

En effet, l'engagement de se substituer conduirait à donner à la lettre d'intention la qualification de cautionnement, comme l'a très justement jugé l'arrêt fondateur du 21 décembre 1987.

Ce serait franchir un pas de trop et l'arrêt rendu par la même formation de la Cour de cassation le 24 octobre 2000³⁵ révèle qu'il subsiste un espace, étroit sans doute, pour une lettre d'intention non constitutive d'un cautionnement, mais comportant une obligation de résultat. En l'espèce, la société mère s'était obligée « à assurer l'intégralité des besoins financiers de la société nouvelle par rapport au compte courant » et la Cour de cassation a approuvé l'arrêt ayant jugé qu'il « en résultait qu'il avait pris l'engagement de résultat de permettre à la société nouvelle de tenir ses engagements à l'égard de la banque » et que cette garantie « entrait dans le champ d'application de l'article 98, alinéa 4 de ladite loi ». Même si l'obligation est de résultat, la défaillance de la filiale ne conduit pas exactement à une substitution de la société mère dans l'obligation de payer, comme en cas de cautionnement, mais seulement à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de celle-ci. La différence est sans doute ténue, elle n'en existe pas moins ; en particulier, la force majeure ne joue aucun rôle à l'égard du cautionnement, alors qu'elle peut exonérer le débiteur d'une obligation de faire de résultat.

2.3 – Retour à la solution traditionnelle ? L'arrêt confirmé du 26 février 2002

2.3.1 – Cette qualification d'obligation de moyens semble à nouveau écartée puisque dans un arrêt du 26 février 2002³⁶ rendu à nouveau par la chambre commerciale, la Cour de cassation souligne que l'auteur de la lettre d'intention s'était obligé à l'obtention d'un résultat en prenant l'engagement ferme de « faire le nécessaire » pour que la débitrice dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses engagements au titre des crédits de trésorerie et de découverts envers le banquier prêteur. Elle a qualifié cet engagement, dont les termes étaient voisins de ceux de la lettre qui avait donné lieu à l'arrêt de 1999, d'obligation de résultat : « l'engagement ferme – de l'actionnaire principal – de faire le nécessaire pour que la société – emprunteuse – dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses obligations au titre des crédits de trésorerie et de découverts envers la banque ».

Cet arrêt a été jugé par plusieurs comme emportant une précision considérable et qui pour certains constituent le seul apport véritable de cette décision par laquelle la cour a retenu que l'autorisation de conseil d'administration n'était pas un critère de qualification de la lettre d'intention et qu'ainsi, sa présence ou absence n'était pas de nature à avoir une incidence sur la qualification d'obligation de moyens ou de résultat.

Cependant, n'en tenir aucun compte échapperait véritablement à l'entendement. Rien ne justifie en effet que cette demande ou absence de demande d'autorisation ne constitue pas l'un des éléments participant au faisceau d'indices qui détermine la volonté des parties. Encore faudrait-il que la Cour de cassation arrête clairement les « lettres » constitutives de garanties.

Monsieur le Professeur Cabrillac souligne³⁷ qu'il n'est plus question de subordonner cette qualification au fait que le souscripteur « ait pris un engagement de payer aux lieu et place de sa filiale » ; il suffit que le souscripteur ait promis « de faire le nécessaire pour

35. Cass. com., 24 oct. 2000, n° 97-21.796, RJDA 2001, n° 2, n° 164, JCP E 2001, p. 1043, obs. Ph. Simler.

36. Cass. com., 26 févr. 2002, n° 99-10.729, Lamyline.

37. Cabrillac M., Crédit et titres de crédit, RTD com. 2002, n° 12, p. 526

que la filiale dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses engagements ».

Monsieur le Professeur Simler conclut, quant à lui, que l'arrêt franchi un pas de plus en jugeant que « au vu du document litigieux, la cour d'appel (...) a pu décider que le souscripteur de la lettre avait garanti au créancier le remboursement de la dette en cas de défaillance de l'emprunteur ». Ce faisant, elle assimilerait purement et simplement l'obligation de résultat à un cautionnement. Mais, même si elle vaut obligation de résultat, l'engagement de « faire le nécessaire pour... » reste une obligation de faire constitutive d'une garantie indemnitaire.

