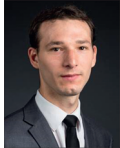


# 10 La détermination et le plafonnement du montant des autorisations des cautions, avals et garanties dans la société anonyme



François SAUVAGEOT,  
avocat à la cour

En présence d'une garantie dont le montant ne peut être précisément déterminé, la question se pose de savoir si le conseil d'administration (ou de surveillance) qui octroie l'autorisation peut ou non se référer au montant de l'engagement sous-jacent garanti. Dans le même cas, se pose également la question de l'incidence d'un éventuel déplafonnement de la garantie et/ou d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité stipulée dans la garantie ou l'engagement sous-jacent garanti, sur la validité et l'opposabilité à la société de l'autorisation accordée et de la garantie préalablement autorisée et la nécessité d'autoriser à nouveau la garantie d'une obligation sous-jacente déplafonnée. Le présent article se propose d'esquisser des pistes de réflexions et de réponse à ces questions.

## Introduction

1 - Aux termes de l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce, « Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil, **qui en limite le montant**, dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État. »

Le même article ajoute cependant une exception en prévoyant que : « Le conseil peut toutefois donner cette autorisation globalement et annuellement sans limite de montant pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du présent code. »

Il résulte de l'article L. 225-28, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce que « Le conseil d'administration peut, **dans la limite d'un montant total qu'il fixe**, autoriser le directeur général à donner des cautions, avals ou garanties au nom de la société. Cette autorisation peut également fixer, par engagement, **un montant au-delà duquel la caution, l'aval ou la garantie de la société ne peut être donné**. Lorsqu'un engagement dépasse l'un ou l'autre des montants ainsi fixés, l'autorisation du conseil d'administration est requise dans chaque cas. »

En présence d'une garantie dont le montant ne peut être précisément déterminé, la possibilité de se référer ou non au montant de l'engagement sous-jacent objet de la garantie dépend avant tout des termes de celui-ci ainsi que de la nature de la garantie et par conséquent de son régime juridique (1).

Dans le même cas, se pose également la question de l'incidence d'un éventuel déplafonnement de la garantie et/ou d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité stipulée dans la garantie ou l'engagement sous-jacent garanti, sur la validité et l'opposabilité à la société de l'autorisation accordée et de la garantie préalablement autorisée et la nécessité d'autoriser à nouveau la garantie par hypothèse déplafonnée d'une obligation sous-jacente également déplafonnée.

Il existe trois cas dans lesquels la jurisprudence écarte le plafond de responsabilité stipulé dans la garantie et/ou dans l'engagement sous-jacent objet de la garantie et répute non écrite la clause limitative ou exonératoire de responsabilité :

- le dol ou la faute lourde du débiteur confinant au dol ;
- le manquement du débiteur à une obligation essentielle ;
- le préjudice corporel.

Dans ces trois hypothèses, la jurisprudence répute non écrites les clauses limitatives ou élusives de responsabilité. Toutefois, à notre avis, cela ne devrait pas nécessairement avoir pour effet d'invalider la garantie octroyée qui était bien déterminée au moment où elle a été autorisée par le conseil (2).

## 1. La détermination du montant de la garantie par référence au montant de l'engagement sous-jacent garanti et/ou à la clause limitative de responsabilité stipulée dans celui-ci

2 - En présence d'un engagement garanti dont le montant ne peut être précisément déterminé, la possibilité de se référer ou non à son montant et/ou à une clause limitative de responsabilité qui y serait stipulée dépend avant tout des termes de l'engagement garanti et de la nature de la garantie et par conséquent de son régime juridique.

C'est la raison pour laquelle il convient ensuite de distinguer selon le type de garantie et de s'en référer au régime de chacune.

### A. - En présence d'une sûreté indépendante (garantie autonome et délégation imparfaite certaine)

#### 1° En présence d'une garantie autonome

3 - En présence d'une garantie autonome (ou garantie à première demande aussi appelée garantie indépendante en raison de l'opposabilité des exceptions qui la caractérise), celle-ci semble *a priori* devoir être nécessairement chiffrée, car à défaut l'on se trouverait en réalité soit en présence d'une lettre d'intention s'il s'agit de promettre l'exécution et/ou d'indemniser l'inexécution d'une obligation de faire (parfois appelée « garantie de performance »), qu'elle soit de moyens ou de résultat, et qu'en cas d'inexécution, le garant s'engage à indemniser le créancier de l'entier préjudice en résultant pour celui-ci ; soit d'un cautionnement si la garantie se réfère à l'obligation sous-jacente pour déterminer sa durée et/ou son montant.

