvrages classiques retiennent d'ailleurs une telle présentation : v. par exemple F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les Obligations*, n°506.

⁹⁸ Com. 25 janvier 1994, Bull. civ. n°34, *Deffrénois* 1994, 792 obs. Ph. Delebecque. Sur l'obligation d'indemnisation à la charge du porte fort en l'absence de ratification par le tiers, voy. Civ. 1^{ère} 18 avril 2000, Bull. civ. n°115, *RTD civ* 2000 p. 832 obs. J. Mestre et B. Fages.

Il en va de même de l'article 1121 : on peut le lire comme une exception à l'article 1119 en ce qu'il illustrerait une permission de stipuler pour autrui. Mais là encore le stipulant ne peut imposer à autrui, par sa seule volonté, d'accepter quoi que ce soit, l'objet de la stipulation lui fût il exclusivement favorable. En réalité on peut voir le mécanisme sous l'angle suivant : le droit présume que le bénéficiaire sera d'accord avec une stipulation dont l'objet lui est favorable. Une telle analyse est confortée par le fait que la jurisprudence, après avoir estimé que l'acceptation du tiers bénéficiaire était une condition d'existence de sa créance envers le promettant⁹⁹, est revenue sur sa position pour poser la règle contraire¹⁰⁰. Cependant le bénéficiaire peut toujours renoncer à se prévaloir de cette stipulation, pour toutes sortes de raisons. Mais le fondement est identique à celui énoncé au sujet de la promesse de porte fort : l'absence de consentement du tiers bénéficiaire. L'absence de caractère obligatoire de cette stipulation à l'égard du tiers bénéficiaire est particulièrement visible en matière de responsabilité civile, puisqu'il est admis dans ce domaine (notamment en ce qui concerne les contrats de transports) que le tiers bénéficiaire pourra certes se prévaloir de cette stipulation et donc des règles de la responsabilité contractuelle, mais s'il le désire, il pourra y renoncer et invoquer les règles de la responsabilité extracontractuelle. On a l'habitude de voir là une dérogation au principe du non cumul, ou à tout le moins un assouplissement de celui-ci, par l'ouverture d'une option de régime de responsabilité au profit du tiers bénéficiaire. En réalité, la nature et le régime qu'ont donné le législateur et la jurisprudence à la stipulation pour autrui nous conduisent à penser que le principe du non cumul n'a pas lieu de citer ici : précisément par ce que la stipulation pour autrui n'est pas obligatoire, parler de non cumul n'a aucun sens, le principe dit du non cumul interdisant de cumuler deux choses incompatibles entre elles, c'est-à-dire dont l'une est obligatoirement prioritaire par rapport à l'autre¹⁰¹.

Ainsi, l'article 1121 précise aussi la portée du consentement du stipulant, en la limitant implicitement comme le montre le régime de la stipulation pour autrui. Il n'est donc que la précision de l'article 1119 dans une situation à trois personnes.

⁹⁹ Civ. 1^{ère} 10 juillet 1992, *D.* 1992 p. 493 note J-L Aubert ; *JCP* 1993 II 22142 note J. Maury ; *RTD civ* 1994 p. 99 obs. J. Mestre.

¹⁰⁰ Com. 23 février 1993, *Defrénois* 1993 p. 1060 obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1994 p. 99 obs. J. Mestre, préc. V. aussi pour la conversion de la première chambre civile Civ. 1^{ère} 19 décembre 2000, *Bull. civ.* n°333 *Defrénois* 2001 p. 700 obs. R. Libchaber. Mais l'acceptation par le bénéficiaire n'est pas dépourvue de tout effet, puisqu'elle conforte la situation du tiers bénéficiaire en neutralisant toute possibilité de révocation du stipulant.

¹⁰¹ On se permettra de signaler qu'une telle conception du non cumul, qui peut paraître simpliste, permet néanmoins d'expliquer pourquoi on s'interroge toujours sur l'existence d'un contrat avant d'appliquer les règles de la responsabilité délictuelle, alors que cette dernière a une vocation générale. C'est parce que le contrat est obligatoire (1134 al. 1^{er}) qu'il y a priorité des règles contractuelles et incompatibilité pour une situation contractuelle à être régie par les règles extracontractuelles, sauf à contourner la force obligatoire des conventions.

Les articles 1165 et suivants s'inscrivent dans une perspective différente. On en a déjà relevé un indice plus haut en explicitant la systématique du code. De plus, le verbe « stipuler » n'apparaît plus dans ce texte. Or, le verbe stipuler, en tant qu'il peut être défini comme l'acquisition de droits par convention¹⁰², renvoie lui aussi au stade de la formation du contrat.

Le parti de systématisation pris par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription élaboré sous la direction du professeur Pierre Catala trahit un tiraillement entre de telles réflexions et la position simpliste et stérile de la doctrine contemporaine prônant une lecture unitaire de l'article 1165. En effet, les dispositions correspondant aux actuels articles 1119 et s. et 1165 et s. ont été regroupées au sein d'une même section intitulée « de l'effet des conventions à l'égard des tiers », dont l'article de tête est ainsi formulé : « les conventions ne lient que les parties contractantes ; elles n'ont d'effet à l'égard des tiers que dans les limites exposées ci-après »¹⁰³. Malgré ce regroupement, il a été jugé nécessaire de reproduire, au sein de la section, l'exact équivalent de l'actuel article 1119 (article 1169 de l'avant-projet). Si l'on s'en tient à la lecture de la doctrine contemporaine, la redondance est encore plus manifeste que dans la codification (encore) en vigueur, d'autant plus d'ailleurs que la reformulation de l'article 1165 tend à rapprocher ce texte de la signification intrinsèque de 1119, dans la mesure où il fait référence aux « parties contractantes », et donc à la phase de conclusion du contrat. Pourquoi donc avoir inséré cet article 1169 ? Les rédacteurs de la section tentent une explication en demi-teinte : « *l'avantage de conserver cet article de tête (de paragraphe, non de section, nous soulignons), est d'une part, de conserver le terme « stipuler » dans son sens spécifique (faire promettre) qui a, ici, toute sa valeur, même s'il est aujourd'hui minoritaire relativement au sens générique dans lequel il est synonyme de conclure (convenir)* ». Mais précisément, si le terme stipuler avait été entendu « dans son sens spécifique », il aurait fallu le placer si ce n'est dans la partie relative au consentement comme actuellement, au moins avant l'article 1165, de même qu'il aurait fallu davantage différencier les formulations des articles 1165 et 1169 de l'avant-projet. Voilà donc un heureux état de désordre et une illustration de méprise sur le sens des mots. Les commentaires doctrinaux de l'édition publiée ne permettant pas toujours d'y voir plus clair¹⁰⁴, il faut s'interroger sur une possible mise en cohérence de la section contenant les actuels articles 1165 à 1167.

¹⁰² G. Cornu, *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant*, V° Stipuler.

¹⁰³ Art. 1165 de l'avant-projet. Cette formulation a été préférée à l'actuel article dont l'opposition entre « *prodesse et nocere* » a été jugée trop réductrice. C'est dire le malaise dans le maniement de ces termes : voy. P. Catala, *Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française 2006 p. 109.

¹⁰⁴ Certains révèlent même quelque utilisation hasardeuse de la langue française : notamment dans le commentaire cité au sujet de l'article 1169 (p. 111), on aurait pu légitimement s'attendre à ce que la formule « d'une part » soit suivie de son complément « d'autre part ». Or on cherchera en vain cette suite. De l'art de faire des phrases bancales difficiles à interpréter...

De même que la doctrine contemporaine s'est essayée à définir les tiers différemment au moment de la conclusion et de l'exécution de la convention, il paraît utile de reprendre cette distinction ici, où elle peut s'avérer plus féconde.

Au stade de l'exécution, il n'est plus l'heure de parler de consentements : ceux-ci ont déjà été émis et produit leur effet. Il faut considérer l'état de la convention née et voir quelles conséquences son rayonnement peut-il entraîner. Il faut ici distinguer deux sortes de personnes : les tiers absolus ou *penitus extranei* d'une part et les tiers intéressés à l'image du créancier chirographaire d'autre part. En ce qui concerne les premiers, qui n'ont aucune relation avec le débiteur, la convention n'aura aucune conséquence à leur égard. Dans cette hypothèse, la proposition selon laquelle « les conventions ne produisent d'effet à l'égard des tiers » est de toute évidence, elle n'est qu'un constat. Il en va par contre différemment à l'égard des seconds : ceux-ci peuvent en effet être directement concernés par les conventions passées par leur débiteur, car ces conventions légalement formées sont obligatoires, et doivent donc être exécutées, ce qui va inévitablement aboutir à une modification de la consistance du patrimoine du débiteur, peut être dans un sens défavorable au créancier. C'est pour ces cas là, dont il résulte que la convention peut nuire aux tiers (au sens économique du mot¹⁰⁵), afin de rétablir la vérité d'une proposition prise à défaut par la force des choses, que le législateur a introduit les mécanismes correctifs des articles 1166 et 1167 du Code civil. On peut d'ailleurs se demander si par l'emploi du singulier («elles ne nuisent point *au* tiers », proposition qui suit le postulat qu'elles n'ont point d'effet « à l'égard des tiers »), l'article 1165 C. civ. ne vise pas uniquement ces tiers intéressés en tant que catégorie, à l'exclusion des *penitus extranei*, pour lesquels la proposition serait superfétatoire.

Le terme nuire ainsi considéré, on peut se convaincre du double rôle de la seconde proposition de l'article 1165 du Code civil : un rôle déclaratif, mais aussi un rôle d'annonce de nécessaires garanties de ce postulat pour appréhender des situation où, en raison de l'imbrication des relations économiques, une telle affirmation ne serait qu'une invocation vaine.

Point intermédiaire :

Pour résumer le propos tenu jusqu'à présent, il faut admettre que les créanciers sont des tiers, dans la mesure où les analyses contemporaines qui élargissent la notion de parties ne sont pas pleinement satisfaisantes à divers titres. Ensuite, le terme *nuire* devant être entendu plus largement comme une atteinte aux droits des tiers (qui sont donc tiers intéressés), il est des hypothèses où les conventions passées par le débiteur, libre de disposer des éléments de son

¹⁰⁵ Pour une telle acception du terme *nuire*, les éventuelles objections et leur réfutation, on renverra le lecteur à la démonstration convaincante de Mme Sautonie-Laguionie, *th. préc.* n° 53 à 72.

patrimoine, nuiront à ses créanciers. C'est pourquoi l'article 1166 permet à ce dernier de se prévaloir de la convention passée entre le débiteur et le sous débiteur, et partant d'en profiter, même si indirectement. Dans le cadre du mécanisme instauré par l'article 1167, on ne peut pas dire que le créancier profite de la convention en l'attaquant par l'action paulienne, mais il cherche quand même à faire écarter une convention qui lui nuit. Ainsi, ces deux textes doivent ils être considérés comme de véritables exceptions à l'article 1165 du Code civil. Mais au-delà de cette affirmation, on peut constater que l'expression selon laquelle l'exception confirme la règle se vérifie ici aussi, les principes implicites de l'article 1165 du Code civil devant être vus comme le socle de la section étudiée, un liant qui devrait dissuader de considérer ces trois dispositions isolément.

II. Les articles 1166 et 1167 comme confirmations substantielles de l'article 1165

L'article 1165 du Code civil, lorsqu'il dispose que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, édicte le principe de l'effet relatif, ou plus précisément de l'effet relatif de la force obligatoire des conventions. Il s'agira de montrer que les situations rassemblant un créancier, son débiteur et un sous débiteur ou tiers contractant ont ce trait commun qu'elles présentent un conflit de force obligatoire. Or les mécanismes des actions oblique et paulienne tentent de respecter au maximum ces situations obligatoires (A). Pour articuler au mieux ces situations obligatoires, c'est le mécanisme de l'opposabilité qui interviendra, soit comme mécanisme conciliateur, soit comme mécanisme décisif (B).

A. La force obligatoire comme fondement des actions oblique et paulienne

Certains auteurs contemporains se sont attachés à rechercher le fondement de la force obligatoire des conventions¹⁰⁶, et ces analyses ont été reprises dans la récente thèse de Madame Sautonie-Laguionie¹⁰⁷. Il nous semble cependant que, pour rester très techniques, les explications données par ces auteurs ne sont pas pleinement convaincantes et ne permettent pas d'expliquer la succession des articles 1165, 1166 et 1167 du Code civil. Nous en proposerons donc une explication qui, sans contredire techniquement celles données par les auteurs précités, va au-delà de cette technique pour en révéler le fondement véritable, l'équité.

¹⁰⁶ G. Wicker, *Les fictions juridiques – contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ 1997 préf. J. Amiel-Donat, n°151 et s. ; P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, *RTD civ* 1999, p. 771.

¹⁰⁷ *Th. préc.* n° 116 et s.

Après avoir déterminé la source de la force obligatoire (1), il faudra en cerner l'expression dans les mécanismes des actions oblique et paulienne (2).

1. La source de la force obligatoire

Sur ce point plus que sur tout autre, il paraît nécessaire de s'arrêter un instant sur la méthode à utiliser tant le manque de rigueur est perceptible dans les quelques études qui ont abordé le sujet. Lorsqu'on parle de force obligatoire, le réflexe est de penser immédiatement aux conventions et à l'article 1134. Mais précisément, si on lit l'article 1134 al. 1^{er} du Code civil, on a vite fait de se rendre compte que les conventions ne sont pas les seules à avoir ce caractère obligatoire, ou plus précisément même, que le principe de la force obligatoire de celles-ci n'est pas affirmé dans l'article 1134 et qu'il est le fruit d'une lecture peut être un peu superficielle de ce texte. Car la force obligatoire est déduite de l'expression selon laquelle « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Et il en est déduit une intangibilité du contrat, ce qui permet de s'émouvoir ensuite des atteintes qui lui sont portées¹⁰⁸. Mais on peut se rendre compte que la méthode utilisée par la majorité des auteurs est en réalité biaisée à l'origine. La thèse de Mme Sautonie-Laguionie nous en fournit une parfaite illustration : celle-ci expose d'abord les analyses du fondement de la force obligatoire de MM. Wicker et Ancel, avant de trancher en faveur de celle du premier, car elle serait seule extensible à des hypothèses extracontractuelles¹⁰⁹ – on sait effectivement que la créance du créancier envers le débiteur peut certes résulter d'une convention, mais aussi de la loi. Mais le raisonnement est inversé, car l'article 1134 assimile la convention à une loi entre les parties. C'est ce mot « loi » qui traduit l'idée de force obligatoire indépendamment de l'origine de l'engagement et dont il faut alors quêter le sens. Une analyse respectueuse des textes nous paraît donc devoir débiter par l'analyse de l'autorité de la loi (a), avant d'essayer de comprendre en quoi elle peut intéresser l'analyse de la force obligatoire des conventions (b).

a. La force obligatoire d'un engagement résultant de la loi

Contrairement aux idées reçues, la force obligatoire de la loi ne procède pas de la contrainte (α), mais d'un autre fondement, l'équité (β).

