

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

Assouplissement du régime des garanties offertes par une SA mère à ses filiales (Loi de simplification, art. 14)

Claire Serlooten
Maitre de Conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole
Centre de droit des affaires

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

➤ *Assouplissement du régime des garanties offertes par une SA mère à ses filiales (Loi de simplification, art. 14)³⁹.*

Par Claire Serlooten

L'adoption de l'article 14⁴⁰ de cette loi de simplification donne à penser que simplifier, ce n'est pas toujours faire simple car cela peut parfois commander de multiplier les termes de l'équation. C'est ce qui se produit en l'espèce. Sur le fond, cet article apporte trois modifications du régime précédent.

- D'abord, il ne limite plus le montant des garanties qui peuvent être autorisées par le conseil d'administration ou de surveillance lorsque celles-ci concernent des engagements pris par une société contrôlée.
- Ensuite, il ouvre la possibilité au conseil d'administration ou de surveillance d'autoriser le directeur général ou le directoire à souscrire les garanties précitées sans limitation de durée, sous réserve que ce dernier en rende compte une fois par an.
- Enfin, il intègre dans la partie législative du Code de commerce la règle de la limitation de montant des garanties consenties et la possibilité pour le conseil d'administration ou de surveillance de déléguer au directeur général ou au directoire la souscription de garanties, sans limite de montant, à l'égard des administrations fiscales et douanières. Ces deux dispositions figuraient auparavant dans la partie réglementaire du Code.

L'objectif de cet assouplissement général du dispositif est, notamment, de permettre aux filiales de sociétés françaises à l'étranger de répondre rapidement à des appels d'offres publics 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. Ce type de garantie est plus avantageux pour les sociétés candidates car cela leur évite d'avoir à rechercher une garantie bancaire, généralement coûteuse, plafonnée et compliquée à obtenir. Le régime antérieur créait quelques incertitudes, levées depuis le 21 juillet 2019, date d'entrée en vigueur de la loi qui nous intéresse.

Pour le comprendre, revenons brièvement sur chaque point abordé.

En premier lieu, les conditions annuelle d'octroi de garanties par une société mère au profit de ses filiales ont été assouplies. Auparavant, selon le Code de commerce⁴¹, l'autorisation annuelle concernée devait être plafonnée. Elle devait prévoir un montant maximal garanti, global et/ou par engagement, au-delà duquel une nouvelle autorisation du conseil d'administration ou de surveillance devait être donnée.

Le problème est qu'une incertitude demeurait sur la validité des pratiques antérieures qui consistaient à garantir des engagements non précisément chiffrés, par exemple dans le domaine de la construction, dans le cadre d'opérations complexes telles que des garanties de bonne fin données par une société mère au profit d'un créancier de sa filiale ou d'une garantie portant sur un contrat d'échanges de devises, de taux d'intérêt ou encore sur des obligations

³⁹ Précisons que cette loi est d'application directe et ne prévoit pas de mesure réglementaire.

⁴⁰ Il s'agissait initialement de l'art. 18 de la Proposition de loi de simplification, de clarification et d'actualisation du code de commerce, présentée par M. Thani MOHAMED SOILIH, Sénateur et enregistrée à la Présidence du Sénat le 4 août 2014.

⁴¹ Art. R. 225-28 et R. 225-53 du Code de commerce, toujours en vigueur pour les cas qui ne rentrent pas dans le champ d'application de l'exception posée par le nouvel art. L. 225-35 et L. 225-68.

indemnitaires initialement non-quantifiables⁴². Une réponse ministérielle⁴³ existait et semblait dissiper les doutes quant à la validité de ce type d'autorisation. Pour autant, aucune décision de jurisprudence n'avait été prononcée sur ce point.

La nouvelle rédaction de la loi est donc bienvenue pour apporter une sécurité juridique indispensable aux opérations de garanties par une société anonyme mère à ses filiales.

Il faut préciser que cette autorisation globale et sans limite de montant n'est admise que dans le cas où la société bénéficiaire est une filiale contrôlée au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce. Le contrôle visé est un contrôle exclusif résultant :

- soit de la détention directe ou indirecte par la société anonyme de la majorité des droits de votes dans la filiale ;
- soit de la désignation par la société anonyme mère, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes de direction ou de surveillance de la filiale, ce qui est présumé être le cas lorsque la société mère a détenu, directement ou indirectement, plus de 40% des droits de vote dans la filiale pendant cette période et qu'aucun tiers ne détient une fraction supérieure à la sienne ;
- 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.

Cette notion de contrôle exclusif, mise en avant dans le texte, a connu une grande stabilité puisque les termes de l'article L. 233-16 II sont quasiment restés inchangés⁴⁴ depuis la codification de la loi de 1966⁴⁵ intervenue en 2000⁴⁶.

