

« Tiers et contrat »

Rapport suisse aux journées panaméennes de l'Association Henri Capitant
des amis de la culture juridique française (18-22 mai 2015)
(Version provisoire)

Par Nicolas Rouiller¹

Le rapport suit scrupuleusement le questionnaire du rapporteur général, le professeur Rodolfo Sacco. Ce questionnaire indique qu'il n'entend pas traiter certaines hypothèses de contrats, ou d'actes, qui produisent un effet sur la sphère du tiers, notamment :

- le contrat conclu par le représentant sans pouvoir, ou par le représentant apparent ;
- la prise en charge de la dette par un tiers ;
- le dépôt, l'assurance, le transport, conclus au profit d'un tiers ;
- le garant, le porte-fort, les contrats qui les concernent ;
- le prioritaire, qui exerce son pouvoir contre le contractant.

Le questionnaire, qui indique ne pas entendre s'écarter des notions reçues, considère qu'est partie au contrat celui qui a donné son consentement, et qu'est tiers celui qui n'est pas partie.

Par ailleurs, il ne s'intéresse pas au partenaire d'un premier contrat, pour établir s'il est partie ou tiers à un deuxième contrat appartenant au même groupe de contrats.

1. Le tiers et la conclusion du contrat

Le comportement du tiers peut-il influencer sur la validité du contrat, si le tiers porte atteinte à la liberté, aux informations, ou à la réflexion du contractant, par exemple

- si le tiers, par des tromperies, provoque une erreur du contractant (1.1) ; ou
- si le tiers exerce une violence ou use une menace à l'égard du contractant (1.2) ; ou
- par d'autres procédés ? (1.3)

1.1 Il résulte d'une disposition expresse du Code suisse des obligations (CO), l'article 28 al. 2, que la tromperie (dol) d'un tiers autorise la victime à invalider le contrat à la condition qu'au moment de conclure, le cocontractant ait eu connaissance de cette tromperie, ou ait dû en avoir connaissance² selon les règles de la bonne foi (c'est-à-dire : s'il avait fait preuve de l'attention que l'on peut exiger de lui selon le critère de l'art. 3 al. 2 CC³).

¹ Docteur en droit et avocat (associé en l'étude MCE Avocats, à Lausanne, Fribourg, Locarno et Zurich). Professeur invité à l'Académie d'économie politique près le gouvernement de la Fédération de Russie, il enseigne également à Business School Lausanne ; il est par ailleurs membre du Conseil scientifique consultatif du Tribunal de la propriété intellectuelle de Russie. Il remercie vivement Me Olivier FRANCIOLI, avocat, et Me Colette LASSERRE ROUILLER, Docteur en droit et avocate, pour leur relecture.

² « La partie qui est victime du dol d'un tiers demeure obligée, à moins que l'autre partie n'ait connu ou dû connaître le dol lors de la conclusion du contrat ».

³ « Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui ».

Pour invalider le contrat, il n'est pas nécessaire que la tromperie porte sur un fait ou élément objectivement essentiel⁴ (contrairement à ce qui prévaut en matière d'erreur qui ne résulte pas d'une tromperie intentionnelle). Il est cependant requis que la tromperie soit causale, à deux égards : elle doit avoir provoqué une erreur et cette erreur doit avoir été elle-même causale quant à la conclusion du contrat : sans elle, le contrat n'aurait pas été conclu⁵.

Si ces conditions sont remplies, la victime peut invalider le contrat par déclaration de volonté adressée au cocontractant avant l'échéance d'un délai d'un an à compter de la découverte de l'erreur (art. 31 al. 1 et 2 CO). La déclaration d'invalidation, acte formateur, anéantit les effets contractuels⁶ ; un jugement formateur n'est pas requis (un jugement sera cependant nécessaire pour trancher, le cas échéant, la contestation portant sur le point de savoir si les conditions de l'invalidation étaient réunies). Le contrat invalidé étant en principe dépourvu d'effets, chaque partie peut réclamer la restitution des prestations fournies selon les règles de l'enrichissement illégitime (art. 62-67 CO ; dans les contrats de durée ou lorsque les prestations sont irréversibles, la jurisprudence et la doctrine limitent ou excluent la restitution – ou « rétro-exécution » des prestations).

Des dommages-intérêts sont en principe exigibles, aussi bien si le contrat est invalidé que si la victime préfère le maintenir (le « ratifier », ou bien par déclaration de volonté, ou bien par opération de la loi, en laissant s'écouler le délai d'un an). Dans les cas de dol d'un tiers, c'est en première ligne envers le tiers que l'on peut envisager la réclamation de dommages-intérêts : en effet, tromper intentionnellement est un acte illicite, qui oblige son auteur à réparation. Cela étant, des dommages-intérêts pourront aussi être exigés du cocontractant ; comme on l'a vu, l'annulabilité suppose que le cocontractant ait connu ou dû connaître la tromperie du tiers ; or, dans la première hypothèse, il exploite intentionnellement la tromperie qui aboutit à l'erreur de la victime, et cela est reconnu comme constituant en principe une violation des devoirs de la bonne foi entre partenaires de négociation (*culpa in contrahendo*) ; dans la seconde hypothèse, c'est par manque d'attention qu'il ne remarque pas cette tromperie, et ce manque d'attention revient en principe à violer, de façon négligente, un devoir qui vise tant à se protéger soi-même qu'à ménager le partenaire de négociations (une *culpa in contrahendo* est donc également présente dans cette seconde hypothèse).

A toutes fins utiles, on notera qu'un organe ou un représentant du cocontractant n'est pas un tiers : c'est la partie elle-même⁷ ; en vertu du principe de l'imputation de la connaissance, la connaissance de la tromperie de l'organe ou du représentant est censée être celle de la partie pour laquelle

⁴ Art. 28 al. 1 CO : « La partie induite à contracter par le dol de l'autre n'est pas obligée, même si son erreur n'est pas essentielle » (c'est l'auteur qui souligne).

⁵ C'est à la victime de prouver cette causalité (cf. ATF 129 III 320, trad. SJ 2004 I 33).

⁶ Il existe une controverse doctrinale quant à savoir si le contrat conclu sous l'emprise d'un vice du consentement (comme le dol) est nul (l'invalidation ne faisant que déclarer cette nullité, de sorte que c'est l'éventuelle ratification qui sera un acte formateur) ou s'il est annulable (l'invalidation étant un acte formateur). Cette controverse n'a pas véritablement de conséquences pratiques, mais plutôt de vocabulaire : la restitution relèvera dans la première construction de l'enrichissement *sine causa* et dans la seconde de l'enrichissement *ob causam finitam*. En matière de délai de restitution, le délai de l'enrichissement illégitime ne commence de toute façon à courir que depuis l'invalidation (pour le délai d'un an) et depuis la prestation (pour le délai « absolu » de dix ans ; cf. ATF 114 [1988] II 131, consid. 2b et 3 [140-144]).

⁷ Pour les organes de personnes morales en général, cf. art. 55 al. 2 CC (« [Les organes] obligent la personne morale par leurs actes juridiques et par tous autres faits ») ; pour la société anonyme en particulier, cf. également art. 722 CO.

l'organe ou représentant agit⁸. La jurisprudence a également déterminé que les employés ou autres auxiliaires sans pouvoir de représentation (p.ex. courtiers choisis par le cocontractant de la victime) ne sont pas des tiers du cocontractant au sens de l'art. 28 al. 2 CO⁹. Concrètement, la victime pourra donc se libérer du contrat sans avoir à prouver que le cocontractant connaissait ou aurait dû connaître le dol commis par cet auxiliaire.

