

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Commentaire de l'arrêt Cass.com., 18 déc. 2019, n°18-12.287

Claire Serlooten
Maitre de Conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole
Centre de droit des affaires

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Par Claire Serlooten

L'arrêt de la Chambre commerciale du 18 décembre 2019 ne présente pas, a priori, un intérêt juridique fondamental.

D'ailleurs, il n'est pas publié au bulletin des arrêts de la Cour de cassation et il ne bénéficie pas, non plus, du nouveau mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation que ces arrêts soient de rejet ou de cassation, comme en l'espèce.

Néanmoins, selon nous, il peut être intéressant de l'analyser pour deux raisons : d'une part parce qu'il affecte les lettres d'intention, appelées aussi lettre de confort, un mécanisme central et en perpétuelle évolution¹ pour le financement des groupes de sociétés et, d'autre part, parce que la sévère décision de la Cour de cassation en la matière intervient alors que de nouveaux grands équilibres ont été instaurés en droit des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi de ratification de celle-ci. Pour le comprendre, commençons par exposer la situation analysée.

Dans cette affaire, la société TLU, une SASU détenue intégralement par la SARL Ban Rouge, holding, a obtenu un crédit de 240 000 euros auprès de la Société générale. La société Ban Rouge accepte de conclure une lettre d'intention en faveur de la banque dans le cadre de cette opération. La société TLU a ensuite fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire.

La banque a, en conséquence, assigné la société Ban Rouge en vue d'obtenir un paiement de la somme restant due par la société TLU au titre du crédit sur le fondement de l'exécution de l'engagement contenu dans la lettre d'intention.

En première instance², l'obligation de la société Ban Rouge a été qualifiée d'obligation de résultat, ce qui impliquait, selon les juges, qu'elle verse à la banque l'intégralité du montant à recouvrer. La Cour d'appel³ a infirmé ce jugement car elle a estimé, en interprétant la volonté des parties, que l'obligation souscrite par la société Ban Rouge était une obligation de moyens et que celle-ci avait été parfaitement respectée en l'espèce. Par conséquent, la société Ban Rouge n'a pas à rembourser la banque.

La Cour de cassation revient sur cette qualification erronée pour affirmer, au contraire, le caractère « de résultat » de l'obligation souscrite par la société mère en cassant l'arrêt d'appel. Cette solution est fondée sur l'article 1134 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016.

La Cour de cassation confirme, dans cet arrêt inédit, sa position selon laquelle, en matière de lettres d'intention d'une société mère au soutien de sa filiale, c'est l'interprétation littérale qui l'emporte sur l'interprétation téléologique⁴. Cette position très rigoriste risque de diminuer la pratique de ses outils, pourtant essentiels pour le fonctionnement des groupes de sociétés.

¹ Les rédacteurs de ces lettres sont d'abord obligés de s'adapter à l'état du droit qui résulte de l'abondante jurisprudence sur ce thème. Ensuite, pour les favoriser, la loi change comme la loi de simplification de juillet 2019 (2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, JO n° 167 du 20 juillet 2019, texte n° 1) qui est venue assouplir les règles en matière d'autorisation préalable des garanties octroyées entre sociétés liées par le biais de ces lettres. V. sur ce point, RJ com. 2019, n°3, notre commentaire.

² Tribunal de Commerce Chambéry, le 29 juin 2016, n°RG : 2015F00209.

³ Cour d'appel Chambéry, le 30 juin 2017, n°RG : 16/01598.

⁴ Selon la formule du Professeur J.-F. BARBIERI, « Lettre d'intention : conforter autrui équivaut-il à cautionner ses dettes ? », BJS 2011, p. 551 : « une interprétation étroitement lexicale l'emporte sur l'interprétation téléologique ».

Surtout, elle ne pourrait peut-être pas persister à l'avenir lorsque la Cour de cassation aura à se prononcer sur des faits qui autorisent l'application de la réforme du droit des contrats. Cela ressortira tant sur le plan de la qualification de l'obligation de la société mère (I) et que sur celui des conséquences juridiques de celle-ci (II).

