Chronique de droit des sûretés

Nicolas Rontchevsky
Agrégé des Facultés de droit
Professeur

François Jacob
Agrégé des Facultés de droit
Professeur

Université Robert Schuman (Strasbourg III)

I Sûretés personnelles

■ *Lettre d'intention délivrée par une SA. Obligation de moyens. Garantie (non)*

CA Paris, 15e ch. B, 16 octobre 1998, Banque Worms c/Sté financière de participation industrielle.
Cass. com., 26 janvier 1999, Sté Sony Music Entertainment c/France Télécom.

> *La lettre d'intention par laquelle une société promet à une banque de faire le nécessaire pour que sa filiale soit à tout moment en mesure de faire face à ses engagements ne constitue pas une garantie au sens de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 (1re espèce).*
> *Ayant retenu que la lettre d'intention, par laquelle une société anonyme s'engageait à faire «tout le nécessaire» pour la bonne exécution de certains engagements d'une sous-filiale, avait été écrite en exécution d'un protocole précisant qu'elle entendait favoriser toute solution amiable et que ni dans le protocole, ni dans la lettre d'intention la société n'avait pris l'engagement de payer aux lieu et place de sa sous-filiale mais seulement promis de faire respecter par celle-ci les engagements conclus dans le protocole, une cour d'appel a pu en déduire que l'obligation souscrite n'était que de moyens, ce dont il résultait qu'elle ne constituait pas une garantie au sens de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 et ne nécessitait pas une autorisation préalable du conseil d'administration (2e espèce).*

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 16 octobre 1998 (29) et surtout un arrêt remarqué de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 26 janvier 1999 (30) relancent le débat sur la qualification des lettres d'intention au regard des articles 98 alinéa 4 et 128 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 qui soumettent à l'autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance les «*cautions, avals et garanties*» donnés par une société anonyme pour couvrir les dettes d'un tiers (31).

On sait que les lettres d'intention (ou lettres de patronage ou lettres de confort) sont des documents par lesquels un tiers s'oblige envers un créancier, selon des formules diverses, à adopter à l'égard de son débiteur un comportement qui permette à celui-ci de faire face à son engagement (32). En pratique, le plus souvent, une lettre de confort est émise par une société mère qui s'engage à veiller à ce qu'une filiale puisse honorer ses engagements ou à ne rien faire qui puisse l'en empêcher. Le procédé s'est considérablement développé en raison de son ignorance par la réglementation légale qui lui donne de nombreux attraits et notamment une souplesse appréciable (33). En effet, selon les termes employés, la lettre d'intention peut faire naître un simple engagement moral (34) ou une obligation juridiquement sanctionnée mais de nature et d'intensité variables (35). A cet égard, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt de principe du 21 décembre 1987 (36) que «*malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite, un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement ; qu'il appartient au juge de donner ou restituer son exacte qualification à un pareil acte sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée*». Les juges du fond sont donc invités non seulement à examiner les termes de la lettre mais aussi à rechercher, conformément aux dispositions de l'article 1156 du code civil, la volonté qu'ont réellement eue les parties au moment où elles ont contracté.

Il paraissait cependant acquis au vu d'un arrêt récent (37) que toute lettre d'intention émise par une société ano-

nyme et constitutive d'un véritable engagement devait être qualifiée de garantie du point de vue des articles 98 et 128 de la loi du 24 juillet 1966, peu important que l'obligation assumée soit de résultat ou seulement de moyens (38).

Cette analyse est contestée par la cour d'appel de Paris qui, dans l'arrêt du 16 octobre 1998, affirme de manière péremptoire qu'une lettre d'intention par laquelle une société avait promis à une banque de faire le nécessaire pour que sa filiale soit à tout moment en mesure de faire face à ses engagements «*ne constitue pas une garantie au sens de l'article 98*». Plus subtilement, l'arrêt de la chambre commerciale du 26 janvier 1999 invite à distinguer selon que la lettre d'intention litigieuse met à la charge de la société une obligation de moyens ou une obligation de résultat.

