Un « confort » sous-estimé dans l'aménagement contractuel des groupes de sociétés : la lettre de patronage

Laurent du Jardin

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B-1348 LOUVAIN-LA-NEUVE

Thèse pour le Doctorat en droit
de l'Université catholique de Louvain

mars 2001

Un « confort » sous-estimé dans l'aménagement contractuel des groupes de sociétés : la lettre de patronage

Laurent du Jardin

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B-1348 LOUVAIN-LA-NEUVE

Thèse pour le Doctorat en droit
de l'Université catholique de Louvain

mars 2001

INTRODUCTION

1.- L'importance de la plupart des groupes de sociétés contraste singulièrement avec leur relative inexistence d'un point de vue juridique. Le principe est en effet celui de la personnalité juridique distincte des sociétés commerciales, qui leur permet de se comporter de manière juridiquement autonome, même lorsque la répartition de leur capital social ou leur administration les rend économiquement dépendantes les unes des autres. Les groupes de sociétés, qui par ailleurs n'ont pas de personnalité juridique propre, sont ainsi le lieu de rencontre d'affirmations contradictoires :

- celle de la réalité *économique* du groupe et de la centralisation des décisions ou des moyens financiers qui en est le corollaire,

- celle de l'autonomie *juridique* des sociétés qui composent le groupe.

On peut envisager d'arbitrer ces affirmations contradictoires par l'élaboration d'une réglementation *générale* des groupes de sociétés. Sauf dans de rares cas [1], une telle réglementation n'existe pas. Les projets en ce sens, et notamment un avant-projet de directive européenne, semblent avoir été abandonnés.

---

[1] L'exemple le plus souvent cité est celui du droit allemand. Voir cependant l'existence de réglementations comparables au Brésil et au Portugal auxquelles J. ENGRACIA ANTUNES consacre quelques commentaires ; *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law. An International and Comparative Perspective*, Deventer.Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, pp. 324 et s.

Le principe de la personnalité juridique distincte connaît cependant des tempéraments :

a) En Belgique, des interventions ponctuelles du législateur ont eu pour effet de donner au regroupement de sociétés une certaine pertinence juridique . On songe à la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises instaurant, dans le chef de sociétés mères, l'obligation d'établir des comptes consolidés (les dispositions figurent désormais aux articles 108 et suivants du Code des sociétés). De même, la réglementation des conflits d'intérêts (articles 523 et surtout 524 du Code des sociétés - anciens articles 60 et 60*bis* des lois coordonnées sur les sociétés commerciales) peut être perçue comme une tentative de réglementation partielle des opérations intra-groupe [2].

b) De son côté, la jurisprudence n'a pu rester indifférente au phénomène. Les règles organisant (de manière générale) la responsabilité de l'administrateur ou du dispensateur de crédit (et tel est souvent le cas d'une société mère à l'égard de ses filiales) justifient parfois des dérogations au principe de la personnalité juridique distincte.

c) Enfin, la pratique révèle de nombreux exemples de limitations volontaires au principe de la personnalité juridique distincte, en complément des limitations légales et judiciaires précitées. Ceci concerne notamment toutes les garanties offertes par une société en couverture des engagements d'une autre société relevant du même groupe.

---

[2] Voir à ce propos : E. WYMEERSCH, «L'article 60 et le droit belge des groupes de sociétés », *Hommage à Jacques HEENEN*, Bruxelles, Bruyant, 1994, pp. 633 à 655 ; mais aussi : G. KEUTGEN, A.-P. ANDRE-DUMONT, «La société et son fonctionnement », *Droit des sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995*, Centre d'études Jean Renauld, Bruxelles, Bruyant, 1995, pp. 265 et s.

Parmi ces garanties, il faut relever la spécificité des « lettres de patronage », aussi appelées « lettres de confort » ou « lettres d'intention ». Elles sont caractéristiques des groupes de sociétés.

2.- Les lettres de patronage [3] sont un phénomène relativement récent. La littérature juridique en fait mention depuis le milieu des années 1960 [4] mais les premières décisions de jurisprudence les concernant datent essentiellement des années 1980. Les lettres de patronage posent des problèmes de définition et de catégories car elles sont de portée très variable : *déclaration* sur la politique du groupe ou sur le niveau de participation dans le capital de la filiale, *engagement* de le maintenir à ce niveau, de contrôler la gestion de la filiale ou de mettre à sa disposition des moyens financiers, etc. Les engagements (quand la lettre n'est pas seulement informative) sont *juridiques*, mais aussi parfois seulement *moraux*. Ils peuvent être de *moyens* ou de *résultat*. La doctrine belge s'est, jusqu'à présent, essentiellement attachée à en élaborer des typologies, alors que la jurisprudence qui les concerne reste particulièrement pauvre. L'incertitude juridique qui semble caractériser la souplesse de ce mécanisme de garantie expliquerait un certain malaise des praticiens du droit à son égard.

La lettre de patronage apparaît le plus souvent comme un moyen d'aménager de manière *individuelle* les relations entre une société mère et un ou plusieurs créanciers d'une de ses filiales :

---

[3] Nous examinerons ci-après la question de leur dénomination.

[4] Voir les références françaises et néerlandaises citées par A . BRUYNEEL, «L'évolution du droit des sûretés », *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, p. 23, note 85. Voir également L. MICHALSKI, « Die Patronatserklärung », *Wertpapier Mitteilungen*, 1994, p. 1230, qui mentionne par ailleurs qu'au moment de la publication de son article, les lettres de patronage concernent près de 10 % des crédits accordée par les plus grandes banques allemandes.

- la lettre *formalise* le soutien, l'assistance ou le contrôle de la société mère (prise en compte par le droit , en réalité un mécanisme le plus souvent contractuel, de la réalité économique),

- la lettre *modalise* l'intervention de la société mère dans les affaires de la société patronnée (garantie sur mesure, la lettre n'amène en principe pas la société mère à se substituer à la société patronnée dans l'exécution de ses obligations: le principe d'autonomie est préservé).

3.- Par l'identification des types de lettres de patronage, la détermination des conditions de leur naissance et de leur validité, la précision de leurs conséquences et la démonstration de leur efficacité, l'objet de cette thèse est d'expliquer:

- d'une part, que l'incertitude juridique qui semble caractériser les lettres de patronage n'a pas l'importance qu'on lui accorde. Il est possible de les rattacher à des catégories juridiques éprouvées pour en identifier précisément les effets. Partant, la polymorphie des lettres de patronage n'est pas nécessairement un facteur d'insécurité juridique [5] :

---

[5] Dans leur contribution au colloque des 20 et 21 octobre 1983 consacré aux sûretés issues de la pratique, A. MEINERTZHAGEN – LIMPENS et M. DELIERNEUX relèvent ce qui suit ("Les lettres de patronage", K. 1):"*Dans un document interne d'une banque allemande, les 'Letters of awareness, comfort and support' sont en effet classées sous le titre de 'Moral undertakings'. Les recommandations qui suivent sont sévères; elles précisent que de telles lettres ne sont pas des sûretés; que, quel que soit leur contenu, elles n'ont pratiquement aucune valeur devant les tribunaux (...)*". A la même époque, M. BELLIS ne se montre pas plus rassurant lorsqu'il souligne ("Typologie des lettres de patronage", *Rev.Banque*, 1982, p.213, n° 1):"*La fréquence du recours au procédé contraste, d'ailleurs, avec l'incertitude qui plane autour de sa portée juridique précise. Sans doute parce que, dans l'esprit des protagonistes, le doute bénéficie à chacun d'eux*". Dans le même sens : S. VAN CROMBRUGGE, *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Anvers, Kluwer, 1984, p. 324, n° 275 : «*Over het algemeen lijken patronaatsverklaringen op juridisch vlak weinig zekerheid te bieden* ». Voir également le titre de l'article de Ph. R. WOOD, «The uncomfortable comfort letter », *Int. Fin.Law rev.*, April 1988, pp.

Contrairement à ce que l'on pense généralement, la souplesse qui caractérise la lettre de patronage n'empêche pas la sécurité juridique

– d'autre part, que les lettres de patronage sont un moyen de garantie efficace dont la spécificité, en comparaison avec les autres sûretés, peut s'avérer particulièrement utile, tant dans le chef du créancier bénéficiaire que dans le chef de son émetteur [6] :

21-22. Les impressions ne semblent pas avoir beaucoup évolué. Suivant R. BAILLOD ("Les lettres d'intention", *R.T.D. com.*, 1992, p. 578, n° 57):"*La grande diversité des formules employées peut être source de surprises désagréables pour (le créancier). Cette incertitude, qui n'est pas la marque d'une bonne sûreté, pourrait bien nuire à l'avenir de la lettre d'intention*". F. WAUTELET considère aussi ("De patronaatsverklaring in het Internationale Privaatrecht", *Jura Falconis*, 1996 – 1997, p. 318): "*De tegenstrijdige bedoelingen van partijen brengt mee dat de uiteindelijke tekst van de verklaring vaak onduidelijk en dubbelzinnig is*". I. MOREAU-MARGREVE, qui dans un article intitulé "Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés", avait rangé les lettres de patronage sous un titre "*Succédanés 'flous'*"(*Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 201), écrivait encore récemment ("Quelques illustrations du décalage entre le langage des praticiens du droit et celui des juristes universitaires", *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.19):"*De l'action des juges se dégage à notre sens une leçon: souscripteurs et bénéficiaires de ces lettres auraient intérêt à préciser exactement dans ces lettres la portée juridique qu'ils entendent donner à leur contenu; peut-être cet effort de clarification conduirait-il parfois opportunément à l'adoption d'une formule classique de garantie personnelle! Pour l'heure en tout cas, les procès débouchent sans doute souvent sur la perte d'illusions de part ou d'autre*".