En revanche et en tout état de cause, il ne semble pas possible de se référer au montant de l'obligation principale ni à une éventuelle

clause limitative de responsabilité qui serait éventuellement stipulée dans le contrat sous-jacent garanti, sous peine de requalification de la garantie autonome en cautionnement. En effet, la garantie autonome est indépendante de l'obligation garantie et ce en raison de l'inopposabilité des exceptions posée par l'article 2321 du Code civil.<sup>1</sup>

**2° En présence d'une délégation imparfaite (non novatoire) certaine (précisément déterminée dans son montant indépendamment de l'engagement préexistant garanti du délégant envers le délégataire et, le cas échéant, indépendamment de celui du délégué envers le délégant)**

4 - Le délégué peut s'engager à exécuter une prestation déterminée par les seuls termes de son engagement : payer telle somme d'argent, dans telles et telles conditions. La délégation, en plus d'être imparfaite (c'est-à-dire non novatoire) est alors dite « certaine ».

La délégation certaine est donc celle qui est caractérisée par un engagement nouveau du délégué, ayant un objet déterminé et indépendant des obligations préexistantes.

Dans ce cas, le principe est celui de l'inopposabilité des exceptions<sup>2</sup>, tant celles qu'aurait pu opposer le délégué au délégant que celles que ce dernier pourrait opposer au délégataire, le tout sauf clause contraire.

Du fait de cette inopposabilité des exceptions tirées des rapports fondamentaux (engagements préexistants), une clause limitative de responsabilité stipulée dans l'engagement préexistant garanti serait sans incidence et n'aurait pas pour conséquence de limiter l'engagement du délégué, qui prend un engagement nouveau et indépendant envers le délégataire.

De ce fait, toute référence à une éventuelle clause limitative de responsabilité insérée dans l'obligation garantie par la délégation est donc exclue dans cette hypothèse<sup>3</sup>.

**B. - En présence d'une garantie indemnitaire (lettre d'intention ou promesse de porte-fort d'exécution)**

5 - On distingue essentiellement deux types de garantie indemnitaire :

- la lettre d'intention (génératrice d'une obligation tantôt de moyens, tantôt de résultat) ;

- la promesse de porte-fort d'exécution qui consiste à promettre le fait d'un tiers et à indemniser le bénéficiaire en cas d'inexécution de l'engagement promis.

En présence d'une « garantie indemnitaire » (lettre d'intention ou promesse de porte-fort d'exécution), le souscripteur peut limiter sa responsabilité (et donc sa garantie) à un certain montant déterminé.

En l'absence de clause limitative de responsabilité expressément stipulée dans la lettre d'intention ou dans la promesse, il ne semble pas possible de se référer au montant de l'obligation sous-jacente ni à celui d'une éventuelle clause limitative de responsabilité stipulée dans l'obligation garantie, sous peine de voir la lettre d'intention ou la promesse de porte-fort d'exécution requalifier en cautionnement. Et ce d'autant plus que la lettre d'intention n'est ni

une garantie accessoire à l'obligation garantie, contrairement au cautionnement, ni une garantie autonome, contrairement à la garantie à première demande (ou garantie indépendante) mais bien une garantie indemnitaire qui a précisément pour objet de réparer le préjudice causé au tiers créancier garanti résultant de l'inexécution de l'obligation garantie.

Dès lors, la clause limitative de responsabilité éventuellement insérée dans l'obligation principale sous-jacente garantie, si elle limite la responsabilité du débiteur garanti ne devrait pas avoir d'effet ni d'incidence sur le montant du préjudice causé au créancier et ne devrait par conséquent pas pouvoir limiter le montant de l'indemnisation ni la réparation due au bénéficiaire de la lettre par le souscripteur ou à celui de la promesse par le promettant, ni la responsabilité du souscripteur de la lettre ou du promettant, tenu quant à lui de réparer l'entier préjudice résultant de l'inexécution du fait promis, sous réserve des termes de la lettre ou de la promesse et des obligations ainsi souscrites (qui peuvent être de moyens ou de résultat) et sous réserve de la stipulation d'éventuelles clauses limitatives de responsabilité stipulées dans la lettre d'intention ou la promesse.

