

tient exclusivement par visioconférence ou par des moyens de télécommunication, le procès-verbal peut être signé par signature électronique au moyen d'un procédé fiable d'identification de chacun des membres du bureau de l'assemblée. Il doit mentionner que l'assemblée s'est tenue par recours exclusif à la visioconférence ou

à des moyens de télécommunication dans les conditions prévues par l'article L. 225-103-1 du Code de commerce (C. com., art. R. 225-106).

*Mots-Clés* : Société anonyme - Assemblée générale - AGOA 2019

## 5 Le champ d'application de la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties dans la société anonyme

François SAUVAGEOT,  
avocat à la Cour,  
Bichot & Associés – A.A.R.P.I.

**Le présent article a pour objet d'exposer le domaine et le champ d'application de la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties dans la société anonyme.**

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 - 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.

### 1. L'absence d'atteinte au monopole bancaire

3 - À 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.

4 - 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.<sup>1</sup>

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 confé-

1. CA Paris, 14 avr. 1999 : D. 2000, somm., p. 456, obs. Synvet ; RJDA 1999, n° 981.

rant 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.<sup>2</sup>

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 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.<sup>3</sup>

5 - 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 »<sup>4</sup>, 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.

6 - 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.<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup>

## 2. Le champ d'application de l'autorisation requise au titre de l'article L. 225-35 du Code de commerce

7 - 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'État. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers. »<sup>7</sup>

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. »<sup>8</sup>

En effet, cette autorisation n'est requise que pour garantir les engagements pris par des tiers et non ceux de la société elle-même.<sup>9</sup>

**8 - 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 juridiquement contraignants et 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).

**9 - 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* »)<sup>10</sup>, quelle que soit par ailleurs la loi régissant les effets de la garantie et/ou l'obligation garantie.

**10 - 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 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 person-

2. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire : Litec*, 8<sup>e</sup> éd., 2010, n° 59 ; *Mémento Lefebvre Groupes de sociétés* 2016, n° 4333.

3. Rép. Dollo : AN 17 mars 1986, p. 1067.

4. Rapp. CECEI pour l'exercice 1999, p. 261.

5. CA Paris, 14 avr. 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. V. C. com., art. L 225-68 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.

8. Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-28.173 : *JurisData* n° 2013-000295. – V. également : Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-16.118 : *JurisData* n° 2011-014306 ; *Bull. civ.* ?IV, n° ?123 ; *BJS* nov. 2011, n° 447, p. 865, note J.-F. Barbiéri.?

9. Cass. com., 11 févr. 1986 : *Rev. sociétés* 1986, p. 243, note Daigre. – Cass. com., 4 mai 1999 : *RJDA* 7/99, n° 794.

10. Cass. com., 9 avr. 1991 : *RJDA* 7/91, n° 613. – V. aussi Cass. com., 9 mars 1993 : *RJDA* 7/93, n° 617. – Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 déc. 1998 : *RJDA* 4/99, n° 415.

nel 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<sup>11</sup>, 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.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup>

**11 - 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.<sup>14</sup> La jurisprudence est également en ce sens.<sup>15</sup>

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.<sup>16</sup>

**12 - 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.<sup>17</sup>

**13 - 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 contrepartie<sup>18</sup> : 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.<sup>19</sup>

11. Qui se résout, de toute façon, en dommages et intérêts : C. civ., art. 1142.

12. Cass. com., 17 nov. 1992, n° 90-19.073 : *JurisData* n° 1992-002534 ; JCP E 1993, pan, p. 117 ; Bull. civ. 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<sup>e</sup> ch., sect. C, 22 févr. 2007 : *JurisData* n° 2007-343056 ; RD bancaire et fin. 2007, comm. 225, obs. A. Cerles.

13. Cass. com., 5 mars 1996, n° 94-14.298 : *JurisData* n° 1996-000953 ; BJS juill. 1996, n° 208, p. 586, note J.-F. Barbière ; Rev. sociétés 1996, p. 276, note P. Delebecque. – V. également en ce sens Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-27.648 : *JurisData* n° 2013-000320.