[6] Alors que les sûretés réelles présentent des inconvénients liés à leur localisation (certainement dans une perspective internationale: respect des formes du pays de la situation du bien grevé – "*Locus regit actum*", difficulté de contrôler le sort de la sûreté constituée dans un pays étranger, difficulté de réaliser la sûreté constituée sur un bien situé à l'étranger, etc.), les avantages de la stipulation d'une sûreté personnelle peuvent être résumés comme suit (Ch. MOULY, "Les sûretés personnelles traditionnelles en France", *Les sûretés,* Colloque de Bruxelles des 20 & 21 octobre 1983, Feduci, 1984, p. 130, n°2):

- simplicité liée au fait que la sûreté personnelle est le plus souvent constituée par un simple contrat sous seing privé qui n'occasionne presque pas de frais,
- grande insensibilité au droit de la faillite,
- souplesse, notamment quant à l'adaptation de la sûreté à la créance garantie (sûreté constituée en garantie de créances futures, de solde de compte courant, etc.),

Dans de nombreuses hypothèses, il y a des motifs de préférer la lettre de patronage aux autres sûretés personnelles

– enfin, qu'en l'absence d'un droit des groupes, les lettres de patronage sont, dans des situations particulières, la réponse adéquate à la nécessité d'arbitrer les rapports entre la réalité économique des groupes et l'autonomie juridique des sociétés qui en font partie [7] :

La lettre de patronage compense partiellement l'absence de droit des groupes de sociétés

---

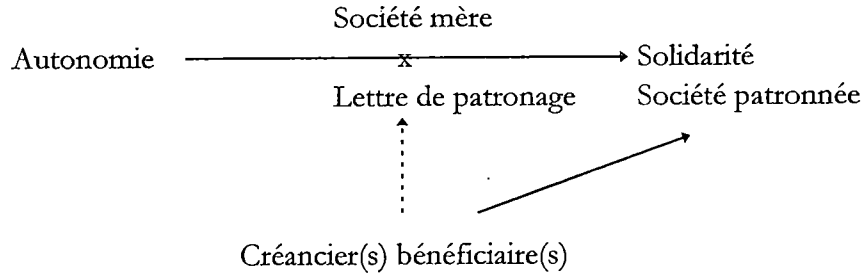
- le fait que la sûreté personnelle n'entraîne aucune diminution de la capacité d'emprunt du débiteur principal.

Ces avantages se retrouvent également dans la stipulation d'une lettre de patronage. Une partie de notre étude sera en outre consacrée aux hypothèses où il y aura lieu de la préférer aux autres sûretés personnelles plus classiques que sont les contrats de cautionnement et de garantie autonome.

[7] J. TERRAY estime que la lettre de patronage s'inscrit dans une tradition juridique (française) suivant laquelle l'idée d'un lien de contrôle avoué ou même annoncé aux tiers peut être à lui seul créateur d'obligations pour l'actionnaire de contrôle, indépendamment de toute faute ("La lettre de confort", *Banque*, 1980, p. 332). Dès 1984, COIPEL évoquait une possible interaction entre l'absence d'un droit des groupes de sociétés et le développement des lettres de patronage ("Lettres de patronage et droit des sociétés", *Les lettres de patronage,* Société d'études Morales, Sociales et Juridiques, Namur, Feduci, Paris, 1984, p.236, n° 341):"*L'absence, dans un système juridique, d'un droit spécifique pour les sociétés liées est une lacune aux yeux des juristes soucieux que le droit commercial appréhende les réalités économiques de ce temps. A leur manière et à leur place – en tant que loi des parties – les lettres de patronage contribuent à combler cette lacune*". La perspective était cependant celle de l'émergence d'un droit des groupes de sociétés (*ibidem*, p. 236, n° 341) : "*De la sorte, les lettres de patronage contribuent à légitimer l'influence dominante des sociétés – mères et elles préparent le terrain pour des règles spécifiques dont un des objectifs essentiels doit précisément être de légitimer la domination et la direction économique unique*". F. WAUTELET évoque même le fait que le développement du droit des groupes justifierait la fin de la pratique des lettres de patronage ("De patronaatsverklaring in het Internationale Privaatrecht", *op.cit.*, p. 341). Nous dirons ci-après ce qu'il y a lieu d'en penser . Quoi qu'il en soit, que ce soit en Belgique ou en Europe, il semble bien qu'une réglementation des groupes de sociétés n'est plus à l'ordre du jour et que c'est donc essentiellement par la voie contractuelle que doivent être réglés les rapports entre sociétés liées, notamment vis-à-vis de leurs créanciers.

4.- En conséquence de ce qui précède, il sera démontré que la lettre de patronage est, à l'égard du ou des créanciers bénéficiaires de la filiale, un moyen efficace – et parfois le meilleur - de fixer la place de la société mère sur le schéma qui a, à un extrême, l'autonomie des sociétés du groupe et, à l'autre extrême, leur solidarité. C'est ce qui est illustré ci-après:

Fig. 1



5.- Les trois idées-forces résumées ci-dessus, qui seront le fil conducteur de notre travail, sont répercutées dans sa structure:

– *Les multiples facettes de la lettre de patronage* (1ère partie)

La nature de la lettre de patronage (est-elle seulement une sûreté ?) et la diversité des clauses qui peuvent y être reprises, font l'objet d'un examen systématique. Les conséquences en sont nombreuses.

– *La lettre de patronage dans le reflet des sûretés personnelles* (2ème partie)

Il s'agit d'étudier la nature contractuelle de la lettre de patronage (par référence au contrat de cautionnement) ainsi que son éventuelle autonomie (par comparaison avec la garantie autonome). Les enjeux de telles classifications sont bien évidemment examinés.

– *La lettre de patronage à la lumière du droit des contrats, des sociétés et des groupes de sociétés* (3ème partie)

L'examen des conditions de validité de la lettre de patronage justifie notamment que de nombreuses règles du droit des sociétés soient prises en compte (en ce compris selon nous celles qui concernent les conventions d'actionnaires). Les liens entre la lettre de patronage et les autres tempéraments au principe de la personnalité juridique distincte sont l'occasion de souligner le contexte de groupe de sociétés dans lequel les lettres de patronage sont le plus souvent émises, et ses importantes conséquences.

6.- La thèse n'est pas « comparative » en ce sens que les questions examinées ne l'ont pas été dans différents systèmes juridiques étudiés en parallèle. C'est en droit belge que la démonstration a été mise en œuvre. Nos analyses ont cependant été nourries de la consultation des droits voisins - droits néerlandais, anglais et allemand - et en particulier du droit français où la matière des lettres de patronage occupe une place exceptionnellement importante dans la meilleure doctrine et la jurisprudence de la Cour de cassation.

En revanche, nous avons délibérément inscrit notre démarche dans une perspective interdisciplinaire. La matière des lettres de patronage relève par essence du droit des sûretés. Elle pose cependant de nombreuses questions de droit des obligations et de droit des sociétés. La confrontation de ces diverses disciplines, à propos d'un seul et même mécanisme de garantie, a largement contribué à l'intérêt de nos recherches. Puisse leur résultat susciter celui du lecteur.

7.- Nous terminerons ces remarques introductives par un peu de terminologie. C'est que la matière connaît de multiples dénominations, qu'elles soient anglaises (*«letter of intent»*, *«letter of recognizance»*, *«letter of awareness»*, *«letter of responsability»*) néerlandaise (*«patronaatsverklaring»*) ou allemande (*«Patronatserklärung»*). En français, ce sont les termes *«lettre de confort»*, *«lettre d'intention»* et *«lettre de patronage»* qui sont le plus souvent utilisés.

Bien que le mot *«confort»* témoigne opportunément de l'esprit du mécanisme, nous n'avons pas voulu y avoir recours en raison de l'ambiguïté des mots *«société confortée»* : s'agit-il du débiteur principal dont les engagements sont couverts, ou du créancier bénéficiaire que l'émission de la lettre rassure ? Concernant les termes *«lettre d'intention»*, la confusion possible avec le document qui, en droit des contrats, précède parfois leur conclusion définitive [8], nous a convaincu de la nécessité d'adopter une dénomination spécifique.

---

[8] Sur ce mécanisme, voir F. T'KINT, «Négociation et conclusion du contrat», *Les obligations contractuelles,* Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1984, pp. 9 à 51 ; M. FONTAINE, «La formation des contrats. Codifications récentes et besoins de la pratique», *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, 1998, Bruxelles, Bruylant, pp. 681 à 695.

Ne restaient que les mots «*lettre de patronage*». A défaut d'être élégants, ils paraissent formellement corrects [9] tout en alignant la dénomination française sur celles utilisées en néerlandais et en allemand. Surtout, ils ont le mérite d'écarter toute confusion, notamment quant aux parties intervenantes. Pour la suite de notre exposé, nous les désignerons comme suit : *émetteur* [10], *société patronnée*, *créancier bénéficiaire*.

---

[9] Le mot «*patronage*» apparaît en effet avoir été choisi dans un sens conforme à la première définition qu'en donnent les dictionnaires classiques. Voir P. LAROUSSE, *Grand Dictionnaire universel du XIXème Siècle*, Paris, 1874 : «*Protection exercée par un patron, un homme puissant sur un homme d'un état inférieur* : Le PATRONAGE d'un prince, d'un ministre» ; *Le Grand Robert de la langue française*, Paris, 1985 : *« 1. Appui donné par un personnage puissant, un organisme. 'Je ne viens vous demander ni patronage, ni référence, ni service d'aucune sorte', G. DUHAMEL, Salavin, V, I. »*

[10] Bien que l'on puisse songer à utiliser les mots «*société patronnante*», nous leur préférons la désignation «*émetteur*» qui rend compte, comme nous le verrons, du fait que la lettre peut également être émise par des personnes physiques.

TABLE DES MATIERES SUCCINCTE

Une table des matières détaillée et un index alphabétique figurent en fin d'ouvrage.

Les chapitres sont précédés d'un sommaire et suivis d'une bibliographie choisie où les références sont classées par verbo. Ils sont illustrés de notes de jurisprudence dont un répertoire figure également en fin d'ouvrage. Les bibliographies choisies sont intégrées dans une bibliographie générale où toutes les références utilisées sont réunies dans un ordre strictement alphabétique.

Les numéros ci-après renvoient aux pages.