1.2 Les cas de violences ou de menaces commises par un tiers sont appréhendés sous l'angle de la « crainte fondée », à l'art. 29 CO. La crainte fondée se définit comme celle qui résulte de menaces proférées sans droit par le cocontractant « ou un tiers » (art. 29 al. 1 CO) conduisant la partie menacée à « croire, d'après les circonstances, qu'un danger grave et imminent la menaçait elle-même, ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens » (art. 30 al. 1 CO ; si la menace consiste dans l'invocation d'un droit, la loi précise que « *[I]a crainte de voir invoquer un droit ne peut être prise en considération que si la gêne de la partie menacée a été exploitée pour extorquer à celle-ci des avantages excessifs* »).

Le traitement de la crainte fondée inspirée par un tiers est identique à l'erreur résultant du dol d'un tiers si le cocontractant de la victime a connu les menaces du tiers, ou qu'il aurait dû les connaître (art. 29 al. 2 CO) : dans ce cas, la victime peut invalider le contrat dans le délai d'un an. Comme on l'a vu pour le dol, elle peut réclamer des dommages-intérêts au tiers (proférer des menaces sans droit est un acte illicite obligeant à réparation) et, en principe, au cocontractant qui, connaissant les menaces, les a intentionnellement exploitées ou, ne les ayant pas remarquées par manque d'attention, a agi par négligence d'une façon qui engage sa responsabilité envers son cocontractant (ce sont deux cas de *culpa in contrahendo*). Ces dommages-intérêts peuvent être réclamés aussi bien si le contrat est invalidé que s'il est finalement ratifié.

Par contraste avec la situation juridique prévalant en cas de dol d'un tiers, la loi offre encore à la victime une possibilité d'invalidation même si le cocontractant n'a ni connu, ni dû connaître les menaces proférées par le tiers : il a le droit d'invalider, mais s'expose à devoir indemniser son cocontractant « si l'équité l'exige » (art. 29 al. 2 *in fine* CO).

1.3 S'il n'y a ni tromperie intentionnelle d'un tiers, ni menaces de sa part, il reste concevable que « d'autres procédés » d'un tiers puissent affecter (pour reprendre les termes du questionnaire) « la liberté, les informations, ou la réflexion » d'une partie et l'autoriser à invalider le contrat.

En effet, si des informations inexactes ont été diffusées ou spécifiquement communiquées à une partie par un tiers sans volonté de tromper ou de menacer, il est envisageable que cette partie soit dans une erreur qui puisse être qualifiée d'essentielle. Selon le critère complexe posé par l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO, qui fait de la question de l'erreur le point d'équilibre (vibrant) du droit des contrats, l'erreur est essentielle si elle « *porte sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat* » (ce

⁸ Sauf dans certains cas où il est démontré que l'organe ou le représentant agit avec la volonté de nuire à la partie pour laquelle il agit (cf. p.ex. ATF 112 II 503 consid. 3 (505) ; cf. aussi Christine CHAPPUIS, Commentaire romand ad art. 32 CO [2012], N 28 ; Nicolas ROUILLER, Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats [Lausanne 2007], p. 435-437) ; mais il ne devrait être fait échec à l'imputation de la connaissance que s'il y a collusion entre le représentant et la personne contractant avec le représenté (cette personne étant ici la victime du dol, il semble inconcevable que cette situation puisse se présenter dans ce contexte).

⁹ ATF 63 II 77 (trad. JdT 1937 I 400) et 40 (1914) II 534.

critère est sensiblement plus exigeant que la simple causalité requise pour invalider le contrat en cas de dol ou de crainte fondée). Le critère de la loyauté commerciale implique d'une part que l'on puisse retenir qu'une personne raisonnable placée dans la même situation que l'*errans* considérerait également le fait comme essentiel. D'autre part, la notion de loyauté implique notamment que, si l'erreur relève de la sphère de risques de l'*errans*, elle ne devrait pas pouvoir être invoquée.

Sur la base de ces critères, on aura tendance à admettre plus facilement que l'invocation de l'erreur est compatible avec la loyauté commerciale si c'est le cocontractant de l'*errans* qui a (involontairement) provoqué l'erreur (que ce soit par négligence ou même sans qu'une faute ne puisse être retenue) que si, à l'inverse, c'est l'information donnée par un tiers auquel l'*errans* a choisi de s'adresser qui est la source de l'erreur.

2. Le contrat conclu au profit du tiers

2.1 La notion

2.1.1 La notion de « contrat, ou stipulation, au profit du tiers » est-elle connue dans les lois de votre pays ? dans les ouvrages de droit ? dans l'enseignement universitaire ?

La « stipulation pour autrui » est expressément traitée par le Code des obligations de 1911, à son article 112 ; de plus, sous le titre marginal de « stipulation pour autrui », l'art. 122 CO traite plus particulièrement de l'impossibilité, pour le promettant, de compenser la dette envers le tiers avec une dette du cocontractant. On peut relever que la stipulation pour autrui était déjà connue du premier Code fédéral des obligations (de 1881)¹⁰. La jurisprudence et la doctrine emploient ce terme.

2.1.2 Est-elle exprimée par un mot de la langue juridique acceptée et pratiquée – dans votre langue ? – dans votre pays ?

Malgré la complexité de certaines problématiques liées à cette figure juridique, le terme de « stipulation pour autrui » est extrêmement répandu dans la langue française telle qu'elle est utilisée par les juristes suisses (y compris pour décrire les phénomènes comme les couvertures d'assurance dont le bénéficiaire n'est pas – ou pas uniquement – le cocontractant). Le terme allemand usuellement employé est « *Vertrag zugunsten eines Dritten* » et le terme italien « *contratto a favore di terzi* »¹¹.

¹⁰ Article 128 aCO : « (al.1) Celui qui, agissant en son propre nom, a stipulé une obligation en faveur d'un tiers a le droit d'en exiger l'exécution au profit de ce tiers. (al. 2) Le tiers ou ses ayants-droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des parties. Si, dans ce cas, le tiers déclare au débiteur vouloir user de son droit, il ne dépend plus du créancier de libérer le débiteur ». L'art. 122 CO relatif à l'impossibilité de compenser la dette envers le tiers avec une dette du cocontractant correspond à l'ancien art. 135 aCO.

¹¹ Dans les traductions (non-officielles) du Code des obligations en langue anglaise, on emploie habituellement le terme « *contracts conferring rights on third parties* » (y compris dans le projet « CO-2020 »). En langue rhéto-romanche (langue nationale mais non officielle au niveau fédéral), l'expression est « *contract a favur d'ina terza persona* ».

2.2 Les déclarations de volonté

2.2.1 Votre droit prévoit-il la possibilité qu'un contractant promette, et que son co-contractant stipule, au profit d'un tiers ? que le tiers acquière, de ce fait, un véritable droit, et un pouvoir d'action correspondant ?

Oui. Le droit suisse permet aux parties de convenir que l'une d'elles (le « promettant ») s'engage (envers son cocontractant, le « stipulant ») à fournir une prestation en faveur d'un tiers (le « bénéficiaire »).

Le tiers acquiert un véritable droit, actionnable en justice, si les parties l'ont voulu (que cette stipulation soit expresse ou résulte de l'interprétation du contrat) ou que cela résulte de l'usage¹². La stipulation pour autrui est alors dite « parfaite ».

La stipulation pour autrui est dite « imparfaite » si les parties n'ont pas entendu lui conférer un droit qu'il puisse lui-même actionner en justice (et que l'usage ne lui confère pas non plus un tel droit). Dans ce cas, seul le stipulant peut exiger judiciairement (en faveur du tiers) l'exécution de la prestation que le promettant s'est engagée à fournir au tiers.

