



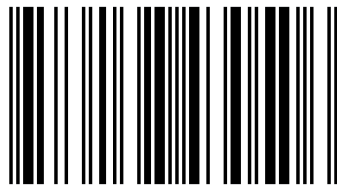
François Sauvageot

La procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties

La présente étude a pour objet d'exposer le régime et la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties dans la société anonyme ainsi que les perspectives d'évolution de celui-ci. Seront successivement évoqués les dérogations au monopole bancaire (1), la loi applicable à la procédure d'autorisation (2), l'exposé du champ d'application de l'autorisation requise au titre de l'article L 225-35 du Code de commerce (3), les garanties soumises à autorisation et leur qualification (4), les modalités d'octroi de l'autorisation (5) puis la procédure et les conditions d'octroi de l'autorisation du conseil (6) et enfin les sanctions applicables à défaut d'autorisation (7). En outre, sera évoquée la question de la possibilité de déterminer le montant de la garantie par référence au montant de l'engagement sous-jacent garanti, au plafond de garantie et/ou à la clause limitative de responsabilité éventuellement stipulée dans celui-ci (8). Enfin, il sera rappelé les cas dans lesquels une clause limitative ou évasive de responsabilité est susceptible d'être écartée et l'éventuelle incidence de sa mise à l'écart sur la validité de l'autorisation octroyée (9).



Diplômé du master DJCE et doctorant en droit à l'Université de Cergy Pontoise, par ailleurs certifié en droit des sociétés et Avocat au Barreau de Paris, François Sauvageot exerce actuellement en tant que collaborateur au sein du cabinet parisien Villey Girard Grolleaud où il pratique au quotidien le droit des affaires et le droit des sociétés.



978-613-8-43050-6

François Sauvageot

La procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties

François Sauvageot

**La procédure d'autorisation des
cautions, avals et garanties**

Éditions universitaires européennes

Imprint

Any brand names and product names mentioned in this book are subject to trademark, brand or patent protection and are trademarks or registered trademarks of their respective holders. The use of brand names, product names, common names, trade names, product descriptions etc. even without a particular marking in this work is in no way to be construed to mean that such names may be regarded as unrestricted in respect of trademark and brand protection legislation and could thus be used by anyone.

Cover image: www.ingimage.com

Publisher:

Éditions universitaires européennes

is a trademark of

International Book Market Service Ltd., member of OmniScriptum Publishing Group

17 Meldrum Street, Beau Bassin 71504, Mauritius

Printed at: see last page

ISBN: 978-613-8-43050-6

Copyright © François Sauvageot

Copyright © 2018 International Book Market Service Ltd., member of
OmniScriptum Publishing Group

All rights reserved. Beau Bassin 2018

**Etude – Le régime et la procédure d'autorisation des cautions,
avals et garanties dans la société anonyme**

SOMMAIRE

I. Résumé – Présentation des thèmes abordés par l'étude	5
A) Le droit positif actuel	5
B) Le droit prospectif	7
II. Présentation du régime et de la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties par le conseil d'administration	8
1. L'absence d'atteinte au monopole bancaire et l'existence d'une dérogation à l'interdiction d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel en agissant à titre onéreux en faveur de toute entreprise qui procède à une opération de trésorerie	8
2. La loi applicable à la procédure d'autorisation	9
3. Le champ d'application de l'autorisation requise au titre de l'article L 225-35 du Code de Commerce.....	9
3.1 La loi applicable à la garantie et/ou à l'obligation garantie est sans incidence	10
3.2 La nature ou l'objet de la garantie et ceux de l'obligation garantie sont indifférents	10
3.3 La nature de la sûreté importe peu.....	11
3.4 Il n'y a pas lieu non plus de distinguer selon qu'il s'agit d'un engagement pur et simple ou d'une promesse de garantie	11
3.5 Peu importent l'existence d'une contrepartie et la nature de celle-ci	12
3.6 L'existence d'un groupe, d'une filiale ou de liens capitalistiques est indifférente : il n'y a pas d'exception quels que soient les liens juridiques ou capitalistiques qui unissent le débiteur garanti à la société garante	12
3.7 La qualification juridique de la garantie importe peu.....	12
3.7.1 Les garanties autonomes (ou garanties à première demande, encore appelées garanties indépendantes)	13
3.7.2 Les lettres d'intention constitutives de véritables engagements juridiques contraignants engendrant des obligations tantôt de moyens, tantôt de résultat, selon le cas, à la charge du souscripteur.....	13
3.7.3 La promesse de porte-fort.....	14
3.7.4 La délégation simple ou imparfaite (non novatoire).....	15
3.7.5 Engagements de contre-garantie ou de substitution	16
3.7.6 L'engagement en qualité de codébiteur solidaire adjoint	17
3.7.7 Convention de ducroire	17
3.7.8 Le cas des sûretés réelles pour autrui (« cautionnement réel » ou « hypothécaire ») 17	
4. La qualification de la garantie : distinction d'une garantie (cautionnement, garantie autonome ou à première demande, lettres d'intention, promesse de porte-fort, délégation simple (imparfaite) non novatoire et incertaine, etc.) d'un simple engagement moral ou d'honneur.....	18
5. Les modalités d'octroi de la garantie et de l'autorisation du conseil	20

5.1	En droit positif actuel	20
5.2	En droit prospectif	20
6.	La procédure et les conditions d'octroi de l'autorisation du conseil	21
6.1	Destinataire de l'autorisation octroyée par le conseil	21
6.2	Montant limité de l'autorisation octroyée	22
6.3	Etendue et conformité de la garantie à l'autorisation octroyée	24
6.4	Caractère préalable de l'autorisation octroyée	25
6.4.1	La rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti avant la garantie (et donc aussi avant l'autorisation)	26
6.4.2	La rétroactivité de la garantie	29
6.4.3	La possibilité pour la garantie dûment et préalablement autorisée de couvrir des obligations déjà nées antérieurement à l'autorisation et donc à la garantie	31
	Conclusion	32
6.5	Durée limitée de l'autorisation octroyée	32
6.6	Possibilité pour le directeur général (ou le directoire, selon le cas) de consentir des délégations de pouvoirs	33
6.7	Dérogations à l'exigence d'un montant limité pour l'autorisation	33
6.8	Preuve de l'autorisation	34
7.	Les sanctions en cas d'absence d'autorisation, de dépassement du plafond ou de l'autorisation octroyée	34
7.1	L'inopposabilité de la garantie à la société	34
7.1.1	La sanction de l'absence d'autorisation du conseil	35
7.1.2	La sanction de l'irrégularité de la procédure et/ou de l'autorisation : l'inopposabilité de la nullité (résultant de l'irrégularité) de l'autorisation du conseil au créancier de bonne foi bénéficiaire de la garantie	36
7.1.3	Le dépassement des limites fixées par le conseil	36
7.1.4	Le dépassement du délai d'un an	37
7.2	La sanction du dirigeant ayant souscrit la garantie	38
7.2.1	L'éventuel engagement du dirigeant	38
7.2.2	La responsabilité du dirigeant	39
7.3	La responsabilité éventuelle de la société	42
8.	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	43
8.1	En présence d'une sûreté indépendante (garantie autonome et délégation imparfaite certaine) :	44
8.1.1	En présence d'une garantie autonome	44
8.1.2	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).....	44
8.2	En présence d'une garantie indemnitaire (lettre d'intention ou promesse de porte-fort d'exécution).....	45
8.3	En présence d'une sûreté personnelle accessoire (cautionnement et délégation imparfaite incertaine).....	46
8.3.1	En présence d'un cautionnement.....	46
8.3.2	En présence d'une délégation imparfaite (non novatoire) et incertaine.....	47
9.	L'incidence du déplaçonnement de la clause limitative (ou exonératoire) de responsabilité stipulée dans la garantie ou l'engagement sous-jacent sur la validité de l'autorisation octroyée.....	48
9.1	S'agissant d'une clause limitative de responsabilité stipulée dans la garantie.....	48
9.2	S'agissant d'une clause limitative de responsabilité stipulée dans l'engagement sous-jacent garanti.....	49
9.3	Les hypothèses de déplaçonnement.....	49
9.4	Éléments de résolution du problème.....	50

Etude – Le régime et la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties dans la société anonyme

La présente étude a pour objet d'exposer le régime et la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties dans la société anonyme ainsi que les perspectives d'évolution de celui-ci. Les évolutions et propositions de réforme en cours sont seulement signalées pour information mais ne sont néanmoins pas directement prises en compte dans l'exposé du droit positif à ce stade, compte tenu de l'état d'avancement de la proposition de réforme.

I. Résumé – Présentation des thèmes abordés par l'étude

A) Le droit positif actuel

1. Les sociétés mères peuvent octroyer des garanties à leurs filiales sans porter atteinte au monopole bancaire édicté par l'article L 511-5 du Code monétaire et financier. Il en est notamment ainsi lorsqu'une telle opération n'est pas habituelle, ou qu'elle ne présente pas un caractère onéreux. Il existe en outre une dérogation à l'interdiction fulminée par cet article. L'article L 511-7 I 3° du Code monétaire et financier prévoit en effet une dérogation en faveur de toute entreprise qui procède à une opération de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres. Les auteurs s'accordent en effet à y intégrer tous les types de crédit, en ce compris les crédits par signature.
2. L'appréciation des pouvoirs des dirigeants d'une société relève de la loi nationale de cette société (« *lex societatis* ») quelle que soit par ailleurs la loi régissant les effets de la garantie et/ou l'obligation garantie.
3. Il résulte de l'article L 225-35 du Code de commerce et de la jurisprudence que toutes les sûretés personnelles, et plus largement tous les engagements pris par la société en garantie des obligations d'un tiers, sont aujourd'hui soumis à la procédure d'autorisation requise par l'article L 225-35 du Code de commerce et doivent par conséquent faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration (ou de surveillance, selon le cas), que ceux-ci soient expressément visés par l'article L. 225-35 du Code de commerce (« *cautions, avals et garanties* »), ou non (garanties autonomes, lettres d'intention promesse de porte-fort, délégation simple ou imparfaite non novatoire, engagement de contre-garantie ou de substitution, engagement en qualité de codébiteur solidaire adjoint, convention de ducroire...), à l'exception :
 - des engagements propres de la société (solidarité, sûretés réelles garantissant l'exécution de ses propres engagements...);
 - des simples engagements d'honneur ou moraux non juridiquement contraignants.
4. Il importe donc peu de savoir si la garantie de la société mère doit être qualifiée de cautionnement plutôt que de garantie autonome ou de lettre d'intention dès lors qu'elles sont toutes soumises à l'autorisation requise au titre de l'article L 225-35 du Code de commerce. Les deux questions qui demeurent à ce stade sont donc de savoir :
 - d'une part, si l'on est en présence de la garantie par la société de l'obligation d'un tiers et non de sa propre obligation ;
 - d'autre part, si l'on est en présence d'une véritable garantie, c'est-à-dire d'un engagement juridiquement contraignant (peu important qu'il s'agisse d'une obligation contractuelle,

d'un contrat synallagmatique ou unilatéral ou encore d'un engagement unilatéral) ou d'un simple engagement moral ou d'honneur qui n'engage pas véritablement, à tout le moins juridiquement, son auteur. Le second critère de distinction pertinent au regard de cet article est donc le caractère juridiquement contraignant ou non de l'engagement souscrit vis-à-vis du tiers pour déterminer la nature (juridique ou morale) de celui-ci.

5. S'agissant des modalités d'octroi de la garantie, deux types d'autorisation sont possibles :
 - L'autorisation peut être donnée dans le cadre de l'autorisation annuelle du conseil d'administration prévue par l'article R 225-28 du Code de commerce, pour autant que le montant de l'engagement garanti puisse être précisément déterminé ou plafonné, c'est-à-dire chiffré (en principal et accessoires, en ce compris les intérêts) et qu'il ne conduise pas à un dépassement du montant total (et le cas échéant individuel) du plafond préalablement autorisé par le conseil d'administration ;
 - L'autorisation préalable peut également être ponctuelle et spécifique (« ad hoc ») lorsqu'elle est donnée pour un montant déterminé et doit l'être impérativement lorsque le montant des garanties ne peut être précisément chiffré (ce qui est notamment le cas des garanties dont le montant est seulement déterminable) ou lorsqu'un tel engagement ne comporte de précision que sur le montant en capital, hors accessoires (et donc intérêts).
6. La procédure et les conditions d'octroi de l'autorisation du conseil sont précisées par l'article R. 225-28 du Code de commerce et semblent s'appliquer que l'autorisation soit exprimée ou donnée dans le cadre du plafond (global et/ou particulier) prévu par l'article (à l'exception de l'exigence relative à la limitation du montant qui ne s'applique pas aux autorisations ad hoc) :
 - L'autorisation doit être préalable à l'octroi de la garantie et à la signature ou à la conclusion de l'engagement garanti ;
 - l'autorisation doit être donnée pour un montant limité lorsque la garantie est donnée dans le cadre de l'enveloppe globale prévue par l'article R 225-28 du Code de Commerce ;
 - une autorisation est spécialement requise lorsque le montant des obligations ne peut être précisément chiffré, de même que lorsque l'engagement ne comporte de précision que sur le montant du capital, hors accessoires (et donc intérêts) ;
 - la durée des autorisations ne peut être supérieure à un an, quelle que soit la durée des engagements cautionnés, avalisés ou garantis ;
 - la garantie ne peut être octroyée qu'au directeur général (ou au directoire selon le cas) mais celui-ci a la possibilité de déléguer les pouvoirs reçus du conseil pour accorder des garanties au nom de la société.
7. La sanction énoncée par la jurisprudence en l'absence d'autorisation du conseil est l'inopposabilité des engagements pris à la société. En outre, la jurisprudence a ajouté que le dirigeant peut voir sa responsabilité engagée en cas de faute détachable, c'est-à-dire en cas de faute intentionnelle, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice des fonctions sociales. Toutefois, en l'état actuel de la jurisprudence, le dépassement du plafond ne constitue pas une faute séparable de l'exercice de ses fonctions sociales et n'est par conséquent pas de nature à engager sa responsabilité.

Si les cautionnements, avals ou garanties ont été donnés pour un montant total supérieur à la limite globale fixée pour la période en cours, le dépassement ne peut pas être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède à lui seul l'une des limites (globale ou particulière) fixées par la décision du conseil d'administration (art. R 225-28, al. 5).

8. 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 dépend avant tout des termes de celui-ci ainsi que de la nature de la garantie et par conséquent de son régime juridique.
9. Dans le même cas, se pose également la question de l'incidence d'un éventuel dé plafonnement 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. 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 :
 - 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 évasives 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.

B) Le droit prospectif

L'article 18 de la proposition de loi n°658 de simplification, de clarification et d'actualisation du Code de commerce du 1^{er} juin 2016 dans sa version issue du texte de la commission des lois du Sénat propose de réformer la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties octroyés par le conseil d'administration et vise à faciliter **l'octroi de garanties par une société-mère à ses filiales contrôlées** au sens de l'article L 233-16 du Code de commerce, dans les groupes de sociétés, en précisant :

- 1- que l'autorisation et donc **ces garanties, peuvent être accordées globalement et annuellement sans limite de montant,**
- 2- mais aussi qu'**elles peuvent être octroyées, le cas échéant sans limite de montant, par délégation expresse du conseil d'administration** ou de surveillance habituellement compétent, **par le directeur général ou le directoire, sous réserve d'en rendre compte à la plus prochaine réunion du conseil.**

L'objectif est, notamment, de permettre aux filiales de sociétés françaises à l'étranger de répondre plus rapidement à des appels d'offres internationaux, qui exigent souvent des garanties de la part des sociétés-mères pour couvrir les obligations de leurs filiales dans le cadre de ces contrats.

Un bref rappel du champ du monopole bancaire (1) puis de la loi applicable à la procédure d'autorisation (2) précèdera l'exposé du champ d'application de l'autorisation requise au titre de l'article L 225-35 du Code de commerce (3), de la qualification de la garantie et de sa distinction d'avec de simples engagements d'honneur ou moraux (4), des modalités d'octroi de l'autorisation (5) puis l'énoncé de la procédure et des conditions d'octroi de l'autorisation du conseil (6) et enfin des sanctions applicables à défaut d'autorisation (7). En outre, sera évoquée la question de la possibilité de déterminer le montant de la garantie par la référence au montant de l'engagement sous-jacent garanti et/ou à la clause limitative de responsabilité éventuellement stipulée dans celui-ci (8). Enfin, il sera rappelé les cas dans lesquels une clause limitative ou évasive de responsabilité est susceptible d'être écartée et l'éventuelle incidence de sa mise à l'écart sur la validité de l'autorisation octroyée (9).

II. Présentation du régime et de la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties par le conseil d'administration

1. L'absence d'atteinte au monopole bancaire et l'existence d'une dérogation à l'interdiction d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel en agissant à titre onéreux en faveur de toute entreprise qui procède à une opération de trésorerie

A titre liminaire, il convient de préciser que les sociétés mères peuvent octroyer des garanties à leurs filiales sans porter atteinte au monopole bancaire édicté par l'article L 511-5 du Code monétaire et financier. A fortiori en est-il ainsi lorsqu'une telle opération n'est pas habituelle et qu'elle ne présente pas un caractère onéreux.

En effet, conformément au premier alinéa de l'article L 313-1 du Code monétaire et financier, *« constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. »*

En application des articles L. 311-1, L. 313-1 et L. 511-5 du même Code, qui dispose que *« il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel »*, les opérations de crédit sont des opérations de banque relevant du monopole des établissements de crédit et des sociétés de financement dès lors que ces opérations sont réalisées à titre onéreux et de manière habituelle.

Il en résulte logiquement qu'un tel engagement ne constitue pas une opération de crédit dès lors qu'il est consenti à titre gratuit et qu'il ne présente pas un caractère onéreux.

Ainsi, l'opération par laquelle un fournisseur délivre un cautionnement à l'un de ses clients en vue de garantir les avances qu'il lui a permis d'obtenir de sa banque, ne peut être analysée comme une opération, dès lors que cette garantie ne donnait pas lieu à la perception de commissions.¹

En outre, la loi prévoit néanmoins plusieurs exceptions au monopole bancaire, notamment celle mentionnée au 3° du I de l'article L. 511-7 du Code monétaire et financier, selon laquelle les interdictions définies à l'article L. 511-5 du même code ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse *« procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres »*.

Or, les auteurs s'accordent à intégrer dans ces opérations de trésorerie tous les types de crédit et même les crédits par signature.²

Le ministre de l'économie a également précisé que la formule *« délais et avances de paiement couvre d'une façon large les crédits commerciaux consentis par un fournisseur ou un prestataire de services ainsi qu'en sens inverse les avances octroyées par un client et destinées au préfinancement de fournitures, de travaux ou de services. Plus généralement, il résulte des travaux préparatoires que le législateur a seulement entendu exclure la réalisation à titre habituel d'opérations purement financières. Il n'apparaît pas en revanche qu'il ait voulu interdire d'une manière générale les opérations qui sont étroitement liées à l'activité commerciale de l'entreprise, même si elles ne sont pas affectées à*

¹ CA Paris, 14 avril 1999, Dalloz 2000, Somm. 456, obs Synvet ; RJDA 1999, n°981

² Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire, Litec, 2010, 8^{ème} édition, n°59 ; Editions Francis Lefebvre Mémento Groupes de sociétés, édition 2016, n°4333.

la couverture d'une vente précise, dès lors qu'elles constituent le complément indissociable d'un contrat commercial ». Doivent ainsi, lui semble-t-il, être considérés comme licites les prêts consentis pour l'installation et l'équipement d'un détaillant en contrepartie d'un accord d'approvisionnement. La même exception vaut pour les garanties délivrées dans des conditions similaires pour faciliter la mise en place de crédits bancaires.³

Enfin, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) a également précisé dans son rapport pour l'exercice 1999 le sens de cette dérogation : « *Comme ceci a été indiqué dans la lettre adressée par le directeur du Trésor au président du Conseil national du patronat français le 6 décembre 1985, le terme « opération de trésorerie » employé dans cet article ne doit pas être interprété d'une manière restrictive. Ce terme recouvre aussi bien la réception de fonds que les opérations de crédit* »⁴, ce qui inclut donc logiquement les crédits par signature, qui sont des opérations de crédit aux termes de l'article L 313-1 du Code monétaire et financier.