INTRODUCTION 2

PREMIERE PARTIE : LES MULTIPLES FACETTES DE LA LETTRE DE PATRONAGE 14

CHAPITRE 1 - LA LETTRE DE PATRONAGE ET LE DROIT DES SURETES 15

CHAPITRE 2 - LA LETTRE DE PATRONAGE : ELOGE DE LA DIFFERENCE 48

DEUXIEME PARTIE : LA LETTRE DE PATRONAGE DANS LE REFLET DES SURETES PERSONNELLES 116

CHAPITRE 3 - L'ANALYSE CONTRACTUELLE DE LA LETTRE DE PATRONAGE . 117

CHAPITRE 4 - L'AUTONOMIE DE PRINCIPE DE LA LETTRE DE PATRONAGE 156

TROISIEME PARTIE : LA LETTRE DE PATRONAGE A LA LUMIERE DU DROIT DES CONTRATS, DES SOCIETES ET DES GROUPES DE SOCIETES 191

CHAPITRE 5 - LA VALIDITE DE LA LETTRE DE PATRONAGE 192

CHAPITRE 6 – LA LETTRE DE PATRONAGE ET LES AUTRES TEMPERAMENTS AU PRINCIPE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE DISTINCTE 289

CONCLUSIONS GENERALES 383

PREMIERE PARTIE : LES MULTIPLES FACETTES DE LA LETTRE DE PATRONAGE

CHAPITRE 1 - LA LETTRE DE PATRONAGE ET LE DROIT DES SURETES

SOMMAIRE:

La notion de lettre de patronage pose un problème de définition. Celle de sûreté personnelle également. En mettant en parallèle les deux questions, nous démontrons que la lettre de patronage n'est pas nécessairement une sûreté.

Cette qualité ne devrait lui être reconnue que lorsqu'elle fait naître dans le chef de l'émetteur une *obligation juridique de somme.*

Ces questions sont loin d'être théoriques car de leurs réponses dépend l'application de diverses règles importantes - en particulier celles qui touchent à l'originalité du mécanisme et l'intérêt qu'il représente en comparaison avec les autres sûretés.

Ceci concerne notamment les restrictions statutaires ou conventionnelles à l'émission des sûretés ainsi que les obligations de publicité comptable.

§ 1. CONSIDERATIONS GENERALES

8.- Dans leurs Principes de droit commercial, VAN RIJN et HEENEN indiquent :

> *« Il n'est guère possible de définir les lettres de patronage, car leur portée dépend de leur libellé qui varie considérablement. Elles vont de la simple description d'une situation, sans grande conséquence juridique, jusqu'à un engagement précis, analogue à un cautionnement. Elles présentent deux caractères communs: 1° la lettre est le plus souvent souscrite par une société mère afin de permettre à sa filiale d'obtenir un crédit; 2° elle ne constitue pas à proprement parler une sûreté personnelle, car le créditeur ne peut, même dans le cas le plus favorable pour lui, obtenir de l'auteur de la lettre un paiement à son profit, mais seulement exiger une contribution financière au patrimoine de la filiale, sa débitrice »* [11].

L'imprécision qui caractérise les commentaires de ces éminents auteurs témoigne de l'opportunité d'une étude approfondie du sujet. S'il peut effectivement s'agir d'une situation « *sans grande conséquence juridique* », il paraît d'autant plus nécessaire d'identifier les quelques effets qui peuvent lui être attribués. Il y a, par ailleurs, une certaine contradiction à évoquer un engagement précis "*analogue à un cautionnement*", tout en soulignant le fait qu'il ne constituerait pas "*à proprement parler une sûreté personnelle*".

9.- Les commentaires de BELLIS ont également de quoi laisser perplexe lorsqu'il indique, au moment de définir la lettre de patronage en introduction à l'ouvrage que la Faculté de droit de Namur et la Feduci lui consacrent en 1984 :

---

[11] J. VAN RIJN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 425, n° 553.

"*La lettre de patronage tend à 'conforter' son bénéficiaire en formalisant au profit de celui-ci, de manière plus ou moins pénétrante et avec une force contraignante plus ou moins grande, les conséquences obligationnelles s'attachant à la détention d'une participation significative.*"[12]

En théorie, il est sans doute réducteur de n'envisager l'émission et le contenu d'une lettre de patronage que par référence à la détention d'une participation significative et à ses conséquences. Comme le constatait SIMONT en 1983, "*C'est évidemment dans le cadre des relations de groupe que la lettre de patronage se rencontre le plus souvent mais l'autonomie de la volonté permet évidemment qu'elle soit utilisée en dehors de ce cadre.*"[13] En pratique, il faut constater que l'autonomie de la volonté n'extrait que rarement la lettre de patronage du contexte de groupe de sociétés [14]. Les deux matières sont fortement liées. La thèse aura notamment pour objet de le confirmer.

10.- Par la stipulation d'une lettre de patronage, émetteur et bénéficiaire trouvent le moyen de stipuler une garantie "*sur mesure*", n'impliquant pas nécessairement que le garant s'engage à se substituer au débiteur en cas d'inexécution du contrat principal (cautionnement) ou à verser au créancier un certain montant indépendamment de l'exécution de ce contrat (garantie autonome). Souvent, la lettre de patronage est le moyen de fournir une garantie de moindre portée ("*soft letter*") : les conditions de son émission (respect de restrictions statutaires ou conventionnelles, autorisation spéciale, ...[15]) et de sa publicité (mention en annexe des comptes

---

[12] *Les lettres de patronage*, Namur, Société d'Etudes Morales, Sociales et Juridiques, Paris, Feduci, 1984, p. 17, n° 20.

[13] "Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent", *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, p. 294.

[14] Voir nos commentaires sur la qualité de l'émetteur. *Cf. infra* n° 74 et s.

[15] C'est particulièrement vrai en France où, suivant les articles 98 et 128 de la loi du 24 juillet 1966, les «*cautions, avals et garanties*» donnés par les sociétés anonymes autres que les établissements bancaires ou financiers, doivent faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil

annuels) peuvent ainsi en être allégées. Mais la lettre peut aussi avoir des conséquences juridiques telles que l'allégement des conditions d'émission et de publicité ne se vérifie plus [16]. Nonobstant, l'originalité du mécanisme demeure.

11.- La lettre de patronage peut être simplement informative [17]. Lorsqu'elle contient une obligation, elle se caractérise par le fait qu'il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire en faveur ou à propos de la société patronnée[18]. Il ne peut s'agir d'une obligation de payer directement le créancier destinataire de la lettre [19] . En effet, en s'engageant à se substituer à la société patronnée, l'émetteur prendrait en réalité un engagement de caution et la lettre devrait être requalifiée en ce sens (cette question est examinée ci-après). La lettre de patronage se distingue ainsi :

- du cautionnement, où la caution s'engage à payer au créancier la dette du débiteur principal s'il n'y satisfait pas lui-même (article 2011 du Code civil);

- de la garantie autonome où le garant, même s'il ne s'engage pas à exécuter en nature la prestation du donneur d'ordre (le débiteur principal), souscrit une obligation (autonome) de paiement du créancier principal[20].

Sur ce point, on peut comparer les effets de la lettre de patronage, dans le chef du créancier bénéficiaire, à ceux de l'action oblique qui ne permet pas

---

d'administration ou du conseil de surveillance pour les sociétés à directoire. Le droit allemand connaîtrait une règle identique. Voir L. MICHALSKI, « Die Patronatserklärung », *Wertpapier Mitteilungen*, 1994, p. 1231.

[16] Ces questions seront plus précisément examinées ci-après.

[17] Exemple : déclaration sur la politique de groupe.

[18] Exemples : engagement de maintien de la participation en capital, assistance dans la gestion, mise à disposition des moyens qui permettront à la société patronnée de faire face à ses engagements.

[19] Bruxelles, 23 février 1994, *DAOR*, 1994, n° 31, p. 103.

l'enrichissement direct du patrimoine du créancier intenteur de l'action. MICHALSKI souligne que la lettre de patronage peut avoir pour objet la *capacité* de paiement de la société patronnée, mais non sa *volonté* de paiement qui demeure en principe son seul fait [21].

12.- Lorsque la lettre de patronage peut être assimilée à une autre sûreté, le régime spécifique de cette dernière s'applique intégralement, les auteurs consultés suggérant alors que la qualification de lettre de patronage soit abandonnée [22]. En pratique, ceci concerne essentiellement une possible requalification en cautionnement dont la définition repose sur la substitution du débiteur principal (article 2011 du Code civil) [23].

Suivant JOSSERAND, "*Une erreur d'étiquette, consciente ou involontaire, ne modifie pas le contenu d'un flacon*" [24]. Les règles de qualification privilégient en effet ce que font les

---

[20] C. MARTIN, M. DELIERNEUX, "Les garanties bancaires autonomes", *Répertoire pratique du droit belge*, Complément t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 568, n° 53.

[21] L. MICHALSKI, « Die Patronatserklärung », *Wertpapier Mitteilungen*, 1994, p. 1235.

[22] A. VERBEKE, D. BLOMMAERT, "Patronaatsverklaringen", *Voorrechten en hypotheken - Grondige studies 2*, Anvers, Kluwer, 1996, pp. 37-38; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3ème éd., Paris, Litec, 2000, p. 35, n° 33 ; M. CABRILLAC, Ch.MOULY, *Droit des sûretés*, 4ème éd., Paris, Litec, 1997, p. 399, n° 480 : *« Cette qualification de cautionnement emporte application de la totalité du régime juridique de cette sûreté à la lettre de patronage ».* Sur la qualification en général, voir J. GHESTIN, «La qualification en droit français des garanties données par une société mère au profit de sa filiale », *Mélanges P. VAN OMMESLAGHE*, Bruxelles, Bruyant, 2000, pp. 427 à 445. Concernant plus particulièrement la garantie autonome, voir J.-F. ROMAIN, « Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes 'à première demande' », *R.G.D.C.*, 1989, pp. 429 à 447.

[23] La garantie autonome étant en tout état de cause soumise à l'autonomie de la volonté des parties, une requalification en ce sens serait de moindre importance. Voir aussi J. TERRAY, «La lettre de confort », *Banque*, 1980, p. 331, qui rejette toute possibilité d'assimilation avec un engagement de porte-fort car, dans cette institution, il n'y a jamais qu'un débiteur à la fois. Tel est aussi notre point de vue. *Contra* : Ph. SIMLER, «Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ? », *Rev.dr.bancaire*, 1997, pp. 223 - 224.

