

CHRONIQUE

GARANTIES



NICOLAS RONTCHEVSKY

Agrégé des facultés de Droit,
professeur, Centre de droit
des affaires
Université de Strasbourg



FRANÇOIS JACOB

Agrégé des facultés
de Droit, professeur,
Centre de droit des affaires
Université de Strasbourg



EMMANUEL NETTER

Maître de conférences
Université de
Picardie-Jules Verne

Article 1120 C. civ – Porte-fort – Promesse de ratification – Caractère autonome.

Cass. 1^{re} civ., 16 avr. 2015, n° 14-13694, P+B

La promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard.

Commentaire d'Emmanuel Netter

Le droit français des sûretés personnelles est en ruines. Le cautionnement a été discrédité par les dispositions issues de la loi du 1^{er} août 2003 – notamment en matière de mentions manuscrites et de juste proportion – qui, douze ans après, suscitent encore un contentieux spectaculaire dont cette chronique se fait régulièrement l'écho. Quant au caractère accessoire renforcé, supposé constituer le cœur battant du cautionnement, il est compris très différemment par la doctrine et par la Cour de cassation¹. Puisque le vaisseau-amiral fait naufrage, certains praticiens cherchent refuge sur un frère esquin voisin, celui qui se trouve à l'article 1120 du Code civil et que l'on connaît sous le nom de porte-fort. Peut-on y poser fermement le pied ? Pas pour l'instant. Un arrêt rendu le 16 avril 2015 par la Première chambre civile de la Cour de cassation le démontre². La nature, le régime de cette garantie : rien, pour l'heure, n'est vraiment clair en jurisprudence.

Une femme avait été admise dans un « établissement spécialisé ». Elle ne disposait évidemment pas de la lucidité nécessaire pour contracter elle-même ; aussi la conven-

tion passée avec la société exploitant l'établissement de soin avait-elle été signée par son fils, sous une mention ainsi libellée : « dûment mandaté à cet effet et se portant en tout état de cause fort de l'exécution des engagements souscrits au titre du présent contrat ». Il aurait été difficile de se référer plus explicitement à cette sûreté, imaginée par la doctrine et la pratique, et réputée plus rigoureuse que le cautionnement : le porte-fort d'exécution.

Les frais de séjour n'ayant pas été réglés, la société assigna le fils pour en obtenir le paiement. À hauteur d'appel, les juges du fond rejetèrent cette demande, aux motifs que « si celui qui se porte fort de l'exécution de l'engagement d'un tiers, s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers si ce dernier ne l'exécute pas lui-même, à l'instar du cautionnement, encore faut-il qu'un tiers se soit engagé à titre principal, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, Mme X... n'étant plus capable de le faire et son fils Frédéric Y... n'ayant pas été désigné comme tuteur chargé de la représenter ». Un porte-fort d'exécution, pas plus qu'un cautionnement, ne pourrait donc exister sans le support d'une obligation principale, qui faisait défaut en l'espèce.

La société exploitant l'établissement spécialisé forma un pourvoi en cassation. La première branche du moyen unique ne retiendra pas longtemps notre attention, car elle portait sur une question de procédure civile et dépasse par conséquent le cadre de cette chronique³. L'argument, de surcroît, devait se révéler infructueux. En revanche, la deuxième branche du moyen provoqua la cassation. Sous le visa de l'article 1120 du Code civil, la Haute juridiction affirme en effet : « la promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard ». Pour qui n'aurait pas suivi avec attention la jurisprudence récente relative au porte-fort, cette réponse est très difficile à

1. Not. depuis l'arrêt, relatif à l'impossibilité pour la caution de se prévaloir du dol dont aurait été victime le débiteur principal, sur lequel V. par ex. : P. Simler, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », in *Mélanges Goubiaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 497.

2. JCP E, 2015, n° 21, 1237, note N. Dissaux ; *Procédures*, 2°15, n° 6, comm. 182, note. Y. Strickler ; LEDC, 9 juin 2015, n° 6, p. 5, obs. N. Leblond ; *Gaz. Pal.*, 28 mai 2015, p. 15, obs. M.-P. Dumont-Lefrand.

3. Il était reproché aux juges du fond d'avoir violé le principe du contradictoire, en n'invitant pas les parties à s'exprimer sur l'absence d'engagement principal. Sur cet aspect de la décision, V. la note précitée d'Y. Strickler.

saisir. On croit comprendre que le porte-fort jouit d'une grande indépendance par rapport au contrat principal. S'agirait-il alors d'un cousin de la garantie autonome ? Mais l'on constate ensuite que l'engagement est assorti d'une définition qui l'éloigne de la famille des sûretés personnelles. Le garant s'engage à « obtenir un engagement », c'est-à-dire à ce qu'une obligation naisse, pas à ce qu'elle soit bien exécutée.

