

COMMENT LA THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS NE RÉSISTE PAS À LA PRATIQUE DES AGENCES DE RECOUVREMENT ET DES AGENCES D'ÉVALUATION DU CRÉDIT

Vincent Caron¹

*Pour sauver son crédit, il faut cacher sa perte
Jean de La Fontaine, La Chauve-souris, le Buisson et le Canard²*

À partir du moment où sa créance est exigible, le créancier dispose d'un certain temps pour exercer ses droits. Après quoi, il perd son droit de créance. Par l'effet de la prescription extinctive, l'obligation jusqu'alors civile, devient ensuite naturelle et le paiement de la dette devient tributaire du bon vouloir du débiteur. Il s'agit là d'une lapissade pour quiconque connaît un tant soit peu le droit civil. Toutefois, à l'instar d'une boussole placée près d'un aimant, la théorie des obligations (du moins en droit québécois) perd le Nord devant le recours aux agences de recouvrement et d'évaluation du crédit. Plusieurs notions fondamentales du droit des obligations sont alors tout simplement broyées: prescription extinctive, exception d'inexécution, paiement sous protêt, faculté de résiliation unilatérale pour le consommateur.

Avant d'observer ce massacre, il importe de définir ce qu'est une agence de recouvrement ainsi qu'une agence d'évaluation du crédit. Une **agence de recouvrement** désigne «une personne qui, personnellement ou par l'entremise d'un représentant et moyennant rémunération, recouvre, tente ou offre de recouvrer une créance pour autrui»³. Pour sa part, une **agence d'évaluation du crédit** (aussi appelé bureau de crédit) conserve les antécédents en matière de crédit de millions de personnes. Ces dernières sont présentes dans près d'une centaine de pays dans le monde. Le dossier de crédit d'une personne, aussi désigné sous le vocable «fiche de crédit, *credit scoring* ou cote de crédit» sert aux prêteurs pour accepter ou refuser de consentir du crédit (ex: vendeur à tempérament, bailleur). Les marchands, les émetteurs de cartes de crédit ainsi que les institutions bancaires envoient régulièrement aux agences d'évaluation du crédit des renseignements au sujet de transactions financières effectuées par les consommateurs. Au Canada, les informations sont compilées de la sorte:

R1	Paie (ou a payé) dans les 30 jours de la date d'échéance ou pas plus d'un paiement en retard.
R2	Paie (ou a payé) dans les 30 jours de la date d'échéance ou pas plus de 60 jours ou de deux paiements en retard.
R3	Paie (ou a payé) dans les 60 jours de la date d'échéance ou pas plus de 90 jours ou de trois paiements en retard.
R4	Paie (ou a payé) dans les 90 jours de la date d'échéance ou pas plus de 120 jours ou de quatre paiements en retard.

¹ Avocat et professeur agrégé à la Faculté de droit (Section de droit civil) de l'Université d'Ottawa.

² Pour une illustration contemporaine, voir: *Houle c. Banque MBNA Canada*, 2007 QCCQ 15743.

³ Art. 1 *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, RLRQ, c. R-2.2.

R5	Compte accuse toujours au moins 120 jours de retard, mais non classé 9.
R7	Effectue des versements régulièrement en vertu d'une entente particulière pour régler les dettes.
R8	Reprise de possession (volontaire ou involontaire, retour de la marchandise).
R9	Mauvaise créance, placée en recouvrement; déménagé sans avoir donné de nouvelle adresse ou une faillite.

De ce classement, il importe surtout de retenir une chose; une créance placée en recouvrement occupe le même rang qu'une faillite.

Une agence d'évaluation du crédit établit également le pointage de crédit d'une personne, également appelé «pointage de stabilité financière». Selon le Bureau de la concurrence (du Canada), le pointage de crédit est un **jugement** porté sur la santé financière d'une personne à un moment précis. Il est un indicateur du risque que représente un consommateur par rapport à d'autres, pour les prêteurs. La façon dont le pointage de crédit est calculé demeure nébuleuse. Il s'agit d'un **jugement privé**, voire d'un jugement par défaut où la seule version des faits entendue est celle des créanciers. Les informations inscrites ne sont d'ailleurs pas toujours exactes. Ce jugement privé n'obéit donc pas au principe *audi alteram partem*⁴. Certes, le consommateur peut demander à ce qu'une note explicative soit jointe à son dossier, mais sera-t-elle véritablement prise en compte par les créanciers? Concrètement, ce mécanisme met en place un système de justice parallèle: ce n'est plus tant la créance qui est contrôlée par les tribunaux judiciaires que la dette par des acteurs économiques privés. Selon la Cour du Québec, «les agences de recouvrement de crédit ont un rôle important, voire même capital, dans l'équilibre économique d'une société»⁵. La mise en place de ce système parallèle peut s'expliquer par une mouvance de l'économie de créance à une économie de dette. Que l'on songe au taux d'endettement moyen des ménages canadiens, qui bon an mal an, avoisine les 160%, tel que rappelé chaque printemps. L'histoire occidentale de la création de certains mécanismes suit d'ailleurs cette tendance. Alors que la cession de créance fût finalement admise en droit romain (ou du moins accompli par le biais d'une novation par changement de dette), le droit civil moderne tant maintenant à reconnaître la validité de la cession de contrat et même de la cession de dette. Ce qui n'aurait pas été concevable autrefois.

Devant la mise en place d'un tel système de justice parallèle, il devient de plus en plus périlleux pour le débiteur d'exercer son droit à l'**exception d'inexécution** à l'égard d'une grande entreprise qui n'exécute pas pleinement ses obligations⁶. En effet, cette dernière pourra alors envoyer la créance à une agence de recouvrement qui elle-même se chargera d'informer l'agence d'évaluation du crédit que la créance est en recouvrement, procurant ainsi la mention R-9 si fatale au dossier du consommateur. Cette mention est donc une véritable Épée de Damoclès qui plane sur la tête du débiteur contestant une créance⁷. Dans certains cas, les tribunaux ont même reproché au débiteur de ne pas avoir payé sous protêt⁸. Or, le **paiement sous protêt** est un moyen préventif à la disposition du débiteur et non pas une obligation

⁴ *Nadler c. Rogers Communications inc.*, 2014 QCCQ 5609, par. 78: «Toute mention portée à un dossier de crédit a pour but d'aviser les créanciers potentiels d'un débiteur du risque financier qu'il présente».