2.2.2 Quelles sont les conditions devant être réunies, pour que la stipulation existe et produise ses effets ?

Il suffit d'une manifestation concordante de volontés (c'est-à-dire un contrat, art. 1 CO) entre le promettant et le stipulant. Cette manifestation concordante n'est soumise à aucune forme ou exigence particulière.

Il existe une exception pour les stipulations qui prennent effet après la mort du stipulant : les stipulations qui consistent dans une attribution *post mortem*, s'il s'agit de libéralités, sont soumises à la forme des dispositions à cause de mort¹³ (testament ou pacte successoral). Cela dit, si l'attribution n'est pas une libéralité en faveur du tiers (mais l'exécution d'une dette du stipulant envers lui), la mort du stipulant est seulement une condition ou un terme (*incertus quando*)¹⁴ d'exécution, de sorte qu'elle n'est alors pas soumise à la forme des libéralités à cause de mort.

¹² Art. 112 al. 2 CO : « Le tiers ou ses ayants droit peuvent aussi réclamer personnellement l'exécution, lorsque telle a été l'intention des parties ou que tel est l'usage ». La jurisprudence établissait traditionnellement trois catégories de fondement au droit du tiers : (a) l'accord de volontés, (b) l'usage (malgré le rôle limité des usages en droit suisse, cf. ATF 88 [1962] II 350) et (c) la nature et le but du contrat (ATF 46 [1920] II 131 et 83 [1957] II 277 ; cf. aussi Pierre ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse* [Berne 1997], p. 425). Si l'usage est bien un fondement distinct de la volonté des parties, la « nature et le but du contrat » ne sont qu'un élément d'interprétation de la volonté concordante (qu'il s'agisse de la volonté réelle ou de celle déterminée selon le principe de la confiance concrétisant la bonne foi) ; il convient donc de n'en pas faire un fondement spécifique au droit du tiers (ce droit peut résulter des autres éléments d'interprétation du contrat, comme les pourparlers, le comportement postérieur, les habitudes entre les parties, etc. ; cf. ROUILLER, op. cit. [supra n. 8], p. 498-526).

¹³ Art. 245 al. 2 CO ; cf. ATF 69 (1943) II 305 (310) et 127 (2001) III 390 consid.2/f ; ENGEL, op. cit., p. 421.

¹⁴ Le décès est toujours certain (si l'engagement n'est pas révocable, cet événement ne constitue donc pas une condition [*incertus an*] ; le *prédéces* du stipulant par rapport au bénéficiaire est en revanche un événement incertain quant à sa survenance et constitue dès lors une condition).

En ce qui concerne le champ d'application (les objets possibles) de la stipulation pour autrui, la jurisprudence a précisé que « tout ce qui peut être promis à un contractant, sans devoir lui être fourni directement d'après la nature de la prestation, peut aussi être promis en faveur d'un tiers »¹⁵.

Notamment :

2.2.2.1 Le profit du tiers doit-il être formulé explicitement ?

Le droit du tiers peut être convenu explicitement ou implicitement.

2.2.2.2 Le tiers doit-il être un sujet déterminé individuellement ? Doit-il exister, ou un sujet futur pourrait-il être tiers? Peut-il être identifié plus tard, par le stipulant ?

Le tiers ne doit pas forcément être déterminé. D'une part, le contrat peut parfaitement réserver la faculté du stipulant de déterminer ultérieurement l'identité du bénéficiaire (il est généralement admis que les parties peuvent conférer à l'une d'elles la faculté de compléter un élément indéterminé du contrat¹⁶).

Par ailleurs, les parties peuvent désigner comme bénéficiaire une personne qui n'existe pas encore (sujet futur). Il peut s'agir d'un être humain déjà conçu mais pas encore né (*nasciturus*) ou même d'un enfant (ou d'enfants) non encore conçu(s) (p.ex. « les descendants du stipulant »). Une personne morale non encore constituée peut également être désignée – qu'elle soit déjà en voie de formation (« X. SA en formation »¹⁷) ou qu'il soit seulement prévu ou envisagé de la créer (p.ex. dans un contrat d'investissement¹⁸, les parties prévoient que la société qui sera créée si certaines conditions sont remplies bénéficiera de différents droits ; de telles clauses sont extrêmement fréquentes en pratique).

2.2.2.3 L'acceptation du tiers est-elle nécessaire pour la naissance de son droit ?

Non. L'acceptation du tiers n'est pas nécessaire pour qu'il acquière un droit.

2.2.2.4 Tant que le tiers n'a pas accepté, les deux parties (ou l'une des deux) peuvent-elles rétracter l'accord ?

On ne peut pas dire que l'accord serait rétractable tant que le tiers n'a pas accepté : la stipulation pour autrui imparfaite est un véritable contrat et une partie ne peut se libérer sauf lorsque les

¹⁵ ATF 83 (1957) II 277 (281).

¹⁶ Cf. p.ex. ROUILLER, op. cit. (supra n. 8), p. 576 ; Ernst KRAMER, Commentaire bernois (1990) ad art. 1 CO, N 170. Pour la jurisprudence, cf. p.ex. ATF 29 (1903) II 114 consid. 5 (125) ; 84 (1958) II 13 consid. 2 (18-20).

¹⁷ Hypothèse envisagée notamment à l'art. 645 CO.

¹⁸ Cf. p.ex. BAUEN/BERNET/ROUILLER, La société anonyme suisse (Zurich/Bruxelles/Paris 2008), N 325 ss. Sur la question de la stipulation pour autrui en faveur d'une société anonyme, cf. p.ex. Olivier BLOCH, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse (Zurich 2011), p. 16, 98 (n. 175) et 249 (ad n. 218).

conditions ordinaires d'une libération sont données (libération par accord unanime des parties ; résiliation ou résolution pour inexécution).

Mais il est vrai que, tant que le tiers n'a pas « déclaré au débiteur qu'il entend user de son droit », les parties peuvent supprimer le droit du bénéficiaire sans l'accord de celui-ci (la loi le prévoit expressément, à l'art. 112 al. 3 CO¹⁹ ; si seul le stipulant a des droits, il peut unilatéralement libérer le promettant). Dans la stipulation pour autrui parfaite, l'acceptation du tiers, notifiée au promettant, empêche les parties de rétracter l'engagement stipulé en sa faveur.

2.2.2.5 Si l'acceptation du tiers n'est pas nécessaire pour la conclusion du contrat, quels sont les effets qu'elle produit ? Rend-elle le contrat irrévocable ?

Oui. Dans la stipulation pour autrui parfaite, l'acceptation du tiers, notifiée au promettant, empêche les parties de rétracter l'engagement stipulé en sa faveur.

2.2.2.6 L'acceptation peut-elle être implicite ?

Elle doit être manifestée au promettant. La manifestation ne doit pas forcément se faire *expressis verbis*. Une acceptation par actes concludants est parfaitement possible (p.ex. l'envoi d'une adresse de paiement). Elle peut aussi être tacite (p.ex. l'absence de réaction à l'information, par le promettant, qu'il va s'exécuter).

2.2.2.7 Le tiers peut-il refuser la stipulation ? Quels sont les effets de son refus ? À qui le refus doit-il être signifié ?

Oui. Le principe de l'autonomie privée exclut que l'on puisse acquérir un droit contre son propre gré²⁰.

