

je vous promets que Pierre vous donnera ou fera quelque chose pour vous, en me portant fort pour lui, vous n'aurez toujours pas d'action contre Pierre, puisqu'il ne s'est pas obligé à votre égard; mais si Pierre refuse de tenir l'engagement que j'ai pris en son nom, vous aurez une action contre moi. C'est ce que dit l'article 1120 : sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort, si le tiers ne donne ou ne fait pas ce que j'avais promis en son nom. Se porter fort veut donc dire que l'on s'oblige à déterminer le tiers pour lequel on s'est porté fort à tenir l'engagement que l'on a pris en son nom; l'inaccomplissement de cette obligation aura cet effet que le porte-fort sera condamné à des dommages-intérêts. On voit maintenant pourquoi on peut promettre le fait d'un tiers en se portant fort pour lui, c'est que cette promesse contient un engagement personnel du porte-fort; or, la promesse du fait d'un tiers n'était nulle que parce que le promettant ne s'engageait à rien; dès qu'il s'oblige, la promesse est valable, d'après le droit commun (1). Lors donc que les parties veulent que la promesse du fait d'un tiers devienne obligatoire, elles doivent y ajouter la clause que le promettant se porte fort; aussi cette clause est-elle très-usuelle; nous y reviendrons plus loin.

540. La promesse du fait d'un tiers devient encore valable quand on y ajoute une clause pénale. En réalité, la clause pénale n'est autre chose que la clause de porte-fort. Qu'est-ce, en effet, que la peine? C'est, dit l'article 1229, la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre par l'inexécution de l'obligation principale. Celui qui promet le fait d'un tiers, en se soumettant à payer une peine pour le cas où le tiers ne tiendrait pas l'engagement, promet donc de l'indemniser du préjudice qu'il en souffre; or, c'est précisément là l'effet de l'obligation contractée par le porte-fort, comme le dit l'article 1120. Aussi Pothier dit-il que celui qui se soumet à une peine se fait fort du tiers, c'est-à-dire se porte fort pour lui (2). Cela répond à l'objection que l'on tire de l'ar-

(1) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 36, n° 31 bis I.
 (2) Pothier, *Des obligations*, n° 56.

ticle 1227, aux termes duquel la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale. On répond d'ordinaire que la clause pénale a pour effet de valider l'engagement principal. Il est plus exact de dire que la peine implique une obligation principale, celle de se porter fort pour le tiers (n° 539).

541. Y a-t-il un autre cas dans lequel la promesse du fait d'un tiers devient valable? Elle est nulle parce que le promettant ne s'engage à rien; il faut donc dire qu'elle devient valable toutes les fois que la promesse implique un engagement personnel de la part du promettant. Il en serait ainsi lorsque la promesse du fait d'un tiers est une clause ou une condition d'un contrat que le promettant fait pour lui-même. En traitant avec vous, je promets que Paul fournira mon engagement comme caution, ou qu'il vous fournira un gage ou une hypothèque; l'intervention de Paul est la condition du prêt que vous me faites; je m'oblige donc personnellement à vous procurer la garantie que je vous ai promise et sous la foi de laquelle vous avez traité avec moi. Si donc Paul refuse d'intervenir, je serai tenu de vous indemniser en vous donnant d'autres sûretés (1). En réalité, c'est encore une manière de se porter fort. Il n'y a donc, en définitive, qu'un moyen de valider la promesse du fait d'un tiers, c'est que le promettant se porte fort pour lui, quelle que soit, du reste, la forme de cet engagement.

N° 2. DU PORTE-FORT

542. Dans quels cas peut-on se porter fort pour un tiers? Le porte-fort s'engage à indemniser celui à qui il promet qu'un tiers donnera ou fera quelque chose. Une promesse de dommages-intérêts suppose une convention valable, en ce sens qu'elle eût été obligatoire si le tiers y était intervenu. On peut donc se porter fort pour l'accomplissement de toute espèce de faits, pourvu qu'ils puissent

(1) Duranton, t. X, p. 212, n° 215.

