

Chronique de Droit des Sûretés

NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégé des facultés de droit
Professeur



FRANÇOIS JACOB
Agrégé des facultés de droit
Professeur



**Centre de droit des affaires
Université Robert Schuman (Strasbourg III)**

Promesse de porte-fort. Nature et régime. 1°) Promesse de ratification d'un engagement par un tiers. Obligation autonome. 2°) Promesse de l'exécution d'un engagement par un tiers. Obligation accessoire du promettant de satisfaire à l'engagement du tiers en cas d'inexécution. Mention manuscrite exprimant la connaissance de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite

Cass. com., 13 décembre 2005, n° 1630 FS-P+B+R Boissy c/ Sté NV Sanac Belgium

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.

Pour confirmer le jugement ayant condamné une personne physique au paiement des sommes dues par une société, l'arrêt d'une cour d'appel retient qu'il résulte des actes des 23 avril, 14 mai et 31 mai 1990, que cette personne physique, en se substituant une société dans la signature de l'acte de cession et dans l'exécution des opérations prévues à un protocole d'accord, s'est porté garant de la signature des engagements qu'elle avait initialement elle-même contractés et en déduit que cette garantie ne peut s'analyser comme un engagement accessoire à l'engagement principal et donc comme un cautionnement, l'engagement principal ayant été contracté par la personne

1. La doctrine classique ne réservait pas davantage la possibilité d'étendre l'obligation du promettant à l'exécution d'une obligation : "Une personne se porte fort pour une autre, quand elle promet que cette personne assumera l'obligation contractée à sa charge, ou plus largement ratifiera une convention ou un acte juridique passé pour son compte. On dit dans le langage usuel qu'elle s'engage à « rapporter la signature » du tiers" (M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. VI, Obligations, Première partie, avec le concours de P. Esmein, LGDJ, 1930, n° 49).

2. V. en ce sens Ph. Simler, note au JCP 2006, II, 10 021 sous Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2005 et Cass. com. 13 décembre 2005, spéc. 1.

physique, mais doit s'analyser comme une promesse de porte-fort, le contractant promettant l'exécution de son propre engagement par un tiers. En condamnant ainsi la personne physique à garantir l'exécution de l'opération après avoir retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'interprétation, que sa garantie ne pouvait s'analyser comme un engagement accessoire, la cour d'appel a violé les articles 1120 et 1134 du Code civil.

En condamnant le porte-fort sans rechercher si les actes, dont elle déduisait l'engagement de garantir l'exécution de ses obligations par la société, contenaient une mention manuscrite de sa part exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'il avait de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

Aux termes de l'article 1120 du Code civil, "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". Ce disant, les rédacteurs du Code civil n'ont pas envisagé semble-t-il que le fait d'un tiers puisse consister en autre chose qu'une ratification d'un acte juridique passé pour son compte¹, même si les termes "tenir l'engagement" évoquent sans doute davantage l'exécution de celui-ci². Aussi des auteurs contemporains estiment-ils que la promesse de porte-fort peut avoir pour objet non seulement la ratification d'un acte imparfait (porte-fort de ratification) mais aussi l'exécution d'un engagement déjà valablement pris (porte-fort d'exécution, comme d'autres droits, et en particulier le droit suisse (cf. article 111 du Code des obligations), le prévoient³. Le porte-fort d'exécution a ainsi été présenté il y a déjà une quinzaine d'années comme une "solution de substitution au cautionnement"⁴ et cette technique de garantie semble se développer progres-

3. V. notamment Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 4^e éd., 2004, n° 341 ; Lamy *Droit des sûretés*, Etude 150, Porte-fort d'exécution par I. Riassetto ; adde J.-F. Sagaut, Variations autour d'une sûreté personnelle *sui generis* : la promesse de porte-fort de l'exécution ; RDC 2004, p. 840.

4. Ph. Simler, Les solutions de substitution au cautionnement, JCP 1990, 3427, spéc. I, C, n° 12-14 et le renvoi à la thèse de P. Ancel, "Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé", Thèse, Dijon, 1981.

sivement dans la pratique, notamment pour organiser la reprise d'engagements antérieurs dans le cadre de la cession de fonds de commerce ou de droits sociaux⁵, comme en témoignent certaines décisions. La Cour de cassation a ainsi entrepris de préciser le régime juridique de cette garantie mais n'a malheureusement pas tenu compte, jusqu'à présent, de sa spécificité. Un arrêt de la première chambre civile du 25 janvier 2005⁶ a jugé que *"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"* et a ajouté que le porte-fort était tenu d'une *"obligation de résultat"*. Si la seconde proposition est incontestable, il n'en va pas de même de la première car le porte-fort d'exécution n'est pas, à proprement parler, un engagement autonome. Aussi pouvait-on espérer que la Cour de cassation adopte une autre analyse dans des décisions ultérieures. À cet égard, un arrêt remarqué de la chambre commerciale du 13 décembre 2005⁷, qui revêt tous les caractères d'une décision de principe, consacre le porte-fort d'exécution mais retient cette fois la qualification de garantie accessoire qui le prive de tout intérêt.