⁵ *Deslauriers c. Bell Mobilité*, 2013 QCCQ 10082, par. 68.

⁶ *Rousseau c. Telus Communication inc.*, 2013 QCCQ 3802, par. 11; *Rochon c. Agence de recouvrement CBV*, 2015 QCCQ 10112.

⁷ *La Rochelle c. Bell Canada*, 2013 QCCQ 9265.

⁸ *Jananji c. Home Depot Canada*, 2015 QCCQ 4226; *Nadler c. Rogers Communications inc.*, 2014 QCCQ 5609.

préjudicielle. Il y a donc ici un véritable renversement du fardeau judiciaire, car ce n'est plus au commerçant à prendre un recours pour être payé, mais bien au débiteur pour être remboursé. Par le fait même, il y a un renversement du fardeau de preuve; ce n'est alors plus au commerçant à démontrer sa créance, mais bien au débiteur à prouver qu'il a payé un indu⁹.

D'autres mécanismes, telle la **faculté de résiliation unilatérale** accordée au consommateur est également menacée: insatisfait de voir le client résilier unilatéralement le contrat, certains commerçants n'hésite alors pas à facturer d'exorbitante pénalité ou à mandater une agence de recouvrement¹⁰. Cette dernière inscrit alors cette dette au dossier de crédit du consommateur¹¹.

Les règles entourant le **paiement** se retrouvent également altérées. Selon l'art. 1590 C.c.Q., «L'obligation confère au créancier le droit d'exiger qu'elle soit exécutée entièrement, correctement et sans retard». Par le biais d'agences de recouvrement, certains créanciers exigent, à tort, un double paiement¹². D'autres encore, ne sont parfois pas en mesure d'expliquer leur compte au client¹³, facturant par la même occasion des frais sans droit au débiteur¹⁴. Le recours aux agences de recouvrement et de notation de crédit soulève la question du caractère libre et volontaire du paiement¹⁵ en plus de fragiliser le droit du débiteur à opposer la compensation légale au créancier¹⁶.

Le besoin du consommateur de conserver intact son dossier de crédit pervertit également les règles entourant le **mandat**. À l'égard du tiers, le mandant est normalement responsable du manque de communication avec son mandataire. Le recours aux agences de recouvrement fait en sorte que le consommateur puisse faire les frais du manque de communication entre le créancier et son mandataire¹⁷. Dans la même veine, le recours aux agences de recouvrement menace le principe du **respect de la parole donnée**. Par exemple, à l'achat d'un bien, un commerçant accorde une note de crédit de 100 \$ au consommateur. Ce montant n'apparaîtra jamais sur l'état de compte et le commerçant mandate une agence pour recouvrer ce montant¹⁸. Dans d'autres cas, le mandant n'honore pas les engagements de son mandataire et, afin de s'en dédire, use de la force en transférant le dossier à une agence de recouvrement¹⁹.

⁹ Si le client conteste le montant réclamé pour les services, l'entrepreneur a le fardeau de prouver la valeur raisonnable des travaux effectués. Ce fardeau se retrouve toutefois inversé si l'entrepreneur mandate une agence de recouvrement: *Giacomin c. Plomberie Exclusive inc.*, 2015 QCCQ 11988.

¹⁰ *Auger (Clinique médicale Bromont) c. Bell Canada*, 2010 QCCQ 6352; *Mathieu c. Shaw Direct*, 2016 QCCQ 490; *Breault c. Gestion Dreymax inc.*, 2011 QCCQ 3171.

¹¹ *Sharif c. Nautilus Plus inc.*, 2017 QCCQ 6229; *Phaneuf c. Fido Solution*, 2018 QCCQ 1973.

¹² *Liberge c. Citifinancière Canada inc.*, 2012 QCCQ 128; *Shanker c. Banque Scotia*, 2012 QCCQ 6867.

¹³ *Fréchette c. Rogers*, 2011 QCCQ 1348.

¹⁴ *Cherbal c. Microcell Solutions inc. (Fido)*, 2006 QCCQ 1793; *Perreault c. Entreprise Location d'autos*, 2016 QCCQ 3293.

¹⁵ *Cherbal c. Microcell Solutions inc. (Fido)*, 2006 QCCQ 1793, par. 36 et 37: «un représentant de l'Agence de recouvrement, qui lui avait conseillé d'acquitter la facture du 22 mars, en attendant le règlement de son dossier, pour ne pas affecter son crédit. Il ressort de la preuve que, le même jour, le demandeur paya le montant précité à l'agence de recouvrement».

¹⁶ *Sylvain c. Sears Canada*, 2009 QCCQ 14850.

¹⁷ *Fréchette c. Rogers*, 2011 QCCQ 1348; *Olteanu c. Zellers inc.*, 1999 CanLII 10695 (QC CQ); *Kellil c. GMAC Leaseco Corporation*, 2014 QCCQ 1789; *Duranleau c. Telus Mobilité*, 2010 QCCQ 6582; voir aussi: *Girard c. 9135-2435 Québec inc. (Gestion Belgarde)*, 2011 QCCQ 576 pour ce qui est de la mise sous séquestre du créancier et *Larouche c. Jonquière (Ville de)*, 2002 CanLII 39197 (QC CQ).

¹⁸ *Sylvain c. Sears Canada*, 2009 QCCQ 14850.

¹⁹ *Truong c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2005 CanLII 44457 (QC CQ); *Alix c. Bell Mobilité inc.*, 2007 QCCQ 10137.