**C. - En présence d'une sûreté personnelle accessoire (cautionnement et délégation imparfaite incertaine)**

**1° En présence d'un cautionnement**

6 - Enfin, en présence cette fois d'un cautionnement (qui est une sûreté accessoire à l'obligation garantie), la possibilité de se référer ou non au montant de l'obligation cautionnée dépend des termes mêmes du cautionnement mais aussi de l'obligation cautionnée en raison du caractère accessoire du cautionnement. C'est pourquoi il convient à nouveau dans ce cas de distinguer selon le type de cautionnement :

- en présence d'un cautionnement indéfini qui est le cautionnement pur et simple d'une obligation principale qui n'a d'autres limites que celles de l'obligation garantie<sup>4</sup>, il convient de se référer aux termes de l'obligation garantie :

- si le montant de l'obligation garantie est déterminé, c'est-à-dire précisément chiffré dans son capital et ses accessoires (en ce compris les intérêts) ou si le contrat cautionné comporte une clause limitative de responsabilité, la référence au montant de l'obligation cautionnée ou à celui de la clause limitative de responsabilité semble concevable dès lors et à condition que soit également précisé le montant des accessoires.<sup>5</sup> Il paraît toutefois préférable de rappeler ce montant dans l'autorisation dès lors que celui-ci est précisément déterminé,

- dans le cas contraire, c'est-à-dire en présence d'un cautionnement d'une obligation dont le montant est seulement déterminable mais ne peut être précisément déterminé (chiffré) dans son capital et ses accessoires (en ce compris les intérêts) au moment où la garantie est donnée et en l'absence de toute clause limitative de responsabilité dans le contrat cautionné, la doctrine semble considérer qu'il n'est pas possible de s'y référer valablement. En effet, en toute logique le montant de la garantie octroyée devant être précisément déterminé et chiffré, celui de l'obligation garantie devrait l'être également<sup>6</sup> ;

- en présence d'un cautionnement défini ou limité, le contrat de cautionnement comporte des limitations qui, outre la durée,

1. L'article 2321, alinéa 3 du Code civil dispose en effet que « *Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.* » et l'alinéa 4 ajoute que « *Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.* ».

2. *Cass. com.*, 25 févr. 1992 : *JCP G* 1992, II, 21922. – *Cass. com.*, 22 avr. 1997, n° 95-17.664 : *Bull. civ. IV*, n° 98 ; *JCP* 1988, II, 10050. – *Cass. com.*, 7 déc. 2004, n° 03-13.595 : *JurisData* n° 2004-026079 ; *Bull. civ. IV*, n° 214 ; *D.* 2005, AJ, p. 79, obs. Lienhard ; *JCP E* 2005, 639, n° 12, obs. Pétel. – *Cass. com.*, 13 juin 2006, n° 05-17.006 : *JurisData* n° 2006-034099. – *Contra* : *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 17 mars 1992, n° 90-15.707 : *JurisData* n° 1992-000651 mais concernant selon la doctrine l'hypothèse d'une délégation imparfaite incertaine, d'où une incertitude relative quant à la portée de cet arrêt.

3. Le tout sauf clause contraire des parties expressément stipulée en ce sens, mais auquel cas on se trouverait alors en présence non plus d'une délégation certaine mais d'une délégation incertaine, pour laquelle *V. infra*.

4. L'article 2293 du Code civil prévoit en effet que « *Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.* ».

5. *Rép. min.* n° 30373 : *JOAN* 11 déc. 1995, p. 5258, *Fréville*, qui précise que l'autorisation particulière est requise même si l'absence de précision concerne seulement les accessoires de la créance.

6. *V. en ce sens Rép. min.* n° 30373 : *JOAN* 11 déc. 1995, p. 5258, *Fréville*, étant observé que, selon le ministre de la Justice, l'autorisation particulière est requise même si l'absence de précision concerne seulement les accessoires de la créance.

peuvent avoir plusieurs objets : le montant garanti, la nature des dettes garanties ou les conditions de la garantie.<sup>7</sup>

Dans ce cas, la limitation peut concerner une dette déterminée ou un ensemble de dettes. La référence au montant de l'obligation garantie par un cautionnement défini (ou limité) semble valable puisque ce dernier a bien un montant limité, précisément chiffré et déterminé, à condition toutefois que les accessoires et intérêts soient également précisément chiffrés, et ce en vertu de la réponse ministérielle précitée.<sup>8</sup> Mais, là encore, il semble préférable de rappeler ce montant dans l'autorisation dès lors que celui-ci est précisément déterminé.