¹⁰⁸ Voy. *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?* Travaux du colloque de Chambéry 1997 (par G. Paisant, Ch. Jamin, D. Mazeaud, L. Leveneur et J. Mestre), *Dr. et patr.* 1998 n° 3.

¹⁰⁹ *Th. préc.* n°126.

α. La force obligatoire résulterait de la contrainte

On n'a plus guère l'habitude aujourd'hui de s'étendre sur ce point, tant il paraît évident : acte voté par le Parlement représentant le souverain, c'est elle qui occupe le rang le plus élevé dans la hiérarchie des normes. De même cette origine d'une « puissance supérieure »¹¹⁰ lui conférerait un caractère obligatoire. Une analyse historique rapide pourrait d'ailleurs laisser croire à l'exactitude de ce raisonnement : un des objectifs des rédacteurs du Code civil n'était-il pas de donner à la France une législation unitaire ? Le fait que des règles soient adoptées par le souverain, et donc présumées être dans l'intérêt général visant une normalisation uniforme des comportements sur un territoire donné, permet aisément de justifier qu'elles soient sanctionnées par la contrainte, ce qui les rend obligatoires. D'ailleurs, vers la fin du XIXème siècle et le début du XXème, cette conception était généralisée. On peut en ce sens citer Planiol, pour qui « la loi peut être définie : une règle sociale obligatoire, établie en permanence par l'autorité publique et sanctionnée par la force »¹¹¹. Et pour ce même auteur, « la véritable obligation n'existe que pour l'Homme qui agit sous la contrainte d'une volonté supérieure à la sienne ». Dès lors, comme le relève le Professeur Chazal dans un article trop méconnu, le sens de l'article 1134 ne pouvait être que dévoyé¹¹². Et il est vrai qu'on ne peut ainsi comprendre le mot « loi » dans l'article 1134, car il n'y a dans la convention qu'échange de deux ou plusieurs volontés individuelles : aucune « volonté supérieure » à celle de l'homme n'intervient à ce stade. On pourrait éventuellement penser que la *rencontre*, la *fusion* des volontés individuelles se cristalliserait en une sorte de loi privée (la *lex privatae* des romains), la loi des parties pour ainsi dire. Or des travaux ont montré que, pas plus Domat que les rédacteurs du Code civil n'ont voulu, par l'utilisation du mot *loi*, consacrer le principe de la liberté contractuelle ou de l'autonomie de la volonté,¹¹³ laquelle n'est rappelons-le, que le fruit d'une interprétation *a posteriori* du Code civil et donc la résultante d'un anachronisme comme on a tenté de le montrer. La liberté n'implique pas le pouvoir de faire ou de convenir ce qu'il nous plaît : elle consisterait seulement à respecter la « loi divine » qui conduit l'homme vers sa fin, l'amour du bien¹¹⁴. Partant de ce constat, il faut rechercher un autre fondement substantiel à la force obligatoire d'un engagement résultant de la loi (la légitimité de l'institution de laquelle elle procède n'étant qu'un fondement formel de l'autorité de la loi).

¹¹⁰ L'expression est de B. Mathieu et M. Verpeaux, *Droit constitutionnel*, PUF 2004 n° 436.

¹¹¹ *Traité élémentaire de droit civil*, 5^{ème} éd. 1908, t. 1 n° 144.

¹¹² J-P Chazal, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil*, *RTD civ* 2001 p. 265 et s. spéc. n°10.

¹¹³ J-P Chazal, *art. préc.* n°4 et les références citées ; A. Bürge, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, *RTD civ.* 2000 p. 1.

¹¹⁴ J. Domat, *Traité des loix*, Chap. I. III.

β. La force obligatoire résulte de l'équité

Nous nous cantonnons pour l'instant à rechercher le fondement de la force obligatoire d'un engagement résultant de la loi. On peut commencer par le début, c'est-à-dire interroger l'étymologie du mot loi. Il ne procède pas du terme latin *ligere*, qui signifie lier, mais de *legere*, qui veut dire choisir¹¹⁵. Partant, la loi est une règle qui permet d'opérer un partage équitable ou bien de trancher entre des comportements justes ou injustes : *lex est juris atque injuria regula*¹¹⁶. De fait, chez Domat, loi et équité entretenaient un rapport étroit. Il postule d'abord que « les lois naturelles sont les fondements de toute la science du Droit, et c'est toujours par des raisons tirées des lois naturelles qu'on examine et qu'on résout les questions de toute nature »¹¹⁷. Méthodologiquement, « c'est cette lumière de la raison qui, faisant sentir à tous les hommes les règles communes de la justice et de l'équité, leur tient lieu d'une loi qui est restée dans tous les esprits »¹¹⁸.

Pourtant, on a aujourd'hui coutume d'opposer le droit et l'équité. Cette opposition remonte apparemment à Kant, qui, dans sa *Doctrine du Droit*, exclut l'*aequitas* du *jus strictum* pour la ranger dans le *jus aequivocum*¹¹⁹. Cette erreur pourrait être attribuée à une déformation de la pensée de Thomas d'Aquin, qui avait écrit que « l'équité ne va pas contre ce qui est juste en soi, mais contre ce qui est juste selon la loi »¹²⁰. Mais une analyse plus approfondie de cette assertion montre que l'interprétation qui en est faite est erronée. Insérée dans une réflexion relative à l'*épikiè*, c'est-à-dire par traduction approximative, la vertu¹²¹, cette affirmation veut dire que la loi, étant générale et donc nécessairement imparfaite, le juge doit pouvoir la corriger pour mieux l'adapter aux faits. Arrivé à ce point, il serait légitime de voir une opposition entre équité et loi, dès lors que l'*épikiè* coïnciderait avec la notion d'équité¹²² : or, il n'en n'est rien. Preuve en est que Thomas d'Aquin traite des deux notions à des endroits différents de sa somme. Pour résumer sa pensée, on peut dire avec le Professeur Chazal que « la raison constitue le principe des actes humains, et la loi elle-même en dépend ; elle est ordonnée au bien commun en étant une prescription de la raison pratique »¹²³. La formule de Portalis selon laquelle « les lois ne sont pas de purs actes de puissance : ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison »¹²⁴ est tout aussi

¹¹⁵ J-P Chazal, *art. précité* n° 12, se référant à Cicéron.

¹¹⁶ Cicéron, *De legibus*, I. VI. 19.

¹¹⁷ J. Domat, *Traité des loix*, Chap. XI § XXVIII.

¹¹⁸ *Op. cit.* Chap. IX § V.

¹¹⁹ in : *Métaphysique des mœurs*, 1^{ère} partie, Vrin 1993, 5^{ème} éd. p. 108.

¹²⁰ *Somme théologique*, II. II. Q 120 art.1.

¹²¹ Voy. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1137b 11, 20, 22 et 26 sur la notion d'*επιεικῆς*.

¹²² C'est d'ailleurs ainsi qu'est traduit le terme grec dans les versions françaises ; voy. par ex. la traduction de l'*Ethique à Nicomaque* de J. Tricot, éd. Vrin 2007.

¹²³ *Art. préc.* n° 18 ; Thomas d'Aquin, *Somme théologique* I. II. Q 90 art. 2 et Q 91 art. 3.

¹²⁴ *Discours préliminaire*, Locré t.I 254.

éclairante pour montrer qu'à la source de la loi, il y a l'équité, entendue comme un sentiment de justice naturelle visant au bien commun.

Cette nouvelle approche - ou plutôt devrait-on dire ce retour aux sources - nous permettra de renouveler l'approche de la force obligatoire des conventions, point auquel nous allons nous consacrer à présent, avant de l'articuler avec les mécanismes oblique et paulien, objets de notre étude.

b. la force obligatoire d'un engagement conventionnel

Après avoir exposé les approches traditionnelles du fondement de la force obligatoire des conventions (α), nous en proposerons un nouveau, en s'appuyant sur la présence du mot « loi » dans l'article 1134 et des éléments que nous venons de mettre en évidence précédemment (β).

α . Les fondements développés de la force obligatoire

Des auteurs ont montré que la force obligatoire du contrat impliquait non seulement le respect par le débiteur de son obligation, mais aussi plus abstraitement le respect de son engagement¹²⁵. Ce second devoir, qu'ils nomment assujettissement, est le nécessaire complément du premier car il serait paradoxal sinon absurde de postuler une obligation de respecter l'obligation s'il pouvait en entraver librement l'exécution. Ainsi compris, cet assujettissement pourrait expliquer le devoir pour le débiteur de toujours veiller à ce que son patrimoine soit suffisamment consistant pour satisfaire tous ses créanciers, ou encore plus évidemment son devoir de ne point commettre de fraude paulienne.

Si MM. Wicker et Ancel s'accordent sur ces lignes directrices, le fondement qu'ils assignent à la notion d'assujettissement n'est pas identique. Le premier défend une analyse dualiste de l'obligation, le second une analyse du contrat comme norme.

L'analyse dualiste de l'obligation était déjà présente chez Ihéring, qui distinguait entre effets actifs et effets passifs de l'obligation¹²⁶. Analysée du point de vue du créancier, l'obligation s'analyse comme le pouvoir d'exiger la prestation promise, c'est-à-dire comme le droit au paiement¹²⁷. Analysée du point de vue du débiteur, l'obligation a pour effet d'assujettir celui-ci au but contractuel, ce qui est le corollaire nécessaire de l'obligation au paiement. Comme le relève le Professeur Wicker, « il ne suffit pas en effet de dire que le débiteur est obligé d'exécuter, encore

¹²⁵ G. Wicker, *th. préc.* n°151 et s. ; P. Ancel, *art. préc.* n°26 et s.

¹²⁶ R. von Ihéring, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain* : trad. O. de Meulenaere, Paris Marescq 1903, p. 335 et 337.

¹²⁷ G. Wicker, *th. préc.* n°158.

faut-il qu'il soit en mesure de le faire. Le droit du créancier serait dépourvu de toute efficacité s'il était loisible au débiteur d'agir de telle façon que l'exécution en devienne impossible ».¹²⁸

L'analyse du contrat comme norme, exposée par P. Ancel, est différente. Pour cet auteur, « dire que le contrat a force obligatoire, c'est dire que l'accord des parties crée une nouvelle norme juridique ». Il poursuit en précisant que « quelque soit le contenu du contrat, ce n'est pas lui qui permet de définir le caractère obligatoire de la norme contractuelle. Ce caractère obligatoire a le même sens pour le contrat et pour la loi : il signifie que la norme née du contrat va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale », et termine en précisant qu'il ne s'agit au fond que de « prendre au sérieux l'article 1134, qui ne dit pas que les parties sont tenues d'obligations, mais que le contrat leur tient lieu de loi »¹²⁹.

Dans sa thèse de doctorat Mme Sautonie-Laguionie écarte de façon surprenante cette dernière analyse car elle ne serait pas extensible à des hypothèses où le débiteur serait tenu en vertu d'une obligation légale, et ce malgré le parallèle expressément tracé entre la norme légale et la norme contractuelle par M. Ancel. D'autre part, l'analyse de M. Wicker présente un point faible : cet auteur conclut de ses propos que le débiteur est tenu d'une obligation de ne pas faire,¹³⁰ entendue dans le sens de ne pas nuire au créancier. Or les situations typiques d'action oblique nous montrent qu'il peut être au delà tenu d'une obligation de faire (au moins dans une certaine mesure, si aucune exception ne peut lui être opposée, nous y reviendrons *infra*) : en effet, si le patrimoine du débiteur n'est plus suffisant pour satisfaire un éventuel créancier et que ce débiteur détient sur un sous débiteur une créance qu'il néglige d'exercer, c'est le créancier qui pourra le faire à sa place par la voie oblique. Il peut donc arriver selon les configurations que le débiteur soit tenu d'une obligation de faire, afin que ses créanciers puissent être satisfaits. Mais, au-delà de cette imperfection, ces explications, si elles sont susceptibles de mettre en lumière deux fondements possibles pour expliquer la force obligatoire des conventions, ne vont pas assez avant pour en révéler le véritable fondement, lequel permettra à la fois de prendre position pour l'un des deux fondements techniques ici exposés, mais aussi de montrer quelles considérations reflètent les mécanismes exposés aux articles 1166 et 1167 du Code civil.

β. le fondement proposé de la force obligatoire

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ P. Ancel, *art. préc.* n°5.

¹³⁰ *Op. cit.* n°158.

Le point de départ de la réflexion est donné par M. Ancel lorsqu'il s'en réfère à l'article 1134 en réitérant la formule selon laquelle la convention « tient lieu de loi » aux parties. Il faut alors partir de cette mise en perspective de la loi et de la convention, et se servir de ce qui a été développé plus haut¹³¹, pour en tirer les enseignements quant à la force obligatoire de la convention.

La convention est « la loi des parties en ce qu'elle incarne la règle permettant au juge de mesurer les droits et obligations de chaque partie »¹³² : elle tient donc en ce sens de loi privée en tant qu'elle a la même fonction qu'une loi traditionnelle, à ceci près que, procédant d'auteurs privés, elle n'a vocation à s'appliquer qu'à une relation interpersonnelle déterminée. Peut-on toutefois lui attribuer le même fondement qu'à la loi entendue au sens traditionnel, à savoir l'équité, dans la mesure où si l'on peut comprendre que le législateur, représentant du souverain, soit guidé par le bien commun et donc par la recherche de l'équité lorsqu'il édicte des règles, on pourrait penser qu'il n'en va pas forcément ainsi entre particuliers, notamment dans les relations inégalitaires (on peut penser au contrat de travail, ou encore aux relations entre distributeurs et fournisseurs) ? Domat, dans son *Traité des loix* expose onze règles relatives aux engagements, qui nous donnent la réponse. Parmi celles-ci, on retiendra notamment le précepte de « faire aux autres ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous, et l'autre de ne faire à personne ce que nous ne voudrions pas que d'autres nous fissent, ce qui comprend la règle de ne faire de tort à personne, et de rendre à chacun ce qui lui appartient »¹³³. De même, relativement à la liberté contractuelle, Domat en précise les limites (nous avons déjà montré qu'il n'entendait pas la consacrer de façon absolue dans l'article 1134 al. 1^{er}) « aux différents besoins qui en rendent l'usage nécessaire »¹³⁴. De toutes ces affirmations transparaît l'idée que, à l'instar de la loi proprement dite, les conventions sont des instruments d'équité, et c'est cette équité qui en fonde la force obligatoire, de même que pour la loi. C'est parce que les conventions sont conformes à l'équité en même temps qu'elles la révèlent que les parties doivent les respecter, et c'est pour cela qu'elles ont force obligatoire¹³⁵.