Si le tiers refuse la stipulation (ce qui ne suppose pas de forme particulière, et peut être signifié à l'une ou l'autre partie²¹), il ne peut plus acquérir le droit de manière à le rendre irrévocable (au sens de l'art. 112 al. 3 CO précité) ; en vertu des règles de la bonne foi, il ne peut plus non plus exiger l'exécution du droit (faculté qu'il avait dans la stipulation pour autrui parfaite). Il ne peut « révoquer son refus », sauf si son refus était fondé sur un vice du consentement et est donc lui-même annulable.

¹⁹ « Dans ce cas, et dès le moment où le tiers déclare au débiteur qu'il entend user de son droit, il ne dépend plus du créancier de libérer le débiteur ».

²⁰ Cf. ENGEL, op. cit., p. 426 (« [Le tiers] peut refuser la créance qui lui est offerte. L'autonomie privée et l'indépendance des sujets de droit postulent que l'on ne puisse, malgré soi, être le bénéficiaire d'une attribution. Ce qui est possible en matière de legs l'est également en matière de stipulation pour autrui »).

²¹ Cf. ENGEL, op. cit., p. 426 (cité infra n. 22).

En revanche, le refus ne supprime pas la stipulation pour autrui entre les parties (promettant et stipulant). Le bénéficiaire n'étant pas partie à ce contrat, il ne lui appartient pas d'y mettre fin²² (sauf si les parties lui ont conféré cette faculté, ce qui ne se présume pas). En principe, le stipulant peut continuer d'exiger du promettant l'exécution en faveur du tiers. Toutefois, une telle situation pourra vraisemblablement aboutir à une demeure du créancier. Ainsi, en pratique, en cas de refus du tiers, la réaction rationnelle est, pour le stipulant, de désigner un nouveau bénéficiaire en remplacement (là où la cession de créance est possible, cette désignation est *a fortiori* possible).

2.3 La cause, l'intérêt des parties, le caractère bénévole

2.3.1 L'intérêt du stipulant est-il considéré comme indispensable pour l'existence et la validité du contrat conclu pour autrui ? La loi se prononce-t-elle sur la question ? En cas de silence de la loi, que dit l'interprète ?

La loi ne pose pas une telle exigence. La seule exigence légale est que les parties (promettant et stipulant) aient conclu un accord contractuel (c'est-à-dire : manifesté réciproquement leur volonté de façon concordante).

Le principe de l'autonomie de la volonté (laquelle suffit à fonder des engagements contractuels) ne permet pas au juge de contrôler si cet intérêt est suffisant. Une exception peut exister si le but est illicite ou immoral. Le but illicite ou immoral peut entraîner la nullité du contrat, du moins s'il est commun aux parties ou si un tel but d'une partie est connu du cocontractant²³.

On peut estimer qu'il existe un « garde-fou » à ce libéralisme, en ceci que l'on admet qu'il n'existe d'engagement contractuel que si les parties ont eu l'intention d'être juridiquement liées (ce qui exclut les déclarations faites par facétie ou hors de tout contexte d'engagement).

2.3.2 Si l'intérêt du stipulant fait défaut, qui peut se prévaloir de ce fait pour invoquer la nullité du contrat ?

En cas de nullité pour but illicite (commun ou unilatéral mais connu), elle se constate d'office : toute autorité doit la constater sur la base des faits établis devant elle de façon conforme aux exigences de la procédure applicable et en tirer les conséquences juridiques. Il n'y a pas de délai.

2.3.3 Quelle nature l'intérêt doit-il avoir ? Faut-il qu'il s'agisse d'un intérêt économique, ou un intérêt moral suffit-il ? Le désir d'être généreux à l'égard du tiers est-il suffisant pour remplir la condition en question ?

Excepté les cas de nullité susmentionnés, tout intérêt suffit. La générosité peut parfaitement suffire.

²² Cf. ENGEL, op. cit., p. 426 : « Par une déclaration unilatérale de volonté faite à B [le promettant], C [le tiers] est donc habile à refuser la créance. A [le stipulant] et B conservent seuls les droits résultant de leur rapport : résiliation, résolution, par exemple. C n'est pas habilité à les exercer ».

²³ ROUILLER, Der widerrechtliche Vertrag (Berne 2002), p. 52 et 334 s.

2.3.4 Le contrat pour autrui doit-il avoir une cause ?

Non. Il suffit que les parties aient manifesté leurs volontés de façon concordante (de manière à former un contrat). Même si la notion de « cause » est connue en droit suisse, il s'agit uniquement d'un instrument d'analyse et de description (*causa donandi* lorsque le but est de donner, *causa solvendi*, lorsque le but est d'éteindre une obligation, *causa credendi*, lorsque le but est d'accorder un crédit au destinataire de la prestation). Par exemple, certaines stipulations pour autrui s'analysent ainsi que le stipulant, pour effectuer une donation au tiers (*donandi causa*) ou lui faire crédit (*credendi causa*), convient avec le promettant que celui-ci paiera au tiers la dette qu'il a envers le stipulant (le promettant agit *solvendi causa*) ; parfois, le stipulant prend crédit auprès du promettant, qui s'exécutera (*credendi causa*) dans les mains du tiers pour payer une dette du stipulant envers le tiers (le stipulant agissant donc *solvendi causa*)²⁴. Il ne s'agit cependant de rien d'autre que d'une description, et non de s'assurer qu'une exigence de validité soit remplie. Cela dit, si une cause vient à manquer (par défaut de validité) après l'exécution de la stipulation pour autrui, il y a enrichissement sans cause du tiers (de sorte que la voie de l'enrichissement illégitime serait ouverte).

2.3.5 Le contrat pour autrui est, à l'égard du tiers, un contrat de bienfaisance, une donation. Est-il soumis à la forme de la donation ?

Il est vrai que la stipulation pour autrui peut avoir pour but d'effectuer une donation en faveur du tiers. Pourtant, même dans ce cas, la loi n'exige pas, comme condition de validité, que soit respectée la forme applicable à l'engagement de donner (à savoir la forme écrite). Il convient d'avoir à l'esprit que beaucoup de stipulations pour autrui ne sont pas des donations : elles reviennent à payer une dette du stipulant envers le tiers, ou à lui faire crédit.

2.4 L'acquisition du tiers

2.4.1 Quels sont les droits que le tiers peut acquérir en vertu du contrat ? Une créance ? Une propriété ? Un autre droit réel ? La loi se prononce-t-elle ? Les théoriciens se sont-ils penchés sur le problème ?

Le tiers acquiert en principe une créance. Toutefois, on peut imaginer qu'une stipulation pour autrui vise à créer un droit de gage : les parties conviennent qu'une chose remise par le stipulant au promettant servira de gage au tiers (qui est créancier du stipulant ou d'une autre personne pour la dette de laquelle le stipulant entend constituer un gage). En effet, le gage peut dans certains cas être créé par simple notification au détenteur du bien, la stipulation pour autrui suffisant dès lors à constituer le gage²⁵.

²⁴ Voir p.ex. ATF 68 II 36 (trad. JdT 1958 I 170).