I. La qualification de l'obligation de la société Ban Rouge

Depuis la réforme de 2016⁵ en droit des obligations l'article 1134 du Code civil n'a pas changé sur le fond, seule sa numérotation est nouvelle. L'article 1103 reprend la même formulation employée avec le remplacement mineur du terme de « conventions » par celui de « contrats ». La force obligatoire des contrats doit donc être envisagée de la même manière avant et après la réforme, seul son champ d'application est différent. Cependant, selon plusieurs auteurs⁶, il ne faut pas interpréter cette disposition comme voulant signifier qu'il existe une analogie entre la loi étatique et la loi contractuelle. Ils appellent à abandonner cette analogie pour se concentrer sur une conception de la loi adoptée en physique ou en mathématique. Le mot « loi » signifie plutôt une « mesure », un « principe de répartition » qui permet d'attribuer à chacune des parties ce qui lui est dû. Par conséquent, la loi des parties doit être comprise comme une « constante » qui sert à établir l'étalon des créances personnelles qu'elle fait naître.

La Cour de cassation a tendance, en matière de lettre d'intention, à oublier cet élément quand elle procède à cette interprétation étroitement lexicale. Elle applique le contrat comme une norme contraignante et non pas comme étant « la chose des parties » adoptée dans des circonstances d'espèce avec les imperfections qu'elle peut contenir, tout en étant obligatoire.

Selon le nouvel article 1188 du Code civil al. 1^{er}, comme dans l'ancien article 1156, le contrat doit d'abord s'interpréter d'après la commune intention des parties plutôt qu'en se reposant sur sa lettre. Mais, le contrat étant la chose des parties, il est fréquent que les termes employés dans un contrat ne reflètent pas exactement leurs intentions.

Lorsque la portée de l'acte se révèle incertaine, il est nécessaire d'interpréter la volonté des parties.

C'est bien le problème ici car la lettre d'intention contenait, après la déclaration de l'existence d'un prêt accordé à la société TLU, l'affirmation de M. B en qualité de gérant de la société Ban Rouge, qu'il sera vérifié « qu'elle apporte les diligences habituelles au respect de ses engagements, bénéficiera de son assistance sur le plan administratif et fera l'objet périodiquement de contrôles de sa part (...) qu'elle s'engage à faire en sorte qu'aucun créancier n'encoure de pertes du fait de ses engagements (...) et assure qu'elle fera de toute manière, le nécessaire afin que la filiale respecte ses engagements envers les créanciers et dispose d'une trésorerie suffisante à cet effet (...) ».

Les termes de « diligences », d'« assistance », « faire en sorte que », « fera de toute manière le nécessaire » sont peu clairs.

⁵ Par l'ordonnance n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JO n°35 du 11 février 2016, texte n° 26) en vigueur le 1er octobre 2016 et la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JO n°93 du 21 avril 2018, texte n° 1) entrée en vigueur le 1er octobre 2018.

⁶ L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », C.C.C n°17, mars 2005 ; J.-P. CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er du code civil », RTD civ. 2001, p. 265.

Il ne fait aucun doute qu'il s'agit bien là d'une lettre d'intention puisqu'elle répond à la définition posée en 2006 à l'article 2322 du Code civil.

Nous avons ici un engagement de faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur (la société TLU) dans l'exécution de son obligation envers son créancier (la banque).

La difficulté est que cet engagement de faire n'est pas déterminé.

Il faut pouvoir déterminer s'il s'agit d'une obligation de résultat ou de moyens pour fixer l'étendue de l'obligation de la société holding, peu dotée de ressources propres.

Cette distinction semble devoir demeurer aujourd'hui malgré le fait que le Code civil, dans sa nouvelle rédaction, soit muet sur celle-ci. Au premier abord, comme la distinction entre les obligations de donner, faire ou ne pas faire a disparu⁷ et que, dans le même temps, le Code s'est enrichi de nouvelles catégories dans la classification des contrats, l'abandon d'une telle différenciation pourrait s'imposer.

