

**Garantie de passif : l'absence de nécessité pour une S.A. de faire autoriser l'octroi
d'une garantie de passif par le CA est confirmée,
car non assimilable à une « caution, aval ou garantie »**

Dans un arrêt du 12 juillet 2011¹, la Cour Suprême a jugé que « *s'agissant d'une garantie relative non à des engagements pris par des tiers mais d'une garantie afférente à ses propres engagements, l'autorisation du conseil d'administration prévue par l'article L. 225-35 du Code de commerce n'est pas requise de la société* ».

Rappelons que pour donner des « cautions, avals et garanties » au nom d'une S.A., son représentant doit (en application de l'art. L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce) requérir au préalable l'autorisation de son conseil d'administration ou de surveillance. Règle qui s'explique par la nature même des actes visés et leur bénéficiaire.

La question peut se poser pour l'octroi d'une garantie de passif, typiquement dans le cadre de la cession des titres d'une filiale.

En l'espèce, la S.A. cédante, la société Mona Lisa holding, avait consenti par acte séparé une garantie de passif au bénéfice de la société cessionnaire des titres de Geci Vacances, la société Odalys.

Suite à un redressement fiscal couvert par la garantie de passif, Odalys avait mis en œuvre le mécanisme d'indemnisation.

L'administrateur judiciaire de la société Mona Lisa holding se hasarda à résister à cette demande en soulevant un non-respect de la procédure de l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce.

C'est à cette occasion que la chambre commerciale de la Cour de cassation rejeta le pourvoi de la Mona Lisa en formulant le principe ci-dessus.

Cette position constitue une confirmation de la jurisprudence passée.

Mentionnons toutefois que selon certains, dans une approche littérale, la nécessité d'une autorisation du C.A. en cas d'octroi d'une garantie de passif résulterait de l'identité du terme employé de « garantie » dans le texte légal et le mécanisme de garantie d'actif et de passif. Cette approche est inexacte si la garantie de passif est appréhendée sous l'angle d'une garantie de valeur ou de réduction de prix puisque dans ce cas la garantie se confond avec la propre dette du cédant de restituer une partie du prix à l'acquéreur (il est clair qu'il ne s'engage pas pour autrui). Mais si la garantie est construite comme une garantie de type indemnitaire (garantie « de bilan »), cette analyse retrouve une certaine pertinence puisque l'indemnisation bénéficie à la société cible : en cas de reconstitution d'un passif de celle-ci, il y aurait donc bien stricto sensu une forme de garantie de la dette d'autrui...

Cependant, la Cour de cassation, estimant que le débiteur d'une garantie de passif reste par principe le débiteur principal, relève comme manquant le critère propre aux « cautions, avals et garanties » consistant à ce que l'engagement porte sur la dette d'autrui (la garantie étant en l'espèce donnée au cocontractant et non au tiers).

¹ Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-16118 : Sté Mona Lisa holding c/ Sté Odalys – Rejet pourvoi c/ CA Aix-en-Provence, 18 févr. 2010 – M^{me} Favre, prés. – M^{es} Bertrand et Foussard, av.

En conséquence, l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce étant inapplicable en l'espèce, la sanction encourue en cas de défaut d'autorisation préalable du C.A. également (en principe l'inopposabilité à la société garante) et la garantie donnée par la société cédante au titre de son propre engagement de cession était valable.

Guillaume LECLAIR