Il est tout à fait possible de comprendre pourquoi ici le contrôle du conseil peut s'effectuer sans limitation de montant. Assurément, quand une société mère contrôle exclusivement sa filiale, elles ne forment en définitive qu'une même entité économique. Cela a pour conséquence qu'un contrôle poussé des garanties octroyées ne se justifie pas. Les engagements de la filiale que la mère garantit ont été pris en considération dans la stratégie globale de l'entité et la loi ne fait qu'entériner cet état de fait.

Enfin, on peut noter que le caractère annuel de l'autorisation n'a finalement pas disparu alors que dans la proposition de loi cette référence de durée avait disparue. Ceci s'est fait sans explication ni commentaire au cours de la discussion du texte. On peut supposer qu'il y a là une volonté à la fois d'apporter une précision au texte et de faire un parallèle avec les dispositions mentionnées dans la partie réglementaire concernant les autres cas d'autorisation de garanties.

En deuxième lieu, le directeur général ou le directoire d'une société mère obtient une certaine autonomie dans la conclusion de garanties aux filiales contrôlées.

Dans l'hypothèse nouvelle créée, une autorisation sans limitation de durée⁴⁷, globale et sans limitation de montant est donnée au directeur général ou au directoire pour souscrire les garanties au bénéfice des filiales contrôlées. Il n'est donc plus indispensable de procéder à la réunion du conseil pour qu'il donne expressément son autorisation pour chaque garantie. La procédure d'adoption est donc moins lourde à réaliser.

⁴² V. Fr. LACROIX, « Octroi de garanties par les sociétés : la fin d'un doute », Les échos, 8 févr. 1996, p. 45.

⁴³ Réponse à M. Y. FREVILLE, n° 30373 du 9 décembre 1995, JO AN du 11 décembre 1995.

⁴⁴ Seule l'obligation de détention en capital prévue au 3° a été supprimée en 2003.

⁴⁵ Loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

⁴⁶ Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce.

⁴⁷ Cette limitation de durée n'existait pas dans la proposition de loi, a été ajoutée dans le texte adopté par le Sénat en première lecture uniquement dans une logique de précision et de clarification. L'Assemblée nationale n'a pas jugé bon de maintenir cette limitation et l'a supprimée dans le texte qu'elle a adopté en première lecture, sans explication particulière. Le Sénat n'a pas enfin jugé essentiel de revenir sur ce point pour prendre en considération cette simplification.

Dans sa partie réglementaire, le Code de commerce permettait déjà au conseil d'autoriser le directeur général ou le directoire à donner des garanties, dans la limite d'un montant total et éventuellement en limitant le montant de chaque garantie, sans prévoir de dérogation particulière pour les sociétés contrôlées. Il a été jugé que cette disposition était trop restrictive et inadaptée au rythme de la vie des affaires au sein des grands groupes français⁴⁸.

La seule obligation du signataire demeure d'en rendre compte au conseil au moins une fois par an. La méthode d'encadrement mise en place n'est donc plus préalable à la décision à prendre mais postérieure. Il est soutenu que c'est une logique de « reporting »⁴⁹ qui a prévalu. Cela signifie donc que le directeur général ou le directoire qui sont habitués à rendre compte de leur activité vont juste ajouter ce point à leur rapport annuel d'activité.

Dans la proposition de loi, il était prévu une ratification en suivant la prise des garanties à la plus prochaine réunion du conseil. Cela paraissait logique dans la mesure où le directeur général ou le directoire agit au nom du conseil. Néanmoins, cela avait pour effet de créer un nouveau cas d'incertitude sur la sanction appliquée en cas d'absence de ratification. Cette situation n'était pas envisageable dans une logique de simplification. Il faut rappeler que les flottements sur l'application des sanctions en cas de non-respect sont à l'origine du changement de la loi.

- Depuis l'étranger, il était apparemment difficile de distinguer les différentes sanctions :
- en cas défaut d'autorisation préalable par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, l'acte est inopposable à la société et la responsabilité du dirigeant peut être engagée par la personne qui a cru recevoir la garantie finalement impossible ;
 - en cas de dépassement du ou des plafonds fixés préalablement, l'inopposabilité est applicable uniquement si la garantie donnée dépasse, à elle seule, le montant global annuel fixé. Sinon, elle est opposable à la société mais engage la responsabilité du dirigeant.

En dernier lieu, le texte renforce la valeur juridique de deux dispositions en les introduisant dans la partie législative du Code de commerce. Il s'agit d'une part, du principe de limitation des montants de garanties octroyées par le directeur général ou le directoire à des tiers et, d'autre part, de la dérogation accordée au directeur général ou au directoire d'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.

