

Tiers et contrat -rapport polonais pour les Journées panaméennes

Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française

Prof. Mariola Lemonnier

Prof. Jerzy Krzynówek

Université de Warmia et Mazury

Pologne

1. Stipulation pour autrui

Stipulation pour autrui est-elle acceptable? La stipulation pour autrui est soumise aux dispositions de l'article 393§1-3 du code civil polonais qui détermine les conséquences d'un contrat obligeant le débiteur à réaliser une prestation pour un tiers. Ces dispositions ont un caractère dispositif.

1.1. Modalités de l'efficacité du contrat

1.1.1. Caractéristique générale de l'institution de la stipulation pour autrui en droit polonais.

(1) Dans la stipulation pour autrui (*pactum in favorem tertii*) ses parties (le créancier et le débiteur) décident que l'une d'entre elles (le débiteur) réalisera un service pour un tiers qui ne participe pas à la formulation de cette stipulation. En résultat de cette réserve contractuelle, le tiers acquiert le droit de réclamer directement au débiteur la réalisation du service pour son compte.

(2) Selon les opinions communément partagées, la stipulation pour autrui n'a pas de caractère d'un contrat indépendant. Il s'agit plutôt d'une construction technique et juridique employée par les parties lors de la conclusion de nombreux contrats nommés et innomés. En addition, le contrat pour autrui peut accompagner des obligations qui soient différentes de celles résultantes du contrat.

(3) La stipulation pour autrui ne constitue alors qu'un élément d'un autre contrat dit contrat de base ou contrat principal ou bien qu'un élément d'un rapport de droit dit rapport de base (principal), généré par des faits juridiques autres que ce contrat.

(4) N'étant qu'un élément d'un contrat de base (ou un élément d'une autre obligation), la stipulation pour autrui devient une forme de réserve contractuelle. Cette dernière apparaît sous forme d'une clause unique ou d'un ensemble de clauses contractuelles qui servent aux parties à changer la direction de la réalisation du service; le débiteur au lieu de réaliser le service pour le compte du créancier (ce qui présente un effet habituel et normal d'une obligation) est obligé à réaliser ce service pour le compte d'un tiers.

(5) Dans la stipulation pour autrui, comme dans tout autre contrat, il y a deux parties: le créancier et le débiteur. Elles disposent des droits et des obligations mutuels afférents avant tout au contrat principal (p. ex. contrat de vente, contrat de transport ou contrat d'assurance).

La portée des droits et des obligations ci-dessus se voit pourtant modifiée par les dispositions visant la prestation du service pour autrui ajoutées par les parties.

(6) Sauf les parties du contrat liées par un rapport d'obligation résultant du *pacti in favorem tertii*, nous nous retrouvons face à un acteur additionnel – le tiers. C'est justement cette circonstance-là qui fait distinguer la construction juridique en question et qui la caractérise (d'où vient d'ailleurs le nom de l'institution – la stipulation pour autrui).

(7) L'incorporation d'un tiers à la structure du rapport d'obligation sans que ce tiers participe à sa conclusion constitue une dérogation au principe classique du droit contractuel aux termes duquel les effets d'un contrat ne peuvent viser que la sphère juridique des parties contractantes (effets *inter partes*). Par conséquent, la construction de la stipulation pour autrui est une institution au caractère exceptionnel et exige du législateur de décider s'il est possible, le cas échéant, de l'appliquer dans l'ordre juridique.

(8) L'incorporation d'un tiers à l'obligation fait naître un système tripartite (dit aussi trilatéral), bien que le tiers ne devienne jamais la partie du contrat de base (ni de stipulation pour autrui). Il participe en fait au rapport d'obligation créée par cette stipulation même s'il reste toujours au-dehors du contrat conclu par le créancier et le débiteur.

(9) La conclusion de la stipulation pour autrui permet de lier entre eux les trois rapports d'obligation suivants :

a) rapport de couverture – entre le créancier et le débiteur, dits aussi (respectivement) « le stipulant » (ou « le preneur d'une promesse ») et « le promettant ». Ce rapport ressort du contrat de base (ou d'un autre événement juridique qui a fait naître l'obligation principale), complété par la réserve de prestation pour autrui ;

b) rapport de paiement (réalisation ou prestation) – entre le débiteur (le promettant) et le tiers. Cette obligation ressort de la stipulation pour autrui comprise dans le contenu du contrat principal (ou qui accompagne l'obligation principale résultante d'un fait juridique autre que le contrat principal). Les clauses de la stipulation pour autrui obligent le débiteur à réaliser le service convenu avec le créancier pour le compte d'autrui et donnent en même temps au tiers le droit de réclamer directement au débiteur la réalisation de ce service pour son compte ;

c) rapport monétaire – entre le créancier (le stipulant) et le tiers. Cette obligation, qui existe au moment de la conclusion de la stipulation pour autrui ou qui naît au moment de la réalisation du service pour le compte d'un tiers par le promettant, explique la raison pour laquelle le service pour autrui a été réservé dans le contrat principal.

