

CHRONIQUE

GARANTIES



NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégé des facultés de Droit
Professeur, Centre de droit
des affaires, Université
de Strasbourg



FRANÇOIS JACOB
Agrégé des facultés de Droit
Professeur, Centre de droit
des affaires, Université
de Strasbourg



EMMANUEL NETTER
Maître de conférences,
Centre de droit privé et
de sciences criminelles
d'Amiens, Université
de Picardie-Jules Verne

Assouplissement du régime des garanties consenties par une SA pour les dettes d'une société contrôlée

La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés modifie la rédaction de l'article L. 25-35 du Code de commerce pour assouplir le régime de l'octroi par une société anonyme de garanties couvrant les dettes d'une filiale.

Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés.

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

Les garanties consenties par une société pour la dette d'un tiers sont des actes dangereux pour le patrimoine social, qui appellent, d'une manière générale, un encadrement. S'agissant des sociétés anonymes, l'article L. 225-35, alinéa 4, et l'article L. 225-68, alinéa 2, du Code de commerce édictent une règle particulière selon laquelle les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers doivent faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance, dans des conditions déterminées par décret. Aux termes du décret, le conseil d'administration ou de surveillance donne l'autorisation d'octroyer l'engagement au directeur général ou au directoire dans la limite du plafond qu'il fixe (art. R. 225-58 et R. 225-53 C. com.).

En l'absence d'autorisation, la garantie est inopposable à la société, selon une jurisprudence constante¹. La règle est appliquée traditionnellement avec rigueur. Ainsi, en vertu du principe d'autonomie des personnes morales, l'autorisation et sa sanction s'appliquent même

aux garanties consenties par une société pour les dettes d'une filiale, et même d'une filiale à 100 % (qui est considérée comme un tiers par rapport à la société mère²).

Cette exigence d'autorisation préalable de la garantie permet de protéger une société anonyme contre des engagements inconsidérés mais elle peut aussi favoriser la chicane et entraver les affaires de la société, notamment dans le cadre d'un groupe de sociétés où il est fréquent qu'une société mère couvre, d'une manière ou d'une autre, les engagements de ses filiales³.

Aussi un assouplissement de la règle était-il souhaité en ce qui concerne l'octroi de garanties par une société mère pour les dettes de ses filiales. La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés répond à cette attente en apportant des modifications à la rédaction des articles L. 225-35, alinéa 4, et L. 225-68, alinéa 2, du Code de commerce⁴.

En premier lieu, le principe selon lequel l'autorisation du conseil est donnée pour un montant limité est désormais inscrit dans la loi, pour améliorer la lisibilité de la règle.

En deuxième lieu et surtout, les nouveaux textes ne suppriment certes pas l'exigence d'une autorisation des garanties consenties, même dans le cadre d'un groupe de sociétés, mais ils permettent désormais d'écarter le principe de la limitation de montant et de consentir une autorisation sans une telle limitation, de deux manières, pour les dettes des sociétés contrôlées : plus précisément, le conseil d'administration ou de surveillance peut (i)

1. V. notamment sur ce point Ph. Merle, avec la collaboration d'A. Faucon, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, éd., 2018, spéc. n° 468 et les décisions citées.

2. V., par exemple, Cass. com. 28 avril 1987, Bull. civ. IV, n° 102, jugeant, à propos du cautionnement consenti par une société mère française pour garantir les dettes de sa filiale à 100 %, que le cautionnement des dettes de filiales d'une société, ayant des personnalités morales distinctes, donné par le président de la société mère sans avoir recueilli l'autorisation du conseil d'administration est inopposable à la société.

3. Pour une illustration récente, V. Cass. com. 3 juillet 2019, n° 17-27820, BRDA 15-16/19, n° 1, jugeant qu'une société mère qui s'était engagée à apporter son soutien à sa filiale pour que celle-ci puisse restituer des dommages-intérêts en cas d'infirmité d'un jugement les lui ayant alloués s'était engagée à un tel résultat.

4. BRDA 17/19, n° 27.

donner son 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 et (ii) peut également 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 même texte, sous réserve que ce dernier en rende compte au conseil au moins une fois par an. Cette possibilité de ne pas limiter le montant de l'autorisation devrait supprimer des difficultés qui se posaient en pratique pour certaines garanties dont le montant ne peut être déterminé avec précision (lettres d'intention ou de confort, garanties de bonne fin⁵).

Le renvoi à l'article L. 233-16, II du Code de commerce cantonne la dérogation tenant à l'absence de limitation de montant aux garanties consenties par une société pour couvrir des engagements souscrits par une société sur laquelle elle exerce un « contrôle exclusif »⁶, ce qui va au-delà des seules sociétés filiales.

Cela étant, cet assouplissement est destiné à simplifier surtout l'octroi des garanties par les sociétés mères françaises pour les engagements de leurs filiales étrangères dans le cadre d'appels d'offre internationaux. Il s'agit d'une mesure bienvenue dans la compétition économique mais qui présente aussi l'avantage, plus généralement, de faciliter les vérifications des créanciers (et de leurs conseils) bénéficiant de la garantie d'une société anonyme.

En troisième lieu, la dérogation à la limitation de montant pour les dettes fiscales et douanières, qui était déjà prévue antérieurement par le décret, est inscrite à présent dans la loi : à l'égard des administrations fiscales et douanières, l'autorisation de consentir des cautions, avals ou garanties au nom de la société peut être donnée sans limite de montant.

En définitive, le nouveau régime applicable aux garanties couvrant les engagements de sociétés contrôlées (qui est applicable depuis le 21 juillet 2019) constitue une atténuation judiciaire du principe d'autonomie des personnes morales dans un contexte spécifique. ■

GARANTIES CONSENTIES PAR UNE SOCIÉTÉ ANONYME POUR UNE SOCIÉTÉ CONTRÔLÉE
– ABSENCE DE LIMITATION DE MONTANT – CONDITIONS – SIMPLIFICATION.

5. V. A. Charvériat, A. Couret, B. Zabala et M.-E. Sébire, *Mémento Sociétés commerciales* Francis Lefebvre 2019, n° 40914.

6. Aux termes de l'article L. 233-16, II du Code de commerce, « le contrôle exclusif résulte : 1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ; 2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ; 3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet. »