Dans ces conditions, il est probable⁵⁰ que l'objectif recherché était d'inclure dans la loi les grandes attributions du conseil et de renvoyer à la partie réglementaire les modalités de mise en œuvre de celles-ci. Cela présente l'avantage de réaffirmer que le rôle du conseil n'est pas amoindri mais qu'il a la possibilité de l'aménager grâce aux dispositions de la loi.

La loi française gagne peut-être en lisibilité.

On le voit, la tâche du conseil d'administration ou de surveillance bénéficie par les mesures décrites d'une simplification. Toutefois, n'oublions pas que cet organe devra aussi vérifier que les garanties octroyées entrent dans l'objet social et sont en adéquation avec la potentielle raison d'être de la société (*en ce qui concerne cette notion introduite par la loi PACTE, V. dans la*

⁴⁸ V. Rapport n°657 de M. A. REICHARDT, fait au nom de la commission des lois, enregistré le 1er juin 2016 au Sénat, p. 52.

⁴⁹ V. Rapport n°1771 de Mme T. DEGOIS, fait au nom de la commission des lois, enregistré le 20 mars 2019 à l'Ass. Nat., p. 49.

⁵⁰ Aucun commentaire n'est fait sur cette mesure dans les discussions parlementaires.

présente chronique les observations de Sébastien Jambort). Ce dernier point risque, lui, de ne pas être simple...

B. Restructuration

- *Assouplissement des conditions pour fusionner dans les sociétés par actions (Loi PACTE, art. 101 et 102).*

Par Nadège Jullian

La loi PACTE introduit deux modifications en matière de fusion et autres opérations de restructuration. En premier lieu, est supprimée, pour les SCA et les SAS, l'obligation de déposer une déclaration de conformité au greffe pour les fusions et scissions de droit interne. En second lieu, est désormais admise la possibilité de procéder à une délégation de pouvoir ou de compétence pour les fusions absorption, aux scissions bénéficiant à des sociétés préexistantes ainsi que pour les apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions. En premier lieu, la loi PACTE vient donc supprimer, pour les SCA et les SAS, l'obligation de déposer une déclaration de conformité au greffe du tribunal de commerce. Il s'agit là de la correction d'une erreur de transposition de la directive UE 2017/1132. En effet, cette directive n'impose une telle obligation qu'aux SA et SE. Seulement, par inadvertance, les SCA et les SAS s'étaient aussi vu imposer le respect de cette obligation. En revanche, l'obligation de dépôt demeure pour les SCA et les SAS lorsque l'opération se trouve être transfrontalière. En second lieu, la loi PACTE introduit la possibilité de procéder à une délégation de pouvoir ou de compétence pour les fusions par absorption, et les scissions bénéficiant à des sociétés préexistantes ainsi que pour les apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions. Cette possibilité est offerte pour les SA, les SCA et les SAS que les titres de ces sociétés soient ou non admis aux négociations sur un marché réglementé. L'objectif est de réduire la lourdeur de ces procédures. Le Haut comité juridique de la place financière de Paris avait d'ailleurs suggéré de moderniser le droit des fusions en mettant en place une délégation de compétence et une délégation de pouvoir. La loi PACTE prend acte de ce souhait en introduisant trois possibilités de délégation. Premièrement, l'assemblée générale extraordinaire de l'absorbante peut déléguer sa compétence au conseil d'administration ou au directoire pour décider de la fusion par absorption pendant une durée qu'elle fixe (la durée maximale étant de 26 mois). Une même délégation peut être prévue dans la SCA au profit du gérant et dans la SAS au profit de l'organe désigné dans les statuts ou à défaut au président. Deuxièmement, l'assemblée générale extraordinaire a la possibilité de déléguer le pouvoir au conseil d'administration ou au directoire de déterminer les modalités définitives du projet de fusion pour une durée fixée (pour une durée maximale de 5 ans). Une même délégation peut être prévue dans la SCA au profit du gérant et dans la SAS au profit de l'organe désigné dans les statuts ou à défaut au président. Il est prévu lorsqu'une de ces deux types de délégation est sollicitée que le conseil d'administration ou le directoire doit établir un rapport écrit mis à la disposition des actionnaires. Ce rapport doit être établi dans la SCA par le gérant et dans la SAS par l'organe prévu ou le président. Troisièmement, si la fusion requiert une augmentation de capital et si la société a fait usage de la faculté de délégation, l'assemblée générale extraordinaire peut aussi déléguer par une résolution particulière son pouvoir de décider de l'augmentation de capital permettant d'attribuer des titres de capital aux associés de l'absorbée. Enfin, est prévu un mécanisme que l'on peut qualifier de mécanisme de sauvegarde lorsque l'assemblée générale extraordinaire fait usage d'une des facultés de délégation présentées. Un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peuvent demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur