


### La clause de conciliation préalable produit effet à l'égard du subrogé même s'il n'en a pas connaissance

(Civ. 3<sup>ème</sup>, 28 avr. 2011 : [👉](#)). Dans un contexte de déjudiciarisation, les modes alternatifs de règlement des conflits (« MARC ») ont évidemment le vent en poupe. Et parce qu'elle donne sa chance à la résolution amiable du litige sans trop éloigner l'intervention du juge, la conciliation préalable y occupe une place de choix. En témoigne, dans la pratique, la prolifération des clauses du même nom. L'efficacité en est très nette : en cas de litige, l'action en justice est irrecevable si elle n'a pas été précédée de la tentative de conciliation. Mais peut-on encore invoquer une clause de conciliation à l'égard d'un demandeur qui, venant aux droits du contractant, ignorait l'existence de cette clause ? C'est la question tranchée par cet arrêt. Un architecte se voit confier la reconstruction d'un immeuble dans lequel sont exploités divers commerces. Le contrat contient une clause imposant aux parties de saisir pour avis le Conseil régional de l'ordre des architectes avant tout recours juridictionnel. Il est ensuite résilié, motifs pris de retards et d'un surcoût. Puis, l'immeuble est vendu à une SCI, qui se fait subroger dans les droits et actions des vendeurs à l'égard de l'architecte. Sur quoi, ladite SCI et les commerçants de l'immeuble assignent l'architecte en responsabilité. Mais sans avoir préalablement saisi le Conseil de l'ordre ! L'architecte leur objecte donc que l'action est irrecevable. A cela, les demandeurs rétorquent que la clause de conciliation préalable n'était pas mentionnée dans l'acte de vente et qu'ils en ignoraient l'existence. Les juges d'appel balaisent l'argument, avec l'aval de la Cour de cassation : « *ayant constaté que les [demandeurs] agissaient par subrogation sur le fondement contractuel à l'encontre de l'architecte, la cour d'appel a exactement retenu que la clause de conciliation préalable figurant au contrat d'architecte leur était opposable, en dépit du fait qu'ils n'en auraient pas eu personnellement connaissance, et en a déduit à bon droit que leur action engagée, avant toute saisine du conseil de l'ordre des architectes, était irrecevable* ».

La solution était prévisible (v. déjà, pour une clause d'arbitrage : [Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 mai 1966, Bull. n° 571](#)). La subrogation est un mode de transmission des créances. Celui qui en bénéficie – le subrogé – reçoit donc les droits du créancier – le subrogeant – dans la configuration qui était la leur au seuil de la subrogation. C'est le fameux adage *Nemo plus juris* ... En termes plus illustratifs, on dit que le subrogé « *chausse les bottes* » du subrogeant (M. Cabrillac, C. Mouly et a., *Droit des sûretés*, 9<sup>ème</sup> éd. n° 274). Il en résulte que le débiteur de la créance (ici, l'architecte) peut opposer

au subrogé tous les moyens de défense qu'il aurait pu faire valoir à l'encontre du créancier originaire. Seul le créancier a changé ; *pas la créance*. Par conséquent, lorsque cette créance trouve son origine dans un contrat, il est normal que le débiteur puisse continuer à exciper des clauses qui organisent l'exercice des droits et actions des parties. La solution s'impose en tout cas lorsqu'il est assigné au titre du contrat. Et en l'espèce, la Cour relève que les demandeurs agissaient sur le fondement contractuel. C'est sous entendre qu'une autre solution aurait pu être envisageable si la responsabilité délictuelle de l'architecte avait été recherchée. De fait, on se demande bien à quel titre les commerçants pouvaient ici agir sur le terrain contractuel. Seule la SCI ayant été subrogée, c'est *a priori* sur le fondement délictuel que ces derniers devaient se placer (sur la responsabilité des contractants à l'égard des tiers, v. notre [Lettre, sept. 2010](#)). Mais le litige n'était pas là : il tenait au fait que les subrogés ignoraient l'existence de la clause. La Cour juge que cette ignorance est dépourvue d'incidence. Et ce, à juste titre. Il appartient en effet au subrogé de s'inquiéter de la physionomie exacte du droit qu'il s'apprête à recevoir. Le plus simple, pour avoir connaissance d'une éventuelle clause de conciliation, est de solliciter une copie du contrat liant le subrogeant au débiteur. Mais cette précaution n'est pas suffisante. La prudence impose également d'obtenir du subrogeant des déclarations écrites, portant sur toute circonstance de nature à affecter l'exercice du droit transmis : a-t-il connaissance d'une éventuelle cause de nullité ? a-t-il correctement exécuté ses propres obligations ? etc. On insistera, par ailleurs, sur l'incidence de l'arrêt en matière d'affacturage. Cette technique de financement des entreprises par mobilisation de créances repose en effet sur la subrogation. Bien souvent, les parties fonctionnent en compte courant, de telle manière qu'un impayé permette à l'affactureur (le subrogé) « d'annuler » l'opération d'affacturage par un simple jeu d'écriture (contrepassation). Dans ces conditions, la présence d'une clause de conciliation préalable n'est pas vraiment gênante. Si le débiteur doit être poursuivi en justice, c'est qu'il ne paie pas, donc que l'affactureur peut procéder à cette « annulation » qui le remplira de ses droits, sous réserve que le compte le permette. Mais certaines créances peuvent échapper à mécanisme, notamment à raison de leur montant. L'affactureur se charge alors lui-même du recouvrement de la créance impayée. C'est dans cette circonstance que la clause de conciliation préalable pourrait lui causer difficulté, s'il l'a ignorée. Le présent arrêt devrait donc appeler, le cas échéant, quelques aménagements

réductionnels du contrat d'affacturage, destinés à anticiper cette difficulté. De même d'ailleurs que pour la principale concurrente de la subrogation en matière de mobilisation de créances, à savoir la cession « Dailly » (art. L. 313-23 s., C. mon. fin.). Car la solution posée par l'arrêt vaut probablement aussi en cette matière.