Mais on ne manquera pas d'objecter alors qu'une telle analyse est contraire avec les réticences de nos juges à s'immiscer dans le contrat. On sait par exemple que, alors même que l'équité le commanderait, la lésion n'est pas sanctionnée comme vice du consentement ni de façon générale, sauf dispositions spéciales comme en matière immobilière. Mais une telle objection ne porte pas car en effet, au stade de la formation du contrat, lors de la négociation des différents éléments et

¹³¹ Cf. *supra* II. A. 1. a. β.

¹³² J-P Chazal, *art. préc.* n°13 *in fine*.

¹³³ J. Domat, *Traité des loix*, Ch. V § 4.

¹³⁴ *Op. cit.* Ch. V § IX.

¹³⁵ C'est donc la convention prise en tant qu'entité qui révèle l'équité, et c'est alors la théorie du contrat-norme défendue par Pascal Ancel qui semble la plus apte à rendre compte de ce que l'on pourrait à la suite d'un illustre auteur appeler une « règle morale dans les obligations civiles »...

notamment de la fixation du prix, les parties sont tout à fait libres de refuser de contracter. Si on les y oblige, la violence pourra intervenir à titre de sanction, et si on les trompe, ce sera l'intervention du dol qui sera secourable. Mais dans une situation exempte de tout élément perturbateur du consentement, libre à une partie d'accepter de payer un prix lésionnaire ! L'article 1104 ne décrit-il pas les contrats commutatifs comme les contrats où l'une des parties s'engage à donner ou faire une chose *qui est regardée comme* l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce que l'on fait pour elle ? Cela implique qu'au stade de la formation du contrat, il est question d'une équité subjective, c'est-à-dire de l'appréciation de l'équité par le cocontractant. Mais il en va différemment lorsque la volonté d'un cocontractant est à elle seule impuissante à agir sur l'attitude de l'autre cocontractant si ce dernier agit de façon à compromettre l'exécution de l'engagement à laquelle le premier a intérêt. Une telle situation se présente typiquement au stade de l'exécution des conventions. Si l'un des cocontractants adopte un comportement déloyal, inéquitable vis-à-vis du cocontractant titulaire d'une créance envers lui, la seule volonté du cocontractant lésé ne pourra rien y changer, pas plus que le postulat de l'article 1134 al. 3 selon lequel les conventions s'exécutent de bonne foi. C'est alors le droit positif qui prendra le relais pour secourir le cocontractant impuissant, précisément par les mécanismes des actions oblique et paulienne. On pourra alors nous objecter que dans l'action paulienne, le moyen de secours offert au créancier consiste à faire révoquer à son égard la convention passée en fraude de ses droits, alors qu'elle avait été « légalement formée », ce qui ferait peu de cas de sa force obligatoire ou de son opposabilité (en tout cas de son rayonnement, tout dépend ensuite de l'effet que l'on entend faire produire à l'action paulienne – nous y reviendrons). D'abord, on pourrait discuter le fait que cette convention soit « légalement formée », car si elle satisfait par hypothèse à toutes les conditions de formation exposées aux articles 1101 et s. du Code civil, il n'en reste pas moins qu'elle est aussi, par hypothèse, entachée de fraude, et que la fraude, selon l'adage bien connu, corrompt tout – *fraus omnia corumpit* –, ce qui permettrait de sanctionner la conclusion d'une telle convention par un abus du droit de disposer de ses biens conféré par l'article 537 du Code civil¹³⁶. Ensuite, même en admettant qu'une telle convention soit valablement formée, ou à tout le moins que personne ne la conteste pas sur ce point, on peut réfuter l'objection comme suit : puisque les conventions tirent leur caractère obligatoire de l'équité qu'elles révèlent, le *rayonnement* de cette force obligatoire (c'est-à-dire son impact) doit cesser là et dans la mesure où cesse l'équité. Or cette équité n'est malmenée qu'à l'égard du créancier (certes tiers, mais néanmoins particulièrement intéressé), non à l'égard du tiers contractant, pour qui la conclusion de cette

¹³⁶ Cf. *supra*, Propos liminaires.

convention est un acte normal. Il est donc logique, au regard de l'équité, que la convention passée entre le débiteur et le tiers contractant n'ait aucun effet à l'égard du créancier, mais reste obligatoire *inter partes*. Cette conclusion se révèle conforme avec l'état du droit positif actuel,¹³⁷ qui consacre effectivement la sanction de l'inopposabilité. On remarquera toutefois qu'en cas d'acte de disposition à titre onéreux, la mise en œuvre de l'action paulienne exige la preuve de la complicité de fraude du tiers contractant : en l'absence de celle-ci, l'action ne sera pas recevable et l'acte conclu ne sera donc pas déclaré inopposable. Pourquoi cette différence ? C'est que dans cette hypothèse, l'impératif d'équité est moins pressant, dans la mesure où il y aura eu une entrée dans le patrimoine du débiteur, corrélative à la sortie du bien dont il a été disposé par convention, et dont le créancier pourra profiter. Où l'on voit que l'action paulienne assume un rôle d'instrument d'équité, plus exactement de rétablissement de l'équité contractuelle originelle.

De même dans les cas considérés par l'action oblique : ici, le caractère frauduleux ou de mauvaise foi de l'omission d'exercice du droit n'est pas exigé. Mais c'est précisément parce que le droit ou l'action dont on omet ou néglige l'exercice prend sa source dans une convention¹³⁸ et emprunte en quelque sorte le caractère obligatoire de celle-ci que l'on peut admettre que son exercice constitue la situation d'exécution normale de cette convention aux yeux du sous débiteur, et partant, que l'on admet que le créancier puisse se substituer au débiteur dans l'exercice de celle-ci. Ce système permet donc de satisfaire le créancier (et préserve donc le caractère obligatoire de l'engagement le liant au débiteur) tout en étant conforme aux prévisions du sous débiteur qui pouvait, ou devait s'attendre à une telle situation en vertu de force obligatoire de la convention le liant au débiteur.

Il reste maintenant à voir, pour confirmer que le fondement des actions étudiées ici est la force obligatoire des conventions, comment lesdites actions vont prendre en compte cette force obligatoire, la réaliser ou la restaurer.

2. *La réalisation de la force obligatoire*

On envisagera d'abord l'expression de la force obligatoire dans le mécanisme de l'action oblique (a), avant de l'envisager dans celui de l'action paulienne (b).

a. force obligatoire des conventions et action oblique

¹³⁷ Civ. 1^{ère} 28 février 1978, Bull. civ. I n°77 : irrecevabilité du moyen tiré de la nullité de l'acte frauduleux faute d'intérêt. La sanction de la fraude paulienne est l'inopposabilité, ce qui permet de limiter l'impact de la force obligatoire de la convention entre les parties – qui n'est pas affectée – à l'égard des tiers : voy. Civ. 1^{ère} 30 mai 2006, Bull. civ. I n°268, D. 2006 p. 2717 note G. François, *Deffrénois* 2006 p. 1863 obs. R. Libchaber. Pour la confirmation que la sanction se mesure à l'intérêt du créancier, cf. Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1975, Bull. civ. I n°213.

¹³⁸ La section étudiée est, rappelons le, relative à « l'effet des conventions ».

On pourra tenter de chercher l'expression de la réalisation de la force obligatoire dans les hypothèses traditionnelles de l'action oblique (α) avant de constater que l'élargissement du champ d'application de cette institution trouve précisément son fondement dans la force obligatoire des conventions (β).

α . les hypothèses traditionnelles d'action oblique

Ce sont les hypothèses qui recouvrent les cas où un créancier détient une créance sur son débiteur qu'il ne peut pas se faire payer en raison de l'insuffisance d'actif du patrimoine, mais où le débiteur détient sur un de ses sous-débiteurs un droit personnel qu'il omet de mettre en œuvre. La jurisprudence traditionnelle admet en effet que l'inaction du débiteur ne suffit pas à elle seule : il faut bien plus qu'elle nuise aux droits du créancier de telle sorte qu'il ait un intérêt sérieux et légitime à agir à sa place¹³⁹. La solution doit être approuvée : *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*, et l'immixtion dans les affaires du débiteur est une atteinte à la liberté de gestion du patrimoine. Le créancier n'exerçant son droit qu'afin de « sauvegarder son intérêt personnel, en lui donnant le moyen d'assurer le paiement de sa créance », il ne peut être recevable à agir que si cet intérêt est « compromis »¹⁴⁰, autrement dit si le débiteur est insolvable. On voit alors que c'est pour préserver le créancier de l'insolvabilité du débiteur que ce mécanisme a été instauré. L'objectif de protection de créancier se retrouve d'ailleurs nettement dans l'appréciation libérale de la notion d'insolvabilité faite par la Cour de cassation, selon laquelle une apparence d'insolvabilité suffit. Comme l'a récemment fait remarquer un auteur, « le créancier ne doit plus démontrer l'insolvabilité de son débiteur, mais plutôt la menace imminente d'insolvabilité que sa carence fait peser sur sa situation patrimoniale »¹⁴¹. On voit bien qu'il s'agit d'offrir au créancier un moyen de droit, que l'on qualifiera volontiers de moyen de coercition par voie de substitution de personne dans le rapport d'obligation, pour lui permettre de préserver la possibilité concrète d'être rempli des droits qu'il tient sur son débiteur, et donc d'en assurer la force obligatoire. En effet, à quoi sert de proclamer le concept de force obligatoire si ce n'est *in fine* pour assurer les créanciers qu'ils pourront être remplis de leurs droits et pour faire comprendre aux débiteurs qu'ils sont assujettis à leurs engagements ?

¹³⁹ Civ. 28 juillet 1854, *DP* 1854 I p. 303 ; Civ. 1^{ère} 2 décembre 1992 Bull. n°294, *RTD civ.* 1995 p. 824 n°4 obs. J. Mestre ; J. Ghestin, M. Billau, G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes* n°756.

¹⁴⁰ Civ. 11 juillet 1951, *RTD civ.* 1951 p. 544 obs. P. Hébraud.

¹⁴¹ A. Cermolacce, *art. précité supra* note 27, n°17 citant Civ. 1^{ère} 28 mai 2002, Bull. n°145 et Civ. 1^{ère} 2 décembre 1992 Bull. n°294, entre autres.

Pour confirmer cette analyse on fera remarquer que si l'action oblique n'est pas un véritable acte d'exécution¹⁴², elle n'en est pas moins plus qu'un banal acte conservatoire, dans la mesure où le créancier exerce un droit appartenant au débiteur¹⁴³, quand bien même on considérerait que l'action oblique est une action personnelle et non un mode de représentation du débiteur¹⁴⁴. De plus, s'il s'agissait d'un simple acte conservatoire, la preuve du principe de la créance devrait suffire à exercer cette action¹⁴⁵. Or, il n'en est rien : la jurisprudence exige bien plus que celle-ci soit certaine, liquide et exigible, c'est-à-dire que le créancier soit en mesure de demander le paiement au moment où il exerce l'action¹⁴⁶. La parenté avec la phase d'exécution de l'obligation est d'ailleurs très nette lorsqu'on constate que la perte d'intérêt de l'action oblique se fait notamment au profit de la saisie attribution¹⁴⁷ qui est... une voie d'exécution consistant à saisir directement entre les mains du sous débiteur les sommes qui lui sont dues, évitant ainsi ce que l'on peut appeler l'effet collectif de l'action oblique, à savoir la concurrence des autres créanciers du fait de la réintégration de la somme dans le patrimoine du débiteur. De cette concurrence on peut tirer deux enseignements. Le premier est que la philosophie de ces deux institutions est la même, à savoir concrétiser le concept théorique de la force obligatoire. Le second est que la saisie attribution, dans les limites de son domaine d'application, est un instrument plus accompli à cette fin que l'action oblique, ce qui a amené un auteur à prôner une individualisation des effets de l'action oblique.¹⁴⁸ De toute façon, et cela conforte encore davantage notre propos, la mise en œuvre de l'action oblique sera le plus souvent accompagnée d'une mesure permettant le recouvrement de la créance afin que le créancier agissant soit assuré de profiter du résultat de son action¹⁴⁹, l'engagement de frais de justice à des fins philanthropiques n'étant pas monnaie courante. Nous avons jusqu'ici montré en quoi le mécanisme de l'action oblique réalise la force obligatoire de l'engagement liant le créancier au débiteur. Mais l'action oblique réalise aussi de façon originale la force obligatoire de l'engagement conventionnel liant le débiteur au sous débiteur : nous l'avons déjà montré plus haut.

¹⁴² V. Tellier, *La nature juridique de l'action oblique*, RRJ 2002/4 p. 1835, n°4 à 22, qui la qualifie d'acte conservatoire.

¹⁴³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations* n°1142.

¹⁴⁴ V. Tellier, *art. préc.* n° 23 et s.

¹⁴⁵ art. 67 de la loi du 9 juillet 1991.

¹⁴⁶ Req. 25 mars 1924, DH 1924 p. 282. Voy. aussi J. Ghestin, M. Billau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes* n°748.

¹⁴⁷ Mais aussi au profit de l'action directe quand c'est possible, celle-ci permettant « d'atteindre directement, en son nom personnel et pour son propre compte, le patrimoine du débiteur de son débiteur », J. Ghestin, M. Billau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, n°740 *in fine*..

¹⁴⁸ A. Cermolacce, *art. préc.* n°33.

¹⁴⁹ Ex. Civ. 25 septembre 1940, DC 1943 I p. 433 note J. Carbonnier, JCP 1941 II 1621 note Madray.

La réalisation de cette force obligatoire se traduit par la reconnaissance en jurisprudence de l'opposabilité des exceptions tirées du contrat liant le débiteur au sous débiteur, par ce dernier, au créancier exerçant contre lui l'action oblique.¹⁵⁰ Ainsi, si le créancier peut agir par la voie oblique, il ne peut être satisfait que dans la mesure où le sous débiteur était lui-même tenu envers le débiteur : il n'y a donc pas sacrifice du sous débiteur mais bien conciliation et réalisation idéale de la force obligatoire des deux conventions en présence.

Mais cette réalisation apparaît encore plus nettement au regard des nouvelles applications de l'action oblique.

β. le renouveau de l'action oblique

Les applications nouvelles qui ont été faites de l'action oblique témoignent d'une logique d'exécution forcée : c'est d'ailleurs dans un chapitre relatif à ce mode d'exécution de l'obligation que MM. Ghestin, Billau et Loiseau traitent de ce mécanisme¹⁵¹. C'est dire que pour eux ces nouvelles applications révèlent la véritable nature de l'action oblique, même si tous ne s'accordent pas sur ce point¹⁵².