14. V. en ce sens J. Mestre, D. Velardocchio, Mestre-Chami, *Lamy sociétés commerciales* : éd. 2015, n° 3589. – M. Cozian, A. Viandier et F. Boissy, *Droit des sociétés* : 20<sup>e</sup> éd., 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 févr. 1998 : RTD com. 1998, p. 177, obs. Petit et Reinhard

16. V. not. en ce sens J.-Ch. Pagnucco, JCl. LexisNexis, fasc. 131-10, *Le conseil d'administration*, n° 35.

17. Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-27.648, préc. : BJS mars 2013, n° 80, p. 186, note J.-F. Barbière ; D. 2013, p. 624, note B. Dondero ; Rev. sociétés 2013, p. 297, note J.-P. Mattout ; JCP E 2013, n° 15, 1192, Myriam Roussille ; Dr. sociétés 2013, comm. 64, même auteur.

18. J.-Ch. Pagnucco, JCl. LexisNexis, fasc. 131-10, *Le conseil d'administration*, n° 35.

19. CA Paris, ch. 25, sect. B, 4 oct. 2002, n° 2002/05650 : *JurisData* n° 2002-195725 ; RJDA 2003, n° 271 ; Bull. Joly 2003, 294, note N. Rontchesky ; RD

**14 - 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 %<sup>20</sup> et même si le bénéficiaire du cautionnement est un étranger.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup>

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 1<sup>er</sup> 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 directeur, 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.<sup>23</sup>

Dans un courrier du 14 novembre 2014 adressé au sénateur Soilihi, l'Ansa a approuvé l'ensemble de ces propositions.<sup>24</sup>

**15 - 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 les garanties ci-après visées.

**16 - 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.<sup>25</sup>

**17 - Les lettres d'intention constitutives de véritables engagements juridiques contraignants engendrant des obligations tantôt**

bancaire et fin. 2003, comm. 114, obs. A. Cerles. – Adde, Cass. com., 25 févr. 2003.

20. Cass. com., 28 avr. 1987 : Bull. civ. IV, n° 102.

21. Cass. com., 8 nov. 1988 : Bull. civ. IV, n° 302.

22. CA Paris, 24 avr. 1990 : D. 1990, IR, p. 130.

23. Prop. de loi n° 790 de simplification, de clarification et d'actualisation du Code de commerce, présentée par M. Thani Mohamed Soilihi.

24. Ansa, avis, nov. 2014. – V. n° 14-060 (« Simplifications » : le point)

25. V. par ex. en ce sens : Cass. com., 26 janv. 1993 : Bull. Joly 1993, § 159, p. 569, note P. Delebecque ; RJDA 1993, p. 704. – CA Paris, 5 avr. 1996 : *JurisData* n° 1996-020768 ; JCP E 1997, I, 670, n° 11, obs. Ph. Simler. – CA Paris, 9 nov. 2001 : *JurisData* n° 2001-168519 ; Bull. Joly 2002, § 45, p. 217, note H. Le Nabasque.

**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.<sup>26</sup>

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 doctrine<sup>27</sup>, 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.

Cette définition législative a deux conséquences :

- une simple déclaration ne saurait constituer aujourd'hui une lettre d'intention ;

- 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.<sup>28</sup>

Malgré son caractère unilatéral, la lettre d'intention peut constituer un engagement contractuel quand elle a été acceptée par son destinataire<sup>29</sup>, 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 ».<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup>

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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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 contrat<sup>34</sup> ou à acheter pour un montant déterminé le matériel loué par la filiale.<sup>35</sup>

**18 - 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 ratifier l'acte (*C. civ., art. 1120*). 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.<sup>36</sup>

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.<sup>37</sup> 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

32. Cass. com., 26 janv. 1993 : *RJDA* 10/93, n° 812.

33. *CA Paris*, 1<sup>er</sup> juin 2001, n° 00/5199 : *RJDA* 11/01, n° 1122.

34. *CA Paris*, 4 oct. 2002, n° 02/5650 : *RJDA* 3/03, n° 271.

35. Cass. com., 25 févr. 2003, n° 337 : *RJDA* 7/03, n° 734, 1<sup>re</sup> esp.

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

37. *CA Paris*, 3<sup>e</sup> ch., sect. A, 4 nov. 2008, n° 07/08909 : *BJS avr.* 2009, n° 74, p. 376, note J.-F. Barbière ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 51, note D. Gallois-Cochet ; *Banque et droit* 2009, 61, obs. N. Rontchevsky ; *RJDA* 2009, n° 661.

26. V. par ex. *CA Chambéry*, 5 juin 1992 : *RD bancaire et bourse* 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 Cannu. – 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 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. Ph. Simler, *JCl. Civil Traité*, fasc. n° 36-30 – *Lettres d'intention*, LexisNexis ; *Mémento Lefebvre Sociétés Commerciales*, 2015, n° 81180.