[24] Cité par J. GHESTIN, "Les obligations : les effets du contrat", *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 117, n° 112.

parties, et non ce qu'elles disent. Elles autorisent le juge à requalifier le contrat si la qualification donnée ne correspond pas à ce que les parties ont réellement voulu [25]. Suivant certains auteurs, il ne s'agirait que de la rectification d'une *«erreur de droit »* [26] . Ainsi, chaque fois que l'émetteur s'engage en réalité à se substituer à la société patronnée en cas de défaillance dans l'exécution de ses obligations, la requalification de la lettre en cautionnement doit être envisagée [27]. Deux réserves s'imposent cependant :

1. Comme nous aurons l'occasion de le rappeler lors de l'examen de la nature contractuelle du cautionnement, l'article 2015 du Code civil stipule : "*Le cautionnement ne se présume point; il doit être exprès*". La disposition est interprétée dans le sens de l'exigence d'une manifestation de volonté non équivoque dans le chef de la caution de se substituer au débiteur principal en cas de défaillance. Par conséquent, la requalification de la lettre de patronage en cautionnement ne peut s'opérer sur le fondement d'une simple présomption, notamment parce que l'émetteur se serait engagé à des obligations de résultat. L'article 2015 exige que soit vérifiée la stricte condition d'une manifestation de volonté non équivoque de l'émetteur de se substituer à la société patronnée.

2. Les règles de qualification sont soumises au principe dispositif, ce qui signifie qu'en cas de litige, le juge n'est tenu de requalifier que si on le lui

---

[25] En matière de patronage, sur l'obligation du juge de « *donner ou restituer son exacte qualification à un pareil acte sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposées»,* voir déjà Cass. com., 21 décembre 1987, *Bull. civ.,* IV, n° 281, p. 210 ; *Rev.soc.*, 1988, p. 398 avec la note H. SYNVET ; *Sem. Jurid.*, Ed. G, n° 45, 21113, avec les conclusions de l'avocat général M. MONTANIER ; *D.*, Jurisprudence, 1989, p. 112 avec la note J.-P. BRILL.

[26] M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, Kluwer, 1999, p. 93, n°115.

[27] En ce sens notamment : Trib. com. Bordeaux, 2ème ch., 18 décembre 1995, n° RG 95 F00475 - 95 F02535, inédit (en cause COGERA / CEDIAM).

demande [28]. Il n'en est autrement que si des règles d'ordre public sont en jeu [29]. Force est de constater que, dans notre matière essentiellement soumise à l'autonomie de la volonté des parties, l'incidence de telles règles est peu probable [30]. La requalification d'une lettre de patronage ne peut donc en principe qu'être le résultat d'une demande expresse en ce sens.

---

[28] En ce sens à propos de la lettre de patronage : J. GHESTIN, «La qualification en droit français des garanties (...) », *op.cit.*, p. 434. *Contra* : Anvers, 18 mars 1997, *R.W.*, 1999-2000, p. 711, qui semble accorder au juge un droit de requalification en des termes trop généraux : « *Overwegende dat het aan de rechtbanken en hoven toekomt aan de verhouding tussen partijen en aan de voorgelegde feiten de juiste kwalificatie in rechte te geven* ».

[29] M. COIPEL, *Eléments de théorie générale (...), op.cit.*, p. 127, n° 118.

[30] Pour un cas intéressant de requalification d'un contrat de cautionnement en garantie à première demande, voir Com.Turnhout, 17 novembre 1994, *R.W.*, 1998-1999, p. 678.

§ 2. ENJEUX

13.- L'objet de ce chapitre est de s'interroger sur la nature particulière des lettres de patronage pour déterminer notamment les conditions auxquelles elles sont des sûretés. Cette question est loin d'être théorique. La qualification détermine la conformité de la garantie avec les restrictions statutaires ou conventionnelles à la constitution des sûretés. Elle est également susceptible d'en influencer le traitement comptable. Qualifier la lettre de patronage de sûreté, c'est aussi lui rendre applicables les dispositions de l'article 224 du Code civil ainsi que celles qui organisent le recours contre le débiteur principal.

1. LES RESTRICTIONS STATUTAIRES OU CONVENTIONNELLES A LA CONSTITUTION DES SURETES

14.- Il arrive que les statuts sociaux interdisent ou soumettent à des conditions strictes (par exemple, l'autorisation expresse de l'assemblée générale) le droit pour une société de constituer une sûreté (qu'elle soit réelle ou personnelle et quel qu'en soit le bénéficiaire). Des restrictions identiques peuvent être prévues contractuellement, par exemple au profit du banquier qui entend ainsi préserver le crédit ou la solvabilité de son interlocuteur.

C'est notamment avec le souci de contourner de telles interdictions que la pratique des lettres de patronage a été développée: les restrictions sont en effet inapplicables dès lors que la qualification de sûreté est exclue. Alors que l'enjeu pratique de la question est évident, on ne peut que s'étonner des maigres commentaires qui lui sont généralement consacrés.

15.- Reconnaître d'office – comme le font certains auteurs [31] - la qualification de sûreté à la lettre de patronage (quel qu'en soit le contenu), c'est lui enlever une des caractéristiques ayant contribué à sa création. Réserver cette qualification à des hypothèses bien précises – c'est le premier enjeu de la discussion que nous proposons – c'est confirmer l'originalité de la lettre de patronage. C'est surtout souligner un de ses avantages par rapport aux autres mécanismes de sûreté personnelle que sont les contrats de cautionnement et de garantie autonome.

2. LA PUBLICITE COMPTABLE

16.- Le recours à la lettre de patronage est souvent présenté comme un moyen d'éviter la publicité comptable qui s'attache à la fourniture des autres sûretés. Le mécanisme est avant tout décrit comme étant *« off-balance »* [32] et on explique qu'il s'agit là d'un des ses principaux avantages [33]. A propos des conséquences de la publicité comptable, BARRE précise: *« Son risque financier accru, la capacité d'emprunt de la société mère est réduite, l'analyse financière de son bilan affaiblie, sa notation financière éventuellement pénalisée et les taux d'intérêt qui lui sont applicables, alourdis »* [34].

En droit belge, la question de la publicité comptable doit désormais être réglée par référence à l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés (*Mon. b.*, 6 février 2001). Son article 91 précise le contenu de l'annexe aux comptes annuels complets. Suivant cet article, doit être mentionné à la rubrique XVII

---

[31] *Cf. infra* n° 27 et notes.

[32] Voir à titre d'exemples J. M. VAN DUNNE, *Verbintenissenrecht*, Deel 2 Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen, Deventer, Kluwer, 1997, p. 56, qui parle de «*off-balance-construkties* »; M. ELLAND-GOLDSMITH, «Comfort Letters in English Law and Practice », *R.D.A.I.*, 1994, p. 528, n°6.

[33] On considère habituellement que c'est précisément cette moindre rigueur comptable qui est à l'origine même du mécanisme. Il s'agira de vérifier si cet avantage se confirme aujourd'hui. D'un point de vue "*historique*", on se référera à M. VAN DER HAEGEN, "Les sûretés en droit comptable", *Les sûretés issues de la pratique*, Centre de droit privé et de droit économique de l'U.L.B., 1983, n° M, 23 p.

relative aux droits et engagements hors bilan : « *A.1. le montant des garanties personnelles constituées ou irrévocablement promises par la société pour sûreté de dettes ou d'engagements de tiers, (...)* ». La formule est reprise à la rubrique XVIII relative aux relations avec les entreprises liées dont le point 5 prévoit de mentionner « *Le montant des garanties personnelles et réelles constituées ou irrévocablement promises par la société pour sûreté de dettes ou d'engagement (sic) d'entreprises liées, (...)* ». La disposition est complétée d'un point 6 imposant la mention des « *Autres engagements financiers significatifs* » [35].

L'article 97 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 définit « *Le contenu de certaines mentions requises pour l'annexe* ». Il précise ainsi en ce qui concerne les droits et engagements hors bilan :

> « *01 Garanties personnelles constituées pour compte de tiers*
>
> *Ce compte enregistre les sûretés personnelles constituées ou irrévocablement promises par la société en faveur de tiers, en vue de garantir la bonne fin des dettes ou engagements, actuels ou potentiels, que ceux-ci ont contractés à l'égard de leurs créanciers, autres que la société considérée.* » (c'est nous qui soulignons)

Nous pensons pouvoir déduire de la combinaison des règles qui précèdent que seules les lettres de patronage qui sont effectivement des *sûretés* personnelles font partie des *garanties* personnelles dont le droit comptable exige la mention aux rubriques « *Droits et engagements hors bilan* » [36]. Les autres lettres échapperaient à cette

---

[34] X. BARRE, *La lettre d'intention*, Paris, Economica, 1995, p. 30, n° 44.

[35] Ces dispositions se retrouvent dans leur grande majorité à l'article 94 qui précise le contenu de l'annexe aux comptes annuels abrégés (rubriques VIII et IX). Voir cependant en ce qui concerne les entreprises liées, la seule référence au montant en fin d'exercice « *des garanties constituées en leur faveur et des autres engagements significatifs souscrits en leur faveur* ». En ce qui concerne l'annexe consolidée, voir les articles 148 et 165 (rubrique XV).

[36] Dans le même sens : *International Accounting Standards* (IAS) 5, « *Information to be Disclosed in Financial Statements* », § 10, (b) : « *Security given in respect of liabilities* », traduit par :

publicité comptable. C'est donc par rapport à elles - et elles seulement - que les avantages d'un mécanisme « *off-balance* » pourraient être vérifiés [37]. On comprend dès lors l'importance de la réflexion qui vise à déterminer le plus précisément possible quand une lettre de patronage peut être qualifiée de sûreté.

3. L'ARTICLE 224 DU CODE CIVIL

17.- Conformément à l'article 224, § 1er du Code civil :

> "*Sont annulables à la demande du conjoint et sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts :*
>
> *(...)*
>
> *4. les sûretés personnelles données par l'un des époux et qui mettent en péril les intérêts de la famille.*"

Il peut paraître étonnant d'invoquer ici une disposition de régime matrimonial [38]. La pratique révèle cependant des exemples de lettres de patronage émises par des

---

« *Sûretés consenties en garantie de dettes* » (BEFEC - PRICE WATERHOUSE, *IASC. Normes comptables internationales*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 1995, p. 612, n° 6136).