C'est ainsi que la Cour de cassation a pu admettre qu'un locataire, en tant qu'il est créancier du droit de jouissance paisible des lieux loués, puisse intenter l'action oblique pour imposer à un autre locataire du même bailleur le respect d'une clause de non concurrence prévue par le contrat¹⁵³. De même a été admise l'action en résiliation de bail intentée par la voie oblique par un copropriétaire contre le locataire qui exerçait une activité contraire aux clauses du règlement de copropriété, et ceci sans même que le bailleur (autre copropriétaire) ait été mis en cause.¹⁵⁴ Dans la même veine, le bénéficiaire d'une promesse de cession d'un bien indivis a été admis à exercer par la voie oblique une action en contestation de l'acquisition de ce bien par un autre coïndivisaire, lequel bénéficiait certes d'un droit de préemption, mais n'avait pas donné de caution bancaire, action dont l'exercice avait été négligé par les coïndivisaires promettants¹⁵⁵.

On observe que l'on quitte ici les hypothèses où l'action oblique a pour objet de récupérer une somme d'argent – domaine où elle est d'ailleurs comme nous l'avons évoqué, concurrencée par la saisie attribution – pour pénétrer un domaine, qui n'a pas, *a priori*, vocation à être appréhendé par l'action oblique, au moins si l'on ne considère celle-ci *que* comme un mode de préservation du

¹⁵⁰ Civ. 10 juillet 1867, *DP* 1867 I p. 344.

¹⁵¹ *Le régime des créances et des dettes*, n°741.

¹⁵² Hostile not. V Tellier, *art. préc.* n°12 et s.

¹⁵³ Civ. 3^{ème} 4 décembre 1984, Bull. n°203, *RTD civ* 1985 p. 580 obs. J. Mestre, *Defrénois* 1985 p. 1074 obs. J-L Aubert.

¹⁵⁴ Civ. 3^{ème} 4 janvier 1991, Bull. n°2, *RDI* 1991 p. 248 note P. Capoulade et Cl. Giverdon.

¹⁵⁵ Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, Bull. n°250, *RTD civ.* 1992 p. 613 obs. J. Patarin, *D.* 1992 p. 421 note O. Barret.

gage des créanciers. Une telle vision est réductrice, car si l'action oblique a cette fonction¹⁵⁶, elle a pour mission essentielle d'assurer la force obligatoire des conventions comme nous avons tenté de l'exposer, ce qui justifie pleinement cette extension puisqu'il s'agit d'établir la situation qui existerait si le débiteur s'était comporté loyalement (c'est-à-dire avait respecté son assujettissement) envers son créancier. Inversement, l'attitude de la jurisprudence faisant de la voie oblique « un mode d'exécution forcée d'un lien d'obligation auquel le titulaire de l'action n'est pas partie [exécution à laquelle il a intérêt pour la réalisation de la force obligatoire de sa propre créance, nous soulignons] »¹⁵⁷ nous conforte dans notre analyse de la raison d'être des actions étudiées, et plus précisément ici, de l'action oblique.

b. force obligatoire des conventions et action paulienne

En matière d'action paulienne, on reste dans une logique triangulaire, et on est toujours en présence de deux rapports interpersonnels, comme on l'a vu légalement créés, même si ce point est discutable comme évoqué *supra*¹⁵⁸. Or, le régime de l'action paulienne a été construit de telle sorte que la force obligatoire des deux engagements est respectée autant que possible. Nous l'envisagerons successivement sous ces deux angles.

α. force obligatoire et rapport créancier – débiteur

Là encore, il faut en revenir à la notion d'assujettissement qui découle du caractère obligatoire des engagements, lequel repose sur des considérations d'équité, comme il a été montré plus haut. Cet assujettissement implique un comportement loyal de la part du débiteur, tenu de ne rien faire qui compromette l'exécution de son obligation¹⁵⁹. Or, la fraude paulienne commise par le débiteur « constitue précisément un moyen pour le débiteur d'entraver l'exécution de son obligation », de sorte que, « en commettant une fraude paulienne, c'est-à-dire en créant une situation juridique qui porte atteinte à l'exécution du droit du créancier, le débiteur manque donc finalement au devoir auquel il était astreint en vertu de son assujettissement au respect de son engagement »¹⁶⁰. Ainsi peut-on dire que le devoir de ne pas commettre de fraude paulienne apparaît comme une conséquence de l'assujettissement du débiteur à son engagement, c'est-à-dire de la force obligatoire de cet assujettissement. Partant, l'action paulienne, qui a pour finalité de réagir au

¹⁵⁶ Voy. *supra* les « Propos liminaires... ».

¹⁵⁷ A. Sériaux, *Droit des obligations*, 2^{ème} éd. PUF 1998 n°218 p. 746.

¹⁵⁸ II. A. 1. b. β. (p.37).

¹⁵⁹ G. Wicker, *Force obligatoire et contenu du contrat*, in : *les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* (dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet), Dalloz 2003 p. 151 et s, n°22. *Adde*, du même auteur, *th. préc.* n°159.

¹⁶⁰ L. Sautonie-Laguionie, *th. préc.* n°125.

comportement frauduleux du débiteur est un outil pour garantir dans les faits la force obligatoire de l'engagement liant le créancier au débiteur.

En témoigne notamment l'application de l'action paulienne à la compromission d'un droit spécial que le créancier détenait sur une chose précise alors même que le patrimoine du débiteur serait suffisamment consistant pour satisfaire le créancier par un équivalent monétaire : la jurisprudence a estimé que dans ces cas l'existence d'un droit spécial lui permettait d'utiliser l'action paulienne pour faire voir déclarer l'acte de disposition inopposable à son égard, ce qui lui permettra d'être pleinement satisfait par la possibilité de saisir le bien précisément convoité¹⁶¹. Où l'on voit ici révélée la logique d'exécution forcée du mécanisme paulien¹⁶². Le fait que cette extension de l'action paulienne est susceptible de perturber le mode de règlement des conflits de propriété¹⁶³ nous donne encore plus de raison de croire que la réalisation de la force obligatoire de l'engagement du créancier est de l'essence même de l'action paulienne.

Bien que le raisonnement soit proche, on peut voir les choses encore un peu différemment. Si l'on considère avec nous que la convention renferme l'équité, son exécution la révèle. Mais il ne peut en être ainsi que si l'exécution est loyale (art. 1134 al. 3) : or la fraude paulienne traduit un comportement déloyal¹⁶⁴, contre lequel le mécanisme instauré par l'article 1167 se propose de réagir. L'action paulienne peut alors être vue comme un mécanisme d'équité en ce qu'il sanctionne l'entrave à l'exécution d'une règle par essence équitable, ce qui expliquerait que le texte n'en précise pas les conditions d'exercice et laisse au juge le soin d'apprécier au cas par cas si la demande tendant à sa mise en œuvre est fondée ou non. D'ailleurs, pour abonder en ce sens, on fera remarquer que l'application de l'article 1167 à une renonciation frauduleuse à une succession - alors qu'elle ne peut s'entendre comme une « convention » - ainsi que l'utilisation dans le texte même de l'article du terme générique « acte » - alors qu'il s'agit d'un mécanisme destiné à agir sur « l'effet des conventions » -, témoignent de ce que l'article 1167 instaure un mécanisme de lutte contre la mauvaise foi (dont la fraude est une composante), considérée comme « principe général qui transcende la question de l'exécution des obligations conventionnelles ».¹⁶⁵

¹⁶¹ Civ. 1^{ère} 10 décembre 1974 *Gaz. Pal.* 1975 I. 363 note A. Plancqueel ; Civ. 3^{ème} 6 octobre 2004 Bull. n°163, *D.* 2004 p. 3098 note G. Kessler, *Defrénois* 2005 p. 612 obs. R. Libchaber,

¹⁶² Sur ce point, voy. I. Beyneix, *Action paulienne et exécution forcée des avants contrats non respectés par les promettants : une esquisse de solution ?* *Gaz. Pal.* 2006 p. 2318 (26/27 juillet 2006).

¹⁶³ A-G Robert, *Action paulienne et conflits de propriété*, *JCP* 2005 I 191.

¹⁶⁴ L. Sautonie-Laguionie, *th. préc.* n°137.

¹⁶⁵ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, *LGDJ* 2000 préf. R. Bout, n°128.

β. force obligatoire et rapport débiteur – tiers contractant

Qu'advient-il de l'acte passé par le débiteur en fraude des droits du créancier et attaqué par ce dernier au travers de l'action paulienne ? Plus précisément, il faut se demander si cet acte est anéanti ou s'il reste valable entre les parties. Cela revient alors à s'interroger sur la sanction de la fraude paulienne. Deux sanctions sont concevables : la nullité, ou l'inopposabilité. La nullité (ou révocation de l'acte, entendue au sens strict), qui était la sanction prônée par le *Digeste*, entraînait le retour de l'objet de la convention attaquée dans le patrimoine du débiteur. La troisième chambre civile de la Cour de cassation s'était d'ailleurs laissée séduire, à l'instar d'une partie de la doctrine¹⁶⁶, par cette analyse : elle avait estimé que l'admission de la fraude paulienne n'avait pour effet « que d'entraîner le retour du bien dans le patrimoine du débiteur où le créancier demandeur pourra seul éventuellement le saisir »¹⁶⁷. Mais on voit pointer là un certain artifice, car ce n'est pas une simple nullité dont il s'agit là : la nullité ayant un effet *erga omnes*, il serait logique que tout créancier puisse ensuite saisir le bien en question dans le patrimoine du débiteur, or c'est à la solution contraire qu'aboutit la troisième chambre civile en accordant une sorte de privilège au créancier agissant. Il est vrai que sans la reconnaissance d'un tel privilège, l'action paulienne ne serait que peu attractive et serait le pendant exact de l'action oblique¹⁶⁸, et qu'une différence dans la sanction doit être perceptible dès le moment où il s'agit de sanctionner une fraude, élément constitutif qui n'apparaît pas dans la mise en œuvre de l'action oblique. Mais la reconnaissance de ce privilège dénature la notion de nullité, et s'apparente davantage aux effets d'une inopposabilité. C'est d'ailleurs la solution que retient actuellement le droit positif depuis un arrêt remarqué du 30 mai 2006¹⁶⁹ lequel a retenu que « *l'inopposabilité paulienne autorise le créancier poursuivant, par décision de justice et dans la limite de sa créance, à échapper aux effets d'une aliénation opérée en fraude de ses droits, afin d'en faire éventuellement saisir l'objet entre les mains du tiers* ». On en conclut que la convention reste valable *inter partes*, ce qui permettra dans certains cas au tiers contractant de faire jouer, par exemple, la garantie d'éviction contre son auteur. Or cette solution témoigne de ce que le régime de l'action paulienne dégagé par la jurisprudence vise à conserver autant que faire se peut la force obligatoire de la convention passée entre le débiteur et le tiers contractant en accordant à ce dernier le bénéfice d'actions nées de cette convention afin qu'il ne se trouve point dépourvu après que le créancier soit intervenu.

¹⁶⁶ A. Sériaux, *Droit des obligations*, n°225 ; J. Carbonnier, *Droit civil – les obligations* 22^{ème} éd. PUF 2000 n°367 ; v. encore aujourd'hui L. Sautonie-Laguionie, *th. préc* (soutenue quelques jours avant l'arrêt du 30 mai 2006, *infra* note 169), n°637 et s.

¹⁶⁷ Civ. 3^{ème} 9 juillet 2003 Bull. n°142, *RTD civ.* 2004 p. 292 obs. J. Mestre et B. Fages. V. aussi Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1975 Bull. n°213.

¹⁶⁸ Seul le critère action / inaction du débiteur serait alors de nature à les distinguer.

¹⁶⁹ Civ. 1^{ère} 30 mai 2006 Bull. n°268, *D.* 2006 p. 2717 note G. François, *Deffrénois* 2006 p. 1863 obs. R. Libchaber, *JCP E* 2006 II 10150 note Desgorges.

Cependant, pour être pleinement mise en œuvre, la force obligatoire doit être relayée par un autre mécanisme, celui de l'opposabilité, auquel les articles étudiés ne sont pas indifférents.

B. L'opposabilité comme technique des actions oblique et paulienne

Dans cette dernière étape de notre démonstration, on se proposera de montrer que l'opposabilité est un moyen utilisé par le droit objectif pour articuler, en cas de pluralité, des actes juridiques, et que les actions oblique et paulienne en sont des illustrations (1). En même temps qu'un moyen technique, la conséquence qui peut résulter de cette articulation, à savoir l'inopposabilité d'une convention – comme dans l'action paulienne – est une sanction énergique et originale (2).

1. L'opposabilité, technique d'organisation de situations juridiques

Aux origines de la notion, on la considérait comme tenant à la nature des actes juridiques (a), mais cette conception a évolué, notamment grâce à une thèse comparatiste récente soutenue par M. Robert Wintgen¹⁷⁰ prônant une conception de l'opposabilité que l'on se permettra, en espérant ne pas dénaturer la pensée de l'auteur, de qualifier de fonctionnelle (b).

a. l'opposabilité naturelle

Après avoir exposé quelques généralités (α), il conviendra d'en dégager les conséquences quant aux actions oblique et paulienne (β).

α . Exposé de la doctrine classique

Comme on l'a montré plus haut à l'occasion de la détermination des termes « nuire » et « profiter » de l'article 1165, le concept d'opposabilité trouve son origine dans les thèses de doctorat respectives de A. Weill et S. Calastreng. On renverra à ces développements¹⁷¹ pour les raisons qui ont conduit ces auteurs à développer cette notion. Pour ces auteurs, et pour beaucoup de contemporains encore, puisque proclamer la force obligatoire des conventions sans s'assurer que les tiers respectent l'existence de cette convention n'aurait aucun sens, l'opposabilité desdites conventions s'affirme comme un complément aussi naturel que nécessaire de l'effet relatif de la force obligatoire proclamé par l'article 1165. D'ailleurs, certains auteurs, après avoir constaté que cette notion est inconnue du Code civil, n'hésitent pas à affirmer qu'elle « se déduit du principe

¹⁷⁰ *Etude critique de la notion d'opposabilité – les effets du contrat à l'égard des tiers en droits français et allemand*, LGDJ 2004 préf. J. Ghestin.