**Lettre d'intention : ingrédients et conséquences d'une obligation de résultat (Com., 17 mai 2011 : ).** Sûreté personnelle courante dans les groupes de sociétés, la lettre d'intention ou « lettre de confort » se caractérise par ceci que le garant ne s'engage pas à payer une somme d'argent au créancier (comme dans le cautionnement ou la garantie autonome), mais à fournir un soutien au débiteur dans l'exécution de son obligation envers ce dernier (art. 2322 C. civ.). La teneur de ce soutien dépend de la façon dont la lettre est rédigée. Et de cette teneur, découlent les conséquences juridiques auxquels s'expose le garant. C'est ce qu'illustre cet arrêt.

Pour permettre à sa filiale d'obtenir un concours bancaire de 200 000 €, une société mère souscrit une lettre d'intention à destination de la banque prêteuse. La filiale défaillante, la garante est assignée par la banque en paiement de la somme de 200 000 € à titre de dommages-intérêts. Pour résister à l'action, elle fait valoir qu'une telle condamnation aurait supposé un engagement de payer, qui fait en l'occurrence défaut puisque la lettre l'oblige seulement à apporter son soutien. Les juges d'appel ne le suivent pas et prononcent la condamnation sollicitée. La Cour les en approuve, dans les termes suivants : « *ayant relevé que le contrat de prêt de 200 000 euros prévoit, à titre de garantie, une lettre de confort ferme d'un montant de 200 000 euros, l'arrêt retient que si la société [garante] n'a pas entendu souscrire un cautionnement, elle a contracté une obligation de faire, en s'engageant à faire en sorte que la situation financière de sa filiale lui permette de remplir ses engagements à tout moment vis-à-vis de la banque, et ce d'autant qu'elle s'engage à mettre à disposition de sa filiale les fonds pour faire face à son emprunt et à veiller à ce qu'ils soient utilisés à cette fin ; (...) la cour d'appel a exactement déduit des termes de cette lettre que l'obligation de faire ainsi souscrite par cette société s'analyse en une obligation de résultat* ».

L'arrêt est intéressant à deux titres. D'une part, il contient des indications particulièrement fiables (compte tenu de l'approbation donnée par la Cour) à l'usage des rédacteurs de lettres d'intention, dans un domaine où l'hésitation est souvent permise. D'autre part, il renseigne sur l'efficacité de

la garantie résultant d'une obligation de résultat. On sait que les lettres d'intention sont des garanties *indemnitaires*, qui reposent sur le mécanisme de la responsabilité civile. En d'autres termes, lorsque le garant n'a pas fourni le soutien promis, le créancier peut lui réclamer des *dommages-intérêts* en réparation du *préjudice* que cette inexécution lui a causé. Le régime probatoire de cette action dépend de la nature de l'obligation découlant de la lettre. S'il s'agit d'une obligation de moyens, le créancier devra prouver une faute du garant. En présence d'une obligation de résultat, il sera dispensé de rapporter cette preuve, à charge pour le garant de se défendre en invoquant une cause d'exonération (force majeure, faute du créancier, etc.). Cependant, même dans ce cas, encore faut-il que le préjudice invoqué soit en relation de causalité avec l'inexécution reprochée au garant (L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés*, 4<sup>ème</sup> éd., n° 361). Ainsi la lettre d'intention se distingue-t-elle du cautionnement, qui, lui, engendre une *obligation de payer* pure et simple et échappe donc à toute discussion relative à la faute, à la causalité ou au préjudice. C'est précisément sur cette distinction que le garant attirait ici les juges de cassation, en soutenant avoir été condamné à payer la dette du débiteur, comme s'il avait été caution, alors qu'il ne l'était pas. D'une certaine façon, donc, il reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas raisonné sur le terrain de la responsabilité civile, mais sur celui du cautionnement. Au fond, l'argument était discutable. D'abord, la condamnation a été prononcée en dommages-intérêts. Ensuite, dès lors que le garant s'était engagé à mettre les fonds nécessaires à la disposition de sa filiale, le lien de causalité avec la défaillance de cette dernière était assez évident. Mais, à lire la motivation de la Cour, on a le sentiment que le rejet du pourvoi repose essentiellement sur le fait que la lettre renfermait une obligation de résultat. En d'autres termes, la présence d'une telle obligation justifierait, à elle seule, que le garant doive supporter l'impayé. La lettre d'intention génératrice d'une obligation de résultat se rapprocherait alors considérablement du cautionnement. De fait, cette tendance « assimilatrice » a déjà été observée en jurisprudence (P. Simler, *JCP éd. E.* 2002, 1424, n° 13). Elle doit certes être relativisée, car les deux mécanismes restent distincts sur le plan théorique (v. L. Aynès, *D* 2002, som. p. 3331). Mais elle livre un reflet assez fidèle du risque couru par le signataire d'une telle lettre. Croire que celle-ci engage moins qu'un cautionnement est bien souvent une erreur.