## 2° En présence d'une délégation imparfaite (non novatoire) et incertaine

7 - La délégation imparfaite incertaine peut se référer et se limiter soit à l'engagement préexistant du délégué envers le délégant, soit à l'engagement préexistant du délégant envers le délégataire, soit encore à ces deux engagements à la fois, auquel cas l'engagement nouveau du délégué est doublement limité à ce qu'il doit au délégant et à ce que ce dernier doit au délégataire.

Au titre des exceptions rattachées à la dette du délégant envers le délégataire, la portée du principe d'inopposabilité des exceptions est appréciée différemment selon la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation en l'état d'une divergence de jurisprudence sur cette question.

En effet, la 1<sup>re</sup> chambre civile décide que, « sauf convention contraire, le délégué est seulement obligé au paiement de la dette du délégant, et qu'il se trouve déchargé de son obligation lorsque la créance de ce dernier est atteinte par la prescription. »<sup>9</sup>.

Cette formule revient à exclure l'inopposabilité de principe des exceptions puisque le délégué peut invoquer l'inexistence de la dette du délégant, en raison de son extinction par le jeu de la prescription.

En revanche, pour la chambre commerciale, « En cas de délégation de paiement imparfaite, le délégué ne peut, sauf clause contraire, opposer au délégataire les exceptions dont le délégant pouvait se prévaloir à l'égard de celui-ci. »<sup>10</sup>.

Postérieurement, sans faire allusion à la possibilité d'une convention contraire, dans un arrêt du 7 décembre 2004, la chambre commerciale a jugé que l'engagement du délégué était une obligation personnelle indépendante de la dette du délégant, de sorte que l'extinction de cette dernière pour défaut de déclaration au passif de sa liquidation judiciaire laissait subsister l'obligation distincte du délégué envers le délégataire.<sup>11</sup> En d'autres termes, le délégué ne peut opposer au délégataire l'exception tirée de l'extinction de sa créance primitive sur le délégant pour se soustraire à l'exécution de son engagement nouveau.

Si pour les deux chambres de la Cour de cassation, les parties demeurent libres d'adopter le régime qu'elles souhaitent, faisant application du principe de liberté contractuelle, elles posent néanmoins ce faisant chacune une règle supplétive en sens contraire.

Il en résulte qu'il serait dès lors possible pour le délégué, sous réserve d'une stipulation expresse pour les deux chambres, et dans tous les cas et à défaut de stipulation en ce sens pour la 1<sup>re</sup> chambre civile, de se référer à l'engagement préexistant du délégant envers

le délégataire et par conséquent de limiter à celui-ci le montant de son propre engagement, sous réserve et à condition qu'il soit déterminé en principal et en accessoires (intérêts compris) et non seulement déterminable.

Ainsi, si le délégué ne s'oblige envers le délégataire que dans la mesure et la limite de ce que lui doit le délégant, cela signifie qu'il peut opposer au délégataire les exceptions relatives au rapport de ce dernier avec le délégant (et donc notamment le montant de son engagement et/ou une clause limitative de responsabilité stipulée dans celui-ci), auquel cas la référence à l'engagement du délégant envers le délégataire (et/ou à la clause limitative de responsabilité) pourrait être valable dès lors qu'il est déterminé en son principal et ses accessoires.

De même et réciproquement, si le délégué ne s'oblige envers le délégataire que dans la mesure de ses propres obligations envers le délégant, cela signifie qu'il peut opposer au délégataire les exceptions relatives à ses rapports avec le délégant (et donc notamment le montant de son engagement et/ou une clause limitative de responsabilité stipulée dans celui-ci), auquel cas la référence à son propre engagement envers le délégant pourrait être valable dès lors qu'il est déterminé en son principal et ses accessoires.

Enfin, l'obligation nouvelle du délégué peut être affectée de ces deux limites à la fois : le délégué peut ne s'obliger qu'à concurrence de ce qu'il doit au délégant et de ce que celui-ci doit au délégataire ou, dit autrement, il ne s'oblige, ni au-delà de ce qu'il doit au délégant, ni au-delà de ce que ce dernier doit au délégataire. Dans ce cas, le délégué pourra opposer au délégataire à la fois les exceptions qu'il tire de ses rapports avec le délégant et celles issues des rapports de ce dernier avec le délégataire, auquel cas cette double référence ou cette double limite pourrait être valable dès lors que chacun des deux engagements (et/ou des clauses limitatives de responsabilité y insérées) sont déterminés en principal et en accessoires.