Il faut revenir au texte. L'article 1120, d'un libellé particulièrement confus, dispose : « [...] on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ». Durant plusieurs décennies, le droit français n'a fait de cet article du Code civil qu'un et un seul usage. Une personne est incapable ou absente ; pourtant l'on souhaite passer un contrat en son nom sans tarder. Il peut s'agir de saisir une excellente occasion – vendre à prix d'or le terrain d'un mineur alors qu'on n'y est pas encore autorisé. Il peut s'agir, comme dans l'arrêt rapporté, d'une urgence médicale : le fils ne va pas attendre le jugement de tutelle pour organiser la prise en charge et les soins de sa mère. Le pseudo-représentant va alors contracter au nom de l'absent ou de l'incapable, sans faire mystère de ce qu'il n'en a pas le pouvoir, mais en s'engageant à ce que le pseudo-représenté ratifie la convention lorsqu'il sera de retour, ou que son incapacité sera levée. Le « fait d'un tiers » que l'on promet ici, c'est donc l'approbation ultérieure, par l'absent ou l'incapable, du contrat passé en son nom, raison pour laquelle on parle de « porte-fort de ratification »

Plus récemment, des auteurs ont suggéré que la partie de l'article 1120 visant des opérations de ratification pouvait être comprise comme une simple illustration d'un mécanisme plus général. Ce mécanisme, c'est la promesse du fait quelconque d'un tiers⁴. Il devenait alors possible de promettre qu'un tiers, préalablement engagé dans un rapport d'obligation, allait exécuter parfaitement la prestation dont il était tenu : ainsi était né le « porte-fort d'exécution ». Le fonctionnement d'une telle sûreté serait, dit-on, bien différent de celui du cautionnement. La caution s'engage à se substituer au débiteur principal, en cas de défaillance, pour payer à sa place. Le porte-fort, quant à lui, aurait souscrit une obligation de faire - faire en sorte que le débiteur principal s'exécute. Si le contrat principal n'est pas exécuté, il a donc manqué à sa parole : il s'agit d'une inexécution contractuelle, qui doit entraîner sa responsabilité civile et le paiement de dommages-intérêts. La doctrine évoque alors « une garantie indemnitaire »⁵.

L'irruption d'une telle garantie dans la palette des sûretés personnelles françaises suscite un grand nombre de difficultés. Lorsqu'il ne se concevait pas d'autre porte-fort que celui de ratification, aucun conflit avec le cautionne-

ment n'était à relever. Chaque mécanisme avait son territoire : au porte-fort de sécuriser la naissance des obligations, au cautionnement de protéger leur exécution. La doctrine classique n'identifiait alors qu'un seul point de contact entre les deux figures, qui n'est pas sans lien avec l'arrêt rapporté : le cautionnement d'un incapable. Un tel cautionnement est autorisé par le Code civil. L'article 2289 dispose en effet : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. (alinéa 2) On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité. » La minorité, en vérité, n'est pas seule concernée : tous les incapables peuvent être cautionnés. Par quel étrange phénomène, alors que le contrat principal n'est pas valable ? En 1846, Troplong l'expliquait déjà par une analyse en deux temps. Tant que le débiteur principal est incapable, le pseudo-cautionnement est en réalité un porte-fort de ratification, par lequel on promet que le contrat principal sera approuvé par le tiers quand son incapacité disparaîtra. Dès que le contrat principal a été consolidé, l'engagement mute en un cautionnement classique⁶.

Si l'on admet l'idée de porte-fort d'exécution, les frontières avec le cautionnement se brouillent bien davantage. Il devient théoriquement possible à un individu : de se porter fort de la ratification d'un contrat uniquement ; de se porter fort de son exécution uniquement ; de se porter fort de la ratification du contrat puis caution de sa bonne exécution ; de se porter fort de sa ratification puis de son exécution. Appliquons cette grille de lecture à l'arrêt rapporté. Le garant avait écrit qu'il se « portait fort » de « l'exécution des engagements souscrits » ; mais il n'avait pas réellement le pouvoir de passer le contrat principal pour sa mère, puisqu'il attendait d'être désigné comme tuteur. Tout aurait dû conduire la Première chambre civile à analyser cette convention comme un « double porte-fort », portant tout à la fois promesse de ratification et d'exécution. Ce n'est pas ce qui a été jugé.

Au cours de la dernière décennie, la Cour de cassation s'est montrée relativement mal à l'aise face à l'apparition du porte-fort d'exécution, oscillant entre hostilité et résignation. Il faut ajouter que la Chambre commerciale et la Première chambre civile n'ont pas suivi les mêmes chemins.

