

● Veille

2 Paquet « modernisation du droit des sociétés » : adoption définitive de la directive sur les fusions-acquisitions

Source : Cons. UE, communiqué, 18 nov. 2019

Le Conseil de l'UE a adopté, le 18 novembre 2019, une directive visant à faciliter les transformations, fusions et scissions transfrontalières des entreprises de l'UE. Elle fait partie du paquet « modernisation du droit des sociétés » présenté par la Commission en avril 2018. Pour rappel, l'autre directive qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés, a été publiée en juillet 2019 (PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1151, 20 juin 2019).

La directive modifie la directive de 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (PE et Cons. UE, dir. (UE) 2017/1132, 14 juin 2017). Ce texte ne régit que les transformations et scissions nationales. Or, il est apparu nécessaire de proposer des règles visant les transformations et scissions transfrontalières. Ainsi, la nouvelle directive définit des procédures communes à l'échelle de l'UE afin de permettre aux entreprises de se déplacer d'un pays de l'UE vers un autre, de fusionner ou de se scinder en deux nouvelles entités ou plus dans un contexte transfrontière. Elle apporte également d'autres simplifications qui s'appliqueront à l'ensemble des 3 opérations (comme des possibilités d'accélérer la procédure en renonçant aux rapports destinés aux associés et aux salariés lorsque les actionnaires sont d'accord ou lorsque la société ou l'une de ses filiales n'emploie pas de salarié).

Procédures. – Les entreprises pourront transférer leur siège d'un État membre à un autre selon une procédure simplifiée. La directive établit des procédures destinées à vérifier la légalité des opérations transfrontalières en vertu de toutes les législations nationales concernées. Elle introduit une procédure obligatoire de contrôle « anti-abus » qui doit permettre aux autorités nationales de bloquer une opération transfrontalière lorsqu'elle est réalisée à des fins abusives ou frauduleuses (i.e. qu'elle vise à se soustraire au droit de l'UE ou au droit national à des fins criminelles).

Participation des salariés. – La directive prévoit des règles similaires concernant les droits de participation des salariés dans le cadre des transformations, fusions et scissions transfrontalières. Elle garantit que les salariés soient correctement informés et consultés au sujet des effets attendus de l'opération.

Actionnaires. – Les droits des actionnaires minoritaires ou n'ayant pas de droit de vote seront mieux protégés.

Créanciers. – Les créanciers de la société devraient bénéficier de garanties plus claires et plus fiables.

Formalités en ligne. – La directive encourage le recours aux outils numériques tout au long de l'opération transfrontalière. Il sera possible d'accomplir en ligne des formalités telle que la délivrance d'une certification préalable à l'opération. L'échange de toutes les informations pertinentes se fera via le système d'interconnexion des registres du commerce existants.

Ce texte doit entrer en vigueur 20 jours après sa publication au JOUE. À partir de cette date, les États membres disposeront de **36 mois pour la transposer.**

3 Modification des dispositions relatives à la liquidation judiciaire simplifiée

Source : D. n° 2019-1208, 21 nov. 2019 : JO 22 nov. 2019

Le décret n° 2019-1208 du 21 novembre 2019 modifie les seuils de la liquidation judiciaire simplifiée pour tirer les conséquences de l'article 57 de la loi PACTE du 22 mai 2019. Il définit également les seuils au-delà desquels la clôture de la procédure de liquidation judiciaire simplifiée intervient dans un délai d'un an.

Ces dispositions sont applicables dès le 23 novembre 2019

4 Allègement de l'obligation de publicité des comptes annuels des moyennes entreprises et modèle de déclaration

Source : D. n° 2019-1207, 20 nov. 2019. – A. n° JUSC1921592A, 20 nov. 2019 : JO 22 nov. 2019

Le décret n° 2019-1207 du 20 novembre 2019 prévoit les modalités selon lesquelles les sociétés répondant à la définition des moyennes entreprises déclarent ne rendre publique qu'une présentation simplifiée de leur bilan et annexe (D. n° 2019-1207, 20 nov. 2019). Il précise ainsi que lorsqu'elles exercent cette faculté, les sociétés accompagnent le dépôt des documents comptables au RCS d'une déclaration de publication simplifiée.