La cour d'appel de Paris a également considéré que le cautionnement donné par un fournisseur, en garantie d'avances consenties par une banque à l'un de ses distributeurs, ne constitue pas une violation du monopole bancaire, non pas au titre de la dérogation prévue à l'article L 511-7, 1, mais parce que le cautionnement, qui n'avait pas donné lieu à perception de commissions, n'entrait pas dans la définition des opérations à titre onéreux visées par l'article L 311-1, al. 1 du Code monétaire et financier.⁵

Cette exception au monopole bancaire doit donc être lue à la lumière de la lettre du Directeur du Trésor au président du Conseil National du Patronat Français (CNPF) en date du 6 décembre 1985. Cette lettre rappelle que le législateur a souhaité que cette exception soit interprétée largement et couvre tant la réception de fonds du public que l'octroi de crédits. Dans ces conditions, les engagements par signature étant des opérations de crédit, ils peuvent bénéficier de cette exception sous réserve d'en respecter les conditions d'application.⁶

2. La loi applicable à la procédure d'autorisation

A titre liminaire, il convient de relever que l'appréciation des pouvoirs des dirigeants d'une société relève de la loi nationale de cette société (ou « *lex societatis* »).⁷

Lorsque la société est française, c'est donc loi française et par conséquent les dispositions du Code de commerce qu'il convient d'appliquer aux garanties octroyées par la société mère à un tiers en garantie de l'engagement de l'une de ses filiales, quelle que soit par ailleurs la loi régissant les effets de la garantie et/ou l'obligation garantie.

3. Le champ d'application de l'autorisation requise au titre de l'article L 225-35 du Code de Commerce

L'article L 225-35 du Code de commerce dispose que « *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 dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret*

³ Rép. Dollo : AN 17-3-1986 p. 1067

⁴ Rapport CECEI pour l'exercice 1999, page 261

⁵ CA Paris 14-4-1999 n° 96-20740 : RJDA 8-9/99 n° 981

⁶ En ce sens, Nicolas Malherbe, juriste à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, Direction des agréments des autorisations et de la réglementation, Service de la réglementation financière, que nous avons interrogé sur la question

⁷ Cass. com. 9-4-1991 : RJDA 7/91 n° 613 ; voir aussi Cass. com. 9-3-1993 : RJDA 7/93 n° 617 ; Cass. 1e civ. 8-12-1998 : RJDA 4/99 n° 415.

détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers. »⁸

Il résulte de ce texte que le cautionnement et l'aval sont soumis à la procédure d'autorisation. Mais le texte vise également les « garanties » sans plus de précision. La jurisprudence a précisé cette notion de garantie et élargi le champ d'application du texte en y incluant les sûretés personnelles expressément visées et énumérées par le Code civil en tant que telles, qui sont au nombre de trois (le cautionnement visé à l'article L 225-35 du Code de commerce au titre des « cautions, avals et garanties », la garantie autonome et la lettre d'intention), mais également, et plus largement « tous les engagements souscrits par la société en garantie des obligations pesant sur un tiers. »⁹

En effet, cette autorisation n'est requise que pour garantir les engagements pris par des tiers et non ceux de la société elle-même.¹⁰

La jurisprudence retient une interprétation extrêmement large et de plus en plus extensive de la notion de garantie. Sont ainsi qualifiées de garanties et sont ainsi soumis à l'exigence d'une autorisation requise par l'article L 225-35 du Code de commerce, tous les engagements 1- juridiquement contraignants 2- pris pour la garantie de l'obligation d'un tiers et ce :

- quelle que soit la loi applicable à la garantie et/ou à l'obligation garantie ;
- quels que soient la nature ou l'objet de la garantie et ceux de l'obligation garantie, peu important qu'il s'agisse d'une obligation de donner (garantie financière), d'une obligation de faire (garantie de performance) ou de ne pas faire ;
- quelle que soit la nature de la sûreté octroyée, qu'il s'agisse d'une sûreté réelle ou personnelle ;
- qu'il s'agisse d'un engagement pur et simple ou seulement d'une promesse de garantie constitutive d'une obligation de faire ;
- qu'il y ait ou non pour la société une contrepartie à la garantie, et quelle que soit par ailleurs la nature de cette contrepartie ;
- quels que soient les liens juridiques ou capitalistiques qui unissent le débiteur garanti à la société garante, qu'il s'agisse d'une filiale détenue à 100% ou d'un tiers ;
- quelle que soit la qualification juridique de celle-ci (de la garantie).

3.1 La loi applicable à la garantie et/ou à l'obligation garantie est sans incidence

L'appréciation des pouvoirs des dirigeants d'une société relève de la loi nationale de cette société (ou « *lex societatis* »)¹¹, quelle que soit par ailleurs la loi régissant les effets de la garantie et/ou l'obligation garantie.

3.2 La nature ou l'objet de la garantie et ceux de l'obligation garantie sont indifférents

L'autorisation requise par l'article L 225-35 du Code de commerce s'applique aussi bien aux engagements constitutifs d'une obligation de donner qu'à ceux générateurs d'obligations de faire ou de ne pas faire. La question s'était posée dans l'une des affaires « *Kalamazoo* » : le président du conseil

⁸ V art. L 225-68 du Code de commerce pour les SA dotées d'un directoire et d'un conseil de surveillance : le conseil de surveillance doit autoriser les garanties octroyées par le directoire à des tiers

⁹ Cass. com., 15 janv. 2013, n°11-28173 – v. également : Cass. com., 12 juill. 2011, n°10-16118 : Bull. civ., IV, n° 123 ; BJS, nov. 2011, p. 865, n° 447 , note J.-F. Barbiéri.

¹⁰ Cass.com. 11-2-1986 : Rev. Sociétés 1986 p. 243 note Daigre ; Cass. Com. 4-5-1999 : RJDA 7/99 n°794

¹¹ Cass. com. 9-4-1991 : RJDA 7/91 n° 613 ; voir aussi Cass. com. 9-3-1993 : RJDA 7/93 n° 617 ; Cass. 1e civ. 8-12-1998 : RJDA 4/99 n° 415.

d'administration de la société mère avait, par lettre adressée à un établissement de crédit, garanti les engagements pris par une filiale de maintenir un certain nombre d'emplois dans une région sinistrée et de réserver une priorité d'embauche au personnel d'un bassin minier reconverti ; cette garantie a été présentée comme une obligation de faire, par laquelle le promettant s'engageait à substituer la société mère en cas de défaillance de la filiale ; cette dernière ayant été mise en règlement judiciaire, l'établissement de crédit réclamait garantie de la société mère. Sans s'arrêter à la distinction entre la garantie de paiement d'une somme d'argent et la promesse d'exécuter les obligations contractuelles d'un tiers si ce dernier est défaillant (qui se résout, de toute façon, en dommages et intérêts : C. civ., art. 1142), la chambre commerciale a approuvé la cour de Bordeaux d'avoir vu dans cette promesse une « garantie » au sens de l'article L. 225-35 du Code de commerce.¹²

La chambre commerciale a d'ailleurs ultérieurement jugé, dans une autre affaire « *Kalamazoo* », que ce type d'engagement de substitution était assimilable à un cautionnement.¹³

3.3 La nature de la sûreté importe peu

Selon certains auteurs, le terme de cautionnement paraît viser aussi bien un cautionnement personnel qu'un cautionnement réel, lorsque la société limite sa garantie de la dette d'autrui à un ou plusieurs éléments de son patrimoine.¹⁴ La jurisprudence est également en ce sens.¹⁵

Plus généralement, la jurisprudence s'est affranchie des termes ambigus de l'article L 225-35 du Code de commerce et de la distinction classique entre sûretés réelles et personnelles pour englober l'ensemble des opérations qui peuvent se voir offrir la qualification de garantie, bien au-delà de la catégorie restreinte des sûretés réelles ou personnelles.¹⁶

3.4 Il n'y a pas lieu non plus de distinguer selon qu'il s'agit d'un engagement pur et simple ou d'une promesse de garantie

Il résulte d'un récent arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 janvier 2013 que la simple promesse d'octroyer une garantie (en l'espèce la promesse de se substituer dans un cautionnement) nécessite l'autorisation préalable du conseil d'administration, quand bien un tel engagement constituerait une obligation de faire.¹⁷

¹² Cass com., 17 novembre 1992 : JurisData n°1992-002534 ; JCP E 1993, pan.117 ; Bull. civ. 1992, IV, n°364 ; Bull. Joly 1993, §17, p. 98, note Y. Chaput ; Rev. sociétés 1993, p. 585, note Ph. Delebecque ; Contrats, conc., consom. 1993, comm. 48, obs L. Leveneur ; JCP E 1993, I, 268, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; Dr. Sociétés 1993, comm. 56, note H. Le Nabasque. – V. également en ce sens : CA Aix-en-Provence, 8^{ème} ch. C, 22 février 2007 : JurisData n°2007-343056 ; RD bancaire et fin. 2007, n°225, obs. A. Cerles

¹³ Cass. com., 5 mars 1996, n°94-14298 : BJS juill. 1996, p. 586, n° 208, note J.-F. Barbière ; Rev. sociétés 1996, p. 276, note P. Delebecque ; v. également en ce sens Cass com, 15 janvier 2013, n°11-27648

¹⁴ V. en ce sens Jacques Mestre, Dominique Velardochio, Mestre-Chami, Lamy sociétés commerciales, éditions 2015, n°3589 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Boissy, Droit des sociétés, 20^{ème} édition, n°576

¹⁵ V. s'agissant d'un nantissement sur valeurs mobilières en garantie d'engagement souscrits par une filiale au profit d'une banque : CA Lyon, 28 février 1998 ; RTD com.1998, 177, obs Petit et Reinhard

¹⁶ V. notamment en ce sens Jean-Christophe Pagnucco, JCI Lexis Nexis, fasc 131-10, Le Conseil d'administration, n°35

¹⁷ Cass. com., 15 janv. 2013, n°11-27648 : BJS mars 2013, p. 186, n° 80, note J.-F. Barbière ; D. 2013, p. 624, note B. Dondero ; Rev. Sociétés 2013, p. 297, note de Jean-Pierre Mattout ; JCP E 2013 n°15, 1192, Myriam Roussille ; Droit des sociétés 2013, n°4, comm. 64, même auteur

3.5 Peu importent l'existence d'une contrepartie et la nature de celle-ci

Par ailleurs, peuvent malgré tout être qualifiées de garanties au sens de l'article L 225-35 du Code de commerce les opérations qui comportent, pour celui qui se porte garant, une contrepartie¹⁸ : ainsi en est-il de l'engagement d'une société mère envers le crédit-bailleur de sa filiale de se substituer à celle-ci en cas de défaillance, ce qui lui aurait également permis, si elle respectait son engagement, d'avoir la jouissance du bien objet du crédit-bail ainsi que la possibilité, à terme, d'en acquérir la propriété.¹⁹

3.6 L'existence d'un groupe, d'une filiale ou de liens capitalistiques est indifférente : il n'y a pas d'exception quels que soient les liens juridiques ou capitalistiques qui unissent le débiteur garanti à la société garante

En l'état du droit positif, l'inopposabilité s'applique même si le cautionnement a été donné en garantie des dettes d'une filiale à 100 %²⁰ et même si le bénéficiaire du cautionnement est un étranger.²¹

De même, l'appartenance à un groupe de sociétés ne dispense pas les dirigeants d'une filiale de demander l'autorisation du conseil d'administration de cette filiale, même si la société mère a donné son accord à l'octroi de la garantie par la filiale.²²

Actualisation : Il convient toutefois de mentionner l'existence d'une proposition de loi n°658 « *de simplification, de clarification et d'actualisation du Code de commerce* » déposée par le sénateur Thani Mohamed Soilihi et enregistrée à la présidence du Sénat le 1er juin 2016. L'article 18, dans sa version issue du texte de la commission des lois du Sénat, vise à faciliter l'octroi de garanties par une société mère à ses filiales contrôlées, dans les groupes de sociétés, en précisant que l'autorisation et ces garanties peuvent être données globalement et annuellement sans limite de montant, mais aussi qu'elles peuvent être octroyées, le cas échéant sans limite de montant, par délégation expresse du conseil d'administration ou de surveillance habituellement compétent, par le directeur général ou le directoire, sous réserve d'en rendre compte à la plus prochaine réunion du conseil. L'objectif est, notamment, de permettre aux filiales de sociétés françaises à l'étranger de répondre plus rapidement à des appels d'offres internationaux, qui exigent souvent des garanties de la part des sociétés-mères pour couvrir les obligations de leurs filiales dans le cadre de ces contrats.²³

Dans un courrier du 14 novembre 2014 adressé au sénateur Soilihi, l'ANSA a approuvé l'ensemble de ces propositions.²⁴

3.7 La qualification juridique de la garantie importe peu

Il en résulte que sont notamment soumis à la procédure d'autorisation de l'article L 225-35 du Code de commerce, quelle que soit leur qualification juridique et sans que cette liste soit limitative ni exhaustive :

¹⁸ Jean-Christophe Pagnucco, JCI Lexis Nexis, fasc 131-10, Le Conseil d'administration, n°35

¹⁹ CA Paris, 25^{ème} ch. B, oct 2002 : JurisData n°2002-195725 ; RJDA 2003, n°271 ; Bull. Joly 2003, 294, note N. Rontchesky ; RD bancaire et fin. 2003, n°114, obs ; A. Cerles. – Adde, Cass. Com, 25 février 2003

²⁰ Cass. com. 28-4-1987 : Bull. civ. IV n° 102

²¹ Cass. com. 8-11-1988 : Bull. civ. IV n° 302

²² CA Paris 24-4-1990 : D. 1990.IR.130

²³ Proposition de loi n°790 « de simplification, de clarification et d'actualisation du code de commerce » présentée par M. Thani Mohamed Soilihi

²⁴ Avis de l'ANSA Novembre 2014 – V n°14-060 (« Simplifications » : le point)

3.7.1 Les garanties autonomes (ou garanties à première demande, encore appelées garanties indépendantes)

La garantie autonome est définie par l'article 2321 du Code civil qui dispose que : « *La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.*

Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. »

Même avant que l'ordonnance du 23 mars 2006 ne consacre de cet engagement une véritable définition légale, la jurisprudence avait déjà confirmé sa soumission à l'autorisation requise à l'article L 225-35 du Code de commerce.²⁵

3.7.2 Les lettres d'intention constitutives de véritables engagements juridiques contraignants engendrant des obligations tantôt de moyens, tantôt de résultat, selon le cas, à la charge du souscripteur

Traditionnellement, la lettre d'intention, encore appelée lettre de parrainage ou lettre de confort, est un document adressé par une société mère à un créancier de sa filiale (le plus souvent une banque) dans lequel cette société assure ce créancier du respect des engagements contractés par sa filiale. La portée de ce document et l'étendue de l'obligation de la société mère dépendent des termes employés dans la lettre.

Depuis l'ordonnance du 2006, l'article 2322 du Code civil définit la lettre d'intention de la façon suivante : « *La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier.* »

Il résulte de cette définition que toutes les lettres de confort ou d'intention, sauf celles ne contenant que des engagements moraux, de pure forme sont désormais considérées comme constitutives de garanties.²⁶

Auparavant, la jurisprudence avait pendant un temps distingué selon que l'obligation ainsi souscrite était de moyens ou de résultats et décidait que seules étaient soumises à l'autorisation de l'article L 225-35 du Code de commerce les lettres d'intention génératrices d'une obligation de résultat et non celles générant seulement une obligation de moyens à la charge du souscripteur.

Selon l'ensemble de la doctrine²⁷, cette distinction n'a plus lieu d'être depuis l'ordonnance du 2006, compte tenu de la définition de la lettre d'intention donnée par le nouvel article 2322 du Code civil qui couvre tous les engagements de faire ou de ne pas faire, que ceux-ci soient de moyens ou de résultat.

²⁵ Voir par exemple en ce sens : Cass. Com, 26 janvier 1993 : Bull. Joly 1993, §159, p. 569, note P. Delebecq ; RJDA 1993, p. 704 ; CA Paris, 5 avril 1996 : JurisData n°1996-020768 ; JCE E 1997, I, 670, n°11, obs. Ph. Simler ; CA Paris, 9 novembre 2001 : JurisData n°2001-168519 ; Bull. Joly 2002, §45, p.217, note H. Le Nabasque.

²⁶ V. par ex. CA Chambéry, 5 juin 1992 : RD bancaire et bourse n° 35, janv.-févr. 1993, p. 50, obs. M. Contamine-Raynaud ; JCP E 1993, I, 268, spéc. n° 11, obs. crit. P. Simler.

²⁷ V. en ce sens, Ph. Simler, Le nouvel article 2322 du Code civil et le régime de la lettre d'intention : RJDA 2008, p. 739. – V. aussi sur la question RTD com. 2006, p. 421, P. Le Camu. – J. Stoufflet, La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre

Cette définition législative a deux conséquences :

- 1- une simple déclaration ne saurait constituer aujourd'hui une lettre d'intention ;
- 2- quelle que soit la qualification de la lettre en termes d'obligation de moyens ou de résultat, elle doit être autorisée par le conseil d'administration (ou le conseil de surveillance, selon le cas) dans les sociétés anonymes.²⁸

Malgré son caractère unilatéral, la lettre d'intention peut constituer un engagement contractuel quand elle a été acceptée par son destinataire²⁹, soit expressément, soit tacitement du fait de son comportement (par exemple, parce qu'il a attendu de recevoir cette lettre pour remplir ses propres obligations à l'égard de la filiale ou que les termes de la lettre ont été arrêtés d'un commun accord entre les parties).