## 2. L'incidence du déplafonnement de la clause limitative (ou exonératoire) de responsabilité stipulée dans la garantie ou l'engagement sous-jacent sur la validité de l'autorisation octroyée

8 - À titre liminaire, il convient de relever que cette question peut concerner deux hypothèses distinctes pouvant éventuellement se cumuler et qu'une clause limitative de responsabilité peut figurer, (cumulativement ou non) dans deux types d'engagements distincts, le cas échéant concomitamment :

- dans la garantie elle-même ;
- dans l'obligation garantie.

En pratique, ces deux cas de figure peuvent éventuellement se cumuler.

### A. - S'agissant d'une clause limitative de responsabilité stipulée dans la garantie

9 - À titre liminaire, il convient d'observer que la question de l'incidence de l'éventuel déplafonnement de la garantie sur le montant de la garantie octroyée (par rapport au montant du plafond global et/ou particulier de l'autorisation) et sur la validité de l'autorisation octroyée ne peut *a priori* se poser qu'en présence d'une garantie indemnitaire, c'est-à-dire essentiellement d'une lettre d'intention ou d'une promesse de porte-fort d'exécution puisque dans les autres cas, la garantie étant soit autonome (hypothèse d'une garantie autonome ou d'une promesse de porte fort d'exécution), une clause limitative de responsabilité serait inutile puisque sans incidence sur le montant de la garantie (celle-ci étant indépendante et donc par hypothèse déjà déterminée ou à tout le moins

7. L'article 2290 du Code civil dispose en effet que le cautionnement « peut être contracté pour une partie de la dette seulement, ou sous des conditions moins onéreuses. ».

8. V. Rép. min. n° 30373 : JOAN 11 déc. 1995, p. 5258, Fréville, étant observé que, selon le ministre de la Justice, l'autorisation particulière est requise même si l'absence de précision concerne seulement les accessoires de la créance.

9. Cass, 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 1992, n° 90-15.707 : JurisData n° 1992-000651

10. Cass. com., 25 févr. 1992, n° 90-12.863 : JurisData n° 1992-002711

11. Cass. com., 7 déc. 2004, n° 03-13.595 : JurisData n° 2004-026079

. – Dans le même sens : Cass. com., 13 juin 2006, n° 05-17.006 : JurisData n° 2006-034099.

limitée dans son montant) ; soit accessoire (hypothèse de cautionnement et de la délégation imparfaite incertaine), auquel cas :

- la garantie étant accessoire, elle suit en principe le sort de l'obligation garantie (et donc celui de la clause limitative de responsabilité éventuellement stipulée) ;
- mais le garant (le plus souvent la caution) peut valablement limiter le montant et l'étendue de sa garantie, auquel cas c'est le montant ou l'étendue de la garantie qui peut être valablement limité dans son montant et non la responsabilité du garant qui n'est pas l'objet d'une garantie accessoire à l'engagement sous-jacent garanti.

## B. - S'agissant d'une clause limitative de responsabilité stipulée dans l'engagement sous-jacent garanti

10 - S'agissant d'une clause limitative (ou éventuellement exonératoire) de responsabilité stipulée dans l'engagement sous-jacent garanti, la question de l'incidence de son éventuel déplaçonnement sur le montant de la garantie octroyée (par rapport au montant du plafond global et/ou particulier de l'autorisation) ne se pose qu'en présence d'une sûreté accessoire qui serait seulement déterminable (essentiellement un cautionnement indéfini) et ne concerne donc *a priori* pas les sûretés indépendantes ni les garanties indemnitaires, ces dernières n'étant en principe pas limitées à l'obligation qu'il s'agit de garantir ou dont il s'agit d'indemniser l'inexécution.

### 1° Les hypothèses de déplaçonnement

11 - Qu'il s'agisse de la garantie elle-même ou de l'obligation garantie, la question de l'incidence du déplaçonnement vise principalement trois hypothèses dans lesquelles le plafond de responsabilité stipulé dans la garantie et/ou dans l'engagement sous-jacent garanti pourrait être exclu par un juge :

- le dol ou la faute lourde confinant au dol du débiteur de l'obligation inexécutée<sup>12</sup> : le débiteur garanti ne pourrait dans une telle hypothèse arguer de sa propre faute lourde ou de son dol pour limiter sa responsabilité, ni plus encore et *a fortiori*, pour contester la validité de la garantie octroyée et préalablement autorisée par le conseil pour un montant moindre ;
- le manquement du débiteur à une obligation essentielle<sup>13</sup> : la clause limitative de responsabilité ne doit pas avoir pour effet de vider de substance ni de contredire la portée d'une obligation essentielle du contrat. Il en est notamment ainsi, selon la jurisprudence, lorsque le plafond d'indemnisation a pour effet de rendre l'indemnisation dérisoire. En l'état actuel de la jurisprudence, le déplaçonnement est donc conditionné, entre autres, au caractère dérisoire du plafond ;
- le préjudice corporel : la personne étant hors du commerce, de nombreux auteurs<sup>14</sup> en ont déduit que les clauses limitatives ou élusives de responsabilité contractuelle sont nulles et réputées non

écrites en cas de dommage corporel, c'est-à-dire en cas d'atteinte à l'intégrité physique de la personne. Toutefois, la jurisprudence n'est pas totalement fixée sur ce point.<sup>15</sup> Il s'agirait donc d'une analyse au cas par cas.