[37] Sur cette question, voir l'Avis n° 106/3 de la Commission des normes comptables, *Bull. CNC*, n° 1, août 1977, p. 20 : « *Il est fréquent dans les groupes multinationaux que la société-mère souscrive certains engagements relatifs à la solvabilité de ses filiales. En fait toutefoi, la portée de ces engagements (letter of intent) est extrêmement variable tant en ce qui concerne l'objet de la garantie qu'en ce qui concerne sa portée juridique . La Commission a dès lors émis l'avis qu'il y avait lieu dans chaque cas d'espèce d'analyser la portée de cet engagement et que celui-ci ne devait être mentionné dans l'annexe que s'il engendrait une obligation juridique dans le chef de la maison-mère* ». Pour le surplus, on ne pourra qu'être surpris de la pauvreté de la littérature à ce sujet. Voir quand même : Ch. VAN WYMEERSCH, « Les lettres de patronage dans la comptabilité et les comptes annuels », *Les lettres de patronage, op. cit.*, pp. 267 à 287.

[38] On pourrait d'ailleurs compléter ces commentaires d'une référence à l'article 1407 du Code civil qui, pour définir les dettes propres des époux, fait également référence aux «*Dettes résultant d'une sûreté personnelle ou réelle donnée par un des époux dans un intérêt autre que celui du patrimoine commun* ». Concernant l'article 224, voir Gand, 13 octobre 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 117, avec note ; J.H. HERBOTS, C. PAUWELS, E. DEGROOTE, « Overzicht van rechtspraak -

personnes physiques, en garantie des obligations de sociétés dans lesquelles elles ont, directement ou indirectement, des fonctions dirigeantes [39]. S'il faut considérer que leurs engagements sont des sûretés personnelles, et dans la mesure où leur statut personnel serait soumis au droit belge, il ne peut y avoir de motif de les soustraire à l'application de l'article 224. Adoptée pour éviter la mise en péril des intérêts de la famille, la disposition est en effet impérative. Rappelons que c'est au moment où la sûreté est accordée que les conditions d'application de l'article 224 du Code civil doivent être vérifiées [40].

4. LE RECOURS CONTRE LE DEBITEUR PRINCIPAL

18.- La notion de sûreté personnelle exclut en principe toute contribution du garant à la dette principale. C'est pourquoi, après paiement, lui est ouvert un recours contre le débiteur principal. Ce recours est à la mesure, soit de son appauvrissement, soit, à tout le moins, du remboursement de la dette initiale (les deux valeurs ne correspondant pas nécessairement). Dans le premier cas, le recours est réputé *personnel* tandis que, dans le second, il peut être *subrogatoire*, le garant héritant de la créance du créancier, dans la mesure de son désintéressement.

Pour une partie de la doctrine, « *La subrogation est inhérente à la notion même de sûreté personnelle* » [41]. Cette affirmation ne peut être reçue sans nuance car la subrogation suppose que le garant ait payé non une dette propre, mais la dette du

---

Bijzondere overeenkomsten 1988 - 1994 », *T.P.R.*, 1997, pp. 1213-1214 et les références citées.

[39] Suivant nos recherches, c'est en Allemagne que la pratique en ce sens serait la plus fréquente.

[40] Anvers, 7 avril 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 193. La décision est commentée par V. de FRANCQUEN, « Quand le cautionnement consenti par un seul des conjoints est-il annulable ? », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 155 à 166.

[41] F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3ème éd., Bruxelles, Larcier, 2000, p. 357, n° 713. Dans le même sens : I. MOREAU-MARGREVE, "Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ?", *Mémoriales François LAURENT*, Bruxelles, E. Story-

débiteur principal. Pour cette raison, on devrait, dans la rigueur des principes, réserver le recours subrogatoire à la caution qui s'est substituée au débiteur principal, et le refuser au garant autonome puisqu'il paie toujours une dette propre. Son engagement reçoit pourtant la qualification de sûreté personnelle [42], et on l'autorise à se retourner contre le débiteur principal sur le fondement d'un recours qualifié de subrogatoire [43].

19.- Puisqu'il apparaît de ce qui précède que la notion de sûreté personnelle suppose l'absence de contribution à la dette, reconnaître cette qualification à la lettre de patronage ouvre à l'émetteur un droit de recours contre la société patronnée [44]. L'importance de ce recours - rarement mis en évidence dans notre matière - dépend bien évidemment des obligations qui auront effectivement été exécutées. Il devrait s'agir en principe d'un recours *personnel* puisque l'émetteur exécute des obligations qui lui sont propres, ne pouvant être identifiées à celles de la société patronnée [45]. On ne

---

Scientia, 1989, p. 589, qui invoque le recours subrogatoire en faveur d'une définition extensive de la sûreté.

[42] F. T'KINT, *Sûretés, op. cit.*, p. 417, n° 832, reconnaît que *"La question est délicate car le garant ne paie pas la dette d'autrui mais la sienne propre, ce qui devrait le priver de la subrogation (...)"*.

[43] Le fait que le garant paie sa propre dette ne suffirait pas à exclure la subrogation. Suivant I. FADLALLAH, «Rapport général», *Les garanties de financement,* Travaux de l'Association H. Capitant, Journées portugaises, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 338, n °31 : «*Nombre de subrogés légaux sont dans ce cas. Et, en définitive, ce que le garant paie profite au donneur d'ordre. Cela paraît aujourd'hui suffisant à la jurisprudence pour fonder un recours subrogatoire*». Dans le même sens : R.I.V.F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, 2d ed., Paris-New York, ICC Publishing S.A., 1996, p. 128, n° 33. Voir encore la distinction du droit anglais entre recours personnel ou subrogatoire suivant que la garantie aurait été fournie sur demande, ou non, du débiteur ; Ch. BERRY, E. BAILEY, S. SCHAW-MILLER, Ph. REED, *Personal Insolvency - Law and Practice*, London (...), Butterworths, 1993, p. 546.

[44] *Contra* : J.W. WINTER, *Concernfinanciering*, Kluwer, deventer, 1992, p. 34, qui exclut d'office pareil recours, sauf convention expresse entre l'émetteur et la société patronnée ou action fondée sur l'enrichissement sans cause. Il ressort de nos recherches que ce point de vue serait isolé.

[45] L'émetteur ne désintéresse pas lui-même le créancier bénéficiaire car la lettre n'entraîne pas de substitution de débiteur. Il ne devrait pas pouvoir *"récupérer"* sa créance dans le cadre d'une subrogation.

peut exclure cependant que ce recours puisse être qualifié de *subrogatoire* conformément à la tendance jurisprudentielle évoquée ci-dessus [46].

20.- L'existence du droit de recours pose d'importantes questions de droit fiscal - en particulier dans l'hypothèse (fréquente dans les groupes de sociétés) où il n'est pas effectivement exercé. Le risque fiscal lié à une renonciation du recours est la considération par l'administration qu'il s'agit d'un *avantage anormal ou bénévole* (article 26 C.I.R. 1992) .

Cependant, entre sociétés du même groupe, la jurisprudence se révèle permissive en autorisant parfois le soutien financier ou l'abandon de créance (*charge déductible* sur le fondement de l'article 49 C.I.R. 1992) dès lors qu'il peut s'appuyer sur une des motivations suivantes : éviter la faillite ou la liquidation d'une filiale, lui permettre de surmonter des difficultés financières temporaires ou conserver des revenus imposables dans son chef [47].

Même si nous ne pouvons entrer dans le détail d'une réglementation qui nous éloignerait excessivement de notre sujet, constatons à tout le moins que ces questions ne se posent pas si, la lettre de patronage n'étant pas une sûreté, son exécution n'ouvre aucun droit contre la société patronnée. L'absence de recours correspond

---

[46] La question n'est pas seulement de terminologie. Lorsque le recours est personnel, il peut être exercé à concurrence du montant, des frais et de tous les dépens qu'a représentés l'exécution de la garantie. Lorsque le recours est subrogatoire, le recours ne vaut que pour le montant de la dette garantie. Mais le garant récupère les accessoires de la dette, et notamment le bénéfice des autres sûretés.

[47] Voir sur ces questions : J. MALHERBE, M. DEWOLF, Ch. SCHOTTE, *Droit fiscal. L'impôt des sociétés,* Bruxelles, Larcier, 1997, p. 216, n° 173 et les références citées ; Cass., 28 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 137; Liège, 23 octobre 1998, *F.J.F.*, n° 99/75 ; Liège, 27 mars 1998, *R.G.F.*, 1998, p. 323 ; Anvers, 10 mai 1994, *F.J.F.*, n° 94/163. Voir aussi la note de S. VAN CROMBRUGGE dans *le Fiscologue* du 17 novembre 2000 faisant référence à un arrêt inédit de la Cour d'appel de Bruxelles du 12 octobre 2000. Voir aussi les importants développements et les références citées par le Mémento Francis Lefebvre, *Groupes de sociétés 2000-2001*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2000, pp. 399 et s.

alors à la solution souvent appliquée entre sociétés groupées. Contrairement aux hypothèses rencontrées avec les autres sûretés, elle s'y impose sans qualification fiscale particulière et sans aucune contestation possible [48].

[48] L'objectif de sécurité juridique est rencontré. Conformément à la seconde idée-force de notre thèse, constatons aussi qu'il l'est à des conditions inaccessibles aux autres sûretés personnelles.

§ 3. LA NOTION DE SURETE

21.- Nous avons déjà pu constater que la notion de lettre de patronage ne se laissait que difficilement saisir. Tel est également le cas de la notion de sûreté que le Code civil utilise plusieurs fois [49] sans cependant la définir. T'KINT ne la définit pas vraiment, indiquant seulement que "*La sûreté protège le créancier contre l'insolvabilité de son débiteur*"[50]. Alors que cette acception particulièrement large devrait plutôt l'amener à accorder à la lettre de patronage la valeur de sûreté, il conclut cependant à la solution contraire lorsque la lettre n'est qu'un réconfort moral, ou n'engage son signataire qu'à une obligation de faire.

T'KINT admet cependant que la lettre de patronage a la qualité de sûreté lorsqu'elle confère à son bénéficiaire un droit de créance direct sur le signataire. Il précise : "*Elle est alors fort proche du cautionnement*" [51]. En réalité, même lorsque l'objet de la lettre n'est qu'une obligation de faire, elle confère au créancier un droit de créance sur l'émetteur puisqu'il pourra en exiger l'exécution [52]. Si, par contre, la lettre peut être assimilée à un cautionnement, elle acquiert forcément la qualité de sûreté personnelle. Nous avons cependant exposé les raisons pour lesquelles c'est la qualification de lettre de patronage qui devait alors être abandonnée [53]. Pour autant que de besoin, ceci confirme la nécessité de mettre en parallèle les tentatives de définition de la lettre de patronage et celles qui visent, de manière plus générale, les sûretés personnelles.

