



HAL
open science

Le porte-fort, contrat de couverture de risque

Emmanuel Netter

► **To cite this version:**

Emmanuel Netter. Le porte-fort, contrat de couverture de risque. Revue Lamy Droit civil, 2014, 117.
hal-02059536

HAL Id: hal-02059536

<https://hal.science/hal-02059536>

Submitted on 6 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

- Le porte-fort, contrat de couverture de risque

La nature juridique du porte-fort continue à susciter la controverse en doctrine et un certain embarras en jurisprudence. Ces difficultés affectent évidemment la variante spécifique au droit des sûretés qu'est le porte-fort d'exécution. Il faut remplacer la qualification « *d'engagement de faire* », retenue par la Cour de cassation, par celle de contrat de couverture de risque.

Emmanuel NETTER

Directeur adjoint du Centre de droit privé et de sciences criminelles d'Amiens

1. **Concept de *porte-fort d'exécution*** . - Le porte-fort d'exécution suscite à nouveau l'intérêt. C'est un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, du 18 juin 2013, qui ramène cette figure juridique en pleine lumière. On devait cependant à cette même juridiction, et à cette même chambre, de l'avoir plongée dans l'ombre huit ans auparavant. Rappelons en quelques mots de quoi il est question : le porte-fort d'exécution serait une sûreté personnelle originale, une alternative au cautionnement, fondée sur l'article 1120 du Code civil. Ce texte dispose : « *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* ». De ce libellé confus, retenons pour l'instant qu'il est permis à chacun de promettre « *le fait d'un tiers* », c'est-à-dire de s'engager à ce qu'un tiers agisse ou s'abstienne dans un sens déterminé. Le droit civil français fait depuis plusieurs siècles un usage bien précis du porte-fort. Une personne est incapable ou absente ; pourtant l'on souhaite passer un contrat en son nom, une excellente opportunité se présentant pour qui est prêt à la saisir rapidement. Un pseudo-représentant va alors contracter au nom de cet absent ou de cet 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* ». Si cette ratification intervient, tout est parfait, et la convention est rétroactivement validée. Si elle n'intervient pas, le porte-fort manque à sa parole et doit verser une indemnité au bénéficiaire.

Bien plus récemment, des auteurs ont suggéré que l'on promette un fait très différent : s'agissant d'une personne *préalablement engagée* dans un rapport d'obligation, le porte-fort s'engagerait à ce qu'elle *s'exécute* parfaitement (Ancel P., Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé, thèse Dijon, 1982, n° 56). Alors qu'une caution s'engage de manière accessoire, en cas d'inexécution par le débiteur principal de son engagement, à se substituer à lui, le porte-fort d'exécution contracte une obligation nouvelle, dotée d'un objet propre. Il promet l'exécution du contrat principal. Si cette parfaite exécution n'advenait pas, il aurait alors manqué à sa parole, engagerait sa responsabilité contractuelle, et serait tenu de verser au bénéficiaire des dommages-intérêts compensant le préjudice causé. L'intervention du garant prenant la forme d'une indemnité, le porte-fort d'exécution prendrait place au sein d'une famille plus vaste appelée *garanties indemnitaires*, au côté notamment de certaines lettres d'intention.

2. **L'arrêt du 13 décembre 2005.** - Le 13 décembre 2005, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait cependant retiré tout intérêt pratique au porte-fort d'exécution, en jugeant 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 (...) » (Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-19.217, Bull. civ. IV, n° 256, Bull. Joly Sociétés 2006, n° 4, § 95, note Barbiéri J.-F., D. 2006, p. 298, obs. Delpech X., JCP E 2006, n° 1342, note Grosser P., Contrats, conc., consom. 2006, comm. 63, note Leveneur L., LPA 2006, n° 81, p. 17, note Prigent S., RLDC 2006/26, p. 26, obs. Riassetto I., Banque et droit 2006, n° 106, p. 60, obs. Rontchevsky N., Defrénois, 2006, n° 05, p. 416 et s., note Savaux E., JCP G 2006, jur., n° 10021, note Simler Ph. (2^e esp.), Dr. & patr. 2006, n° 152, p. 96, obs. Aynès L. et Stoffel-Munck P. ; *adde* Libchaber R., La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution, RJDA 2006, p. 787, n° 5 ; Riassetto I., Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère, RLDC 2006/26, p. 26). Par cet arrêt, la Chambre commerciale affirmait que les deux variétés de porte-fort, quoique fondées sur le même article du Code civil, étaient distinctes tant dans leur nature que dans leur régime. Après avoir scindé l'article 1120 en deux parties, elle analysait la promesse de bonne exécution comme un quasi-cautionnement, à l'aide des notions caractéristiques d'*accessoire* et de *substitution* au débiteur principal. La décision avait fait l'unanimité contre elle en doctrine : les défenseurs du porte-fort d'exécution ne pouvaient bien évidemment s'y rallier ; les adversaires de ce concept, qui n'y voient qu'un cautionnement mal déguisé, clamaient qu'il aurait fallu aller jusqu'au bout de la démarche ainsi initiée, en procédant à une pure et simple requalification. Ainsi les magistrats étaient-ils encouragés, si une prochaine occasion se présentait, à prendre plus nettement parti (leur réaction ne fut pas immédiate : ils commencèrent par maintenir leur jurisprudence de 2005 *in* Cass. com., 18 déc. 2007, n° 05-14.328, JCP G 2008, I, 151, n° 13, obs. Simler Ph., Banque et droit 2008, p. 43, obs. Rontchevsky N., RJDA 2008, n° 365). L'occasion se présenta en effet, le 18 juin 2013. Elle fut saisie.

3. Le revirement du 18 juin 2013. - La Chambre commerciale de la Cour de cassation eut à examiner un arrêt de la cour d'appel d'Orléans, parfaitement conforme à sa propre décision de 2005. Elle décida de le censurer, au double visa des articles 1120 et 1326 du Code civil. L'attendu de principe est remarquable : « *Attendu qu'il résulte du premier de ces textes, que l'engagement de porte-fort constitue un engagement de faire, de sorte que le second ne lui est pas applicable* » (Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-18.890, à paraître au *Bulletin*, Gaz. Pal. 10 oct. 2013, p. 18, obs. Houtcieff D., JCP G 2013, 260, note Mégret G., RLDC 2013/107, p. 35, obs. Gijsbers C., RLDC 2013/108, p. 30, obs. Riassetto I., L'essentiel Droit des contrats, sept. 2013, p. 3, obs. Pellet s., Bull. Joly Sociétés 2013, p. 540, obs. Barbiéri J.-F., Banque et droit 2013, n° 150, p. 40, obs. Rontchevsky N., RTD civ. 2013, p. 653, obs. Crocq P. *Adde* Pellier J.-D., L'obligation du porte-fort de l'exécution, D. 2013, p. 2561 ; v. plus récemment Cass. com., 1^{er} avr. 2014, n° 13-10.629, à paraître au *Bulletin*, selon lequel : « *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* »). Chacun sait que l'article 1326 du Code civil s'applique aux actes juridiques unilatéraux dans lesquels l'obligation contractée consiste soit à payer une somme d'argent, soit à livrer une chose fongible. Pour savoir si ce texte s'applique au porte-fort, la Cour de cassation a dû, au préalable, livrer son analyse de ce mécanisme : là réside l'essentiel. En 2005, traitant le porte-fort d'exécution comme un cautionnement, la Cour de cassation considérait que l'article 1326 devait s'appliquer. Puisqu'elle y voit à présent « *une obligation de faire* », il est logique qu'elle écarte cette disposition (cette solution avait déjà été adoptée par la première chambre civile, dans un arrêt certes ancien et de surcroît inédit : Cass. 1^{re} civ., 16 avr. 1991, n° 89-17.982 ; v. aussi, pour une lettre d'intention constitutive d'une obligation de faire, Cass. com., 25 oct. 2011, n° 10-25.607).

4. Genre et espèce. - L'apport essentiel de cette décision de revirement est double : il y est affirmé que le porte-fort présente une originalité conceptuelle, mais également une unité conceptuelle. Ce second point est particulièrement important : que l'on promette une ratification, une exécution, ou toute action ou abstention d'un tiers, c'est toujours le même mécanisme qui est à l'œuvre. Comme l'écrivait Jean Boulanger dans sa thèse de doctorat consacrée au porte-

fort : « (...) se porter fort est le genre, et la promesse de faire ratifier est l'espèce » (Boulanger J., La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui, thèse Caen, 1933, n° 3). Ce n'est qu'en proposant une analyse précise du genre (I) que l'on pourra ensuite s'intéresser au porte-fort d'exécution, l'une des espèces (II).

L'article 1120 mêle de manière très critiquable deux concepts aux effets distincts, le porte-fort et la ratification, brouillant l'analyse.

I - LE GENRE : LE PORT-FORT

5. Délimiter, qualifier. - C'est l'une des espèces - le porte-fort de ratification -, et non le genre, qui fonde généralement les analyses doctrinales et jurisprudentielles de la promesse du fait d'autrui. Cela contribue à obscurcir le débat, et justifie que l'on procède à quelques clarifications préalables. Une fois le mécanisme général du porte-fort bien délimité (A), il sera possible d'envisager une qualification (B).