Mais ne constitue pas un engagement pour l'avenir la lettre adressée par une société mère à un créancier de sa filiale indiquant que les difficultés financières rencontrées par celle-ci avaient été régularisées et ajoutant que « *notre groupe a pris toutes les dispositions pour que les règlements et les encours des fournisseurs soient assurés et qu'il n'y ait plus d'incident de paiement* », peu important que cette lettre précise que « *désormais, les suivis comptables et financiers [de la filiale] seront assurés par notre société* ».³⁰

La société mère se trouve alors tenue soit à une « obligation de moyens », soit à une « obligation de résultat », étant observé que c'est au créancier qui réclame la réparation de l'inexécution de l'obligation d'en établir la nature et le contenu.³¹

Il a ainsi été jugé que l'engagement pris par une société, qui avait vendu des marchandises à l'étranger, de payer à une banque les droits d'importation pour le cas où l'acheteur étranger serait défaillant constituait une garantie soumise à la procédure d'autorisation et non une « avance de trésorerie » accessoire à une vente.³² De même, une lettre signée par le président d'une société au nom de celle-ci, dans laquelle il certifiait se porter garant au profit d'un fournisseur des achats de marchandises effectués par un tiers, s'analyse comme une garantie de paiement des marchandises soumise à autorisation et non comme un simple engagement moral.³³ De même encore, constitue une garantie soumise à autorisation l'engagement d'une société mère envers le crédit-bailleur de sa filiale, en cas de défaillance de celle-ci, à se substituer à cette dernière dans tous les droits et obligations résultant du contrat³⁴ ou à acheter pour un montant déterminé le matériel loué par la filiale.³⁵

3.7.3 La promesse de porte-fort

Parmi les garanties imposant l'application de l'article L. 225-35 du Code de commerce, la jurisprudence a également inclus les promesses de porte-fort, à savoir les conventions par lesquelles une personne s'engage envers une autre à obtenir l'approbation d'un tiers à un acte envisagé et s'expose personnellement à une indemnité pour le cas où ce tiers, comme il est libre de le faire, refuserait de

d'intention : Rev. sociétés 2006, p. 473. – V. également S. Jambort, Les lettres d'intention sont-elles mortes ? : Bull. Joly 2007, p. 669, § 184

²⁸ Philippe Simler, JCI Civil Traité, fasc n°36-30 – Lettres d'intention, Lexis Nexis ; Editions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, édition 2015, n°81180

²⁹ Cass. com. 21-12-1987 : JCP 1988 II n° 21113 concl. Montanier

³⁰ CA Versailles 27-4-2006 n° 05-3260 : RJDA 10/06 n° 1072

³¹ Cass. com. 15-1-1991 : Bull. civ. IV n° 28

³² Cass. com. 26-1-1993 : RJDA 10/93 n° 812

³³ CA Paris 1-6-2001 n° 00-5199 : RJDA 11/01 n° 1122

³⁴ CA Paris 4-10-2002 n° 02-5650 : RJDA 3/03 n° 271

³⁵ Cass. com. 25-2-2003 n° 337 : RJDA 7/03 n° 734, 1ère esp.

ratifier l'acte.³⁶ Selon les juges, la soumission à l'autorisation du conseil d'administration s'impose dans la mesure où, la promesse de porte-fort créant à la charge du promettant une obligation de résultat emportant, en l'absence de ratification comme d'exécution de l'engagement par le tiers, celle de réparer le préjudice subi par le bénéficiaire de cette promesse, elle constitue une garantie au sens de l'article L. 225-35 du Code de commerce.³⁷

La Cour d'appel de Paris a en effet jugé que lorsqu'il est souscrit par une société anonyme, un tel engagement est constitutif d'une garantie au sens de l'article L 225-35 du Code de commerce.³⁸ Il s'ensuit qu'il doit avoir fait l'objet d'une autorisation du conseil d'administration, à défaut de quoi il est inopposable à la personne morale. La cour d'appel justifie ainsi sa solution : « *Celui qui se porte fort pour un tiers, en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement ou encore l'exécution de l'engagement, est tenu d'une obligation de résultat emportant, en l'absence de ratification comme d'exécution de l'engagement par le tiers, celle de réparer le préjudice subi par le bénéficiaire de la promesse de porte-fort* ». La promesse de porte-fort n'ayant pas été autorisée par le conseil d'administration de la société anonyme, elle était de ce fait inopposable à cette dernière et le gérant ne pouvait pas demander l'exécution des obligations contenues dans la promesse.

Par ailleurs, selon les juges du fond, doivent pareillement être soumises à l'autorisation du conseil les « fausses promesses de porte-fort » dans lesquelles le bénéficiaire de la promesse est d'ores et déjà engagé avec la personne en faveur de laquelle la société s'est portée fort.³⁹

3.7.4 La délégation simple ou imparfaite (non novatoire)

La délégation de créance, « *lorsqu'elle est imparfaite* (ou simple, c'est-à-dire non novatoire), *ne constitue pas forcément un simple moyen de paiement simplifié, mais une garantie* » selon un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris, le 22 octobre 2011. Il s'ensuit que la délégation de créance imparfaite devrait être soumise à l'autorisation que prévoit l'article L. 225-35 du Code de commerce.⁴⁰ Toutefois, dans cette même affaire, la chambre commerciale a rendu un arrêt de cassation partielle le 15 janvier 2013, selon lequel il faut déterminer s'il ne résulte pas des stipulations de la convention de délégation de créance que la société déléguée s'était obligée ou non envers la banque délégataire qu'à concurrence

³⁶ C. civ., art. 1120

³⁷ CA Lyon, 3e ch., 5 nov. 1999 : JurisData n° 1999-129044 ; RTD com. 2001, 142, obs. F. Chazal et Y. Reinhard ; Banque et droit mai-juin 2001, 43, obs. M. Storck. – CA Paris, 4 nov. 2008 : JurisData n° 2008-371794 : Bull. Joly 2009, § 74, p. 376, note J.-F. Barbière ; Dr. sociétés 2009, comm. 51, note D. Gallois-Cochet ; Banque et droit mai-juin 2009, 61, obs. N. Rontchevsky ; RJDA 2009, n° 661

³⁸ CA Paris, 3e ch. A., 4 nov. 2008, n° 07/08909 : BJS avr. 2009, p. 376, n° 74, note J.-F. Barbière – v. également Cass. com., 13 déc. 2005, n°03-19217 : Bull. civ., IV, n° 256 ; BJS avr. 2006, p. 482, n° 95, note J.-F. Barbière ; D. 2006, p. 298, obs. X. Delpéch, et p. 2856, obs. P. Crocq ; JCP G 2006, II, 10021, note P. Simler ; JCP E 2006, 1342, note P. Grosser ; Defrénois 15 mars 2006, p. 414, n° 38345, note É. Savaux ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. n° 63, note L. Leveneur ; RLDC 2006/26, n° 1096, note F. Riassetto ; LPA 24 avr. 2006, p. 17, note S. Prigent ; Banque et droit n° 106, mars-avr. 2006, p. 60, obs. N. Rontchevsky ; RTD civ. 2006, p. 305, obs. J. Mestre et B. Fages.

³⁹ CA Lyon, 3e ch., 5 nov. 1999, préc. Il est en outre permis de penser que de telles « promesses » seraient en réalité plus proches d'une lettre d'intention.

⁴⁰ CA Paris, 22 oct. 2011, n° 09/22558 : BJS févr. 2012, p. 126, n° 59, 2e esp.

du montant des sommes dues par la société déléguée au délégant (hypothèse d'une délégation incertaine).⁴¹

Si la société déléguée ne s'était obligée envers le délégataire qu'à concurrence du montant des sommes par elle dues au délégant (délégation dite « incertaine »), l'engagement contracté par la société déléguée ne constitue, à son égard, qu'un mode d'extinction de sa propre dette envers le délégant. Par conséquent, cet engagement doit échapper aux prévisions de l'article L. 225-35 du Code de commerce car la délégation imparfaite a pour cause une dette préexistante du délégué à l'égard du délégant.

Si, à l'inverse, la délégation imparfaite ne constitue pas un simple mode de paiement mais une véritable garantie de l'obligation d'un tiers, elle relèvera alors des dispositions de l'article L. 225-35 du Code de commerce. Tel est le cas si le délégué s'engage à exécuter une prestation déterminée par les seuls termes de son engagement ou à payer une somme d'argent dans telles et telles conditions. La délégation est alors dite certaine et se rapproche de la garantie autonome. Si en plus le délégué a limité son engagement à ce que doit le délégant au délégataire (délégation incertaine du second type), son obligation, bien que nouvelle par sa source, emprunte son objet à celle du délégant, de sorte que le mécanisme se rapproche nettement du cautionnement.⁴²

Ces solutions trouvent leur fondement dans l'attendu de principe énoncé par la Cour de cassation selon lequel « *seuls doivent faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration les engagements souscrits par la société en garantie des obligations pesant sur un tiers.* »⁴³

3.7.5 Engagements de contre-garantie ou de substitution

Le même jour, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un autre arrêt qui apporte des précisions sur la notion de garantie au sens de l'article L. 225-35 du Code de commerce. En effet, il ressort de cette décision qu'un engagement de substitution de cautionnement nécessite l'autorisation préalable du conseil d'administration d'une société et qu'en l'absence d'une telle autorisation cet engagement est inopposable à cette société et ne peut faire peser sur elle aucune obligation.⁴⁴

De même, un engagement de contre-garantie d'un tiers constitue bien une garantie devant faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration.⁴⁵

⁴¹ Cass. com., 15 janv. 2013, n°11-28173 : BJS mars 2013, p. 186, n° 80, note J.-F. Barbieri ; Gaz. Pal. 28 févr. 2013, p. 9, note M. Mignot ; RTD civ. 2013, p. 116, obs. B. Fages ; RD bancaire et fin. 2013, comm. n° 58, note A. Cerles ; LEDC mars 2013, p. 3, obs. N. Leblond ; D. 2013, p. 1183, note A. Hontebeyrie.

⁴² V. en ce sens Sébastien Jambort, « Cautions, avals et garanties », Joly sociétés, étude n°S-EC030, n°110

⁴³ Cass. com., 15 janv. 2013, n°11-28173 – v. également : Cass. com., 12 juill. 2011, n°10-16118 : Bull. civ., IV, n° 123 ; BJS, nov. 2011, p. 865, n° 447, note J.-F. Barbieri.

⁴⁴ Cass. com., 15 janv. 2013, n°11-27648 : BJS mars 2013, p. 186, n° 80, note J.-F. Barbieri ; D. 2013, p. 624, note B. Dondero ; Cass. com., 15 janv. 2013, n°11-27648 : BJS mars 2013, p. 186, n° 80, note J.-F. Barbieri ; D. 2013, p. 624, note B. Dondero ; Rev. Sociétés 2013, p. 297, note de Jean-Pierre Mattout ; JCP E 2013 n°15, 1192, Myriam Roussille ; Droit des sociétés 2013, n°4, comm. 64, même auteur ; voir déjà dans le même sens : Cass. com., 24 juin 2003, n° 01-01.464, P, Sté Socaldil c/ B. : JurisData n° 2003-019633 ; Dr. sociétés 2004, comm. 73, note F.-G. Trébulle ; JCP E 2003, 1270 ; JCP G 2003, IV 2479 ; Bull Joly sociétés 2003, § 218, p. 1030, note P. Le Cannu ; D. 2003, p. 1839, obs. A. Lienhard ; D. 2004, somm. p. 270, obs. J.-Cl. Hallouin ; Banque et droit sept.-oct. 2003, n° 183, obs. N. Rontchevsky ; RTD com. 2003, 739, obs. Cl. Champaud et F. Danet. - Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-15.084, F-D, Sté Club Napoli c/ R. : JurisData n° 2005-027780 ; RD bancaire et fin. 2005, comm. 132, obs. D. Legeais.

⁴⁵ Cass. com. 24-6-2003 n° 1052 ; RJDA 11/03 n° 1083 ; v également Editions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, édition 2015, n°40911 ; contra : v cependant : Ansa, n°13-055 2014-I du 13 novembre 2013 « *autorisation des avals, cautions et garanties : le cas de la contre-garantie* », pour qui « *il ne fait pas de doute que la « contre-garantie » donnée à la banque ne nécessite pas une autorisation préalable du conseil* » au motif

3.7.6 L'engagement en qualité de codébiteur solidaire adjoint

Il y a également garantie donnée par la société lorsque cette dernière, bien que n'étant pas codébitrice d'un tiers, promet à celui-ci de le payer comme un codébiteur solidaire (cas dit du codébiteur solidaire adjoint).⁴⁶

3.7.7 Convention de ducroire

Il a été jugé que cette même autorisation devait être sollicitée en cas de conclusion d'un contrat de référencement souscrit par une société mère pour la fourniture de matériel à ses filiales, dès lors que le contrat contenait une clause intitulée convention de ducroire par laquelle elle s'engageait à garantir le paiement des factures impayées.⁴⁷

3.7.8 Le cas des sûretés réelles pour autrui (« cautionnement réel » ou « hypothécaire »)

Selon certains auteurs, le terme de cautionnement paraît viser aussi bien un cautionnement personnel qu'un cautionnement réel, lorsque la société limite sa garantie de la dette d'autrui à un ou plusieurs éléments de son patrimoine.⁴⁸ La jurisprudence est également en ce sens.⁴⁹

Il en résulte que toutes les garanties et tous les engagements pris par la société pour garantir les obligations d'un tiers sont soumises à l'autorisation préalable requise par l'article L 225-35 du Code de commerce et que par conséquent seuls échappent logiquement à cette exigence :

- Les engagements propres de la société (notamment solidaires et les sûretés réelles garantissant l'exécution de ses propres engagements)

Ainsi, la jurisprudence refuse d'analyser comme des garanties les engagements « directs et autonomes », non conditionnés par l'exécution des obligations d'autrui, tels l'engagement solidaire à l'égard du maître de l'ouvrage de répondre de la bonne exécution de travaux⁵⁰, ou la promesse de racheter à un prix convenu des camions acquis auprès d'un concessionnaire de la marque.⁵¹

Ne sont pas non plus concernées les sûretés réelles consenties par la société pour la garantie de ses propres engagements.⁵²

- Les simples engagements d'honneur ou moraux non juridiquement contraignants.

que « la contre-garantie constitue une garantie de la société donnée directement à la banque non pour garantir un engagement d'un tiers mais pour son propre engagement. »

⁴⁶ Editions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, édition 2015, n°40911

⁴⁷ T. Com. Paris, 11 déc. 2001 : JurisData n°2001-179396

⁴⁸ V. en ce sens Jacques Mestre, Dominique Velardocchio, Mestre-Chami, Lamy sociétés commerciales, éditions 2015, n°3589 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Boissy, Droit des sociétés, 20ème édition, n°576

⁴⁹ V. s'agissant d'un nantissement sur valeurs mobilières en garantie d'engagement souscrits par une filiale au profit d'une banque : CA Lyon, 28 février 1998 ; RTD com.1998, 177, obs Petit et Reinhard

⁵⁰ Cass. com., 1er juin 1993, n°91-17392 : BRDA 12/93, p. 18 ; RJDA 7/93, n° 627.

⁵¹ Cass. com., 18 mars 1997, n°94-15081 : BJS juin 1997, p. 566, n° 224, note P. Le Cannu ; Quot. jur. 15 mai 1997, p. 8, note P. M. ; Rev. sociétés 1998, p. 79, note P. Delebecque

⁵² V. en ce sens M. Cozian, A. Viandier et F. Boissy, Droit des sociétés, 20ème édition, n°576 ; v. par exemple s'agissant d'un nantissement consenti sur du matériel en garantie d'un prêt souscrit par la société, sans autorisation du conseil d'administration : CA Grenoble, 12 décembre 1994 : JCP 1996, I. 3942, n°13, obs. Simler et Delebecque.

4. La qualification de la garantie : distinction d'une garantie (cautionnement, garantie autonome ou à première demande, lettres d'intention, promesse de porte-fort, délégation simple (imparfaite) non novatoire et incertaine, etc.) d'un simple engagement moral ou d'honneur

A côté des garanties proprement dites (garanties autonomes, lettres d'intention...), on relève dans la pratique de simples déclarations qui ne constituent qu'un constat et n'entraînent pas d'obligation juridique à la charge de la société mère. Tel est le cas lorsque celle-ci, après avoir mentionné le montant de sa participation, se borne à indiquer qu'elle porte de l'intérêt aux affaires de sa filiale ou qu'elle approuve l'opération envisagée par sa filiale ou que la situation financière de sa filiale permettra à celle-ci de faire face à ses engagements.⁵³

Si l'analyse des termes du document litigieux, quelle que soit l'appellation que lui a donnée son auteur, ne permet d'identifier aucun engagement juridique, le juge ne peut que lui dénier toute valeur obligatoire.

Ainsi, lorsqu'une banque se contente de recommander à une entreprise un acheteur potentiel, une telle lettre – de présentation – ne permet pas de rendre son auteur responsable de la défaillance ultérieure de cet acheteur.⁵⁴

Il en est de même si une société informe une banque des liens existant entre elle et telle filiale, exprime son intérêt à la bonne marche de celle-ci et invite même la banque à lui apporter son concours.⁵⁵

A fortiori en est-il ainsi lorsque la lettre précise clairement qu'elle est exclusive de tout engagement.⁵⁶ Au mieux, de tels propos ne peuvent être générateurs que d'une obligation morale ou d'un engagement d'honneur.⁵⁷

Constitue ainsi une simple obligation morale un parère délivré le 30 octobre 1973 par le président de l'Association professionnelle des banques qui tendait à donner plus généralement aux lettres d'intention la qualification d'engagement d'honneur.⁵⁸

⁵³ CA Paris 4-5-1993 : Bull. Joly 1993 p. 729 ; CA Bordeaux 16-10-1985 : D. 1989 p. 436

⁵⁴ V. CA Paris, 30 avr. 1984 : Banque 1985, p. 754, obs. Rives-Lange ; RTD civ. 1985, p. 730, obs. Mestre. Le souscripteur écrivait, en l'espèce : « Nous avons l'honneur d'introduire auprès de vous et de recommander à votre meilleur accueil M..., de la société D..., bon client de notre établissement »

⁵⁵ V. CA Bordeaux, 16 oct. 1985 : JurisData n° 1985-042394 ; D. 1989, p. 436, 2^{ème} esp. : société mère déclarant qu'elle « ne se désintéresserait pas de la bonne fin des concours consentis à sa filiale ». – CA Paris, 4 mai 1993 : Bull. Joly 1993, p. 729, note Delebecque : lettre confirmant l'intérêt porté aux affaires d'une société et l'intention de prendre une participation au moins égale à 26 % ; invitation à mettre en place les concours financiers sollicités. – CA Paris, 17 janv. 1995 : JurisData n° 1995-025066 : lettre d'information sur la situation financière de la filiale. – CA Paris, 13 janv. 1998, préc. n° 3, qui a sans doute jugé à tort qu'était « insuffisamment précis pour engager valablement » l'acte par lequel des associés qui s'obligeaient à prendre dans un certain délai « d'une part, les mesures permettant de couvrir les risques latents de pertes, d'autre part, les dispositions de caractère structurel permettant de régler durablement les difficultés de la compagnie... ». – CA Paris, 29 janv. 1998 : JurisData n° 1998-021842, qui a au contraire jugé que ne constituait pas une simple obligation morale l'engagement d'informer la banque des difficultés de la société débitrice et d'étudier les moyens d'y remédier.

⁵⁶ V. la formule citée par M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, Droit des sûretés : Litec, 9^e éd. 2010, n° 558 : « nous voudrions mentionner, sans engagement quelconque de notre part, que c'est un principe de politique générale de notre maison de veiller à ce que la situation financière de nos sociétés affiliées soit solide... ». – V. aussi FEDUCI, Les lettres de patronage, Trav. Fac. dr. Namur, 1984, annexes

⁵⁷ V. B. Oppetit, L'engagement d'honneur : D. 1979, chron. p. 107

⁵⁸ Bull. Caisse nat. marchés de l'État 1975, n° 68, p. 85. – V. aussi, sur ce document, Ch. Gavaldà et J. Stofflet : JCP G 1976, I, 2801, n° 74. – B. Oppetit, art. préc.

Afin qu'une lettre de confort échappe à l'exigence d'une autorisation préalable du conseil, son contenu doit être vierge de tout engagement. Ainsi, ont notamment été jugées dénuées de force juridique les formules épistolaires suivantes :

- « *introduire et recommander à votre meilleur accueil* » telle personne physique ou morale⁵⁹ ;
- inviter la banque à « *apporter divers concours financiers à sa filiale* »⁶⁰ ou « *à entrer en contact avec le gérant de la filiale afin de mettre en place les concours nécessaires à l'exportation et à l'évolution de ladite filiale* »⁶¹ ;
- informer de sa qualité de société mère ou contrôlaire du débiteur⁶² ;
- préciser avoir « *connaissance des concours bancaires accordés à la filiale* »⁶³ ;
- approuver lesdits concours⁶⁴ ;
- informer de la solvabilité de la filiale⁶⁵ ;
- souligner « *l'intérêt porté* (par la société mère signataire) *aux affaires de sa filiale* »⁶⁶ ;
- indiquer « *ne pas se désintéresser de la bonne fin de l'opération* ».⁶⁷

« *Promesse de comportement dotée d'une valeur morale* »⁶⁸, la lettre contenant un engagement d'honneur n'enferme pas son signataire dans les liens du droit, sauf dans une hypothèse : **lorsque la déclaration faite est erronée**. Dans ce cas de figure, l'émission de la lettre est constitutive d'une faute délictuelle ou quasi-délictuelle réparée sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil à condition, toutefois, que soit classiquement démontrée l'existence d'un dommage dû à la défaillance du débiteur et d'un lien de causalité entre le dommage et le contenu de la lettre.⁶⁹

On signalera toutefois que, dans une autre matière, celle du droit de la concurrence, la Cour de cassation a jugé, à propos d'un engagement expressément stipulé « *exclusivement moral dont tout éventuel manquement ne saurait être considéré comme une inexécution des termes du présent protocole* », qu'un tel engagement peut néanmoins exprimer une « *volonté délibérée de s'obliger* ». ⁷⁰ Selon la doctrine⁷¹, l'arrêt peut se comprendre soit comme n'excluant pas qu'un engagement moral puisse produire des effets de droit, soit comme une requalification, selon la commune intention des parties, en un engagement productif de tels effets.