Autre exemple, la commis du commerçant promet au consommateur un financement à 0% d'intérêt pour l'achat de biens. Lorsqu'il reçoit son compte, le consommateur constate un taux d'intérêt de 10%. Des complications s'en suivent et le dossier est alors transféré à une agence de recouvrement²⁰. Dans ces cas, le recours aux agences de recouvrement fragilise le respect de la parole donnée ainsi que la force obligatoire du contrat²¹.

Ultimement, la **liberté contractuelle** se retrouve menacée. En effet, le recours aux agences de recouvrement est parfois une tactique permettant d'arracher un consentement que ce soit sur le choix de contracter ou non, ou sur certaines modalités du contrat²². Le consentement qui n'a alors pu être obtenu librement lors de phase précontractuelle sera obtenu rétroactivement en cours d'exécution par la menace du recours aux agences de recouvrement. À titre d'exemple, un client refuse de renouveler, à un prix plus élevé, sa publicité dans les «Pages jaunes». Le prestataire de services met le client devant le fait accompli en imprimant la publicité, sans son consentement, et lui envoie la facture par la suite. Le client refuse alors de payer et le prestataire de service transmet sa créance à une agence de recouvrement par la suite²³. Enfin, la peur engendrée par le spectre d'avoir une agence de recouvrement à ses trousses ainsi que la mention R9 au dossier de crédit peut couvrir la nullité du contrat pouvant résulter d'un vice de consentement lié à l'inexécution de l'obligation de renseignement²⁴.

Certains créanciers dont le droit d'action est prescrit cèdent tout de même leurs créances à une agence de recouvrement²⁵. S'agit-il alors d'une véritable cession de créance? Toujours est-il, que le créancier ayant perdu sa créance en raison de la **prescription extinctive** peut tout de même faire inscrire la mention R9 au dossier de crédit du débiteur. Alors qu'autrefois, le débiteur pouvait dormir sur ses deux oreilles (seule sa conscience pouvait le tourmenter), il est maintenant marqué au même titre qu'un failli. La normativité des faits, ce que le professeur Tancelin nomme à juste titre la loi de la jungle²⁶, fait tout simplement perdre au débiteur le bénéfice de la prescription extinctive acquise en sa faveur. Cette mention R9 n'est pas banale, car le taux d'endettement moyen des ménages canadiens en 2016 était de 168%²⁷. Concrètement, la mention R9 dans un dossier de crédit peut empêcher le débiteur de se trouver un logement, le priver d'obtenir un prêt hypothécaire, sans compter que plusieurs assureurs utilisent le dossier de crédit pour accepter ou refuser un risque ou pour fixer le montant de la prime. Alors que le dossier de crédit et le recours aux agences de crédit sont des procédés permettant au créancier de contourner les effets de la prescription extinctive, ses effets sont toutefois odieux à l'égard de la personne que l'on tient à tort comme partie

²⁰ *Brais c. Sears Canada inc.*, 2009 QCCQ 4171.

²¹ *Laperrière c. Microtec Securi-T Inc.*, 2004 CanLII 17759 (QC CQ), par. 29: «espérant sans doute que les pressions qu'elle exercerait sur [le débiteur] en viendraient finalement à bout»; *Munoz c. Bell Mobilité inc.*, 2007 QCCQ 1031.

²² *Auger (Clinique médicale Bromont) c. Bell Canada*, 2010 QCCQ 6352.

²³ *Louis c. Groupe Pages jaunes*, 2015 QCCQ 859, par. 22.

²⁴ *Paré c. ACN Canada*, 2011 QCCQ 11129.

²⁵ *Lindsay c. Services Contact ressources*, 2009 QCCQ 1273; *Martel c. Agence de recouvrement Global inc.*, 2013 QCCQ 182, par. 8: «Par ailleurs, même si Martel estime la réclamation de JPMorgan Chase Bank prescrite, cela n'empêche pas la créancière d'avoir des prétentions opposées et de chercher à recouvrer sa créance alléguée par une agence de recouvrement»; *Dupoux c. Société Telus Communications*, 2015 QCCQ 6646, par. 39 note 14: «Le représentant de CBV témoigne que la prescription ne constitue pas, en soi, un motif justifiant que cessent ses mesures de recouvrement d'une créance».

²⁶ Maurice Tancelin, «L'acte unilatéral en droit des obligations ou l'unilatérisation du contrat» dans Nicolas Kasirer (dir.), *La solitude en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, p. 213.

²⁷ Comparer à 150% en 2011: Statistique Canada, *L'endettement des ménages au Canada*, 2012.

débitrice. En effet, la personne importunée peut penser que le problème est résolu (notamment en se fiant au propos tenu par l'un des mandataires de l'agence de recouvrement), mais celui-ci est susceptible de revenir, comme le phénix qui renaît de ses cendres, à tout moment, même dix ans plus tard. Dans ces cas, l'effet de la prescription extinctive est favorable aux institutions financières puisque la personne réclamée à tort n'a alors pu poursuivre le responsable²⁸.

Les agences de recouvrement et de notation de crédit brouillent également la boussole des tribunaux en ce qui a trait à la **responsabilité civile**. Alors que cette dernière s'établit selon le triptyque faute-dommage-lien de causalité, les tribunaux exigent parfois plus que la démonstration d'une simple faute, c'est-à-dire le comportement s'écartant de la norme de conduite d'une personne raisonnable. C'est ainsi que la Cour du Québec écrivait «Pour donner ouverture à ces recours, les tactiques et les pressions utilisées pour obtenir le recouvrement extrajudiciaire des créances doivent donc être „indues”, „inadmissibles” ou „abusives”, c'est-à-dire „injustifiées”, „inacceptables” ou „intolérables”. Ces restrictions ont notamment été codifiées à l'article 7 C.c.Q.»²⁹. Pour une raison inconnue, le fardeau de preuve est alors passé de l'établissement d'une simple faute à l'établissement d'un abus de droit³⁰. Dans les faits, il est difficile pour le justiciable d'effectuer cette démonstration dans la mesure où la bonne foi se présume (art. 2805 C.c.Q.).

