

L'obligation du porte-fort

Bruno Dondero, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris 1 (Panthéon - Sorbonne), Directeur de Sorbonne Affaires / Finance (IRJS)

**

1. La promesse de porte-fort est une institution ancienne, encadrée par l'article 1120 du code civil. Comme sa localisation dans une section relative au consentement des parties au contrat l'illustre, cette institution est initialement pensée comme concernant la seule formation du contrat. On ne peut en principe que s'engager soi-même, aux termes de l'article 1119 ; la disposition suivante prévoit que « néanmoins 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 ». Comme on l'a justement relevé, ce n'est là qu'une exception apparente à la règle formulée par l'article 1119, dès lors que le porte-fort n'engage que lui-même en promettant le fait d'un tiers ⁽¹⁾.

2. Pour qualifier ce mécanisme par lequel on promet qu'un tiers s'engagera dans un contrat, sans pour autant être le mandataire de cette personne, on distingue depuis quelques années maintenant, avec la Cour de cassation (*V. infra*, même si elle n'emploie pas précisément ces termes), entre le « porte-fort de ratification » et le « porte-fort d'exécution ». Le premier est le plus connu. Dans les cessions d'entreprises, et particulièrement dans les cessions de droits sociaux, il n'est pas rare que l'on recoure au porte-fort de ratification. Souvent, ce ne seront pas les actionnaires A, B et C qui céderont leurs actions, mais le seul A, celui-ci se portant fort de B et C. Cette pratique n'est pas sans danger pour la sécurité des relations formées par ce moyen, car il n'est pas exclu que, contre toute attente, celui dont on a garanti le consentement ne veuille finalement pas ratifier l'acte. Dans l'exemple précédent, il est ainsi concevable que B et C, dont le consentement à la cession n'était « donné » que par le biais d'une promesse de porte-fort, refusent ensuite de céder leur participation, empêchant peut-être ainsi le cessionnaire d'acquiescer le contrôle de la société. On comprend mieux ce caractère potentiellement dangereux de la promesse de porte-fort si l'on rappelle que celle-ci est traditionnellement utilisée, notamment, entre membres d'une même famille, c'est-à-dire pour se porter fort de personnes dont on croit raisonnablement pouvoir prévoir le comportement ⁽²⁾.

3. La promesse de porte-fort a cependant reçu une autre utilisation, consistant en ce que l'on appelle le « porte-fort d'exécution ». Cette seconde utilisation illustre la créativité de la pratique, étant précisé que l'article 1120, par ses termes très généraux (« en promettant le fait [d'un tiers] »), incitait à un tel développement. Le texte distingue lui-même, lorsqu'il traite de la responsabilité du porte-fort, en évoquant « l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier », ce qui trouble un peu, d'ailleurs. Dans le porte-fort d'exécution, ce n'est pas le consentement à un acte, mais l'exécution d'une obligation qui est garantie par le porte-fort, ou plus généralement, comme le dit précisément le texte, le fait d'un tiers - et ce n'est donc pas seulement la conclusion d'un contrat par ce tiers. On cite souvent l'article 111 du code suisse des obligations, plus clair encore à cet égard, qui dispose que : « 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 ». Par exemple, et c'est ce type d'engagement que la Cour de cassation examinait dans l'arrêt commenté, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 1^{er} avril 2014 et destiné à publication au *Bulletin*, une société A, qui cède sa clientèle à une société B, peut se porter fort envers cette dernière de ce que les associés de A ne démarcheront pas les clients composant la clientèle cédée.

4. Aux termes de l'arrêt, la société cédante avait pris l'engagement de « [se porter] fort pour chacun de ses associés, qu'ils s'abstiendraient de toute intervention, directe ou indirecte, auprès de cette clientèle ». Or l'un des associés de A acceptait de traiter les dossiers de clients qui avaient été cédés à B (il s'agissait d'une clientèle demandant des prestations d'expertise comptable). B assignait alors A en résolution de la cession et en dommages-intérêts, ce que la cour d'appel saisie du litige lui refusait.