En l'occurrence, la société Sony Music Entertainment avait délivré à France Télécom une lettre d'intention pour soutenir une sous-filiale, la société Médialeaders, à l'encontre de laquelle avait été ultérieurement ouverte une procédure de redressement puis de liquidation judiciaires. La société Sony reprochait à une cour d'appel de l'avoir condamnée à payer à France Télécom des dommages et intérêts pour manquement à l'engagement pris dans la lettre d'intention alors que celle-ci avait été donnée sans autorisation du conseil d'administration en violation des dispositions de l'article 98 alinéa 4 de la loi du 24 juillet 1966. Le pourvoi de la société Sony est rejeté aux termes de l'attendu suivant : «*mais attendu qu'ayant retenu que la lettre d'intention litigieuse par laquelle la société Sony s'engageait à faire "tout le nécessaire pour la bonne exécution des engagements qui ont été signés ce jour... contenant moratoire de la créance" et précisait "que nous nous organiserons pour que la société Médialeaders dans laquelle nous avons une participation indirecte puisse honorer les trois premières semestrialités..." a été écrite en exécution du protocole conclu le 30 septembre 1991 dans lequel la société Sony précisait qu'elle entend faire le nécessaire pour favoriser toute solution amiable entre Médialeaders et France Télécom et que ni dans le protocole, ni dans la lettre d'intention elle n'avait pris l'engagement de payer aux lieu et place de sa sous-filiale mais seulement promis de faire respecter par celle-ci les engagements conclus dans le protocole, la cour d'appel a pu en déduire que l'obligation souscrite n'était que de moyens, ce dont il résultait qu'elle ne constituait pas une garantie au sens de l'article 98 du la loi du 24 juillet 1966 et ne nécessitait pas une autorisation préalable du conseil d'administration*».

Autrement dit, la Haute juridiction affirme qu'une lettre d'intention renfermant une obligation de moyens ne constitue pas une garantie au sens de l'article 98 (39). C'est dire que les termes de la lettre d'intention deviennent véritablement déterminants de la qualification de garantie.

Cette solution avait été suggérée par des auteurs (40). Elle n'emporte cependant pas la conviction d'un point de vue théorique et elle apparaît surtout inopportune au plan pratique.

En premier lieu, elle donne à la classique mais «*assommante distinction*» entre obligation de moyens et obligation de résultat (41) une très grande importance dans un domaine où elle ne devrait avoir aucune influence (42) puisqu'elle a été forgée par la doctrine et est employée traditionnellement par la jurisprudence sur le terrain de la preuve de la faute contractuelle (43). En second lieu, l'esprit et la rédaction de l'article 98 («*cautions, avals et garanties...*») invitent à une interprétation extensive du texte (44). Enfin et surtout, l'application de ce critère, caractérisé par son incertitude et sa relativité, apparaît très délicate et mal venue dans un domaine où la sécurité est une exigence impérieuse (45). On en veut pour preuve que, dans le passé, l'obligation contractée par une société de «*faire le nécessaire*» pour que sa filiale puisse honorer ses engagements envers une banque, avait été qualifiée d'obligation de résultat et de garantie au sens de l'article 98 (46). L'arrêt du 26 janvier 1999 semble d'ailleurs revenir à une conception très étroite de l'obligation de résultat qui se réduirait à l'obligation de payer aux lieu et place du débiteur (47).

Il serait donc plus simple et plus judicieux de retenir une conception large de la notion de garantie (48) et de ne pas faire dépendre la qualification d'une lettre d'intention de l'intensité de l'obligation qu'elle renferme (49). Du reste, même les partisans de la distinction retenue par la chambre commerciale reconnaissent que «*la lettre d'intention est une garantie ou, du moins, veut l'être*» (50).

En vérité, le clivage retenu témoigne d'une certaine hostilité de la chambre commerciale à l'égard de l'article 98 alinéa 4 et ne paraît pas avoir d'autre justification que la volonté de la Haute juridiction de ne pas permettre à une société anonyme de se dégager systématiquement de tout engagement donné en son nom par son dirigeant sans autorisation préalable du conseil d'administration (51), alors surtout que la faute ainsi commise par le dirigeant ne l'expose pas à une condamnation à des dommages et intérêts en vertu de la jurisprudence selon laquelle une telle faute, n'étant pas séparable de ses fonctions, n'engage pas sa responsabilité personnelle (52). Du reste, cette exigence d'une faute séparable des fonctions, dont l'aspect immoral a justement été souligné (53), est elle-même extrêmement critiquable (54).

Quoi qu'il en soit, les arrêts commentés ne sont pas de nature à apaiser l'abondant contentieux suscité par les lettres d'intention et par l'article 98 alinéa 4 de la loi du 24 juillet 1966. Il serait donc opportun de supprimer ce texte (55) ou au moins de le modifier en y introduisant une exception en faveur des engagements souscrits par un dirigeant pour couvrir des filiales de la société (56).

En l'état, le créancier qui souhaite bénéficier d'une lettre d'intention efficace a tout intérêt à s'assurer que la délivrance de l'engagement a été préalablement autorisée par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance et à se faire communiquer une copie de la délibération du conseil.

N. R

.