Conclusion

Devant toutes ces perturbations, on peut se demander si l'arbitrage de consommation, présenté ces dernières années comme le messie salvateur du droit, peut vraiment améliorer le sort du consommateur. Pour contrer ces dérives, le législateur a adopté la *Loi sur le recouvrement de certaines créances* à la fin des années 70. Et bien, le recouvrement de créance a su résister à l'adage *nemo censetur ignorare legem*. En effet, la Cour du Québec a excusé une entité (fusionnée depuis à la HSBC) de ne pas connaître la *Loi sur le recouvrement de certaines créances* puisque celle-ci était en vigueur depuis seulement près de 20 ans³¹!

En droit romain, le débiteur qui ne payait pas son créancier pouvait devenir son esclave. Les mœurs se sont ensuite adoucies laissant place à l'emprisonnement civil pour le non-paiement d'une dette. Bon nombre de pays ont abandonné cette idée de sorte qu'en cas d'inexécution, la contrainte n'est maintenant plus sur le corps, mais sur le patrimoine. Les biens du débiteur constituent ainsi le gage commun de ses créanciers³². Retour des temps anciens, la mention R9 dans le dossier de crédit du débiteur a plutôt l'effet de la **mort civile**, le mettant ainsi en marge de la société économique³³.

²⁸ *Cristescu c. Future Shop*, 2014 QCCQ 13817.

²⁹ *Compagnie de finance Household du Canada c. Robillard*, 2001 CanLII 10346 (QC CQ), par. 53.

³⁰ *Duranleau c. Telus Mobilité*, 2010 QCCQ 6582.

³¹ Vincent Caron, «Loi sur le recouvrement de certaines créances, loi d'ordre public à temps partiel», (2018) 96-3 *R. du B. can* 565.

³² Art. 2644 C.c.Q.

³³ D'autres encore pourraient y voir des ressemblances avec le roman *La lettre écarlate* (*The Scarlett Letter*) de Nathaniel Hawthorne: la mention R9 permettant d'identifier le débiteur infidèle ayant trahi son engagement; *Dupoux c. Société Telus Communications*, 2015 QCCQ 6646, par. 39: «Madame Dupoux, **ne parvenant pas à laver son nom** de cette tache qu'elle ne méritait pas, **s'est même résolue à demander un nouveau numéro d'assurance sociale**. Il s'agit là d'une mesure extrême qui démontre bien l'ampleur du désarroi que lui cause la résurgence de ces mesures illégales de recouvrement d'une dette qui, tout en étant par ailleurs manifestement prescrite, n'est même pas la sienne». (soulignement ajouté).

REMÈDES CONTRE UNE INEXÉCUTION INEXISTANTE *OU DU RISQUE D'IGNORER,* *AU NOM DE L'OPPOSABILITÉ, LES LIMITATIONS* *IMPOSÉES PAR L'EFFET RELATIF* *DU CONTRAT – ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ*

Mihai David*

Liminaires

Toute approche juridique de l'inexécution part de la prémisse de l'obligation préexistante: l'évocation de l'inexécution serait pour le moins paradoxale en l'absence de ce-qui-était-à-exécuter¹. „L'inexécution” n'est pas une notion qui ait une signification neutre dans une perspective juridique, son régime est à prendre en compte lorsque les choses ne se sont pas passées comme il aurait fallu. Pourquoi? Parce qu'une norme juridique – fût-elle légale ou conventionnelle – prescrit un certain comportement pour une situation donnée et ce comportement n'a pas été observé par le sujet de droit visé.

En matière contractuelle, l'inexécution décrit l'hypothèse où la partie contractuelle, en qualité de débiteur, a omis d'accomplir une, plusieurs, voire toutes les obligations qu'elle avait assumées par contrat. Une fois de plus sont concernés le débiteur et l'obligation qui lui incombait.

Le droit civil est d'ailleurs aussi imaginatif que possible lorsqu'il s'agit de créer divers moyens de contrebalancer les conséquences de l'inexécution. Naturellement, ceux-ci ont été et sont d'habitude conçus de façon à viser le débiteur contractuel et se veulent sinon une antidote, du moins un remède ou une sanction² de l'inexécution de l'/ des obligation(s) contractuelle(s).

* Maître-assistant à la Faculté de Droit de l'Université „Babeş-Bolyai” de Cluj-Napoca, Roumanie, (mdavid@law.ubbcluj.ro).

¹ „Inexécution – non-accomplissement d'une obligation qui peut être total ou partiel, résulter d'une omission ou d'une initiative, être dû à une faute de la part du débiteur (inexécution fautive) ou à une cause étrangère (inexécution fortuite)” (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., PUF, Paris, 2007).

² Nous distinguons les trois catégories de modalités de (re)équilibrer la situation contractuelle à partir du fait que l'antidote suppose une réaction *a priori*, en permettant de prévenir les conséquences d'un éventuel non-respect du contrat, alors que le remède ou la sanction (telle la résolution ou la responsabilité contractuelle) interviennent *post factum*, dans une tentative de contrebalancer tout le contexte contractuel.

Dans la première catégorie, il se trouve des mécanismes telle l'exception d'inexécution. Par exemple, l'article 1694, al. 1 du Code Civil Roumain établit que: „Lorsque l'obligation de paiement du prix est affectée d'un délai et que, depuis la vente, l'acheteur est devenu insolvable ou que les sûretés accordées au vendeur ont diminué, le vendeur peut suspendre l'exécution de l'obligation de délivrance tant que l'acheteur n'offre pas la garantie qu'il va payer le prix à la date convenue”. (Toutes les traductions du Code civil roumain ont été reprises de D. Borcan, M. Ciuruc, *Nouveau Code Civil Roumain. Traduction Commentée*, Paris, éd. Dalloz, 2013).