---

[49] Voir les articles 224, 1188 et 1407 du Code civil. A . BRUYNEEL, «L'évolution du droit des sûretés », *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, p. 14, évoque à ce propos un «*désintérêt relatif des auteurs du Code civil* ».

[50] *Sûretés*, *op. cit.*, p. 5, n° 1.

[51] *Ibidem*, p. 354, n° 709.

[52] En ce sens notamment: Bruxelles, 23 février 1994, *DAOR*, 1994, n° 31, p. 103.

[53] *Cf. supra* n° 11-12.

22.- A l'opposé de la définition extensive de T'KINT, on peut citer MARTIN et DELIERNEUX suivant qui "*La sûreté personnelle implique donc l'adjonction d'un second débiteur, qui s'engage soit à la même dette que le débiteur principal, soit à une dette spécifique*" [54]. Leur définition a le mérite de souligner le caractère éventuellement "*non accessoire*" de la sûreté personnelle, tel que nous aurons l'occasion de le préciser dans le Chapitre 4 : l'objet de l'obligation du garant ne correspond pas nécessairement à l'objet de l'obligation garantie. Tel est systématiquement le cas en matière de lettres de patronage[55].

La définition proposée par MARTIN et DELIERNEUX paraît cependant restrictive lorsqu'elle suggère que la sûreté personnelle impliquerait nécessairement "*l'adjonction d'un second débiteur*". Dès lors que l'on admet que l'objet de l'obligation du garant puisse être distinct de celui de l'obligation garantie, il n'y a pas de motif de limiter la sphère des sûretés personnelles aux seuls cas où le garant est tenu d'une obligation de paiement au créancier principal.

23.- C'est en faveur de l'extension de la notion de sûreté que se prononce STRANART, en conclusion des travaux du colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983. La définition proposée est la suivante :

> "*La sûreté est une institution juridique qui a tantôt pour but et pour effet, tantôt pour effet seulement, de fournir à un créancier donné la garantie du paiement d'une créance, soit dans le patrimoine du débiteur sur un ou plusieurs biens de celui-ci de préférence à un ou plusieurs autres créanciers, soit dans le patrimoine d'un tiers, qui est tenu 'propter rem' ou qui s'engage personnellement à payer la dette du débiteur, à titre subsidiaire ou principal*

---

[54] "Les garanties bancaires autonomes", *op. cit.*, p. 562, n° 23.

[55] Sauf lorsque l'émetteur s'engage à se substituer à la société patronnée dans l'exécution de ses obligations. Ceci justifie cependant la requalification en cautionnement, aux conditions précisées ci-dessus.

selon le cas, ou qui s'engage à exécuter une dette propre, dont le paiement éteindra celle du débiteur, en tout ou en partie, sans contribution à cette dette" [56].

Comme le précise et le reconnaît l'auteur lui-même, « *Cette définition met l'accent sur la fonction économique de la sûreté : la notion de* garantie de paiement *en constitue le 'noyau'* » [57]. Nous approuvons la démarche, qui ne suscite de notre part que la réserve suivante : en reconnaissant que l'engagement personnel du garant peut avoir pour objet une dette propre "*Dont le paiement éteindra celle du débiteur, en tout ou en partie* ", la définition pourrait être interprétée en ce sens qu'elle n'envisagerait, elle aussi, que l'enrichissement direct du patrimoine du créancier bénéficiaire. Or, nous avons déjà indiqué les motifs pour lesquels semblable interprétation devrait être rejetée. Elle semblerait d'ailleurs en contradiction avec le début de la définition qui admet que la sûreté est une institution qui a "*tantôt pour but et pour effet, tantôt pour effet seulement* " de fournir une garantie de paiement. Il n'y a pas lieu selon nous de limiter l'effet de garantie aux seuls cas où le mécanisme conduit au paiement direct du créancier bénéficiaire.

24.- Tel est le sens de la conception proposée par MOREAU-MARGREVE suivant qui :

"*Chaque fois qu'une obligation mise à charge d'une personne, publique ou privée, s'explique par la volonté d'assurer au créancier une garantie de paiement d'une dette qu'a vis-à-vis de lui un débiteur, ne serait-il pas opportun de reconnaître à cette personne la qualité de sûreté personnelle, quelle que soit la source de son obligation et quelle que soit l'étendue de celle-ci ?*"[58].

---

[56] "Rapport de synthèse", *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, p. 566.

[57] *Ibidem*, p. 567.

[58] "Faut-il réviser les dispositions du Code civil (...)", *op. cit.*, p. 589.

25.- De la combinaison de ces deux dernières définitions, on peut déduire que la sûreté personnelle suppose à tout le moins :

- **une obligation juridique dans le chef du garant**

Comme le souligne MOREAU-MARGREVE, peu importe la source de cette obligation, ou son étendue : son objet ne doit pas nécessairement correspondre à l'objet de l'obligation garantie. L'important, c'est qu'il y ait un engagement dont l'exécution est susceptible d'être exigée en droit.

- **une garantie de paiement *en faveur du* créancier bénéficiaire**

La seconde condition ne correspond pas nécessairement au paiement *du* créancier bénéficiaire. A l'obligation mentionnée ci-dessus correspond un droit de créance. Ce droit suffit pour contribuer à la constitution de la sûreté, même s'il ne se résout pas dans l'enrichissement direct du patrimoine du créancier : il peut aussi avoir pour objet l'amélioration de la situation de son débiteur.

26.- Ceci étant admis, la notion de «*garantie de paiement*» – que les derniers auteurs cités placent au centre de leurs définitions – semble suggérer que la sûreté repose à tout le moins sur une obligation de nature financière, par opposition à une obligation de faire ou ne pas faire qui ne se résout en aucun paiement. L'exemple le plus fréquent d'obligation de ne pas faire est celle par laquelle on s'interdit d'aliéner un actif ou de le grever de sûreté : on sent bien qu'elle ne représente pas – avec une force comparable à une obligation de nature financière– une "*garantie de paiement*" de la dette principale.

A cet égard, notre proposition est de faire référence à la notion d'"*obligation de somme*" telle qu'elle est consacrée par quelques dispositions du Code civil [59], et en particulier l'article 1326 qui ne concerne que les promesses ayant pour objet une somme d'argent ou une chose appréciable. La disposition semble déduire de cette liquidité l'expression de la gravité d'un engagement rendant possible et souhaitable la protection du débiteur (règle du "*Bon pour*") [60].

C'est une règle comparable que nous suggérons d'appliquer dans la matière des garanties de paiement. Tout en acceptant une conception large de la notion de "*sûreté*"- tous les moyens par lesquels la situation du débiteur est améliorée sont pris en compte [61] - il nous paraît nécessaire de la réserver aux seules obligations ayant pour objet une somme d'argent ou une chose appréciable. Pour la suite de notre travail, nous y ferons référence sous les termes "*obligation de somme*". Dans les autres hypothèses, il ne sera plus question de sûreté – ni des conséquences pouvant être attachées à la notion. Nous suggérons que ce soit le terme "*garantie*" qui soit alors utilisé [62]. Nous constaterons ci-après que la logique des solutions auxquelles conduit cette distinction semble confirmer le bien-fondé des critères retenus .

---

[59] Voir notamment l'article 1153 du Code civil, qui règle les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution et qui réserve un sort particulier à *«l'obligation de somme»* dès lors que, dans cette hypothèse, l'exécution forcée, même directe, consiste toujours en une somme d'argent, à raison même de l'objet de l'obligation inexécutée. Le créancier ne peut souffrir que d'un retard dans l'exécution. Des dommages et intérêts *compensatoires* ne se conçoivent pas. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 170, n° 137. Voir également ses commentaires des articles 1154 et 1155 du Code civil concernant l'anatocisme.

[60] H. DE PAGE, *Traité*, t. III, *op.cit.*, p. 840, n°815.

[61] La conception large est conforme à la tendance adoptée dans de nombreux droits étrangers. Voir I. FADLALLAH, «Rapport général », *Les garanties de financement,* Travaux de l'Association H. Capitant, Journées portugaises, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 323, n° 1. Sur cette question, voir aussi Mons, 13 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 410, où la Cour examine la notion de sûreté au sens de l'article 2037 du Code civil et estime que le droit de gage général n'en fait pas partie.

[62] On devrait notamment constater l'inadéquation des termes "*sûreté négative*", et leur préférer ceux de "*garantie négative*". Compte tenu de la doctrine qui attache d'office à la notion de sûreté l'absence de contribution à la dette et le droit de recours contre le débiteur – alors qu'un tel recours

§ 4. APPLICATION AUX LETTRES DE PATRONAGE

27.- Dans la matière des lettres de patronage, les conclusions de ce qui précède peuvent être résumées en deux points :

- **Seuls les engagements juridiques ont la qualité de sûreté personnelle ...**

On peut distinguer les lettres de patronage suivant qu'elles sont purement informatives ou contiennent des engagements moraux ou juridiques. Seules les lettres de la troisième catégorie sont susceptibles de recevoir la qualité de sûreté personnelle. Les deux premières ne le peuvent, à défaut de faire naître dans le chef du créancier bénéficiaire un quelconque droit de créance sur le signataire de la lettre.

Compte tenu de ses possibles incidences (voir ci-dessus), la nuance apparaît indispensable. Nous avons cependant dû constater qu'elle n'était que rarement retenue par la doctrine qui, de manière un peu abrupte, avait tendance à reconnaître à toute lettre de patronage la valeur de sûreté personnelle [63].

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B-1348 LOUVAIN-LA-NEUVE

est peu envisageable avec lesdites "*sûretés négatives*" – on ne pourrait qu'approuver ce changement de terminologie.

[63] Ne font pas la distinction : R. BAILLOD, "Les lettres d'intention", *RTD com*, 1992, p. 553, n° 11: "*La lettre d'intention apparaît donc fondamentalement comme une sûreté pour son destinataire. L'obligation du souscripteur ne va pas sans évoquer celle de la caution. Si elle s'en distingue, c'est à raison de l'étendue et des moyens de garantie qu'elle constitue*". De même : A. VERBEKE, D. BLOMMAERT, "Patronaatsverklaringen", *op. cit.*, p. 1, n° 1 : "*De patronaatsverklaring is een vrij recente vorm van persoonlijke zekerheid van Anglo-Amerikaanse oorsprong, die frequent voorkomt in concernverhoudingen*". T'KINT est bien sensible à la nuance, mais l'applique à notre sens trop sévèrement. Nous avons déjà dit pourquoi.

