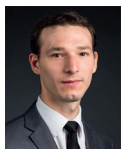


## 9 Le régime et la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties dans la société anonyme (2<sup>e</sup> partie)



François SAUVAGEOT,  
avocat à la cour

Le présent article a pour objet d'exposer le régime et la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties dans la société anonyme <sup>1</sup>.

1 - 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 s'appliquent 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 (1) ;
- la durée de l'autorisation octroyée ne peut être supérieure à un an, quelle que soit la durée des engagements cautionnés, avalisés ou garantis (2) ;
- la garantie ne peut être octroyée qu'au directeur général (ou au directeur 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 (3) ;
- 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, à moins qu'elle ne soit donnée par une société mère pour garantir les engagements pris par les sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce, conformément aux nouvelles dispositions de l'article R 225-28 du Code de Commerce issues de la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés (4) ;
- la preuve de l'autorisation doit pouvoir être rapportée par la société (5).

### 1. Le caractère préalable de l'autorisation octroyée

2 - 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. <sup>2</sup>

La jurisprudence décide en effet que :

- les tiers ne peuvent pas invoquer l'existence d'un mandat apparent pour suppléer l'absence d'autorisation <sup>3</sup> ;
- l'irrégularité résultant de l'absence d'une telle délibération ne peut être couverte ni par une confirmation tacite <sup>4</sup> ni même par une

confirmation explicite, fût-elle donnée en connaissance de cause <sup>5</sup> ;

- 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 <sup>6</sup>.

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.

Ainsi, au moins 3 questions peuvent être posées :

- est-il possible d'autoriser la garantie d'un engagement rétroactif ?
- la garantie pourrait-elle également être rétroactive et rétroagir avant l'autorisation ?
- 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.

1. Concernant la première partie de cette étude, V. du même auteur, *Dr. sociétés 2020, étude 1*.

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

3. *Cass. com.*, 24 sept. 2014, n° 13-21.352 : *Rev. sociétés* 2014, obs. *Prévoist.* – *Cass. com.*, 6 mai 1986 : *Bull. civ. IV*, n° 86. – *Cass. com.*, 24 févr. 1987 : *Bull. civ. IV*, n° 56. – *Cass. com.*, 4 oct. 1988 : *Bull. Joly* 1988, p. 856, jurisprudence constante.

4. *Cass. com.*, 15 oct. 1991, *préc.* – *Cass. com.*, 11 juin 2002, n° 1147 : *RJDA* 12/02, n° 1286

5. *CA Paris*, 13 févr. 1991 : *Bull. Joly* 1991, p. 405, note *Delebecque*.

6. *Cass. com.*, 15 oct. 1991, *Sté Kalamazoo c/ Sté Copigraph* : *RJDA* 1991, n° 1037.

Au moins trois hypothèses peuvent donc être envisagées :

- 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) ;
- la rétroactivité de la garantie avant l'autorisation ;
- 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 :

- la rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti

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 **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 :

- la rétroactivité de l'engagement sous-jacent garanti **avant la garantie** (mais non avant l'autorisation) ;
- 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, 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.

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

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<sup>7</sup>. Le

7. V. par ex. F. Dannenberger, *Conventions réglementées et conventions interdites* : Étude 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 ».

Conseil national des commissaires aux comptes a pris une position identique<sup>8</sup>.

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 conseil<sup>9</sup>, ce qui semblait contradictoire avec l'affirmation précédente dans la mesure où la condition, une fois réalisée, rétroagissait à la date de conclusion du contrat<sup>10</sup>, 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.<sup>11</sup>

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<sup>12</sup>.

Les auteurs admettent également que la convention conclue sous la condition suspensive de l'autorisation du conseil répond parfaitement aux exigences légales<sup>13</sup>.

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

8. Bull. CNCC, n° 103, 1996, p. 507.

9. *Ibid.*

10. 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. ».

11. 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. [...] ».

12. 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.

13. V. not. en ce sens JCl. Sociétés Traité, fasc. 130-50, n° 54, par D. Bureau et J.-I. Ansault qui citent J. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. IV : Sirey 1952, n° 1436. – JCl. Commercial, fasc. 1396, n° 7, D. Gibirila. – C. Malecki, *Répertoire de droit des sociétés* : Dalloz, coll. Conventions réglementées, n° 41.