5. L'arrêt d'appel est censuré pour violation de l'article 1120 du code civil. Il est relevé par la Cour de cassation que la société A avait promis à la société B « que les associés n'effectueraient pas de travaux d'expertise comptable pour les clients cédés ». La Cour juge en outre, par un attendu de principe, que « le porte-fort, débiteur d'une obligation de résultat autonome, est tenu envers le bénéficiaire de la promesse, des conséquences de l'inexécution de l'engagement promis ».

6. Il faut revenir successivement sur le caractère autonome de l'obligation du porte-fort (I) et sur la rigueur de celle-ci, puisqu'elle consiste en une obligation de résultat (II).

I - L'engagement du porte-fort : une obligation autonome

7. L'arrêt le plus souvent cité en matière de porte-fort d'exécution est celui rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 13 décembre 2005, qui consacre véritablement la notion, tout en la distinguant expressément du porte-fort de ratification ⁽³⁾. On peut cependant se demander si la lettre d'intention, c'est-à-dire la lettre de confort, reconnue bien plus tôt par la jurisprudence (et désormais par l'art. 2322 c. civ.), n'était pas déjà un porte-fort d'exécution (*V. infra*), tout comme le du croire, d'ailleurs. Surtout, la jurisprudence, y compris celle de la Cour de cassation, a eu affaire au porte-fort d'exécution à plusieurs reprises antérieurement à la décision précitée ⁽⁴⁾.

8. Par l'arrêt du 13 décembre 2005, la Cour de cassation distingue les deux types de porte-fort, et elle leur fait produire des effets distincts. L'arrêt jugeait ainsi : « (...) 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 ». En clair, il y avait, aux termes de cet arrêt, un porte-fort donnant naissance à une obligation autonome (le porte-fort ratification) et un autre qui n'engendrait qu'une obligation accessoire (le porte-fort d'exécution)... et qui était bien difficile à distinguer du cautionnement !

9. L'arrêt commenté dit précisément le contraire : le porte-fort d'exécution donne naissance à un engagement autonome. Cela nous semble parfaitement logique ⁽⁵⁾. Notons simplement que le terme d'obligation indépendante serait plus approprié, comme cela a déjà été relevé en doctrine. L'engagement du porte-fort n'est pas accessoire, soit. Et ce, d'autant plus que le fait du tiers qui se trouve garanti par le porte-fort ne correspond pas nécessairement à une obligation que le tiers aurait souscrite. Mais l'engagement du porte-fort subit nécessairement l'influence de l'engagement du tiers, par exemple si celui-ci est illicite ⁽⁶⁾. L'obligation du porte-fort est autonome, comme le dit l'arrêt commenté (qui n'est pas un poisson d'avril en dépit de sa date), au sens où elle n'est pas accessoire comme l'est l'obligation d'une caution ; mais l'obligation du porte-fort n'est tout de même pas complètement abstraite.

10. L'affirmation par l'arrêt commenté de ce que tout engagement de porte-fort donne naissance à une obligation autonome pour tout porte-fort conforte l'idée que la distinction entre les deux formes de porte-fort n'a pas lieu d'être. Le porte-fort consiste à promettre le fait d'un tiers, ce fait pouvant consister en la conclusion d'un contrat ou en un autre comportement, exécution d'une obligation préexistante contractée par ce tiers, ou tout autre comportement positif ou négatif (le « fait d'un tiers »). Le porte-fort garantit peut-être des faits variables, mais il n'y a qu'une seule institution, qui voit le porte-fort contracter une obligation, portant sur le fait d'un tiers. La Cour de cassation fournit un second élément - qui n'est pas nouveau - relatif à cette obligation, en précisant qu'il s'agit d'une obligation de résultat, ce qui invite à s'interroger sur la rigueur de l'engagement du porte-fort.