En l'occurrence, la société Sanac et M. Boissy ont conclu le 23 avril 1990 un protocole d'accord ayant pour objet la vente du fond de commerce appartenant à la première, la réalisation définitive de l'opération et l'entrée en jouissance du fonds étant fixées au 15 mai 1990. Par lettre du 14 mai, l'acquéreur s'est substitué, comme le protocole lui en laissait la faculté, la société Spac, en cours de constitution, pour la signature et l'exécution de ses obligations, en précisant qu'il se portait *"personnellement garant"* de la *"parfaite exécution"* de ses propres engagements par cette société⁸. Un protocole additionnel a ainsi été signé le 31 mai 1990 par la société venderesse, le gérant de la société substituée et le garant, qui précisait que les actes relatifs à la cession du fonds avaient été signés par les parties et mentionnait les obligations restant à exécuter par la société substituée, et notamment les règlements à effectuer au profit de la venderesse. La société substituée n'a pas exécuté certaines de ses obligations et a été condamnée par un tribunal de commerce à payer diverses sommes à la société venderesse, bénéficiaire du porte-fort d'exécution. Mais une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de la société substituée, de sorte que cette condamnation n'a pas pu être exécutée. La société venderesse a alors assigné le porte-fort en paiement des sommes restant dues par la société substituée. Par un arrêt confirmatif du 26 juin 2003, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a condamné le porte-fort au paiement des sommes dues par la société substituée, au motif qu'il

résultait des actes des 23 avril, 14 et 31 mai 1990, qu'en se substituant la société dans la signature de l'acte de cession et dans l'exécution des opérations prévues au protocole d'accord, le promettant s'était porté garant de la signature des engagements qu'il avait lui-même contractés et que, en conséquence, la garantie souscrite ne pouvait pas s'analyser comme un engagement accessoire à l'engagement principal, et donc comme un cautionnement, l'engagement principal ayant été contracté par le promettant, mais devait s'analyser comme une promesse de porte-fort, le contractant promettant l'exécution de son propre engagement par un tiers.

Cette décision est censurée par la chambre commerciale. Celle-ci affirme d'abord, au visa des articles 1120 et 1134 du Code civil, 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 par lui-même... qu'en condamnant ainsi M. Boissy (le porte-fort) à garantir l'exécution de l'opération après avoir retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'interprétation, que sa garantie ne pouvait s'analyser comme un engagement accessoire, la cour d'appel a violé les textes susvisés"*. La Haute juridiction affirme ensuite, sous le visa cette fois de l'article 1326 du Code civil, *"qu'en se déterminant ainsi sans rechercher si les actes, dont elle déduisait l'engagement de M. Boissy de garantir l'exécution de ses obligations par la société Spac (la société substituée), contenaient une mention manuscrite de sa part exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'il avait de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision"*.

Cette décision suscite trois séries d'observations quant à la consécration du porte-fort d'exécution, sa nature et son régime juridique, et la cohérence et l'opportunité de la solution retenue sous l'angle de la théorie générale des sûretés personnelles.

1°) La chambre commerciale consacre pour la première fois très clairement la distinction entre le traditionnel porte-fort de ratification et le porte-fort d'exécution. Celui-ci apparaissait certes déjà dans certaines décisions des juges du fond et de la Haute juridiction⁹ mais il n'avait jamais été aussi clairement reconnu. Il faut souligner que si la chambre commerciale semble opposer très nettement les deux formes de porte-fort, celles-ci ne sont pas nécessairement alternatives et exclusives l'une de l'autre mais

5. Sur le développement du porte-fort d'exécution dans la pratique notariale des cessions de fonds de commerce ou de droits sociaux, V. E. Savaux, note sous Cass. com., 13 décembre 2005, Defrénois 2005, p. 414, spéc. p. 418 ; sur les différentes utilisations de la promesse de porte-fort en droit des sociétés, V. G. Tillement, Promesse de porte-fort et droit des sociétés, Rev. sociétés 1993, p. 51 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 18^e éd., 2005, n° 1007 ; Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, avec la collaboration de A. Fauchon, Dalloz, 10^e éd., 2005, n° 397 et 430 ; Mémento pratique Francis Lefebvre Sociétés commerciales 2006 par A. Charvériat et A. Couret, avec le concours de B. Mercadal, n° 2970 et 18655.