Certains ont estimé qu'il s'agirait d'un retour en arrière plus apparent que réel³⁸, dans la mesure où la Cour de cassation considère dans cette décision que les juges du fond ont « pu décider que le souscripteur de la lettre avait garanti au créancier le remboursement de la dette en cas de défaillance de l'emprunteur » et qu'ainsi, il s'agirait-là de reconnaître que l'auteur de la lettre s'était engagé à se substituer au débiteur, à payer à la place du débiteur et non à une obligation de faire.

Mais alors, l'auteur a indiqué que devaient être regrettées tant la formulation du motif de rejet ambigu que la publication de cet arrêt dans le bulletin de la Cour de cassation.

2.3.2 – Enfin, par un arrêt rendu le 9 juillet 2002³⁹, la chambre commerciale, en sa formation plénière, a confirmé la solution adoptée par elle au début de la même année en des termes bien plus tranchants que le précédent arrêt du 26 février 2002.

Cet arrêt est de surcroît un arrêt de cassation, alors que le précédent était un arrêt de rejet.

En tout cas, s'agissant de la portée de l'engagement du signataire de la lettre, il est relevé par l'arrêt que la lettre d'intention était ainsi stipulée : « Dans le cadre de la restructuration de notre filiale (...), nous vous confirmons, étant donné les liens qui nous unissent à cette société, que nous veillerons, à compter de ce jour, au bon déroulement de cette opération et que nous ferons, envers vous, le nécessaire pour la mener à bonne fin ».

La cour d'appel de Colmar, dans l'esprit des décisions rendues en 1999, avait débouté le créancier de sa demande de condamnation au paiement du solde, après la mise en redressement judiciaire de la filiale. Elle est ainsi censurée, l'engagement de faire le nécessaire envers le créancier pour mener l'opération à bonne fin engage la société signataire à atteindre ce résultat.

Jean-Louis Guillot commentant cette décision du 9 juillet souligne que celle-ci rappelle que si la maison mère ne s'était pas engagée à se substituer à sa filiale en cas de carence de celle-ci, la cour d'appel en avait déduit à bon droit que le signataire de la lettre d'intention n'avait pas souscrit un engagement de caution⁴⁰.

Jean-Louis Guillot souligne également que « le fait de s'engager à faire "le nécessaire" ou "tout le nécessaire" pour qu'une filiale respecte les obligations souscrites à l'égard de

38. Bonneau T., Droit des Sociétés, juin 2002, n° 105, p. 9

39. Cass. com., 9 juill. 2002, n° 96-19.953, Bull. civ. IV, n° 177, RDBF 2002, n° 4, p. 223, n° 34, note D. Legeais, JCP E 2002, chr. 1639, p. 1816, n° 9, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker, Banque novembre 2002, p. 82, note J.-L. Guillot, Dr. Sociétés 2002, n° 188, note T. Bonneau, D. 2003, n° 8, p. 545, note B. Dondero, RDBF, mars/avril 2003, p. 126, obs. A. Cerles.

40. Banque Magazine 2002, n° 641, p. 82

son créancier traduit bien la volonté de garantir ce dernier et de viser une finalité précise, un résultat concret et objectif à savoir que ladite filiale respecte les engagements contractés à l'égard dudit créancier ».

Il en déduit qu'« une lecture attentive du contenu des lettres de confort s'impose donc encore plus aujourd'hui afin d'en analyser les termes précis et de s'assurer si le signataire a ou non entendu viser un résultat à l'égard du créancier bénéficiaire de cet engagement ».

M. Igal Ennedam relève⁴¹ qu'en retenant cette qualification d'obligation de moyens, les arrêts des 26 janvier 1999 et 18 avril 2000 avaient semé un trouble parmi les commentateurs et justiciables de l'époque et que les termes explicites employés par la Haute juridiction dans les arrêts des 26 février et 9 juillet 2002, pour revenir à l'obligation de résultat, laissent entrevoir de manière implicite un deuxième degré de lecture de ces arrêts.