¹⁷¹ *Supra* I. B. 2. a.

même de la force obligatoire du contrat, puisqu'en modifiant valablement la composition des patrimoines des parties, le contrat ne peut être rationnellement dépourvu de conséquences sur la situation des tiers qui ne peuvent donc l'ignorer et doivent ainsi en subir certains de ses effets »¹⁷². La proximité avec la force obligatoire est telle qu'on a pu considérer que l'opposabilité ne concernait qu'un aspect de celle-ci¹⁷³, certains étant même allés jusqu'à affirmer que le terme d'« opposabilité » constituait un néologisme¹⁷⁴. Toutefois, il a été montré de façon convaincante qu'il faut se garder de penser que l'opposabilité est une extension des effets obligatoires du contrat¹⁷⁵. La question avait en effet été soulevée par le Doyen Weill dans sa thèse¹⁷⁶, mais il y est traditionnellement répondu par la négative au motif que la responsabilité des tiers qui ne respecteraient pas un contrat est de nature délictuelle et non contractuelle¹⁷⁷.

C'est ainsi que l'on pourrait dire que « l'opposabilité est un phénomène général qui tend à faire reconnaître l'existence du contrat par les tiers (*cette obligation ne découlant pas du contrat même, mais de la loi, et plus précisément de l'article 1134 al. 1^{er}, nous soulignons*), car si ces derniers étaient autorisés à le méconnaître, il ne pourrait pratiquement pas atteindre à l'efficacité, même entre les parties »¹⁷⁸. On en déduira logiquement que le fondement du concept d'opposabilité doit être cherché dans la force obligatoire des engagements, quelque soit leur origine¹⁷⁹.

Ainsi conçue, l'opposabilité peut se manifester de deux façon : l'opposabilité par les tiers aux parties d'une part, situation qui se retrouve souvent dans des mises en cause de responsabilités en cas de violation d'une obligation contractuelle par les parties à l'origine d'un dommage causé à un tiers, et d'autre part l'opposabilité du contrat aux tiers par les parties lesquelles chercheront à prévenir ou empêcher toute intrusion extérieure dans leur rapport interpersonnel afin d'avoir plus

¹⁷² J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billau, *Les effets du contrat*, n° 724.

¹⁷³ L'opposabilité ne traduit en réalité pas autre chose que le rayonnement de la force obligatoire hors du cercle des contractants (si on est en présence d'un contrat), ou hors de ceux qui sont concernés par la loi, pour pouvoir assurer le rôle d'instruments économique et juridique de ces normes : voy. en ce qui concerne les conventions J. Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ 1984 préf. D. R. Martin, n° 20.

¹⁷⁴ F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, th. dactyl. Paris II 1979, n° 1.

¹⁷⁵ J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billau, *op. cit* n° 730. MM. Terré, Simler et Lequette (*Les obligations*, n° 490) relèvent que « subtile, la distinction entre l'effet obligatoire du contrat, limité aux parties, et la situation juridique née du contrat, opposable aux tiers, n'en est pas moins bien assise, au moins dans son principe ».

¹⁷⁶ *Th. préc.* n° 230 et s.

¹⁷⁷ Civ. 1^{ère} 26 janvier 1999, Bull. n°32. G. Viney, *Introduction à la responsabilité* 3^{ème} éd. 2008 n°202 et s. Toutefois, on ne peut s'empêcher de critiquer sinon le résultat, au moins la méthode de raisonnement. Les solutions jurisprudentielles ne devraient pas être traitées comme des paroles sacrées, mais il serait bon de s'interroger quelquefois davantage sur leur pertinence. Or, il est des auteurs qui estiment, à l'instar de Patrice Jourdain dans son enseignement annuel de responsabilité civile du *Master 2 droit privé général* de l'Université Paris I 2007/2008 consacré à « la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle », que la nature de la responsabilité ne devrait pas être déterminée en fonction de la qualité des personnes présentes à l'instance, mais exclusivement en fonction de la nature de l'obligation transgressée. Ainsi toute personne, qui méconnaîtrait une obligation contractuelle, fut elle tiers à la convention, devrait voir sa responsabilité contractuelle engagée.

¹⁷⁸ J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billau, *Les effets du contrat*, n° 724.

¹⁷⁹ L. Sautonie-Laguionie. *th. préc.* n° 191 et s.

de chances d'en obtenir une exécution loyale et conforme aux prévisions faites lors de sa conclusion. C'est cette dernière forme d'opposabilité qui va nous intéresser dans les actions oblique et paulienne.

β. Conséquences quant aux actions du créancier

Si on considère à l'instar de cette doctrine traditionnelle que l'opposabilité est une qualité inhérente au droit, les actions oblique et paulienne apparaîtront comme une expression, ou plus exactement une révélation de cette qualité qui en constitue dès lors un autre fondement¹⁸⁰.

Ainsi dans l'action oblique, c'est parce qu'un engagement lie le créancier au débiteur que le créancier a intérêt à exercer par la voie oblique les droits et actions du créancier à l'encontre des débiteurs de ce dernier. On dit souvent que l'intérêt à agir réside dans l'insuffisance d'actif du patrimoine du débiteur, ce qui justifierait la condition d'insolvabilité. C'est exact, mais pas assez précis, car l'insuffisance d'actif est exigée dans la mesure où des droits du créancier doivent être compromis pour justifier son immixtion dans la gestion des affaires du débiteur, et si des droits doivent être compromis, encore faut-il...qu'ils existent ! L'intérêt à agir réside donc avant tout dans l'existence de droits opposables compromis.

L'action oblique révèle donc l'opposabilité de ces droits. Mais si cette opposabilité est naturelle, inhérente au droit, pourquoi aurait-on eu besoin de l'article 1166 ? C'est que l'intérêt de l'article 1166 ne réside pas tant dans la révélation du principe même de l'opposabilité du droit, qui va de soi pour les promoteurs de cette doctrine, mais dans la détermination de son intensité, ou davantage encore, de ses conséquences. L'intérêt de l'article 1166 est d'autoriser une immixtion du créancier dans la gestion du patrimoine du débiteur : l'opposabilité, consistant à imposer une situation juridique en tant que fait, n'autoriserait pas normalement le créancier à intervenir dans d'autres rapports du débiteur avec des tiers au motif de vouloir imposer le sien propre.

Mais l'opposabilité des droits du sous débiteur est aussi au fondement de l'action oblique, et son régime la révèle, puisque, comme nous l'avons déjà vu, le sous débiteur pourra opposer au créancier toutes les exceptions tirées de la convention qu'il aurait pu opposer au débiteur : c'est dire qu'il opposera au créancier la situation juridique qui le liait au débiteur.

Dans l'action paulienne, l'opposabilité du droit du créancier constitue de même son intérêt à agir, et dans cette perspective, l'intérêt de l'article 1167 réside encore dans la détermination de l'intensité ou des conséquences de cette opposabilité, qui permettra ici d'attaquer un acte passé

¹⁸⁰ Fondement du second degré en quelque sorte, puisque nous avons montré que l'opposabilité est fondée sur la force obligatoire des conventions, qui est dès lors le fondement premier, sauf à remonter à l'équité.

avec un tiers, sans que ce tiers ne puisse rien opposer au créancier agissant¹⁸¹, atteinte qui n'aurait pu se justifier en l'absence de texte la prévoyant, dans la mesure où elle déroge expressément à l'article 537 du Code civil qui consacre la libre disposition des biens de son patrimoine.

L'origine de cette opposabilité doit ici être précisée, car si en matière d'action oblique, elle peut être vue dans l'inaction du débiteur et donc dans une méconnaissance de son assujettissement résultant de la force obligatoire de son engagement envers le créancier¹⁸², il en va un peu différemment ici. Certes, on pourrait tracer un parallèle et dire que la conclusion de l'acte avec le tiers contractant constitue en elle-même une méconnaissance de l'assujettissement du débiteur à son engagement envers le créancier. Mais cette analyse est insuffisante à rendre compte d'une autre condition exigée pour la mise en œuvre de l'action paulienne, lorsqu'il s'agit d'attaquer des actes passés à titre onéreux : la condition de complicité de fraude, nécessitant la connaissance par le tiers contractant du préjudice causé au créancier¹⁸³. Cette condition ne se justifie pas immédiatement dans la personne du tiers contractant, car, étranger au premier rapport, il ne peut en résulter pour lui aucun assujettissement. D'où l'idée de Mme Sautonie-Laguionie dans sa thèse d'affirmer que le concept d'opposabilité, plus que la simple invocation d'une situation de fait, contient un devoir d'inviolabilité – du moins est-ce ce que nous comprenons de sa formulation selon laquelle il existerait un « devoir d'inviolabilité inhérent à l'opposabilité des droits »¹⁸⁴. Ainsi, puisque le droit est opposable, les destinataires de l'opposabilité seront aussi tenus d'un devoir de ne pas violer la situation opposée. Or, ce sont les tiers à qui l'on opposera le droit de créance, et c'est donc eux aussi qui seront tenus de ne pas le méconnaître. L'opposabilité du contrat renferme alors une obligation passive pesant sur les tiers (comme l'assujettissement en fait naître une sur les parties), pouvant être définie comme celle de respecter la situation juridique née du rapport obligatoire et de ne rien faire pour y attenter¹⁸⁵.

b. l'opposabilité fonctionnelle

C'est l'apport majeur de la thèse du Professeur Wintgen que d'avoir renouvelé, ou plutôt démystifié la « théorie » française de l'opposabilité : pour bien comprendre sa nouvelle

¹⁸¹ La fraude qui vient corrompre cet acte explique cette absence de moyens de défense résultant de l'inopposabilité.

¹⁸² On notera que l'action oblique accomplit en même temps l'assujettissement du sous débiteur envers le débiteur, réalisant par là même la force obligatoire de cette convention, v. *supra*.

¹⁸³ Par ex. Civ. 1^{ère} 29 mai 1985 Bull. n°163.

¹⁸⁴ *Th. préc.* n°205.

¹⁸⁵ On s'est plusieurs fois intéressé sur cette obligation passive en matière contractuelle, voy. not. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations* n°791, J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billau, *Les effets du contrat* n°730. A en croire les travaux de Mme Sautonie-Laguionie (*th. préc.* n°207), seul J. Duclos (*th. préc.* n°2-3) aurait proposé une conception ne distinguant pas selon l'origine du droit opposé. Nous nous rangeons à ses côtés dans la mesure où nous avons montré la pertinence du rapprochement entre loi et conventions, qui tirent leur force obligatoire d'une même source, l'équité.

proposition (β), il faut évoquer les critiques qu'il adresse à la conception de l'opposabilité naturelle (α).

α. les carences de la conception traditionnelle

L'on vient de constater, à l'occasion de notre dernier développement concernant l'action paulienne que certaines dimensions de l'opposabilité s'accordent mal avec l'affirmation d'une opposabilité naturelle du contrat en tant que simple fait : comment en effet justifier ce « devoir d'inviolabilité » du contrat par les tiers, inhérent à l'opposabilité ? On ne le peut pas, sauf à considérer que l'opposabilité, plus que la description d'un fait, contient une dimension normative. Celle-ci pourrait trouver sa source soit dans la proposition selon laquelle les droits subjectifs seraient par nature opposables aux tiers, mais aussi dans la proposition formulée par d'autres auteurs qui fondent la normativité de l'opposabilité sur la force obligatoire du contrat.

C'est Ortolan qui semble être à l'origine de la théorie de l'opposabilité inhérente aux droits subjectifs. Il écrit en effet que « tout droit, du moment qu'il existe, existe à l'égard de tous, et doit être protégé au besoin contre chacun »¹⁸⁶. Des auteurs contemporains ont repris cette analyse pour écrire que « les tiers ne peuvent impunément violer le droit du créancier à l'égard de son débiteur. (...) Tout droit subjectif quel qu'il soit engendre ce que la thèse personnaliste appelle « l'obligation passive universelle », il n'y a pas de droit qui ne soit opposable à tous »¹⁸⁷.

Que penser de cette conception ? Tout d'abord, il ne semble y avoir aucun lien de nécessité entre l'opposabilité des droits subjectifs et la reconnaissance d'un devoir d'inviolabilité de si forte intensité que celle qui lui est attribuée en France. M. Wintgen montre dans sa thèse en se référant à la doctrine et à la jurisprudence allemandes que seule l'intention du sous débiteur de nuire au créancier (entendue strictement, et non au sens de simple connaissance du préjudice causé...) peut être sanctionnée, mais pas davantage¹⁸⁸. De plus, et toujours à l'aide de comparaisons lumineuses, l'auteur démontre¹⁸⁹ que « la notion même de droit subjectif implique une exclusivité, un domaine réservé reconnu à son titulaire. Cette exclusivité ne préjuge pas pour autant des moyens par lesquels le droit l'assure ». Il précise surtout que la portée d'une telle protection ne se déduit pas de la notion même de droit subjectif. Dès lors, la théorie de l'opposabilité inhérente aux droits subjectifs¹⁹⁰ est sinon erronée, du moins douteuse dans ses prémisses et ne peut servir de fondement solide à l'affirmation d'une opposabilité normative.

¹⁸⁶ M. Ortolan, *La Généralisation du droit romain*, 11^{ème} éd. (1880) par J-E Labbé, n°195.

¹⁸⁷ J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billau, *Les effets du contrat* n° 681.

¹⁸⁸ R. Wintgen, *th. préc.* n° 136.

¹⁸⁹ *Ibid.* n° 139 à 153.

¹⁹⁰ Pour les variantes à cette théorie, exposées aux mêmes objections, voy. R. Wintgen, *th. préc.* n° 155 et s.

D'autres auteurs ont préféré fonder l'opposabilité normative sur la force obligatoire du contrat. On relèvera d'ailleurs que cette analyse n'est pas exclusive de la précédente, certains auteurs cherchant à conforter le fondement de l'opposabilité du contrat par celle-là¹⁹¹. Il est bon de relever certaines citations des promoteurs de cette doctrine et de constater qu'elles ne peuvent cacher le point faible dont cette conception souffre.

On a pu écrire, pour soutenir cette position que la force obligatoire du contrat « s'impose aux parties mais aussi au juge en ce qu'elle s'analyse comme une règle de compétence en principe impérative. A ce titre, il n'est pas sans intérêt de souligner que le juge est précisément un tiers et que refuser la notion d'opposabilité conduirait nécessairement à l'autoriser à nier l'existence même du contrat, en conséquence à affranchir les parties du strict respect de leur convention »¹⁹². Cet argument *ad absurdum* conduit les auteurs à admettre une opposabilité fondée sur le principe de la force obligatoire du contrat. Cette opposabilité aura précisément pour but de faire respecter l'assujettissement des parties au contrat en les préservant de toute interférence parasitaire.

Dans la même logique, M. Ancel affirme que « le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes et c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers que l'on nomme opposabilité. (...) Si l'obligationnel dans un contrat ne concerne en principe que les parties, l'obligatorité, elle, est nécessairement générale »¹⁹³.