A - La délimitation du mécanisme

6. Bref historique. - L'article 1120 du Code civil est un texte obscur, d'une interprétation particulièrement délicate : le contraste apparaît frappant avec la qualité rédactionnelle des autres dispositions consacrées au droit des obligations. Retracer très sommairement l'histoire du porte-fort permettra de le comprendre. Au sein des Institutes de Justinien, il était affirmé : « *Si quelqu'un promet qu'un autre donnera ou fera, il n'est pas obligé ; par exemple s'il promet que Titius donnera cinq pièces d'or* » (Livre III, titre XIX : « *Des stipulations inutiles* »). Comme l'explique un romaniste : « *Celui qui a promis pour autrui ne sera pas débiteur, et Titus, le tiers dont on a promis le fait, ne sera pas non plus lié par une telle promesse. Il n'est obligé que s'il promet de faire en sorte que Titius donne* » (Monier R., Manuel élémentaire de droit romain, t. 2, Les obligations, Domat Montchrestien, 5^e éd., 1954, n° 76). Le premier aspect de ce texte rappelle notre article 1119 : je n'ai pas le pouvoir d'engager juridiquement autrui. Le second aspect est celui qui nous intéresse : en promettant le fait d'un tiers, je ne m'engage pas moi-même, à moins d'avoir sous-entendu par là que je contractais un engagement personnel, celui de « *faire en sorte* » que le tiers adopte le comportement attendu : c'est l'engagement de portefort (*ibid.*, n° 77). À l'époque, on pouvait promettre très largement qu'un tiers « *donnera ou fera* » quelque chose. Avançons dans le temps jusqu'à la veille du Code civil, et constatons que tout a changé. Chez Domat, seul le porte-fort de ratification est mentionné, sans doute le plus utile en pratique, et il n'est fait référence à aucun mécanisme général (Domat J., Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et *legum delectus*, édition de 1777, Livre I, titre I, section II, n° VI). Plus tard, chez Pothier, on trouvera deux passages bien distincts : l'un qui mentionne le porte-fort général, à la manière des Institutes (Pothier R.-J., Traité des obligations selon les règles tant de la conscience, que du for extérieur, édition de 1764, t. I, n° 56, au sein d'un I intitulé : « *Raisons du principe, qu'on ne peut stipuler, ni promettre pour un autre* »), l'autre qui développe longuement son utilisation particulière en matière de représentation sans pouvoir (*ibid.*, in IV intitulé : « *Qu'on peut stipuler, et promettre par le ministère d'un tiers, et que ce n'est pas stipuler ni promettre pour un autre* », nos 74 et s.). Ainsi, chez Pothier, l'espèce s'est-elle hissée au niveau du genre, quantitativement parlant tout du moins, tandis que, chez Domat, elle l'avait tout simplement dévoré. Voilà qui explique sans doute l'absence de hiérarchie claire entre le mécanisme général et son application particulière dans l'article 1120 du Code civil, tant on sait que ces deux auteurs ont inspiré la partie relative aux obligations (la même considération explique la présence de l'article 1120 dans une partie consacrée au « *consentement* » : ici encore, le particulier a pris le pas sur le général. L'avant-projet *Catala* situe son article 1170, consacré au portefort, dans une section 7 « *De l'effet des conventions à l'égard des tiers* »). Sans une claire conscience de ce renversement, il semble difficile de proposer une analyse convaincante du porte-fort.

7. Le porte-fort de ratification, encombrant modèle. - Le libellé confus de l'article 1120 crée un premier risque de malentendu, tenant aux effets du porte-fort. En effet, l'hypothèse du contrat passé sans aucun pouvoir et ultérieurement approuvé n'étant évoquée nulle part ailleurs dans le code, les manuels de droit des obligations sont

portés à traiter indistinctement, dans un même passage, des effets du porte-fort et de ceux de la ratification. Le résultat est trompeur. Si le pseudo-représenté refuse le contrat passé pour lui, c'est bien le jeu du porte-fort qui obligera le pseudo-représentant à verser une indemnité. En revanche, si le pseudo-représenté approuve la convention passée initialement sans lui, il se produit une consolidation rétroactive qui ne doit rien au *porte-fort*, mais tout à la *ratification*. D'ailleurs, il pourrait très bien y avoir ratification sans qu'il y ait eu aucun porte-fort. Par exemple, le vendeur d'un immeuble contracte avec celui qu'il sait démuné de pouvoir, sans lui demander pourtant de se porter fort. Si le pseudo-représenté refuse de ratifier, ce vendeur n'aura aucune action en dommages-intérêts, ce qui est dangereux et explique la rareté du cas de figure en pratique, mais n'enlève rien à sa possibilité théorique. Si le contrat est ratifié, il sera pareillement validé rétroactivement : il s'agit du droit commun du dépassement de pouvoirs, qui n'a pas de lien avec le porte-fort (Bénabent A., Droit des obligations, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 10^e éd., 2013, n° 51). À l'instar des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, il serait préférable que notre Code civil consacre un texte distinct, sans lien avec le porte-fort, à la question du contrat passé soit sans pouvoir, soit en dépassement de pouvoir, puis ratifié (Principes UNIDROIT, art. 2.2.9 ; citons, dans le même sens, PEDC, art. 3:207, ou CO suisse, art. 38). Car il ne faut pas négliger les effets pervers de cette confusion entre les deux mécanismes. Elle entraîne la Cour de cassation à parfois utiliser le terme de « *ratification* » pour d'autres porte-fort, par exemple des porte-fort d'exécution (au hasard, parmi de nombreux exemples, Cass. 1^{re} civ., 18 avr. 2000, n° 98-15.360, Bull. civ. I, n° 115, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 936, note Couret A., JCP E 2000, p. 2005, obs. Virassamy G. ; pour la Cour, lorsque le tiers « *ratifie l'engagement* », c'est de l'engagement du porte-fort qu'il est question ; l'expression est alors dévoyée : il n'y a ratification que dans l'hypothèse du contrat passé sans pouvoir, et c'est ce contrat qui est ratifié). Le même type de confusion pousse la doctrine à se demander si d'autres formes de porte-fort développent un effet rétroactif (Aubert de Vincelles C., Rép. civ. Dalloz, V° Porte-fort, n° 47. L'auteur dénonce cette confusion et n'y succombe pas), alors que le porte-fort lui-même n'a *jamais* un tel effet, réservé à la ratification elle-même.

Ainsi, l'article 1120 mêle de manière très critiquable deux concepts aux effets distincts, le porte-fort et la ratification, brouillant l'analyse. Allons plus loin : non seulement ce texte est mal rédigé, mais surtout il est totalement inutile.

8. L'article 1120, fausse exception. - Juste avant le texte consacré au porte-fort, l'article 1119 du Code civil dispose : « *On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même* ». Il y avait une logique à préciser cela en droit romain : « *Cette nullité, dans un droit archaïque et formaliste, se justifie par l'idée que le lien juridique est créé par l'échange des paroles solennelles et ne peut, par suite, exister qu'entre les personnes qui les ont prononcées : on ne conçoit pas que le véritable intéressé puisse être un autre que celui qui a pris la parole au moment de la conclusion du contrat (...)* » (Monier R., Manuel élémentaire de droit romain, t. 2, Les obligations, *op. cit.*, n° 76). Dans un droit moderne et consensualiste, en revanche, l'article 1119 relève d'une inutile évidence. On ne trouvera aucun texte équivalent en droit suisse - dont nous verrons plus loin pourquoi il peut être pris en exemple. L'article 1120 vient ensuite, débutant par le terme « *néanmoins* », comme s'il était une exception à l'article 1119. L'article 1120 mêlant inextricablement, pour les raisons historiques qui ont été énoncées, le général et le particulier, la doctrine a employé une grande énergie à discuter de son interprétation. Certains auteurs estiment qu'il n'existe pas d'autre porte-fort que celui qui promet une ratification ; d'autres décèlent dans le texte la généralité qui était celle du mécanisme en droit romain. Chaque morceau de l'article 1120 est invoqué à l'appui d'une thèse ou de l'autre. Cette discussion est vaine. Discuter du champ d'application de l'article 1120 serait justifié s'il s'agissait d'une exception véritable à un principe véritable. Il n'en est rien (v. en ce sens, déjà, très clairement, Demolombe C., Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, éd. Durand et L. Hachette, 1868, p. 196).

9. Résultat de la délimitation. - Une fois débarrassé du poids de l'inutile et confus article 1120, une fois ses effets démêlés de ceux de la ratification, subsiste du porte-fort une épure : c'est un engagement personnel, mais dont la matière est formée par le comportement d'une tierce personne. Il vise à faire assumer au porte-fort une indemnisation,

pour le cas où ce tiers n'adopterait pas le comportement attendu. Cette définition convient au porte-fort de ratification ou au porte-fort d'exécution tels qu'ils ont été définis. D'autres figures sont possibles : en droit des sociétés, par exemple, le vendeur d'un paquet de droits sociaux promet fréquemment à son acheteur que des amis ou partenaires identifiés lui vendront également leurs droits. Un auteur parle alors de « *porte-fort de conclusion* » (Riassetto I., Porte-fort d'exécution, *in* Lamy Droit des sûretés, n° 150-11 ; selon le libellé exact du contrat de porte-fort, il peut très bien porter à la fois sur la conclusion ultérieure d'un acte juridique par un tiers *et* sur sa parfaite exécution). Le concept ayant été correctement délimité, il peut être à présent qualifié.

B - La qualification du mécanisme

10. *Debitum* du porte-fort. - Qu'attend-on exactement du portefort ? Doit-il rester les bras ballants en attendant de savoir si le tiers s'est comporté de la manière attendue (ratifier, exécuter, etc.), ou doit-il prendre des initiatives ? Lesquelles ? Comme l'écrit un auteur, « (...) *quel est le debitum spécifique, à la charge du porte-fort, qui pourra ainsi conduire à la mise en cause de sa responsabilité contractuelle ?* » (Libchaber R., La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution, précité).

Cette question, la doctrine la pose volontiers face au porte-fort d'exécution, car le mécanisme se trouve alors en concurrence avec le cautionnement : l'incertitude qui entoure son objet devient intolérable, car un choix de qualification est ouvert au juge face à un acte donné. Il oppose un mécanisme aux contours indistincts à la sûreté personnelle de référence du droit français. Mais ce que l'on attend concrètement et précisément d'un porte-fort de ratification est tout aussi vague. Là, cependant, l'absence de qualification alternative apaise la curiosité.