Il souligne que « dans les deux derniers arrêts de la chambre commerciale, les mots employés dans les lettres d'intention étaient identiques à ceux des lettres dont il était question dans les décisions de janvier 1999 et avril 2000 précitées. Ainsi, dans le premier de ces arrêts, la Haute juridiction a approuvé les juges du fond d'avoir déduit que "la lettre d'intention [qui] contenait l'engagement ferme de la société [mère] de faire le nécessaire pour que [sa filiale puisse] faire face à ses engagements (...) [l']obligeait à l'obtention du résultat" et donc que la société mère avait garanti au créancier de le rembourser en cas de défaillance du débiteur⁴².

Dans son arrêt le plus récent, la chambre commerciale confirme son revirement en employant des termes encore plus clairs : "la société [mère] avait pris l'engagement de faire le nécessaire (...) pour mener l'opération à bonne fin, ce dont il résultait qu'elle s'était engagée à un tel résultat"⁴³ ».

Comme le relève le Professeur Dominique Legeais, on peut se poser la question de savoir si « au-delà de l'interprétation de cette clause (faire le nécessaire pour...) l'arrêt (...) ne révèle pas la volonté de la Cour de cassation d'abandonner le critère de qualification des lettres reposant jusqu'alors sur la distinction des obligations de résultat et de moyens pour lui substituer une autre distinction opposant les lettres comportant un engagement de payer et celles qui n'en comportent pas »⁴⁴.

En effet, en cas de cautionnement, la théorie de l'accessoire veut que la société mère, caution de l'engagement d'une de ses filiales, ne peut être condamnée à payer plus que ce que le débiteur principal doit au créancier, alors que si une société mère s'engage à une obligation de résultat, prise comme un engagement autonome de payer (comme dans les deux espèces ci-dessus), la signataire sera condamnée à réparer l'entier préjudice du créancier qui peut être beaucoup plus important ».

La conséquence directe de ce retour à la qualification d'obligation de résultat est que, désormais, les sociétés signataires de ce type d'acte seront obligées d'exécuter la prestation promise au bénéficiaire qu'il y ait ou non manifestation expresse de volonté de se substituer purement et simplement à la filiale, en cas de défaillance de cette dernière.

41. Lamy droit du financement 2002, Bulletin d'actualité n° 134, p. 2 et s.

42. Cass. com., 26 févr. 2002, n° 99-10.729, précité.

43. Cass. com., 9 juill. 2002, n° 96-19.953, précité.

44. Legeais D., note sous Cass. com., 26 févr. 2002, n° 99-10.729, précité

*« L'intérêt majeur de cette solution est que, dorénavant, l'établissement de crédit n'aura plus à prouver la faute de la société mère, en cas d'inexécution de son engagement "de faire tout le nécessaire..." pour engager sa responsabilité contractuelle »*⁴⁵.

Le Professeur Nicolas Rontchevsky souligne, en commentaire de cette décision, que *« ce revirement de jurisprudence est bienvenu pour les bénéficiaires de lettre de confort qui, en pratique, souhaitent obtenir une véritable garantie. Mais ce n'est pas dire que tous les engagements de faire pris dans le cadre d'une lettre de confort constituent à présent une obligation de résultat. Certaines expressions ne pourront en effet relever que de l'obligation de moyens. Selon les termes employés, les lettres de confort peuvent donc renfermer un cautionnement déguisé, ou des obligations de faire (par exemple engagement d'assurer les besoins financiers du débiteur ou de veiller à l'exécution de ses obligations ou de lui venir en aide en cas de besoin), de moyens ou de résultat, ou des obligations de ne pas faire (par exemple, engagement de ne pas céder ou ne pas réduire sa participation au capital du débiteur) qui sont toujours des obligations de résultat »*.