faire l'objet d'une convention. Le cas le plus fréquent dans lequel les promettants se portent fort sont ceux où le tiers pour lequel ils se portent fort est incapable de s'obliger. Les mineurs sont copropriétaires par indivis d'un fonds que les majeurs propriétaires veulent vendre; ceux-ci, au lieu de recourir aux formalités légales, préfèrent, pour une raison quelconque, vendre le fonds en leur nom, en se portant fort pour les mineurs. Si l'acheteur veut se contenter de cette promesse, la vente sera valable, bien entendu entre les parties contractantes; les mineurs qui n'y interviennent pas ne sont pas liés. Ceci répond à l'objection que l'on fait contre ces conventions; elles enlèvent au mineur, dit-on, les garanties que la loi a voulu lui assurer en prescrivant des formalités destinées à sauvegarder leurs intérêts. En droit, la réponse est facile et péremptoire. La convention ne lie pas le mineur, le porte-fort s'oblige personnellement, il n'oblige certes pas le tiers dont il a promis le fait (1).

Le principe que les promettants peuvent se porter fort dans toute convention s'applique-t-il aux conventions matrimoniales? Nous renvoyons la question au titre qui est le siège de la matière.

543. L'obligation du porte-fort est régie par le droit commun, puisque la loi n'établit pas de règle spéciale. C'est par application de ce principe que nous avons décidé qu'elle ne se présume pas et qu'il ne suffit pas que l'on promette le fait d'un tiers pour que, par cela seul, on soit censé se porter fort (n° 533). Il n'y a pas de promesse de porte-fort sans volonté manifestée de s'obliger personnellement. Du reste, cette volonté peut s'exprimer dans n'importe quelle forme, puisque notre droit ne connaît pas de formes sacramentelles. Nous venons de dire que l'on se porte fort en promettant une peine, ou en faisant une promesse qui est la condition d'un engagement que l'on contracte pour soi. De même il a été jugé que la garantie promise par le vendeur de la chose d'autrui contient

(1) Duranton, t. X, p. 215, n° 218. Demante, continué par Colmet de Santerre, t. V, p. 36, n° 31 bis II.

la promesse du vendeur de se porter fort que personne ne troublera l'acquéreur (1).

A quoi s'oblige le porte-fort? Il ne faut pas confondre le porte-fort avec la caution. « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. » Telle est la définition que l'article 2011 donne du cautionnement. L'article 1120 ne s'exprime pas ainsi : celui qui se porte fort ou qui a promis de faire ratifier doit une indemnité si le tiers refuse de tenir cet engagement. Ainsi le porte-fort s'oblige à faire ratifier; il contracte donc une obligation principale qui consiste à faire, non pas à donner ou à faire ce que le tiers doit donner ou faire; le promettant s'oblige seulement à procurer la ratification du tiers; s'il ne remplit pas cette obligation, il est tenu des dommages-intérêts. C'est le droit commun : toute obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142). Et il y a inexécution dès que le fait n'est point presté. Donc si le porte-fort ne procure pas la ratification qu'il a promise, il est tenu d'indemniser le tiers; vainement dirait-il qu'il a fait tout ce qui dépendait de lui pour obtenir la ratification; dans les obligations de faire, on ne se contente pas de la bonne volonté du débiteur, c'est la prestation du fait qui est l'objet de la convention; dès que le fait n'est pas presté, il y a lieu à dommages-intérêts.

Mais là s'arrête l'obligation du porte-fort; il ne s'est pas engagé à prêter ce qu'il a promis au nom du tiers; ce serait là une autre obligation, plus étendue et d'une nature différente, l'obligation du garant ou de la caution; or, le porte-fort ne garantit pas une obligation principale, il n'est pas caution du tiers, par l'excellente raison qu'il n'y a pas encore d'obligation principale; le tiers n'est pas débiteur, il ne le deviendra que s'il ratifie; s'il ne ratifie pas, il n'y a jamais eu de dette, ce qui n'empêchera pas le porte-fort d'être obligé. Pour mieux dire, il n'est obligé que si le tiers refuse sa ratification. Du moment

(1) Riom, 22 juin 1836 (Daloz, au mot *Vente*, n° 1873).

que le tiers ratifie, le porte-fort a rempli son obligation, car tout ce qu'il a promis, c'est de procurer cette ratification; il ne répond plus de l'exécution de la promesse ratifiée par le tiers. Par la même raison, il ne peut pas être tenu, si le tiers ne ratifie point, à exécuter une obligation qui n'existe pas par suite du refus du tiers. Si la ratification promise n'est pas prestée, tout ce que doit le porte-fort, c'est d'indemniser celui à qui il a promis le fait du tiers du préjudice qu'il éprouve par ce défaut de ratification.

