

RTD Civ. 2013 p. 653

Un revirement de jurisprudence : l'article 1326 du code civil ne s'applique plus au porte-fort d'exécution !
(Com. 18 juin 2013, n° 12-18.890, D. 2013. 1621, obs. X. Delpech)

Pierre Crocq, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

*

**

On se souvient de ce que, dans un arrêt rendu le 13 décembre 2005, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait, pour la première fois, distingué très nettement les deux catégories de promesses de porte-fort possibles en énonçant dans un attendu de principe 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 » (Com. 13 déc. 2005, n° 03-19.217, Bull. civ. IV, n° 256 ; D. 2006. 298 [§](#), obs. X. Delpech [§](#) ; *ibid.* 2244, chron. D. Arlie [§](#) ; *ibid.* 2855, obs. P. Crocq [§](#) ; RTD civ. 2006. 305, obs. J. Mestre et B. Fages [§](#) ; CCC 2006, n° 63, obs. L. Leveneur ; Banque et droit, n° 106, mars-avr. 2006. 60 s., obs. F. Jacob ; RD banc. fin. janv.-févr. 2006. 19 s., obs. D. Legeais ; RLDC mars 2006. 29 s., obs. G. Marraud des Grottes ; Defrénois, 2006. 414, note E. Savaux ; JCP G 2006. II. 10021 et I. 131. n° 12, note et obs. Ph. Simler ; Dr. et patr. n° 152, oct. 2006. 96, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *adde* I. Riassetto, Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère, RLDC avr. 2006. 26 s.).

On se souvient également de ce que le même arrêt, après avoir affirmé que dans le cas du porte-fort d'exécution le promettant s'engage à satisfaire à l'égard du bénéficiaire l'engagement souscrit par un tiers, en avait déduit que l'exigence d'une mention manuscrite, énoncée par l'article 1326 du code civil, était applicable à une telle promesse.

Cette motivation était, au demeurant, critiquable, car, à la différence d'une caution, le promettant ne s'engage pas à réaliser la prestation du tiers, mais à indemniser le bénéficiaire du préjudice qu'il subit si cette prestation n'est pas réalisée.

En revanche, la solution énoncée par cet arrêt, s'agissant de l'exigence d'une mention manuscrite, pouvait sembler exacte, car, dans un porte-fort d'exécution, le promettant s'engage soit à ce qu'un résultat (l'exécution de la prestation par le tiers) soit obtenu, soit à indemniser le bénéficiaire du préjudice subi à raison de l'inexécution et c'est dans l'existence, dès la conclusion de la promesse, de cette deuxième branche de l'alternative que pouvait être trouvée la justification de l'application de l'article 1326 du code civil au porte-fort d'exécution.

Une telle solution n'est cependant plus d'actualité aujourd'hui. En effet, une décision de la Cour d'appel d'Orléans, qui semblait *a priori* à l'abri des foudres de la Haute juridiction puisqu'elle avait repris la solution et la motivation énoncées dans l'arrêt rendu le 13 décembre 2005, vient d'être cassée par la chambre commerciale de la Cour de cassation au motif que « l'engagement de porte-fort constitue un engagement de faire, de sorte que (l'article 1326 du Code civil) ne lui est pas applicable ».

Ce faisant, la Cour de cassation refuse donc de considérer le porte-fort comme un engagement alternatif et n'y voyant qu'une simple obligation de faire dont l'inexécution se résout par l'octroi de dommages-intérêts, elle refuse de lui appliquer l'exigence de mention manuscrite, ce qui ne pas sans rappeler l'affirmation déjà effectuée par la Cour de cassation à propos de cette même exigence dans le cas d'une lettre d'intention et selon laquelle : « cet acte contient un engagement contractuel de faire et non de payer, auquel ne sont pas applicables les dispositions de l'article 1326 du code civil » (Com. 25 oct. 2011, n° 10-25.607, RLDC 2011/88, n° 4460, obs. J.-J. Ansault ; Dr. et patr. 2012, n° 211, 89, obs. Ph. Dupichot).

Un tel refus suscite cependant immédiatement une question : si le porte-fort d'exécution est un engagement de faire quelque chose, de quelle chose s'agit-il au juste ?

Il ne peut pas s'agir de l'exécution de la prestation promise par le tiers, car dans ce cas le porte-fort d'exécution ne serait pas autre chose qu'un cautionnement. Il ne peut donc s'agir que d'un comportement attendu du promettant : faire en sorte que la prestation promise par le tiers soit bien exécutée.