À l'instar du mécanisme de confidentialité des comptes des sociétés répondant à la définition de micro et petites entreprises, le décret prévoit le régime juridique de l'exercice de cette faculté :

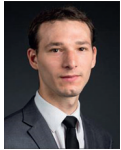
- le greffier, chargé de la tenue du RCS, et l'Institut national de la propriété industrielle (INPI), chargé de la tenue du registre national du commerce et des sociétés, ne peuvent communiquer ces comptes annuels qu'aux sociétés les ayant déposés et à une liste limitative d'autorités et institutions et peuvent délivrer un certificat en attestant ;
- la déclaration de publication simplifiée est portée à la connaissance des tiers par sa mention dans l'avis inséré au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales à la suite du dépôt des documents comptables. Le décret procède enfin aux coordinations nécessaires au sein du Code de commerce.

Il est pris pour l'application des articles L. 232-25 et L. 232-26 du Code de commerce dans leur rédaction résultant de l'article 47 de la loi Pacte du 22 mai 2019.

Ces dispositions s'appliquent aux comptes des exercices clos à compter du 23 mai 2019, date de publication de la loi PACTE.

L'arrêté du 20 novembre 2019 prévoit un modèle type de déclaration de publication simplifiée des comptes annuels des moyennes entreprises (A. n° JUSC1921592A, 20 nov. 2019).

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



François SAUVAGEOT,
avocat à la cour

Le présent article a pour objet d'exposer le domaine (1), les modalités (2) et la procédure (3) d'autorisation des cautions, avals et garanties dans la société anonyme¹.

1 - Seuls les engagements juridiquement contraignants pris par la société en garantie de l'obligation d'un tiers (généralement une filiale) sont soumis à la procédure d'autorisation de l'article L. 225-35 du Code de commerce. À cet effet, il convient de déterminer :

- 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.

2 - 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 qu'elle en limite le montant.

3 - 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 expresse ou donnée dans le cadre du plafond global et/ou particulier prévu par cet article :

- 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 que la garantie soit donnée dans le cadre de l'enveloppe annuelle globale ou pour une autorisation ponctuelle, conformément aux nouvelles

dispositions de l'article R. 225-28 du Code de commerce issu de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés ;

- 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.

1. La qualification de la garantie

4 - À 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 engagements².

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 acheteur³.

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 concours⁴.

2. CA Paris, 4 mai 1993 : Bull. Joly 1993, p. 729. – CA Bordeaux, 16 oct. 1985 : D. 1989 p. 436.

3. 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 ».

4. V. CA Bordeaux, 16 oct. 1985 : JurisData n° 1985-042394 ; D. 1989, p. 436, 2^e 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

1. Concernant le champ d'application, V. du même auteur, *Le champ d'application de la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties dans la société anonyme* : Dr. sociétés 2019, étude 5.

A fortiori en est-il ainsi lorsque la lettre précise clairement qu'elle est exclusive de tout engagement⁵. Au mieux, de tels propos ne peuvent être générateurs que d'une obligation morale ou d'un engagement d'honneur.⁶

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'honneur⁷.

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 morale⁸ ;
- inviter la banque à « apporter divers concours financiers à sa filiale »⁹ 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 »¹⁰ ;
- informer de sa qualité de société mère ou contrôlaire du débiteur¹¹ ;
- préciser avoir « connaissance des concours bancaires accordés à la filiale »¹² ;
- approuver lesdits concours¹³ ;
- informer de la solvabilité de la filiale¹⁴ ;
- souligner « l'intérêt porté (par la société mère signataire) aux affaires de sa filiale »¹⁵ ;
- indiquer « ne pas se désintéresser de la bonne fin de l'opération »¹⁶.

« Promesse de comportement dotée d'une valeur morale »¹⁷, 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

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.