La Chambre commerciale a profondément évolué. Dans un arrêt du 13 décembre 2005, elle jugeait que : « celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même »⁷. Résumons cette

4. Not. P. Ancel, *Les Sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse Dijon, 1982, n° 56.

5. P. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 5^e éd., 2015 ; notre thèse de doctorat, *Les Garanties indemnitaires*, préf. N. Rontchevsky, PUAM, 2014.

6. R.-T. Troplong, *Du cautionnement et des transactions ou commentaire des titres XIV et XV du livre III du Code civil*, éd. Charles Hingray, 1846, n° 30.

7. Cass. com. 13 déc. 2005, pourvoi n° 03-19217 : *Bull. civ.*, IV, n° 256 ; *Bull. Joly soc.* 2006, n° 4, § 95, note J.-F. Barbiéri ; *D.* 2006, AJ, p. 298, obs. X. Delpéch ; *JCP E*, 2006, n° 1342, note P. Grosser ; *CCC*, avril 2006, p. 14, note L. Leveneur ; *LPA*, 24 juin 2006, p. 17, note S. Prigent ; *RLDC*, n° 26, p. 26, obs. I. Riassetto ; *Banque et Droit* 2006, n° 106, p. 60, obs. N. Rontchevsky ; *Deffrénois*, 2006, n° 05, p. 416 s., note E. Savaux ;

décision en quelques mots : les deux formes de porte-fort n'ont ni la même nature, ni le même régime juridique ; le porte-fort d'exécution équivaut en réalité strictement à un cautionnement. Cette scission artificielle de l'article 1120 en deux parties s'expliquait probablement par des considérations de politique jurisprudentielle, la Haute juridiction craignant que cette nouvelle garantie ne permette de contourner les protections d'ordre public offertes à toute caution. Dans l'affaire rapportée, d'ailleurs, les juges du fond avaient suivi le même raisonnement, et traité le porte-fort d'exécution – ou le double porte-fort – comme un simple cautionnement, nul faute de contrat principal pour lui servir de support. Mais la Chambre commerciale a procédé en 2013 à un revirement spectaculaire. Elle jugea ainsi que l'article 1326 du Code civil – la formalité du « bon pour » – n'était pas applicable à « l'engagement de porte-fort », car il s'agissait « d'un engagement de faire »⁸. Les partisans du porte-fort d'exécution semblaient alors avoir été entendus. Le concurrent du cautionnement, longtemps annoncé, accédait à l'existence juridique. Est-ce une bonne nouvelle ? Nous y reviendrons.

Les intentions de la Première chambre civile sont bien plus difficiles à saisir. Dans une décision du 25 janvier 2005, il est probable que cette Chambre avait face à elle un porte-fort d'exécution, mais elle jugea : « la promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard »⁹. On reconnaîtra la description d'un classique porte-fort de ratification. Qu'elle ait eu tort ou raison de qualifier ainsi l'engagement stipulé en l'espèce – les auteurs sont divisés –, la Première chambre civile n'a en tout cas pas livré sa religion en matière de porte-fort d'exécution à cette occasion. L'arrêt rapporté lui donnait une nouvelle occasion de le faire¹⁰. Cette fois-ci, la volonté du garant de promettre non seulement la ratification du contrat de base, mais aussi sa parfaite exécution, était limpide. Pourquoi alors reprendre au mot près l'attendu de 2005 ? Pourquoi donner au « porte-fort » une définition qui correspond seulement à l'une de ses formes, parmi

d'autres possibles ? Faut-il y voir une condamnation implicite de la jurisprudence de la Chambre commerciale¹¹ ? Si le contrat de base avait été ratifié, les mots « je me porte fort de l'exécution des engagements » auraient-ils été interprétés comme constitutifs d'un cautionnement ?

Si tel était le cas, une telle jurisprudence serait bien difficile à maintenir après la très prochaine réforme du droit des contrats. Dans le projet soumis à consultation publique, l'article 1205, bien plus clair que le texte actuel, pose : « On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers »¹². Qui pourrait, sur une telle base, soutenir que seul existe le porte-fort de ratification ?

À ce stade, le lecteur pourrait nous croire favorable à l'accueil pur et simple du porte-fort d'exécution dans notre droit : la Chambre commerciale aurait alors suivi la bonne voie. Ce n'est pas si simple. Quelques remarques s'imposent, de *lege lata* puis de *lege ferenda*.

