





Mais la bonne foi ne fait pas échec au bénéfice d'une garantie de passif (Com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, D. 2007.2844, note P.-Y. Gautier , et 2839, note Ph. Stoffel-Munck  ; *adde* la chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, p. 2764  et le panorama S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Causson p. 2966  ; Dr et patr. 2007, n° 162, p. 94, obs. Ph. Stoffel-Munck)

Bertrand Fages, Professeur à l'Université Paris XII

Depuis quelque temps, la Cour de cassation semble multiplier les arrêts « doctrinaux » (V. obs. P.-Y. Gautier, RDC 2007. 558), dans lesquels on peut avoir le sentiment que sa légitime contribution à l'élaboration du droit - qui doit évidemment être pleine et active - s'exerce en quelque sorte à l'état pur et non plus par l'énonciation d'une solution qui, fût-elle de principe, doit toujours s'efforcer de coller au plus près aux données factuelles relevées par les juges du fond et, en liaison avec celles-ci, au problème juridique posé. Il en résulte alors de très belles formules, qui alimentent les discussions et nourrissent les chroniques, mais peuvent apparaître en profond décalage avec les éléments de fait comme de droit qui se trouvent être à l'origine du litige.

Ainsi en est-il, très certainement, de l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 10 juillet 2007, qui nous dit que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». En lui-même, dans sa généralité, cet attendu entend contribuer à la compréhension des sanctions qu'il y a lieu d'attacher à l'exigence de bonne foi, et ceci en distinguant entre ce qui relève, d'un côté, des prérogatives contractuelles et, d'un autre, de la substance même des droits et obligations. Si l'on comprend bien la Cour de cassation, seules les premières peuvent être sanctionnées, et donc éventuellement neutralisées, en cas d'usage déloyal ou, il faut l'ajouter, d'abus (V. sur l'abus de prérogative Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 634 s. ; *adde* pour un exemple récent : Civ. 2<sup>e</sup>, 22 févr. 2007, Dr et patr. 2007, n° 162, p. 93, obs. Ph. Stoffel-Munck). La substance même des droits et obligations, en revanche, ne peut être atteinte par la sanction du juge, ce qui signifie en d'autres mots qu'une créance ne peut être neutralisée pour la seule raison que son titulaire a manqué à l'obligation d'exécution de bonne foi.

Dans sa première partie, cette solution n'est que l'expression de l'état du droit positif. Nombreux sont les cas, en effet, où l'on constate que le juge n'hésite pas à sanctionner le comportement d'un contractant par la paralysie d'une prérogative que ce dernier tient de la loi ou d'une clause du contrat (sur cette sanction, V. notre thèse, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1996, n° 695 s.) ; l'exemple le plus connu est celui de la neutralisation de la clause résolutoire en cas de mauvaise foi du créancier. Mais c'est dans sa seconde partie que la solution posée par cet arrêt est nouvelle car jamais, jusqu'ici, il n'avait été affirmé que la sanction de l'obligation de bonne foi devait s'arrêter au seuil de ce qui sépare les simples prérogatives - en quelque sorte l'appareillage technique - de la substance même des droits et obligations - le cœur de la créance. Jamais il n'avait été dit que, quel que soit sa bonne ou mauvaise foi, sa loyauté ou sa déloyauté, un contractant bénéficiait toujours de l'assurance de pouvoir poursuivre l'exécution de sa créance.