²⁵ Cela est reconnu par la loi pour le gage subséquent (art. 886 CC) et, de façon générale, pour les « titres intermédiés » (soit les droits-valeurs non incorporés dans un titre matériel) : voir art. 973c al. 4, 2^e phrase, CO, art. 901 al. 3 CC et art. 24 (et 25 s.) de la Loi sur les titres intermédiés du 3.10.2008 (LTI) ; l'art. 25 al. 1 LTI dispose que « [u]ne sûreté peut être constituée sur des titres intermédiés et rendue opposable aux tiers soit

Pour le transfert de propriété, un *acte de disposition* est en principe nécessaire en droit suisse, en plus d'un acte générateur d'obligation (la propriété ne s'acquiert pas par le seul effet des obligations). Ainsi, dans la logique juridique suisse, la stipulation pour autrui ne suffit pas à soi seule pour opérer le transfert de propriété : il faut encore qu'elle soit exécutée. La déclaration du promettant (possesseur) notifiant au tiers qu'il détient désormais le bien mobilier pour lui (le tiers) est cependant en principe suffisante. Pour les actions²⁶ ou les titres intermédiés (« droits-valeurs »)²⁷, la réquisition du propriétaire à la société ou au dépositaire est la seule exigence pour que celui-ci procède à l'inscription d'un nouveau propriétaire. Ainsi, si le dépositaire est lui-même partie à la stipulation pour autrui (comme promettant), le contrat lui-même peut valoir instruction du stipulant ; de la sorte, le transfert de la propriété des actions ou titres intermédiés ne supposera rien d'autre qu'une inscription par la société ou le dépositaire.

2.4.2 Votre système connaît-il une stipulation qui, sans attribuer au tiers un véritable droit de créance à l'égard du promettant, engage ce promettant à assurer une protection aux intérêts du tiers, de sorte que l'atteinte à cet intérêt comporte une responsabilité extracontractuelle du promettant et même des tierces personnes, sur le modèle du *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* du juriste allemand, ou du *Contratto con effetti protettivi a favore di un terzo* du juriste italien (en français, je parlerais ici d'une « obligation de sécurité ») ?

Cette obligation de sécurité naît-elle, en vertu du contrat, en faveur du tiers

- si, au moment de la conclusion du contrat, il était prévisible que le tiers se trouve en contact avec la prestation du promettant
- si la prestation était prévue en vue d'avantages que le stipulant voulait assurer au tiers
- si le stipulant témoigne un intérêt tout spécial pour le tiers
- si le stipulant a des devoirs juridiques de protection à l'égard du tiers ?

Si l'obligation de sécurité, dans le sens que je viens de dire, n'est pas connue, regrette-t-on qu'elle n'existe pas ?

Si l'obligation de sécurité est connue, sur quelles bases juridiques et logiques s'appuie-t-elle ?

La jurisprudence suisse a développé, à partir du milieu de la décennie 1990-2000, la notion de « responsabilité fondée sur la confiance » (*Vertrauenshaftung*)²⁸ qui, hors stipulation pour autrui, crée une responsabilité envers le tiers²⁹ ; cette responsabilité est, par définition, non-contractuelle.

conformément à l'art. 24, soit par une convention conclue entre le titulaire d'un compte et le dépositaire, par laquelle le dépositaire s'engage irrévocablement à exécuter les instructions du bénéficiaire de la sûreté sans nouveau consentement ni concours du titulaire du compte ». Le concours du tiers bénéficiaire n'est pas nécessaire.

²⁶ C'est ainsi que s'applique l'art. 686 al. 1 CO.

²⁷ Art. 24 al. 1 et 2 LTI : « (1) L'acte de disposition portant sur des titres intermédiés intervient: (a) par une instruction du titulaire d'un compte au dépositaire tendant au transfert des titres à l'acquéreur; (b) par l'inscription des titres au crédit du compte de l'acquéreur (bonification). (2) L'acte de disposition est parfait au moment de la bonification. Simultanément, le titulaire du compte perd ses droits sur les titres intermédiés ».

²⁸ Il est frappant que parmi les 13 arrêts publiés au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ATF) évoquant la responsabilité fondée sur la confiance, seul un (ATF 121 [1995] I 350) est rédigé en français ; l'expression « responsabilité fondée sur la confiance » est cependant clairement établie dans le résumé français des

Dans d'assez nombreuses concrétisations des hypothèses envisagées dans la question, il y aura sans doute lieu d'admettre l'existence d'une stipulation pour autrui ou, tout simplement, d'un engagement contractuel du « stipulant » envers « le tiers »³⁰ (p.ex. un porte-fort ou un engagement solidaire, si le « stipulant » indique au « tiers » qui contracte avec une société appartenant au stipulant ou agissant de concert avec lui que le « stipulant » soutiendra cette société)³¹. Il est important de ne pas envisager trop restrictivement la conclusion de la conclusion d'un contrat, notamment en fonction des critères classiques du principe de la confiance ; l'engouement des plaideurs pour la nouveauté représentée par la responsabilité fondée sur la confiance a pu occulter dans leur esprit l'importance d'examiner d'abord si un contrat n'avait pas été conclu.

Cela étant, lorsqu'une stipulation pour autrui ou un engagement contractuel direct n'est pas reconnu, la responsabilité fondée sur la confiance joue exactement le rôle décrit dans la question : si le propriétaire obtient contractuellement d'un géologue une expertise relative à sa parcelle, il est concevable que l'auteur de l'expertise ait une responsabilité envers les personnes qui se retrouvent lésées par suite du comportement adopté en conséquence de son expertise. Toutefois, de nombreuses cautèles sont posées : en particulier, il faut qu'il existe une relation de confiance particulière (« *Sonderbeziehung* ») entre l'auteur de l'expertise et le lésé, cette confiance ne devant pas résulter du hasard des circonstances³² ; en outre, le comportement de l'expert doit avoir éveillé des attentes concrètes et déterminées du lésé³³. Cette responsabilité a finalement été le plus souvent niée au vu des circonstances des cas d'espèces jugés³⁴. La jurisprudence a fini par reconnaître à répétition que ses conditions d'application sont « particulièrement strictes »³⁵.

considérants de droit (dans 6 arrêts publiés) et dans de nombreux arrêts non publiés (33 arrêts entre 2000 et 2015).

²⁹ ATF 120 (1994) II 331 ; 121 (1995) II 350 ; 124 (1998) III 297.

³⁰ Pour un cas d'application, ATF 131 (2005) III 377.

³¹ C'est dans l'arrêt 120 (1994) II 331 précité (note 29) que la responsabilité fondée sur la confiance s'est établie ; on aurait toutefois pu voir dans les déclarations de la société-mère un engagement contractuel direct envers le lésé.

³² TF 28.1.2000, 4C.280/1999, consid. 3a (« *Stehen Schädiger und Geschädigter ausserhalb einer vertraglichen Bindung in einem besonderen Vertrauensverhältnis, kraft welchem der Geschädigte sich nunmehr als nachteilig erweisende Dispositionen trifft, hat der Schädiger für den aus enttäuschem Vertrauen verursachten Schaden einzustehen [...] Eine derartige Sonderverbindung entsteht allerdings nur aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten des in Anspruch Genommenen, nicht aber aus einem zufälligen und ungewollten Zusammenprallen, wie es im Regelfall einer auf Fahrlässigkeit gründenden Deliktshaftung eigen ist [...]* »).

³³ *Ibid.* (TF 28.1.2000, 4C.280/1999, consid. 3a: « *Schutzwürdiges Vertrauen setzt zudem ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken [...]. Die Eigenhaftung eines Erfüllungsgehilfen kommt damit nur in Betracht, wenn er selbst in engen persönlichen Beziehungen zum Kunden seines Auftraggebers stand oder wenn er diesem aufgrund seines gesamten Verhaltens gleichsam persönliche Gewähr für das Gelingen des übernommenen Geschäfts gab* »).