De *lege lata*, si l'on conçoit le porte-fort comme un engagement de faire, sanctionné, si le débiteur principal ne paie pas, par une condamnation à dommages-intérêts, les différences avec le cautionnement semblent d'abord immenses. Puis, après une analyse plus approfondie, elles s'amenuisent rapidement. Mme Riassetto relève à juste titre que « [...] l'obligation du tiers et celle du porte-fort d'exécution sont liées en ce que la première consiste dans l'objet de la seconde »¹³. Le porte-fort promet qu'un certain contrat sera exécuté ; si ce contrat de base est nul, il disparaît rétroactivement ; l'obligation du porte-fort se retrouve privée d'objet *ab initio* ; elle est donc elle-même nulle. Le doyen Simler ajoutait même : « Qui pourrait douter un seul instant que l'obligation du porte-fort survivrait à une extinction de la dette par prescription, compensation, confusion ou même par novation, toutes exceptions sans incidence sur une garantie autonome ? »¹⁴. Dans de tels cas, si le créancier n'est pas payé, le porte-fort peut certes se voir reprocher de ne pas procurer le résultat promis – il avait juré que le créancier serait payé, promesse purement objective. Mais il n'y aurait aucun lien de causalité entre cette « faute » et le préjudice consistant dans l'absence de paiement. À ce stade, les effets du porte-fort d'exécution et ceux du cautionnement se sont déjà nettement rapprochés. De plus, certains auteurs tentent de distinguer les deux figures en expliquant que la caution se contente, en cas de défaillance, de payer l'obligation inexécutée, tandis que les dommages-intérêts versés par le porte-fort pourraient intégrer la réparation de nombreux chefs de préjudices supplémentaires, par exemple un gain manqué¹⁵. Mais d'autres rétorquent à juste titre que le cau-

JCP G, 2006, jur., n° 10021, note P. Simler (2^e espèce) ; Droit et Patr., 2006, n° 152, p. 96, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; *adde* R. Libchaber, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », art. préc. ; I. Riassetto, « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », RLDC, 2006, n° 26, p. 26.

8. Cass. com. 18 juin 2013, n° 12-18890 : *Gaz. Pal.*, 10 oct. 2013, p. 18, obs. D. Houtchiff ; JCP G, 2013, 260, note G. Mégret ; RLDC, sept. 2013, p. 35, obs. C. Gijssbers ; RLDC, oct. 2013, p. 30, obs. I. Riassetto ; LÉDC, 4 sept. 2013, p. 3, obs. S. Pellet ; *Bull. Joly soc.*, 2013, p. 540, obs. J.-F. Barbiéri ; *Banque et Droit*, juill.-août 2013, p. 40, obs. N. Rontchevsky ; RTD civ., 2013, p. 653, obs. P. Crocq ; *adde* J.-D. Pellier, « L'obligation du porte-fort de l'exécution », D. 2013, p. 2561.

9. Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, pourvoi n° 01-15926 : *Bull. civ.*, I, n° 43 ; *Dr. et Patr.*, 2006, n° 145, p. 131, obs. P. Dupichot ; RTD civ., 2005, p. 391, obs. B. Fages et J. Mestre ; *Defrénois*, 2005, p. 908, obs. J. Honorat ; CCC, mai 2005, p. 13, note L. Leveneur ; *Banque et Droit*, 2005, n° 100, p. 41, obs. N. Rontchevsky ; RLDC, 2005/14, n° 584, obs. M. Séjean ; JCP G, 2006, I, n° 10021, note P. Simpler (1^{re} espèce) ; *Dr. et Patr.*, 2005, n° 141, p. 104, obs. P. Stoffel-Munck. Dans le même sens : Cass. com. 18 déc. 2007, pourvoi n° 05-14328, inédit ; JCP G, 2008, I, 151, n° 13, obs. P. Simler ; *Banque et Droit*, mars-avr. 2008, p. 43, obs. N. Rontchevsky ; RJDA, 4/2008, n° 365.

10. La première chambre civile, à dire vrai, a qualifié un engagement de porte-fort d'exécution en 2008, mais l'arrêt, inédit, n'apporte aucune information claire sur sa nature ou son régime. V. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 06-20806, inédit : *Bull. Joly soc.*, 2009, p. 40, note P. Le Cannu.

11. Cela n'est pas certain : puisque la ratification n'avait pas été obtenue – le fils n'ayant finalement pas été nommé tuteur. La première chambre civile a pu estimer que raisonner sur le terrain du porte-fort de ratification était suffisant, et qu'il n'était pas nécessaire de s'interroger sur la garantie d'exécution. Mais pourquoi, alors, ne pas avoir relié la définition proposée au « porte-fort de ratification » plutôt qu'au « porte-fort » ?