Une objection majeure apparaît alors. Que l'opposabilité du contrat soit le corollaire nécessaire pour conférer quelque réalité à sa force obligatoire, nul n'en doute. Mais il n'est pas moins certain que cette force obligatoire a un effet relatif – et c'est pour cela qu'il vaudrait mieux éviter tout raccourci lorsque l'on commente l'article 1165 et plutôt parler d'effet relatif de la force obligatoire des conventions, quand bien même le style serait plus lourd et donc moins élégant – qui est totalement négligé par ces auteurs qui, implicitement ou explicitement, estiment que la force obligatoire s'étend aux tiers. C'est d'ailleurs en ce sens que va la conception personnelle de M. Ghestin¹⁹⁴, qui remarque que « l'opposabilité n'est pas une simple application de la force obligatoire (...) : il s'agit de deux mécanismes complémentaires visant à assurer l'efficacité du contrat, le premier, la force obligatoire, et le second, l'opposabilité à l'égard des tiers »¹⁹⁵.

¹⁹¹ Comme c'est le cas de J. Ghestin, C. Jamin et M. Billau, *Les effets du contrat* n°724.

¹⁹² *Ibid.* n° 725.

¹⁹³ P. Ancel, *art. préc.* n° 53.

¹⁹⁴ Ce qui montre qu'il faut se méfier des stigmatisations et des attributions de citations dans les ouvrages collectifs...

¹⁹⁵ J. Ghestin, *Introduction au rapport français*, in : *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges* (M. Fontaine et J. Ghestin, dir.), LGDJ 1992.

β. la défense d'une proposition nouvelle

Au contraire de la force obligatoire, l'opposabilité n'est pas un principe, et chercher à trop vouloir théoriser cette notion conduit au mieux à des artifices (pour s'en convaincre on se reportera aux arguments peu juridiques développés par Mme Calastreng, présentés *supra*), au pire à des approximations et des affirmations erronées (par exemple que la force obligatoire s'imposerait tant aux parties qu'aux tiers, v. *supra*).

Cependant, si l'on peut être sceptique quant à une « théorie » de l'opposabilité, il n'en reste pas moins qu'il est incontestable que les contrats produisent des effets à l'égard des tiers. Les mécanismes des actions oblique et paulienne en sont d'ailleurs la parfaite illustration.

La réflexion que l'on peut trouver dans l'ouvrage de MM. Flour, Aubert et Savaux est à cet égard des plus significatives : « par l'effet de la loi ou de leur volonté, certains tiers (...) se trouvent juridiquement liés à l'un ou l'autre des contractants, voire aux deux à la fois ». C'est précisément le cas dans les configurations triangulaires qu'ont vocation à régir les articles 1166 et 1167. Alors, les auteurs poursuivent en affirmant que si le contrat produit un effet à l'égard de ces tiers (soit en le contraignant à exécuter sa convention, comme par la voie oblique, soit en se faisant déclarer ladite convention inopposable, comme dans l'action paulienne), « ce n'est plus un effet de la seule volonté des parties, mais un effet médiateur du contrat, c'est-à-dire un effet qui se produit – éventuellement – par l'intermédiaire du lien de droit qui relie le tiers considéré au contractant »¹⁹⁶. Ces auteurs présentent alors l'opposabilité davantage comme un moyen utilisé par le droit positif pour assurer la force obligatoire des engagements, et c'est ainsi qu'il convient à notre avis, de la concevoir.

En ce qui concerne les tiers absolus, ou *penitus extranei*, l'opposabilité n'a aucune utilité. N'étant en aucune manière intéressés par la gestion du patrimoine du débiteur, ces tiers n'auront rien à gagner à s'immiscer dans la gestion du débiteur : bien plus, celle-ci leur est complètement indifférente. Si par hasard ils devaient quand même intervenir de quelque façon que ce soit dans ce rapport, un tel comportement serait sanctionné par la responsabilité délictuelle¹⁹⁷. En ce qui concerne les créanciers, ils sont certes tiers au rapport débiteur / sous débiteur ou tiers contractant, mais comme nous l'avons vu, néanmoins intéressés à ce que la gestion du patrimoine du débiteur, laquelle est en principe libre, ne compromette pas l'exécution de l'engagement – lequel a force obligatoire - que ce débiteur a envers lui. Les actions oblique et paulienne offrent un moyen au créancier d'intervenir à divers degrés dans la gestion du patrimoine de son débiteur pour s'assurer

¹⁹⁶ J. Flour, J-L Aubert et E. Savaux, *Les obligations – I. L'acte juridique*, n° 432.

¹⁹⁷ C'est la nature de responsabilité que retient le droit positif, voir toutefois pour une doctrine divergente *supra* note 177.

que sa créance puisse être payée. En cela, les actions sont fondées sur le principe de la force obligatoire (*supra*). Mais les actions oblique et paulienne utilisent une technique à cette fin, qui est la conciliation ou la hiérarchisation des deux engagements en organisant leur opposabilité. Dans le cadre de l'action oblique, il s'agit d'une opposabilité d'intensité égale des deux droits, alors que dans l'action paulienne, la fraude entachant la convention passée entre le débiteur et le tiers contractant rend celle-ci inopposable et partant, l'engagement liant le créancier au débiteur est considéré comme seul et pleinement opposable. L'opposabilité apparaît dès lors comme le moyen d'imposer – ou plutôt de rétablir – l'équité lorsque les parties tentent de se soustraire à la force obligatoire de leur engagement, et donc de se départir de l'équité, puisque c'est celle-ci qui fonde celle-là. Si l'on s'accorde sur ce point, on peut alors conclure l'étude sur une fonction méconnue de l'opposabilité, celle de sanction.

2. L'opposabilité, moyen de sanction du débiteur insoumis

Après avoir mis en évidence le caractère sanctionnateur des deux actions (a), on montrera leurs rapports avec les mécanisme de la responsabilité (b).

a. les actions oblique et paulienne, formes de sanctions

Nos efforts se sont concentrés jusqu'à présent à montrer que les deux mécanismes tentent, par l'organisation de l'opposabilité des droits en présence, de préserver au mieux leur force obligatoire, fondement desdits mécanismes. N'y aurait-il pas dès lors quelque incohérence à affirmer d'une part que la force obligatoire constitue le fondement de ces actions, et d'autre part que ces mécanismes jouent aussi le rôle d'une sanction ? Nous entendons ici montrer en quoi le débiteur est sanctionné.

Prenons d'abord l'exemple de l'action oblique, qui est le plus simple : dans cette hypothèse, en autorisant au créancier de se substituer au débiteur dans le rapport débiteur / sous débiteur, la loi donne la possibilité au premier d'exercer le droit du second alors même que celui-ci n'entendait pas l'exercer à ce moment. En temps normal, libre au débiteur de choisir le moment auquel il demande à être rempli de ses droits – cette décision est un attribut de la liberté de gestion de son patrimoine. C'est donc la contrainte exercée sur la liberté de décision du débiteur qui sanctionne ce dernier.

En matière d'action paulienne, le montage est un peu plus subtil. A première vue, on croirait que c'est le tiers contractant, non le débiteur, qui est sanctionné en cas de mise en œuvre de l'action. Or ce n'est pas exact. Il est vrai que, dans un premier temps, le tiers contractant s'expose à être dépossédé par le créancier du bien qu'il a obtenu du débiteur. Mais il n'est pas sans secours,

puisque, par une certaine fiction, l'acte de disposition dudit bien reste valable entre le débiteur et le tiers contractant, ce qui pourra permettre au sous débiteur d'être satisfait, au moins par équivalent. C'est le débiteur qui sera véritablement sanctionné, car le résultat de l'opération pourra être ramené à un flux sans retour. Le débiteur se dépossède d'un bien au profit du tiers contractant ; ce bien va pouvoir être saisi par le créancier après s'être fait déclarer inopposable l'acte de disposition, et le débiteur qui ne reverra plus la couleur du bien litigieux devra en sus garantir le sous débiteur de l'éviction intervenue¹⁹⁸. On peut même imaginer si une telle garantie n'est pas due, que le tiers contractant, après que la jurisprudence a consacré par un arrêt du 6 octobre 2006 l'assimilation des fautes contractuelles et délictuelles¹⁹⁹, actionne son débiteur en responsabilité délictuelle. La faute invoquée serait la méconnaissance par le débiteur du contrat qui le liait au créancier. Cette méconnaissance du lien contractuel serait *ipso jure* une faute délictuelle à l'égard du tiers à ce rapport qu'est le sous débiteur. C'est cette faute qui permet au créancier d'exercer l'action paulienne et donc de déposséder le sous débiteur. Or cette dépossession constitue une sortie de valeur du patrimoine, et donc un dommage. Les conditions de la responsabilité sont alors remplies²⁰⁰. Ce mécanisme, s'il était admis par la jurisprudence, aurait l'avantage de neutraliser l'indemnité due par le débiteur au tiers contractant en cas de complicité de fraude de ce dernier, même pour les actes à titre gratuit pour lesquels la fraude n'est pas une condition de mise en œuvre de l'action et où il n'y a pas de garantie d'éviction, par application de l'effet au moins partiellement exonératoire traditionnellement reconnu à la faute de la victime : la sanction du débiteur serait dans ce cas limitée.

b. les actions oblique et paulienne : rapports avec la responsabilité

Dans leur traité, MM. Ghestin, Jamin et Billau ont évoqué la dimension indemnitaire de l'opposabilité. Mais d'autres auteurs l'avaient fait avant eux, comme J. Acher qui considérait déjà en 1906 que les caractères de l'action paulienne ne pouvaient s'expliquer que si l'on voyait en elle une « action en indemnité »²⁰¹. Cette fonction de l'opposabilité n'a toutefois été traitée que dans le cadre de l'action paulienne, non dans celui de l'action oblique.

Examinons la pertinence de cette thèse au regard des conditions traditionnelles de la responsabilité civile, qui sont les mêmes indépendamment du fondement délictuel ou contractuel que l'on entend assigner à cette éventuelle responsabilité.

¹⁹⁸ J. François, *Les Obligations – régime général* n°326.

¹⁹⁹ Cass. ass. plen. 6 octobre 2006, BICC 1^{er} déc. 2006 rapp. Assié et concl. Gariazzo, RDC 2007 p. 269 obs. D. Mazeaud et p. 279 obs. S. Carval.

²⁰⁰ Si l'on tenait à refuser une telle responsabilité, le seul moyen serait d'exiger une causalité qualifiée, à un degré supérieur à celui de la simple causalité adéquate, ce qui paraît difficile.

²⁰¹ J. Archer, *La nature juridique de l'action paulienne*, RTD civ 1906 p. 85 et spéc. p. 112.

L'existence d'un préjudice ne soulève pas de problème en matière de fraude paulienne. Le débiteur a par hypothèse, au jour de l'instance²⁰², par l'acte de disposition, amoindri la consistance de son patrimoine de telle sorte que le créancier ne peut plus espérer le recouvrement effectif de sa créance : le préjudice est donc certain et actuel, et présente ainsi les caractères requis pour une éventuelle action en responsabilité. En matière d'action oblique, il n'en va pas de même. Même si l'insolvabilité du débiteur correspond à l'hypothèse typique, une insolvabilité notoire n'est pas requise par le droit positif²⁰³ : bien plus, une menace d'insolvabilité, une mise en péril de la créance, suffit²⁰⁴. Dès lors on revoit pointer la logique d'« action conservatoire » de l'action oblique : même si on a vu qu'elle est plus que cela dans certaines hypothèses, la non exigence d'une insolvabilité, et, partant, le constat d'un préjudice qui n'est qu'éventuel dans certaines hypothèses (précisément celles où il n'y a pas insolvabilité notoire) s'accorde très mal avec une logique de responsabilité. L'action oblique est donc un mécanisme sanctionnateur, qui relève tantôt de l'exécution forcée, tantôt de l'acte conservatoire, mais non d'une logique de responsabilité.

Qu'en est-il des autres conditions de la responsabilité pour l'action paulienne ? Tout d'abord, il faut déterminer la faute. Mais la faute de qui ? Normalement, de celui que l'on met en cause, et duquel on entend obtenir réparation. Dans cette logique, on pourrait penser à rechercher une faute du tiers contractant dans la mesure où c'est entre les mains de celui-ci que le bien se trouve, et c'est celui-ci que l'on dépossèdera : une telle faute pourra être trouvée dans la complicité de fraude en matière d'acte de disposition à titre onéreux. Mais ce serait là un faux raisonnement que ce n'est pas contre lui que l'on agit – il n'est d'ailleurs pas forcément présent à l'instance²⁰⁵ –, c'est l'acte qui a été passé frauduleusement par le débiteur qu'on attaque. Ainsi le fait générateur doit-il être vu dans l'acte de disposition frauduleuse du bien, lequel tire son caractère illicite de la méconnaissance du devoir d'inviolabilité de l'engagement auquel le débiteur était assujéti envers le créancier²⁰⁶.

Il n'est en outre pas nécessaire de s'attarder sur la causalité évidente entre les deux éléments dont l'existence vient d'être vérifiée.

²⁰² Civ. 1^{ère} 31 mai 1978, Bull. n°209.

²⁰³ Civ. 1^{ère} 7 février 1966, Bull. n°88.

²⁰⁴ Même arrêt.

²⁰⁵ Com. 14 mai 1996 Bull. n° 134.

²⁰⁶ Peu importe donc que la fraude paulienne soit définie largement comme la connaissance du préjudice porté au créancier, et que l'intention de nuire ne soit pas exigée. D'ailleurs la notion de faute dans le droit de la responsabilité va elle aussi en s'assouplissant, puisque l'élément central en est le préjudice. Souvent c'est lui qui confère à un fait son caractère illicite quand bien même le fait pris en lui-même, hors de tout contexte, n'aurait rien eu de répréhensible : voy. sur ce point not. H. Sinay, *Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente*, RTD civ. 1948 p. 183 n° 8 et s.

Mais on nous objectera que la fonction normale de la responsabilité est de réparer un préjudice par l'octroi de dommages-intérêts. Ceci n'est pas exact, car il convient d'admettre que la réparation la plus parfaite est celle qui remettra les parties telles qu'elles auraient dû être avant l'évènement dommageable²⁰⁷ : c'est pourquoi, tout comme le juge peut condamner à une exécution (forcée) en nature, il peut aussi ordonner une réparation en nature²⁰⁸, par exemple en supprimant les conséquences d'un acte conclu au mépris des droits de la victime²⁰⁹. Dès lors, il semble que rien ne s'oppose à adhérer à une conception selon laquelle l'action paulienne serait une émanation particulière du mécanisme de la responsabilité civile, assurant par une réparation en nature obligatoire (le juge n'aura pas le choix d'ordonner autre chose) l'efficacité des droits du créancier, notamment en cas de « droit spécial » sur un bien déterminé. Sous cet aspect, la responsabilité apparaît comme un instrument de nature à restaurer l'intensité de la force obligatoire de la manière la plus conforme à l'engagement initial. Dans tous les cas, la fonction indemnitaire de l'opposabilité des droits du créancier est manifeste.