On soulignera enfin que la mention « *sur l'honneur* » employée par le souscripteur ne suffit pas à laisser l'engagement hors du droit. Si, en sus de la formule « *sur l'honneur* », le souscripteur assure le créancier de son engagement à « *faire tout son possible* », « *faire en sorte que* » ou « *faire tout le nécessaire pour*

⁵⁹ CA Paris, 30 avr. 1985, Banque 1985, p. 754, obs. Rives-Lange J.-L., RTD civ. 1985, p. 730, obs. Mestre J. ; lettre de recommandation

⁶⁰ CA Bordeaux, 16 oct. 1985, D. 1989, jur., p. 436, 2e esp.

⁶¹ CA Paris, 4 mai 1993, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 729, note Delebecque Ph. ; lettre de recommandation

⁶² Simler Ph. et Delebecque Ph., Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 6e éd., 2012, no 321

⁶³ Cerles A., La lettre d'intention dans les pratiques bancaires, Dr. & patr. 1999, no 67, p. 57 ; lettre de connaissance de crédit

⁶⁴ T. com. Paris, 27 oct. 1981, Banque 1981, p. 1455, obs. Martin L.-M. ; lettre d'approbation du crédit

⁶⁵ T. com. Paris, 27 oct. 1981, Banque 1981, p. 1455, obs. Martin L.-M., D. 1982, I.R., p. 198, obs. Vasseur M.

⁶⁶ CA Paris, 4 mai 1993, précité

⁶⁷ CA Bordeaux, 16 oct. 1985, D. 1989, jur., p. 436

⁶⁸ Laubadère (de) A., Droit public économique, Dalloz, 2e éd., 1976, no 315, cité par Oppetit B., L'engagement d'honneur, D. 1979, chr., p. 107

⁶⁹ par exemple : propos rassurant sur la solvabilité d'un débiteur au bord du dépôt de bilan, v. en ce sens, notamment, Terray J., La lettre de confort, Banque 1980, p. 331 ; Bertrel J.-P., Les lettres d'intention, Banque 1986, p. 895, spéc., p. 896

⁷⁰ Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-13.189 : JurisData n° 2007-037051 ; Bull. civ. 2007, IV, n° 12 ; JCP G 2007, I, 152, n° 12, obs. Simler ; RDC 2007, p. 697, obs. Laithier

⁷¹ Philippe Simler, JCI Sociétés Traité, fasc 36-30 – Lettres d'intention, n°5

que la filiale satisfasse à son obligation », la présence de ladite formule n'empêchera pas les magistrats d'estimer, à juste titre, que l'engagement souscrit constitue bien une obligation civile.⁷²

5. Les modalités d'octroi de la garantie et de l'autorisation du conseil

5.1 En droit positif actuel

S'agissant des modalités d'octroi de la garantie, deux types d'autorisation sont possibles :

- 1- L'autorisation peut être donnée dans le cadre de l'autorisation annuelle du conseil d'administration prévue par l'article R 225-28 du Code de commerce, pour autant que le montant de l'engagement garanti puisse être précisément déterminé ou plafonné, c'est-à-dire chiffré (en principal et accessoires, en ce compris les intérêts) et qu'il ne conduise pas à un dépassement du montant total (et le cas échéant individuel) du plafond préalablement autorisé par le conseil d'administration ;
- 2- L'autorisation préalable peut également être ponctuelle et spécifique (« ad hoc ») lorsqu'elle est donnée pour un montant déterminé et doit l'être impérativement lorsque le montant des garanties ne peut être précisément chiffré (ce qui est notamment le cas des garanties dont le montant est seulement déterminable) ou lorsqu'un tel engagement ne comporte de précision que sur le montant en capital, hors accessoires (et donc intérêts).⁷³

5.2 En droit prospectif

Actualisation : L'article 18 de la proposition de loi n°658 de simplification, de clarification et d'actualisation du Code de commerce du 1^{er} juin 2016 dans sa version issue du texte de la commission des lois du Sénat propose de réformer la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties octroyés par le conseil d'administration et vise à faciliter **l'octroi de garanties par une société-mère à ses filiales contrôlées** au sens de l'article L 233-16 du Code de commerce, dans les groupes de sociétés, en précisant :

- 1- que l'autorisation et donc **ces garanties, peuvent être accordées globalement et annuellement sans limite de montant,**
- 2- mais aussi qu'**elles peuvent être octroyées, le cas échéant sans limite de montant, par délégation expresse du conseil d'administration** ou de surveillance habituellement compétent, **par le directeur général ou le directoire, sous réserve d'en rendre compte à la plus prochaine réunion du conseil.**

L'objectif est, notamment, de permettre aux filiales de sociétés françaises à l'étranger de répondre plus rapidement à des appels d'offres internationaux, qui exigent souvent des garanties de la part des sociétés-mères pour couvrir les obligations de leurs filiales dans le cadre de ces contrats.

Concernant les modalités d'octroi de la garantie et de l'autorisation du conseil, il conviendrait donc, à l'avenir, de distinguer selon que la société bénéficiaire de la garantie est ou non une filiale de la société désirant se porter garante de sa fille, ou, dit autrement mais ce qui revient au même, selon que la société

⁷² V en ce sens Laurent Aynès, Pierre Crocq, Philippe Delebecque et Gaëlle Marraud des Grottes, Lamy droit des sûretés, n°145-9

⁷³ Rép. Fréville : AN 11-12-1995 p. 5258 n° 30373, 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

garante est ou non une société mère qui contrôle la société bénéficiaire de la garantie au sens de l'article L 233-16 du Code de commerce. Dans l'affirmative, une autorisation globale et annuelle et par conséquent une garantie sans limite de montant pourrait être donnée ; dans le cas contraire, la procédure actuelle resterait applicable.

6. La procédure et les conditions d'octroi de l'autorisation du conseil

Elles sont précisées par l'article R 225-28 du Code de commerce et semblent s'appliquer que l'autorisation soit exprimée ou donnée dans le cadre du plafond (global et/ou particulier) prévu par l'article (à l'exception de l'exigence relative à la limitation du montant qui ne s'applique pas aux autorisations ad hoc).⁷⁴

6.1 Destinataire de l'autorisation octroyée par le conseil

L'autorisation ne peut être donnée qu'au directeur général (ou au directoire, selon le cas). Toute autorisation donnée directement au directeur général délégué serait irrégulière.⁷⁵ Nul n'étant censé ignorer la loi, la société pourrait utilement faire valoir qu'un engagement souscrit par un directeur général délégué en vertu d'une autorisation donnée à ce dernier par le conseil d'administration ne lui est pas opposable. Le bénéficiaire de la garantie ne pourrait donc pas se prévaloir de sa bonne foi pour soutenir que la société est néanmoins engagée.⁷⁶

Un arrêt récent de la Cour de cassation et un auteur semblent implicitement admettre que le conseil d'administration puisse déléguer directement ce pouvoir à son président et non seulement au directeur général, à condition que la preuve de cette délégation puisse être rapportée.⁷⁷ Cette interprétation n'est toutefois pas certaine dans la mesure où la Cour d'appel qui avait jugé que « *le directeur général pouvant légalement en la matière déléguer dans la limite de la décision du conseil d'administration, il en va de même de son président qui a été autorisé à faire le nécessaire* » est censuré par la Cour de cassation au motif qu'« *qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que le conseil d'administration n'avait autorisé que M. X..., président du conseil d'administration, à signer l'engagement de caution, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que celui-ci avait effectivement délégué ses pouvoirs à M. Y..., administrateur, et ne pouvait retenir l'existence d'un mandat apparent de celui-ci, a violé les textes susvisés* ». Certes, la cassation intervient pour un tout autre motif (l'absence de preuve de la délégation et le refus de reconnaître l'existence d'un mandat apparent) et la Haute juridiction semble reprendre à son compte cette partie du raisonnement des juges du fond (« *alors qu'elle avait relevé que le conseil d'administration n'avait autorisé que M. X..., président du conseil d'administration* »), néanmoins il est difficile d'en tirer des conclusions définitives en l'absence de jurisprudence plus précise sur cette question.

Actualisation : L'article 18 de la proposition de loi n°658 de simplification, de clarification et d'actualisation du Code de commerce du 1^{er} juin 2016 dans sa version issue du texte de la commission des lois du Sénat propose de réformer la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties octroyés par le conseil d'administration et vise à faciliter **l'octroi de garanties par une société-mère à**

⁷⁴ Cela résulterait de l'article L 225-35 alinéa 4 du Code de commerce qui prévoit que « *les cautions, avals et garanties donnés par les sociétés (...) font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées en conseil d'Etat.* » et renvoie donc expressément à l'article R 225-38 du Code de commerce le soin de déterminer les conditions d'octroi de l'autorisation, sans distinguer selon le type d'autorisation dont il s'agit.

⁷⁵ Communication Ansa, comité juridique n° 06-052 du 4-10-2006

⁷⁶ V. en ce sens Editions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, édition 2015, n°40913

⁷⁷ Cass com, 24 sept. 2014, n°13-21.352; Rev. sociétés 2014, obs. Prévost

ses filiales contrôlées au sens de l'article L 233-16 du Code de commerce, dans les groupes de sociétés, en précisant :

- 1- que l'autorisation et donc **ces garanties, peuvent être accordées globalement et annuellement sans limite de montant,**
- 2- mais aussi qu'**elles peuvent être octroyées, le cas échéant sans limite de montant, par délégation expresse du conseil d'administration** ou de surveillance habituellement compétent, **par le directeur général ou le directoire, sous réserve d'en rendre compte à la plus prochaine réunion du conseil.**

L'objectif est, notamment, de permettre aux filiales de sociétés françaises à l'étranger de répondre plus rapidement à des appels d'offres internationaux, qui exigent souvent des garanties de la part des sociétés-mères pour couvrir les obligations de leurs filiales dans le cadre de ces contrats.

Concernant la possibilité pour le directeur général d'octroyer à l'avenir des garanties sans limitation de montant à la suite d'une délégation qu'il aurait reçue du conseil d'administration (ou de surveillance selon le cas), il conviendrait donc, à l'avenir, de distinguer selon que la société bénéficiaire de la garantie est ou non une filiale de la société désirant se porter garante de sa fille, ou, dit autrement mais ce qui revient au même, selon que la société garante est ou non une société mère qui contrôle la société bénéficiaire de la garantie au sens de l'article L 233-16 du Code de commerce. Dans le premier cas, le directeur général pourrait octroyer une garantie sans limite de montant si le conseil d'administration (ou de surveillance le cas échéant) l'a autorisé en ce sens ; dans le cas contraire, il devra respecter les termes et le montant de l'autorisation, spéciale ou globale et annuelle, telle que définie par le conseil d'administration, selon le cas.

6.2 Montant limité de l'autorisation octroyée

L'article R 225-28 alinéa 1^{er} du Code de commerce précise 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.* »

Il résulte de ce texte que si les cautions, avals ou garanties ont été données pour un montant total supérieur à la limite fixée pour la période en cours, le dépassement ne peut être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède, à lui seul, l'une des limites fixées par la décision du conseil d'administration prise en application du premier alinéa.

L'autorisation doit être donnée pour un montant limité, les cautionnements, avals et garanties étant alors accordés librement par le directeur général ou ses délégués jusqu'à ce que le plafond fixé par le conseil soit atteint. Mais le conseil peut également, dans la limite du plafond global, imposer son autorisation préalable pour toute garantie, au sens large, dépassant un montant déterminé : par exemple, il peut décider que les garanties seront accordées librement sous réserve, d'une part, que leur total ne dépasse pas telle somme et, d'autre part, que chaque engagement ne dépasse pas telle autre somme. Les limites particulières peuvent d'ailleurs ne concerner que telle ou telle forme de garantie : par exemple, telle somme pour chaque cautionnement, elle autre somme pour chaque aval, etc.

Tout engagement qui excéderait la limite particulière éventuellement imposée ou, à plus forte raison, le plafond global devrait faire l'objet d'une autorisation particulière du conseil (art. R 225-28, al. 1). **Tel**

est le cas notamment des engagements dont le montant ne peut être fixé avec précision comme, par exemple, ceux résultant des lettres d'intention ou ceux correspondant à des garanties de bonne fin puisqu'ils sont susceptibles de dépasser les plafonds. Une réponse ministérielle a en effet précisé qu'une autorisation est spécialement requise lorsque le montant des obligations ne peut être précisément chiffré, de même que lorsque l'engagement ne comporte de précision que sur le montant du capital, hors accessoires (et donc intérêts).⁷⁸ En d'autres termes, il en résulte qu'une autorisation donnée spécialement par le conseil au directeur général relativement à l'octroi d'un cautionnement, d'un aval ou de toute autre garantie peut l'être valablement sans que soit indiqué le montant maximum de l'engagement ainsi pris au nom de la société.⁷⁹

En présence d'une autorisation *ad hoc* sans limitation de montant, il nous semble que la simple augmentation ultérieure du montant de l'engagement sous-jacent garanti n'est pas véritablement problématique dans la mesure où l'autorisation et la garantie n'étaient de toute façon pas déjà plafonnées ni limitées à l'origine, *ab initio*, au moment où la garantie avait été autorisée par le conseil. Il devrait en aller de même en présence d'un plafond global et/ou particulier à condition que le montant augmenté et cumulé des garanties octroyées ne dépasse pas non plus ce plafond après l'augmentation.

Il nous semble en effet que cette autorisation d'un montant global et/ou particulier autorisé par le conseil pourrait également couvrir une augmentation, une modification ou une révision ultérieure du montant de l'engagement garanti, dans la limite du plafond global et/ou particulier ainsi fixé, sous réserve et à condition que cette augmentation ou cette révision (par hypothèse à la hausse) du montant de l'engagement garanti, et consécutivement l'augmentation du montant de la garantie, ne conduise pas à une modification trop substantielle des termes de l'engagement sous-jacent garanti ni, par ricochet, de ceux de la garantie, qui doit demeurer conforme aux termes de l'autorisation donnée par le conseil (voir *infra* sur ce point). Sous cette seule réserve, il ne semble pas y avoir d'obstacle à ce qu'une même autorisation fixant un plafond global et/ou particulier puisse couvrir une augmentation du montant de l'engagement initialement garanti, dès lors bien sûr que le montant ainsi révisé demeure inférieur à la limite ainsi fixée dans l'autorisation initiale et au montant cumulé des garanties déjà accordées au titre de cette même autorisation (après prise en compte du montant de l'augmentation de la garantie concernée). Il en ira *a fortiori* ainsi lorsque l'autorisation aura prévu *ab initio* qu'elle couvrira toute augmentation du montant de la garantie, dans la limite du plafond fixé, et qu'elle continuera à s'appliquer nonobstant cette augmentation. Le conseil a donc tout intérêt à prévoir la possibilité d'une telle augmentation ultérieure (dans la limite du plafond prévu) dans son autorisation initiale.

Il devrait en aller de même *a fortiori*, en présence d'une autorisation *ad hoc* donnée pour une garantie une qui ne serait pas plafonnée ni limitée dans son montant et donc en l'absence de tout plafond global et/ou particulier dans cette hypothèse, dans la mesure où la garantie a déjà été autorisée pour un montant illimité, nonobstant l'absence de tout plafond et le caractère indéterminé du montant de la garantie octroyée.

La réponse ministérielle précise en outre que ces solutions sont transposables aux sociétés anonymes dotées d'un directoire et d'un conseil de surveillance.

Enfin, la doctrine n'a pas manqué de relever que l'article R 225-28, alinéa 1^{er} prévoit seulement que le conseil « peut », dans la limite d'un certain montant, autoriser le directeur général à donner des cautionnements, avals ou garanties au nom de la société. Les auteurs en déduisent qu'il ne s'agit donc

⁷⁸ Rép. Fréville : AN 11-12-1995 p. 5258 n° 30373, 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

⁷⁹ V. en ce sens Jeans-Jacques Caussain et Alain Viandier, JCP E, n°11, 1996, p 541 Droit des sociétés

que d'une simple faculté et non pas d'une obligation.⁸⁰ Dès lors, il n'est pas interdit d'écarter cette faculté et de prévoir la nécessité pour le directeur général de solliciter l'autorisation du conseil lors de toute opération (quel qu'en soit le montant) ou encore, ce qui en fait reviendrait au même, de fixer des plafonds peu élevés. Mais il va de soi que cela risquerait d'entraîner une gêne sérieuse dans le fonctionnement de la société.

Actualisation : L'article 18 de la proposition de loi n°658 de simplification, de clarification et d'actualisation du Code de commerce du 1^{er} juin 2016 dans sa version issue du texte de la commission des lois du Sénat propose de réformer la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties octroyés par le conseil d'administration et vise à faciliter **l'octroi de garanties par une société-mère à ses filiales contrôlées** au sens de l'article L 233-16 du Code de commerce, dans les groupes de sociétés, en précisant :

- 1- que l'autorisation et donc **ces garanties, peuvent être accordées globalement et annuellement sans limite de montant,**
- 2- mais aussi qu'**elles peuvent être octroyées, le cas échéant sans limite de montant, par délégation expresse du conseil d'administration** ou de surveillance habituellement compétent, **par le directeur général ou le directoire, sous réserve d'en rendre compte à la plus prochaine réunion du conseil.**

L'objectif est, notamment, de permettre aux filiales de sociétés françaises à l'étranger de répondre plus rapidement à des appels d'offres internationaux, qui exigent souvent des garanties de la part des sociétés-mères pour couvrir les obligations de leurs filiales dans le cadre de ces contrats.

Concernant le montant de la garantie octroyée, il conviendrait donc, à l'avenir, de distinguer selon que la société bénéficiaire de la garantie est ou non une filiale de la société désirant se porter garante de sa fille, ou, dit autrement mais ce qui revient au même, selon que la société garante est ou non une société mère qui contrôle la société bénéficiaire de la garantie au sens de l'article L 233-16 du Code de commerce. Dans le premier cas, une autorisation globale et annuelle et par conséquent une garantie sans limite de montant pourrait être donnée ; dans le cas contraire, le régime actuel resterait applicable, ce qui veut dire que l'engagement devrait toujours pouvoir être chiffré et limité, à défaut de quoi une autorisation spéciale demeurerait nécessaire.