12. Le texte s'inscrit ainsi dans le sillage de l'actuel article 111 du Code suisse des obligations, qui pose de manière absolument générale : « Celui qui promet à autrui le fait d'un tiers, est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers. »

13. I. Riassetto, « Le porte-fort d'exécution... », art. préc., n° 27.

14. P. Simler, note ss. Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, préc., p. 317.

15. V. par ex. : C. Gijssbers, obs. préc. ss. Cass. com. 17 juin 2013 : « La caution s'engage

tionnement lui-même, lorsqu'il est indéfini, aboutit au paiement « des accessoires conventionnels ou légaux ou des frais de justice mais également des indemnités contractuelles [...] »¹⁶. En d'autres termes, le cautionnement indéfini comprend « une dose de garantie indemnitaire »¹⁷. La distinction s'affaïdit encore. Pire : on aboutit à une sûreté dont le fonctionnement intime est raisonnable et équilibré, comme celui du cautionnement, mais à laquelle n'est applicable aucun des textes du droit de la consommation qui désespèrent les praticiens¹⁸ ! Si la jurisprudence se stabilisait – son obscurité actuelle effraie sans doute –, les stipulations de porte-fort pourraient bien se multiplier.

De lege ferenda, si le temps de la réforme des sûretés personnelles arrivait un jour, il serait bon de prendre un peu de hauteur. Si le cautionnement et le porte-fort d'exécution ont des régimes si proches – sans être totalement identiques – cela s'explique fort bien à la lecture d'un auteur français et de plusieurs auteurs étrangers. L'auteur français, c'est Jean Boulanger. Dans sa thèse de doctorat, il estimait qu'il était artificiel de traiter le porte-fort comme débiteur d'une obligation de faire, et comme coupable d'une faute si le fait promis n'advenait pas. À propos du porte-fort de ratification, il écrivait : « Le représentant déclare au co-contractant : je ne suis nullement habilité pour agir. Cette absence de pouvoirs fait naître un indéniable risque, puisque, jusqu'à la ratification, vous allez être engagé dans le rapport contractuel que nous avons formé par ailleurs. Mais ce risque, je le couvre. Je m'engage à vous indemniser de tout le dommage que pourra vous causer le refus du tiers ». Le porte-fort est donc un cousin de l'assureur¹⁹. Dire que le porte-fort « promet » le comportement du tiers

est un abus de langage : le tiers fait ce qu'il veut. Le porte-fort couvre un risque. S'il dispose de moyens de pression sur le tiers, il tente d'en user, mais ces moyens n'existent pas toujours, et les deux individus peuvent ne même pas se connaître²⁰. Plusieurs auteurs suisses ont développé l'idée de Boulanger, selon laquelle le porte-fort est un cousin de l'assurance. L'idée est la suivante : le porte-fort est l'opération de droit civil qui consiste à couvrir un risque. Si l'on applique ce procédé général à un risque de crédit, il se produit nécessairement une collision entre porte-fort et cautionnement²¹. L'explication est lumineuse. Dans l'arrêt rapporté, le fils pouvait fort bien couvrir le risque que sa mère ou le juge des tutelles ne lui confère pas le pouvoir de ratifier le contrat initialement passé sans pouvoir ; et il pouvait simultanément couvrir le risque que le contrat, une fois consolidé, ne soit pas exécuté. Cela n'est pas plus étrange qu'un contrat couvrant le propriétaire d'une maison à la fois contre l'incendie et contre la grêle. Mais lorsque le risque couvert est un risque de crédit, la difficulté d'articulation avec le cautionnement est inévitable. « L'assurance » et le cautionnement constituent alors deux réponses techniques différentes au même problème. Leur conciliation harmonieuse dépasse les pouvoirs d'une juridiction suprême. Le Tribunal fédéral helvétique échoue à trouver des critères fiables de qualification depuis 1939, et la Cour de cassation se heurtera aux mêmes difficultés²². Gageons que cet arrêt ambigu du 16 avril 2015 ne sera que le premier d'une longue série, si la loi ne vient pas au secours du juge²³. ■

uniquement à payer l'obligation laissée en souffrance par le débiteur principal. Bien différemment, le porte-fort d'exécution s'oblige à réparer le préjudice que cette inexécution pourrait causer au créancier, ce qui peut correspondre à des sommes bien supérieures à la valeur nominale de l'obligation garantie, notamment lorsque celle-ci est monétaire. Songeons à l'exemple simple d'un investisseur institutionnel qui, n'étant pas payé à temps par le débiteur, manque l'occasion de réaliser des opérations rentables sur le marché, faute de liquidités immédiatement disponibles : le préjudice lié à l'inexécution sera alors bien supérieur au montant de l'obligation garantie et les sommes qui seront dues par le porte-fort autrement conséquentes que celles déboursées par une simple caution. »

16. P. Dupichot, *Le Pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas thèses, 2005, n° 395.
17. D. Grimaud, *Le Caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. Legeais, PUAM, 2001, n° 114.
18. Le droit des entreprises en difficulté a bien mieux anticipé ce type de difficultés, en visant tous les garants personnels ou coobligés plutôt que les seules cautions.
19. J. Boulanger, *La Promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, thèse Caen, 1933, n° 14.

20. En ce sens, V. par ex. J. Klein, obs. sur Cass. com. 1^{er} avr. 2014, RDC 2014, n° 4, p. 625 : « Si l'on attend traditionnellement du porte-fort qu'il tente d'influer auprès du tiers pour qu'il adopte le comportement promis, une telle influence n'est pas consubstantielle au mécanisme [...] »
21. Dès 1898, dans sa thèse de doctorat *Le Porte-fort en droit fédéral*, A. Wavre expliquait : « [...] Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à satisfaire à une obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Si le porte-fort garantit d'une façon générale tous les faits d'un tiers, la caution garantit certains de ces faits. [...] Le cautionnement est une espèce de promesse de porte-fort, celle par laquelle une personne garantit l'exécution de l'obligation d'un tiers » (p. 55). Dans la doctrine plus récente, V. not. G. Scyboz, *Traité de droit privé suisse*, t. VII, 2, *Le contrat de garantie et le cautionnement*, Éd. Universitaires de Fribourg, 1979, p. 11.
22. Tribunal fédéral, 1^{re} section civile, 1^{er} févr. 1930 : ATF, 65 II 30. Les décisions de cette juridiction peuvent être consultées en ligne, à l'adresse www.bger.ch.
23. Pour de modestes pistes de réflexion dans la perspective d'une future réforme, V. notre thèse précitée.

Billet à ordre – Aval – Mesures conservatoires – Autorisation du juge – Particularisme du droit cambiaire.

Cass. com. 19 mai 2015, F-P+B, n° 14-17401.

Viole les articles L. 511-1 et L. 511-2 du Code des procédures civiles d'exécution et, ensemble, L. 511-21, alinéa 7, et L. 512-4 du Code de commerce, la cour d'appel qui juge que, si le créancier détenant un billet à ordre peut pratiquer sans autorisation une saisie conservatoire sur les biens du souscripteur de ce billet, aucune disposition ne l'autorise

expressément à pratiquer sans recours au juge une mesure conservatoire sur l'avaliste du billet.

Commentaire de François Jacob

Les mesures conservatoires (saisie, inscription d'hypothèque...) qu'il est permis de prendre sur les biens de son débiteur récalcitrant en application de l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution doivent en principe être autorisées par un juge. Il est toutefois prévu à l'article L. 512 du même code que le créancier dont les

droits sont menacés peut se passer de cette autorisation lorsqu'il dispose d'un titre exécutoire ou encore « en cas de défaut de paiement d'une lettre de change acceptée (ou) d'un billet à ordre... ». Cette possibilité de mesures conservatoires visée à l'article L. 512 ayant des allures de dérogation à la règle de principe, une cour d'appel a récemment conçu de l'interpréter strictement, en jugeant que « si le créancier détenant un billet à ordre peut pratiquer sans autorisation une saisie conservatoire sur les biens du souscripteur de ce billet, aucune disposition ne l'autorise expressément à pratiquer sans recours au juge une mesure conservatoire sur l'avaliste du billet ». Cette façon de voir les choses n'a cependant pas reçu l'agrément de la Cour de cassation. Dans un arrêt rendu par la chambre commerciale le 19 mai 2015, observant que le donneur d'aval est tenu « de la même manière que celui dont il s'est porté garant », la Cour de cassation choisit de faire valoir au contraire que « le bénéficiaire d'un billet à ordre impayé à son échéance peut, sans avoir à obtenir au préalable l'autorisation d'un juge, pratiquer des mesures conservatoires sur les biens du donneur d'aval ». Elle casse en conséquence l'arrêt de la cour d'appel (de Douai) pour violation de la loi, ici les articles L. 511-1 et L. 511-2 du Code des procédures civiles d'exécution et, ensemble, L. 511-21, alinéa 7 (« le donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant »), et L. 512-4 (« sont également applicables au billet à ordre les dispositions de l'article L. 511-21 relatives à l'aval ») du Code de commerce.

Cette décision de la Cour de cassation doit évidemment être approuvée.

Les exceptions sont certes supposées être d'interprétation stricte, selon une directive bien connue. Mais les directives d'interprétation n'ont qu'une valeur facultative pour l'interprète¹. Il s'agit en vérité de simples conseils, non hiérarchisés, qui peuvent conduire à des résultats

contradictoires. Ainsi, dans le cas considéré, la directive d'interprétation stricte des exceptions aurait éventuellement pu entrer en conflit avec l'idée que l'on ne distingue pas là où la loi ne distingue pas. Or en présence d'un tel conflit il est loisible au juge de faire prévaloir la directive qui servira la politique juridique qu'il entend suivre sur le problème à trancher, une politique consistant à considérer par exemple que ce qui est vrai ou non s'agissant de la nécessité d'une autorisation pour prendre des mesures conservatoires doit l'être à l'égard de tous les signataires tenus du paiement de l'effet, donneur d'aval compris.