Toutefois, elle repose actuellement sur une interprétation combinée de plusieurs articles du Code civil⁸ qui n'ont été que peu corrigés. De surcroît, il faut l'attribuer aussi à l'évolution du droit français de la responsabilité civile vers le développement de la fonction de réparation de la responsabilité contractuelle. Or, cette tendance ne s'efface pas avec les articles 1231 à 1231-4 du Code civil dans sa version en vigueur.

On ne peut donc qu'encourager la Cour de cassation à la pratiquer.

Le Code civil pose, pour cela, des consignes qui ont connu un remaniement avec l'ordonnance du 10 février 2016.

Ces consignes étaient et resteront a priori de simple conseils⁹ mais le fait de les avoir posées clairement et de manière concentrée offre plus de prévisibilité et donc, en principe, de sécurité juridique¹⁰. Du moins, c'est ce que l'on peut espérer.

Cette interprétation est en principe abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond.

En l'espèce, le tribunal de commerce déduit de la formulation employée la nature de l'engagement de la société Ban Rouge qui est, selon lui « une obligation de résultat pour que sa filiale puisse toujours payer ses créanciers ».

La Cour d'appel va beaucoup plus dans le détail puisqu'elle explique qu'il lui revient, au travers des termes employés, « de rechercher la volonté des parties ». Et, selon elle, « la société Ban Rouge ne s'est aucunement obligée à se substituer à la société emprunteuse, les termes employés restent généraux, imprécis par le vocable "faire en sorte", "faire le nécessaire", "dispose d'une trésorerie suffisante". Par conséquent, « cette obligation de faire ne va pas au-delà d'une obligation de moyens ». Elle ajoute même « qu'après avoir rappelé sa connaissance de l'emprunt, elle s'est engagée à faire le nécessaire mais non pas au bénéfice du seul créancier qu'était la Société Générale, mais à l'égard de tous ceux qui pourraient exister (...) ce qui dès lors affaiblit son obligation qui ne peut être que de moyens tant l'étendue financière en devient indéterminée ».

⁷ Nous reviendrons sur les raisons de cette disparition dans le II.

⁸ V. P. JOURDAIN, « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », JCP G 2016, 909.

⁹ V. N. DISSAUX, Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 89 qui emploient l'expression de « guide-âne » ; V° « Acte juridique », par Cl. BRENNET, S. LEQUETTE, RC Dalloz, n°160.

¹⁰ Ce sont a priori les objectifs affichés, v. Entretien avec J.-J. URVOAS, ancien Garde des Sceaux, à l'occasion d'une consultation publique sur un avant-projet de réforme de la responsabilité civile, RLDC n° 138, juin 2016.

L'affaire aurait pu s'arrêter là mais un pourvoi a été formé principalement sur le fondement de la violation de l'article 1134 et 1147 du Code civil¹¹.

La Cour de cassation a donc dû vérifier cette question et décide alors que c'est l'interprétation des premiers juges du fond qui doit prévaloir en considérant, en fonction des termes employés, que « l'obligation contractée s'analysait en une obligation de résultat ».

Cette conclusion lapidaire ne nous surprend pas étant donné qu'elle est cohérente avec la jurisprudence antérieure¹². Le fait que l'arrêt ne soit pas publié laisse penser qu'il s'agit d'une jurisprudence acquise dont il ne serait pas nécessaire de rappeler périodiquement le sens¹³.

L'impression se dégage alors que la Cour de cassation cherche à imposer sa position sur l'interprétation des formules données. C'est son rôle, bien entendu, d'assurer l'unité de la jurisprudence. Cette unité pourrait se justifier ici dans la mesure où les termes étudiés sont standardisés et se retrouvent dans de nombreuses lettres d'intention. Pour autant, le souci légitime de la Cour de cassation d'assurer une certaine unité d'analyse des clauses types ne peut se comprendre que lorsqu'elle s'attache à définir certains concepts précis utilisés largement¹⁴.