³⁴ Ainsi dans l'arrêt du 28.1.2000 précité (notes 32 s.) et à l'ATF 130 (2003) III 345 (dont le résumé officiel expose ainsi les contours de ce chef de responsabilité : « *La responsabilité de l'auteur d'une estimation d'un immeuble, en vertu de la théorie de l'effet protecteur du contrat envers les tiers, ne serait concevable, même selon l'opinion des défenseurs de cette figure juridique, que si le vendeur de l'immeuble avait conclu, en accord avec les acheteurs, un contrat d'estimation en son propre nom et avait exposé au mandataire la situation d'intérêts commune (consid. 1). Un expert peut être amené à répondre envers un tiers au contrat du fait de la confiance éveillée déjà lorsqu'il existe entre eux un rapport indirect. A cet égard, savoir si l'expert connaît le tiers ou au moins sait de qui il s'agit ne joue aucun rôle, car le chef de responsabilité se juge d'après les critères, indépendants, du contenu de l'expertise et de son but d'utilisation* »).

³⁵ Cf. p.ex. TF 2.4.2012, 4A_747/2011, consid. 2.7.

2.4.3 Le contrat pour autrui peut-il faire naître le droit du tiers dans un temps successif à la mort du stipulant ? Un tel contrat serait-il considéré comme un acte mortis causa ?

Oui, l'exécution de la stipulation pour autrui peut être fixée au moment de la mort du stipulant.

Sur la forme, voir ci-dessus ch. 2.2.2. Comme exposé, les stipulations qui consistent dans une attribution *post mortem*, s'il s'agit de libéralités, sont soumises à la forme des dispositions à cause de mort³⁶ (testament ou pacte successoral). Cela dit, si l'attribution n'est pas une libéralité en faveur du tiers (mais l'exécution d'une dette du stipulant envers lui), la mort du stipulant est seulement une condition ou un terme (*incertus quando*)³⁷ d'exécution, de sorte qu'elle n'est alors pas soumise à la forme des libéralités à cause de mort.

2.5 Le caractère anomal du contrat conclu pour autrui

La règle qui admet la possibilité d'une stipulation pour autrui est-elle considérée comme une règle qui découle sans problèmes du principe général de la liberté contractuelle, ou est-elle considérée comme une règle spéciale, exceptionnelle (à la limite, irrationnelle), puisqu'elle assure des droits à une personne qui n'est pas partie au contrat ?

La raison pour laquelle la règle est considérée comme non normale est-elle celle-ci, que normalement personne n'acquiert un droit sans le concours de sa volonté, à savoir s'il n'a pas voulu ce résultat ?

En principe, on considère que la liberté contractuelle doit précisément permettre aux parties de stipuler en faveur d'un tiers : aucun intérêt public ne s'y oppose. Dans cet esprit, la stipulation pour autrui est certes particulière, mais fondamentalement normale et cohérente avec les conceptions essentielles sur lesquelles se construit le droit des contrats.

Le bénéficiaire peut renoncer au droit que les parties lui confèrent. Dès lors, sa position ne perturbe pas les conceptions fondamentales de l'ordre juridique.

3. Le tiers peut-il se prévaloir du contrat, auquel il n'est pas partie ?

3.1 Le tiers peut-il se prévaloir du contrat, à l'encontre de l'une des deux parties ? Par exemple : si le créancier du tiers a cédé sa créance, et qu'ensuite il poursuit le tiers, ce tiers est-il admis à lui opposer la cession ?

³⁶ Art. 245 al. 2 CO; cf. ATF 69 (1943) II 305 (310) et 127 (2001) III 390 consid.2/f ; ENGEL, op. cit., p. 421.

³⁷ Le décès est toujours certain (si l'engagement n'est pas révocable, cet événement ne constitue donc pas une condition [*incertus an*] ; le *prédéces* du stipulant par rapport au bénéficiaire est en revanche un événement incertain quant à sa survenance et constitue dès lors une condition).

Si le tiers (débiteur) a reçu notification de la cession de la créance, il ne peut plus se libérer valablement en payant le créancier originaire³⁸. Ainsi, il peut s'opposer à toute poursuite par ce créancier.

Même s'il n'a pas, formellement, reçu notification de la cession de créance mais qu'il apprend (incidemment) qu'une telle cession a eu lieu, il ne peut pas se libérer sans risque. L'art. 168 CO dispose précisément que « [l]e débiteur d'une créance dont la propriété est litigieuse peut en refuser le paiement et se libérer par la consignation du montant en justice. Il paie à ses risques et périls, s'il le fait en ayant connaissance du litige³⁹ ».

En revanche, si le créancier n'a pas connaissance d'une cession, il ne pourra pas refuser le paiement au créancier originaire ; son paiement à ce créancier a un effet libératoire (et la cession de créance demeure alors une pure « *res inter alios acta* »).

3.2 Si l'inexécution du contrat cause un dommage au tiers, le tiers peut-il invoquer la responsabilité de la partie qui est en faute ? Dans l'affirmative, s'agit-il d'une responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ? (3.2.1)

Si le contrat assure au stipulant la non responsabilité pour les dégâts que la chose déposée pourrait subir, le tiers, à qui le dépositaire a confié la chose, peut-il se prévaloir de la clause d'irresponsabilité ? (3.2.2)

3.2.1 L'acte qui engage la responsabilité contractuelle (pour inexécution) ne constitue pas *ipso jure* un acte générateur de responsabilité envers une personne qui n'est pas partie au contrat (sauf en cas de stipulation pour autrui). Le comportement de la partie qui viole une obligation contractuelle doit être examiné sous l'angle des devoirs généraux pour examiner si ce comportement (qui viole le contrat) viole également une norme qui vise à protéger également le tiers ; c'est uniquement dans cette hypothèse que la partie pourra devoir indemniser le tiers (on peut parler de *coïncidence* de la violation du contrat avec la violation d'une norme protectrice du tiers).

3.2.2 Il en va de même de l'effet d'une clause d'exonération. Cette clause ne libère la partie au contrat à laquelle elle bénéficie qu'envers l'autre partie au contrat. Si le comportement viole un devoir général (norme juridique) qui vise à protéger le tiers, l'exonération contractuelle ne pourra en principe pas libérer la partie envers le tiers.

Certaines clauses d'exonération (*indemnity clauses*) ont une portée très étendue, qui oblige un cocontractant à indemniser la partie exonérée si un tiers invoque sa responsabilité. Il en va ainsi, en principe, dans le contrat de mandat de manière générale (art. 402 al. 2 CO, mais cette disposition ne s'applique qu'aux cas où le mandataire a exécuté le mandat, et non aux cas où le mandataire est exonéré de son inexécution).

³⁸ Art. 167 CO : « Le débiteur est valablement libéré si, avant que la cession ait été portée à sa connaissance par le cédant ou le cessionnaire, il paie de bonne foi entre les mains du précédent créancier ou, dans le cas de cessions multiples, entre les mains d'un cessionnaire auquel un autre a le droit d'être préféré ».

³⁹ C'est l'auteur qui souligne.

4. Le contrat tient-il lieu de loi au tiers ?

4.1 Le contrat – p. ex., un contrat d'aliénation – est-il opposable au tiers ?

Tout contrat est en principe en soi sans pertinence pour ceux qui n'y sont pas partie. En revanche, les actes de disposition⁴⁰ (de la propriété ou de la possession) qui en découlent sont opposables aux tiers. Comme évoqué, en droit suisse, la propriété ne s'acquiert pas de par le seul « effet des obligations »⁴¹, mais de par les actes de disposition consécutifs aux contrats (lesquels sont des actes générateurs d'obligations⁴²).

4.2 Le contrat est-il opposable au tiers dans l'interprétation que lui donnent les parties contractantes, ou dans une interprétation « objective » ?