Mais le conflit envisagé n'existait même pas en l'occurrence. Le refus de la distinction n'était pas seulement un choix auquel la généralité des termes du Code des procédures d'exécution nous aurait invités. Le Code de commerce pose bel et bien pour sa part, à l'article L. 511-21 alinéa 7, que « le donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant ». Il ne s'agit plus d'une invitation implicite à ne pas distinguer mais bel et bien d'une prescription. Or il va de soi qu'il n'y a lieu d'interpréter – éventuellement strictement – que lorsqu'il y a matière à interprétation, ce qui n'était pas réellement le cas ici.

Quoi qu'il en soit, il est donné à observer une nouvelle fois que, si le donneur d'aval est par définition une caution solidaire, son engagement, en raison de son contexte, et de la nature de la dette garantie, se trouve être gouverné aussi par un certain nombre de règles très particulières au droit du change². ■

1. V. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 4e éd., Defrénois 2012, n° 404.

2. V. ainsi nos observations in *Banque et Droit*, mai-juin 2014, p. 59, ss. Cass. com. 1^{er} avr. 2014 et, pour aller plus loin, Ph. Simler, *Cautionnement, Garantie autonomes, Garanties indemnitaires*, 5^e éd., LexisNexis, 2015, n° 108 s., ou encore L. Aynès et P. Crocq, *Les Sûretés, La publicité foncière*, 8^e éd., Lextenso éditions – LGDJ, 2014, n° 232 (adde : P. Crocq, D. 2014, 1610, qui souligne que l'application du droit du cautionnement reste bien toutefois le principe, « ce qui explique que l'ensemble des règles du droit du cautionnement trouvent à s'appliquer lorsque l'aval est donné sur un titre cambiaire irrégulier »).

Cautionnement – Procédure de sauvegarde à l'encontre du débiteur principal – Suspension de l'exécution du titre exécutoire à l'encontre de la caution. Respect du plan de sauvegarde.

Cass. com. 2 juin 2015, FS-P+B, Consorts X c/ Sté Lyonnaise de Banque (n° 14-10.673)

Le créancier est fondé, en application des articles L. 622-28 et R. 622-26 du Code de commerce, à inscrire sur les biens de la caution du débiteur principal soumis à une procédure de sauvegarde une hypothèque judiciaire provisoire et, pour valider cette mesure conservatoire, est tenu d'assigner la caution en vue d'obtenir contre elle un titre exécutoire couvrant la totalité des sommes dues. L'exécution forcée de celui-ci ne peut être mise en œuvre tant que le plan de sauvegarde est respecté.

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

Le droit jurisprudentiel se construit par touches successives, parfois dans le cadre d'un dialogue constructif entre la Cour de cassation, la pratique et la doctrine. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 juin 2015¹, affinant l'interprétation du dispositif de protection des garants personnes physiques du débiteur visé par une procédure de sauvegarde, en offre une illustration.

On sait que le Code de commerce prévoit la suspension de toutes les actions en paiement et des voies d'exécution, pendant la période d'observation, à l'encontre des garants et coobligés personnes physiques du débiteur fai-

1. Dalloz.fr Actualités, 10 juin 2015, obs. A. Lienhard.

sant l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (cf. art. L. 622-28, al. 2, L. 631-14 al. 1 et R. 622-26, al. 2, C. com.). Il en résulte que le créancier doit attendre la fin de la période d'observation pour engager ou poursuivre à l'encontre des garants personnes physiques toutes les actions en paiement ou les actions tendant à l'exécution des titres dont il peut être muni². Le créancier peut cependant prendre des mesures conservatoires, et notamment inscrire une hypothèque provisoire, dans les conditions prévues aux articles R. 511-1 et suivants du Code des procédures civiles d'exécution (cf. art. R. 511-7 C. proc. civ. exéc., imposant au créancier, sous peine de caducité de la mesure, d'introduire dans le mois qui suit l'exécution de celle-ci une procédure ou d'accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire). En outre, la suspension des poursuites pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde doit être coordonnée avec la possibilité, pour les garants personnes physiques, de bénéficier ensuite du plan de sauvegarde (cf. art. L. 626-11, al. 2, C. com.). C'est précisément cette question délicate qui est opportunément réglée par l'arrêt rapporté.