II - L'engagement du porte-fort : une obligation de résultat

11. En synthèse, l'arrêt d'appel est cassé parce qu'il avait rejeté les demandes de la bénéficiaire de l'engagement de porte-fort, aux motifs que la société A avait effectivement cessé toute activité d'expertise comptable, que son associé n'avait pas pris l'engagement de cesser lui-même son activité, et que s'il avait pu donner suite à des sollicitations de clients entrant dans le champ de la cession, il n'était pas démontré qu'il aurait démarché lesdits clients, ni qu'il aurait utilisé des moyens déloyaux, et il n'était donc pas sanctionnable. Or c'était ignorer que le résultat qu'avait promis la société A, par son engagement de porte-fort, n'avait pas été atteint. Parce qu'elle n'avait pas fourni le résultat promis, A engageait sa responsabilité sans qu'elle puisse s'y soustraire en invoquant son absence de faute ou l'absence de faute de son associé. Signalons au passage l'opinion de Dominique Legeais, selon lequel : « Le souscripteur d'une promesse de porte-fort, à la différence du créancier d'une obligation de résultat, peut se libérer en prouvant l'existence d'une cause étrangère » (7).

12. La solution retenue par la Cour de cassation en l'espèce peut sembler excessivement rigoureuse, puisque voilà une société sanctionnée du fait du comportement de l'un de ses associés. La Cour ne fait toutefois que donner effet à l'engagement qui avait été contracté. Si la société A n'avait pas une vue claire sur ce que feraient ses associés postérieurement à la cession, il lui appartenait de ne pas s'engager sur leur comportement. Elle aurait d'ailleurs pu contracter un engagement différent, et par exemple se porter fort de ce que ses associés souscriraient un engagement de ne pas exploiter la clientèle cédée. Le but recherché aurait été le même, mais les engagements pris auraient été différents. L'engagement pris en l'espèce était la promesse d'un résultat : que les associés de A n'aient plus de relation avec les clients cédés, ce qui est d'ailleurs discutable en termes de liberté de choix du client... L'engagement suggéré aurait, quant à lui, consisté à faire en sorte que les associés souscrivent personnellement un engagement de ne pas avoir de relations avec ces clients. Le résultat promis n'aurait pas été le même, et, en cas d'insuccès de la mission, la responsabilité non plus. Ne pas parvenir à la souscription d'un engagement personnel de ne pas exploiter la clientèle cédée cause, en effet, un préjudice qui n'est pas équivalent à l'intégralité du préjudice causé par l'exploitation de la clientèle cédée...

13. En l'espèce, le porte-fort avait pris un engagement plus étendu, puisque la société A avait promis purement et simplement que ses associés n'exploiteraient pas ladite clientèle. Moralité : le porte-fort est à manier avec prudence, et il faut être attentif au type de porte-fort que l'on utilise.

14. Question supplémentaire : aurait-il été possible de mettre en place un porte-fort ne donnant naissance qu'à une obligation de moyens ? L'arrêt commenté parle d'obligation de résultat, mais il n'est pas interdit que la société qui cède sa clientèle prenne, en plus de l'engagement de ne pas exploiter cette même clientèle, résultant de l'article 1628 du code civil, celui de faire « de son mieux » ou « tout son possible », ou encore « ses meilleurs efforts » pour que ses associés n'exploitent pas non plus la clientèle cédée. Ce sont les parties qui définiront, par leurs stipulations, l'étendue de l'engagement. On retombe dans une problématique proche de celle des lettres de confort, dont le critère de distinction avec le porte-fort d'exécution serait précisément la possibilité pour les premières de donner naissance à des engagements de moyens. Notre collègue Michel Storck écrit ainsi que « le rapprochement, voire l'assimilation, entre lettre d'intention et porte-fort ne se vérifient que pour les lettres d'intention obligeant le souscripteur à un résultat » (8), tandis qu'Anne-Sophie Barthez et Dimitri Houtcieff évoquent la frontière « bien poreuse » entre les deux institutions (9). Il est vrai que l'article 1120 du code civil, en décrivant l'engagement du porte-fort comme consistant à « promettre le fait du tiers », ne laisse pas vraiment de marge. Mais ne peut-on pour autant, sans référence à l'article 1120 du code civil, prendre un engagement de porte-fort... un peu moins fort ? Cela a été admis en matière de porte-fort de ratification (10). La doctrine parle alors de « bons offices » (11).