6. Bull. civ. I, n° 43 ; Contrats, conc., consom. 2005, n° 81, note L. Leveneur ; RTD civ. 2005, p. 391, obs. J. Mestre et B. Fages ; Droit & Patrimoine octobre 2005, p. 104, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Banque &

Droit mars-avril 2005, p. 41, obs. N. R ; Droit & Patrimoine février 2006, p. 131, obs. Ph. Dupichot.

7. JCP 2006, II, 10 021, 2^e espèce, note Ph. Simler ; D. 2006, A.J., p. 298, obs. X. Delpéch ; JCP E 2006, 1342, note P. Grosser ; Defrénois 2006, p. 414, note E. Savaux.

8. Le porte-fort constituait ainsi le support d'une reprise de dette, le débiteur originaire restant tenu de celle-ci comme garant (V. sur ce point les réflexions de E. Savaux, note préc., I, p. 421).

9. V. notamment Cass. com., 14 janvier 1980, Bull. civ. IV, n° 16, jugeant que le fournisseur du locataire-gérant d'un fonds de commerce est recevable à agir contre le propriétaire du fonds qui *"s'était porté fort de l'exécution par son locataire-gérant des obligations"* dont celui-ci était tenu envers le fournisseur.

peuvent, au contraire, s'additionner et se succéder lorsque le tiers n'est pas déjà obligé¹⁰. Quoi qu'il en soit, la consécration du porte-fort d'exécution ressemble fort à un "requiem"¹¹ si l'on en juge par la nature et le régime de cette garantie du point de vue de la chambre commerciale. 2°) S'agissant de la nature juridique du porte-fort, la chambre commerciale affirme que le porte-fort de ratification est "tenu d'une obligation autonome" alors 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". Autrement dit, le porte-fort de ratification est un engagement autonome alors que le porte-fort d'exécution constitue un engagement accessoire. La chambre commerciale considère ainsi que l'objet de l'obligation du promettant, obtenir la ratification d'un engagement imparfait ou l'exécution d'un engagement valable, détermine sa nature : engagement autonome dans le premier cas, engagement accessoire dans le second.

De prime abord, l'affirmation de l'autonomie du porte-fort de ratification fait écho à l'analyse adoptée par la première chambre civile dans son arrêt précité du 25 janvier 2005. Elle est très contestable car l'engagement du porte-fort de ratification ne peut pas être autonome, à proprement parler, sauf à dire qu'il est indépendant de l'obligation d'une autre personne qui n'existe pas encore. En outre, l'objet de l'engagement du promettant n'est pas totalement détaché, en vérité, de cette obligation puisqu'il consiste à obtenir la ratification de celle-ci. Il aurait été préférable de reprendre ici l'analyse traditionnelle du mécanisme : "Le porte-fort prend un engagement dont l'objet lui est personnel. Il promet son propre fait : procurer par ses démarches ou ses sacrifices l'obligation d'une autre personne"¹². Bref, si l'objet de l'engagement du promettant est distinct de l'objet de l'obligation dont il promet la ratification, il ne s'agit pas pour autant d'un engagement autonome, en tout cas au sens que l'on donne à ce terme dans le droit des obligations et le droit des sûretés¹³.

Mais c'est surtout l'affirmation de la nature accessoire du porte-fort d'exécution qui appelle la critique. Pour bien comprendre les choses, il faut reprendre ici le raisonnement de la chambre commerciale qui est le suivant : le porte-fort d'exécution constitue nécessairement un engagement accessoire ; or, dans l'exercice de son pouvoir sou-