Dans la mesure où un contrat est opposable au tiers, il doit avoir à son égard le contenu qu'il a pour les parties, c'est-à-dire selon une interprétation subjective (selon la « volonté réelle concordante » des parties) si celle-ci peut être établie ou, subsidiairement, selon une interprétation objective (fondée sur le sens découlant du principe dit « de la confiance »).

Cela dit, les aspects de procédure ont des effets concrets qui peuvent conduire à s'écarter de ce principe de droit matériel : si l'interprétation du contrat a été effectuée par un jugement entre le tiers et une partie au contrat, mais qu'un autre procès oppose ensuite les deux parties au contrat, le premier jugement n'a pas d'autorité (matérielle) de chose jugée sur l'interprétation entre les deux parties au contrat ; inversement, un jugement entre les parties au contrat fixant l'interprétation de celui-ci n'est pas opposable au tiers si celui-ci procède ensuite contre une des parties au contrat. Toutefois, un jugement rendu entre les parties au contrat aura évidemment de l'influence sur un jugement entre l'une des parties et un tiers ; toutefois, si ce tiers parvient à démontrer dans le procès des éléments d'interprétation qu'une partie n'était pas parvenue à prouver dans le premier procès, l'interprétation finalement retenue dans ce second procès entre une partie et un tiers pourra s'écarter de celle retenue dans le premier procès. En revanche, le fait qu'une partie a été condamnée dans un premier procès à exécuter un contrat interprété d'une certaine façon est un fait opposable à un tiers ; peu importe alors que le tiers parvienne à prouver dans un second procès que la bonne interprétation s'écarterait de l'interprétation retenue dans le premier procès.

4.3 Le tiers, créancier du contractant qui aliène ou qui s'oblige, peut-il s'opposer si par l'effet de cette aliénation ou obligation, le contractant se rend insolvable ?

Si un propriétaire aliène des biens ou assume des engagements contractuels de façon à se rendre insolvable (par exemple parce que les engagements contractuels sont trop onéreux), les créanciers peuvent attaquer ces actes juridiques défavorables par l'action révocatoire ; cette révocation n'est en principe possible qu'après une saisie infructueuse ou une faillite (art. 285 al. 2 LP).

⁴⁰ *Verfügungsgeschäfte* dans la terminologie de langue allemande.

⁴¹ Contrairement à ce que prévoit l'art. 711 du Code civil français.

⁴² *Verpflichtungsgeschäfte* dans la terminologie de langue allemande.

La loi énumère les actes concernés de façon exhaustive, en fixant des délais différents selon les types d'actes juridiques défavorables au débiteur. Ainsi, l'art. 286 LP dispose que « (1) Toute donation et toute disposition à titre gratuit, à l'exception des cadeaux usuels, sont révocables si elles ont été faites par le débiteur dans l'année qui précède la saisie ou la déclaration de faillite.⁴³ (2) Sont assimilés aux donations: 1. les actes par lesquels le débiteur a accepté un prix notablement inférieur à la valeur de sa prestation; 2. les actes par lesquels le débiteur a constitué en sa faveur ou en faveur d'un tiers une rente viagère, un entretien viager, un usufruit ou un droit d'habitation ».

L'art. 287 al. 1 LP ne vise que les actes d'un débiteur surendetté, accomplis « dans l'année qui précède la saisie ou l'ouverture de la faillite : 1. toute constitution de sûretés pour une dette existante que le débiteur ne s'était pas auparavant engagé à garantir; 2. tout paiement opéré autrement qu'en numéraire ou valeurs usuelles; 3. tout paiement de dette non échue » (al. 1). Ces actes sont révocables sauf si « celui qui a profité de l'acte établit qu'il ne connaissait pas ni ne devait connaître le surendettement du débiteur » (al. 2) ou encore – selon une disposition introduite en 2008 pour protéger la sécurité des transactions relatives à des instruments financiers⁴⁴ –, si « des valeurs mobilières, des titres intermédiés ou d'autres instruments financiers négociés sur un marché représentatif sont remis en sûreté et que le débiteur remplit une des conditions suivantes: 1. il s'était engagé à compléter la sûreté en cas de modification de la valeur de la sûreté ou de la dette garantie; 2. le droit de remplacer la sûreté par une sûreté de même valeur lui avait été octroyé » (al. 3).

L'art. 288 LP rend ensuite révocables les actes constituant véritablement une fraude aux droits des créanciers, ce que la loi définit comme « tous actes faits par le débiteur dans les cinq ans qui précèdent la saisie ou la déclaration de faillite dans l'intention reconnaissable par l'autre partie de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains créanciers au détriment des autres ».

Concernant les effets de la révocation, ils sont définis à l'art. 291 LP : « (1) Celui qui a profité d'un acte nul est tenu à restitution. Ce qu'il a versé lui est restitué, en tant que la chose se trouve encore en mains du débiteur ou que celui-ci en est enrichi. Le surplus ne peut être réclamé au débiteur qu'à titre de créance. (2) Le créancier qui a restitué ce qui lui a été payé en vertu d'un acte révocable rentre dans ses droits. (3) Le donataire de bonne foi n'est tenu à restitution que pour le montant dont il se trouve enrichi ».

5. Le contrat, et la responsabilité du tiers

5.1 Le tiers est-il responsable s'il rend impossible par sa conduite l'exécution du contrat, que des parties ont conclu entre elles (p. ex., s'il cause la mort ou la maladie du débiteur) ?

5.2 Le tiers est-il responsable si – en accord avec l'une des deux parties au contrat – il contribue à l'inexécution, ou à la mauvaise exécution, du contrat ?

Considérons, notamment, les cas suivants :

- **Le tiers persuade le promettant de ne pas accomplir sa promesse ;**
- **le contractant est obligé, en vertu d'un pacte de non concurrence, à ne pas vendre, et le tiers**

⁴³ C'est l'auteur qui souligne.

⁴⁴ Voir ci-dessus ad notes 25-27 ; pour une mise en perspective générale, cf. p.ex. BAUEN/ROUILLER, Relations bancaires en Suisse (Zurich/Paris/Montréal 2011), p. 48-50, 193-199 et 361.

conclut avec lui un contrat de vente ;

– un sujet avait promis de vendre à son cocontractant, mais il vend au tiers ; ou : ce même sujet a aliéné la chose (mais il ne l’a pas livrée, et l’aliénation n’a pas été publiée), et ensuite il l’aliène au tiers ;

– le contractant a promis au stipulant de vendre à tel prix, et il vend au tiers à un prix interdit.

Sauf le cas spécifique de la stipulation pour autrui (qui se justifie matériellement par le fait qu’elle est un contrat visant à avantager un tiers), le contrat n’influence pas directement la situation juridique des tiers. Et notamment, le contrat ne peut créer aucune obligation à la charge de tiers.

5.1 Si le tiers commet un acte contraire aux devoirs généraux qui empêche l’exécution d’un contrat, l’acte est certes illicite en soi, mais le créancier lésé par l’inexécution ne pourra pas réclamer réparation au tiers à ce titre, et cela même si l’acte a porté atteinte à un bien extrêmement précieux (comme la vie ou la santé du débiteur). En effet, le cocontractant de la victime n’est pas le titulaire du bien lésé. Il n’est titulaire que d’une créance contractuelle envers la victime, que le tiers n’est nullement obligé de respecter ou de préserver.

Si l’inexécution devient non-fautive, le créancier de la victime ne pourra réclamer de dommages-intérêts à celle-ci ou à ses ayants cause (p.ex. héritiers). Il subit ainsi clairement un dommage, mais celui-ci est dit réfléchi (ou « par ricochet ») – par opposition au « dommage propre » de la victime (que celle-ci ou ses ayants droit peuvent réclamer). Les seules exceptions prévues par la loi pour la réclamation du dommage réfléchi sont la perte de soutien des proches en cas de mort d’homme et le tort moral (cela ne concerne donc pas le domaine contractuel).