6.3 Etendue et conformité de la garantie à l'autorisation octroyée

La garantie accordée doit être conforme à l'autorisation donnée par le conseil. Une autorisation limitée ne peut donc pas être étendue au-delà des termes dans lesquelles elle a été expressément donnée. C'est ainsi qu'une telle autorisation ne permet pas au président de renoncer au bénéfice de discussion, ni de contracter au nom de la société un cautionnement pour un montant dépassant la limite prévue par l'autorisation.⁸¹

De même, le cautionnement garantissant l'exécution d'un contrat de crédit-bail portant sur un véhicule industriel a été déclaré inopposable à une société dès lors que le conseil d'administration de celle-ci avait autorisé l'octroi d'une garantie pour l'achat d'un véhicule et que l'on ne pouvait l'étendre à un contrat de

⁸⁰ Jean-Christophe Pagnucco, JCl Lexis Nexis, fasc 131-10, Le Conseil d'administration, n°37 ; Editions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, édition 2015, n°40914 ; Jacques Mestre, Dominique Velardocchio, Mestre-Chami, Lamy sociétés commerciales, éditions 2015, n°3589

⁸¹ V. par exemple en ce sens CA Paris, 17 décembre 2004, n°03-7280, 1^{ère} ch. B ;

crédit-bail, fût-il relatif au même véhicule.⁸² De même encore, le conseil d'administration d'une société anonyme ayant autorisé son président à se porter caution auprès d'une banque en garantie d'un prêt contracté par une autre société, l'acte par lequel celui-ci avait engagé la société vis-à-vis d'une personne physique qui s'était portée caution du même prêt de se substituer à elle, en cas d'inexécution de la substitution de garantie, a été déclaré inopposable à la société.⁸³

6.4 Caractère préalable de l'autorisation octroyée

L'autorisation doit être préalable à la convention, et ne peut être régularisée *a posteriori*, faute de quoi celle-ci est inopposable à la société.⁸⁴

La jurisprudence décide en effet que :

- Les tiers ne peuvent pas invoquer l'existence d'un mandat apparent pour suppléer l'absence d'autorisation⁸⁵ ;
- L'irrégularité résultant de l'absence d'une telle délibération ne peut être couverte ni par une confirmation tacite⁸⁶ ni même par une confirmation explicite, fût-elle donnée en connaissance de cause⁸⁷ ;
- La garantie ne peut faire l'objet d'une ratification postérieure par le conseil d'administration ni même par l'assemblée générale, fût-elle explicite, ou *a fortiori* implicite.⁸⁸

Il n'est donc pas possible de réparer le défaut d'autorisation préalable. Une décision postérieure, même de l'assemblée générale, est inopérante et la jurisprudence décide qu'en l'absence d'autorisation préalable, la sanction est l'inopposabilité de la garantie à la société.

En conséquence, il est certain que la signature de la garantie ne peut être antérieure à l'octroi de l'autorisation et que dès lors cette dernière ne saurait être rétroactive, ce qui signifie que l'autorisation doit toujours précéder l'octroi et la signature de la garantie.

En revanche, la question se pose de savoir si la prise d'effet de la garantie pourrait rétroagir avant l'autorisation ou, à défaut, s'il est possible d'envisager que la garantie préalablement et dûment autorisée par le conseil, sans être expressément rétroactive, puisse néanmoins couvrir et garantir des engagements contractuels antérieurs à l'autorisation et donc à la garantie (dans la mesure où l'autorisation doit toujours précéder la garantie), c'est-à-dire des obligations du contrat faisant l'objet de la garantie déjà nées, éventuellement exécutées antérieurement à la garantie, voire antérieurement à l'autorisation et ce depuis la date d'effet dudit contrat, dès lors que la signature de la garantie est bien postérieure à l'autorisation.

La question se pose en outre de savoir si l'engagement sous-jacent garanti pourrait lui-même rétroagir avant l'autorisation, et donc aussi avant la garantie dans la mesure où l'autorisation doit toujours être préalable à la garantie.

⁸² Cass. com. 22-5-2001 n° 1037 : RJDA 11/01 n° 1121 ; Bull. Joly Sociétés, 2001, p. 1007, n°231

⁸³ Cass. com. 22-3-2005 n° 497 : RJDA 8-9/05 n° 998

⁸⁴ Cass. com. 17-11-1992 : RJDA 2/93 n° 127 ; CA Metz 27-3-2012 n° 11/00721 : RJDA 6/12 n° 602

⁸⁵ Cass com, 24 sept. 2014, n°13-21.352; Rev. sociétés 2014, obs. Prévost ; Cass. com. 6-5-1986 : Bull. civ. IV n° 86 ; Cass. com. 24-2-1987 : Bull. civ. IV n° 56 ; Cass. com. 4-10-1988 : Bull. Joly 1988 p. 856, jurisprudence constante

⁸⁶ Cass. com. 15-10-1991, précité ; Cass. com. 11-6-2002 n° 1147 : RJDA 12/02 n° 1286

⁸⁷ CA Paris 13-2-1991 : Bull. Joly 1991 p. 405 note Delebecque

⁸⁸ Cass Com 15 octobre 1991 « société Kalamazoo c/Société Copigraph », RJDA 1991, n°1037

Ainsi, au moins 3 questions peuvent être posées :

- 1- Est-il possible d'autoriser la garantie d'un engagement rétroactif ?
- 2- La garantie pourrait-elle également être rétroactive et rétroagir avant l'autorisation ?
- 3- La garantie peut-elle couvrir et garantir des engagements antérieurs à celle-ci et, le cas échéant, à l'autorisation ?

La doctrine et la jurisprudence ne permettent pas, en l'état actuel du droit positif, de répondre avec certitude à ces questions. Plusieurs réponses peuvent donc être avancées selon l'interprétation retenue. Toutefois, certains arguments pourraient laisser penser que la garantie, préalablement et dûment autorisée par le conseil, sans être expressément rétroactive, pourrait néanmoins couvrir et garantir des engagements contractuels antérieurs à la garantie, voire à l'autorisation, le cas échéant.

Au moins trois hypothèses peuvent donc être envisagées :

- 1- la rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti avant la garantie et/ou avant l'autorisation (dans la mesure où celle-ci doit toujours précéder la garantie et lui être préalable) ;
- 2- la rétroactivité de la garantie avant l'autorisation ;
- 3- la possibilité pour la garantie de couvrir des obligations antérieures à la garantie, et le cas échéant, à l'autorisation (dans la mesure où l'autorisation doit être préalable à la garantie).

Nous examinerons successivement ces différentes hypothèses :

6.4.1 La rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti avant la garantie (et donc aussi avant l'autorisation)

Une première approche rapide de la question pourrait laisser penser qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon la date à laquelle l'engagement sous-jacent garanti rétroagit dans la mesure où l'autorisation doit toujours être préalable et précéder la garantie. Il n'y aurait dès lors pas lieu de distinguer entre la rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti **avant la garantie** et la rétroactivité de celui-ci garanti **avant l'autorisation** puisqu'il rétroagirait dans ce dernier cas nécessairement avant la garantie. Pourtant, il est également tout à fait concevable que l'engagement sous-jacent garanti puisse rétroagir seulement avant la garantie mais non avant l'autorisation, dans la mesure où l'autorisation doit toujours être préalable et précéder la garantie. Il serait dès lors concevable que l'engagement rétroagisse uniquement avant la garantie sans devoir pour autant nécessairement rétroagir avant l'autorisation.

C'est pourquoi, il convient en réalité de distinguer deux types de rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti selon la date à laquelle ce dernier rétroagit :

- 1- La rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti **avant la garantie** (mais non avant l'autorisation) ;
- 2- La rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti **avant l'autorisation** (et donc également, par hypothèse, avant la garantie dans la mesure où l'autorisation est préalable et doit toujours précéder la garantie).

En l'absence de jurisprudence sur cette question et en fonction de l'interprétation retenue, différentes réponses et solutions sont possibles, selon l'interprétation retenue.

Selon une première interprétation, la plus restrictive et sans doute la plus conforme à l'esprit de l'article R 225-28 du Code de commerce et à l'interprétation restrictive qu'en retient la jurisprudence précitée, il pourrait être soutenu que l'engagement sous-jacent garanti ne peut être rétroactif et ne pourrait donc

rétroagir ni avant l'autorisation, ni donc avant la garantie au motif qu'il ne pourrait prendre ni produire effet avant l'autorisation, ni donc avant la garantie et qu'admettre le contraire (la rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti) aurait, *in fine*, le même effet que d'admettre la rétroactivité de la garantie et donc celle de l'autorisation. Selon cette première interprétation, l'engagement sous-jacent garanti ne pourrait donc rétroagir avant l'autorisation, ni donc avant la garantie.

Un raisonnement par analogie avec la solution retenue s'agissant des conventions réglementées pourrait également être tenu : le fait qu'il s'agisse d'une autorisation conduit certains auteurs à considérer que la convention ne saurait avoir un effet rétroactif.⁸⁹ Le Conseil national des commissaires aux comptes a pris une position identique.⁹⁰

Ce dernier considère en effet que l'autorisation doit intervenir avant la conclusion de la convention et qu'elle ne peut donc concerner une convention avec un effet rétroactif. Il admet toutefois qu'une convention puisse être conclue sous condition suspensive de l'autorisation du conseil⁹¹, ce qui semblait contradictoire avec l'affirmation précédente dans la mesure où la condition, une fois réalisée, rétroagissait à la date de conclusion du contrat⁹², ayant ainsi pour effet de lui donner naissance non pas à la date d'accomplissement de la condition (qui était celle de l'autorisation) mais à celle de sa conclusion initiale. Cette contradiction a toutefois disparu depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 qui a adopté une solution contraire à celle qui prévalait jusqu'alors en prévoyant désormais que l'obligation devient pure et simple à compter de la réalisation de la condition, sous réserve de la volonté contraire des parties.⁹³

C'est également ce qu'a jugé la Cour d'appel de Versailles mais dans un cas d'urgence où l'intérêt social lié à l'avantage retiré par la société de l'opération nécessitait que celle-ci soit promptement conclue, sans attendre la réunion du conseil. Il en résulte qu'il est alors admissible qu'une convention soit valablement conclue sous condition suspensive de l'autorisation du conseil avant que celui-ci ne délibère.⁹⁴

Les auteurs admettent également que la convention conclue sous la condition suspensive de l'autorisation du conseil répond parfaitement aux exigences légales.⁹⁵

Selon une seconde interprétation, plus permissive ou moins restrictive, et que nous qualifierions d'intermédiaire, l'engagement garanti pourrait rétroagir seulement avant la date de la garantie mais non

⁸⁹ V. Par exemple Frédéric Dannenberger, Conventions réglementées et conventions interdites, Etude Joly Sociétés, n°140, qui cite Bull. CNCC, n°103, 1996, p. 507, mais pour qui cette solution semble pouvoir être discutée : « *La rétroactivité est une fiction juridique qui permet de faire remonter dans le temps les effets d'une convention. La convention est seulement réputée avoir pris effet à une date antérieure à sa conclusion.* »

⁹⁰ Bull. CNCC, n°103, 1996, p. 507

⁹¹ Ibid

⁹² L'article 1179 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la publication de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 disposait en effet que : « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté.* »

⁹³ Le nouvel article 1304-6 du Code civil prévoit désormais que « *L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.*

Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. (...) »

⁹⁴ CA Versailles, 29 nov. 1990 : D. 1991, jurispr. p. 133, note Y. Guyon ; JCP E 1991, II, 168 note M. Jeantin ; RJ com. 1992, p. 150, note J.-C. May ; Dr. sociétés 1991, comm. 186, confirmant T. com., Nanterre 30 mai 1989 : Gaz. Pal. 1989, 2, somm. p. 430, obs. P. de Fontbressin

⁹⁵ V. notamment en ce sens Dominique Bureau et Jean-Jacques Ansault, Jurisclasseur Sociétés Traité Lexis Nexis, fasc 130-50, n°54 qui cite J. Escarra et J. Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales : Sirey 1952, t. IV, n°1436 ; Deen Gibirila, JCI Commercial, Lexis Nexis, fasc. 1396, n°7 ; Catherine Malecki, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, Conventions réglementées, n°41.

avant celle de l'autorisation, dès lors que la garantie a été préalablement autorisée par le conseil antérieurement avant sa signature, que l'autorisation octroyée est expressément rétroactive et qu'elle autorise expressément la couverture d'engagements rétroactifs, antérieurs à la garantie.

Enfin, selon une troisième et dernière interprétation, la plus permissive, l'engagement garanti pourrait rétroagir non seulement avant la date de la garantie mais aussi avant celle de l'autorisation, dès lors que la garantie a été préalablement autorisée par le conseil antérieurement, que l'autorisation octroyée est expressément rétroactive et qu'elle autorise expressément la couverture d'engagements rétroactifs, antérieurs à la garantie.

Plusieurs arguments pourraient être relevés en faveur de la validité d'une telle rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti avant la date de la garantie, et avant celle de l'autorisation, le cas échéant.

En premier lieu, l'autorisation est toujours antérieure et préalable à l'octroi de la garantie (qui de ce fait est bien postérieure à celle-ci), formellement l'exigence d'autorisation préalable serait donc également respectée. D'autre part, le conseil d'administration aura pu se prononcer en connaissance de cause sur l'octroi de la garantie d'un tel engagement (expressément rétroactif), qu'il est donc libre d'autoriser ou de refuser, tout comme il devrait être libre de pouvoir étendre l'autorisation à des engagements déjà nés ou au contraire de la limiter et de la restreindre à des engagements postérieurs à l'autorisation, voire à la garantie, et donc futurs exclusivement. Il en résulte que le conseil, s'il est libre de définir lui-même les termes de l'autorisation, devrait pouvoir autoriser la garantie d'engagements antérieurs à la date de la garantie et donc à l'autorisation, du moins lorsqu'il aura pu l'autoriser expressément et en parfaite connaissance de cause.

En second lieu, la rétroactivité dont il s'agit est celle de l'engagement sous-jacent garanti et non celle de la garantie ni celle de l'autorisation. Le caractère préalable de l'autorisation ne serait donc pas remis en cause, du moins formellement, par le caractère rétroactif de l'engagement garanti, si l'on admettait que celui-ci puisse rétroagir avant la garantie. Plus délicate serait sans doute l'hypothèse d'un engagement qui rétroagirait avant l'autorisation. Il est possible que le caractère préalable de l'autorisation s'y oppose. Toutefois, il nous semble possible d'admettre une telle rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti avant l'autorisation dès lors que l'autorisation est expressément rétroactive et qu'elle autorise expressément la couverture d'engagements rétroactifs, antérieurs à la garantie, auquel le cas conseil aura pu là encore se prononcer en toute connaissance de cause.

Toujours en ce sens, il pourrait être soutenu que le fait d'admettre que la garantie puisse couvrir des engagements déjà nés et conclus antérieurement à celle-ci (à supposer et en admettant que cela soit possible) aboutirait au même résultat et à des conséquences identiques à celles de la rétroactivité de la garantie, et donc, par conséquent, à celle de l'autorisation en ce sens que la garantie pourrait effectivement couvrir des engagements antérieurs à celle-ci, et donc, indirectement, à l'autorisation. La distinction entre la rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti, celle de la garantie (c'est-à-dire la garantie d'engagements déjà nés) et celle de l'autorisation apparaît donc comme toute largement artificielle. Dès lors, soit l'on admet que l'engagement garanti puisse rétroagir avant la garantie et donc avant l'autorisation, à condition qu'un tel engagement, ainsi que sa garantie, soient tous deux octroyés postérieurement à l'autorisation, qui demeure préalable, auquel cas celle-ci pourrait couvrir des engagements déjà nés et conclus antérieurement à la garantie et donc à l'autorisation ; soit l'on refuse une telle possibilité au motif que l'autorisation doit être préalable à la garantie et donc également aux

engagements sous-jacents garantis, auquel cas la garantie ne pourrait couvrir que des engagements futurs postérieurs à l'autorisation et donc à la garantie.⁹⁶

Enfin, une autre question était de savoir si la date de conclusion (de signature) du contrat qu'il s'agit de garantir doit également être nécessairement antérieure à l'octroi de la garantie et donc à l'autorisation ou si, au contraire, elle pourrait lui être postérieure dès lors que la signature de la garantie, elle, est bien postérieure à l'autorisation. Autrement dit, la question est de savoir si la date de signature du contrat qu'il s'agirait de garantir pourrait éventuellement précéder celle de la garantie et donc aussi celle de l'autorisation.

La réponse à cette question ne fait guère de doute. Comme indiqué précédemment, le garant, et plus encore une caution, peut toujours garantir des dettes présentes (qui préexistent à la garantie) ou à naître (autrement dit futures).

6.4.2 La rétroactivité de la garantie

Selon une première interprétation, la plus permissive, la garantie pourrait rétroagir avant la date de l'autorisation dès lors qu'elle est formellement autorisée par le conseil antérieurement à la signature de la garantie et que cette dernière est expressément rétroactive.

Plusieurs arguments pourraient être relevés en faveur de la validité d'une telle rétroactivité de la garantie.

En premier lieu, l'autorisation est toujours antérieure et préalable à l'octroi de la garantie (qui de ce fait est bien postérieure à celle-ci), formellement l'exigence d'autorisation préalable serait donc également respectée. D'autre part, le conseil d'administration aura pu se prononcer en connaissance de cause sur l'octroi d'une telle garantie (expressément rétroactive), qu'il est donc libre d'autoriser ou de refuser, tout comme il devrait être libre de pouvoir étendre l'autorisation à des engagements déjà nés ou au contraire de la limiter et de la restreindre à des engagements postérieurs et donc futurs exclusivement. Il en résulte que le conseil, s'il est libre de définir lui-même les termes de l'autorisation, devrait pouvoir autoriser la garantie d'engagements antérieurs à la date de l'autorisation, du moins lorsqu'il aura pu l'autoriser expressément et en parfaite connaissance de cause.

En second lieu, la rétroactivité dont il s'agit est celle de la garantie et non celle de l'autorisation. Le caractère préalable de l'autorisation ne serait donc pas remis en cause, du moins formellement, par le caractère rétroactif de la garantie, si l'on admettait que celle-ci puisse rétroagir avant l'autorisation.

Enfin et toujours en ce sens, il pourrait être soutenu que le fait d'admettre que la garantie puisse couvrir des engagements déjà ou précédemment conclus (à supposer et en admettant que cela soit possible) aboutirait au même résultat et à des conséquences identiques à celles de la rétroactivité de l'autorisation en ce sens que la garantie pourrait effectivement couvrir des engagements antérieurs à l'autorisation. La distinction entre la rétroactivité de la garantie (c'est-à-dire la garantie d'engagements déjà nés) et celle de l'autorisation apparaît donc comme toute largement artificielle. Dès lors, soit l'on admet que la garantie puisse rétroagir dès lors qu'elle est octroyée postérieurement à l'autorisation qui demeure préalable, auquel cas celle-ci pourrait couvrir des engagements déjà nés et conclus antérieurement à l'autorisation ; soit l'on refuse une telle rétroactivité au motif que l'autorisation doit être préalable à la garantie et donc également aux engagements garantis, auquel cas la garantie ne pourrait couvrir que des

⁹⁶ Voir infra pour cette seconde interprétation possible, celle-ci étant la plus restrictive

engagements futurs (éventuellement nés avant la garantie) et, en tout état de cause, postérieurs à l'autorisation.⁹⁷

Selon cette seconde interprétation, plus restrictive, et sans doute plus conforme à l'esprit de l'article R 225-28 du Code de commerce et à l'interprétation restrictive qu'en retient la jurisprudence précitée ainsi qu'à une lecture stricte du texte (qui semble être plutôt celle de la jurisprudence), il pourrait être soutenu que la garantie ne peut être rétroactive au motif qu'elle ne pourrait prendre ni produire effet avant l'autorisation et qu'admettre le contraire (la rétroactivité de la garantie) aurait, *in fine*, le même effet que d'admettre la rétroactivité de l'autorisation.