De façon évidente, le texte reproduit déroge de l'ordre d'exécution des obligations institué par l'art. 1693 du Code Civil Roumain (voir aussi l'art. 1555 du Code Civil Roumain), en rendant possible l'invocation de l'exception d'inexécution. On ne doit pas se laisser induire en erreur par l'apparente possibilité du vendeur d'invoquer les dispositions de l'article 1694, al. 1 du Code Civil Roumain avant l'échéance de l'obligation de l'autre: l'art. 1417, al. 1 du Code Civil Roumain institue la déchéance du débiteur du bénéfice du délai suspensif justement dans les hypothèses envisagées par l'article 1694, al. 1. Par conséquent, nous parlons de deux obligations contractuelles corrélatives et échéantes qui – lorsqu'on ne stipule pas un ordre d'exécution, assurent les prémisses de l'invocation de l'exception d'inexécution.

En ce qui suit, nous nous proposons de formuler quelques hypothèses, en quelque sorte atypiques, où – bien qu'on entrevoie la sanction – celui qui est visé (un tiers) n'est pas le débiteur dont l'obligation contractuelle n'a pas été exécutée.

(A) Étude de cas. L'acte de disposition conclu en violation d'une promesse antérieure de vente

Le point de départ de notre analyse est constitué par l'hypothèse de contrats successifs qui présentent le spécifique que la conclusion du second semble rendre impossible, en tout ou au moins en partie, l'exécution ou la production des effets du contrat initial.

Nous allons donc nous arrêter sur le cas où la promesse (unilatérale) de vente d'un immeuble est suivie de l'aliénation du bien, consentie par le propriétaire au bénéfice d'un tiers. L'éternelle question qui se pose dans une pareille situation: si et comment seront sanctionnés le promettant et le tiers, respectivement ce qu'il arrivera du contrat (de vente, d'échange etc.) translatif de propriété – ou constitutif d'un démembrement ou d'une hypothèque – par lequel ces derniers ont rendu impossible le transfert du droit de propriété libre de charges, transfert auquel s'était engagé antérieurement le promettant.

Certes, la façon de formuler la question laisse déjà voir une interprétation de la situation dans son ensemble, interprétation qui va influencer aussi la réponse finale. Plus exactement, *la question conçue de cette façon part de la prémisse sous-entendue que l'acte subséquent est opposable au bénéficiaire de la promesse de vente. Seulement ainsi cet acte sera-t-il susceptible de générer l'impossibilité d'exécution de la promesse*, bien que – par hypothèse – il ait été conclu sans la prise en compte de l'avant-contrat lequel, à son tour, était opposable au tiers acquéreur. Cependant, *ne pourrait-on pas soutenir (aussi) que, en l'espèce, le contrat translatif de propriété soit inopposable au bénéficiaire de la promesse antérieure justement parce que la promesse était déjà opposable au tiers acquéreur à la date à laquelle celui-ci a conclu son contrat?*

Une réponse affirmative à cette question rendrait inutile l'invocation de la prétendue obligation du tiers de ne pas violer la situation juridique préexistante: celui-ci serait purement et simplement dépourvu du pouvoir juridique qui lui permette la violation de l'acte antérieur. Évidemment, **l'institution d'une obligation se justifie seulement pour celui qui a le pouvoir de ne pas respecter le comportement prévu par la norme**: ce serait tout à fait inutile d'instituer l'obligation d'un certain comportement à la charge de quelqu'un qui dès le début n'avait pas l'aptitude d'agir d'une autre manière³.

D'autre par, l'art. 1722, al. 1 du Code Civil Roumain établit que: „L'acheteur qui apprend l'existence d'une cause d'éviction est en droit de suspendre le paiement du prix jusqu'à la cessation du trouble ou jusqu'à ce que le vendeur offre une garantie suffisante”.

Il ne s'agit pas d'une «exception d'inexécution» typique, du simple fait qu'il s'agit du non-accomplissement total ou partiel d'un effet du contrat (le transfert d'un droit préexistant), nullement de l'inexécution d'une obligation du vendeur.

Le moyen est un *a priori* même s'il devient relevant après le moment où le transfert du droit est supposé avoir opéré et l'obligation de paiement du prix est devenue elle aussi échéante. Et ce parce que – de même que l'exception classique d'inexécution – il permet à la partie qui s'en prévaut d'éviter l'exécution de sa propre obligation. Bien plus, l'art. 1722, al. 1 du Code Civil Roumain permet le refus légitime d'exécution de l'obligation de paiement du prix, ayant pour justification suffisante le risque d'une éventuelle éviction dont la cause n'est pas encore connue/ établie avec certitude.

³ Voilà pourquoi, par exemple, *on ne parle pas de «l'obligation» des tiers de ne pas aliéner le bien d'autrui*. Justement parce qu'un tel acte de disposition entrerait dans la zone d'exclusivité que son droit assure au

Avant de détailler, nous tenons à préciser que l'analyse resterait, de notre point de vue, inchangée y compris au cas où le contrat initial serait un pacte d'option réglementé par le Code civil roumain actuel⁴, d'après le modèle du Code civil italien⁵. Nous considérons que la différence entre la promesse unilatérale de vente et le pacte d'option dans la perspective des effets juridiques produits – le bénéficiaire acquérant un droit de créance, respectivement un droit potestatif – n'affecte pas la réponse à la question soulevée plus tôt.

On pourrait s'entendre répliquer qu'il s'agirait d'une concurrence entre un droit personnel – fût-il un droit de créance ou un droit potestatif – et un droit réel (la propriété, le démembrement ou la garantie réelle) acquis par le contrat subséquent. Nous apprécions comme irrelevante une telle distinction du simple fait que le droit réel n'est pas *plus* opposable que le droit personnel.

L'opposabilité n'est pas susceptible de degrés de comparaison: un droit subjectif est ou n'est pas opposable vis-à-vis d'un tiers⁶. Certes, les limites dans lesquelles peut être violé un droit opposable, respectivement la manière de sanctionner une telle violation peuvent varier, mais cette question va être présentée au moment opportun.

En revenant à la question de départ, nous allons précéder la réponse proposée du passage en revue des solutions qu'on a trouvées dans le droit civil français, dans le droit civil allemand et puis dans le droit roumain. L'analyse comparative des trois variantes de trancher la concurrence entre la promesse initiale et la vente du bien à autrui reflète très bien les hésitations du droit continental vis-à-vis de l'opposabilité du contrat aux tiers et surtout vis-à-vis des conséquences associées à celle-ci⁷.

propriétaire, l'acte sera *de plano* inefficace: le propriétaire ne sera nullement obligé de solliciter *post factum* la sanction de la violation d'une obligation négative par le tiers, du simple fait que le tiers n'a pas eu l'aptitude de violer ainsi le droit de propriété. En bref, **l'obligation fait sens uniquement lorsqu'elle vient tempérer, limiter l'exercice d'un pouvoir (physique ou juridique), ou d'une liberté dont le débiteur disposait avant d'assumer l'obligation respective. Seul un individu libre est en mesure d'assumer des obligations.**

⁴ „Lorsque les parties conviennent que l'une d'entre elles reste tenue par sa propre déclaration de volonté et que l'autre peut l'accepter ou la refuser, la déclaration est réputée être une offre irrévocable et produit les effets prévus à l'article 1191.” (Art. 1278, al. 1 C. civ. ro. – *Le pacte d'option*).

⁵ „Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'articolo 1329.” (Art. 1331, al. 1 C. civ. it. – *Opzione*). Pour le spécifique du pacte d'option, respectivement pour la distinction entre celui-ci et la promesse de contracter, nous renvoyons à la doctrine italienne, en rappelant à titre d'exemple G. Gabrielli, *I contratti preparatori di trasferimenti immobiliari*, in *Obbligazioni e Contratti*, no. 7/2007, p. 585 et suivantes; D. M. Freda, *L'opzione*, in *Obbligazioni e Contratti*, no. 4/2007, p. 357 et suivantes.

⁶ Il est parfaitement possible qu'une situation juridique déterminée soit opposable seulement à certains sujets de droit (par exemple, la cession de créance qui, en droit roumain, une fois inscrite dans l'Archive Electronique de Garanties Réelles Mobilières, est opposable à un cessionnaire ultérieur, mais reste inopposable au débiteur cédé et vis-à-vis d'un éventuel fidéjusseur, tant qu'elle ne leur a pas été communiquée, respectivement n'a pas été acceptée par écrit par ceux-ci: l'art. 1578, l'art. 1581 et l'art. 1583 C. civ. ro.). Même dans une telle hypothèse, nous considérons qu'il ne s'agit pas d'un droit «moins opposable» qu'un autre, qui est opposable *erga omnes*. Purement et simplement, l'opposabilité/ l'inopposabilité de chacun des deux droits sera vérifiée par rapport à un certain tiers déterminé.

⁷ *Nous avons évité toute référence aux «sanctions» associées à l'opposabilité en voulant éviter de suggérer que le tiers est invariablement en mesure de conclure un acte juridique efficace, même s'il viole ainsi une situation juridique préexistante, allant être sanctionné éventuellement post factum, à condition qu'on apprécie son comportement comme étant illicite et – si la sanction était justement la responsabilité civile – en exigeant que le titulaire de la situation juridique non prise en compte prouve le fait que de cette façon on lui aurait provoqué un préjudice.*

(A.1) Le droit français, antérieur à la réforme accomplie par l'Ordonnance no. 2016-131 du 10.02.2016

Généralités – l'enjeu explicatif de l'opposabilité

En droit français, on a apprécié longtemps que, si le promettant aliène le bien à un autre, avec violation de la promesse: „le bénéficiaire de la promesse est, alors, *en moins bonne position* pour en obtenir l'exécution (...) S'il saisit la justice, on devra lui accorder *réparation du préjudice* causé par la violation de la promesse, et *les magistrats sont libres de choisir le meilleur moyen de le faire*, la réparation en nature – auquel cas le jugement pourra déclarer valoir acte de vente – ou l'allocation de dommages-intérêts (s.n.)⁸.

Ainsi a-t-on apprécié que *le moyen* (le seul?) à portée du bénéficiaire de la promesse consisterait dans l'engagement de la responsabilité civile: contractuelle ou délictuelle, selon qu'il s'agit de son débiteur, respectivement du tiers auquel a été aliéné le bien promis antérieurement au réclamant.

En même temps, la doctrine française a soutenu constamment que le juge sera celui qui appréciera s'il s'impose une réparation en nature ou par équivalent du préjudice souffert par le bénéficiaire de la promesse⁹. Quels seraient les critères en fonction desquels l'instance va trancher entre les deux variantes?

„Le tribunal détermine en effet la réparation en fonction des circonstances de l'espèce, et spécialement de la gravité de la faute du tiers. Souvent, il s'agit de dommages-intérêts. Ce sera le cas, en particulier, si la faute du tiers est jugée mineure ou si le comportement de la victime n'est pas exempt de reproche. Mais la réparation choisie peut être également en nature. Et le juge sera plus enclin à la décider, quand le tiers aura commis une faute grave, telle une connivence frauduleuse avec le débiteur. Ce mode de réparation consiste à faire en sorte que l'obligation violée soit néanmoins exécutée. Dans ce but, la convention irrégulière est la plupart du temps déclarée inopposable au créancier lésé. C'est la forme de réparation la plus fréquente après l'allocation de dommages-intérêts, à laquelle d'ailleurs il est possible de l'associer¹⁰.

La référence à la «gravité de la faute du tiers» ne peut que surprendre dans les conditions où la responsabilité civile (délictuelle, dans le cas de celui-ci) a essentiellement un caractère de réparation, et nullement de sanction. Bien plus, on peut être choqué aussi par la référence à «la connivence frauduleuse avec le débiteur», proposée comme exemple de faute grave, qui justifierait l'option pour une réparation en nature du préjudice provoqué au bénéficiaire de la promesse¹¹. Pourquoi? Parce que *la fraude, respectivement la connivence frauduleuse au cas*

⁸ J. Huet, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 2001, pp. 438-439.