11. Théorie de l'obligation comportementale. - Certains estiment que le porte-fort ne peut rester passif et affirment : « (...) *l'engagement du porte-fort de l'exécution a nécessairement pour objet une obligation comportementale (...)* l'objet de l'obligation du porte-fort de l'exécution réside dans le soutien qu'il apporte au débiteur » (Pellier J.-D., L'obligation du porte-fort de l'exécution, précité, n° 5). Le porte-fort s'engagerait donc principalement à exercer son influence sur le tiers dont le fait est promis. La réponse a le mérite de la clarté et de la simplicité. Un exemple jurisprudentiel récent suffira cependant à démontrer qu'elle n'est pas exacte. Une actrice signe un contrat de travail avec le théâtre Marigny, pour le rôle d'Elvire dans le *Dom Juan* de Molière. Ce contrat comporte une clause prévoyant une priorité au bénéfice de l'actrice, pour le cas où une tournée serait ultérieurement organisée. Une telle tournée a finalement lieu, mais le théâtre Marigny n'a aucune prise sur les producteurs qui la mettent sur pied, ce qu'il prend soin de souligner. L'actrice obtient cependant des dommages-intérêts. L'analyse des juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, est la suivante : le théâtre Marigny s'était porté fort que les producteurs, quels qu'ils soient, recruteraient l'actrice pour la tournée (Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10.501, Bull. civ. V, n° 130 ; on relèvera l'expression de la Cour : « (...) *le producteur de la tournée n'avait pas ratifié cet engagement (...)* », qui illustre le travers précédemment dénoncé, consistant à utiliser le concept de *ratification* à propos de toutes les formes de porte-fort). Nous allons tenter de démontrer que la solution est juridiquement orthodoxe.

S'agissant des lettres d'intention, qui, à lire l'article 2322 du Code civil, sont toutes construites sur une obligation de faire ou de ne pas faire, M. Philippe Dupichot a très justement proposé d'opérer une distinction entre celles qui contiennent un engagement « *comportemental* » et celles qui s'analysent en un engagement « *satisfactoire* » (Dupichot Ph., Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, préf. Grimaldi M., Éditions Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2005, n^{os} 407 et s.). Il est donc possible, tout d'abord, de promettre un comportement : tel est le cas d'une société mère qui s'engage à conserver sa participation dans le capital d'une filiale. La lettre d'intention satisfactoire, en revanche, est celle par laquelle il est tout simplement promis au bénéficiaire qu'il recevra ce qu'il attend. Le porte-fort d'exécution, à l'instar d'ailleurs du cautionnement, s'analyse non pas comme un engagement comportemental, mais comme un engagement satisfactoire : pour ordonner le jeu de la garantie, le juge ne recherchera pas si l'on s'est comporté d'une certaine manière, mais, plus radicalement, si le bénéficiaire a reçu ce qu'il espérait (la distinction

entre *moyens* et *résultat* est insuffisante en la matière : l'exemple de garantie comportementale par laquelle la société mère s'engage à conserver un paquet d'actions est un engagement de ne pas faire, et par conséquent une promesse de résultat ; promesse de résultat et promesse satisfaisante ne se recourent pas). Bien évidemment, les garanties satisfaisantes ont souvent un *effet* comportemental : si une caution ou un porte-fort d'exécution peut éviter d'être sollicité par le jeu d'amicales pressions exercées sur le débiteur, il ne s'en privera pas. Mais ce n'est pas à cette aune que l'exécution de leur engagement sera mesurée : tel n'est pas leur *objet*, et il peut arriver que le garant n'ait pas l'oreille du débiteur. Cette analyse convient à tous les porte-fort. Le porte-fort de ratification, en effet, ne pourra se contenter de mettre en œuvre ses meilleurs efforts ou ses bons offices : pour éviter d'avoir à payer, il faudra que la ratification ait lieu. L'analyse est totalement objective. Ainsi le théâtre peut-il être condamné pour n'avoir pas obtenu la participation de l'actrice à la tournée, sans considération aucune pour ses liens avec les producteurs.

S'il est si difficile d'identifier le contenu de l'obligation de faire du porte-fort, c'est parce qu'une telle approche est sans issue.

Le problème de départ n'est pas résolu ; il ne suffit pas de dire que le porte-fort doit réussir plutôt qu'échouer : qu'attend-on concrètement de lui ?