- **... à condition que l'obligation de garantie soit une obligation de somme, sans qu'il s'agisse cependant du paiement direct du créancier bénéficiaire**

L'engagement juridique ne suffit pas: encore faut-il qu'il contraigne l'émetteur à une *obligation de somme* (au sens que nous lui avons donné ci-dessus) [64]. En notre matière, cette obligation peut prendre des formes diverses - avances de trésorerie, prêts à la société patronnée, sa recapitalisation - autant d'obligations qui, selon nous, sont des sûretés personnelles par application des critères dégagés ci-dessus.

En revanche, nous sommes tenté d'exclure de la notion de sûreté les lettres de patronage ne contenant que des obligations de faire ou de ne pas faire qui ne sont pas strictement de nature financière, telles que les obligations de ne pas se défaire de la participation dans le capital de la société patronnée ou de lui fournir assistance ou contrôle dans sa gestion. Ce faisant, nous rejoignons l'opinion de T'KINT, sous les seules réserves déjà émises [65].

28.- Les lettres contenant une obligation juridique de somme seront donc les seules à se voir appliquer les conséquences de la qualification de sûreté, telles qu'elles ont été identifiées ci-dessus. D'après les renseignements que nous avons pu recueillir, la nuance que nous suggérons - qui ne se retrouve pas dans la littérature

---

[64] *Cf. supra* n° 26.

[65] *Contra*: Ch. MOULY, "Les sûretés personnelles traditionnelles en France", *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, p. 143, n° 20, qui se montre partisan d'une qualification systématique de la lettre comme sûreté dès qu'elle contient un engagement juridique: "*En conséquence, la lettre de confort (dite aussi d'intention ou de patronage) n'est pas une sûreté personnelle tant qu'elle ne confère à son destinataire aucun droit personnel contre son signataire. Elle peut augmenter la confiance du créancier mais s'il ne peut rien exiger du garant,*

juridique que nous avons pu consulter - correspond à la manière dont la pratique envisage effectivement la lettre de patronage. La logique des solutions auxquelles conduisent ces critères semble confirmer le bien-fondé de l'analyse:

29.- Ni une simple déclaration, ni même un engagement moral ne paraissent susceptibles de mettre en péril les intérêts de la famille. Il en va normalement de même avec les obligations juridiques qui ne sont pas de somme (contrôle ou assistance dans la gestion, maintien de la participation en capital, etc.). Dans ces hypothèses, la protection de l'article 224 du Code civil ne se justifie pas. Il n'en est plus ainsi dès que la lettre contient une obligation juridique de somme, quel qu'en soit l'objet (avance de trésorerie, prêt ou recapitalisation). Dans ce cas, la protection de l'article 224 du Code civil peut être justifiée.

30.- La même logique s'impose en ce qui concerne le recours contre le débiteur, que ne pourrait justifier une déclaration, un engagement moral ou une obligation qui n'est pas de somme. Dans cette dernière hypothèse, on serait d'ailleurs confronté à des difficultés insurmontables pour liquider le recours contre le débiteur principal. Au contraire, l'obligation juridique de somme entraîne d'office, en cas d'exécution, un appauvrissement corrélatif dans le chef de l'émetteur. Cet appauvrissement, au contenu variable (il ne doit pas nécessairement correspondre à l'obligation garantie), est de nature à justifier un recours contre la société patronnée, conformément à la notion de sûreté personnelle qui exclut toute contribution à la dette.

31.- Ni une simple déclaration, ni même un engagement moral ne paraissent justifier une mention dans l'annexe aux comptes annuels. Il en est de même de nombreuses obligations de faire ou de ne pas faire [66]. A cet égard, il

---

il n'y a pas rapport de droit. Si, en revanche, la lettre est ainsi rédigée qu'elle fait naître un engagement direct envers le créancier, il y a alors sûreté personnelle".

[66] Il en irait ainsi des obligations de fournir assistance ou contrôle dans la gestion de la filiale,

convient de rappeler que si le droit comptable entend fonctionner suivant les principes de prudence [67] et d'image fidèle [68], il ne prétend le faire qu'en ce qui concerne les engagements d'importance. D'ailleurs, les rubriques de l'annexe aux comptes annuels mettent sur le même pied l'obligation de mentionner les garanties personnelles et réelles (qu'elles citent expressément) et l'obligation de mentionner les *« autres »* engagements *« significatifs »*. Aussi, conformément à l'article 97 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 déjà cité [69], nous pensons que l'émetteur de la lettre de patronage s'acquitte valablement de ses obligations de publicité comptable en ne la mentionnant dans l'annexe aux comptes annuels, à la rubrique « *Droits et engagements hors bilan* », que lorsqu'elle contient une obligation juridique de somme et constitue de ce fait une *sûreté* personnelle. D'après les informations que nous avons pu recueillir, ceci correspond à la pratique déjà suivie par nombre de réviseurs d'entreprise. A l'étranger, où la question se pose en des termes similaires, la rare doctrine à se prononcer est également en ce sens [70].

On ne peut exclure l'hypothèse où la lettre de patronage contient certaines obligations de faire ou de ne pas faire qui, bien que n'étant pas de somme, sont à ce

---

d'avertir le créancier de la cession de la participation en capital , etc... De ce point de vue, il faut sans doute considérer que l'avis de la Commision des normes comptables, déjà évoqué (*Cf. supra* n° 16 en note), est formulé de manière trop large lorsqu'il suggère que *toute* obligation juridique devrait être mentionnée dans l'annexe.

[67] Selon le principe de prudence, un produit ne doit être comptabilisé que s'il est réalisé, alors qu'une charge doit être prise en compte dès que sa réalisation est probable.

[68] Pour être fiable, l'information doit présenter de façon fidèle les transactions et autres événements qu'elle vise à représenter. On peut y rattacher la règle de la prééminence du fond sur la forme. Sur ces questions, voir notamment : Y. STEMPNIERWSKY, « Le processus menant à la qualification comptable - Approches pratiques et exemples », *Nouvelles orientations en droit comptable*, Séminaire organisé par la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruyant, 1994, pp. 53 à 86.

[69] *Cf. supra* n° 16.

[70] M. ELLAND-GOLDSMITH, «Comfort Letters (...) », *op.cit.*, p. 529, n° 6 ; J.W. WINTER, *Concernfinanciering*, Deventer, Kluwer,1992, p. 183.

point importantes [71] que l'image fidèle de l'émetteur en impliquerait la mention dans l'annexe aux comptes annuels. Le cas échéant, nous proposons alors d'utiliser la rubrique « *Autres engagements financiers significatifs* » et d'y reprendre ces obligations. Cette dernière remarque ne nous semble pas énerver l'analyse que l'on peut donc résumer comme suit :

- Les simples déclarations et les engagements moraux ne doivent faire l'objet d'aucune publicité comptable [72].

- Seuls les engagements qui contiennent une obligation juridique de somme *doivent* figurer aux rubriques « *Garanties personnelles* ».

  La mention est *d'office*. La solution semble confirmée par le texte même de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 qui fait référence au *montant* des garanties à publier à l'annexe [73].

- Les autres engagements qui ne contiennent pas une obligation juridique de somme *peuvent* figurer à la rubrique « *Autres engagements financiers significatifs* » [74].

---

[71] Par exemple, un blocage de participation particulièrement contraignant ou lourdement sanctionné.

[72] Il n'en serait autrement que si les engagements moraux devaient – dans des circonstances particulières – être qualifiées de "*significatifs*". L'hypothèse semble être d'école. En France, X. BARRE, *La lettre d'intention, op. cit.*, p. 138, n° 213, ne reprend même pas cette réserve et accepte la règle suivant laquelle les simples déclarations et les engagements exclusivement moraux ne doivent pas faire l'objet de publicité comptable.

[73] Sur ce point, on remarque une évolution de la formulation puisque le précédent arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises (abrogé par l'arrêté du 30 janvier 2001, article 220) semblait se contenter d'une référence aux « *garanties personnelles* », sans allusion à leur « *montant* ». Le rapport au Roi ne précise rien sur cette évolution qui confirme à notre sens la légitimité du critère reposant sur l'obligation de somme. Le rapport indique seulement que le nouvel arrêté est « *Conforme aux avis émis par la Commission des normes comptables et le Conseil central de l'Economie* » (*Mon. b.*, 6 février 2001, p. 3011).

La mention est appréciée *cas par cas*, à l'instar de tous les autres engagements visés par cette rubrique. La faculté d'appréciation n'est donc en rien exorbitante du droit comptable [75]. Plutôt que de prendre en défaut notre analyse et ses critères, elle semble au contraire susceptible d'en assurer la praticabilité. A notre sens, la mention d'une lettre de patronage dans cette rubrique devrait rester exceptionnelle.

32.- Il se confirme ainsi que, sur le plan des obligations comptables, la lettre de patronage connaît un régime moins contraignant que celui des sûretés personnelles plus classiques. En effet, alors que tous les engagements de caution et de garantie autonomes doivent faire l'objet d'une mention aux comptes annuels, ceci ne concerne qu'une partie seulement des lettres de patronage. Garantie « *sur mesure* », la lettre de patronage offre incontestablement à son émetteur la possibilité de stipuler au profit du créancier bénéficiaire un engagement consistant [76], échappant cependant à l'obligation de publicité comptable.

---

[74] Cela suppose que l'on accepte une définition large de l'engagement *financier*. A notre sens, les obligations qui portent sur la participation dans le capital de la société patronnée et les conséquences de sa cession peuvent y répondre.

[75] Exceptionnellement, la rubrique pourrait aussi servir à la mention de l'engagement moral auquel - même en l'absence de devoir en ce sens - l'émetteur entendrait, pour des motifs qui lui sont propres, donner une publicité comptable. Voir BEFEC - PRICE WATERHOUSE, *IASC. Normes comptables internationales*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 1995, p.100, n° 1340 et 1341 : « *Une dette est une **obligation actuelle** de l'entreprise (§ 49-b) (...). L'obligation est le devoir ou la responsabilité d'agir ou de faire quelque chose d'une certaine façon. Elle peut (§ 60) : (...) - résulter de la volonté de l'entreprise de conserver de bonnes relations d'affaires ou d'agir de manière équitable* ». Le rôle ici confié à la volonté du débiteur est conforme à l'importance de l'autonomie des volontés que notre thèse confirmera à de très nombreuses reprises dans la matière des lettres de patronage.