C'est l'opinion commune; la question est cependant controversée. Championnière prétend que le porte-fort s'oblige à prêter l'obligation même que le tiers devait remplir (1). Il avoue qu'il y a des cas où cela est impossible, disons mieux, absurde. Je vous promets, en me portant fort, que Gallait fera votre portrait. Si Gallait refuse, est-ce à dire que moi je devrai faire le portrait? La question est presque ridicule. Mais si l'obligation consiste à donner, le porte-fort, dit-on, est obligé de donner lui-même si le tiers refuse. Championnière invoque l'autorité de Vinnius; il y a une autorité plus grande, c'est celle du code civil; or, que dit le code? que le porte-fort doit une *indemnité* si le tiers refuse de tenir l'engagement. Donc le porte-fort ne doit pas la chose même qui fait l'objet de l'obligation que le tiers ne veut pas ratifier. Une indemnité, dit-on, suppose une obligation principale qui n'est pas exécutée. Sans doute, puisque ce sont des dommages-intérêts. Mais quelle est cette obligation principale? Est-ce celle que le porte-fort avait promis de faire ratifier? Du tout, car le porte-fort n'a pas promis d'exécuter cette obligation si le tiers refusait de la ratifier, il a promis de procurer la ratification: l'article 1120 le dit. La jurisprudence est en ce sens (2).

544. Les parties peuvent déroger à ces principes et

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 306 et suiv., et notes 8 et 9, et les auteurs qui y sont cités. En sens contraire, Championnière et Rigaud, t. I, p. 177, nos 307 et 208.

(2) Cassation, 1^{er} mai 1815 (Daloz, au mot *Obligations*, n^o 255, 2^o). Toulouse, 14 janvier 1845 (Daloz, n^o 256). Grenoble, 18 août 1854 (Daloz, 1855, 2, 78).

étendre les obligations du porte-fort, en ce sens qu'il garantit l'exécution du contrat. Dans ce cas, le porte fort est tenu de toutes les obligations qui dérivent de la nature du contrat qu'il a promis de faire consentir au tiers. Si donc le tiers ratifie, et s'il s'agit d'une obligation de donner, celui qui se porte fort qu'un tiers donnera telle chose, se porte fort par cela même que le tiers transférera la propriété de la chose, de sorte que le porte-fort sera garant de l'éviction. Si telle est l'intention des parties contractantes, tout est dit, leur volonté tient lieu de loi. Mais il importe de remarquer que ce n'est plus là l'obligation du porte-fort, c'est l'obligation d'un garant ou d'une caution. De même les parties peuvent convenir que si le tiers ne ratifie pas l'obligation de donner, le promettant l'exécutera. Ce n'est pas là non plus l'obligation du porte-fort; celle-ci se borne à procurer la ratification. Le juge décidera d'après les termes de la convention s'il y a une simple obligation de porte-fort, ou s'il y a une obligation de garantie ou de cautionnement (1).

545. La doctrine et la jurisprudence admettent que celui qui se porte fort pour un tiers forme le contrat pour lui-même, à moins que, par la nature des obligations, le promettant ne puisse pas remplir l'obligation, comme lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire. De là on conclut que le porte-fort est autorisé à se substituer au tiers tant que celui-ci n'a point ratifié la promesse. Que telle puisse être l'intention des parties contractantes, cela est certain, mais il est tout aussi certain, à notre avis, que ce droit ne résulte pas de la promesse du fait d'un tiers avec clause de porte-fort. Celui qui promet le fait d'un tiers entend-il acquérir un droit? Il contracte un engagement qui consiste à faire ratifier sa promesse par le tiers. Or, promettre de faire ratifier est une obligation de faire qui n'a rien de commun avec le contrat qu'il s'agit de faire ratifier par le tiers. Cela répond à l'argument que l'on déduit de la nature du contrat; c'est un contrat synallagmatique, on le suppose; or, dans un contrat pareil, le

(1) Comparez Duranton, t. X, p. 214, n^o 217.