Dans son rapport annuel 2002⁴⁶, la Cour de cassation a elle-même précisé sur ces décisions qui y figurent, qu'elle avait, à l'occasion du second arrêt du 9 juillet 2002, approuvé la cour d'appel d'avoir déduit de ses constatations (notamment la circonstance, sans doute non dépourvue d'incidence dans l'interprétation de la volonté des parties que le créancier avait consenti un prêt garanti par une hypothèque et accepté de donner mainlevée de cette hypothèque en contrepartie de la délivrance d'une lettre d'intention), que la société mère n'avait pas souscrit un engagement de cautionnement à l'égard de la société de développement régional : *« en effet, selon l'article 2011 du Code civil et ainsi que l'avait rappelé la chambre commerciale de la cour dans un arrêt du 21 décembre 1987, celui qui, par une manifestation non équivoque et éclairée de sa volonté, déclare se soumettre envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même, se rend caution de cette obligation. En l'espèce, la société mère n'avait donc pas pris un engagement de payer mais un engagement de faire »*⁴⁷.

La Cour de cassation poursuit son entreprise pédagogique par l'explication de sa propre démarche en indiquant qu'il convient ensuite de déterminer le caractère contraignant de cette obligation de faire et que le choix se situe entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat, la Cour renvoyant dans son rapport à la jurisprudence de la chambre commerciale du 18 avril 2000.

La Haute juridiction précise alors qu'en présence d'une disposition de la lettre de confort selon laquelle la société mère avait pris l'engagement de faire le nécessaire envers la société de développement régional pour mener l'opération à bonne fin, les juges du fond avaient dénaturé les termes de la lettre d'intention en refusant d'admettre l'existence d'une obligation de résultat.

Il y a lieu de retenir que la Cour de cassation, dans l'analyse qu'elle fait de sa propre jurisprudence, indique pour terminer :

« s'engager dans une lettre d'intention à faire le nécessaire pour mener une opération déterminée à bonne fin, ne crée pas une obligation de payer au titre d'un contrat de cautionnement, mais oblige le signataire de la lettre à faire en sorte que le résultat promis au bénéficiaire de cet engagement, soit obtenu d'une manière ou d'une autre. »

45. Lamy droit du financement 2002, Bulletin d'actualité, n° 134, p. 2, précité.

46. http://www.courdecassation.fr/_rapport/couverture.htm

47. Cass. com., 21 déc. 1987, n° 85-13.173, Bull. civ. IV, n° 281.

2.3.3 – Aujourd'hui, la tendance ne s'est pas modifiée. Plusieurs arrêts ont confirmé cette jurisprudence. Quelques uns, très récents, méritent d'être cités.

Le 19 avril 2005, la chambre commerciale⁴⁸ a jugé « *qu'il résulte en l'espèce des termes de la lettre d'intention reproduits par l'arrêt, que la société Askea s'est engagée à faire le nécessaire pour que la société Verboom respecte ses engagements à l'égard de la Société Générale et dispose d'une trésorerie suffisante à cet effet ; qu'en l'état de l'obligation de résultat ainsi contractée, il n'appartenait pas à la Société Générale de faire la preuve de la faute commise par la société Askea ; que par ce motif de pur droit, substitué à ceux que critique le moyen, l'arrêt se trouve justifié* ».

Ainsi, en matière internationale, la lettre d'intention avec obligation de résultat reçoit application.

Le même jour⁴⁹, la chambre commerciale a également rendu un arrêt en matière interne et retenu la qualification d'obligation de résultat en ces termes :

« *Mais attendu, d'une part, que l'arrêt rappelle que la lettre d'intention précisait, d'un côté, qu'à la demande de la banque, la société Maxi Livres ferait le nécessaire pour couvrir les créances de celle-ci envers la société Magis Book, résultant des lignes de crédits actuelles ou futures et, de l'autre, que si cette société pour quelque motif que ce soit, ne faisait pas le nécessaire pour couvrir ses débits envers la banque, elle s'engageait à les solder, dès qu'elle en recevrait la demande écrite ; que la cour d'appel a décidé à bon droit que, par ces termes, le signataire de cette lettre a souscrit une obligation de faire, qui s'analyse en une obligation de résultat constitutive d'une garantie nécessitant l'autorisation du conseil d'administration de la société* ».