29. Cass. com., 21 déc. 1987 : *JCP* 1988, II, n° 21113, concl. Montanier.

30. *CA Versailles*, 27 avr. 2006, n° 05/3260 : *RJDA* 10/06, n° 1072.

31. Cass. com., 15 janv. 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 28.

et déjà engagé avec la personne en faveur de laquelle la société s'est portée fort.<sup>38</sup>

**19 - 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.<sup>39</sup> 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 du montant des sommes dues par la société déléguée au délégant (hypothèse d'une délégation incertaine).<sup>40</sup>

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.<sup>41</sup>

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. »<sup>42</sup>

**20 - 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.<sup>43</sup>

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.<sup>44</sup>

**21 - 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).<sup>45</sup>

**22 - 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.<sup>46</sup>

**23 - 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.<sup>47</sup> La jurisprudence est également en ce sens.<sup>48</sup>

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 simples engagements d'honneur ou moraux non juridiquement contraignants ;
- 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 travaux<sup>49</sup>, ou la promesse de racheter à un prix convenu des camions acquis auprès d'un concessionnaire de la marque.<sup>50</sup>

Ne sont pas non plus concernées les sûretés réelles consenties par la société pour la garantie de ses propres engagements.<sup>51</sup> ■

**Mots-Clés :** Société anonyme - Garanties - Procédure d'autorisation

38. CA Lyon, 3<sup>e</sup> 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.

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

40. Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-28.173, préc. : BJS mars 2013, n° 80, p. 186, note J.-F. Barbière ; Gaz. Pal. 28 févr. 2013, p. 9, note M. Mignot ; RTD civ. 2013, p. 116, obs. B. Fages ; RD bancaire et fin. 2013, comm. 58, note A. Cerles ; LEDC mars 2013, p. 3, obs. N. Leblond ; D. 2013, p. 1183, note A. Hontebeyrie.

41. V. en ce sens S. Jambort, *Cautions, avals et garanties : Joly sociétés, étude* n° S-ECO30, n° 110.

42. Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-28.173, préc. – V. également : Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-16.118, préc. : Bull. civ. IV, n° 123 ; BJS nov. 2011, n° 447, p. 865, note J.-F. Barbière.

43. Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-27.648, préc. : BJS mars 2013, n° 80, p. 186, note J.-F. Barbière ; D. 2013, p. 624, note B. Dondero ; Rev. sociétés 2013, p. 297, note J.-P. Mattout ; JCP E 2013, 1192, M. Roussille ; Dr. sociétés 2013, comm. 64, même auteur. – V. déjà dans le même sens : Cass. com., 24 juin 2003, n° 01-01.464, P. Sté Socaldi 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 2003, n° 183, obs. N. Rontchevsky ; RTD com. 2003, p. 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.

44. Cass. com., 24 juin 2003, n° 1052 : RJDA 11/03, n° 1083. – V. également *Mémento Lefebvre Sociétés Commerciales*, 2015, n° 40911. – Contra : V. cependant : Ansa, n° 13-055 2014-I, 13 nov. 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 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. »

45. *Mémento Lefebvre Sociétés Commerciales*, 2015, n° 40911.

46. T. com. Paris, 11 déc. 2001 : JurisData n° 2001-179396.

47. V. en ce sens J. Mestre, D. Velardocchio, Mestre-Chami, *Lamy sociétés commerciales* : 2015, n° 3589. – M. Cozian, A. Viandier et F. Boissy, *Droit des sociétés* : 20<sup>e</sup> éd., n° 576.

48. 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 févr. 1998 : RTD com. 1998, p. 177, obs. Petit et Reinhard.

49. Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993, n° 91-17.392 : BRDA 12/93, p. 18 ; RJDA 7/93, n° 627.

50. Cass. com., 18 mars 1997, n° 94-15.081 : JurisData n° 1997-001247 ; BJS juin 1997, n° 224, p. 566, note P. Le Cannu ; Quot. jur. 15 mai 1997, p. 8, note P. M. ; Rev. sociétés 1998, p. 79, note P. Delebecque.

51. V. en ce sens M. Cozian, A. Viandier et F. Boissy, *Droit des sociétés* : 20<sup>e</sup> éd., n° 576. – V. par ex. 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 déc. 1994 : JCP 1996, I. 3942, n°13, obs. Simler et Delebecque.