débiteur est en même temps créancier; donc le contrat que l'on offre au tiers implique un droit en sa faveur; si le promettant est tenu de l'obligation qui en découle, n'est-il pas naturel d'admettre qu'il entend aussi jouir du droit qu'il donne? Nous répondons que le porte-fort n'entend ni être obligé par le contrat, ni en profiter. Le contrat qu'il offre au tiers est pour lui chose étrangère, il n'y est intéressé que par la promesse qu'il fait d'en procurer la ratification. Est-ce une vente? il n'entend pas être acheteur ni vendeur, il promet de faire ratifier la vente par le tiers. Voilà tout. Supposer d'autres intentions au porte-fort, c'est transformer complètement la promesse du fait d'un tiers, car cette promesse devient une stipulation que le promettant fait pour lui; or, il n'a pas stipulé, il a promis; il n'est pas créancier, il est débiteur.

Nous avons considéré la promesse au point de vue du promettant. On arrive à la même conclusion si l'on tient compte de la volonté de celui à qui il a promis le fait du tiers. Le stipulant a-t-il entendu traiter avec le promettant? Non, certes, puisque le promettant ne s'est pas engagé à vendre ni à acheter; il a seulement promis que le tiers vendrait ou achèterait; donc le stipulant a voulu traiter avec le tiers; comment un contrat pourrait-il se former entre lui et le promettant, alors que les deux parties entendaient que le contrat serait formé avec le tiers? Cela est inadmissible. Sauf manifestation de volonté contraire, l'on ne peut pas induire de la promesse du fait d'un tiers une convention tout autre que celle que cette promesse implique (1).

546. Il arrive bien souvent que ceux qui se portent fort sont eux-mêmes parties dans un contrat synallagmatique, où le tiers pour lequel ils se portent fort aurait dû intervenir et où il n'intervient pas, soit pour cause d'absence, soit pour cause d'incapacité. Tel est le cas si fré-

(1) Demolombe se prononce en faveur de notre opinion avec quelque hésitation (t. XXIV, p. 206, n° 226). En sens contraire, Aubry et Rau, t. IV, p. 307, et notes 10 et 11 du § 343 *ter*, et les autorités qui y sont citées. Il faut ajouter un arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique, du 10 mars 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 309).

quent de copropriétaires, les uns majeurs, les autres mineurs. Les premiers vendent l'immeuble indivis en se portant fort pour les mineurs. Peuvent-ils demander l'exécution du contrat? l'acheteur doit-il payer? et s'il ne paye pas, les vendeurs peuvent-ils demander la résolution de la vente? Ces questions ont été résolues affirmativement par la cour de cassation, et nous n'y voyons aucun doute. Dans l'espèce, les promettants sont parties principales, disons mieux, parties uniques au contrat, les mineurs n'y figurent point; la clause de porte-fort prouve qu'ils y restent étrangers; on ne peut donc pas objecter aux promettants qu'ils s'approprient les bénéfices d'un contrat qui n'a pas été fait pour eux. La vente a, au contraire, été faite exclusivement par eux: pourquoi n'en pourraient-ils pas poursuivre l'exécution? L'acheteur objectait, devant la cour de cassation, que les vendeurs avaient vendu la chose d'autrui, au moins pour la part des mineurs, qu'il était donc exposé à être évincé; il concluait que le danger d'éviction dont il était menacé lui permettait de suspendre le paiement. Tel est, en effet, le droit commun: aux termes de l'article 1653, l'acheteur qui a juste sujet de craindre d'être troublé par une action en revendication peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble. La cour de cassation répond que l'acheteur ne peut pas se prévaloir du droit des mineurs, parce que ce droit leur est personnel et que d'ailleurs les mineurs sont en dehors du procès. Il nous semble que c'est mal répondre à l'objection. Dans le cas prévu par l'article 1653, le propriétaire dont l'acheteur a juste sujet de craindre la revendication est aussi hors du procès, ce qui n'empêche pas l'acheteur d'invoquer son droit; il peut toujours se prévaloir de ce que le vendeur n'est pas propriétaire; or, dans l'espèce, les vendeurs n'étaient certes pas propriétaires de la part qui appartenait aux mineurs dans l'immeuble vendu. L'article 1653 et la clause de porte-fort fournissaient une autre réponse qui est péremptoire. D'après l'article 1653, l'acheteur ne peut pas suspendre le paiement du prix lorsqu'il a été stipulé qu'il payerait nonobstant le trouble. Or, la

clause de porte-fort implique que l'acheteur s'oblige à payer, car il connaît le danger du trouble au moment où il achète, et il s'oblige néanmoins à payer; la garantie du porte-fort écarte le danger qui le menace, en ce sens que si le mineur ne ratifie pas et revendique, l'acheteur aura son recours contre le vendeur; ce recours, dans l'espèce, était même assuré par une hypothèque (1).