Un raisonnement par analogie avec la solution retenue s'agissant des conventions réglementées pourrait également être tenu : le fait qu'il s'agisse d'une autorisation conduit certains auteurs à considérer que la convention ne saurait avoir un effet rétroactif.⁹⁸ Le Conseil national des commissaires aux comptes a pris une position identique.⁹⁹

Ce dernier considère en effet que l'autorisation doit intervenir avant la conclusion de la convention et qu'elle ne peut donc concerner une convention avec un effet rétroactif. Il admet toutefois qu'une convention puisse être conclue sous condition suspensive de l'autorisation du conseil¹⁰⁰, ce qui semblait contradictoire avec l'affirmation précédente dans la mesure où la condition, une fois réalisée, rétroagissait à la date de conclusion du contrat¹⁰¹, ayant ainsi pour effet de lui donner naissance non pas à la date d'accomplissement de la condition (qui était celle de l'autorisation) mais à celle de sa conclusion initiale. Cette contradiction a toutefois disparu depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 qui a adopté une solution contraire à celle qui prévalait jusqu'alors en prévoyant désormais que l'obligation devient pure et simple à compter de la réalisation de la condition, sous réserve de la volonté contraire des parties.¹⁰²

C'est néanmoins ce qu'a jugé la Cour d'appel de Versailles mais dans un cas d'urgence où l'intérêt social lié à l'avantage retiré par la société de l'opération nécessitait que celle-ci soit promptement conclue, sans attendre la réunion du conseil. Il en résulte qu'il est alors admissible qu'une convention soit valablement conclue sous conditions suspensive de l'autorisation du conseil avant que celui-ci ne délibère.¹⁰³

⁹⁷ Voir infra pour cette seconde interprétation possible, celle-ci étant la plus restrictive

⁹⁸ V. Par exemple Frédéric Dannenberger, Conventions réglementées et conventions interdites, Etude Joly Sociétés, n°140, qui cite Bull. CNCC, n°103, 1996, p. 507, mais pour qui cette solution semble pouvoir être discutée : « *La rétroactivité est une fiction juridique qui permet de faire remonter dans le temps les effets d'une convention. La convention est seulement réputée avoir pris effet à une date antérieure à sa conclusion.* »

⁹⁹ Bull. CNCC, n°103, 1996, p. 507

¹⁰⁰ Ibid

¹⁰¹ L'article 1179 du Code civil dans sa rédaction antérieure à la publication de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 disposait en effet que : « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté.* »

¹⁰² Le nouvel article 1304-6 du Code civil prévoit désormais que « *L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive.*

Toutefois, les parties peuvent prévoir que l'accomplissement de la condition rétroagira au jour du contrat. (...) »

¹⁰³ CA Versailles, 29 nov. 1990 : D. 1991, jurispr. p. 133, note Y. Guyon ; JCP E 1991, II, 168 note M. Jeantin ; RJ com. 1992, p. 150, note J.-C. May ; Dr. sociétés 1991, comm. 186, confirmant T. com., Nanterre 30 mai 1989 : Gaz. Pal. 1989, 2, somm. p. 430, obs. P. de Fontbressin

Les auteurs admettent également que la convention conclue sous la condition suspensive de l'autorisation du conseil répond parfaitement aux exigences légales.¹⁰⁴

Enfin, une troisième possibilité serait d'envisager que la garantie préalablement et dûment autorisée par le conseil, sans pouvoir être expressément rétroactive, puisse néanmoins couvrir et garantir des engagements contractuels antérieurs à l'autorisation et donc à la garantie (dans la mesure où l'autorisation doit toujours précéder la garantie), c'est-à-dire des obligations du contrat faisant l'objet de la garantie déjà nées, éventuellement exécutées antérieurement à la garantie, voire antérieurement à l'autorisation et ce depuis la date d'effet dudit contrat, dès lors que la signature de la garantie est bien postérieure à l'autorisation.

6.4.3 La possibilité pour la garantie dûment et préalablement autorisée de couvrir des obligations déjà nées antérieurement à l'autorisation et donc à la garantie

Selon une première interprétation plutôt restrictive, et dans le même sens que précédemment, il pourrait de même être soutenu qu'une garantie ne puisse couvrir que des obligations nées postérieurement à celle-ci, et donc aussi, par conséquent, postérieurement à son autorisation et non encore exécutées, dès lors que l'on tient pour acquis que la garantie, qui doit être postérieure à l'autorisation, ne peut rétroagir avant la date de celle-ci.

En effet, le fait de pouvoir garantir des obligations dont le fait générateur est antérieur à la garantie reviendrait de fait à donner un effet rétroactif à la garantie et donc, indirectement, à l'autorisation, ce que la jurisprudence semble refuser absolument au vu des solutions précitées.

Mais une seconde lecture, plus pragmatique et que nous qualifierons d'intermédiaire, est également possible. Selon celle-ci, il serait possible de soutenir que la garantie, sans être expressément rétroactive, puisse néanmoins couvrir et garantir des dettes déjà nées, voire exécutées antérieurement à la date de signature ou de prise d'effet de la garantie mais non avant celle de son autorisation.

Dans ce cas en effet, l'autorisation est bien antérieure et préalable à l'octroi de la garantie (qui de ce fait est bien postérieure à celle-ci) ; formellement l'exigence d'autorisation préalable serait donc respectée. D'autre part, le conseil d'administration aura pu se prononcer en toute connaissance de cause sur l'octroi d'une telle garantie, qu'il est donc libre d'autoriser ou de refuser, tout comme il devrait être libre de pouvoir étendre l'autorisation à des engagements déjà nés ou au contraire de la limiter et de la restreindre exclusivement à des engagements postérieurs (et donc futurs) à l'autorisation, voire à la garantie, le cas échéant. Il en résulte que le conseil, s'il est libre de définir lui-même les termes de l'autorisation, devrait pouvoir autoriser la garantie d'engagements antérieurs à celle-ci, du moins lorsqu'il aura pu l'autoriser expressément et en parfaite connaissance de cause.

Cette seconde interprétation serait également fondée sur le droit commun des sûretés et plus spécialement sur le régime du cautionnement qui autorise la garantie de dettes présentes déjà nées aussi bien que la garantie de dettes futures. En ce sens, il est également admis qu'une fois nées, les obligations délictuelles ou quasi-délictuelles puissent également faire l'objet d'un cautionnement, afin par exemple, de permettre au débiteur d'obtenir des délais de règlement.¹⁰⁵

¹⁰⁴ V. notamment en ce sens Dominique Bureau et Jean-Jacques Ansault, Jurisclasseur Sociétés Traité Lexis Nexis, fasc 130-50, n°54 qui citent J. Escarra et J. Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales : Sirey 1952, t. IV, n°1436 ; Deen Gibirila, JCl Commercial, Lexis Nexis, fasc. 1396, n°7 ; Catherine Malecki, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, Conventions réglementées, n°41.

¹⁰⁵ V. en ce sens Philippe Simler, Cautionnement, JCl Lexis Nexis Civil, Cautionnement, fasc 25, n°10

Enfin, selon une troisième et dernière interprétation, la plus permissive, la garantie pourrait non seulement couvrir des engagements sous-jacents déjà nés qui lui sont antérieurs mais également des dettes présentes (i.e. déjà nées) antérieures à l'autorisation.

Conclusion

Cette dernière interprétation nous semble la plus pragmatique en ce qu'elle permet d'autoriser tout type de sûreté dès lors que l'autorisation est préalable et antérieure à l'octroi de la garantie.

Il n'y a en effet pas de raison d'exclure *a priori* par principe la garantie d'engagements conclus antérieurement à l'autorisation dès lors que cette dernière est préalable à la garantie puisque dans ce cas, d'une part l'exigence d'une autorisation préalable est bien formellement respectée et que, d'autre part, le conseil aura pu se prononcer (et donc accepter ou refuser d'autoriser la garantie) en toute connaissance de cause.

Néanmoins, en l'absence de position certaine de la jurisprudence et de la doctrine sur cette question et la jurisprudence paraissant retenir une interprétation particulièrement stricte des articles L 225-35 et R 225-28 du Code de commerce, la plus grande prudence s'impose en la matière. C'est pourquoi il serait préférable de limiter, sinon d'éviter, autant que possible, de garantir des engagements antérieurs à l'autorisation, afin de limiter le risque que la garantie soit déclarée inopposable à la société.

En revanche, et compte tenu des mêmes risques, il semble exclu que l'autorisation et la garantie puissent être qualifiées d'expressément rétroactives.

En tout état de cause, et pour les mêmes raisons d'élémentaire prudence, il conviendrait de ne pas mentionner expressément une telle rétroactivité dans la garantie et moins encore dans l'autorisation.

Toutefois, ce risque semble assez faible en pratique dans la mesure où, d'une part, la mention expresse de la rétroactivité n'aurait pas nécessairement pour effet d'augmenter les engagements de la société, à condition toutefois qu'il soit admis par la jurisprudence que la garantie, dûment autorisée et octroyée, puisse en pratique, contractuellement prévoir de couvrir l'ensemble des obligations auxquelles la filiale est tenue à compter de la date d'effet du contrat. D'autre part et en tout état de cause, la seule sanction réellement envisageable en l'état actuel de la jurisprudence est l'inopposabilité de la garantie à la société, solution qui, loin de la sanctionner, est au contraire à son avantage, dans la mesure où la jurisprudence semble par ailleurs fermer la voie à toute mise en cause de la responsabilité tant de la société que de son dirigeant dans cette hypothèse. S'agissant de ce dernier, la jurisprudence exige en effet que la faute soit détachable de ses fonctions sociales pour qu'il engage sa responsabilité personnellement. Or, il nous semble que la signature d'une garantie rétroactive préalablement autorisée par le conseil pour garantir les obligations d'une filiale entre dans le périmètre des pouvoirs du dirigeant et plus encore dans le cadre de l'exercice habituel de ses fonctions sociales, ce qui semble exclure tout risque de faute détachable dans cette hypothèse, en l'état actuel de la jurisprudence, particulièrement stricte et restrictive sur cette question (cf. infra §7).

6.5 Durée limitée de l'autorisation octroyée

L'article R 225-28 alinéa 2 du Code de commerce prévoit que « *La durée des autorisations prévues à l'alinéa précédent ne peut être supérieure à un an, quelle que soit la durée des engagements cautionnés, avaisés ou garantis.* »

Selon l'ensemble des auteurs et de la doctrine, le texte signifie seulement qu'au bout d'un an de nouvelles garanties ne peuvent être accordées qu'en vertu d'une nouvelle autorisation et qu'il n'est pas nécessaire de confirmer ou de renouveler les garanties en cours. La jurisprudence est également en ce sens.¹⁰⁶

A l'expiration de cette période, le conseil d'administration décidera, au vu des engagements en cours (lesquels doivent figurer dans l'annexe), le montant des nouvelles garanties qui pourront être accordées durant l'année à venir.

Actualisation : L'article 18 de la proposition de loi n°658 de simplification, de clarification et d'actualisation du Code de commerce du 1^{er} juin 2016 ne change pas ce point puisque « *l'autorisation peut, [mais dans ce cas doit], être donnée annuellement.* »

6.6 Possibilité pour le directeur général (ou le directoire, selon le cas) de consentir des délégations de pouvoirs

Le directeur général a la possibilité de déléguer les pouvoirs reçus du conseil pour accorder des garanties au nom de la société (article R 225-28 al. 4 du Code de commerce qui précise que « *Le directeur général peut déléguer le pouvoir qu'il a reçu en application des alinéas précédents.* ») Ainsi, des directeurs ou fondateurs de pouvoir pourront être autorisés à agir au lieu et place du directeur général en respectant, bien entendu, les limites fixées par le conseil lors de son autorisation. Il appartient au bénéficiaire de la garantie de vérifier la réalité de la délégation de pouvoirs consentie.¹⁰⁷

La preuve de cette délégation de pouvoir doit toutefois être rapportée ; à défaut l'engagement souscrit au nom de la société lui est inopposable.¹⁰⁸

La subdélégation est licite à condition qu'elle soit prévue et puisse être prouvée.¹⁰⁹

6.7 Dérogations à l'exigence d'un montant limité pour l'autorisation

Le conseil d'administration peut, sans limite de montant, autoriser son directeur général à donner, à l'égard des administrations fiscales et douanières, des cautionnements, avals ou garanties au nom de la société (art. R 225-28, al. 3). Le texte prévoit en effet que : « *Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, le directeur général peut être autorisé à donner, à l'égard des administrations fiscales et douanières, des cautions, avals ou garanties au nom de la société, sans limite de montant.* »

Cette dérogation ne porte que sur l'importance des sommes mises en jeu ; elle ne concerne pas la durée de l'autorisation, qui reste fixée à un an. Par conséquent, elle devra, si le conseil le juge opportun, être renouvelée chaque année, faute de quoi les plafonds (global et particulier) devront être respectés même pour les garanties accordées aux administrations fiscales et douanières.

¹⁰⁶ dans le même sens, CA Paris 25-5-1989 : BRDA 15/89 p. 21

¹⁰⁷ CA Orléans 13-10-2006 n° 04-2246 : RJDA 11/07 n° 1121

¹⁰⁸ Cass com, 24 sept. 2014, n°13-21.352; Rev. sociétés 2014, obs. Prévost ; CA Paris 14-4-1999 : RJDA 8-9/99 n° 945, JCPE 2000, p 31, obs A. Viandier J-J. Caussain ; v. dans le même sens CA Paris, 25^{ème} ch. B, 3 mars 2000, SA Interim Services Atlantique c/Danti, RJDA 2000, n°879 ; également Cas. Com, 1^{er} avril 2003, n°00-14.070, Bull Joly Sociétés 2003, p. 776, note F.-X Lucas, qui, en l'absence de preuve de la délégation de pouvoir, considère l'autorisation du conseil comme irrégulière et donc inopposable à la société

¹⁰⁹ CA Paris 14-4-1999 : RJDA 8-9/99 n° 945 ; JCPE 2000, p 31, obs A. Viandier J-J. Caussain, à quoi certains auteurs semblent ajouter qu'il faudrait, en outre, qu'elle ait été expressément autorisée dans la délégation (Editions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, édition 2015, n°40917).

6.8 Preuve de l'autorisation

S'agissant enfin de la preuve de l'autorisation ou de son absence d'autorisation, il est, à cet effet, particulièrement recommandé aux dirigeants signataires de joindre systématiquement le procès-verbal du conseil d'administration faisant mention de la délibération ayant abouti à ladite autorisation. La jurisprudence en la matière va dans le sens d'une admission particulièrement restrictive des éléments de preuve indirects ou imprécis de l'autorisation en question. Il a ainsi été jugé que l'absence de remise en cause de l'engagement par le conseil d'administration postérieurement à la mise en œuvre de la garantie ne permettait pas d'établir que celui-ci avait donné à son président l'autorisation préalable de souscrire la garantie en cause.¹¹⁰ De même, la Cour de cassation a décidé que le simple arrêté des comptes par le conseil d'administration et l'assemblée générale des actionnaires ne valait pas autorisation préalable au sens de l'article L. 225-35 du Code de commerce.¹¹¹

L'analyse de la jurisprudence montre d'ailleurs que la production des procès-verbaux joue un rôle tout aussi important, qu'il s'agisse de la preuve, apportée par le dirigeant, qu'il a été autorisé à réaliser l'opération en question pour le compte de la société comme de la preuve, apportée par la société, que le dirigeant n'a pas recueilli ladite autorisation et qu'ainsi la garantie irrégulièrement souscrite doit lui être déclarée inopposable. Il a en effet été jugé que, dès lors que le président du conseil d'administration alléguait l'inexistence d'une garantie, une simple attestation réalisée par ses soins était insuffisante à constituer la preuve de ce fait, en l'absence de production du registre des délibérations du conseil d'administration.¹¹² Cette exigence, qui conduit à faire de la production du registre des délibérations du conseil d'administration le seul moyen de preuve efficient de l'absence d'autorisation, est régulièrement rappelée en jurisprudence.¹¹³

7. Les sanctions en cas d'absence d'autorisation, de dépassement du plafond ou de l'autorisation octroyée

Il convient de distinguer le sort de la garantie (et éventuellement de l'autorisation accordée) (7.1) de la sanction du dirigeant l'ayant octroyé (7.2) et de celle de la société (7.3).

7.1 L'inopposabilité de la garantie à la société

Les conséquences des irrégularités commises en matière de cautionnements, avals ou garanties diffèrent selon que les engagements ont été donnés sans autorisation préalable du conseil (7.1.1), que celle-ci était irrégulière (7.1.2) ou que les engagements excèdent les limites fixées par le conseil par leur montant (7.1.3) ou leur durée (7.1.4).

¹¹⁰ Cass. com., 11 juin 2002 : JurisData n° 2002-014890

¹¹¹ Cass. com., 11 juill. 1998, Sté financière immobilière française c/ Banque de la Méditerranée

¹¹² Cass. com., 16 nov. 2004 : JurisData n° 2004-026777 ; JCP E 2005, 915, n° 11, obs. Ph. Simler ; Bull. Joly 2005, § 367, p. 366, note J.-F. Barbiéri ; Dr. sociétés 2005, comm. 49, obs. H. Hovasse ; RTD com. 2005, p. 120, note P. Le Cannu ; RJDA 2005, n° 280 ; RD bancaire et fin. 2005, n° 134, obs. A. Cerles

¹¹³ Cass. com., 5 mars 1996, n° 94-13.151 : JurisData n° 1996-000769 ; JCP G 1996, IV, 992, p. 130 ; Bull. civ. 1996, IV, n° 77 ; RD bancaire et fin. 1996, p. 122, obs. M. Contamine-Raynaud

7.1.1 La sanction de l'absence d'autorisation du conseil

Si les cautionnements, avals ou garanties ont été consentis sans autorisation préalable du conseil, la jurisprudence décide que l'engagement est inopposable à la société¹¹⁴ et ne peut faire peser sur elle aucune obligation.¹¹⁵

Il en est de même lorsque la garantie accordée n'est pas conforme à l'autorisation donnée par le conseil.¹¹⁶

Par exemple, le cautionnement garantissant l'exécution d'un contrat de crédit-bail portant sur un véhicule industriel a été déclaré inopposable à une société dès lors que le conseil d'administration de celle-ci avait autorisé l'octroi d'une garantie pour l'achat d'un véhicule et que l'on ne pouvait l'étendre à un contrat de crédit-bail, fût-il relatif au même véhicule.¹¹⁷ De même, le conseil d'administration d'une société anonyme ayant autorisé son président à se porter caution auprès d'une banque en garantie d'un prêt contracté par une autre société, l'acte par lequel celui-ci avait engagé la société vis-à-vis d'une personne physique qui s'était portée caution du même prêt de se substituer à elle, en cas d'inexécution de la substitution de garantie, a été déclaré inopposable à la société.¹¹⁸

Les tiers ne peuvent pas invoquer l'existence d'un mandat apparent pour suppléer l'absence d'autorisation¹¹⁹ ; en effet, ils ne sauraient prétendre qu'ils ignoraient cette absence d'autorisation puisque, en application de l'article R 225-28, il leur appartient de se renseigner sur le montant de la limite fixée par le conseil.¹²⁰

L'autorisation n'est valable que si elle a fait l'objet d'une délibération formelle du conseil préalable à l'octroi de la garantie. L'irrégularité résultant de l'absence d'une telle délibération ne peut être couverte ni par une confirmation tacite¹²¹ ni même par une confirmation explicite, fût-elle donnée en connaissance de cause.¹²²

L'inopposabilité s'applique même si le cautionnement a été donné en garantie des dettes d'une filiale à 100 %¹²³ et même si le bénéficiaire du cautionnement est un étranger.¹²⁴

De même, l'appartenance à un groupe de sociétés ne dispense pas les dirigeants d'une filiale de demander l'autorisation du conseil d'administration de cette filiale, même si la société mère a donné son accord à l'octroi de la garantie par la filiale.¹²⁵

Il convient toutefois de mentionner l'existence d'une proposition de loi de simplification, de clarification et d'actualisation du Code de commerce » déposée au Sénat le 4 août 2014 par le sénateur Thani Mohamed Soilihi et dont l'article 18 viserait à faciliter l'octroi de garanties par une société mère à ses

¹¹⁴ Cass. com. 15-10-1991 : RJDA 12/91 n° 1037 ; Cass. com. 8-12-1998 : RJDA 3/99 n° 303 ; Cass. com. 1-12-2009 n° 08-18.896 : RJDA 3/10 n° 259, jurisprudence constante

¹¹⁵ Cass. com. 15-1-2013 n° 11-27.648 : RJDA 4/13 n° 338

¹¹⁶ V. par exemple en ce sens CA Paris, 17 décembre 2004, n°03-7280, 1^{ère} ch. B ;

¹¹⁷ Cass. com. 22-5-2001 n° 1037 : RJDA 11/01 n° 1121 ; Bull. Joly Sociétés, 2001, p. 1007, n°231