12. Théorie de la couverture de risque. - S'il est si difficile d'identifier le contenu de l'obligation de faire du porte-fort, si l'on éprouve un tel malaise au moment de caractériser la faute qui justifierait sa responsabilité contractuelle, c'est parce qu'une telle approche est sans issue. Une question mal posée n'appelle que des réponses stériles. Une explication lumineuse, tombée depuis dans un regrettable oubli, avait été proposée par Jean Boulanger : « *C'est faire aux souvenirs historiques une trop large part que de voir, dans la promesse du porte-fort la copie des procédés par lesquels les jurisconsultes romains avaient, fort ingénieusement du reste, validé une opération qui autrement aurait été nulle (...). À la notion de faute contractuelle, qui était encore les explications des interprètes de notre Code civil, mais qui, selon nous, fausse toutes les données du débat, il faut hardiment substituer la notion de risque qui nous semble se dégager avec force de l'observation des faits* » (Boulanger J., La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui, thèse précitée, n° 14). L'analyse est ensuite appliquée à l'exemple du porte-fort de ratification : « *Le représentant déclare au cocontractant : 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* » (*ibid.*). Allant jusqu'au bout de son raisonnement basé sur la notion de *couverture de risque*, Jean Boulanger compare le porte-fort à un assureur (*ibid.*, n° 14).

13. Le porte-fort, assureur ponctuel. - Un regard sur l'histoire du droit français des assurances corrobore, et même renforce, l'intuition de Boulanger. Après avoir fait partie des pionniers de l'assurance maritime, la France accuse un retard considérable, en matière d'assurance terrestre, sur l'Angleterre ou les Pays-Bas. Les timides tentatives d'assurer les risques vie ou incendie ont été balayées par la Révolution. La consultation des travaux préparatoires du Code civil est édifiante : lorsque Portalis présente au Corps législatif le titre du code consacré aux contrats aléatoires, il se lance dans un vibrant plaidoyer en faveur de l'assurance. Mais il le conclut en renvoyant intégralement la question au Code de commerce à venir, expliquant que la question n'intéresse que les lois maritimes (Fenet P.-A., Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, O. Zeller, 1836, t. 14, p. 536 et s.) ! Seule l'assurance des navires est considérée : pas un instant le législateur de 1804 n'envisage la couverture de risque comme un concept à vocation générale et à usage multiple. Ce vide sera - mal - comblé par le porte-fort du droit romain, qui compose avec les concepts disponibles au temps des Institutes : la couverture n'existant pas, il s'agit alors de promettre le fait d'autrui et d'être considéré, si les événements tournent mal, comme ayant manqué à sa parole et méritant sanction. Dirions-nous aujourd'hui que l'assureur incendie promet à l'assuré que son habitation ne brûlera pas ? Qu'en cas d'incendie, l'assureur engage alors sa responsabilité civile et doit des dommages-intérêts ? Non, il a pris sur lui le risque de réalisation d'un aléa, comme le

porte-fort prend sur lui le risque qu'un tiers ne ratifie pas le contrat passé sans pouvoir, ou que ce tiers refuse de conclure tel acte juridique, ou d'exécuter telle obligation préexistante, et plus généralement le risque qu'il refuse telle action ou abstention espérée de lui. À l'appui de cette analyse, en sus de l'histoire des assurances, il est possible d'invoquer l'exemple suisse. L'article 111 du Code suisse des obligations dispose : « *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* ». Ce texte a le mérite de ne pas mêler, comme notre article 1120, le genre avec l'espèce consacrée à la ratification. Mais il a le tort de raisonner, comme lui, en termes de promesse et de sanction. Cependant, la doctrine suisse, notamment M. Scyboz, ne s'y trompe pas, qui qualifie le porte-fort de « *contrat de garantie* », ainsi défini : « (...) *un tiers prend sur lui les conséquences dommageables de la survenance du fait incertain, en assurant à son partenaire, dans une telle éventualité, une prestation propre dont le contenu varie de cas en cas* » (Scyboz G., *Traité de droit privé suisse*, t. VII, 2, *Le contrat de garantie et le cautionnement*, Éditions universitaires de Fribourg, 1979, p. 11). L'indemnisation versée par le porte-fort n'est donc pas une sanction mais une prestation. Certains objecteront peut-être que l'assurance ne peut se concevoir que lorsqu'il y a mise en œuvre de techniques statistiques de modélisation du risque, et gestion d'une communauté constituée de nombreux assurés, dont les risques sont mutualisés et compensés. C'est historiquement inexact : les premiers contrats d'assurance italiens, conclus au XIV^e siècle, reposaient sur des couvertures octroyées, à titre individuel, par de puissants hommes d'affaires. Les instruments mathématiques à l'origine de la science actuarielle ne commenceront à apparaître que trois siècles plus tard. Il est vrai qu'ils sont indissociables du métier d'assureur moderne, mais osons une analogie avec les actes de commerce : chacun peut acheter ponctuellement pour revendre, sans pour autant être un commerçant, cette notion se définissant par l'exercice d'actes de commerce *à titre de profession habituelle*. De même, il est possible de conclure ponctuellement un contrat de couverture de risque, sans que cela nécessite une assimilation au garant professionnel qu'est l'assureur.