Faut-il suivre la Cour de cassation dans cette voie ? Cela n'est pas si sûr. Récemment, en analysant avec minutie de nombreux arrêts, notre collègue Thomas Genicon a démontré qu'un <sup>1</sup> contrat pouvait être résolu pour manquement à l'obligation de bonne foi, indépendamment de

l'inexécution de toute autre obligation contractuelle (T. Genicon, La résolution du contrat pour inexécution, LGDJ, 2007, spéc. n° 295 s.). Or n'est-ce pas là la preuve que la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi peut être sanctionnée par une remise en cause radicale des droits et obligations légalement convenus entre les parties ? Le droit allemand, depuis que la loi de modernisation du droit des obligations est venue consacrer sur ce point une jurisprudence fort ancienne, retient expressément une solution comparable : le § 324 du BGB prévoit en effet qu'en cas de manquement du créancier à un devoir du § 241, alinéa 2, du BGB (lequel fait obligation à chaque partie de préserver les droits, biens juridiquement protégés, et intérêts de l'autre) la résolution peut être décidée par le débiteur lorsqu'il apparaît objectivement qu'on ne peut plus exiger de lui qu'il reste tenu par le contrat.

Quoiqu'il en soit, et l'on rejoint là notre propos introductif, il est permis de considérer que, par son attendu, la chambre commerciale a apporté une réponse exagérément docte et générale à une question qui, au départ, était assez technique, et qu'il serait dommage de perdre de vue. Or cette question est la suivante : peut-on opposer au cessionnaire d'actions qui réclame la mise en oeuvre d'une garantie de passif sa qualité antérieure de dirigeant et de principal actionnaire pour juger qu'il ne peut, sans manquer à l'obligation de bonne foi, se prétendre créancier de l'indemnisation d'un passif auquel il a lui-même exposé la société ? Au cas présent, des juges du fond n'avaient pas hésité à le croire. Ce qui s'est traduit par leur refus de faire droit à la demande d'indemnisation d'un passif d'ordre fiscal qu'avait formée à l'égard des cédants l'acquéreur des titres d'une société exploitant une discothèque. Sa double qualité, avant même la cession, de président du conseil d'administration et de principal actionnaire faisait en effet « qu'il aurait dû se montrer particulièrement attentif à la mise en place d'un contrôle des comptes présentant toutes les garanties de fiabilité, qu'il ne pouvait ignorer que des irrégularités comptables sont pratiquées de façon courante dans les établissements exploitant une discothèque et qu'il a ainsi délibérément exposé la société aux risques, qui se sont réalisés, de mise en oeuvre des pratiques irrégulières à l'origine du redressement fiscal invoqué au titre de la garantie de passif ». Autant de raisons de considérer, pour la cour d'appel, que la garantie contractuelle n'était pas invoquée de bonne foi, et donc d'en refuser le bénéfice à son titulaire désigné.

Il y avait là, évidemment, un vrai sujet, qui intéresse le droit des sociétés et qui n'est pas sans lien avec l'obligation de loyauté que la jurisprudence fait peser depuis l'arrêt *Vilgrain* sur le dirigeant de société à l'égard de tout associé (Com. 27 févr. 1996, RTD civ. 1997. 114). Cette obligation n'est-elle pas méconnue lorsque le dirigeant, comme ici, se fait consentir une garantie dont il n'ignorait pas, pour avoir lui-même été à l'origine du risque, qu'elle allait être appelée à jouer ? Où se situe la sanction ? Dans la paralysie de la garantie au stade de sa mise en oeuvre - ce que la Cour de cassation refuse ici - ou plus amont sur le terrain du dol - ce que l'arrêt n'exclut pas ?

Voilà autant de questions que la Cour de cassation aurait pu régler, dans cet arrêt, en cantonnant son propos sur le registre de la garantie de passif. Ainsi aurait-elle pu indiquer, par exemple, que la mise en oeuvre d'une garantie de passif valablement formée ne peut être paralysée par la considération que son bénéficiaire, du fait de ses qualités antérieures, a pu avoir connaissance des circonstances à l'origine du passif ultérieurement apparu. A n'en pas douter, une telle affirmation aurait été moins déroutante et plus utile, pour les praticiens, que la formule très doctrinale retenue dans cet arrêt.

**Mots clés :**

CONTRAT ET OBLIGATIONS \* Exécution \* Bonne foi \* Sanction \* Office du juge