Nous sommes conscients que cette conception, qui a été défendue dans des temps qui peuvent paraître anciens, n'est plus unanimement partagée par la doctrine : on citera notamment la récente thèse de Mme Sautonie-Laguionie²¹⁰, qui, suite à d'autres auteurs²¹¹, critique vigoureusement cette conception en raison d'une prétendue différence de finalité des deux mécanismes. Nous pensons avoir montré qu'insister sur cette différence est exagéré en considération de l'évolution du droit de la responsabilité et de ses fonctions, et notamment de la constatation d'une fonction de rétablissement. Mais il ne faut pas non plus nier que cette conception de l'action paulienne révèle une faille au point de vue des concepts du droit en ce que la difficulté est manifeste de distinguer exécution et réparation en nature. Voilà un aspect de la question qui pourrait être (re)traité de façon plus approfondie, mais ce serait là dépasser de beaucoup le cadre de notre étude, que nous sommes ainsi amenés à clore. Il ne reste plus, en guise de conclusion, qu'à résumer les principales étapes de notre raisonnement.

²⁰⁷ C'est un des apports de la thèse fondatrice de M-E Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ 1974 que d'avoir insisté sur la fonction de rétablissement de la responsabilité civile. Cette fonction a depuis été admise par d'autres auteurs (G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité* n°14-1), mais certains y sont encore réticents (P. Grosser, *les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification*, th. Paris I 2000 n° 111 s.

²⁰⁸ G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, n° 14-1, 26 et s.

²⁰⁹ *Ibid.* n° 29.

²¹⁰ *Th. préc.* n° 622 et s.

²¹¹ J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, le principe « fraus omnia corrumpit »*, th. Toulouse Dalloz 1957 p. 370 et s. ; A. Grouber, *De l'action paulienne en droit civil contemporain*, th. Paris 1913 n° 252 : « l'action paulienne ne peut être considérée comme une action en indemnité. Elle aboutit en effet à l'annulation [*sic*] de l'acte frauduleux à l'égard de l'acquéreur. Or, malgré toutes les subtilités imaginables, ce fait brutal suffit à rendre la conception de l'action paulienne, action en indemnité, inacceptable ».

Conclusion :

Bien que souvent dénoncée, la présence de l'adverbe « néanmoins » à l'article 1166 et de son relais « aussi » à l'article 1167 - lequel témoigne de ce que l'article 1167 entretient les mêmes rapports avec l'article 1165 que l'article 1166 -, se trouve pleinement justifiée dans la mesure où ces mécanismes sont de véritables exceptions au principe de l'effet relatif de la force obligatoire énoncé à l'article 1165 : les créanciers sont des tiers, mais des tiers particulièrement intéressés auxquels les conventions passées par leur débiteur sont toujours susceptibles de nuire. Les mécanismes de l'action oblique et paulienne vont corriger cette situation anormale au regard des principes de l'article 1165 en autorisant, par dérogation au principe de l'effet relatif, l'immixtion du créancier dans un rapport auquel il est étranger. Comme en mathématique lorsqu'on additionne deux nombres opposés, l'opération se révèle neutre pour les protagonistes (à l'exception du débiteur lorsqu'il agit frauduleusement, auquel cas il sera sanctionné) dans la mesure où elle a pour but de rétablir la situation comme elle aurait dû être si chacun s'était comporté loyalement. Ainsi ces mécanismes ont pour finalité de préserver au mieux la force obligatoire des différents engagements. Si le débiteur cherche à se soustraire de la force obligatoire de l'engagement qui le lie au créancier, le droit objectif met à la disposition de ce dernier des actions qui, par la technique de l'opposabilité des conventions, organiseront les différents engagements, soit en les conciliant, soit en les hiérarchisant (sans pour autant qu'il y en ait un de totalement sacrifié). La mise en œuvre de ces actions supposant un manquement du débiteur à son assujettissement, on peut voir dans ces mécanismes une logique de sanction. En particulier l'action paulienne peut être analysée comme une forme originale de responsabilité, dont le fondement délictuel ou contractuel resterait toutefois à identifier. S'il n'y a pas de contrat entre le créancier et le débiteur (créance d'origine légale, alimentaire par exemple), elle serait une forme de responsabilité délictuelle. Mais quelle position adopter en présence d'un contrat ? Tout dépend si l'on admet que l'assujettissement procède directement du contrat et de sa force obligatoire, ou si l'on estime qu'il s'agit d'un principe bien plus général puisant sa source dans l'équité dont la violation ne pourrait engendrer qu'une responsabilité délictuelle. Cette seconde hypothèse nous paraît plus exacte conceptuellement, mais n'est pas forcément en accord avec le droit positif qui pour se prononcer en faveur de la responsabilité contractuelle, se borne à constater l'inexécution préjudiciable d'une obligation contractuelle sans en rechercher vraiment la cause. Dans notre cas, il y aura bien sûr inexécution contractuelle, mais elle sera due à un manquement au devoir général d'assujettissement, lequel n'a pas forcément une nature contractuelle car résultant de l'équité. Si l'on admettait avec nous que ce devoir d'assujettissement a une source extracontractuelle, on ne manquerait pas d'observer que le domaine de la responsabilité contractuelle se trouverait

considérablement réduit, au point même que l'on pourrait se poser la question si le concept de responsabilité contractuelle a un sens. C'est là un vaste débat... Mais l'origine de l'assujettissement pourrait être un élément permettant de le renouveler²¹².

Dans sa *Lettre à un otage*, Saint-Exupéry affirmait justement que « la vérité de demain se nourrit de l'erreur d'hier ». Nous avons tenté, par un étude historique combinée à un rapprochement du droit positif (sans céder toutefois à la mode du positivisme effréné) et le tout dans le respect des textes tels qu'ils ont été rédigés en 1804 (en prenant soin d'éviter de les affubler sans plus de précautions de tous les défauts du monde), d'en découvrir une cohérence possible. Avons-nous découvert là la « vraie » cohérence ? Il serait présomptueux de l'affirmer, d'autant que, comme on l'a montré, les travaux préparatoires sont muets – mutisme qui ne peut être critiqué dans la mesure où ces mécanismes autant que le principe de la force obligatoire reposent, comme il a été montré, sur l'équité. Ainsi l'ambition même de découvrir « la » cohérence d'ensemble des articles 1165 à 1167 est elle vouée au néant. Est-ce d'ailleurs si important ? Certes, on peut nous reprocher de se dérober *in fine* au sujet qui nous était proposé, à savoir découvrir « la cohérence d'ensemble des articles 1165, 1166 et 1167 du Code civil ». Mais si le silence des textes et des travaux préparatoires interdit à notre avis de vouloir imposer une cohérence comme étant la véritable, il autorise à proposer des mises en cohérence possibles. Si cette étude peut constituer ne serait-ce que le début d'une telle réflexion et que des éléments de ce mémoire peuvent amener quelque successeur à réfléchir sur la question et à renouveler l'approche, même s'il faut pour cela réfuter celle présentement exposée (*errare humanum est, perseverare diabolicum !* quoique l'erreur suppose l'existence d'une vérité...), notre but sera atteint.

Paris, le 13 juin 2008

²¹² Pour l'instant, la question autour de laquelle il tourne est de savoir si les dommages intérêts contractuels sont une forme d'exécution par équivalent ou ont davantage une nature indemnitaire : voy. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, n°165 et s. avec les références citées.

APPENDICE

TEXTES DE REFERENCE ET BIBLIOGRAPHIE

CODE CIVIL

Article 779 :

Les créanciers personnels de celui qui s'abstient d'accepter une succession ou qui renonce à une succession au préjudice de leurs droits peuvent être autorisés en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place.

L'acceptation n'a lieu qu'en faveur de ces créanciers et jusqu'à concurrence de leurs créances. Elle ne produit pas d'autre effet à l'égard de l'héritier.

(...)

Article 1119 :

On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi même.

Article 1120 :

Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse l'engagement.

Article 1121 :

On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter.

(...)

Article 1134 :

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

(...)

Article 1165 :

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.

Article 1166 :

Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à leur personne.

Article 1167 :

Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre « Des successions » et au titre « Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux », se conformer aux règles qui y sont prescrites.

AVANT PROJET DE REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS ET DE LA PRESCRIPTION

TITRE III : DES OBLIGATIONS (...)

Chapitre III : DE L'EFFET DES CONVENTIONS (...)

SECTION 7. DE L'EFFET DES CONVENTIONS A L'EGARD DES TIERS (ARTICLES 1165 A 1172-3)

§ 1 – Dispositions générales

Art. 1165

Les conventions ne lient que les parties contractantes ; elles n'ont d'effet à l'égard des tiers que dans les cas et limites ci-après expliquées.

(Note : Cette annonce globale paraît préférable à l'opposition réductrice de « prodesse » et « nocere »).

Art. 1165-1

Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont pas d'effet contre les tiers.

Art. 1165-2

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.

§ 2 – De la substitution de contractant et du transfert du contrat

(...)

§ 3 – Des actions ouvertes aux créanciers

(Note : Les créanciers sont, bien sûr, des tiers mais il y a plus qu'une nuance entre les « tiers créanciers » et les « tiers étrangers ».)

Art. 1166

Les créanciers peuvent, au nom de leur débiteur, exercer tous les droits et actions de celui-ci, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

(Note : Cette formulation fait mieux valoir la différence entre l'action oblique et l'action paulienne.)

Ils ne justifient de leur intérêt à agir qu'à charge de prouver que la carence de leur débiteur leur cause préjudice.

Art. 1167

Les créanciers peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant a eu connaissance de la fraude.

L'acte déclaré frauduleux est inopposable aux créanciers, de telle sorte que ceux-ci ne doivent souffrir d'aucun de ses effets. Le cas échéant, le tiers acquéreur est tenu de restituer ce qu'il avait reçu en fraude.

L'action ne peut être exercée que dans les trois ans qui suivent la connaissance que les créanciers ont de la fraude.

Art. 1167-1

Les créanciers qui exercent l'action ouverte à l'article 1166 sont payés par prélèvement sur les sommes qui, par l'effet de leur recours, rentrent dans le patrimoine du débiteur négligeant.

L'action ouverte à l'article 1167 profite en priorité aux créanciers qui l'ont intentée et à ceux qui se sont joints à l'instance.

Art. 1167-2

Quant à leurs droits énoncés au titre "Des successions" et au titre "Du contrat de mariage" et "des régimes matrimoniaux", les créanciers doivent se conformer aux règles qui y sont prescrites.

Art. 1168

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.

§ 4 – Du porte-fort et de la stipulation pour autrui

Art. 1169

On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même.

(Note : L'avantage de conserver cet article de tête, en rappel, est, d'une part, de conserver ici le terme « stipuler » dans son sens spécifique (faire promettre) qui a, ici, toute sa valeur, même s'il est aujourd'hui minoritaire relativement au sens générique dans lequel il est synonyme de conclure, (convenir).)

Art. 1170

Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort si le tiers refuse d'accomplir le fait promis ou de ratifier l'engagement.

Si le tiers accomplit le fait promis ou ratifie l'engagement, le porte-fort est libéré de toute obligation, et l'engagement est rétroactivement validé à la date à laquelle il a été souscrit.

(Note : Il est préférable de maintenir dans le premier alinéa la teneur actuelle de l'art. 1120 parce qu'il met en premier, et en vedette, le risque de l'opération de porte-fort et son effet propre (celui qu'il produit en lui-même et à lui seul) : la charge de l'indemnité. C'est une annonce comminatoire. La ratification est un autre acte juridique qui vient ensuite (quand il vient) et sort alors son effet propre.)

Le tiers qui hérite du porte-fort doit remplir l'engagement de son auteur.

§ 5 – De l'effet des contrats interdépendants

(...)

*Exposé des motifs, par
Jean-Luc Aubert et Pierre Leclercq*

Dans un esprit de clarification et de modernisation, cette section rassemble en cinq paragraphes les différents éléments qui constituent la substance traditionnelle de la question de l'effet obligatoire du contrat, traditionnellement gouvernée par le principe dit de l'effet relatif.

Leur objet est donc de mieux définir la situation des tiers par rapport à la convention conclue par deux ou plusieurs personnes et de tenir compte des besoins révélés par la pratique contractuelle moderne. A cette fin, il est d'abord proposé de regrouper les différents aspects de la question, que le Code civil abordait de façon quelque peu dispersée.

Ensuite, sur le fondement du travail réalisé par la jurisprudence et la doctrine, le projet invite à des dispositions plus nombreuses et plus explicites sur cette matière qui se trouve au coeur de la vie du contrat. Enfin, diverses innovations sont proposées pour combler diverses lacunes ou insuffisances du Code.

Le premier paragraphe énonce, sous l'intitulé « Dispositions générales » les deux principes qui commandent la matière, mettant en lumière la différence de portée de la convention au regard des parties contractantes, d'une part, et des tiers, d'autre part.

L'article 1165 affirme que « les convention ne lient que les parties contractantes ... » ce qui cantonne, sous réserve d'exceptions et de nuances qui seront précisées dans la suite des dispositions, l'effet obligatoire du contrat à ceux-là seuls qui le concluent.

L'article 1165-1 ajoute que « les conventions sont opposables aux tiers ... », consacrant le principe d'opposabilité des contrats erga omnes qu'avaient dégagé peu à peu doctrine et jurisprudence. Le texte souligne le double sens de cette opposabilité qui joue tant à l'encontre des tiers qu'à leur profit, sous la réserve essentielle, à ce dernier égard, qu'ils ne peuvent exiger l'exécution du contrat, ce qui permet de distinguer de façon radicale l'effet obligatoire de l'opposabilité.

Le deuxième paragraphe précise, de façon innovante, les déplacements possibles de l'effet obligatoire du contrat de l'une des parties contractantes à un tiers, consacrant ainsi l'éventualité d'une substitution de parties au contrat.

C'est l'effet, classique, des transmissions à cause de mort (art 1165-2).

C'est aussi la conséquence, entre vifs, d'une cession de la qualité de partie au contrat dont il est proposé de consacrer expressément la possibilité, tout en la subordonnant à l'accord du cocontractant (art. 1165-3).

Cette exigence comporte cependant des exceptions : d'une part, elle n'a lieu de s'appliquer qu'autant que la loi ne dispose pas autrement ; d'autre part, elle est écartée dans le cas des contrats faisant partie d'une opération constitutive d'un ensemble indivisible (fusions de sociétés, apports partiels d'actifs ...). Du moins le cocontractant qui n'a pas donné son accord au transfert du contrat reste-t-il alors en droit, sauf convention contraire, de se retirer du contrat transmis.