Dans notre cas d'espèce, les expressions employées ne peuvent pas être rattachées à des concepts. La Cour ne doit donc pas confondre unité et uniformité de la jurisprudence.

Cette attitude ne devrait pas pouvoir perdurer compte tenu des objectifs de l'institution et des dernières déclarations de sa Présidente¹⁵. Il est, en effet, question, dans les grands chantiers à venir, que la Cour de cassation tire parti des outils numériques et de l'intelligence artificielle, tout en prenant en compte les risques du traitement algorithmique qui ne devra pas remplacer pas le raisonnement juridique. Or, en systématisant déjà certaines de ses positions, comme elle le démontre ici, elle crée un risque de démultiplier son impact par le traitement informatique qui en sera fait. L'inconvénient est que le rôle de la Cour tendrait à changer passant de l'unification à l'uniformisation, la systématisation. La création d'une logique du précédent, comme le démontre la réforme de la motivation des arrêts de la Cour de cassation joue aussi en ce sens. La Cour de cassation devra donc être vigilante.

Surtout, compte tenu de la modification de la loi, à l'avenir, la Cour de cassation serait peut-être obligée de revenir sur cette interprétation pour laisser plus de place au pouvoir souverain des juges du fond.

L'article 1188 al. 2, nouveau, dispose en effet que « lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même circonstance ». Les juges ne sont donc plus invités à se référer à une volonté implicite¹⁶ des parties ou à imaginer, supposer ce que la volonté des parties était¹⁷ mais à faire preuve de réalisme. Il ne s'agit donc pas de discuter, sur le plan lexical, de la signification réelle des termes employés pour convaincre que la bonne interprétation était celle des juges de premières instances ou bien celle des juges d'appel. Cette recherche serait vaine car toujours discutable¹⁸.

¹¹ Le fondement de la dénaturation ne pouvait pas être utilisé, compte tenu de l'absence de clauses claires et précises.

¹² V. *Lamy Droit des sûretés*, n°145-39.

¹³ *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, Cour de cassation, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 3^{ème} éd., 2012, n°979, p. 381.

¹⁴ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 6^{ème} éd. 2006, p. 79 et p. 81.

¹⁵ V. Entretien avec Mme Ch. ARENS, Première Présidente de la Cour de cassation (JCP G 2020, 343

¹⁶ V° « Acte juridique », RC Dalloz, op. cit., n°161.

¹⁷ N. DISSAUX, Ch. JAMIN, op. cit., p. 90.

¹⁸ V. néanmoins sur ce point, les éléments intéressants soulignés dans *Lamy Droit des sûretés*, n°145-37.

Il faudrait plutôt privilégier une méthode qui a imprimé la rédaction de l'article 1188 al. 2 du Code civil¹⁹, c'est-à-dire une méthode qui inscrit le contrat dans un ensemble plus vaste²⁰ et qui rejoint les inspirations européennes de la réforme²¹.

Pour rechercher le sens à donner au « raisonnable » dans le Code civil, il est opportun de se référer aux indications des textes européens. Selon les Principes d'Unidroit²², il ne s'agit pas d' « un critère général et abstrait de ce qui est raisonnable, mais davantage de la compréhension que pourrait raisonnablement avoir une personne ayant par exemple la même connaissance linguistique, la même compétence technique ou la même expérience commerciale que les parties ». Il est ajouté que, pour cela, « il faut prendre en considération toutes les circonstances pertinentes de l'espèce ». Ces circonstances pertinentes sont listées pour les plus importantes²³, et on retrouve parmi celles-ci le but du contrat.

Selon les autres sources d'inspiration, comme les PDEC²⁴, le Code européen des contrats²⁵, la philosophie est sensiblement la même²⁶.

Or, en analysant le cas d'espèce, les remarques de la Cour d'appel rappelée précédemment auraient peut-être pris un sens différent si l'ordonnance de 2016 était applicable.

En regardant de près, il serait bénéfique d'insister sur la volonté que les juges d'appel ont fait ressortir qui était celle pour la société Ban Rouge de ne pas se substituer à la société emprunteuse auprès de la banque. La Cour d'appel a bien reconnu que les termes généraux employés affaiblissait le contenu même de l'obligation²⁷.

En procédant de la sorte, la Cour d'appel anticipe une démarche d'interprétation qui va être recommandée à l'avenir.

La bonne foi tiendra une place primordiale dans cette interprétation. Le nouvel article 1104 du Code civil fait entrer cette notion à tous les stades de la vie du contrat, notamment au cours de son exécution. Et c'est bien à ce stade là que l'interprétation est nécessaire. L'avantage d'avoir fait apparaître clairement la place de la bonne foi dans toute la sphère contractuelle est que celle-ci va s'imposer au juge au cours de l'interprétation. Les textes européens précités le

¹⁹ Selon le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO n°35 du 11 févr. 2016, texte n°25, Chap. III L'interprétation du contrat.

²⁰ N. DISSAUX, Ch. JAMIN, op. cit., p. 90. M. JAMIN parle de « vision plus socialisante » du contrat. Sur ce sujet, v. Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », D. 2002 p.901, évoquant « la légitimité et l'actualité d'un droit social des contrats que certains civilistes du début du XXe siècle avaient réussi à imposer dans le discours juridique ».

²¹ V. Rapport, op. cit., Chap. III L'interprétation du contrat.

²² Art. 4. 1, commentaire.

²³ Art. 4. 3.

²⁴ Les Principes du Droit européen des contrats (PDEC), art. 1 : 302 : « Caractère raisonnable », « Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées », art. 5:101: « Règles générales d'interprétation » (3) « Faute de pouvoir déceler l'intention (...), on donne au contrat le sens que des personnes raisonnables de même qualité que les parties lui donneraient dans les mêmes circonstances », art. 5 : 102 : « Circonstances pertinentes », (c) « (...) au but du contrat ».

²⁵ Code européen des contrats, avant-projet, art. 39. 3 : « Dès lors que l'examen du texte contractuel suscite des doutes, qui ne sont pas susceptibles d'être surmontés par une évaluation globale de celui-ci, fût-ce en regard de déclarations ou de comportements des parties même postérieurs à la stipulation du contrat mais d'une certaine manière compatibles avec le texte du contrat, ce dernier doit être interprété conformément à l'intention commune des contractants, que l'on fera également ressortir en recourant à des éléments extrinsèques ayant trait aux parties ».

²⁶ V. sur ce point, L. GRYNBAUM, « Réforme du droit des contrats : synthèse du droit français et convergences avec le droit européen », RLDI n°124, mars 2016, 3946.

²⁷ A contrario, il faut préciser que les prétentions de la société Ban Rouge font apparaître qu'elle souhaite voir reconnaître que son engagement est subsidiaire alors que cela n'est vrai qu'en matière de cautionnement, engagement par lequel la caution se substituera au débiteur en cas de défaillance.

rappelle avec force²⁸. Il devra donc faire primer l'interprétation qu'un contractant de bonne foi pouvait légitimement attendre. Et, il n'est pas certain que l'obligation de la société Ban Rouge aurait été, au regard des circonstances d'espèce, considérée comme étant de résultat.

D'ailleurs, l'attitude de la banque aurait pu être appréciée comme étant celle d'un contractant de mauvaise foi. Il a été évoqué dans les prétentions de la société Ban Rouge en première instance que ce serait la banque qui aurait rédigé la lettre d'intention²⁹. Cet aspect n'a pas ensuite été développé ni repris au cours de la procédure. Il pourra, à l'avenir, changer considérablement la situation dès lors que l'interprétation du contrat d'adhésion fait l'objet depuis 2016 d'une disposition spéciale dans le Code civil. L'article 1190 dispose que « le contrat d'adhésion (s'interprète) contre celui qui l'a proposé »³⁰. La définition de ce type de contrat a évolué entre 2016 et 2018 pour être établie comme « le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

La caractérisation de l'obligation en une obligation de moyens pourra être plus aisément retenue.