### 2° Éléments de résolution du problème

12 - La doctrine et la jurisprudence ne permettent pas, en l'état actuel du droit positif, de répondre avec certitude à la question de savoir si la garantie octroyée est et demeure (ou non) valable en présence d'une telle clause limitative de responsabilité, y compris dans l'hypothèse d'un éventuel plafonnement de la responsabilité, mais plusieurs arguments pourraient aller en ce sens, c'est-à-dire en faveur d'une validité de la garantie dans l'hypothèse d'un éventuel déplaçonnement de la clause de garantie ou de responsabilité postérieurement à l'octroi de la garantie.

Selon une première interprétation possible, la plus extensive et la plus permissive, la garantie serait valable en toute hypothèse, quel que soit le sort ultérieur éventuel de la clause limitative de responsabilité et quand bien même celle-ci serait écartée.

Plusieurs arguments peuvent être avancés en ce sens, au soutien d'une interprétation en faveur de la validité de la garantie en toute hypothèse.

S'agissant en effet de l'existence de l'autorisation et de son caractère préalable, elle existe valablement au moment où la garantie est octroyée dès lors qu'elle est bien antérieure et préalable à celle-ci, voire à la conclusion de l'engagement garanti, indépendamment du sort ultérieur de la clause limitative de responsabilité insérée dans la garantie ou dans l'engagement sous-jacent et peu important celui-ci.

S'agissant ensuite de la détermination du montant de la garantie, le montant de la clause et donc de la garantie est bien déterminé au moment où la garantie est octroyée, quand bien même ladite clause limitative serait par la suite écartée par le juge et peu important cette mise à l'écart ultérieure de la clause. Celle-ci importe en effet peu dès lors que le montant de la clause (et donc, indirectement et par référence, celui de la garantie) était bien déterminé au moment de l'octroi de la garantie.

Ainsi, si une telle hypothèse se présentait, elle n'invaliderait pas nécessairement, à notre avis, la garantie octroyée et n'aurait pas nécessairement pour effet de la rendre inopposable à la société. Il ne s'agirait pas, en effet, d'une garantie d'un montant initialement indéterminé, pour lequel une autorisation du conseil d'administration est spécialement requise<sup>16</sup> puisque la garantie (ou l'obligation garantie) prévoyait *ab initio* expressément un plafond d'un montant déterminé. Le montant est donc bien déterminé au moment où la garantie est accordée. Il devrait en résulter que la garantie n'est pas nécessairement inopposable et que dès lors elle demeure opposable à la société.

Autrement dit, la garantie serait valable en toute hypothèse, quand bien même, la clause limitative à laquelle elle se réfère serait écartée.

Selon une deuxième interprétation, plus équilibrée et sans doute plus pragmatique, que nous qualifierons d'intermédiaire, le plafond d'indemnisation ne serait pas nécessairement invalide ni la garantie inopposable *a priori*, ils ne le seraient *a posteriori* que dans certaines circonstances particulières et dans certains cas précis

12. Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005 : Bull. civ. ch. mixte, n° 3 et 4, jurisprudence consacrée à l'article 1231-3 du Code civil, lequel dispose que « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. ».

13. Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17.407 : JurisData n° 2007-037369 ; Bull. civ. IV, n° 43 (« Faurecia I »). – Et Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 : JurisData n° 2010-010628 ; Bull. civ. IV, n° 115 (« Faurecia II »), solution reprise et codifiée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (« portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ») à l'article 1170 du Code civil : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. ».