¹¹⁸ Cass. com. 22-3-2005 n° 497 : RJDA 8-9/05 n° 998

¹¹⁹ Cass. com. 24 sept. 2014, n°13-21.352 ; Rev. sociétés 2014, obs. Prévost ; Cass. com. 6-5-1986 : Bull. civ. IV n° 86 ; Cass. com. 24-2-1987 : Bull. civ. IV n° 56 ; Cass. com. 4-10-1988 : Bull. Joly 1988 p. 856, jurisprudence constante

¹²⁰ CA Paris 19-2-2003 n° 01/19815 : RJDA 5/04 n° 580

¹²¹ Cass. com. 15-10-1991, précité ; Cass. com. 11-6-2002 n° 1147 : RJDA 12/02 n° 1286

¹²² CA Paris 13-2-1991 : Bull. Joly 1991 p. 405 note Delebecque

¹²³ Cass. com. 28-4-1987 : Bull. civ. IV n° 102

¹²⁴ Cass. com. 8-11-1988 : Bull. civ. IV n° 302

¹²⁵ CA Paris 24-4-1990 : D. 1990.IR.130

filiales contrôlées, dans les groupes de sociétés, en précisant que ces garanties peuvent être accordées sans limite de montant, mais aussi qu'elles peuvent être octroyées, par délégation expresse du conseil d'administration ou de surveillance habituellement compétent, par le directeur général ou le directoire, sous réserve de ratification ultérieure. L'objectif est, notamment, de permettre aux filiales de sociétés françaises à l'étranger de répondre plus rapidement à des appels d'offres internationaux, qui exigent souvent des garanties de la part des sociétés-mères pour couvrir les obligations de leurs filiales dans le cadre de ces contrats.¹²⁶

Dans un courrier du 14 novembre 2014 adressé au sénateur Soilihi, l'ANSA a approuvé l'ensemble de ces propositions.¹²⁷

7.1.2 La sanction de l'irrégularité de la procédure et/ou de l'autorisation : l'inopposabilité de la nullité (résultant de l'irrégularité) de l'autorisation du conseil au créancier de bonne foi bénéficiaire de la garantie

L'irrégularité de l'autorisation donnée par le conseil est inopposable au bénéficiaire de la garantie dès lors que l'autorisation a bien fait l'objet d'une délibération du conseil dont le bénéficiaire ne pouvait pas subodorer l'irrégularité.¹²⁸

La jurisprudence décide en effet que si la décision du conseil ayant autorisé le cautionnement a été prise dans des conditions irrégulières, la nullité en résultant est inopposable au créancier de bonne foi.¹²⁹

Cette solution résulte de l'article L 235-12 du Code de commerce qui dispose que « *Ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi.* »

Dès lors qu'il a pu croire à l'existence de l'autorisation, le créancier est de bonne foi. S'il peut être exigé de lui qu'il sache qu'une autorisation du conseil est nécessaire en matière de cautionnements, avals ou garanties car nul n'est censé ignorer la loi, la société ne saurait lui imposer de vérifier la régularité de cette autorisation. Il est en effet de règle que ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi (art. L 235-12 du Code de commerce).

Ainsi, par exemple, une société anonyme ne peut pas se prévaloir à l'égard d'une banque de la nullité du procès-verbal du conseil ayant autorisé un cautionnement car, même si la banque est spécialiste en matière de financement et doit vérifier qu'une autorisation a bien été accordée, il ne peut pas être exigé qu'elle vérifie la régularité de l'autorisation produite.¹³⁰

7.1.3 Le dépassement des limites fixées par le conseil

Si les cautionnements, avals ou garanties ont été donnés pour un montant total supérieur à la limite globale fixée pour la période en cours, le dépassement ne peut pas être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède à lui seul l'une des limites (globale ou particulière) fixées par la décision du conseil d'administration (art. R 225-28, al. 5).

¹²⁶ Proposition de loi n°790 « de simplification, de clarification et d'actualisation du code de commerce » présentée par M. Thani Mohamed Soilihi

¹²⁷ Avis de l'ANSA Novembre 2014 – V n°14-060 (« Simplifications » : le point)

¹²⁸ CA Riom 29-1-2003 n° 01-2690 : RJDA 6/04 n° 722

¹²⁹ Cass. com. 11-2-1986 : Rev. sociétés 1986 p. 243 note Daigre ; Cass. com. 28-6-2005 n° 957 : RJDA 11/05 n° 1242

¹³⁰ CA Paris 15-2-2007 n° 05/12824 : RJDA 6/07 n° 630

Ainsi, les créanciers en faveur desquels la garantie est accordée agiront prudemment en se faisant communiquer la décision du conseil autorisant le directeur général à donner des garanties au nom de la société.

Si le montant de l'engagement dépasse l'une des limites (globale ou particulières) fixées par le conseil, la question se pose de savoir s'il faut considérer que cet engagement est inopposable à la société dans son ensemble ou que seul le montant du dépassement lui est inopposable, la société restant tenue dans la limite fixée par le conseil. La jurisprudence n'est pas clairement ni totalement fixée sur ce point. Certaines décisions ont pu sembler pencher pour la première solution¹³¹ tandis que les arrêts les plus récents sur la question ont retenu la seconde¹³², laquelle répondrait le mieux, selon la doctrine, aux exigences de sécurité juridique des relations contractuelles.¹³³ Il semble donc que la tendance de la jurisprudence, soutenue et appuyée par la doctrine, soit plutôt de ne sanctionner que le seul dépassement du montant de l'autorisation et de ne déclarer inopposable que le « surplus », la fraction de l'engagement dépassant le montant de l'autorisation, et non l'engagement en totalité.

Un argument textuel peut également être relevé au soutien de la seconde interprétation puisque le cinquième alinéa de l'article R 225-28 du Code de commerce mentionne uniquement et ne sanctionne explicitement que le simple et seul « dépassement ». Le texte dispose en effet que « *Si les cautions, avals ou garanties ont été données pour un montant total supérieur à la limite fixée pour la période en cours, le dépassement ne peut être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède, à lui seul, l'une des limites fixées par la décision du conseil d'administration prise en application du premier alinéa.* »

Mais, du moment que l'engagement est inférieur aux limites fixées par le conseil, la garantie accordée sur la seule signature du directeur général ou de son délégué sera valable même si, compte tenu des autres garanties déjà données à des tiers, le total des engagements consentis par le directeur général dépasse le « crédit » ouvert par le conseil d'administration.

Il est, en effet, pratiquement impossible pour les tiers de connaître le montant total des garanties accordées par le directeur général et de savoir si ce dernier est ou non en contravention avec la décision du conseil. Cependant, un dépassement non autorisé par le conseil serait opposable aux créanciers si la société pouvait prouver qu'ils avaient eu connaissance de ce dépassement.

7.1.4 Le dépassement du délai d'un an

Le cautionnement accordé par le directeur général plus d'un an après qu'il a été autorisé par le conseil est inopposable à la société.¹³⁴

¹³¹ CA Paris 12-5-1976 : Rev. sociétés 1977 p. 96 note Guilbeteau ; CA Paris 17-12-2004 n° 03-7280 : RJDA 7/05 n° 832 qui relève certes que « cette autorisation limitée ne pouvait être étendue au-delà des termes dans lesquels elle avait été expressément donnée » mais où la sanction retenue (l'inopposabilité du cautionnement souscrit dans sa totalité) pourrait semble-t-il également/d'avantage s'expliquer par le fait que le cautionnement solidaire octroyé et la renonciation de la société au bénéfice de discussion n'était pas conforme aux termes de l'autorisation du conseil et que celle-ci « ne permettait pas au président, es qualités, de renoncer au bénéfice de discussion, ni de contracter au nom de la société un cautionnement solidaire pour un montant dépassant la limite prévue par l'autorisation. » ; cf à rapprocher dans le même sens : Cass. Com. 22-5-2001 n°1037 : RJDA 11/01 n° 1121 aux termes duquel la garantie doit être conforme à l'autorisation donnée par le conseil d'administration.

¹³² CA Paris 15-2-2007 n° 05/12824 : RJDA 6/07 n° 630, v déjà auparavant en ce sens : CA Paris, 14 mars 2003, n°2002-9740, 3^{ème} ch, société Tyare c/CEPME

¹³³ Editions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, édition 2015, n°40923

¹³⁴ Cass. com. 20-10-1998 : RJDA 1/99 n° 58

7.2 La sanction du dirigeant ayant souscrit la garantie

Si en principe la responsabilité du dirigeant social envers les tiers est une responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil (7.2.2), elle peut parfois être recherchée en matière contractuelle dans certaines hypothèses (7.2.1).

7.2.1 L'éventuel engagement du dirigeant

Outre l'application de la théorie de la faute détachable, il advient en effet que des mécanismes de droit commun, issus du droit privé ou du droit spécial des sociétés, permettent une mise en cause directe de la responsabilité du dirigeant, notamment lorsque la personne morale n'a pas été engagée par les actes passés par le dirigeant à titre individuel. Ainsi, selon la doctrine, le dirigeant devient le débiteur direct et personnel du tiers lorsqu'il néglige de lui faire connaître qu'il agit au nom d'une société.¹³⁵

Une autre hypothèse concerne le dépassement des limites de ses pouvoirs par l'intéressé. Ce dernier est alors personnellement tenu d'exécuter le contrat, car la société n'est pas engagée. Selon un auteur, l'hypothèse classique est celle du président du conseil d'administration qui a consenti la caution, l'aval ou la garantie de la société à un tiers, sans que ceux-ci aient été autorisés par le conseil d'administration dans les conditions prescrites par l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce.¹³⁶ La caution, l'aval ou la garantie sont alors inopposables à la société.

Le fait que la garantie ainsi souscrite soit considérée comme inopposable, et non pas nulle, devrait en principe avoir des répercussions importantes sur le sort du dirigeant qui est à l'origine de cet engagement. Le cautionnement, bien qu'inopposable aux tiers et à la société, demeurerait valable dans les rapports entre le signataire et les créanciers. Autrement dit, le dirigeant se trouverait personnellement engagé.¹³⁷ Mais la Cour de cassation n'a jamais énoncé pareille solution et la doctrine, dans sa très grande majorité, la rejette. En effet, le président ne s'engage pas personnellement. Il intervient en sa seule qualité de représentant de la société. La faute du président a dès lors été commise en sa qualité d'organe social et non à titre personnel. Il y aurait dès lors deux obstacles majeurs à un engagement du président : la théorie de la personnalité morale et le principe selon lequel un cautionnement ne se présume pas (il est incontestable que le président n'a pas entendu s'engager à titre personnel ; un tel engagement est certes possible, mais il est alors généralement expressément mentionné que le président s'engage en son nom propre).¹³⁸

Cependant, et bien que divisée sur cette question, une autre partie de la doctrine considère que, bien qu'inopposable à la société, la garantie n'en est pas moins valable et devrait donc, en vertu du principe applicable en cas de semblable dépassement de pouvoir accompli par un mandataire social, être assumée personnellement par le dirigeant s'étant dispensé de l'autorisation précédemment mentionnée.¹³⁹

¹³⁵ Deen Gibirila, Dirigeants sociaux, responsabilité civile, JCI Commercial, fasc 1053, n°30 ; Benoît Le Bars, Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, n°60

¹³⁶ Deen Gibirila, Dirigeants sociaux, responsabilité civile, JCI Commercial, fasc 1053, n°30

¹³⁷ V ; notamment en ce sens Dominique Legeais, JCI Commercial, Lexis Nexis, Cautionnement – formation, n°85-86

¹³⁸ Dominique Legeais, JCI Commercial, Lexis Nexis, Cautionnement – formation, n°85-86

¹³⁹ En ce sens, P. Didier, note sous Cass. Com. 6 mai 1986, rev. Sociétés 1987. 257 ; Jean-Christophe Pagnucco, JCI Lexis Nexis, fasc 131-10, Le Conseil d'administration, n°45 ; voir également en faveur de l'existence d'un recours du créancier garanti contre le président ayant signé un cautionnement au nom de la société sans y être autorisé : CA Paris, 1er avr. 1992 : Rev. sociétés 1992, 558, obs. Y. Guyon ; M. Cozian, A. Viandier et F. Boissy, Droit des sociétés, 20^{ème} édition, n°577 ; Marie-Hélène de Laender, Recueil Dalloz 1999, p. 639 ; contra : Philippe Simler et Philippe Delebecque, Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière et JCP G 1999, I, 116 ; Philippe Delebecque et Frédéric-Jérôme Pansier, Conseil d'administration, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz qui estiment qu' « on voit mal cependant comment le dirigeant pourrait être lui-même engagé, car le cautionnement

Néanmoins, il semble, dans les faits, que cette possibilité ne soit que rarement exploitée par les créanciers ou, à tout le moins, qu'elle ne fasse pas l'objet d'un contentieux significatif en jurisprudence.¹⁴⁰La nullité, tout comme l'inopposabilité de la garantie, laissent donc, en principe, subsister les engagements pris par le signataire de l'acte.

Mais ainsi que le relèvent les auteurs précités, cette solution est toutefois susceptible d'être remise en cause par la solution retenue par la Cour de cassation s'agissant de la responsabilité du dirigeant social envers les tiers et la conception restrictive de la faute détachable qu'elle retient. Elle considère en effet que le dirigeant qui a engagé la société sans autorisation ne commet pas de faute détachable de ses fonctions et que par conséquent il n'engage pas sa responsabilité envers les tiers.¹⁴¹ A cela, certains auteurs ajoutent que l'on ne peut considérer le dirigeant comme engagé contractuellement contre sa volonté, *a fortiori* s'agissant d'un cautionnement qui ne peut être qu'exprès.¹⁴² Mais sur ce dernier point, il en irait toutefois différemment s'agissant des autres sûretés (garanties autonomes et lettres d'intention notamment).

Cependant, dans l'hypothèse où le signataire de l'acte a pris soin de préciser qu'il agissait en sa seule qualité de représentant social, la majorité de la doctrine et des auteurs¹⁴³, considèrent que le représentant de la personne morale s'étant, dans cette hypothèse et bien que sans habilitation, exprimé ès qualités, en qualité de représentant de la personne morale et non en son nom personnel et le consentement de l'une des parties à l'acte faisant défaut, la nullité ou l'inopposabilité de la garantie pour défaut ou dépassement de pouvoir n'est pas de nature à engendrer une obligation contractuelle personnelle à la charge du dirigeant dans cette hypothèse, puisque le signataire n'entendait pas s'engager lui-même.

Mais, même dans le cas où le dirigeant ne serait pas engagé personnellement, il peut dans ce cas avoir commis une faute (détachable) susceptible d'engager sa responsabilité envers les tiers. Encore faut-il que cette faute soit détachable (ou séparable) de ses fonctions sociales.

7.2.2 La responsabilité du dirigeant

Le dirigeant qui consent une garantie à un tiers sans autorisation du conseil commet une faute, mais cette faute ne peut permettre au bénéficiaire de la garantie d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant dès lors que ce dernier a agi dans l'exercice de ses fonctions et que la faute commise n'est pas détachable (ou séparable) de celles-ci.¹⁴⁴

ne se présume pas » ; Gaël Piette, Répertoire de droit civil Dalloz, Cautionnement, n°79 qui considère que « *ne pouvant être considéré lui-même comme caution, le dirigeant ne peut davantage voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'absence d'autorisation. En effet, la Cour de cassation estime qu'aucune faute séparable de ses fonctions ne peut lui être reprochée* » (Com. 20 oct. 1998).

¹⁴⁰ V. pourtant, pour une décision condamnant effectivement le président d'une société anonyme, signataire d'un acte de cautionnement qui n'était pas conforme à l'autorisation qu'il avait reçue du conseil d'administration, à supporter personnellement au profit du créancier le paiement du montant de la dette cautionnée, mais en justifiant sa décision par la faute délictuelle qui aurait ainsi été commise : CA Paris, 14 oct. 1997 : Dr. sociétés 1998, comm. 12, obs. D. Vidal

¹⁴¹ Cass. com. 20-10-1998 : RJDA 1/99 n° 58

¹⁴² V. en ce sens P. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 1991, 2^{ème} édition, n°169, P.146 ; M.Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, Litec, 1997, 4^{ème} édition, n°124-1, p113.

¹⁴³ V en ce sens Sébastien Jambort, « Cautions, avals et garanties », Joly sociétés, étude n°S-EC030. ; V. cependant les opinions qui ont été soutenues, avec diverses nuances, par Y. Guyon, P. Didier et P. Le Cannu, qui font peu de cas de l'absence de volonté personnelle du représentant social de s'engager.

¹⁴⁴ Cass. com. 20-10-1998 : RJDA 1/99 n° 58 ; Cass. com. 18-12-2001 n° 2121 : RJDA 5/02 n° 510 ; Cass. com. 9-6-2004 n° 903 : RJDA 8-9/04 n° 1003 ; Cass. Com, 9 juin 2004: JurisData n°2004-031643; Bull Joly, §272, p.1370, note P. Le Cannu.

Aboutissant à une quasi-impunité à l'égard des tiers, la théorie de la faute détachable a été très critiquée par la doctrine¹⁴⁵, les magistrats semblant accepter de promouvoir une conception restrictive de la notion de faute détachable sans pour autant exposer le critère à retenir en pratique. Par un arrêt du 20 mai 2003, la Cour de cassation a indiqué que la faute détachable ou séparable des fonctions « est une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ». ¹⁴⁶ Depuis cet arrêt, la notion de faute détachable est définie au moyen de deux critères principaux et cumulatifs : d'une part, la notion de faute intentionnelle, ce qui semble impliquer que le dirigeant social ait conscience de causer un dommage à autrui ; d'autre part, la notion de faute d'une particulière gravité. Il résulterait de ces deux critères que la faute est incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales et que celle-ci peut donc être qualifiée de détachable (des fonctions sociales). Un autre auteur estime, quant à lui, que la faute séparable résulte d'un triple critère. Il s'agirait d'une faute : intentionnelle ; d'une particulière gravité ; incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales¹⁴⁷, ce qui implique que soit démontré, cumulativement, qu'elle a été commise délibérément, présente une particulière gravité, et qu'elle est incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales, sans qu'il soit besoin toutefois, que le dirigeant ait été mu par des mobiles personnels. ¹⁴⁸

Quelle que soit l'analyse finalement retenue, cette condition semble renvoyer à l'hypothèse de la faute lourde. Si l'un de ces deux (ou trois) critères fait défaut, la faute commise ne pourra pas être considérée comme incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. Par conséquent, les tiers ne pourront alors rechercher que la responsabilité de la société. Poursuivant leur analyse de cet arrêt, la majorité des auteurs ont relevé qu'il permettait sans doute de considérer que la notion de faute détachable ne se réduirait pas à la faute intentionnelle d'une particulière gravité. En effet, dans son arrêt, la Cour de cassation, après avoir indiqué que la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux ne peut être retenue qu'en cas de faute détachable, précise « qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions ». La formule « il en est ainsi » conduit à estimer que la faute intentionnelle d'une particulière gravité n'est qu'une espèce ou une catégorie de faute séparable et suggère, par conséquent, qu'il peut y avoir d'autres types de fautes séparables que celle identifiée par l'arrêt du 20 mai 2003. L'arrêt donnerait une illustration d'espèce, mais ne permettrait pas de définir le genre, la notion elle-même. ¹⁴⁹

En définitive, et malgré leur plus grande fréquence, les tentatives d'engagement de la responsabilité des dirigeants par des tiers sont d'autant plus difficiles que la jurisprudence décide que leur faute n'est pas nécessairement séparable de leurs fonctions, même lorsqu'ils ont excédé leurs pouvoirs reconnues par la loi. ¹⁵⁰

¹⁴⁵ V. WESTER-OUISSE, Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant séparable de ses fonctions, Dalloz affaires 1999.782

¹⁴⁶ Cass. com. 20 mai 2003, no 99-17.092, D. 2003.2623, note B. Dondero, JCP, éd. E, 2003.1398, note S. Hadji-Artinian, Bull. Joly 2003.786, note H. Le Nabasque, JCP 2003. II. 10178, note Reifergerster

¹⁴⁷ B. Dondero, note préc., D. 2003.2624

¹⁴⁸ V. en ce sens Sébastien Jambort, « Cautions, avals et garanties », Joly sociétés, étude n°S:EC030, n°540

¹⁴⁹ Benoît Le Bars, Responsabilité civile des dirigeants sociaux, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, n°58

¹⁵⁰ (Cass. com., 20 oct. 1998 : JurisData n° 1998-003908 ; JCP E 1998, n° 51, p. 2025, note A. Couret ; Defrénois 1999, p. 240, obs. P. Le Cannu ; Rev. sociétés 1999, p. 111, note B. Saintourens ; D. 1999, p. 639, note H. de Laender. – V. aussi, Cass. com., 9 juin 2004, RJDA 8-9/2004, n° 1003 ; Bull. Joly Sociétés 2004, p. 1370, note P. Le Cannu, gérant de SARL, et Cass. com., 25 janv. 2005, RJDA 5/2005, n° 584 ; Bull. Joly Sociétés 2005, p. 599, note B. Le Bars, président de SA, rejetant la responsabilité en l'absence de fautes séparables des fonctions de dirigeant)

Ainsi, il a par exemple été jugé que la signature d'un acte par un dirigeant non habilité ne démontre pas le caractère délibéré de la faute, qui ne peut résulter que de la volonté de méconnaître les pouvoirs du conseil d'administration et/ou celle de porter atteinte aux droits du cocontractant.¹⁵¹

La Cour de cassation a de même estimé que « *le fait pour un dirigeant de prendre au nom de sa société l'engagement de garantir le paiement de dettes contractées par une société filiale et de ne pas révéler à un tiers la situation économique précaire de sa société ne caractérise pas une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales.* »¹⁵²

Selon certains auteurs, cette solution serait toutefois susceptible d'être remise en cause lorsque le dirigeant consent une garantie en sachant qu'elle est inopposable à la société car il y a faute séparable dès lors que le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales.¹⁵³ Mais, d'une part, la difficulté résiderait alors dans la nécessité pour le tiers ainsi lésé de devoir rapporter la preuve de ce que le dirigeant avait conscience de la gravité de la faute ainsi commise, voire celle de son intention de nuire au tiers. D'autre part, il n'est pas certain que la simple conscience du dépassement de ses pouvoirs suffise à caractériser l'existence d'une faute détachable du dirigeant qui, même dans ce cas, agirait néanmoins toujours dans l'exercice de ses fonctions sociales et non en son nom personnel ni pour son propre compte.