⁹ Pour les débats doctrinaires et la position de la jurisprudence française vis-à-vis de la liberté du juge de choisir ou non la réparation du préjudice en nature, respectivement par équivalent, voir G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, Paris, 2010, p. 118 et suivantes.

Nous remarquons dans ce contexte que, en matière délictuelle, l'actuel Code civil roumain tranche la question au bénéfice de la victime: „La réparation du préjudice se fait en nature, par le rétablissement de la situation antérieure et si ceci n'est pas possible ou si la victime n'est pas intéressée par la réparation en nature, par le paiement de dommages-intérêts fixés par l'accord des parties ou, à défaut, par décision judiciaire” (art. 1386, al. 1 C. civ. ro. – *Les formes de réparation*).

¹⁰ J. Duclos, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, Paris, 1984, p. 455.

¹¹ Une telle référence est risquée aussi parce qu'elle suggérerait que la sanction de l'aliénation faite par le tiers – l'inopposabilité de l'acte vis-à-vis du bénéficiaire de la promesse antérieure ou la responsabilité civile du tiers – serait vraiment efficace seulement dans la mesure où on établirait la faute des deux contractants: celui qui

de l'acte onéreux sont sanctionnées par l'inopposabilité de l'acte en question au tiers préjudicié¹². Dans les conditions où la cause efficace du préjudice est justement l'acte déclaré inopposable, le préjudice disparaît et avec ça toute nécessité de le réparer¹³.

Un contre-argument possible – du moins dans la perspective du droit français – pourrait avoir comme point de départ la nature du droit du bénéficiaire de la promesse de vente: tant que celui-ci ne serait pas un droit de créance, mais un droit potestatif¹⁴, sa défense ne serait

est tenu par la promesse antérieure et le tiers acquéreur. Nous nous contentons pour l'instant de rappeler qu'il est parfaitement possible que le tiers acquéreur soit au courant de l'existence de la promesse antérieure et que celui qui conclut l'acte de vente avec lui (par exemple, le successeur universel du promettant initial) ne soit pas au courant de l'existence de l'acte (la promesse de vente) qu'il viole.

¹² Dans le cas de l'acte frauduleux conclu à titre gratuit, la prononciation judiciaire de l'inopposabilité au celui qui subit le préjudice n'est conditionnée même pas par la connaissance par l'acquéreur du but frauduleux poursuivi par l'aliénateur; une éventuelle connivence frauduleuse est d'autant moins pertinente. L'interprétation *per a contrario* de l'art. 1526, al. 2 de l'actuel Code civil roumain confirme cette distinction classique en matière d'action paulienne: „Un contrat à titre onéreux ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat peut être déclaré inopposable uniquement lorsque le tiers contractant ou celui qui a reçu le paiement *connaissait le fait que le débiteur, par cet acte, se rendait insolvable* ou aggravait son état d'insolvabilité (s.n.)”.

Reste à discuter si la simple connaissance des conséquences de l'acte suffit, dans les conditions où il est parfaitement possible que le débiteur même soit parfaitement conscient du fait que son acte réduit le gage général des créiteurs, sans que cela attire la qualification automatique de l'acte comme frauduleux [par exemple, (a) le débiteur insolvable renonce à un legs à titre particulier pour des raisons de moralité (cas où serait exclue aussi l'acceptation de la succession par voie oblique, permise en règle générale par l'art. 1107 C. civ. ro.); (b) le débiteur insolvable conclut une vente de son bien à un prix en dessous du marché ou met un de ses biens – lequel perdra de sa valeur par l'utilisation naturelle – à disposition d'un tiers en l'absence d'une contreprestation, dans les deux cas pour déterminer le tiers à maintenir/ prolonger des relations contractuelles préexistant entre celui-ci et le débiteur (hypothèse dans laquelle on ne pourrait appliquer même pas l'article 12, al. 2 du Code civil roumain: «La personne insolvable ne peut pas disposer à titre gratuit», du simple fait qu'il ne s'agit pas de libéralités, ni d'actes désintéressés, on ajouterait, nous)].

Enfin, soutenir qu'il s'agirait d'une présomption de fraude instituée par l'art. 1526, al. 2 du Code civil roumain impliquerait qu'on sousentende l'évidence que – étant donné l'absence d'une mention contraire expresse (art. 328, al. 2 du Code de procédure civile roumain) il s'agit d'une présomption relative, susceptible donc d'être renversée par la preuve contraire. En outre, le fait d'avoir accepté la perspective de l'inévitable perte des propres créiteurs ne peut être considéré comme suffisant pour caractériser la fraude, dans les conditions où le motif qui a déterminé l'acte (par exemple, les raisons morales qui ont provoqué la renonciation au legs) est licite et justifié dans la perspective du débiteur, dont la liberté d'action juridique n'est pas totalement amputée par suite de l'obligation à laquelle il est tenu, même dans l'hypothèse de sa propre insolvabilité. L'art. 12, al. 2 du Code civil roumain, cité ci-dessus, confirme implicitement qu'on ne considère pas *de plano* comme illicites les actes du débiteur auquel le texte de loi ne renvoie pas. Par conséquent, si l'acte est conclu en raison d'une motivation licite et s'il n'est pas utilisée uniquement comme paravent pour éliminer artificiellement l'application de la norme obligatoire, il n'y a pas fraude, même si l'acte est désavantageux pour le créiteur.