verain d'interprétation, la cour d'appel a estimé que la garantie souscrite en l'espèce par l'acquéreur du fonds ne pouvait pas s'analyser comme un engagement accessoire ; en conséquence, la cour d'appel ne pouvait pas affirmer qu'il s'agissait d'un porte-fort d'exécution puisque celui-ci est un engagement accessoire. À cet égard, il faut d'abord souligner que cette qualification d'engagement accessoire révèle, en réalité, une nouvelle divergence de solutions entre la chambre commerciale et la première chambre civile¹⁴. En effet, celle-ci a considéré dans son arrêt du 25 janvier 2005 que le porte-fort qui promet l'exécution d'une obligation souscrit un engagement "autonome" (même s'il est vrai que l'arrêt est mal rédigé et semble raisonner en termes de ratification de l'engagement¹⁵). Ensuite, en retenant la qualification d'engagement accessoire, la chambre commerciale assimile, mais sans le dire clairement¹⁶, le porte-fort d'exécution à un cautionnement, sauf à admettre l'existence d'une sûreté accessoire qui ne serait pas un cautionnement¹⁷. Telle n'est du reste sans doute pas la position de la chambre commerciale puisqu'elle donne du porte-fort d'exécution une définition qui ressemble à s'y méprendre à celle du cautionnement (cf. art. 2011 C. civil) : satisfaire à l'engagement principal souscrit par le tiers si celui-ci ne l'exécute pas lui-même. La Haute juridiction considère ainsi que le porte-fort a souscrit en l'espèce un engagement de payer une dette qui n'est pas la sienne. Dans le droit fil de cette analyse, et sans doute pour mieux préciser sa pensée, la chambre commerciale prend position sur le régime de l'engagement en reprochant aussi aux juges du fond de n'avoir pas recherché si les actes litigieux comportaient une mention manuscrite du porte-fort, conformément aux exigences de l'article 1326 du Code civil qui ne s'applique qu'aux engagements de payer une somme d'argent ou de livrer un bien fongible. Ce faisant, la Cour de cassation méconnaît la véritable nature de l'obligation du porte-fort. Quelle que soit sa forme – ratification ou exécution d'un engagement par un tiers – le porte-fort souscrit toujours une obligation de faire de résultat¹⁸ et non une obligation de payer la dette du débiteur ou de se substituer à lui¹⁹. Si le tiers ne ratifie pas ou n'exécute pas l'engagement, le porte-fort est tenu d'indemniser le créancier, en application des règles de la responsabilité contractuelle. Ainsi, dans le cas d'un porte-fort d'exécution, le juge doit vérifier s'il y a eu une

10. V. notamment Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 821, qui soulignent que si en général le porte-fort s'engage seulement à procurer l'engagement d'autrui et n'en garantit pas l'exécution, la promesse peut être plus étendue et garantir aussi l'exécution ; E. Savaux, note préc., I, p. 422 ; comp. M. Planiol, G. Ripert et P. Esmein, *op. cit.*, n° 50 qui semblent considérer que si le porte-fort garantit aussi l'exécution de l'engagement, il devient alors, à cet égard, caution, de sorte que son engagement a un caractère accessoire.

11. P. Grosser, qui intitule ainsi sa note précitée : "Le porte-fort d'exécution : une consécration en forme de requiem ?".

12. M. Planiol, G. Ripert et P. Esmein, *op. cit.*, n° 49.

13. V. aussi sur ce point les critiques de Ph. Simler, note préc., 1 ; E. Savaux, note préc., I, p. 420 ; adde nos observations sur Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2005, Banque & Droit mars-avril 2005, p. 42.

14. V. aussi en ce sens, Ph. Simler, note préc., 1 ; P. Grosser, note préc., 1.

15. V. sur ce point les observations de Ph. Simler, note préc., 1 ; comp. Ph. Stoffel-Munck, obs. préc., qui estime qu'il s'agissait bien d'un "porte-fort classique".

16. Le fait que le porte-fort était le débiteur originaire qui restait tenu en tant que garant de la société substituée explique peut-être que la

chambre commerciale ait hésité à qualifier expressément son engagement de cautionnement.

17. V. E. Savaux, note préc., spéc. II, p. 424.

18. V. la démonstration de Ph. Simler, note préc., 1 et celle de I. Riassetto, art. préc., n° 150-57 ; adde sur l'obligation de résultat du porte-fort J.-Cl. Civil, art. 1120 par M. Storck, n° 9 ; Rép. civ. Dalloz, V° Porte-fort par C. Aubert de Vincelles, n° 9 et M. Planiol, G. Ripert et P. Esmein qui écrivaient déjà (*op. cit.*, n° 50) : "Celui qui se porte fort contracte une obligation d'une nature particulière. D'une part, comme il s'engage à rapporter une ratification valable au fond et en la forme, il promet un résultat. Il n'est donc pas libéré et doit en principe des dommages-intérêts si la ratification promise n'est pas fournie, même si ce défaut ne lui est pas imputable".