En l'occurrence, les dirigeants d'une société se sont rendus caution solidaire de tous les engagements de ladite société à l'égard d'une banque. La société ayant fait l'objet, le 26 mai 2011, d'une procédure de sauvegarde, la banque a déclaré sa créance puis a été autorisée à inscrire des hypothèques judiciaires provisoires sur des biens appartenant aux cautions, qu'elle a ensuite assignées en paiement. Puis, le 7 mars 2012, le plan de sauvegarde de la société a été arrêté. Par un arrêt du 31 octobre 2013, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a condamné solidairement les cautions à payer à la banque certaines sommes et a dit que ces condamnations deviendraient exigibles au fur et à mesure des échéances du plan de sauvegarde. Le pourvoi formé par les cautions à l'encontre de cet arrêt rappelait que les instances engagées par le créancier contre les personnes physiques ayant consenti un cautionnement en faveur d'une société bénéficiant d'un plan de sauvegarde, lesquelles peuvent se prévaloir des dispositions de ce plan en application de l'article L. 626-11 du Code de commerce, sont suspendues en application de l'article L. 622-28 du même code et sont poursuivies, à l'initiative des créanciers bénéficiaires de garanties, selon les dispositions applicables à l'opposabilité de ce plan à l'égard des garants. Les cautions en déduisaient qu'elles pouvaient se prévaloir des dispositions spécifiques du plan de sauvegarde et bénéficier des délais de paiement accordés et que leur poursuite ne deviendrait possible qu'en cas de non-respect par le débiteur de ses engagements devenus exigibles dans le cadre du plan de sauvegarde. Elles faisaient ainsi valoir qu'en les condamnant à payer à la banque la totalité des sommes dues par le débiteur motifs pris de ce qu'elles « se bornent à opposer l'existence d'un plan sans dire de quelles dispositions particulières de celui-ci (elles) se prévalent », la cour d'appel avait violé

les dispositions de l'article 2290 du Code civil (relatif au caractère accessoire du cautionnement), celles des articles L. 622-28, L. 626-11, R. 622-26 et R. 621-37 du Code de commerce, ensemble celles de l'article R. 511-7 du Code des procédures civiles d'exécution.

La chambre commerciale réfute cependant cette argumentation : « Mais attendu que le créancier est fondé, en application des articles L. 622-28 et R. 622-26 du Code de commerce, à inscrire sur les biens de la caution du débiteur principal soumis à une procédure de sauvegarde une hypothèque judiciaire provisoire et, pour valider cette mesure conservatoire, est tenu d'assigner la caution en vue d'obtenir contre elle un titre exécutoire couvrant la totalité des sommes dues ; que l'exécution forcée de celui-ci ne peut être mise en œuvre tant que le plan de sauvegarde est respecté ; que la cour d'appel ayant statué en ce sens, le moyen n'est pas fondé. »

Cette solution est remarquable car elle marque un inflexionnement de celle retenue il y a un an à peine par un autre arrêt de la chambre commerciale³. Celle-ci avait jugé que lorsque le débiteur principal bénéficiait d'un plan de sauvegarde, l'exécution à l'encontre d'une caution personne physique du titre exécutoire obtenu par le créancier était « suspendue pendant la durée du plan ou jusqu'à sa résolution ». En raisonnant en termes de suspension du titre exécutoire, la Haute juridiction avait clairement admis que le créancier pouvait obtenir un titre exécutoire à l'encontre du garant et que celui-ci n'était alors protégé qu'au stade de l'exécution forcée, qui était suspendue pendant la durée du plan. Il en résultait cependant que le créancier disposant d'un titre exécutoire à l'encontre d'un garant ne pouvait pas pratiquer à l'encontre de ce dernier des saisies exécution au cours du plan dès que survenait un incident de paiement car il devait en outre justifier de la résolution du plan. Ce système, très favorable à la protection des garants, était lourd et pouvait susciter des réserves⁴. Il est abandonné par l'arrêt rapporté qui, mettant cette fois très nettement l'accent sur le respect du plan, considère que les voies d'exécution ne sont paralysées à l'encontre du garant que pour autant que le débiteur exécute parfaitement le plan, en payant les dividendes dus. Le créancier peut donc désormais poursuivre l'exécution de son titre à l'encontre du garant dès que survient un incident de paiement au cours du plan, sans avoir à attendre la résolution de celui-ci. La solution est conforme à la règle de l'accessoire, exprimant l'étroite connexion entre la dette du débiteur celle du garant, et a le mérite de donner une portée équilibrée à la suspension des voies d'exécution contre les garants personnes physiques. ■

2. Cf. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2015-2016, n° 712.23.

3. Cass. com. 27 mai 2014, Bull. civ. IV, n° 94 ; Dalloz.fr Actualités, 4 juin 2014, obs. A. Lienhard, Act. Proc. coll. 2014, alerte 188, obs. P. Cagnoli ; rapp. Cass. com. 10 janvier 2012, Bull. civ. IV, n° 5 ; JCP E 2012, 1227, n° 4, obs. Ph. Pétel.

4. Cf. P.-M. Le Corre, *op. cit.*, loc. cit. ; P. Cagnoli, *obs. préc.*