14. V. not. en ce sens M. Périer, JCl. Lexis Nexis fasc Resp n° 202-1-1 qui cite notamment : Mazeaud et Chabas, *Traité de la responsabilité civile*, t. III, 2<sup>e</sup> vol. : 6<sup>e</sup> éd., n° 2575. – Adde : H. Mazeaud : note JCP G 1973, II, 17339. – CA Paris, 25 mars 1954 : D. 1954, jurispr. p. 295 ; JCP G 1954, II, 8094 et note Rodière. – T. civ. Seine, 15 avr. 1958 : D. 1958, jurispr. p. 572, 2<sup>e</sup> esp. et note Bredin ; JCP G 1958, II, 10649. – Adde : B. Starck, *Observations sur le régime des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité* : D. 1974, chron. p. 157. – Comp. L. Jossierand, *La personne humaine dans le domaine juridique* : DH

1932, chron. p. 1 s. – D. Mazeaud, *Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons* : D. 2008, p. 1776.

15. On relève en effet un arrêt contraire de la première chambre civile de la Cour de cassation qui admet dans son principe la validité d'une clause d'irresponsabilité au profit des organisateurs d'une régata, pour les dommages corporels causés aux concurrents tant à terre qu'en mer mais casse l'arrêt d'appel, au visa de l'article 1150 du Code civil, pour ne pas avoir recherché ou déduit des circonstances de fait de l'accident, l'existence d'une faute lourde à la charge de la société de régates (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 nov. 1983 : Bull. civ. I, n° 261 ; Gaz. Pal. 1984, I, p. 384, note Tarabeux).

16. En vertu de la réponse ministérielle à QE n° 30373 : JOAN 11 déc. 1995, p. 5258.

limitativement énoncés par la jurisprudence. En effet, le plafond de responsabilité est seulement écarté, au cas par cas, dans certaines hypothèses et dans certaines circonstances particulières définies par la jurisprudence, en considération du comportement du débiteur de l'obligation, de sa faute (lourde ou dolosive), de l'obligation souscrite (essentielle ou non), du montant de l'indemnisation prévu au regard du montant du préjudice subi et enfin du type de préjudice subi par la victime (corporel ou non). C'est la raison pour laquelle le fait que le plafond de responsabilité puisse être écarté dans tel ou tel cas ou dans telle ou telle hypothèse particulière n'aurait pas nécessairement pour effet de le rendre nul ni de le priver d'effet dans toutes les autres hypothèses. Dès lors, la stipulation d'un tel plafond par une clause limitative de responsabilité ne rendrait pas la garantie inopposable à la société en toutes circonstances, mais dans le pire des cas, seulement dans ces hypothèses particulières et dans les cas énumérés ci-dessus. Dans toutes les autres hypothèses, le plafond demeure parfaitement valable et par conséquent la garantie devrait dès lors logiquement demeurer opposable à la société. Il s'agirait donc d'une appréciation *a posteriori* de la validité de la clause, de donc de la garantie et de l'autorisation octroyées.

Ainsi, selon cette seconde interprétation, le montant de la clause limitative de responsabilité ne serait déplaçonné et la garantie inopposable que dans les trois hypothèses précédemment énumérées, autrement dit seulement en cas de survenance et de réalisation ou de concrétisation de l'évènement en question mais non en présence d'un simple risque ou de la possibilité qu'il survienne, car un tel évènement (à l'origine du déplaçonnement) est en réalité toujours possible selon l'interprétation de la clause retenue par le juge et en tout cas difficilement prévisible.

En revanche, il n'est pas exclu qu'un juge considère qu'une garantie de performance, assimilable à une lettre d'intention (génératrice d'une obligation de résultat) ou éventuellement à une promesse de porte-fort, dont on sait qu'elle pourrait donner lieu à une indemnisation au-delà du plafond autorisé (la satisfaction de cette performance ne pouvant être limitée, en pratique, par le montant financier du plafond de la garantie), doive faire l'objet d'une autorisation spécifique du conseil du fait du caractère indéterminé du montant. Une autorisation spécifique du conseil pourrait, alors, préciser que la société peut donner cette garantie y compris dans des circonstances dans lesquelles le montant garanti pourrait être supérieur au montant prévu à la garantie.

Toutefois, une telle analyse constituerait, à notre avis, une interprétation large et particulièrement extensive de l'article R. 225-28 du Code de commerce et ce d'autant plus que le plafond d'indemnisation ou le montant stipulé a précisément pour objet et pour fonction de limiter le montant de la garantie et donc de la réparation. Prétendre le contraire reviendrait à dénaturer la convention et plus encore à ne pas tenir compte et faire peu de cas de l'intention et des prévisions légitimes des parties.

Enfin, il convient de rappeler qu'en matière contractuelle, le montant de la réparation est en principe limité au montant prévisible du dommage. Le nouvel article 1231-3 du Code civil<sup>17</sup> dispose en effet que « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.* ».