19. V. très clairement en ce sens P. Ancel, thèse préc., n° 54 qui estime que "le porte-fort n'est jamais obligé d'exécuter lui-même la prestation garantie mais seulement d'indemniser le créancier" ; comp. M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 7^e éd., 2004, n° 490, affirmant que le signataire d'un "porte-fort sûreté" prend un engagement de payer de sorte que la mention manuscrite de l'article 1326 du Code civil est applicable ; M. Planiol, G. Ripert et P. Esmein, *op. cit.*, n° 50, qui estiment que si le porte-fort est garant de l'exécution de l'engagement, il s'engage "comme caution".

inexécution de l'obligation imputable au débiteur et s'il en est résulté un préjudice pour le créancier. Dans l'affirmative, le porte-fort doit réparer le préjudice subi par le créancier, qui peut être inférieur à la valeur de la prestation du débiteur ou supérieur, notamment par le jeu d'une clause pénale²⁰. Aussi faut-il admettre avec M. le Doyen Simler que "la garantie que procure le porte-fort d'exécution n'est ni autonome, ni accessoire, mais indemnitaire"²¹, à l'instar des lettres d'intention ou de confort²² ou, plus généralement d'autres garanties s'appliquant à des obligations de faire telles les garanties de bonne fin ou de parfait achèvement du droit de la construction²³. Mais aussi convaincante soit-elle, cette analyse du porte-fort d'exécution est clairement rejetée par la chambre commerciale qui considère qu'il s'agit d'une garantie accessoire d'exécution et non d'une garantie indemnitaire²⁴. Cette qualification n'est pas cohérente et laisse en suspens plusieurs questions qui ne peuvent être envisagées que brièvement dans le cadre de la présente chronique.

3°) Aucun auteur n'ayant jamais affirmé que le porte-fort d'exécution constitue une garantie accessoire²⁵, il est raisonnable de penser que la Cour de cassation n'a pas dénaturé gratuitement cette garantie en retenant cette qualification. La solution s'inscrit vraisemblablement dans le cadre du débat sur le point de savoir si la pratique peut créer des garanties personnelles qui n'offrent pas au garant les protections données par le législateur²⁶ à la caution et même, désormais, au garant autonome (cf. les dispositions du Code de commerce issues de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises²⁷). Il a du reste déjà été relevé que la Cour de cassation n'hésite plus à instrumentaliser la qualification et les concepts pour imposer un régime juridique qui lui apparaît opportun²⁸. Mais en l'occurrence, cette démarche et le rejet de la qualification de garantie indemnitaire pour le porte-fort d'exécution prètent d'autant plus à discussion que le nouvel article 2322 du Code civil (issu de l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés) a consacré la lettre d'intention (ou de confort), dont la définition est bien distincte du cautionnement : "engagement de faire ou de ne pas faire, souscrit par un tiers en des termes variables, et ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers un créan-

cier"²⁹. Dans ce contexte, il est incohérent et inopportun de ne pas reconnaître, aux côtés des sûretés personnelles accessoires et des sûretés personnelles autonomes, l'existence des garanties indemnitaires et de nier la véritable nature du porte-fort d'exécution, qui n'est assurément pas un engagement accessoire. Si la chambre commerciale maintenait, envers et contre tout, cette analyse dans des arrêts ultérieurs, il reste à savoir si elle entend véritablement assimiler le porte-fort d'exécution (et les lettres de confort renfermant un tel engagement ?) au cautionnement, avec toutes les conséquences que cela implique (obligation d'information, opposabilité des exceptions, bénéfice de subrogation...), ou est prête à s'engager dans la voie de la construction du régime d'une sûreté personnelle accessoire distincte du cautionnement.

N. R.

Obligation des associés d'une société civile de répondre des dettes sociales. Nature de l'obligation. Application de l'article 1415 du Code civil (non)

Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 2006, n° 55, FS-P+B, Epoux Baudet c/ BECM

Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 2006, n° 57 FS-P+B, CIC c/ Epoux Loigerot

L'article 1415 du Code civil n'est pas applicable à l'hypothèse dans laquelle une personne est condamnée non en qualité de caution d'une société en nom collectif mais seulement comme associé responsable des dettes sociales de cette société de personnes (1^{re} espèce).

Le contrat de société civile, qui fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital, ne saurait être assimilé à un acte de cautionnement (2^e espèce).

Certaines obligations sont légales, au sens propre du terme. Elles ne dépendent pas d'un accord de volonté, d'un consentement que l'obligé aurait donné à son créancier. C'est le cas de l'obligation aux dettes sociales qui pèse sur certains associés : ceux des sociétés civiles ou des sociétés en nom collectif (SNC) par exemple³⁰. Dans la société civile, les associés "répondent indéfiniment des

20. Sur la mise en œuvre de la responsabilité du porte-fort d'exécution, V. notamment I. Riassetto, art. préc., n° 150-67 et s.

21. V. Ph. Simler, note préc., 1 ; adde Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 343 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 4^e éd., 2004, n° 316.