1.1.2. Relation de la stipulation pour autrui – cession de créances.

Les deux institutions entraînent le même résultat – le débiteur est tenu de rendre un service pour le compte d'une personne avec laquelle il n'a pas conclu le contrat. Néanmoins, la stipulation pour autrui confère à ce dernier le droit de prestation résultant directement du contrat conclu entre le créancier et le débiteur et non du contrat conclu entre le tiers et le créancier afin de céder les pouvoirs du créancier au tiers et en résultat duquel le tiers reprend le rôle du créancier à l'endroit de son prédécesseur comme si une cession de créance s'était produite.

1.1.3. Relation : **stipulation pour autrui – transmission.**

Les deux institutions se ressemblent beaucoup. Premièrement, la transmission – de même que *pactum in favorem tertii* – constitue une construction technique et juridique que l'on peut appliquer dans le cadre de nombreux types d'obligations. Deuxièmement – comme dans le cas de la stipulation pour autrui – la transmission entraîne la constitution d'un système de relations tripartites composé du transmetteur (équivalent du stipulant dans la stipulation pour autrui), du transmis (équivalent du débiteur) et du bénéficiaire de la transmission (équivalent du tiers). Troisièmement – pareillement à la stipulation pour autrui – des rapports entre les acteurs sont similaires. Entre le transmetteur et le transmis il y a le rapport de couverture dans lequel le transmis devient le débiteur du transmetteur ; le transmetteur et le bénéficiaire sont reliés par le rapport monétaire dans lequel le transmetteur est le débiteur du bénéficiaire de la transmission ; si le transmis accepte la transmission, un rapport de paiement s'établit entre le transmis et le bénéficiaire de la transmission. Quatrièmement, le système des rapports intervenant dans le cadre de la transmission permet à cette institution d'assumer des fonctions semblables aux fonctions de la stipulation pour autrui. Il existent pourtant des différences fondamentales entre les constructions juridiques en question. Premièrement, par rapport aux fonctions réalisées par la stipulation pour autrui, la transmission ne peut assumer que la fonction de simplification et d'accélération des opérations. En revanche, la construction de la transmission peut être utilisée pour atteindre des objectifs impossibles à atteindre par le biais de la stipulation pour autrui. Deuxièmement, contrairement à *pactum in favorem tertii*, la transmission n'est pas le contrat. C'est un acte juridique unilatéral sur le fondement duquel le transmetteur confie un mandat double : au transmis – dans le but de réaliser le service pour le compte du bénéficiaire de la transmission, et au bénéficiaire de la transmission – dans le but de recevoir la transmission de la part du transmis. L'acte juridique unilatéral du transmis n'entraîne pas l'obligation ni pour le transmis ni pour le bénéficiaire de la transmission. Ces obligations peuvent pourtant résulter des rapports de base, c'est-à-dire du rapport de couverture ou du rapport monétaire. Troisièmement, autrement que dans le cas de la stipulation pour autrui, la transmission n'est pas la source de l'obligation transmise au bénéficiaire de cette transmission. Elle ne constitue pas non plus de source de mandat confié au bénéficiaire de la transmission par rapport à la demande transmise de réaliser le service pour son compte. L'obligation du transmis envers le bénéficiaire de la transmission ne survient qu'en résultat de la réception de la transmission par le transmis à laquelle il n'est cependant pas obligé. Quatrièmement, le transmis – autrement que le promettant dans la stipulation pour autrui – ne peut invoquer à l'égard du bénéficiaire de la transmission des moyens résultant du rapport de couverture. Cinquièmement, contrairement à la stipulation pour autrui, la transmission « ne découle pas » du rapport de couverture ; la transmission « se greffe » seulement sur ce rapport (ainsi que sur le rapport monétaire), si le transmetteur se décide à employer cette construction.

Les dispositions particulières qui règlent certains contrats nommés font aussi référence à la construction de la stipulation pour autrui (art. 785, 808, 831, 908 §3 du c.c.). Elles constituent *leges speciales* par rapport à la construction réservant le service pour le compte d'un tiers.

1.1.4. Anomalie de la stipulation pour autrui.

Naît-elle du principe de liberté contractuelle ou est-elle traitée comme une solution particulière à titre exceptionnel, limitée et contraire aux principes généraux de droit civil (*ius singulare*) ?

Des normes qui prévoient la solution ci-dessus constituent *lex specialis* vu que l'acquisition du bénéfice sans consentement de la personne intéressée n'est pas autorisée. L'application de la construction de la stipulation pour autrui est acceptable – cette norme trouve son justification dans le fait que les contrats de ce type dérogent du principe selon lequel les obligations contractuelles touchent uniquement la situation juridique des parties contractantes. Étant contraires au principe fondamental, les stipulations pour autrui devraient donc être traitées comme défendues en cas de l'absence de l'article 393 du c.c. Doit-elle être explicite ? Peut-elle être implicite ? Les stipulations pour autrui ne peuvent pas être présumées. Cela ne signifie pourtant pas que l'obligation de service pour le compte d'un tiers ne devient effective que si les parties expriment leur volonté sur ce sujet *expressis verbis*. Il suffit de fixer la volonté des parties de réaliser une prestation pour autrui par la voie de l'interprétation prévue à l'article 65§2 du c.c. (volonté des parties et l'objectif du contrat convergents).

1.1.5. Stipulation pour autrui, doit-elle détenir une cause (causa) ? Cause, intérêt des parties, volonté libre. *Pactum in favorem tertii* est un élément du rapport de couverture institué, sauf réserve de service pour un tiers, par un contrat de base ou par une obligation (pécuniaire le plus souvent) résultant d'autres actes juridiques. Le rapport de couverture devient la cause juridique (*causa*) qui oblige le débiteur à une prestation pour autrui. La conclusion de la stipulation pour autrui ne nécessite pas son consentement ni sa notification. La validité et le contenu du rapport monétaire influence l'appréciation de l'avantage obtenue par le tiers. Dans l'hypothèse où cet avantage s'avérait non dû, le stipulant reste en droit de réclamer au tiers le remboursement du service réalisé par le débiteur en vertu des dispositions relatives à l'enrichissement sans cause (article 410 du c.c.). Le rapport monétaire n'entrant pas dans le rapport de couverture qui est la source d'obligation du débiteur envers le créancier et le tiers, ni le débiteur ni le tiers ne disposent d'aucun titre qui les autoriserait dans leurs relations mutuelles à invoquer le contenu du rapport monétaire. Par contre, le rapport monétaire peut être invoqué dans les relations mutuelles entre le créancier et le tiers. Il n'est pas nécessaire que le rapport monétaire existe au moment de réserver le service pour le compte d'un tiers. Il peut survenir plus tard quand le débiteur remplit son obligation envers le créancier en réalisant la prestation pour autrui. La construction *pactum in favorem tertii* permet au créancier de réaliser plusieurs objectifs : **1)** il peut se libérer de son obligation envers le tiers – *causa solvendi* constituera alors la cause juridique de l'avantage pour le compte d'autrui. Par exemple, le créancier contracte un emprunt auprès d'un tiers. N'ayant pas de moyens pour le rembourser, il décide de vendre sa voiture au débiteur et de l'obliger à verser le prix de la voiture (dont la valeur correspond au montant de l'emprunt) directement au tiers ; **2)** en contrepartie du service réalisé par le débiteur, le créancier peut essayer de demander au tiers de réaliser un service mutuel – ici c'est *causa obligandi* qui servira de cause juridique de l'avantage pour le compte d'un tiers. Par exemple, le créancier veut racheter du tiers la voiture et en même temps vendre au débiteur un tableau. Le débiteur qui paie au tiers le prix du tableau équivalent au prix de la voiture paie en même temps le prix de la voiture à la place du créancier. Ce dernier acquiert de la part du tiers le droit du service mutuel consistant à lui céder la propriété de la voiture ; **3)** le créancier veut faire un don au tiers – dans cette situation, c'est *causa donandi* qui servira de cause juridique de l'avantage. Lorsque

la prestation imposée par le prometteur au créancier ne correspond pas à la prestation imposée au créancier stipulant pour le compte du tiers, le tiers peut malgré tout accepter cette prestation de la part du débiteur sous forme de *datio in solutum*, ce qui aboutira en conséquence à une remise du rapport monétaire. Un accord entre le débiteur promettant et le tiers n'est pas exclu non plus (conclu aussi *per facta concludentia*) dans le but d'une novation de l'obligation (imposée jusqu'à présent au créancier stipulant) dans le rapport monétaire.