Les intérêts contractuels peuvent cependant être protégés si le tiers viole une norme qui vise à les protéger. Ainsi, il a été jugé que la norme (pénale) qui interdit d’endommager une installation électrique⁴⁵ vise à protéger non seulement le propriétaire de l’installation, mais aussi les abonnés qui ont un rapport contractuel avec ce propriétaire⁴⁶.

Dans ce cas, la norme violée protège directement le créancier de la victime. Cela étant, ce n’est pas la prétention contractuelle en tant que telle (intérêt à l’exécution du contrat), mais le dommage résultant de l’acte illicite qui est protégé. Le montant des dommages-intérêts qui peuvent être réclamés au tiers coïncidera occasionnellement avec ce que seraient des dommages-intérêts contractuels pour inexécution, mais cela n’est ni éclairant ni inévitable. Le dommage réclamé au tiers dans ce genre de situation se calcule selon les concepts et règles de la responsabilité délictuelle (on

⁴⁵ Art. 239 CP (« Entrave aux services d’intérêt général »).

⁴⁶ ATF 102 II 85 consid. 4 (87 s.) : « L’art. 239 [...] CP réprime les actes qui empêchent, troublent ou mettent en danger, intentionnellement ou par négligence, l’exploitation d’un établissement ou d’une installation servant à distribuer au public l’eau, la lumière, l’énergie ou la chaleur. Il a pour but de protéger, outre les intérêts de ces entreprises, ceux des abonnés, qui font précisément partie du public visé par la disposition légale [...] Celui qui provoque la rupture d’une conduite d’eau, d’un câble électrique, d’une canalisation de gaz ou de chauffage à distance et interrompt par là l’exploitation du service de distribution porte atteinte aux intérêts de l’entreprise chargée de ce service, mais aussi à ceux des abonnés que cette exploitation permet d’approvisionner en eau, électricité, gaz ou chaleur. Le droit personnel de l’abonné à cet approvisionnement, issu du contrat avec l’entreprise de distribution, est directement lésé par l’infraction que réprime l’art. 239 [...] CP, de même que le droit personnel du locataire à l’usage de la chose louée est lésé par les actes visés à l’art. 145 CP [...]. En l’espèce, le droit personnel des demandresses d’être alimentées en énergie électrique a été lésé par l’interruption de l’exploitation du service de distribution ».

compare la situation actuelle du lésé avec celle qui aurait existé si l'acte illicite du tiers n'avait pas été commis).

5.2 Dans toutes les hypothèses visées, où le tiers coopère avec une partie au contrat pour violer celui-ci, seule cette partie est responsable envers le cocontractant. En effet, en tant que tel, le contrat n'oblige que la partie et non le tiers. Si le comportement du tiers viole également une norme générale, et que cette norme vise à protéger le cocontractant, une responsabilité du tiers envers le cocontractant est alors envisageable au titre de la violation de cette norme (ce sera le cas s'il y a complicité d'escroquerie, d'abus de confiance, de gestion déloyale, ou violation d'un bien de propriété intellectuelle) – mais pas du chef de la violation du contrat, qui n'oblige nullement le tiers.

La loi sur la concurrence déloyale a cependant institué des exceptions pour deux situations précises. Son article 4 dispose (aux lettres a et d) que « [a]git de façon déloyale celui qui, notamment: a) incite un client à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre avec lui; [...] d) incite un consommateur qui a conclu un contrat de crédit à la consommation à révoquer ce contrat pour conclure lui-même un tel contrat avec lui ». Le tiers qui agit de la sorte viole la loi sur la concurrence déloyale ; cette violation crée une responsabilité extracontractuelle (et une responsabilité pénale).

L'article 41 al. 2 CO est parfois invoqué pour tenter de fonder la responsabilité de celui qui incite à violer un contrat. Il dispose que « [c]elui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer ». En théorie, la jurisprudence tient à ce chef de responsabilité, tout en précisant que l'incitation à violer des obligations contractuelles doit être accompagnées de circonstances particulières⁴⁷ (comme l'intention de nuire⁴⁸) ; en pratique, elle semble ne l'avoir plus appliqué depuis longtemps⁴⁹.

6. La faiblesse du contrat, et la confiance du tiers

Les vices et la caducité du contrat sont-ils opposables au tiers ? Considérons notamment :

- la nullité de plein droit ;
- l'annulation, par vices du vouloir, ou incapacité, etc. ;
- la rescision (pour cause de lésion, etc.) ;
- la résolution, dans le cas où l'une des deux parties n'a pas satisfait à son engagement ;
- la simulation, à savoir les contre-lettres.

⁴⁷ ATF 114 (1988) II 91 c. 4a/aa: « Nach der angeführten Rechtsprechung kann dagegen in der Verleitung zum Vertragsbruch und in der Ausbeutung einer Vertragsverletzung ein sittenwidriges Verhalten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR erblickt werden und eine Schadenersatzpflicht des Dritten deshalb als begründet erscheinen. Dies setzt aber besondere Umstände voraus, welche die Ausdehnung der Haftung rechtfertigen, was z.B. anzunehmen ist, wenn der Vertrag mit Wissen des Dritten in Schädigungsabsicht verletzt wird [...] Auch diese Grundsätze werden von der Lehre gebilligt, die jedoch mit Recht hervorhebt, dass die Ausdehnung der Haftung als Ausnahme zu verstehen und davon nur mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen ist ».

⁴⁸ Franz WERRO, Commentaire romand (2003) ad art. 41 CO, N 83.

⁴⁹ Ainsi, à l'ATF 114 (1988) II 91, qui maintient que l'incitation à violer une obligation contractuelle peut bien être un chef de responsabilité, la responsabilité est niée (consid. 4a et 4b, 5 et 6) ; de même à l'ATF 108 (1982) II 305 consid. 2c (312 s.). De même dans les arrêts plus anciens pourtant cités (ATF 52 [1926] II 370 consid. 3 in fine [380] ; 57 [1931] II 334 consid. 4). A l'ATF 53 (1927) II 321 consid. 3 (332), l'action est admise, mais sur le fondement de la concurrence déloyale.

Dans la mesure où un contrat entre des parties constitue un fait qu'un tiers peut invoquer ou qui peut lui être opposé, il en va de même de la nullité, l'annulation ou la résiliation du contrat, comme de toute modification du contrat.

Il convient, de façon générale, de réserver la protection de la bonne foi du tiers. La loi contient une disposition spécifique relative à la simulation : « Le débiteur ne peut opposer l'exception de simulation au tiers qui est devenu créancier sur la foi d'une reconnaissance écrite de la dette »⁵⁰.

7. La promesse du fait du tiers

Si un sujet promet que le tiers fera ou donnera, quels sont les effets de cette promesse ?

- à la charge du tiers ?

- à la charge du promettant ? s'oblige-t-il à faire son possible pour convaincre le tiers, ou bien est-il responsable pour le résultat ?

- dans quelle mesure est-il responsable – dommages intérêts, ou valeur de la prestation du tiers ?

Ce type de situation relève du porte-fort ou de la garantie indépendante (art. 111 CO).

En principe, le promettant n'est responsable, envers son cocontractant, que du résultat : si le résultat dont il a promis la survenance ne s'est pas réalisé, il doit des dommages-intérêts (solution présumée par l'art. 111 CO) ou la somme déterminée qu'il a promise pour cette situation.

⁵⁰ Art. 18 al. 2 CO.