Ainsi, en matière interne, faute d'autorisation par le conseil d'administration, la lettre d'intention est dépourvue d'effet.

Il y a lieu de relever que la chambre commerciale, par un arrêt du 16 novembre 2004⁵⁰ a précisé qu'il appartient à la société signataire de la lettre d'intention d'apporter la preuve négative de l'inexistence de cette autorisation du conseil d'administration, faute de quoi la lettre d'intention lui est opposable. Cette preuve ne peut résulter d'une attestation du président du conseil d'administration ayant succédé au signataire de la lettre, « *ce document établi pour les besoins de la cause n'est pas de nature à emporter la conviction* ».

Enfin, le 18 mai 2005, la chambre commerciale⁵¹ a retenu l'efficacité de la lettre d'intention constitutive d'une obligation de moyens, jugeant que la cour d'appel avait procédé aux recherches prétendument omises et légalement justifié sa décision « *en relevant que les termes employés dans la lettre du 26 mars 1998 démontraient que la société Danel ne s'était engagée ni à garantir, ni même à se substituer à sa filiale en cas de carence de celle-ci, que l'objet de sa lettre était seulement d'informer la société BASF de son intention de soutenir la société Debar pour lui permettre de poursuivre son redressement et en constatant que la société Danel avait soutenu sa filiale par un ensemble de mesures qu'elle a analysées et estimées suffisantes et qui établissaient que la société Danel avait respecté ses engagements* ».

48. Cass. com., 19 avr. 2005, n° 01-12.347, Lamyline.

49. Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11.567, Lamyline.

50. Cass. com., 16 nov. 2004, n° 00-190.829, RJDA 2005, n° 3, n° 280, JCP G 2005, I, p. 838, obs. Ph. Simler, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 367, note J.-F. Barbieri.

51. Cass. com., 18 mai 2005, n° 02-20.615, Lamyline.

La lettre d'intention, en matière interne, constituait une obligation de moyens à laquelle il a été satisfait, comme il en était justifié.

Ces décisions participent ainsi à la clarification des « eaux troubles » de la lettre de confort en ce que la Cour de cassation a, à nouveau, pris position sur le domaine de l'article L. 225-35 du Code de commerce qui subordonne la délivrance par une société anonyme de cautionnements, avals et garanties à une autorisation du conseil d'administration (ou de surveillance). A cet égard, à l'instar de certaines juridictions du fond, la Cour de cassation a évité l'écueil décrié de ne retenir la qualification de garantie qu'en présence d'engagements exposant la société à payer pour autrui (soit la dette même du débiteur, soit une somme d'argent remplaçant la prestation due par celui-ci) et de l'écarter lorsque la société n'a pris qu'un engagement de comportement tendant à permettre au débiteur de payer lui-même (obligations de faire et de ne pas faire peu important qu'elles soient de moyens ou de résultat).

Il apparaît en effet indispensable, afin d'éviter les errements, de distinguer la recherche de la qualification juridique de la lettre ou plus exactement des obligations qu'elle contient, de la détermination, dans un second temps seulement, de sa qualification de garantie au sens des dispositions de l'article L. 225-35 du Code de commerce dont la pérennité est de surcroît discutée.

L'issue du procès dépendra ainsi moins des aléas de l'interprétation qui, ces dernières années, avait parfois confiné au bysantisme⁵² du fait d'une qualification qui semblait dépendre de la seule efficacité recherchée, « perversité » aujourd'hui condamnée.

2.4 – Les réactions après le rapport Grimaldi

Le projet d'introduction dans le Code civil d'une définition de la lettre d'intention par le groupe présidé par le Professeur Grimaldi, va nécessairement provoquer des réactions dans le cadre de la consultation à laquelle le très riche rapport qu'il a déposé est aujourd'hui soumis.

Le rapport propose, au titre des sûretés personnelles, d'introduire la garantie à première demande et la lettre d'intention.