22. V. par exemple *Lamy Droit des sûretés*, Etude n° 145 par C. Koering et N. Rontchevsky, spéc. n° 145-93. La chambre commerciale avait ainsi jugé dans un arrêt antérieur du 17 décembre 2002 (CP 2003, I, 176, n° 13, obs. Ph. Simler), relatif à des lettres d'intention stipulant l'engagement de leur souscripteur "d'assurer une trésorerie suffisante" pour que des sociétés et associations puissent exécuter leurs obligations envers le créancier garanti, que l'article 1326 du Code civil était sans application s'agissant d'une obligation de faire et non de payer.

23. V. Ph. Simler, note préc., 3 qui souligne que le porte-fort d'exécution est la "garantie naturelle des obligations de faire".

24. V. E. Savaux, note préc., II, p. 423-424, qui estime cependant in fine que "la promesse de porte-fort ne peut pas se dédoubler" et doit être réservée à la formation du lien d'obligation et au pouvoir de contracter.

25. Les auteurs qui ne qualifient pas le porte-fort d'exécution de garantie indemnitaire affirment néanmoins qu'il ne s'agit pas d'une garantie accessoire : V. notamment M. Cabrillac et Ch. Mouly, *op. cit.*, n° 490 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Soffel-Munck, *op. cit.*, n° 821.

26. V. notamment l'examen des arguments pour ou contre des régimes

distincts des sûretés personnelles par M. Cabrillac et Ch. Mouly, *op. cit.*, n° 34-2 ; adde sur ce débat, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Ed. Panthéon-Assas, 2005, préf. M. Grimaldi.

27. V. Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises, Banque & Droit janvier-février 2006, p. 17.

28. V. notamment Ph. Simler, obs. sur Cass. com., 8 octobre 2003, 2 arrêts, au JCP 2004, 1246, n° 8, qui estime que la Cour de cassation retient parfois la qualification de garantie autonome "à seule fin d'écartier un effet indésirable qu'induirait la qualification fondamentalement exacte" ; adde du même auteur note sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, JCP 2005, II, 10183, à propos du concept de cautionnement réel et "La jurisprudence a-t-elle la libre disposition des concepts ?", conférence prononcée à l'Université Robert-Schuman le vendredi 27 janvier 2006.

29. V. aussi Rapport du groupe de travail (présidé par M. Michel Grimaldi) relatif à la réforme du droit des sûretés présenté au Garde des Sceaux le 28 mars 2005, II, B, p. 8 (cf. www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportgrimaldi.pdf). Il a été souligné par ailleurs que les lettres d'intention renfermant une obligation de faire de résultat ne sont pas autre chose qu'un porte-fort d'exécution (V. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 343) ; aussi Cass. com., 19 avril 2005, *Droit & Patrimoine*, février 2006, p. 130 obs. Ph. Dupichot.

30. Mais d'autres encore sont concernés (V. D. Giribila, *L'obligation aux dettes sociales dans les sociétés civiles*, Defrénois 1998, art. 36808).

dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social". En cas d'adoption de la forme SNC, ils sont tenus de ces dettes non seulement indéfiniment mais aussi solidairement entre eux³¹. Et c'est la loi qui en décide ainsi : respectivement, les articles 1857 du Code civil (pour les associés d'une société civile) et L. 221-1 du Code de commerce (pour les associés d'une SNC). Reste la question de savoir à quel type d'engagement correspondent exactement ces obligations et quel est leur régime. La première chambre civile de Cour de cassation, dans deux arrêts rendus le 17 janvier 2006, et sur lesquels elle a voulu attirer l'attention (les deux sont estampillés FS-P+B), fournit quelques éléments d'analyse.

Dans le premier arrêt, la Cour de cassation pose que la cour d'appel "*ayant décidé que (l'auteur du pourvoi) n'avait pas été condamné en qualité de caution de la SNC mais seulement comme associé responsable des dettes sociales d'une société de personnes*" a pu considérer à bon droit "*qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 1415 du Code civil*".

Dans le second, la Cour de cassation proclame que "*le contrat de société civile, qui fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital, ne saurait être assimilé à un acte de cautionnement*". Ce en conséquence de quoi la Cour de cassation décide de censurer la cour d'appel³² qui, après avoir énoncé que "*la participation à une société civile a des conséquences d'une telle gravité qu'il peut être considéré que la situation est semblable à celle qui résulte d'un cautionnement ou d'un emprunt*", avait jugé, par application de l'article 1415 du Code civil, qu'aucune "*extension de la garantie*" aux biens communs n'était possible sans accord du conjoint.

La lecture de ces arrêts nous apprend donc deux choses : (1) que l'obligation des associés n'est pas celle d'une caution ; (2) que cette obligation peut justifier des poursuites contre les biens communs sans que l'article 1415 puisse y faire obstacle. Ces propositions méritent l'une et l'autre un commentaire.