Cette limite est écartée en cas de dol ou de faute lourde ainsi qu'en matière de préjudice corporel et enfin lorsque la clause limitative de responsabilité a pour effet de vider de substance et de contredire la portée d'une obligation essentielle du contrat, notamment, lorsque le plafond d'indemnisation a pour effet de rendre l'indemnisation dérisoire, mais il n'en demeure pas moins que la

réparation du dommage prévisible demeure le principe et sa limitation l'exception.

Autrement dit, la limitation de la responsabilité contractuelle étant valable en principe, et les trois cas dans lesquels la clause limitative est écartée constituant l'exception, la garantie ne devrait pouvoir être déclarée caduque et donc inopposable pour l'avenir que dans ces trois hypothèses seulement.

Encore conviendrait-il ici de distinguer selon la période couverte par l'autorisation et la garantie et de préciser les effets dans le temps de ce déplaçonnement sur l'autorisation initiale. En effet, si une telle hypothèse de déplaçonnement de la garantie survenait, elle n'aurait à notre avis pour effet que de rendre caduque l'autorisation pour l'avenir mais ne devrait pas selon nous remettre en cause la validité de l'autorisation et de la garantie pour le montant initialement autorisé et la période couverte antérieurement à son déplaçonnement. Autrement dit, l'autorisation ne serait pas nulle (i.e. annulée rétroactivement) mais seulement caduque pour l'avenir. L'autorisation devrait alors être renouvelée pour l'avenir et la garantie accordée être à nouveau autorisée pour le montant déplaçonné ou indéterminé mais l'autorisation accordée demeurerait selon nous valable pour le montant et la période autorisés initialement.

Il en résulterait que l'autorisation initiale ne serait pas nulle mais seulement caduque et que le déplaçonnement de la garantie n'aurait pas pour effet la nullité de l'autorisation initialement accordée mais seulement sa caducité pour l'avenir.

Enfin, selon une troisième et dernière interprétation, la plus restrictive et la plus prudente, la clause limitative de responsabilité pouvant ou risquant toujours d'être écartée par le juge (selon l'interprétation qu'il en retient), il conviendrait dans ce cas, par prudence et par précaution, de recueillir systématiquement une autorisation spéciale du conseil d'administration, afin de prévenir tout risque d'un éventuel déplaçonnement. À défaut, la clause risquant toujours en théorie de pouvoir être écartée par le juge selon l'interprétation qu'il en retient, il ne serait pas possible de déterminer avec certitude le montant de l'engagement garanti ni par conséquent celui de la garantie, ce qui nécessiterait alors d'obtenir une autorisation spéciale du conseil d'administration.

Mais une telle interprétation est sans doute trop restrictive en ce qu'elle a pour effet d'ériger l'exception (la mise à l'écart de la clause et le déplaçonnement de la responsabilité) en principe et que ces exceptions, consacrées par la jurisprudence, sont assez théoriques et plutôt rares en pratique. En outre, une interprétation aussi restrictive ne semble pas nécessaire et même inutile dans la mesure où, en pratique, la garantie pourrait toujours éventuellement et en tout état de cause être déclarée inopposable à la société garante dans le cas où la clause limitative de responsabilité serait effectivement abusive et de ce fait écartée par le juge (si par hypothèse sa nullité partielle devait avoir pour conséquence de rendre le montant de la garantie indéterminée et que la jurisprudence en déduisait son inopposabilité à la société, ce qui n'est pas non plus absolument certain en l'état actuel de la jurisprudence et en l'absence de décision plus précise sur ce point).

Néanmoins, la jurisprudence actuelle paraissant adopter une lecture particulièrement extensive du champ d'application de l'article L. 225-35 et retenir une interprétation tout aussi extensive de ce texte, la plus grande prudence s'impose et il pourrait être recommandé d'autoriser la garantie même dans ce cas, c'est-à-dire dans toutes les hypothèses où pourrait être stipulée une clause limitative de responsabilité, et ce d'autant plus qu'un risque de mise à l'écart de cette clause et d'un éventuel déplaçonnement de la garantie ne semble pas pouvoir être absolument écarté *a priori*.

Nous pensons toutefois que la seconde interprétation (intermédiaire) serait plus pragmatique et plus adaptée à la pratique, et correspondrait sans doute mieux à la réalité d'un tel risque. ■

17. Issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ».

**Mots-Clés :** Société anonyme - Montant des autorisations - Cautions, avals et garanties - Plafonnement