15. Notons pour conclure que la réforme à venir (peut-être, un jour...) du droit des contrats reformulerait l'article 1120 (12) en le divisant en trois alinéas sans en améliorer substantiellement la clarté. Après avoir affirmé la possibilité de promettre le fait d'un tiers et celle de condamner le porte-fort à des dommages-intérêts, le texte a surtout le mérite de préciser les effets dans le temps de la ratification de la promesse par le tiers.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Promesse de porte-fort * Portée * Engagement * Inexécution * Responsabilité

(1) M. Storck, J.-Cl. Civil, v° Promesse de porte-fort, n° 1.

(2) V. C. Aubert de Vincelles, Rép. civ., v° Porte-fort, spéc. n° 4 ; V. égal. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 509.

(3) Com. 13 déc. 2005, n° 03-19.217, Bull. civ. IV, n° 256 ; D. 2006. 298 (8), obs. X. Delpech (9), 2244, chron. D. Arlie (10), et 2855, obs. P. Crocq (11) ; RTD civ. 2006. 305, obs. J. Mestre et B. Fages (12) ; JCP 2006. II. 10021, note P. Simler.

(4) V. not. Com. 14 janv. 1980, n° 78-10.696, Bull. civ. IV, n° 16, à propos de l'engagement du propriétaire d'un fonds de commerce promettant que son éventuel locataire-gérant respectera des engagements d'approvisionnement exclusif et de quantités de vente ; Civ. 1^{re}, 18 avr. 2000, n° 98-15.360, Bull. civ. I, n° 115 ; RTD civ. 2000. 832, obs. J. Mestre et B. Fages (13), à propos de l'engagement de conserver à une personne la qualité de salarié pendant une certaine durée ; V. égal. les décisions citées par M. Storck, *supra* note 1, spéc. n° 45 s., et par A.-S. Barthez et D. Houtcieff, Les sûretés personnelles, LGDJ, 2010, n° 1247.

(5) Rapp. Com. 18 juin 2013, n° 12-18.890, Bull. civ. IV, n° 105 ; D. 2013. 1621, obs. X. Delpech (14), 2561, note J.-D. Pellier (15), et 2551, chron. H. Guillou (16) ; RTD civ. 2013. 653, obs. P. Crocq (17), et 842, obs. H. Barbier (18) ; Bull. Joly 2013. 540, note J.-F. Barbiéri ; Banque et Droit 2013, n° 150, p. 40, note N. Rontchevsky ; JCP 2013, n° 38, 960, note G. Mégret ; Gaz. Pal. 4 févr. 2014, p. 10, note S. Kouhaiz, jugeant que la promesse de porte-fort donne naissance à une obligation

de faire, soustraite par conséquent à l'art. 1326 c. civ.

(6) V. C. Aubert de Vincelles, *supra* note 2, spéc. n° 13.

(7) Sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 9^e éd., 2013, n° 375.

(8) *Supra* note 1, spéc. n° 56.

(9) *Supra* note 4, spéc. n° 1248 ; V. égal., not., D. Legeais, *supra* note 7, spéc. n° 321 ; P. Simler, Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention comme technique de garantie ?, RD bancaire et bourse 1997. 223 ; N. Rontchevsky, Faire le nécessaire, Mélanges P. Simler, Litec-Dalloz, 2006, p. 417 ; S. Kouhaiz, *supra* note 5.

(10) V. Civ. 3^e, 7 mars 1978, n° 76-14.534, Bull. civ. III, n° 108.

(11) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *supra* note 2, spéc. n° 509 ; A. Bénabent, Droit des obligations, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13^e éd., 2012, n° 50.

(12) Art. 113 du texte diffusé par le site des *Echos*.