Toutefois, si l'octroi d'une garantie inopposable à la société ne paraît plus *a priori*, en l'état actuel de la jurisprudence, constituer une faute séparable des fonctions, il n'en demeure pas moins que le non-respect d'une procédure d'autorisation légalement imposée constitue, pour le directeur général, une variété de faute de gestion ou, à tout le moins, un fait générateur de sa responsabilité envers le groupement qu'il est chargé de représenter.¹⁵⁴ Pourtant, dans la mesure où il est difficile d'envisager qu'une garantie irrégulièrement conférée par la société, et déclarée inopposable à cette dernière, occasionne au groupement un véritable préjudice, il n'est même pas certain qu'en interne, le dirigeant en question puisse voir sa responsabilité engagée par la voie de l'action sociale.¹⁵⁵

De même, si le signataire de la garantie est un salarié agissant pour le compte d'un mandataire social, le bénéficiaire de cette garantie ne peut invoquer la responsabilité personnelle du salarié que si ce dernier a agi en dehors de la mission qui lui a été confiée.¹⁵⁶

¹⁵¹ CA Paris, 20 octobre 2011, n°09/22558

¹⁵² Cass com, 20 juin 2006, n°05-10052 : BJS janv. 2007, p. 84, n°8, note Dondero ; LPA 22 nov. 2006, p 18, 1^{ère} esp, note J-F Barbieri ; BRDA 18/06, p.2.

¹⁵³ V. notamment en ce sens Editions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, édition 2015, n°40921 qui cite Cass. Com. 20-5-2003 n°851 ; RJDA 8_9/03, n°842 ; v. également en ce sens Cass. Com, 31 mars 2015, n°14-14.575, Revue des sociétés, 2016, p. 102, note de Emeric Nicolas : « vers une « normalisation » de la faute séparable des fonctions sociales ? » ; contra : Bull. Joly Sociétés 2013, p. 186, note de Jean-François Barbieri qui relève que « outre l'incertitude née des fluctuations jurisprudentielles sur l'application de la notion, l'assurance de cette faute séparable pose problème, v. également du même auteur : « Recul ou progression de la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux ? », Jour. Sociétés mars 2012, p. 47.

¹⁵⁴ V en ce sens, Jean-Christophe Pagnucco, JCI Lexis Nexis, fasc 131-10, Le Conseil d'administration, n°46, qui cite C.com, art.225-251, al. 1^{er} qui dispose que « *Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.* »

¹⁵⁵ V. toutefois une hypothèse marginale, dans laquelle la société a été, malgré l'inopposabilité, condamné à réparer le préjudice subi par le tiers bénéficiaire, ayant été estimé que celui-ci provenait d'un dysfonctionnement sociétaire dont elle devait répondre sur le terrain délictuel : CA Paris, 15^{ème} ch. A, 25 juin 1996 : JurisData n°1996-021673.

¹⁵⁶ Cass. ass. plén. 25-2-2000 : RJDA 5/00 n° 614

En toute hypothèse, si une responsabilité personnelle est retenue, il faudra apprécier en fonction de chaque espèce le montant de la réparation selon le préjudice infligé au créancier et selon la participation de celui-ci à la cause de son préjudice. Selon la doctrine, l'appréciation de la responsabilité devra tenir compte de l'imprudence ou de la négligence du créancier qui aura omis de vérifier la réalité et l'étendue des pouvoirs du dirigeant, sans que cela puisse être de nature, a priori, à effacer la faute commise par le représentant social (sous réserve qu'elle soit qualifiée de « séparable »). Il devrait donc être exceptionnel que la réparation du préjudice subi par le créancier soit alignée sur le montant irrégulièrement garanti ; le plus souvent, le partage de responsabilité retenu entre le dirigeant et son cocontractant devrait conduire, au mieux, à une indemnisation partielle de ce dernier.¹⁵⁷

L'ensemble de la doctrine considère cependant que cette solution est peu satisfaisante dans la mesure où elle conduit en pratique à une impasse, le tiers étant privé de tout recours : contre la société, en raison de l'inopposabilité de l'engagement à la société, et contre le dirigeant en raison de l'exigence d'une faute détachable. Or, selon les auteurs, de deux choses l'une : soit la faute est détachable, auquel cas le dirigeant devrait avoir à en répondre personnellement ; soit elle ne l'est pas, auquel cas ce devrait être à la société de répondre des actes de son dirigeant mandataire social qui a agi en son nom et pour son compte dans l'exercice normal de ses fonctions sociales. En effet, la règle est en principe que la faute commise dans l'exercice des fonctions sociales, qu'elle oblige ou non son auteur, engage en tout cas celui pour le compte et dans l'intérêt duquel les fonctions sont exercées (en l'occurrence la société).¹⁵⁸

7.3 La responsabilité éventuelle de la société

La responsabilité de la société (mère ou holding) pourrait également être engagée sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle (C. civ. art. 1382) si elle a eu un comportement fautif ayant induit en erreur le cocontractant, par exemple en lui faisant croire à la solvabilité de sa filiale alors que la situation de celle-ci était déjà compromise.¹⁵⁹

De même, certains auteurs considèrent qu'il devrait en aller ainsi dans le cas où le créancier aurait été victime d'une fraude ourdie dans l'intérêt de la société, le dirigeant ayant sciemment consenti un cautionnement dont il savait qu'il n'obligerait pas la personne morale.¹⁶⁰

Certains auteurs considèrent même qu'à défaut de pouvoir poursuivre le dirigeant, le tiers lésé devrait pouvoir mettre en cause la responsabilité de la société au motif que même si la garantie n'engage pas la société en tant qu'acte juridique, il n'en reste pas moins que les conditions de sa conclusion révèlent une faute dans le fonctionnement social qui devrait permettre la mise en œuvre de la responsabilité de la personne morale à défaut de celle de son représentant. Toutefois, le créancier ayant commis une négligence en s'abstenant de vérifier les pouvoirs du dirigeant, sa propre faute devrait aboutir à réduire, voire à supprimer, son droit à réparation.¹⁶¹

Toutefois, la jurisprudence ne semble pas en ce sens.

¹⁵⁷ V. en ce sens Sébastien Jambort, « Cautions, avals et garanties », Joly sociétés, étude n°S:EC030, n°550

¹⁵⁸ V par exemple en ce sens Bruno Petit, Rtd Com 1999, p 142

¹⁵⁹ V notamment en ce sens Editions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, édition 2015, n°81190

¹⁶⁰ V Bruno Petit, Rtd Com 1999, p 142 (qui cite en ce sens CA Lyon, 13 nov. 1996 et CA Paris, 25 juin 1996) mais pour qui, dans cette hypothèse, la sanction devait logiquement consister dans l'inefficacité de la manœuvre frauduleuse, c'est-à-dire dans l'efficacité et donc l'opposabilité de la garantie, et non dans la responsabilité délictuelle de la société.

¹⁶¹ M. Cozian, A. Viandier et F. Boissy, Droit des sociétés, 20^{ème} édition, n°577

Il a ainsi été jugé, s'agissant d'un aval irrégulier d'un billet à ordre, donné par un préposé, secrétaire général, que la responsabilité de la société employeur ne peut être retenue ni sur le fondement de l'article 1382 du code civil, ni sur celui de l'article 1384 du code civil en raison du caractère spécial des dispositions de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 par rapport au code civil.¹⁶² Tout aval irrégulier impliquant la commission d'une faute soit de la part d'un dirigeant social soit de la part d'un salarié, la mise en jeu de la responsabilité de la société suppose donc des manœuvres frauduleuses ou au moins un dol spécial distinct de la simple émission d'un aval irrégulier, dol que l'émission d'une longue série d'avaux irréguliers ne suffit pas à caractériser. Par ailleurs, la société bénéficiaire de l'aval était supposée connaître le droit des sociétés et pouvait à tout moment vérifier la régularité des avaux qu'elle devait d'autant plus y être incitée lors de l'opération litigieuse que la signature était différente de celle des avaux précédents.

Dans le même sens, il a également été jugé que la responsabilité de la société n'est pas engagée (pas plus que celle de son dirigeant mandataire social) dès lors qu'il n'est pas rapporté la preuve qu'elle « *ait fait accroire* » au bénéficiaire de la garantie qu'elle apporterait à la société garantie un soutien dépassant ses simples engagements contractuels envers cette dernière.¹⁶³

En l'espèce, la banque délégataire avait pourtant pris le soin de faire insérer, dans la convention portant délégation de création, mention expresse de ce que « *le délégué déclare et garantit qu'il a obtenu de tout organe ou de toute personne habilitée toute autorisation requise pour la validité, la conclusion, l'exécution et la réalisation de la présente convention* », ce qui explique que la solution retenue soit souvent critiquée par la doctrine.¹⁶⁴

La plupart des auteurs expliquent et pour certains d'entre eux justifient la solution au motif que l'acte irrégulier lui étant inopposable, la société ne peut encourir aucune responsabilité et que la solution contraire reviendrait à lui rendre de fait opposable l'engagement souscrit mais non autorisé.¹⁶⁵

La conséquence est qu'en l'absence de faute détachable du dirigeant (hypothèse très rare et donc peu probable en pratique étant donné la conception étroite qu'en retient la jurisprudence), le tiers se trouve actuellement totalement démuné et privé de tout recours, que ce soit contre la société ou contre son dirigeant.

8. 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

A titre liminaire, il convient d'observer que cette question concerne uniquement les engagements garantis autorisés dans le cadre d'une enveloppe globale (et/ou particulière) fixée par le conseil d'administration conformément à l'article R 225-28 du Code de commerce et dont le montant peut être précisément chiffré et non ceux qui seraient seulement déterminables, dès lors qu'il est acquis qu'un engagement dont le montant n'est pas chiffré ni précisément déterminé mais seulement déterminable doit toujours faire l'objet d'une autorisation spéciale.

¹⁶² CA Paris, 17 déc. 2004 : JurisData n° 2004-264821 ; BRDA n° 5/2005, p. 3

¹⁶³ CA Paris, 22 octobre 2011, n°09/22558, SA Banque Safra

¹⁶⁴ Pour une critique de cet arrêt v. S.Jambort, BJS 2012, p.126

¹⁶⁵ V. ainsi notamment Bruno Petit, Rtd Com 199, p 142, précité, pour qui « *le mécanisme, cependant, serait peu satisfaisant puisque le dirigeant, privé de son pouvoir de représentation au titre de l'acte juridique conclu sans autorisation, n'en resterait pas moins, dans cette même hypothèse, apte à représenter la personne morale par son fait juridique. Le résultat, surtout, serait peu cohérent si le créancier pouvait systématiquement obtenir sur le fondement de la responsabilité ce qui lui est refusé sur le fondement du contrat* », v. également en ce sens Ph. Simler et Ph. Delebecque, obs sous Cass. Com, 20 oct 1998, JCP G, I, 116.

En effet, dans le cas contraire, c'est-à-dire en présence d'une garantie d'une obligation dont le montant est seulement déterminable et non précisément déterminé, une autorisation spéciale est expressément requise.¹⁶⁶

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 mais aussi 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 :

8.1 En présence d'une sûreté indépendante (garantie autonome et délégation imparfaite certaine) :

8.1.1 En présence d'une garantie autonome

En présence d'une garantie autonome (ou garantie à première demande aussi appelée garantie indépendante en raison de l'inopposabilité 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.¹⁶⁷

8.1.2 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)

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.

¹⁶⁶ Réponse ministérielle Fréville : AN 11-12-1995 p. 5258 n° 30373, 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

¹⁶⁷ 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.* »

Dans ce cas, le principe est celui de l'inopposabilité des exceptions¹⁶⁸, 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 (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 voir *infra*).

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

On distingue essentiellement deux types de garantie indemnitaire :

- 1- la lettre d'intention (génératrice d'une obligation tantôt de moyens, tantôt de résultat) ;
- 2- 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.

¹⁶⁸ Cass. com, 25 février 1992 : JCP G 1992, II, 21922 ; Cass. com, 22 avril 1997, n°95-17.664, Bull. civ.IV, n°98 ; JCP 1988 ; II. 10050 ; Cass. Com, 7 décembre 2004, n°03-13.595, Bull. civl. IV, n0214 ; D.2005. AJ 79, obs. lienhard ; JCP E 2005. 639, n°12, obs Pétel ; Cass. Com, 13 juin 2006, n°05-17.006 ; contra : 1^{ère} civ, 17 mars 1992, n°90-15.707 mais concernant selon la doctrine l'hypothèse d'une délégation imparfaite incertaine, d'où une incertitude relative quant à la portée de cet arrêt.

8.3 En présence d'une sûreté personnelle accessoire (cautionnement et délégation imparfaite incertaine)

8.3.1 En présence d'un cautionnement

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 garantie¹⁶⁹, 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.¹⁷⁰ 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.¹⁷¹
- En présence d'un cautionnement défini ou limité, le contrat de cautionnement comporte des limitations qui, outre la durée, peuvent avoir plusieurs objets : le montant garanti, la nature des dettes garanties ou les conditions de la garantie.¹⁷² 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,

¹⁶⁹ 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.* »

¹⁷⁰ Rep ministérielle Fréville : AN 11-12-1995 p. 5258 n° 30373, qui précise que l'autorisation particulière est requise même si l'absence de précision concerne seulement les accessoires de la créance

¹⁷¹ V. en ce sens la réponse ministérielle Fréville : AN 11-12-1995 p. 5258 n° 30373, 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

¹⁷² 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.* »

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.¹⁷³ Mais, là encore, il semble préférable de rappeler ce montant dans l'autorisation dès lors que celui-ci est précisément déterminé.

8.3.2 En présence d'une délégation imparfaite (non novatoire) et incertaine

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^{ère} 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.* »¹⁷⁴

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.* »¹⁷⁵

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.¹⁷⁶ 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^{ère} chambre civile, de se référer à l'engagement préexistant du délégant envers le délégataire et par conséquent de limiter à

¹⁷³ V. Rép ministérielle Fréville : AN 11-12-1995 p. 5258 n° 30373, 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

¹⁷⁴ Cass, 1^{ère} civ, 17 mars 1992, n°90-15.707

¹⁷⁵ Cass. com, 25 février 1992, n°90-12.863

¹⁷⁶ Cas, com, 7 décembre 2004, n°03-13.595 ; dans le même sens : Cass. Com. 13 juin 2006, n°05-17.006

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 stipulé 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.

9. 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

A 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 :

- 1- Dans la garantie elle-même ;
- 2- Dans l'obligation garantie.

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

9.1 S'agissant d'une clause limitative de responsabilité stipulée dans la garantie

A 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 limitée dans son montant) ; soit accessoire (hypothèse du 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.

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

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.

9.3 Les hypothèses de déplaçonnement

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 :

- 1- le dol ou la faute lourde confinant au dol du débiteur de l'obligation inexécutée¹⁷⁷ : 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 ;
- 2- le manquement du débiteur à une obligation essentielle¹⁷⁸ : 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 ;
- 3- le préjudice corporel : la personne étant hors du commerce, de nombreux auteurs¹⁷⁹ 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

¹⁷⁷ Cass. Ch. Mixte, 22 avril 2005, Bull. civ. ch mixte, n°3 et 4

¹⁷⁸ Cass com, 13 févr. 2007, 05-17.407, Bull. 2007, IV, N° 43 (« *Faurecia I* ») et Cass com, 29 juin 2010, n°09-11841, Bull. 2010, IV, n° 115 (« *Faurecia II* »)

¹⁷⁹ Voir notamment en ce sens Michel Périer, JCI Lexis Nexis fasc Resp n°202-1-1 qui cite notamment : Mazeaud et Chabas, *Traité de la responsabilité civile* : t. III, 2e vol., 6e 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, 2e 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. Josserand, *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

personne. Toutefois, la jurisprudence n'est pas totalement fixée sur ce point.¹⁸⁰ Il s'agirait donc d'une analyse au cas par cas.

9.4 Eléments de résolution du problème

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 (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 militer 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 requise¹⁸¹ 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 qualifierions 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

¹⁸⁰ 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 régates, 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^{ère} civ., 8 nov. 1983 : Bull. civ. 1983, I, n° 261 ; Gaz. Pal. 1984, I, p. 384, note Tarabeux)

¹⁸¹ En vertu de la réponse ministérielle à QE n°30373, JOAN Q. 11 déc. 1995, p. 5258

certains cas précis 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 serait déplafonné 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 déplafonnement) 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 portefeuille, 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. L'article 1150 du Code civil dispose en effet que « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.* »

Certes, cette limite est écartée en cas de dol et par la jurisprudence en cas 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 inopposable que dans ces trois hypothèses seulement.

Enfin, selon une troisième et dernière interprétation possible, 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. A 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.

**More
Books!** 



yes Oui, je veux morebooks!
I want morebooks!

Buy your books fast and straightforward online - at one of the world's fastest growing online book stores! Environmentally sound due to Print-on-Demand technologies.

Buy your books online at
www.get-morebooks.com

Achetez vos livres en ligne, vite et bien, sur l'une des librairies en ligne les plus performantes au monde!

En protégeant nos ressources et notre environnement grâce à l'impression à la demande.

La librairie en ligne pour acheter plus vite
www.morebooks.fr

SIA OmniScriptum Publishing
Brivibas gatve 197
LV-103 9 Riga, Latvia
Telefax: +371 68620455

info@omniscrptum.com
www.omniscrptum.com

OMNIscriptum 