5. *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, ann.*
6. *V. B. Oppetit, L'engagement d'honneur : D. 1979, chron. p. 107.*
7. *Bull. Caisse nat. marchés de l'État 1975, n° 68, p. 85.* – *V. aussi, sur ce document, Ch. Gavalda et J. Stoufflet : JCP G 1976, I, 2801.* – *B. Oppetit, art. préc.*
8. *CA Paris, 30 avr. 1985 : Banque 1985, p. 754, obs. J.-L. Rives-Lange ;, RTD civ. 1985, p. 730, obs. J. Mestre ; lettre de recommandation.*
9. *CA Bordeaux, 16 oct. 1985 : D. 1989, Jur., p. 436, 2^e esp.*
10. *CA Paris, 4 mai 1993 : Bull. Joly Sociétés 1993, p. 729, note Ph. Delebecque ; lettre de recommandation.*
11. *Ph. Simler et Ph. Delebecque, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière : Dalloz, 6^e éd., 2012, n° 321.*
12. *A. Cerles, La lettre d'intention dans les pratiques bancaires : Dr. & patr. 1999, n° 67, p. 57 ; lettre de connaissance de crédit.*
13. *T. com. Paris, 27 oct. 1981 : Banque 1981, p. 1455, obs. L.-M. Martin ; lettre d'approbation du crédit.*
14. *T. com. Paris, 27 oct. 1981 : Banque 1981, p. 1455, obs. L.-M. Martin ; : D. 1982, IR, p. 198, obs. M. Vasseur.*
15. *CA Paris, 4 mai 1993, préc.*
16. *CA Bordeaux, 16 oct. 1985 : D. 1989, Jur., p. 436.*
17. *A. de Laubadère, Droit public économique : Dalloz, 2^e éd., 1976, n° 315, cité par B. Oppetit, L'engagement d'honneur ; D. 1979, chron., p. 107.*

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 lettre¹⁸.

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 »¹⁹. Selon la doctrine²⁰, 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 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 civile²¹.

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

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 qui en limite le montant²².

La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés a partiellement réformé 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 :

- que le conseil peut donner cette autorisation **globalement et annuellement sans limite de montant pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce ;**

18. Par ex. : propos rassurant sur la solvabilité d'un débiteur au bord du dépôt de bilan, *V. en ce sens, not., J. Terray, La lettre de confort : Banque 1980, p. 331 ; J.-P. Bertrel, Les lettres d'intention ; Banque 1986, p. 895, spéc., p. 896.*

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

20. *Ph. Simler, Lettres d'intention, n° 5 : JCI. Sociétés Traité, fasc. 36-30.*

21. *V. en ce sens L. Aynès, P. Crocq, Ph. Delebecque et G. Marraud des Grottes, Lamy droit des sûretés, n° 145-9.*

22. Auparavant, il résultait d'une réponse ministérielle qu'une autorisation *ad hoc* pouvait et devait même être impérativement donnée lorsque le montant des garanties ne pouvait 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 (*Rép. min. n° 30373 : JOAN 11 déc. 1995, p. 5258, Fréville*, étant observé que, selon le ministre de la Justice, l'autorisation particulière est requise même si l'absence de précision concerne seulement les accessoires de la créance). Désormais, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, les autorisations, données ponctuellement pour une garantie expressément autorisée doivent également prévoir un plafond d'engagement de la société garante.

- que le conseil peut autoriser le directeur général à donner, globalement et sans limite de montant, des cautions, avals et garanties **pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce, sous réserve pour ce dernier d'en rendre compte au conseil au moins une fois par an**²³.

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 garante est ou non une société mère qui contrôle la société bénéficiaire de la garantie au sens du II 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.

Par ailleurs, l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce et l'article L. 225-68, alinéa 2 n'exigeaient auparavant qu'une « autorisation du conseil [d'administration ou de surveillance] dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État ». La loi de simplification ajoute à l'un et à l'autre texte les mots « *qui en limite le montant* ». Cela signifie donc que les autorisations, données ponctuellement pour une garantie expressément autorisée, doivent désormais prévoir un plafond d'engagement de la société garante.

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

6 - Elles sont précisées par l'article R. 225-28 du Code de commerce et semblent s'appliquer que l'autorisation soit expresse ou donnée dans le cadre du plafond (global et/ou particulier) prévu par l'article.

A. - Destinataire de l'autorisation octroyée par le conseil

7 - 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 irrégulière²⁴. 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 engagée²⁵.