L'obligation des associés d'une société civile ou d'une SNC n'est pas celle d'une caution, nous dit la Cour de cassation. Soit. C'est pourtant ainsi que l'on analyse habituellement l'obligation de celui qui est tenu de la dette d'un autre en qualité de garant, et sans doute est-ce ce que la cour d'appel censurée par le deuxième arrêt de la Cour de cassation a voulu exprimer, qui relève entre l'obligation de la caution est celle des associés d'une société civile une similitude des effets. Au demeurant, il a été jugé que l'extinction de la créance contre la société civile ou en nom collectif en conséquence d'un défaut de déclaration à la procédure collective dont elle ferait l'objet fait dispa-

raître l'obligation des associés³³. L'obligation des associés est donc bien conçue, à certains égards, non seulement comme l'obligation d'un garant, mais aussi comme une obligation caractérisée par une certaine dépendance vis-à-vis de la dette garantie.

Est-ce alors une obligation moins contraignante que celle d'une caution ? On peut après tout se poser la question puisque dans le premier arrêt la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir relevé que l'obligé n'avait pas été condamné en qualité de caution mais "seulement" en qualité d'associé responsable des dettes sociales d'une société de personnes. Mais la formule est simplement malheureuse. En vérité, le régime du cautionnement offre ce que l'on peut considérer être la protection maximale susceptible de bénéficier à un garant personnel (sujétion à un engagement principal qui constitue une limite aussi bien qualitative que quantitative, possibilité de se prévaloir non seulement des exceptions inhérentes mais aussi des exceptions personnelles, bénéfice de discussion, de division, de cession d'actions, bénéfice de nombreuses obligations d'information, recours avant paiement...). Et, en rejetant la qualification de cautionnement, la Cour de cassation entend précisément soustraire l'obligation des associés d'une société civile à l'application de ce régime fait d'attentions permanentes. À la réflexion, on comprend d'ailleurs assez bien qu'elle le fasse. Ces attentions ont largement été inspirées par la manière dont le cautionnement a pu être conçu traditionnellement, à savoir comme un service d'ami, rendu par une personne désintéressée. Or, vis-à-vis des affaires de la société civile ou en nom collectif, ce n'est pas exactement dans cette situation que se trouvent être les associés. Aussi bien, s'il faut en faire des garants³⁴, on peut concevoir que la garantie qu'ils doivent soit autre que celle d'une simple caution.

Pour autant, l'obligation des associés des sociétés en question n'est pas celle de codébiteurs solidaires. Les associés ne sont pas des débiteurs principaux. La dette de la société dont ils sont membres n'est pas la leur et ils ne sont que des débiteurs en second. La Cour de cassation le souligne dans le deuxième arrêt, où on lit que l'obligation des associés est subsidiaire. Il est vrai que, après que l'article 1857 du Code civil a posé que les associés d'une société civile répondent des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital (là où des codébiteurs solidaires seraient tenus au tout), l'article 1859 précise que "*les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la (société civile)*", et le Code de commerce ne dit pas autre chose s'agissant des créanciers de SNC, qui "*ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire*" (C. com., art. L. 221-1, al. 2)³⁵.

31. Ce qui signifie que le créancier d'une SNC n'a pas à diviser ses poursuites, qu'il peut réclamer l'intégralité de ce qui lui est dû à chacun (à l'un quelconque) des associés.

32. Sur l'arrêt d'appel, rendu par C.A. Versailles, V. Defrénois 2003, art. 37808, p. 1144 s., obs. V. Brémond.

33. Pour les associés de S.N.C., V. Cass. com., 25 novembre 1997, D. Affaires 1998, p. 28, 2^e espèce, obs. A. L. ; Bull. Joly 1998, p. 156, note P. Le Cannu. Pour les associés de sociétés civiles : Cass. 3^e civ., 22 mars 1995, Rev. sociétés 1995, p. 559, note J.-F. Barbieri.

34. Ce que l'on peut cependant contester. Ainsi, M. Daublon relève que la cause de la situation particulière dans laquelle se trouvent les associés de sociétés de personnes "*est constituée par le fait que les auteurs du Code civil, en rédigeant les articles consacrés aux sociétés, n'entendaient nulle-*

ment doter celles-ci de la personnalité morale". Mais l'auteur souligne que, lorsque la jurisprudence estima que les sociétés de personnes disposent comme les sociétés de capitaux de la personnalité morale, "*il aurait fallu uniformiser les règles de droit dans le domaine de la responsabilité personnelle*". Il n'existait en effet "*aucune raison de continuer à frapper les associés de sociétés de personnes de cette obligation personnelle et indéfinie au passif social*". V. G. Daublon, *La responsabilité indéfinie des associés de sociétés de personnes vis-à-vis des tiers*, Defrénois, art. 37723.