Le porte-fort a ainsi révélé sa profonde nature : il est l'ombre portée de l'assurance sur le Code de 1804. Il est un contrat de couverture de risque. Du genre, il est alors possible de descendre vers l'espèce, vers le porte-fort d'exécution.

II - L'ESPÈCE : LE PORTE-FORT D'EXÉCUTION

14. Rapports avec le cautionnement. - Le porte-fort ayant été défini comme le contrat par lequel le promettant accepte de couvrir le risque créé par le comportement d'un tiers, le porte-fort d'exécution n'en constitue qu'une variante, celle qui consiste à assumer le risque d'inexécution d'une obligation préexistante, autrement dit : un risque de crédit. Quelle place faut-il réserver à un tel mécanisme, dans un système juridique qui connaît déjà le cautionnement ? Deux approches s'offrent au juriste : considérer ces deux figures comme concurrentes (A) ou convergentes (B).

A - Concurrence avec le cautionnement

15. En droit suisse. - L'exemple helvétique est particulièrement intéressant : puisque le Tribunal fédéral a admis depuis longtemps le concept de *porte-fort d'exécution*, il lui a fallu organiser sa cohabitation avec la figure du cautionnement. Les difficultés qu'il a rencontrées dans cet exercice présagent celles qui attendent inévitablement notre Cour de cassation, lorsqu'elle aura à tirer toutes les conséquences de son arrêt précité du 8 juin 2013. Une décision suisse de 1939 en fournit un assez bon exemple (T. Fédéral suisse, 1^{re} sect. civ., 1^{er} févr. 1930, ATF, 65 II 30. Les décisions de cette juridiction peuvent être consultées en ligne, à l'adresse www.bger.ch). Un bail avait été signé entre deux sociétés. Un administrateur de la société preneuse avait contracté un engagement ainsi libellé : « *Je déclare me porter personnellement fort du loyer dû par la société (preneuse à la société bailleuse)* ». Le juge du fond avait estimé que l'article 111 du Code suisse des obligations permet certes la promesse du « *fait* » d'un tiers, mais que le paiement d'une somme d'argent ne constitue pas un tel « *fait* ». Le Tribunal fédéral rejette aussitôt l'argument : « *Le*

mot "fait" de l'article 111 a le sens très large de toute prestation quelconque ("Leistung", dans le texte allemand). Or le paiement d'un loyer est une prestation qui peut être garantie par un porte-fort ou par une caution ». Le porte-fort peut donc être employé comme sûreté personnelle. Comment qualifier la garantie employée en l'espèce ? La réponse est quelque peu troublante : « En l'espèce, un bail a été conclu et un loyer déterminé entre les deux sociétés. Le défendeur est intervenu par la suite pour se porter personnellement fort, soit responsable, du loyer dû ; cela ne peut pas raisonnablement signifier autre chose que la promesse de payer si le locataire ne s'en acquitte pas ; il y a donc là un engagement, assumé à titre accessoire, de fournir la prestation même du débiteur principal. Cette garantie est celle d'une caution, non d'un porte-fort ». En l'absence de toute précision apportée par les parties sur le régime applicable à leur garantie, seule restait la dénomination. On aurait naïvement pu croire que « je me porte fort » plaiderait en faveur... du porte-fort, mais cela signifierait « se porter responsable », ce qui voudrait dire promettre de se substituer au débiteur principal, et donc en définitive se porter caution. Cette décision, critiquée en doctrine (v. par exemple Rossi T., La garantie bancaire à première demande, Pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Méta-Éditions, 1990, n° 311), traduit sans doute le malaise des juridictions supérieures face à la perspective que les parties puissent facilement échapper au régime protecteur du cautionnement, un problème auquel la Cour de cassation ne manquera pas d'être confrontée.

16. En droit français, de lege lata . - Distinguer porte-fort d'exécution et cautionnement ne sera pas plus aisé en France. Déjà, dans l'analyse actuelle du porte-fort reposant sur le concept de *responsabilité contractuelle*, les deux sûretés produisent des effets étonnamment proches. La plupart des arguments qui pourraient être soulevés par une caution pour refuser de payer, sur le terrain de l'opposabilité des exceptions, peuvent être invoqués par le porte-fort sous un autre angle. Si le contrat de base est nul, par exemple, le porte-fort d'exécution est nul par contrecoup, puisqu'il est rétroactivement privé d'objet. De plus, comme l'écrivait le doyen Simler : « *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 qui sont sans incidence sur une garantie autonome ?* » (Simler Ph., note sous Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, n° 01-15.926, et Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-19.217, précité, p. 317 ; on pourrait voir dans ces événements des causes de caducité du porte-fort).