Le troisième paragraphe règle les différentes actions dont la loi ouvre le bénéfice aux tiers-créanciers d'un contractant. On y retrouve l'action oblique et l'action paulienne, mais aussi l'action directe dont il est ainsi proposé de consacrer expressément la notion et d'en marquer, du même coup, les limites.

Pour ce qui a trait aux deux premières, les textes proposés reprennent les différentes solutions élaborées par la jurisprudence sous deux importantes réserves. D'une part, dans le but de porter remède à la relative inefficacité de l'action oblique, l'article 1167-1, al. 1er permet aux créanciers qui ont agi de se faire payer par prélèvement sur les sommes qui, au résultat de leur recours, entrent dans le patrimoine du débiteur négligent. D'autre part, pour limiter la perturbation de la stabilité du contrat qu'elle engendre, l'action paulienne est enfermée dans un délai de deux ans à compter de la connaissance que les créanciers ont eu de la fraude commise par le débiteur.

Quant à l'action directe, la notion en est formellement affirmée en même temps que le principe de son assise purement légale (art. 1168, al. 1er). Toutefois, il est proposé d'admettre une telle action, en dehors des prévisions expresses de la loi et en considération du lien qui unit les contrats, « lorsqu'elle permet seule d'éviter l'appauvrissement injuste du créancier » (art. 1168, al. 2).

Le quatrième paragraphe traite du porte-fort et de la stipulation pour autrui.

Il s'agit ici, pour l'essentiel, de mettre en forme et en ordre les acquis de la jurisprudence qui, sur la base des articles 1120 et 1121, a fixé le régime de ces deux mécanismes.

Pour la promesse de porte-fort (art. 1170), c'est l'ensemble des effets de ce mécanisme qui est mis en lumière, avec les risques que court le porte-fort (al. 1er, qui reprend, en la précisant, la disposition de l'article 1120 du Code civil), et la perspective de sa libération totale s'il obtient ce qu'il a promis (al. 2). Le texte invite à consacrer l'obligation pour le tiers qui hérite du porte-fort d'exécuter l'engagement souscrit par son auteur (al. 3).

Quant à la stipulation pour autrui, c'est l'ensemble de la construction élaborée par la jurisprudence qui se trouve consacré. En particulier, l'article 1171-1 met en lumière le coeur de ce mécanisme : libre révocabilité de la stipulation tant qu'elle n'a pas été acceptée par le tiers (al. 1er) ; irrévocabilité de la stipulation dès que l'acceptation du tiers intervient avant la révocation (al. 2) ; droit direct du tiers contre le promettant pour l'exécution de l'engagement souscrit par celui-ci (al. 3). Parti a été pris, aussi, de mieux organiser certaines situations dont le règlement demeurait insatisfaisant. Ainsi l'article 1171-2 énonce-t-il, après avoir posé que la révocation peut émaner des héritiers du stipulant après son décès, que ceux-ci ne peuvent exercer ce droit de révocation que trois mois après avoir vainement mis en demeure le bénéficiaire d'accepter. Ainsi encore, l'article 1171-3 précise-t-il in fine, que l'acceptation peut émaner des héritiers du bénéficiaire après le décès de celui-ci (sauf stipulation contraire) et qu'elle « peut intervenir même après le décès du stipulant ou du promettant ».

Enfin, le cinquième paragraphe innove en consacrant la prise en compte de l'éventuelle interdépendance de plusieurs contrats réalisant un ensemble (art. 1172 à 1172- 3).

Cette interdépendance est caractérisée par l'appartenance des contrats considérés à une même opération d'ensemble et par la nécessité de leur exécution pour la réalisation de celle-ci (art. 1172).

Il est proposé d'attacher à cette interdépendance un effet élargi de certaines des clauses figurant dans l'un ou l'autre des contrats interdépendants, en dépit de l'absence d'acceptation expresse de celles-ci par les autres contractants. Du moins faut-il que ces derniers en aient eu connaissance lors de leur engagement et qu'ils n'aient pas formulé de réserves. La présomption d'acceptation ainsi posée ne peut cependant s'appliquer qu'à certaines clauses limitativement énumérées: clauses relatives à la responsabilité, clauses compromissoires et clauses d'attribution de compétence (art. 1172-1).

Le projet ajoute deux précisions importantes :

D'abord, qu'en dehors des cas ainsi prévus l'extension de l'effet d'une clause stipulée dans l'un des contrats aux autres contrats de l'ensemble suppose que ladite clause ait été reproduite dans ceux-ci et acceptée (art. 1172-2).

Ensuite, que la nullité de l'un des contrats interdépendants autorise les parties aux autres contrats de l'ensemble à se prévaloir de la caducité de ceux-ci (art. 1172-3).

BIBLIOGRAPHIE

MANUELS ET TRAITES

- Aubry, Charles ; Rau, Charles** Droit civil français, tome IV, 6^{ème} édition, par E. Bartin, Paris 1983.
- Bénabent, Alain** *Droit civil : les obligations*, 11^{ème} édition Montchrestien 2006 coll. Domat droit privé.
- Cornu, Gérard** *Droit civil – Les biens*, Montchrestien 2007 coll. Domat Droit privé.
- Demogue, René** *Traité des obligations en général*, tome VII, Rousseau, Paris 1933.
- Domat, Jean** *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, éd. 1777.
- Domat, Jean** *Traité des loix*, éd. du Centre de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen, 1989.
- Flour, Jacques ; Aubert, Jean-Luc ; Savaux, Eric** Droit civil les obligations, tome 1 L'acte juridique, 6^{ème} édition, Armand Colin 2006.
- François, Jérôme** *Droit civil t. IV : les obligations- régime général*, Economica 2000.
- Ghestin, Jacques ; Billau, Marc ; Loiseau, Grégoire** *Traité de droit civil : Le régime des créances et des dettes* (dir. J. Ghestin), LGDJ 2005.
- Ghestin, Jacques ; Jamin, Christophe ; Billau, Marc** *Traité de droit civil : Les effets du contrat* (dir. J. Ghestin), 3^{ème} édition LGDJ 2001.
- Larroumet, Christian** Droit civil, tome 3/1 Le Contrat – formation, 6^{ème} édition, LGDJ 2007.
- Larroumet, Christian** Droit civil, tome 3/2 Le Contrat – effets, 6^{ème} édition, LGDJ 2008.
- Malaurie, Philippe ; Aynès, Laurent ; Stoffel-Munck, Philippe** Cours de droit civil, t. VI : *Les obligations*, 3^{ème} édition Defrénois 2007.
- Mathieu, Bertrand ; Verpeaux, Michel** Droit constitutionnel, PUF 2004.
- Mathieu-Izorche, Marie-Laure** *Droit civil – les biens*, Sirey 2006.

Planiol, Marcel	Traité élémentaire de droit civil, 5 ^{ème} édition 1908.
Pothier, Robert-Joseph	Traité des obligations, Siffrein 1821.
Ripert, Georges ; Boulanger, Jean	<i>Traité de droit civil</i> , tome II, LGDJ 1957.
Sériaux, Alain	Droit des obligations, 2 ^{ème} édition, PUF 1998.
Terré, François ; Simler, Philippe ; Lequette, Yves	<i>Les Obligations</i> , 9 ^{ème} édition, Dalloz 2005 coll. Précis.
Viney, Geneviève	Introduction à la responsabilité, 3 ^{ème} édition LGDJ 2008.
Viney, Geneviève ; Jourdain, Patrice	Traité de droit civil – les effets de la responsabilité, 2 ^{ème} édition LGDJ 2001.
Voirin, Pierre ; Goubeaux, Gilles	Droit civil t.I Les personnes, les obligations, 31 ^{ème} édition, LGDJ 2007.

THESES

Aynès, Laurent	<i>La cession de contrat</i> , Economica 1983.
Bacache-Gibeili, Mireille	<i>La relativité des conventions et les groupes de contrats</i> , LGDJ 1996.
Bertrand, Florence	<i>L'opposabilité du contrat aux tiers</i> , thèse dactyl. Paris II 1979.
Bosc, Louis	<i>Etude sur le droit des créanciers d'exercer les actions de leur débiteur</i> , Rousseau 1902.
Calastreng, Simone	<i>La relativité des conventions : étude de l'article 1165 du Code civil</i> , thèse Toulouse 1939 dir. G. Marty.
Delmas Saint-Hilaire, Philippe	<i>Le tiers à l'acte juridique</i> , LGDJ 2000.
Duclos, José	<i>L'opposabilité (essai d'une théorie générale)</i> , thèse Rennes, LGDJ 1984.
Goutal, Jean-Louis	<i>Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat</i> , LGDJ 1981.

- Grosser, Paul** *Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification.* Thèse dactyl. Paris I 2000.
- Grouber, Alexandre** *De l'action paulienne en droit civil contemporain,* th. Paris 1913.
- Laborde-Lacoste, Marcel** *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français,* Thèse Bordeaux 1916,
- Popesco, Mircea** *La règle « res inter alios acta » et ses limites en droit moderne,* thèse Paris 1934.
- Roujou de Boubée, Marie-Eve** *Essai sur la notion de réparation,* LGDJ 1974.
- Sautonie-Laguionie, Laura** *La fraude paulienne,* thèse dactyl. Bordeaux 2006 (à paraître LGDJ).
- Stoffel-Munck, Philippe** *L'abus dans le contrat,* LGDJ 2000.
- Vidal, José** *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, le principe « fraus omnia corrumpit »,* thèse Toulouse Dalloz 1957.
- Weill, Alex** *La relativité des conventions en droit privé français,* Dalloz 1938.
- Wicker, Guillaume** *Les fictions juridiques – contribution à l'analyse de l'acte juridique,* LGDJ 1997.
- Wintgen, Robert** *Etude critique de la notion d'opposabilité – les effets du contrat à l'égard des tiers en droits français et allemand,* LGDJ 2004.

ARTICLES

- Ancel, Pascal** *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat,* RTD civ 1999 p. 771 et s.
- Archer, Jean** *La nature juridique de l'action paulienne,* RTD civ 1906 p. 85.
- Aubert, Jean-Luc** *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers,* RTD civ 1993 p. 263.

- Aubert, Jean-Luc** *Le droit pour un créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur*, RTD civ 1969 p. 692.
- Beyneix, Isabelle** *Action paulienne et exécution forcée des avant contrats non respectés par les promettants : une esquisse de solution ?*, Gaz. Pal. 2006 p. 2318.
- Bonnecase, Julien** *La condition juridique du créancier chirographaire. Sa condition d'ayant cause à titre particulier*, RTD civ 1920 p. 103.
- Bürge, Alfons** *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTD civ. 2000 p. 1.
- Cermolacce, Arnaud** *Etat des lieux des actions oblique et paulienne*, Petites affiches 2008 n°19 (25 janvier) p. 5 et s.
- Chazal, Jean-Pascal** *De la signification du mot loi dans l'article 1134 du Code civil*, RTD civ 2001 p. 265.
- Ghestin, Jacques** *Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction entre les parties et les tiers*, RTD civ 1994 p. 777 et s.
- Ghestin, Jacques** *La distinction entre les parties et les tiers au contrat*, JCP G 1992 I 3628.
- Ghestin, Jacques** *Introduction au rapport français*, in : *Les effets du contrat à l'égard des tiers – comparaisons franco-belges* (dir. M. Fontaine et J. Ghestin), LGDJ 1992 p.
- Guelfucci-Thibierge, Catherine** *De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*, RTD civ 1994 p. 275 et s.
- Robert, Anne-Gaëlle** *Action paulienne et conflits de propriété*, JCP 2005 I 191.
- Savatier, René** *Le prétendu principe de l'effet relatif des conventions*, RTD civ 1934 p. 525 et s.
- Sinay, Hélène** *Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente*, RTDciv 1948 p. 183 et s.

Tellier, Véronique

La nature juridique de l'action oblique, RRJ 2002/4 p. 1835.

Terré-Fornacciari, Dominique

L'autonomie de la volonté, Revue des sciences morales et politiques 1995 p. 255.

Wicker, Guillaume

Force obligatoire et contenu du contrat, in : *les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* (Dir P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet), Dalloz 2003 p. 151.

Tous mes remerciements vont au personnel de la bibliothèque Cujas pour m'avoir facilité l'accès aux documents anciens, dont l'état interdisait parfois leur libre mise à disposition.

PLAN D'ETUDE

Propos liminaires	1
I. Les articles 1166 et 1167 comme exceptions formelles à l'art. 1165	10
A. Les créanciers comme tiers au sens de l'article 1165 du Code civil	10
1. La conception classique de la catégorie des « tiers »	11
a. exposé de la doctrine de l'autonomie de la volonté	11
b. conséquences de la doctrine de l'autonomie de la volonté	12
2. La conception moderne de la catégorie des « tiers »	14
a. l'autorité de la volonté en déclin	15
b. l'identification des parties	16
B. La redécouverte du sens des termes « nuire » et « profiter »	19
1. Les conceptions classiques des termes « nuire » et « profiter »	19
a. une lecture superficielle et généralisée de l'article 1165	19
b. une lecture originale mais isolée de l'article 1165	21
2. Les conceptions modernes des termes « nuire » et « profiter »	22
a. la présentation de la doctrine contemporaine	22
b. une conception doctrinale renouvelée	24
α. point de départ de la reconstruction	24
β. portée respective des articles 1119 et 1165	24
II. Les articles 1166 et 1167 comme confirmations substantielles de l'art. 1165	29
A. La force obligatoire comme fondement des actions oblique et paulienne	29
1. La source de la force obligatoire	30
a. la force obligatoire d'un engagement résultant de la loi	30
α. la force obligatoire résulterait de la contrainte	31
β. la force obligatoire résulte de l'équité	32
b. la force obligatoire d'un engagement conventionnel	33
α. les fondements développés de la force obligatoire	33
β. le fondement proposé de la force obligatoire	35
2. La réalisation de la force obligatoire	37
a. force obligatoire et action oblique	38

α. les hypothèses traditionnelles d'action oblique	38
β. le renouveau de l'action oblique	40
b. force obligatoire et action paulienne	41
α. force obligatoire et rapport créancier – débiteur	41
β. force obligatoire et rapport débiteur – tiers contractant	43
B. L'opposabilité comme technique des actions oblique et paulienne	44
1. L'opposabilité, technique d'organisation de situations juridiques.....	44
a. l'opposabilité naturelle	44
α. exposé de la doctrine classique	44
β. conséquences quant aux actions du créancier	46
b. l'opposabilité fonctionnelle	47
α. les carences de la conception traditionnelle	48
β. la défense d'une proposition nouvelle	50
2. L'opposabilité, moyen de sanction du débiteur insoumis	51
a. les actions oblique et paulienne, formes de sanctions	51
b. les actions oblique et paulienne : rapports avec la responsabilité	52
Conclusion	55
Appendice : textes de référence et bibliographie.....	57