Mais alors on se heurte à une double difficulté puisque, d'une part, le porte-fort d'exécution ainsi entendu se confond avec une lettre d'intention comportant une obligation de résultat (V., en ce sens, Ph. Simler, Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, Litec, 4^e éd., 2008, n° 1026 ; M. et S. Cabrillac, Ch. Mouly et Ph. Pétel, Droit des sûretés, 9^e éd., Litec, 2010, n° 422 ; A.-S. Barthez et D. Houtcieff, Les sûretés personnelles, LGDJ, 2010, n° 1248 ; J.-D. Pellier, Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation, préf. Ph. Delebecque, Bibl. dr. privé, t. 539, LGDJ, 2012, n° 82 s.), ce qui lui retire toute originalité, et puisque, d'autre part, il est pour le moins curieux que l'on puisse s'engager au respect d'un comportement dont le contenu est totalement indéterminé par le contrat et dont la violation ne sera révélée que par le fait qu'un tiers à ce contrat n'aura pas correctement exécuté sa propre obligation. En effet, « comment faire jouer à la responsabilité contractuelle le rôle d'une garantie alors que l'on ne peut pas identifier l'obligation dont la violation constitue le fait générateur ? » (A.-S. Barthez et D. Houtcieff, préc., reprenant la critique développée par R. Libchaber *in* La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort d'exécution, RJDA 8-9/06, p. 787).

La notion de porte-fort d'exécution n'a d'intérêt que si elle se distingue de celle de lettre d'intention, ce qui suppose que le porte-fort d'exécution fasse naître une obligation « satisfaisante », c'est-à-dire une obligation de satisfaire le créancier indépendamment d'une quelconque obligation de comportement à l'égard du débiteur initial, c'est-à-dire du tiers dans le cas du porte-fort d'exécution (V. l'exposé de la distinction entre obligations satisfaisantes et obligations comportementales *in* Ph. Dupichot, Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, préf. M. Grimaldi, Ed. Panthéon-Assas, 2005, n° 409).

Une telle obligation satisfaisante peut être admise ici car le porte-fort ne promet pas autre chose que l'obtention d'un résultat ou une indemnisation, sans s'engager à un quelconque comportement. Ainsi que l'écrit un auteur, « celui qui se porte fort de l'exécution d'une obligation pécuniaire n'est pas dans la situation d'un confortant, car il n'est pas tenu d'une obligation de faire, fut-elle de résultat » (J. François, Les sûretés personnelles, Economica, 2004, n° 486 ; rapp. affirmant que « le porte-fort promet un fait, le paiement du débiteur, non un acte, l'influence sur lui », M. Mignot, Droit des sûretés, Montchrestien, 2^e éd., 2010, n° 719).

Mais si l'on admet cela, la difficulté rebondit, car il faut alors bien distinguer le porte-fort d'exécution de la caution, l'un et l'autre devant, indépendamment de toute exigence comportementale préalable à leur égard, satisfaire le créancier lorsque le débiteur principal ou le tiers n'exécute pas sa propre prestation et, d'ailleurs, les auteurs précités, qui réfutent l'existence d'une obligation de faire à la charge du promettant, assimilent le porte-fort d'exécution à un cautionnement.

Cependant, ainsi qu'il a déjà été affirmé *supra*, le promettant, à la différence de la caution, ne s'engage pas à réaliser la prestation du tiers, mais à indemniser le bénéficiaire du préjudice qu'il subit si cette prestation n'est pas réalisée, ce qui implique que la somme payée par le promettant à titre d'indemnisation ne sera pas nécessairement égale à celle due par le tiers au bénéficiaire et notamment qu'elle pourra être plus importante. Le porte-fort d'exécution et le cautionnement ne sont donc pas deux notions identiques même si leur parenté est réelle. Il s'agit, en effet, dans les deux cas de couvrir un risque mais cette couverture est plus ou moins importante selon les cas (V., en ce sens, affirmant que « porte-fort et cautionnement sont tous deux des utilisations particulières d'une figure générale qui pourrait être nommée « contrat de garantie par couverture » » et que « la caution couvre un risque « normal » tandis que le porte-fort permet de couvrir des risques plus étendus » E. Netter, Les garanties indemnitaires, th. dactyl. Strasbourg, 2010, n° 405).

Il est donc possible de voir dans le porte-fort d'exécution une garantie d'une nature juridique différente de celle des autres sûretés personnelles, mais cette existence originale suppose alors d'admettre que le promettant s'engage *ab initio* à indemniser le bénéficiaire du préjudice subi dans le cas où le risque d'inexécution de sa prestation par un tiers se produirait, c'est-à-dire à payer une somme d'argent.

Une telle analyse a pour conséquence l'application de l'article 1326 du code civil à l'engagement du porte-fort d'exécution, contrairement à ce qu'affirme la Cour de cassation dans l'arrêt ici commenté, et refuser cette application, c'est donc dénier toute originalité au porte-fort d'exécution.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Promesse de porte-fort * Engagement de faire * Mention manuscrite