17. En droit français, de lege ferenda . - Si l'on veut bien considérer notre proposition de voir le porte-fort comme un contrat de couverture, il ne sera pas pour autant aisé de distinguer ses effets concrets de ceux d'un cautionnement. Plus précisément, selon la manière dont le risque est libellé, la garantie pourra être plus ou moins rigoureuse. En droit suisse, il est affirmé : « *N'étant pas accessoire, le porte-fort est en principe indépendant de la prestation promise et ne suppose donc pas, notamment, un contrat valable entre le stipulant et le tiers. Il subsiste ainsi lorsque l'engagement du tiers est entaché de nullité pour vice de forme ou de la volonté, incapacité ou simulation* » (Scyboz G., Traité de droit privé suisse, t. VII, 2, Le contrat de garantie et le cautionnement, *op. cit.*). Puisque le porte-fort peut couvrir toute forme de risque, il peut, par exemple, s'engager de manière abstraite à couvrir le risque que telle personne « *ne reçoive pas les 5 000 euros qu'elle attendait de telle autre* », sans considération de l'existence d'une obligation juridique valable entre eux. Mais il est également possible de couvrir le simple risque d'inexécution d'une obligation, à l'échéance, imputable au débiteur. Les effets sont alors très proches de ceux du cautionnement et l'opération de qualification devient fort délicate.

Cette proximité d'effets cesse de surprendre, si l'on considère que porte-fort d'exécution et cautionnement dérivent tous deux d'un même concept.

B - Convergence avec le cautionnement

18. Le cautionnement, porte-fort spécial . - Dès 1898, un auteur suisse affirmait : « (...) *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 »(Wavre A., Le porte-fort en droit fédéral, thèse Neuchâtel, 1898, p. 55). Quant à M. Scyboz, révélons à présent que sa définition précitée du « contrat de garantie », mobilisant la notion de *couverture de risque*, concerne d'après lui aussi bien le cautionnement que le porte-fort. Il faut cesser de voir dans ces deux mécanismes des frères ennemis. Le concept de *cautionnement* pourrait être réactualisé, à la lumière du concept de *couverture de risque*. Christian Mouly, exposant sa célèbre théorie de l'obligation de couverture, n'avait pas manqué de rapprocher les figures de la caution et celle de l'assureur (Mouly C., Les causes d'extinction du cautionnement, préf. Cabrillac M., Librairies techniques, 1979, spéc. n° 259, le paragraphe est intitulé : « Rapprochement avec l'assurance : intérêt d'assurance et intérêt cautionné »).*

Il nous semble que le recours au concept de couverture de risque, si récent à l'échelle de l'histoire humaine, présenterait quelque intérêt en droit français des sûretés personnelles.

19. Avantages d'une analyse renouvelée. - Nous ne pouvons donner ici que quelques brefs exemples de l'intérêt d'une telle analyse (le lecteur intéressé pourra se reporter à notre thèse Les garanties indemnitaires, préf. Rontchevsky N., PUAM, 2014). Le cautionnement ainsi conçu se construit, à la manière d'une assurance, autour d'un couple constitué du risque couvert et de la prestation versée en cas de *sinistre*. Ces deux éléments sont modulables. En étendant le risque couvert, comme en droit suisse, on expliquera par exemple qu'un intermédiaire du croire puisse garantir les cas de force majeure (actuellement, la doctrine qualifie généralement le du croire de sûreté *sui generis*, v. Hennebelle D., La spécificité de la nature juridique du du croire d'intermédiaire, JCP E 2000, II, n° 36, p. 1366). En jouant sur la prestation, on résout le problème posé par le cautionnement d'une obligation de faire : alors que le concept de *caution* supposerait normalement qu'elle soit tenue comme le débiteur principal, on préfère généralement, par entorse aux principes, qu'elle ne soit tenue qu'au versement d'une indemnité (v. par exemple Simler Ph., Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires, Litec, 4^e éd., 2008, n° 210). Dans le nouveau paradigme, le libre choix de la prestation en cas de sinistre permet, pour le cas où le débiteur n'exécute pas l'obligation principale, de faire peser sur le garant une obligation du même type, ou d'un type distinct, au choix des parties. La nouvelle approche a également le mérite de ramener dans le giron des sûretés personnelles françaises des mécanismes souvent délaissés par la doctrine en raison de leur nature assurantielle : assurance-crédit, garantie universelle des risques locatifs, garanties financières des professionnels (ces garanties ont d'ailleurs été analysées en des assurances pour compte par Cabrillac S., Les garanties financières professionnelles, préf. Pétel P., Litec, 2000., n^{os} 411 et s.), garantie Oseo Sofaris, etc. (également en faveur d'un rapprochement des deux domaines : Leblond N., Assurances et sûretés, thèse Paris 2, 2007).

Des deux analyses techniques du cautionnement - sous l'angle du caractère accessoire ou sous l'angle de la couverture du risque de crédit -, aucune n'est exacte et aucune n'est erronée : il n'y a pas de vérité en droit. À l'heure cependant où le caractère accessoire révèle ses faiblesses (Simler Ph., Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ?, in Mélanges G. Goubeaux, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 497), il nous semble que le recours au concept de *couverture de risque*, si récent à l'échelle de l'histoire humaine, présenterait quelque intérêt en droit français des sûretés personnelles.