1.2. Quelles sont les conditions formelles de la stipulation pour autrui?

Aucune forme particulière n'est exigée pour réserver un service pour le compte d'un tiers. Des exigences concernant la forme trouvent cependant à s'appliquer aux contrats qui sont ainsi modifiés. Dans la plupart des cas, il est possible de réserver le service pour le compte d'un tiers par toute attitude des parties relevant suffisamment leur volonté. Une déclaration explicite de volonté n'est pas obligatoire si elle est comprise comme antithèse d'une déclaration implicite.

La réserve pour autrui n'est pas un type distinct de l'obligation. C'est une construction générale que l'on peut appliquer aux différents types de rapports d'obligation afin de modifier leur forme personnelle. Par conséquent, elle se réfère aux services variés dont la réalisation pour autrui exige une application des dispositions convenables (p.ex. sur la cession de la propriété et sur la conclusion d'un contrat dans le cas d'un contrat préliminaire pour autrui).

2. Les droits des tiers.

2.1. Quel droit le tiers peut-il acquérir – seulement la créance ou la propriété et les droits réels aussi ; Qu'est-ce qui est institué par la loi et qu'est-ce qui est accepté par la doctrine? Au sein de la doctrine polonaise il y a des divergences concernant la recevabilité des stipulations pour autrui qui soient différentes des contrats d'engagement, en particulier des contrats annulant l'obligation et transférant des droits. Selon l'opinion qui paraît dominante, l'article 393 du code civil n'autorise à intervenir dans la sphère d'un tiers que dans le cas des contrats imposant une prestation.

Puisque la décision sur l'obligation de réaliser la prestation pour autrui constitue un élément d'un contrat et non une déclaration unilatérale d'une des parties, sa modification ou son abrogation exigent le consentement de deux parties contractantes, sauf réserve contraire. Il est possible d'ajouter une réserve stipulant pour autrui sous forme d'un contrat entre le créancier et le débiteur joint au texte de l'engagement déjà existant indépendamment de sa source, p. ex. à une obligation résultant d'un fait dommageable.

2.2. Quels droits pour le tiers découlent du contrat? Sauf réserve contraire des parties, la stipulation imposant la réalisation d'un service pour un tiers lui confère le droit de réclamer auprès le débiteur la réalisation du service en question. C'est la forme de la stipulation pour autrui recommandée par le législateur (forme appropriée). Cela n'exclut pourtant pas la possibilité de formuler des stipulations pour autrui au caractère d'habilitation (forme inappropriée) mais cette forme de stipulation ne confère pas au tiers le droit de revendiquer la réalisation de la prestation. Elle l'autorise seulement à recevoir la prestation du débiteur en son nom mais pour le compte du créancier. En ce qui concerne le débiteur, il est tenu de réaliser le service pour le compte du tiers afin d'effectuer convenablement son

engagement et par cela de s'en libérer. Les § 2 et 3 de l'article 393 ne trouvent pas à s'appliquer à ce type de stipulations.

Lorsqu'il est impossible par l'interprétation des déclarations de volonté des parties de déterminer l'effet de la réserve relative au service pour le compte d'un tiers, il convient d'adopter l'effet plus fort, à savoir la naissance de la créance du tiers vis-à-vis le débiteur.

La réserve du service pour autrui oblige le débiteur à réaliser ce service pour le tiers. Le créancier n'est pas habilité à recevoir le service et la réalisation du service pour son compte ne restitue pas la dette envers le tiers. Dans ces circonstances, le tiers garde toujours son droit de réclamer auprès du débiteur la réalisation du service en question. La relation entre le tiers et le débiteur (le promettant) est définie par le rapport de paiement ou de réalisation. Le contenu de la réserve pour le compte d'un tiers peut viser une partie du service ou un service accessoire.

Néanmoins, le contenu de la créance du tiers et de la dette correspondante du promettant détermine l'engagement fondamental, de base, dit le rapport de couverture, entre le créancier (le stipulant) et le débiteur (le promettant). En réalisant le service pour le compte d'un tiers, le débiteur satisfait à son obligation vis-à-vis le créancier. Par conséquent, le contrat permet au débiteur d'invoquer des moyens contre le tiers.

Il est douteux que le créancier puisse revendiquer par la voie judiciaire ses droits contractuels pour le compte du tiers, c'est-à-dire intenter une action pour le compte du tiers et demander pour lui un service. La Cour suprême a décidé que le mandat matériel du créancier préjuge son mandat formel. Au dire de la CS, le tiers peut intervenir dans le procès comme intervenant auxiliaire ou former une action distincte [arrêt du 21.06.2002 : V CKN 1069/00, OSN 2003, N° 11, pos. 149]. Lorsque le service pour le compte d'un tiers n'est pas réalisé, le débiteur assume aussi la responsabilité contractuelle envers le créancier.