35. Il n'est pas nécessaire cependant que le créancier épuise ses poursuites contre la société. Ainsi, s'il s'agit d'une SNC, il lui suffit de la mettre en demeure de payer, par exploit d'huissier. À défaut de règlement dans les huit jours (D. 23 mars 1967, art. 15), le créancier peut demander paiement aux associés.

Le statut de l'obligation des associés d'une société civile ou en nom collectif est de fait particulier. Ainsi que cela a déjà été relevé, et comme s'ils étaient cautions, ces associés peuvent se prévaloir du défaut de déclaration par le créancier à la procédure collective de la société, alors que les codébiteurs ne peuvent pour leur part invoquer l'absence de déclaration à la procédure collective qui frapperait l'un d'eux³⁶. Par ailleurs, toujours à l'instar de cautions, les associés d'une société civile ou en nom collectif peuvent demander à profiter de la remise de dette que le créancier aurait pu consentir à la société³⁷, et l'on peut imaginer qu'ils ont vocation à se prévaloir ainsi de toutes les causes d'extinction de la dette sociale : s'ils en sont tenus, c'est à condition qu'elle existe. En revanche, les associés d'une société civile ou en nom collectif ne peuvent invoquer le bénéfice de cessations d'actions de la caution³⁸ et ils ne pourraient davantage prétendre exercer un recours avant paiement ou bénéficier des obligations légales d'information dont la caution est créancière. Les arrêts commentés nous apprennent qu'en outre les associés d'une société civile ou en nom collectif ne peuvent se prévaloir de l'article 1415 du Code civil.

La logique qui conduit la Cour de cassation à exclure l'application de l'article 1415 du Code civil n'est cependant pas évidente³⁹. Même si le cautionnement (outre

l'emprunt) est seul visé par le texte, on sait que son domaine d'application quant aux actes concernés a été défini de manière extensive. Ainsi a-t-il été jugé que l'article 1415 devait être appliqué à l'engagement de garantie autonome⁴⁰. La solution a été approuvée. La règle de l'article 1415 ne participe pas du caractère accessoire, propre au seul cautionnement. On peut donc considérer qu'il n'y a pas de raisons de ne pas l'appliquer à d'autres garanties personnelles, plus ou moins proches du cautionnement, surtout si elles sont plus contraignantes.

La solution de la non-application de l'article 1415 peut toutefois s'expliquer. D'abord, la détermination du domaine de ce texte ramène à un problème classique : celui de l'interprétation des dispositions d'exception. L'article 1415 déroge en effet au principe posé par l'article 1413 du Code civil, selon lequel chacun des époux engage par ses actes non seulement ses biens propres mais aussi les biens communs. Or l'on sait qu'il est une maxime selon laquelle les exceptions sont d'interprétation stricte. Mais une autre raison encore existe, qui a pu peser d'un tout autre poids : elle tient à la volonté que la Cour de cassation a sans doute de ne pas nuire au crédit des sociétés civiles et en nom collectif. ■

F. J.

36. V. Cass. com., 19 janv. 1993, CP E 1993, II, 411, note Ph. Petel ; D. 1993, 331, note A. Honorat et J. Patarin ; Rev. proc. coll. 1993, p. 71, obs. C. Saint-Alary-Houin.

37. Cass. com., 14 janvier 2004, Bull. Joly, p. 717, note F.-X. Lucas.

38. CA Paris, 2 juill. 1998, Bull. Joly sociétés 1998, p. 1282, note Ph. Delebecque ; Banque & Droit janvier-février 1999, p. 43, obs. M. Storck ; C.A. Paris, 9 septembre 2003, Bull. Joly 2004, p. 395, note F.-X. Lucas (arrêt où on lit déjà que "l'engagement de l'associé en nom collectif est un engagement subsidiaire qui ne peut, en toute hypothèse, être assimilé à celui d'une caution").

39. Art. 1415 : "Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres".

40. En ce sens : CA Paris, 3 novembre 1994, D. 1995, S.C., p. 326, obs. M. Grimaldi ; RTD civ. 1997, p. 728, obs. B. Vareille ; CA Versailles, 19 mai 1994, JCP 1995, I, 3821, n° 17, obs. Ph. Simler ; Bull. Joly 1994, p. 694, note P. Le Cannu (l'arrêt juge que l'article 1415 s'applique "à l'évidence" à une garantie autonome) ; contra CA Douai, 30 juin 1994, JCP 1996, I, 3908, n° 14, obs. critiques Ph. Simler.