¹³ Une remarque quasi-identique a été d'ailleurs faite dans un ouvrage de référence en droit français: „L'acte frauduleux est révoqué parce qu'il est atteint d'un vice propre, la fraude, et non à titre de réparation en nature du préjudice qu'il cause. (...) La révocation de l'acte en raison de la fraude qui l'infecte empêche en effet le préjudice d'exister et le problème de la réparation de se poser. Les deux théories de la fraude et de la responsabilité n'aboutissent d'ailleurs pas aux mêmes conséquences.” (J. Vidal, *Théorie générale de la fraude en droit civil français. Le principe «fraus omnia corrumpit»*, Ed. Dalloz, Paris, 1957, p. 330).

¹⁴ Nous apprécions que la formulation de l'actuel art. 1124, al. 1 du Code civil français confirme le caractère potestatif du droit conféré au bénéficiaire de la promesse unilatérale: „La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, *le droit d'opter* pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et *pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* (s.n.)”.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle nous préférons éviter les formulations au sens où l'art. 1124 du Code civil français: „permet la *formation forcée* du contrat définitif en cas de violation de la promesse (s.n.)”

plus susceptible de s'accomplir par l'intermédiaire de l'action paulienne. Par conséquent: la fraude devrait être sanctionnée seulement par l'engagement de la responsabilité civile. Deux remarques s'imposeraient, croyons-nous, à titre de réponse: tout d'abord, la fraude paulienne n'est qu'une des applications du principe *fraus omnia corrumpit*, l'acte frauduleux étant tout aussi bien susceptible d'être sanctionné pour sauvegarder l'obligation d'une norme qui a généré des droits autres que les créances. Ensuite, en droit français, la nature du droit du bénéficiaire de la promesse unilatérale de contrat a été vivement disputée avant la réforme législative de 2016, sans que le débat ait été définitivement tranché au sens de la qualification de celui-ci comme droit potestatif¹⁵.

En anticipant, nous précisons que, dans le droit civil roumain, lequel distingue entre le pacte d'option¹⁶ et la promesse de contrat¹⁷, il est hors de doute que la promesse confère à son bénéficiaire un droit de créance, le promettant étant tenu vis-à-vis de celui-ci à l'obligation de conclure un contrat¹⁸. Par conséquent, l'action paulienne garderait, en principe, son

(O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Ed. Lexis Nexis, Paris, 2016, p. 153).

Toute référence à la formation forcée du contrat promis risque de suggérer l'existence d'une obligation du promettant, dont l'exécution – éventuellement forcée – serait nécessaire pour la conclusion du contrat promis. Il est vrai que le promettant a le devoir générique de ne rien faire par quoi il empêche la formation du contrat définitif, mais il n'a pas – en droit français, à la différence du droit roumain – l'obligation de consentir à ce contrat.

Par conséquent, tout empêchement de la conclusion du contrat définitif de la part du promettant ne pourra pas se traduire dans le refus de sa conclusion: une fois que la promesse implique, conformément à l'art. 1124 du Code civil français, le consentement anticipé du promettant lors de la conclusion du contrat définitif, ce dernier ne dépend plus du bon vouloir du promettant. Ainsi, une fois que le promettant perd le pouvoir juridique d'influencer la conclusion du contrat promis, on exclut la relevance d'une obligation de contracter qui incombe à celui-ci et implicitement, la constitution *forcée* du contrat est hors de discussion, justement parce qu'on n'a plus besoin de contraindre celui qui n'a pas de pouvoir juridique qui lui permette de refuser la conclusion du contrat.

¹⁵ Pour les discussions concernant les effets et l'exécution des promesses de contrat, qui ont précédé dans la doctrine française la réforme accomplie par l'Ordonnance no. 2016-131 du 10.02.2016, voir G. Wicker, *L'engagement du promettant: engagement au contrat définitif*, in RDC, no. 2/2012, p. 654 et *contre*, au sens où il s'agirait d'une simple obligation du promettant, qui n'est pas susceptible d'exécution forcée, voir M. Fabre-Magnan, *L'engagement du promettant – Engagement au contrat préparatoire*, in RDC, no. 2/2012, p. 638.

¹⁶ Réglementé par l'art. 1278 du Code civil roumain (voir *supra* la note 4).

¹⁷ Alors que l'article 1278 du Code civil roumain précise sans équivoque à l'alinéa 3 que: „Le pacte d'option doit comporter tous les éléments du contrat que les parties cherchent à conclure, de telle sorte que celui-ci puisse être formé par la simple acceptation du bénéficiaire de l'option (s.n.)”, l'art. 1279, al. 3 du C. civ. roumain établit, par contraste, en matière de promesse de contrat que: „(...) si le promettant refuse de conclure le contrat promis, le tribunal, à la demande de la partie qui a rempli ses propres obligations, peut prononcer une décision qui tient lieu de contrat (s.n.), lorsque la nature du contrat le permet et que les exigences de la loi pour la validité de celui-ci sont remplies”.

¹⁸ Certes, la présence d'une réglementation légale non-équivoque ne peut cependant pas se substituer aux arguments juridiques, les questions formulées dans la littérature juridique étant toujours actuelles: „La validité même de pareille obligation pourrait être discutée, en ce qu'elle a pour objet une restriction à une liberté fondamentale (...) D'autres conventions portant atteinte à des libertés fondamentales ont été annulées: par ex. clauses de célibat.” (J. Schmidt-Szalewski, *La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats*, in RTDciv., no. 1/2000, p. 40).

Dans une approche qu'il n'est pas nécessaire de partager pour qu'elle soit appréciée, on a souligné de façon subtile que: „En Occident, la liberté est dans le «non»; le consentement est dans le «oui». Par la volonté, je domine; par le consentement, je me soumetts. La force est du côté de la volonté; la faiblesse du côté du consentement” (M.-A. Frison-Roche, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, in RTDciv., no. 3/1995, p. 574). L'auteur comprend le consentement comme „**objet** autonome dont on dispose et que l'on donne pour fabriquer un contrat (...) La volonté n'est de cette technique qu'une sorte de norme fondamentale a-juridique qui fonde le système mais qui n'a pas vocation à y participer d'une façon dominante” (*Ibidem*, p. 578).