Entre le créancier (le stipulant) et le tiers il existe encore un autre rapport juridique – c'est le rapport monétaire. Il justifie la décision du créancier de réserver le service pour autrui. Au moment de réserver le service ci-dessus, il existe déjà sous forme d'une dette du créancier à l'égard du tiers ou bien il naît avec cette réserve ou avec la réalisation du service. Ce rapport juridique nous permet de dire que le débiteur (le promettant) réalise pour le compte du créancier (le stipulant) le service réservé au tiers ; son service fait annuler l'engagement du réservant envers le tiers.

Les droits autres que la revendication de réalisation du service, tels que droit de résiliation, droit de rétractation, garantie des défauts..., sont réservés au créancier et au débiteur (les parties contractantes), sans tenir compte du tiers. Les déclarations qui servent à effectuer ces droits sont adressées à l'autre partie contractante et non au tiers.

2.3. Personne future ou indéfinie. Le tiers pour le compte duquel la stipulation est formulée doit être indiqué. Si non, la stipulation doit au moins indiquer quelques informations de base qui permettront d'indiquer cette personne au moment de la réalisation du service. Il est efficace de préciser que la prestation sera réalisée pour le compte d'une personne indiquée par le créancier ou par un autre acteur. La personne indiquée doit jouir de la capacité juridique. Il est admissible de formuler une stipulation pour les personnes qui n'existent pas encore, sous réserve que ces personnes interviennent ou naissent. Le tiers n'est pas tenu de jouir de la capacité juridique pour obtenir la créance.

Les parties contractantes peuvent subordonner les effets de la réserve relative à la prestation pour autrui au délai fixé ou au remplissage d'une condition basée sur un comportement défini du tiers ; il est possible de lier cette condition à la réserve de garantie prévue à l'article 391 du c.c. Des stipulations pour autrui qui deviennent effectives au cas de la mort du créancier sont acceptables aussi.

Dans l'hypothèse où le tiers répondant aux critères déterminés dans la stipulation n'apparaîtrait pas ou la condition fixée ne serait pas remplie, soit l'obligation expire, soit le débiteur réalise la prestation pour le créancier si la prestation en question n'était pas étroitement liée au tiers.

2.4. Le tiers peut-il être chargé des obligations envers une ou deux parties contractantes, p. ex. lorsque le créancier du tiers cède sa créance et demande au tiers de transférer la créance, cette cession est-elle inefficace ?. Comment le tiers peut s'opposer à cette cession ? *Pactum in favorem tertii* ne confère au tiers que des droits. Il ne lui confère jamais d'obligations. Cette thèse n'est pas contredite même si le recevant et le promettant subordonnent l'acquisition d'un droit par le tiers à la réalisation par ce dernier des actions déterminées vu que cette personne ne doit pas accomplir des exigences des parties de la stipulation *in favorem tertii*. Si elle ne satisfait pas aux conditions imposées, elle n'aura pas le droit au service. La décision en ce domaine appartient au tiers qui est libre de décider quelle solution est la meilleure pour ses intérêts. Le tiers peut être chargé de certaines obligations mais uniquement en vertu du rapport monétaire, p. ex. le contrat qui est à l'origine du rapport monétaire contient aussi une réserve de service pour le compte d'un tiers (p. ex. pour le compte du promettant). Par ailleurs, les obligations du tiers peuvent découler de la loi, p.ex. conformément à l'article 786 du c.c., le destinataire d'un envoi (le tiers) est tenu de payer.

2.5. Consentement du tiers à l'acquisition du droit contractuel.

Ce consentement peut-il être implicite, quelles sont les conséquences si on refuse d'acquiescer ce droit, à qui le tiers doit-il adresser sa déclaration de volonté? Le droit du tiers à revendiquer la réalisation du service pour son compte n'a-t-il pas de caractère définitif? Les parties contractantes ont la possibilité d'annuler ou de modifier la réserve établie pour leur compte et par conséquent de ne pas laisser son effet naître (l'acquisition de la créance par le tiers n'a pas lieu). Puisque c'est un changement du contrat, les déclarations conformes de volonté des parties sont indispensables. Il n'est pas nécessaire de soumettre ces déclarations au tiers ni de le notifier. Il est admissible aussi de modifier cette question par les parties de façon à exclure le droit d'annuler la réserve ou à l'octroyer à une des parties. La doctrine n'est pas sûre que l'on puisse octroyer le droit d'annuler la réserve pour le compte d'un tiers au débiteur, ni que dans chaque cas le créancier puisse annuler indépendamment (mais pas modifier) la réserve établie pour le compte d'un tiers.

2.6. Acceptation du tiers.

La possibilité d'annuler ou de modifier la réserve cesse au moment où le tiers déclare à une des parties contractantes qu'il a l'intention de profiter de cette réserve. Le tiers peut soumettre cette déclaration avant même de signer le contrat de service pour son compte, en particulier dans le cas du contrat définissant la relation entre le tiers et le créancier (rapport monétaire). Le droit de la soumettre n'étant pas limité par aucun délai, sauf le délai indiqué

par les parties dans le contrat, est mis à terme au moment d'annulation de la réserve par les parties.

Même si le tiers déclare l'acceptation de l'avantage réservé, il est toujours possible pour les parties de résilier le contrat, de déroger au contrat sur une base contractuelle ou légale, d'échapper aux conséquences de la déclaration de volonté et d'entreprendre toute autre action visant la fin de l'obligation, et en résultat, la fin de la réserve prévoyant le service pour le tiers.

Le tiers peut-il refuser son acceptation? La doctrine est unanime sur le fait que le tiers peut refuser d'accepter l'avantage réservé pour son compte (déclarer qu'il ne bénéficiera pas du service) tant qu'il ne l'accepte. Le refus du bénéficiaire signifie qu'il n'acquiert pas le droit de réclamer la réalisation du service et qu'il ne peut plus déclarer son intention de profiter de la réserve. Le type et le caractère du service en question décident de l'impact du refus sur les relations entre le créancier et le débiteur. S'il était étroitement lié aux caractéristiques ou à la situation du tiers, l'obligation de le réaliser est mise à terme. Dans d'autres cas, le débiteur est tenu de le réaliser pour le compte du créancier.

Le pouvoir du tiers de refuser ou d'accepter la réserve fait penser aux pouvoirs structurants exécutés par la déposition d'une déclaration de volonté par n'importe quelle partie contractante. C'est ce que l'article 393§2 du c.c. statue sur la déclaration acceptant la réserve. Il est acceptable de l'appliquer aussi implicitement au refus de cette réserve. La forme des déclarations n'est pas définie. La réception du service équivaut la déposition de la déclaration d'acceptation de la réserve. On recourt ici aux dispositions concernant les déclarations de volonté, en particulier à l'exigence de capacité juridique et aux règles visant le moment de déposition d'une déclaration de volonté.

Aux termes de l'article 393§3, le débiteur (le promettant) peut opposer au tiers les moyens résultant du contrat avec le créancier. Plus précisément, il s'agit des moyens relatifs au rapport juridique entre le créancier et le débiteur modifié par la réserve du service pour le compte d'un tiers (rapport de couverture), sans envisager la source de son institution (contrat, fait dommageable, enrichissement sans cause...). On a affaire aux moyens au sens le plus large, donc à toute constatation justifiant le refus de réaliser la prestation réservée, p. ex. nullité du contrat, expiration de l'obligation, non-échéance du terme, s'abstention de réaliser la prestation réservée parce que le service mutuel n'a pas été réalisé...). Le débiteur ne peut pas invoquer envers le tiers des moyens afférents au créancier pour d'autres raisons que le rapport de couverture. Il ne peut pas avant tout compenser sa créance sur le créancier découlant d'un autre engagement. Il est pourtant en mesure de compenser sa créance envers le tiers et d'invoquer contre lui des moyens à titre des relations juridiques qui les relient.

Le délai d'expiration des créances du tiers pose quelques doutes. Il est certain que c'est le délai propre à ce type de créances. Des doutes naissent pourtant dans le cas où l'un des acteurs (créancier ou tiers) est entrepreneur – les délais d'expiration des créances prévus pour les entrepreneurs et pour autres acteurs sont différents. Ce qui décide à présent de l'expiration c'est le fait que la créance est liée à l'activité économique du tiers.

2.7. La responsabilité du tiers.

Lorsque le débiteur manque à la réalisation de la prestation ou la réalise inconvenablement, les recours en réparation peuvent être formés aussi bien par le créancier

que par le tiers, chacun à la limite du préjudice subi. Des règles relatives à la responsabilité du débiteur pour la non-exécution ou l'exécution fautive de l'obligation servent de fondement de ces recours. Dans le cas du créancier, il est acceptable aussi de compter parmi les préjudices des conséquences matérielles négatives découlant de non-annulation de son obligation envers le tiers (rapport monétaire).

Lorsque le débiteur réalise pour le compte d'un tiers le service auquel il n'a pas été obligé en raison de non-existence de la dette dans le rapport de couverture, l'obligation de remboursement de ce service au débiteur ne pèse pas sur le tiers. Pour ce dernier, c'est le service dû en raison du rapport monétaire de la part du créancier. Cependant, si le rapport monétaire avait la forme d'un avantage gratuit de la part du créancier au profit du tiers, il faudrait appliquer des règles de récupération de l'indu fondées sur le code civil et revendiquer le remboursement de cet indu au tiers. Compte tenu de l'existence du rapport monétaire, la défectuosité du rapport de couverture ne confère pas non plus au créancier le droit de réclamer auprès du tiers la récupération du service obtenu.

La non-existence ou la défectuosité du rapport judiciaire entre le créancier et le tiers (du rapport monétaire) n'affecte pas la position du débiteur vis-à-vis le créancier. Le débiteur n'acquiert pas non plus des moyens ou des revendications vis-à-vis le tiers. Par contre, le créancier acquiert le droit de réclamer au tiers le remboursement du service obtenu.

2.8. Promesse d'engagement du tiers

L'article 391 du c.c. détermine les conséquences de la stipulation pour autrui (« Lorsque la stipulation prévoit que le tiers prend un engagement défini ou qu'il réalise un service défini, celui qui a fait cette promesse sera responsable pour le préjudice subi par l'autre partie au cas où le tiers refuserait de prendre cet engagement ou ne réaliserait pas le service. Il peut, le cas échéant, se libérer de l'obligation de réparation du dommage en réalisant le service promis. » La disposition citée ayant le caractère dispositif, les parties sont libres de formuler autrement le rapport juridique. La stipulation appartient au groupe de contrats au caractère de garantie. Le débiteur (le garant) court le risque au cas où le tiers ne se comporterait pas conformément aux espérances du créancier, c'est-à-dire au cas où l'engagement ne serait pas pris ou le service ne serait pas réalisé. La prise d'engagement par le tiers crée un rapport d'obligation par la soumission de la déclaration de volonté (conclusion du contrat ou exécution d'un acte juridique unilatéral et contraignant) ou par une autre activité, p. ex. suivi des affaires des autres sans mandat. La réalisation du service est une attitude contraignante dans le cadre du rapport d'obligation découlant d'une source quelconque. En absence des règlements limitant la portée des garanties, le contrat de garantie assure non seulement la réalisation du service mais aussi sa réalisation correcte, c'est-à-dire l'exécution convenable par le tiers de toute obligation revenant à sa dette. La portée de la responsabilité du débiteur ne peut être limitée qu'aux certaines formes de non-exécution ou d'exécution fautive du service. La stipulation qui, le cas échéant, peut aussi faire référence à un engagement qui n'existe pas encore garantit de le prendre.

On suppose que « la stipulation » démontre un élément supplémentaire d'un contrat de base prévoyant un engagement entre le débiteur (le garant) et le créancier (le bénéficiaire). Cela signifie qu'à part des effets prévus à l'article 391 du c.c., l'obligation d'exécution de la prestation par le débiteur est supprimée du contrat modifié auparavant par une stipulation prévoyant la prestation par autrui et par le consentement de réaliser cette prestation par un tiers. En résultat de cette solution, des contrats autonomes (garanties autonomes, surtout

bancaires) restent en dehors du champs d'application de cette disposition. C'est qui est de plus, le débiteur obtient la possibilité d'invoquer les moyens contractuels.

La stipulation contraignant à l'engagement ou à l'exécution de la prestation par autrui ne nécessite aucune forme particulière, sans tenir compte si l'acte juridique garanti par le débiteur se réserve une forme particulière.

La stipulation peut être gratuite ou bien conférer au débiteur une rémunération de la part du créancier à titre de sa promesse.

La stipulation par autrui n'a aucun effet sur les tiers. Ces derniers ne sont pas obligés à prendre un engagement ni à réaliser la prestation. Le créancier (le bénéficiaire) ne dispose d'aucune action contre le tiers. Son attitude équivaut pourtant la condition de responsabilité du débiteur.

La conclusion du contrat fait créer l'obligation du débiteur de réparer le préjudice subi par le créancier parce que le tiers ne s'est pas comporté de façon garantie par le débiteur. Le garant n'est pas responsable pour le tiers (par opposition au répondant), ne réalise pas sa prestation, mais il réalise sa propre prestation prévue au cas où le tiers ne se comporterait pas comme c'était convenu (pareillement à l'engagement de l'assureur, le contrat prévu à l'article 391 est traité comme fortuit). Il s'agit de la responsabilité pour l'absence d'un fait défini (d'un effet) alors le garant ne peut pas s'en libérer en démontrant d'avoir fait tout que possible pour inciter le tiers à prendre un engagement ou à exécuter une prestation.

Le débiteur (le garant) sera responsable de la prestation si les conditions suivantes sont réunies : le tiers ne s'engage pas ou n'effectue pas la prestation (indépendamment de la cause subjective ou objective) fixée dans le contrat entre le débiteur et le créancier, le créancier subit un préjudice causé par le comportement du tiers manquant aux stipulations du contrat.

Lorsque le garant ne répond que pour la non-exécution de la prestation, sa responsabilité à ce titre ne voit pas le jour si l'obligation de prestation par autrui n'existe pas – l'obligation du tiers envers le créancier n'a pas été formulée à cause de nullité absolue du contrat. Par contre, lorsque l'efficacité de l'obligation du tiers dépend de quelques autres conditions réunies (surtout en cas de nullité absolue d'un acte juridique), l'engagement du garant est contraignant. La responsabilité du garant n'entre pas non plus en jeu lorsque l'engagement qu'il assure arrive à l'expiration en raison de désendettement ou de renouvellement, *datio in solutum* ou de toute autre cause assurant la couverture du créancier.

Dans le cas d'une stipulation qui garantit la prise d'un engagement, la responsabilité du débiteur n'est pas engagée si le tiers n'était pas en mesure de le prendre efficacement à cause d'un obstacle pertinent – absence de capacité juridique (absence d'un acteur susceptible de s'engager), acte planifié contradictoire à la loi, impossibilité de prestation. Si les circonstances empêchant l'engagement efficace du tiers étaient connues du tiers au moment de la conclusion du contrat avec le créancier, sa responsabilité d'indemnisation peut être engagée dans les limites de l'intérêt contractuel négatif fondé sur la faute contractuelle.

Le débiteur est tenu de réparer le préjudice mais sa prestation intervient sous forme monétaire. Si le débiteur garantit que le tiers prend un engagement, il est tenu de réparer le préjudice subi par le créancier lorsque le tiers refuse de s'engager dans les limites de l'intérêt contractuel négatif (le cas pareil au préjudice entraîné par non-exécution du contrat

préliminaire). Le préjudice ci-dessus englobe des pertes du créancier et des bénéfices perdus liés par un lien de causalité à son comportement motivé par sa recherche d'un engagement. Il englobe alors des préjudices liés à la conclusion du contrat de garantie et aux préparatifs de conclure le contrat avec un tiers. L'indemnisation ne vise pas les préjudices subis par le créancier en résultat des actions entraînant l'exécution de l'obligation fixée ni les bénéfices perdus à cause de sa non-exécution. Cependant, si le contrat stipule la garantie d'exécution de la prestation par autrui, le garant est tenu de réparer le préjudice subi par le créancier à cause de non-exécution de cette prestation. Le préjudice en question peut englober aussi, sauf la valeur de la prestation, autres dégâts sur le patrimoine du créancier résultant logiquement de non-exécution de la prestation par le tiers.

Dans ce cas, le débiteur jouit de l'autorisation en alternance (*facultas alternativa*). Il peut choisir de se libérer de son obligation d'indemnisation en réalisant la prestation réservée au tiers (le créancier n'a pas cependant le droit d'exiger du débiteur l'exécution de cette prestation). Ce n'est pas possible lorsque l'exécution de la prestation promise s'avère contradictoire au contrat ou aux caractéristiques de cette prestation (prestations strictement personnelles).

Le rapport juridique entre le débiteur (le garant) et le tiers, justifiant la responsabilité du garant pour cette personne, reste sans pertinence pour l'engagement analysé. Le débiteur n'est pas en droit d'invoquer contre le créancier le contenu du rapport juridique qui le lie au tiers. Le contenu de ce rapport décide pourtant si le garant peut exiger du tiers le remboursement de la prestation effectuée. Au cas où le rapport juridique entre le débiteur et le tiers ne le garantirait pas, les revendications du garant s'appuieront sur l'enrichissement sans cause. En payant l'indemnisation ou en réalisant la prestation fondée sur l'autorisation en alternance, le garant n'entre pas dans les droits du créancier couvert puisqu'il satisfait à sa propre obligation.