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 rapportée²⁶. 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.

La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés définitivement adoptée par le Sénat le 10 juillet 2019 a partiellement réformé 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 :

- que le conseil peut donner cette autorisation **globalement et annuellement sans limite de montant pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce** ;

- que le conseil peut autoriser le directeur général à donner, globalement et sans limite de montant, des cautions, avals et garanties **pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce, sous réserve pour ce dernier d'en rendre compte au conseil au moins une fois par an**²⁷.

Concernant la possibilité pour le directeur général d'octroyer à l'avenir des garanties sans limitation de montant à la suite d'une autorisation 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 du II 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.

B. - Montant limité de l'autorisation octroyée

8 - 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

23. L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 14.

24. Communication Ansa, comité juridique n° 06-052, 4 oct. 2006.

25. V. en ce sens Éd., Francis Lefebvre, *Mémento Sociétés Commerciales*, éd., 2015, n° 40913.

26. Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-21.352 ; Rev. sociétés 2014, obs. Prévost.

27. L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 14.

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, telle 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 (*C. com.*, art. R. 225-28, al. 1^{er}). **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)²⁸.

S'agissant d'une autorisation *ad hoc*, auparavant, l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce et l'article L. 225-68, alinéa 2 n'exigeaient qu'une « autorisation du conseil [d'administration ou de surveillance] dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État ». La loi de simplification ajoute à l'un et à l'autre texte les mots « qui en limite le montant ». Cela signifie donc que les autorisations, données ponctuellement pour une garantie expressément autorisée, doivent désormais prévoir un plafond d'engagement de la société garante.

En présence d'une autorisation assorti d'un plafond global et/ou particulier, il nous semble que la simple augmentation ultérieure du montant de l'engagement sous-jacent garanti n'est pas véritablement problématique dès lors 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 conseil²⁹. 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 préalablement 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* antérieure à la loi de simplification donnée pour une garantie une qui n'aurait pas été 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.

Par ailleurs, 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 que d'une simple faculté et non d'une obligation³⁰. 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.

9 - La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés a partiellement réformé 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 :

- que le conseil peut donner cette autorisation **globalement et annuellement sans limite de montant pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce ;**

- que le conseil peut autoriser le directeur général à donner, globalement et sans limite de montant, des cautions, avals et garanties **pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce, sous réserve pour ce dernier d'en rendre compte au conseil au moins une fois par an**³¹.

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 du II 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 données ; dans le cas contraire, le régime actuel resterait applicable, ce qui veut dire que l'engagement devrait toujours pouvoir être chiffré et limité.

Par ailleurs, l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce et l'article L. 225-68, alinéa 2 n'exigeaient qu'une « autorisation du conseil [d'administration ou de surveillance] dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'État ». La loi de simplification ajoute à l'un et à l'autre texte les mots « qui en limite le montant ». Cela signifie donc que les autorisations, données ponctuellement pour une garantie expressément autorisée, doivent désormais prévoir un plafond d'engagement de la société garante.

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

29. V. *infra* c sur ce point.

30. J.-C. Pagnucco : JCl. LexisNexis, fasc. 131-10, Le Conseil d'administration, n° 37 ; Éd., Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales, éd., 2015, n° 40914. – J. Mestre, D. Velardocchio, M. Chami, Lamy sociétés commerciales : éd., 2015, n° 3589.

31. L. n° 2019-744, 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, art. 14.

C. - Étendue et conformité de la garantie à l'autorisation octroyée

10 - 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'autorisation³².

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 véhi-

cule et que l'on ne pouvait l'étendre à un contrat de crédit-bail, fût-il relatif au même véhicule³³. 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 société³⁴. ■

Mots-Clés : SA - Cautions - Avals - Garanties Procédure d'autorisation

32. V. par ex. en ce sens *CA Paris, 1^{re} ch., sect. B, 17 déc. 2004, n° 03-7280*.

33. *Cass. com., 22 mai 2001, n° 1037 : RJDA 11/01, n° 1121 ; Bull. Joly Sociétés, 2001, p. 1007, n° 231*.

34. *Cass. com., 22 mars 2005, n° 497 : RJDA 8-9/05, n° 998*.