(29) *RTD Com*. 1999, p. 120, obs. C. Champaud et D. Danet.
(30) *Petites affiches*, 25 février 1999, p. 9, note P. M. ; *D. Affaires* 1999, p. 344, obs. M. B. ; *JCP* E 1999, p. 674, note D. Legeais ; à paraître au *Bull. civ*.
(31) Pour une étude approfondie de ces dispositions, V. Ph. Schultz, Les dispositions spécifiques relatives aux garanties consenties par les sociétés au profit de tiers, *Thèse* Strasbourg-III, 1999, sous la direction de Ph. Simler.
(32) V. Ph. Simler et Ph. Delebecque, Droit civil, Les suretés, *La publicité foncière*, op. cit., n° 237 ; L. Aynès, Suretés et publicité foncière, *Cujas*, 9e éd., 1998, n° 321 ; adde Lettres d'intention, de l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, Dossier *Droit & patrimoine* janvier 1999, p. 45 et notamment A. Cerles, La lettre d'intention dans les pratiques bancaires, p. 57 et J. Mestre, Observations de clôture : les lettres d'intention, une zone d'aménagement contractuel, p. 61.
(33) V. J. Mestre, art. préc., p. 63, qui présente les atouts de la lettre de confort au regard de la réglementation des garanties personnelles en droit interne et sous l'angle du droit international privé.
(34) V. B. Oppetit, L'engagement d'honneur, D. 1979, Chron., p. 107, spéc. n° 8 et la référence au parère relatif aux lettres d'intention établi le 0 octobre 1973 par le président de l'Association professionnelle des anques (*Rapport APB* 1974, annexes, p. 49).
35) V. notamment J. Mestre, art. préc., p. 62, qui distingue quatre catéories de lettres d'intention.
36) *Bull. civ*., n° 281 ; *Banque* 1988, p. 361, obs. J.-L. Rives-Lange ; *Rev. ociétés* 1988, p. 398, note H. Synvet ; D. 1989, p. 112, note J.-P. Brill.
37) Cass. com., 9 décembre 1997, *Bull. civ*. IV, n° 332 ; *JCP* G 1998, I, 49, n° 11, obs. Ph. Simler ; *Rev. sociétés* 1998, p. 161, note Ph. Delecque.
38) V. notamment en ce sens, Ph. Simler, obs. préc. sous Cass. com., décembre 1997 ; D. Mazeaud, Variations sur une garantie épistolaire et ndemnitaire, la lettre d'intention, Prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin, *Dalloz* 1998, p. 341, spéc. n° 16 ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 484 ; B. Mercadal t Ph. Janin, Mémento Sociétés commerciales *Francis Lefebvre* 1999, ° 3398.
39) V. P. M., note préc., p. 14.
40) V. notamment M. Vasseur, obs. sur Cass. com., 15 janvier 1991 au D. 1992, SC, p. 35, in fine ; J. Mestre et Ch. Blanchard-Sébastien, *Lamy ociétés commerciales* 1999, n° 1905.
(41) D. Mazeaud, art. préc., loc. cit.
(42) V. en ce sens M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 484.
(43) V. notamment F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, *Dalloz*, 6e éd. 1996, n° 552-553.
(44) V. en ce sens D. Mazeaud, art. préc., loc. cit. et la référence à M. Jeantin, note sous C.A. Paris, 13 janvier 1989 au *Bull. Joly* 1989, p. 259, spéc. p. 262.
(45) V. notamment D. Legeais, note préc., 2, qui estime que la qualification devient arbitraire ; C. Champaud et D. Danet, obs. préc., p. 121 ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 483 et la référence aux décisions ayant qualifié différemment les formules «faire tout le nécessaire» (obligation de résultat) et «faire tous ses efforts» (obligation de moyens) !
(46) V. notamment Cass. com., 23 octobre 1990, *Banque* 1991, p. 207, obs. J.-L. Rives-Lange ; Cass. com., 8 novembre 1994, *Rev. sociétés* 1995, p. 63, note Ph. Delebecque.
(47) V. M. B., obs. préc., p. 345.
(48) V. également en ce sens, D. Legeais, note préc., 1, qui critique la conception étroite de la notion de garantie adoptée par la Cour de cassation ; Ph. Schultz, thèse préc.
(49) V. en ce sens, Ph. Simler, *J.-Cl. Civil*, App. Art. 2011-2043, Fasc. 20, n° 25, qui estime que toute lettre d'intention constitutive d'une obligation de faire remplit les fonctions d'une garantie.
(50) J. Mestre, art. préc., p. 61.
(51) V. P. M., note préc., p. 12.
(52) Cass. com., 20 octobre 1998, *JCP E*, 1998, p. 2025, note A. Couret ; *JCP* G 1999, I, 116, n° 3, obs. Ph. Simler ; *Banque & Droit* mars-avril 1999, p. 45, obs. M. Storck; à paraître au *Bull. civ*.
(53) V. notamment P. Le Cannu, note sous Cass. com., 28 avril 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 808, spéc. p. 811, in fine.
(54) V. M. Storck, obs. préc., p. 46, qui suggère une parade consistant à demander au dirigeant de se porter-fort que la garantie est valablement donnée au nom et pour le compte de la société et qu'elle sera opposable à celle-ci.
(55) V. notamment en ce sens A. Couret, note préc., in fine ; D. Legeais, note préc., in fine.
(56) V. en ce sens, C. Champaud et D. Danet, obs. préc., p. 122.