S'il est incontestable que cette introduction se limite à donner des définitions, son opportunité présentée par le groupe, qui reconnaît avoir « balancé », comme justifiée par le « *souci de doter la France d'un Code civil qui, par sa modernité, pût favoriser la circulation du droit français* »⁵³, n'en est pas moins très discutable.

Il sera très certainement relevé qu'elle est introduite dans un titre intitulé « *sûretés personnelles* » alors que précisément, la lettre d'intention n'est pas une sûreté à proprement parler et que l'insertion d'une définition de la lettre d'intention peut paraître dangereuse, la portée juridique d'une lettre d'intention étant, comme il ressort d'ailleurs de la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, très variable selon la rédaction qu'en ont fait les parties.

Comme le souligne le Medef, qui a très rapidement réagi, si certaines lettres sont constitutives d'une « *garantie* » au sens des articles L. 225-35 et L. 225-68 du Code de commerce, leur validité étant subordonnée à une autorisation préalable donnée au signataire

52. Lienhard D., Lettre d'intention de résultats, Cass. com., 9 juill. 2002, n° 96-19.953, D. 2002, jur., p. 2327.

53. <http://www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/rapportgrimaldi.htm> – Les commentaires du groupe de travail sur le chapitre consacré à la lettre d'intention.

par son conseil d'administration ou de surveillance, d'autres, à l'inverse, peuvent ne comporter que des obligations de moyens, voire être pratiquement dépourvues de toute portée juridique.

C'est ce qui conduit le Medef à indiquer que « classer des lettres d'intention, sans plus de distinction, sous un titre "des sûretés personnelles" apparaît inopportun et inapproprié » et pourrait même avoir pour effet de décourager ces pratiques.

Il mérite, en effet, d'être souligné l'incontestable difficulté résultant de l'existence d'une définition qui aurait vocation à appréhender toutes les garanties de faire qu'une société est susceptible de souscrire, l'ensemble qualifié de « sûretés personnelles » et, parallèlement, l'absence de précisions sur les autres textes à modifier ou à créer, notamment sur les dispositions de l'article L. 225-35 du Code de commerce dont il n'apparaît pas qu'il soit proposé qu'elles soient supprimées ou dont le champ d'application serait circonscrit : ces « sûretés personnelles » constitueraient-elles toutes des « garanties » au sens des dispositions de l'article L. 225-35 du Code de commerce ?

Telle est la question à laquelle l'évolution de la jurisprudence rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation avait permis de répondre pour clarifier l'application de ces règles et apporter une lisibilité et une sécurité juridique plus grande, attendues des praticiens.

Conclusion

En l'état, il y a lieu de retenir que la dernière jurisprudence conduit à supprimer l'un des paradoxes de la lettre d'intention du fait de la clarification apportée sur la qualification des engagements et de la sécurité ainsi conférée au créancier qui réduit l'espace trouble des engagements sans engagement.

Le créancier doit s'adapter. Désormais, la lettre comprenant un engagement de résultat visant la garantie de remboursement attendue de la banque sera jugée inefficace, en l'état actuel de la législation applicable aux sociétés anonymes, si l'autorisation du conseil d'administration n'a pas été préalablement obtenue.

Les bénéficiaires qui souhaitent bénéficier d'une garantie forte ont intérêt à solliciter de véritables cautionnements ou l'autorisation du conseil d'administration pour les lettres comportant une obligation de résultat.

Si les parties « choisissent » de convenir d'une obligation de moyens (ou si la banque n'avait commercialement d'autre choix) et dans la mesure où le régime de la preuve peut être conventionnellement aménagé, les bénéficiaires ont intérêt à user de cette faculté pour n'avoir pas à supporter la charge difficile d'une preuve négative et prévoir que le débiteur devra établir qu'il s'est acquitté de l'obligation de moyen souscrite, renforcée autant que possible mais tant et si bien qu'elle n'éclate pas.

BÉNÉDICTE BURY

*Avocate à la Cour
B. Moreau – Avocats*