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. En effet, le garant, et plus encore une caution, peut toujours garantir des dettes présentes (qui préexistent à la garantie) ou à naître (autrement dit futures).

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 somme 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<sup>14</sup>.

Enfin, une autre question est 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) ;

- 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 là encore 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 somme 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 engagements futurs (éventuellement nés avant la garantie) et, en tout état de cause, postérieurs à l'autorisation<sup>15</sup>.

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.

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 ;

- 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

14. V. *infra*, b pour cette seconde interprétation possible, celle-ci étant la plus restrictive.

15. V. *infra* pour cette seconde interprétation possible, celle-ci étant la plus restrictive.

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<sup>16</sup>.

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.

## 2. Conclusion

3 - 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<sup>17</sup>.

## 3. La durée limitée de l'autorisation octroyée

4 - 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, avalisés ou garantis.* ».

Selon 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<sup>18</sup>.

À 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.

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 ne change pas ce point puisque « *Le conseil peut toutefois donner cette autorisation globalement et annuellement sans limite de montant pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du [Code de commerce].* » (C. com., art. L. 225-35, al. 4).

## 4. L'auteur de l'autorisation et la possibilité pour le directeur général (ou le directoire, selon le cas) de consentir des délégations de pouvoirs

5 - 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, alinéa 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<sup>19</sup>.

17. V. *infra* § 7.

18. Dans le même sens, CA Paris, 25 mai 1989 : BRDA 15/89, p. 21.

19. CA Orléans, 13 oct. 2006, n° 04/2246 : RJDA 11/07, n° 1121.

16. V. en ce sens JCl. Civil, fasc. 25, Cautionnement, n° 10, par P. Simler.

La preuve de cette délégation de pouvoir doit toutefois être rapportée ; à défaut l'engagement souscrit au nom de la société lui est inopposable<sup>20</sup>.

La subdélégation est licite à condition qu'elle soit prévue et puisse être prouvée<sup>21</sup>.

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 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<sup>22</sup>.

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.

## 5. Les dérogations à l'exigence d'un montant limité pour l'autorisation

6 - 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 (*C. com.*, 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 1 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.

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, qui a modifié l'article L. 225-35 du Code de commerce et partiellement réformé la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties octroyés par le conseil d'administration, 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 ;**

- 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**<sup>23</sup>.

Concernant la nécessité de limiter le montant de l'autorisation 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 l'affirmative, une autorisation globale et annuelle et par conséquent une garantie sans limite de montant pourrait être donnée par le conseil ou le directeur général sur autorisation du conseil ; dans le cas contraire, la procédure actuelle resterait applicable.

## 6. La preuve de l'autorisation

7 - 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<sup>24</sup>. 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<sup>25</sup>.

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<sup>26</sup>. Cette exigence, qui conduit à faire de la production du registre des délibérations du conseil d'administration le seul moyen de preuve efficace de l'absence d'autorisation, est régulièrement rappelée en jurisprudence<sup>27</sup>. ■

**Mots-Clés :** SA - Cautions, avals et garanties - Procédure d'autorisation

20. Cass. com., 24 sept. 2014, n° 13-21.352 : *Rev. sociétés* 2014, obs. Prévost. – CA Paris, 14 avr. 1999 : *RJDA* 8-9/99, n° 945 ; *JCP E* 2000, p. 31, obs. A. Vian-dier, J.-J. Caussain. – V. dans le même sens CA Paris, 25<sup>e</sup> ch., sect. B, 3 mars 2000, *SA Interim Services Atlantique c/ Danti* : *RJDA* 2000, n° 879. – Également Cass. com., 1<sup>er</sup> avr. 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.

21. CA Paris, 14 avr. 1999 : *RJDA* 8-9/99, n° 945 ; *JCP E* 2000, p. 31, obs. A. Vian-dier, J.-J. Caussain, à quoi certains auteurs semblent ajouter qu'il faudrait, en outre, qu'elle ait été expressément autorisée dans la délégation (*Éditions Francis Lefebvre, Mémento Sociétés Commerciales*, éd. 2015, n° 40917).

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

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

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

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

26. Cass. com., 16 nov. 2004 : *JurisData* n° 2004-026777 ; *JCP E* 2005, 915, obs. Ph. Simler ; *Bull. Joly* 2005, § 367, p. 366, note J.-F. Barbieri ; *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.

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