Cette ouverture permettrait par suite de rendre les conséquences juridiques de la qualification plus cohérentes avec le nouveau contenu du Code civil.

II. Les conséquences juridiques du caractère de l'obligation de la société Ban Rouge

Deux points principaux doivent être abordés, d'abord celui de la preuve puis celui de l'exécution de l'obligation.

En ce qui concerne la preuve, en premier lieu, la différence de caractère de l'obligation de la société Ban Rouge aurait pu, et pourra à l'avenir dans une situation similaire³¹, produire des effets discordants.

L'article 1315 ancien du Code civil a été repris à l'article 1353 du Code civil. Ce dernier exprime de manière identique le principe concernant la charge de la preuve : celui qui réclame l'exécution de l'obligation doit la prouver ; réciproquement, celui qui se prétend libéré d'une obligation doit la prouver.

Si l'obligation de la société mère est une obligation de résultat, l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, preuve facile à établir, suffit à démontrer que son obligation n'a pas été respectée.

Si l'obligation de la société mère est une obligation de moyens, cette ouverture est insuffisante. En l'espèce, le tribunal de commerce a établi, sur le fondement d'une attestation de son expert-comptable, que la société Ban Rouge avait soutenu réellement sa filiale en effectuant un apport en trésorerie à hauteur de 167 000 euros, montant très proche du reste du crédit à couvrir ainsi que des intérêts échus en application du taux d'intérêt contractuel. La Cour d'appel ajoute que

²⁸ Code européen des contrats, avant-projet, art. 39. 4 : « En tout état de cause, l'interprétation du contrat ne doit pas aboutir à un résultat qui soit contraire à la bonne foi ou au bon sens » ; PDEC, art. 1 : 302, précit ; Principes d'Unidroit, art. 1. 7 1) « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international » (dans les dispositions générales).

²⁹ Tribunal de Commerce Chambéry, le 29 juin 2016, n°RG : 2015F00209, p. 4.

³⁰ V° « Contrats – effets », par G. CHANTEPIE, RC Dalloz, n°36.

³¹ Peut-être même que la Cour d'appel de renvoi, celle de Grenoble, pourra ne pas suivre la position de la Cour de cassation.

la société mère apporte la preuve que de nombreuses décisions ont été prises pour dynamiser l'activité, surveiller le bon fonctionnement de l'entreprise TLU.

Ces éléments sont nombreux et probants ont pu jouer en faveur de la société Ban Rouge et aurait pu être retenus par la Cour de cassation pour modérer sa position.

En ce qui concerne l'exécution de l'obligation, en second lieu, la différence de caractérisation ne produirait pas automatiquement, à l'avenir, des suites incompatibles.

Le Code de commerce, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016, ne contient plus la distinction entre les obligations de donner, faire ou ne pas faire. L'article 1142 ancien qui disposait que « toute obligation de faire (...) se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur » n'a pas été logiquement reproduit.

Cet article a permis à la banque, en l'espèce, de demander la réparation du préjudice qu'elle a subi, égal, selon elle, au montant du crédit non-remboursé augmenté des intérêts échus.

Et les juges de première instance, de manière traditionnelle, accordent des dommages et intérêts représentant exactement le manque à gagner, sans vérifier de facteurs supplémentaires. Ainsi, lorsque l'obligation de la société mère peut être qualifiée d'obligation de résultat, la lettre d'intention se transforme en une véritable « garantie indemnitaire »³². Il importe de rappeler qu'il n'y a là rien de programmé car le montant de l'indemnité peut être totalement détaché, à la hausse comme à la baisse, du montant de la créance initiale impayée, ce que les juridictions françaises ont tendance à oublier³³.

La Cour d'appel qui a caractérisé l'obligation comme étant « de moyens » aurait pu aboutir à la même indemnisation en faveur de la banque³⁴ alors même que la remarque précédente est valable aussi dans cette hypothèse³⁵. Aucune différence notable n'est donc à remarquer puisque c'est la nature d'obligation de faire qui entre en ligne de compte.

Cependant, même avant l'application de l'ordonnance de 2016, il demeurerait possible de demander l'exécution en nature, concrètement, uniquement lorsque le débiteur conforté se trouvait in bonis. Cela est, en pratique, assez rare, ce qui rend l'usage de fondement anecdotique.

Cette façon d'agir pourrait être amenée à changer de manière favorable afin de rendre plus cohérente la sanction prononcée et le fondement utilisé.

Pour appréhender les conséquences de l'inexécution d'une obligation, de faire ou non, il faut aujourd'hui consulter les articles 1217 et s. du Code civil. L'exécution forcée et la réparation par équivalent font partie des possibilités offertes à un créancier insatisfait sans hiérarchie. Les deux possibilités sont donc toujours envisageables.

Néanmoins, une préférence devrait être marquée pour l'exécution forcée en nature car elle correspond à la conception française de la force obligatoire du contrat³⁶. Si le contrat représente la loi des parties, au sens exposé précédemment, le créancier malheureux devrait privilégier l'exigence d'exécution de ce qui lui a été promis, dans l'exacte mesure de ce qui lui a été promis. Dans le cas d'espèce, la Cour de cassation se fonde ici sur l'article 1134 ancien du Code civil, noyau de la force obligatoire des contrats. Elle confirme de la sorte la nécessité de cette priorité.

En matière de lettre d'intention, ce recours présenterait deux avantages qui assurent avec équilibre la protection des intérêts du créancier et du débiteur.

³² L'expression est du Professeur Ph. SIMLER, v. not. « Les solutions de substitution au cautionnement », JCP G 1990, 3427. D'autres auteurs ont repris celle-ci.

³³ *Lamy Droit des sûretés*, n°143-91.

³⁴ Si la société mère avait été en faute, ce qui n'a pas été retenu en l'espèce.

³⁵ *MPFL Groupe de sociétés*, Francis Lefebvre, n°24040.

³⁶ N. DISSAUX, Ch. JAMIN, op. cit., p. 123.

D'une part, l'exécution forcée en nature est le fondement adéquat pour qu'une banque puisse voir l'obligation dont elle est créancière être exécutée.

Ce n'est que « s'il y a lieu »³⁷, que la réparation par équivalent se présentera comme une solution acceptable. La lettre d'intention perdrait donc son caractère « indemnitaire » peu fiable et contestable. Dans le même temps, la force obligatoire de ce contrat serait confortée rigoureusement.

D'autre part, l'article 1221 du Code civil pose une limite appropriée à l'exécution forcée en nature en matière de lettre d'intention. Cette dernière sera refusée « si (l') exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier »³⁸.

Cela serait bénéfique pour la prise en considération de la situation de la société mère dans l'exécution de son obligation.

Auparavant, pour échapper au paiement d'une indemnité, parfois injuste par rapport à ses agissements, une société mère ne disposait que de faibles causes d'exonération. Elle ne conservait que l'alternative de prouver que l'inexécution de son obligation était due à un cas de force majeure sur le fondement de l'article 1148 ancien du Code civil.

Or, les événements qui conduisent à cette inexécution pouvaient rarement prétendre à cette qualification. Il s'agit du risque de faillite du confortant³⁹ auquel il manque le caractère d'imprévisibilité, de la mauvaise exécution d'une obligation d'information de la part du créancier ou de l'augmentation du coût de l'exécution de l'obligation pour la société mère auxquelles il manque le caractère d'irrésistibilité.

Et, il ne fallait pas compter, en cette matière, sur la mansuétude des juges⁴⁰.

La nouvelle définition de force majeure contenue dans l'article du Code civil à l'article 1218 ne viendra pas au secours des débiteurs défaillants car elle ne fait que dissiper les doutes sur le caractère extérieur de l'évènement pris en considération tout en répétant les deux autres caractères cumulatifs précités.

Tout au plus, grâce à la nouvelle rédaction du Code civil incluant une véritable obligation d'information du créancier envers le débiteur⁴¹ et la possibilité de réviser le contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles⁴² le débiteur pourra compenser partiellement la sanction encourue.

De nos jours, le véritable changement pourrait provenir de cette nouvelle rédaction de l'article 1221 du Code civil. Les deux causes qui font obstacle à l'exécution forcée en nature doivent être détaillées.

Dans le premier cas, l'impossibilité recouvre trois types d'hypothèses : l'impossibilité morale, juridique et l'impossibilité matérielle.

L'impossibilité morale et juridique ne pourraient pas correspondre à ce que pourrait chercher à mettre en avant classiquement une société mère. Dans le cas d'espèce, la société Ban Rouge utilise la même attestation de son expert-comptable dont le tribunal reconnaît la véracité pour souligner qu'un soutien supplémentaire de sa part, au-delà des efforts financiers et

³⁷ Pour reprendre les termes du nouvel article 1231-1 al. 1^{er} du Code civil.

³⁸ La loi de ratification de 2018 a restreint au débiteur « de bonne foi » la possibilité de faire jouer la disproportion.

³⁹ En l'espèce, c'est cet argument qui est utilisé par la société Ban Rouge auprès des juges du fond.

⁴⁰ J.-F. BARBIERI, op. cit.

⁴¹ Art. 1112-1 al. 1^{er} du Code civil : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ».

⁴² Art. 1195 al. 1^{er} du Code civil : « Si un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant (...) ».

d'accompagnement, aurait pu compromettre la continuité de son exploitation, plus largement la survie du groupe et les emplois salariés attachés.

La question se pose alors de savoir s'il s'agit d'une impossibilité matérielle à l'exécution forcée en nature. Selon les commentateurs de l'ordonnance de 2016, cette impossibilité matérielle concorde avec une inexécution définitive. L'intérêt d'une exécution en suivant serait irrévocablement perdu. Cela ne correspond à l'objectif de l'argumentation d'une société confortante⁴³.

Dans le second cas, d'inspiration européenne⁴⁴, il va falloir mesurer le caractère manifestement proportionné ou non d'une exécution forcée en nature entre le coût que cela va faire supporter au débiteur et l'intérêt⁴⁵ que cela va procurer au créancier. Selon plusieurs auteurs⁴⁶, il s'agirait ici d'une simple manifestation de la théorie de l'abus de droit. Cela rejoindrait l'idée exposée dans le Rapport remis au Président de la République lors de l'adoption de 2016⁴⁷ selon laquelle cette nouvelle exception vise à éviter des situations inéquitables et injustifiées.

Cela paraît intéressant puisque la pratique de la bonne foi serait diffusée à travers cette limitation.

Dans le cas d'espèce, on peut au demeurant s'interroger sur l'attitude loyale de la banque qui, tout en ayant eu connaissance des agissements positifs de la société Ban Rouge réclame, néanmoins, une réparation intégrale.

Attention, ces deux cas ne représentent pas de véritables causes d'exonération du débiteur. Le créancier déçu conservera la possibilité d'agir, notamment sur le fondement de la réparation par équivalent, qui, espérons-le, sera moins usuelle ou bien appréhendée plus justement.

Si les juges de la Cour de cassation cèdent parfois, nous venons de le voir, à une concision extrême, peu défendable aujourd'hui, à d'autres reprises, ils développent, en revanche, un goût authentique pour la prolixité. C'est le cas, comme nous le verrons, dans l'affaire suivante qui fera apparaître aussi la notion de lettre d'intention et la bonne foi, toujours dans le contexte révélateur des procédures collectives.

⁴³ Au sens de société engagée par une lettre d'intention, appelée aussi lettre de confort.

⁴⁴ Rapport, op. cit.

⁴⁵ Le mode d'appréciation objectif ou subjectif de l'intérêt du créancier n'est pas encore certain.

⁴⁶ V. not. N. DISSAUX, Ch. JAMIN, op. cit., p.130-131.

⁴⁷ Rapport, op. cit.