N° 3. DE LA RATIFICATION DU TIERS.

547. La promesse du fait d'un tiers est nulle parce que le promettant n'entend pas s'engager et que le tiers ne peut pas être obligé sans son consentement. Ce motif de nullité tombe quand le tiers ratifie la promesse faite en son nom; en la ratifiant il s'oblige, ce qui suffit pour valider la promesse. Il n'est pas nécessaire que le promettant se soit porté fort pour le tiers qui ratifie. On a prétendu, devant la cour de cassation, que la ratification était inopérante quand le promettant ne se porte pas fort. L'objection est plus qu'insignifiante, elle n'a pas de sens. La clause de porte-fort est étrangère au tiers, elle ne lui profite ni ne lui nuit. Si le promettant se porte fort, c'est pour le cas où le tiers ne ratifierait pas et, dans cette hypothèse, le promettant est personnellement tenu. Si le tiers ratifie, la clause de porte-fort ne produit aucun effet, elle est donc étrangère au tiers; qu'il y ait une clause pareille ou qu'il n'y en ait pas, le tiers est libre de ratifier ce qui a été promis en son nom. Il va sans dire que la cour a jugé en ce sens (2).

548. Comment la ratification doit-elle se faire? La loi garde le silence sur la ratification du tiers, car cette approbation que le tiers donne n'a rien de commun avec la ratification dont il est traité dans l'article 1338, laquelle est plutôt une confirmation et a pour objet d'effacer le vice qui rendait l'obligation nulle. La ratification qu'un tiers donne de la promesse faite en son nom est une simple déclaration de volonté, la manifestation de son consente-

(1) Rejet, 25 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 279).

(2) Rejet, 9 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 5, 514).

ment, qui reste dans les termes du droit commun. Elle n'est assujettie à aucune forme, à moins que la promesse n'ait été faite dans un contrat solennel; dans ce cas, le consentement du tiers doit être donné dans la même forme. Pour que la ratification puisse se faire, il faut naturellement que le consentement du stipulant subsiste. Un contrat doit se former, l'une des parties, celle à laquelle la promesse est faite, consent, mais elle n'est pas obligée par ce consentement; tant que le tiers n'a pas ratifié, elle peut donc le rétracter, et si elle rétracte, il ne peut plus y avoir de ratification. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans l'arrêt que nous venons de citer, et cela ne fait aucun doute.

Faut-il aussi, après que le tiers a ratifié, que sa ratification soit acceptée par celui au profit duquel la promesse a été faite? On l'a prétendu, et cela a même été jugé ainsi. La cour de cassation dit très-bien que celui qui doit profiter de la promesse l'a acceptée d'avance en recevant la promesse; il manquait, pour la valider, le consentement du tiers; dès que celui-ci ratifie, le contrat se forme, en supposant, bien entendu, que l'autre partie contractante n'ait pas retiré son consentement; elle maintient son consentement par cela seul qu'elle ne le rétracte pas (1).

549. Quel est l'effet de la ratification? Elle forme le contrat qui, dès lors, devient irrévocable. Jusque-là celui à qui la promesse est faite peut retirer son consentement; et si le promettant s'est porté fort, il peut aussi se dégager de l'obligation qu'il a contractée d'indemniser l'autre partie; mais cette rétractation ne peut se faire qu'avec le concours de volonté de celui à qui la promesse a été faite, car le promettant s'est obligé à son égard pour le cas où le tiers ne ratifierait point, et il ne peut pas s'affranchir de son obligation par sa seule volonté. Tandis que celui qui doit profiter de la promesse peut y renoncer par sa seule volonté, il n'est tenu à rien avant qu'il y ait ratification.

(1) Cassation, 27 août 1833 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 53).