[76] Cette *consistance* s'apprécie ici dans le chef du créancier bénéficiaire. En effet, il ne peut être question de nier la sécurité qu'offrent certaines obligations de faire ou de ne pas faire, même si elles ne sont pas *de somme* . De même, on ne saurait raisonnablement négliger le poids des engagements moraux, voire des simples déclarations, dans le monde des affaires.

Comme évoqué dès l'introduction, c'est l'absence de publicité comptable qui a largement contribué au développement de la pratique des lettres de patronage. Lors de nos recherches, il nous a semblé que les critères permettant de valoriser cet avantage de la lettre sur les autres sûretés n'avaient jamais vraiment été systématisés. Puisse notre analyse combler cette étonnante lacune.

32*bis*.- NOTE DE JURISPRUDENCE:

L'arrêt prononcé le 26 janvier 1999 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans l'affaire Sony Music France c/ France Télécom, est une illustration récente de la place que prend, dans la jurisprudence française, la matière des lettres de patronage. Réciproquement, l'arrêté illustre l'importance de la jurisprudence pour le développement de ce mécanisme de garantie.

En l'espèce, le litige portait sur les effets à reconnaître à une lettre de patronage souscrite par Sony au profit de France Télécom, où elle lui indiquait qu'elle ferait *"Tout le nécessaire pour la bonne exécution des engagements qui ont été signés ce jour par la société Medialeaders, en vous garantissant que nous nous organiserons pour que Medialeaders, dans laquelle nous avons une participation indirecte, puisse honorer les trois premières semestrialités*".

Par suite de la mise en redressement puis de la liquidation judiciaire de Medialeaders, France Télécom avait assigné Sony en paiement de dommages intérêts, en invoquant le non respect de ses engagements. Sony s'était retranchée derrière le non respect de l'article 98 de la loi française du 24 juillet 1966 sur les sociétés, lequel prévoit l'autorisation préalable du conseil d'administration pour la fourniture d'une garantie - disposition non respectée en l'espèce – pour prétendre que la lettre de patronage lui était inopposable.

Ainsi présenté, le litige a amené la Cour de Versailles, et ultérieurement la Cour de cassation, à se prononcer, d'une part, sur le contenu des engagements résultant d'une lettre de patronage (ce qui en l'espèce renvoyait à la distinction entre obligation *de moyens* et obligation *de résultat*), d'autre part, sur la nature d'une lettre de patronage.

A. Obligation de moyens *v.* Obligation de résultat

En ce qui concerne la qualification d'obligation de moyens ou de résultat[77], on ne peut que s'étonner de la solution choisie par la Cour de cassation française suivant qui:

> "*Ni dans la protocole, ni dans la lettre d'intention (Sony) 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 (sic)*".

Il apparaît ainsi que la Cour de cassation entend limiter la qualification d'obligation de résultat aux seuls cas où l'émetteur de la lettre de patronage entend payer "*aux lieu et place*" du débiteur. Or, nous avons indiqué ci-dessus pourquoi nous estimons que, dans de telles hypothèse, la lettre de patronage doit être requalifiée en cautionnement [78]. Il faudrait déduire de l'arrêt de la Cour de cassation française que la *vraie* lettre de patronage – celle qui n'est pas susceptible d'une telle requalification - ne peut être que de moyens [79], et non de résultat.

Ce point de vue nous paraît contestable en droit. Il paraît surtout inopportun en fait. En France, il s'agira de mesurer l'impact d'une telle jurisprudence sur la confiance que les créanciers seront désormais disposés à accorder à une lettre de patronage lorsqu'elle n'a pas pour but d'amener l'émetteur à payer aux lieu et place du débiteur.

B. Nature de la lettre de patronage

La seconde question au cœur de l'arrêt commenté est celle qui a trait à la nature des lettres de patronage. Pour la Cour, il s'agissait de déterminer les conditions auxquelles elles sont une *"garantie"* au sens de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés [80] en vertu duquel :

---

[77] Cette question est davantage examinée au chapitre suivant. *Cf. infra* n° 58 et s.

[78] *Cf. supra* n° 11 - 12.

[79] Dans le même sens, J.-F. BARBIERI, note sous Cass. com., 26 janvier 1999, Bulletin Joly société, mai 1999, p. 544, n° 8 : "*Il n'existe donc manifestement plus aucune place pour une obligation de résultat distincte du cautionnement*".

[80] Pour la jurisprudence antérieure sur cette question fort discutée, voir notamment Cass. com., 9 décembre 1997, *D. Affaires*, Chr. 1998, p. 170 avec note; *RJDA* , 4/98, p. 317 avec note ; Cass. com., 5 mars 1996, *Juris-Classeur*, Droit des sociétés, 1996, p. 12 ; Cass. com., 8 novembre 1994, *Rev. soc.*, 1995, p. 307 ; CA Paris, 11 mai 1993, *RJDA,* 1/94, p. 71 ; Cass. com., 23 octobre 1990,

> "*Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées par décret*".

Alors que, pour les raisons exposées ci-dessus, il faut considérer, d'une part, que toute sûreté est une garantie (l'inverse n'étant pas toujours vrai à notre sens), et que, d'autre part, la lettre de patronage qui contient une obligation juridique de somme (quel qu'en soit l'objet) est une sûreté (c'est ce que nous espérons avoir démontré ci-dessus), on ne peut que s'étonner de la définition extrêmement restrictive que la Cour de cassation a entendu donner à la notion de "*garantie*" pour l'application de l'article 98 dans la matière des lettres de patronage. Après avoir admis dans le cas d'espèce que l'obligation était de moyens, la Cour précise en effet:

> "*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*".

Dans la matière des lettres de patronage, la Cour réserve ainsi l'application de l'article 98 à l'obligation *de résultat* et considère que l'obligation n'est *de résultat* que lorsque l'émetteur de la lettre prend l'engagement de payer "*aux lieu et place*" du débiteur. Il en résulte que la *vraie* lettre de patronage (celle qui n'est pas un cautionnement déguisé) n'est pas soumise à l'obligation d'autorisation préalable du conseil d'administration.

Du point de vue des créanciers, la jurisprudence de la Cour de cassation française va dans le sens de leur meilleure protection. L'interprétation restrictive de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 réduit en effet dans une même mesure le nombre de cas où la société pourrait se prévaloir du non respect de la procédure d'autorisation préalable du conseil d'administration pour prétendre que la garantie lui est inopposable.

Cependant, on ne peut s'empêcher de relever avec LEGEAIS les effets négatifs d'une telle jurisprudence. Le risque est en effet que les signataires des lettres de patronage se gardent désormais de respecter la procédure d'autorisation préalable, pour affirmer ensuite qu'il n'ont voulu souscrire qu'une obligation de moyens. Et cet auteur d'ajouter:

Rev. soc., 1991, p. 86, avec la note Ph. DELEBECQUE.

"Tel pourrait donc être l'un des effets pervers de la décision commentée. Les créanciers auront donc tout intérêt, comme par le passé, à s'assurer du respect de la procédure d'autorisation. Mais cette nouvelle jurisprudence favorisera le contentieux alors que les lettres d'intention n'ont pas pour vocation à être soumise à l'appréciation des juridictions. Ce n'est pas le moindre des paradoxes de cette nouvelle jurisprudence"[81].

Du point de vue de la société, on doit également souligner l'inopportunité du critère retenu par la Cour de cassation. Il est en effet des hypothèses où, sans être un cautionnement déguisé (il n'y a pas d'engagement de se substituer au débiteur), la lettre de patronage représente, dans le chef de son émetteur, des obligations au moins aussi lourdes. Ce serait notamment le cas de la lettre (situation extrême) suivant laquelle l'émetteur s'engagerait à faire tout le nécessaire pour que la société patronnée dispose en tous temps des moyens de faire face à ses engagements vis-à-vis de l'ensemble de ses créanciers. A suivre le critère de l'arrêt du 26 janvier 1999, l'autorisation préalable du conseil d'administration ne serait pas nécessaire pour un tel engagement, alors qu'elle le serait pour un simple cautionnement ...

On doute que tel ait été l'effet recherché par la Cour de cassation française. On ne peut s'empêcher de penser que ses préoccupations auraient mieux été rencontrées si elle avait donné à la notion de *"garantie"*, au sens de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966, le sens que nous avons voulu donner à la notion de *"sûreté"* pour l'application des dispositions de droit belge commentées ci-dessus [82].

---

[81] D. LEGEAIS, "La lettre d'intention ne constituant pas une garantie n'est pas soumise à l'obligation d'une autorisation préalable du Conseil d'administration", *JCP*, 1999, n° 15, p. 676.

[82] Dans le même sens : D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 675, et les références citées : *"Nous pensons donc que l'exclusion de la qualification de garantie se justifie à la rigueur pour les seuls cas dans lesquels le signataire ne prend pas un engagement susceptible de le rendre responsable de la défaillance du débiteur mais prend un engagement fondamentalement différent d'un engagement de payer. Il serait ainsi possible de définir la garantie sans se référer à la distinction des obligations de résultat et de moyens en s'attachant au seul contenu de l'obligation souscrite"* (c'est nous qui soulignons).

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE:

- Sûretés

BRAECKMANS, H., ERNST, Ph., «Persoonlijke zekerheidsrechten : borgtocht, garantie, bankgaranties op eerste verzoek, patronaatsverklaringen, escrow account », *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, pp. 367 à 414.

CABRILLAC, M., MOULY, Ch., *Droit des sûretés*, 4ème éd., Paris, Litec, 1997, 794 p.

DIERCKX, F., "Juridische kanttekeningen bij enkele nieuwe financierings- en zekerheidstechnieken", *Rev. Banque*, 1987, pp. 141 à 152.

DIRIX, E., "Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid", *T.P.R.*, 1988, pp. 323 à 355.

GHESTIN, J., «La qualification en droit français des garanties données par une société mère au profit de sa filiale », *Mélanges P. VAN OMMESLAGHE* , Bruxelles, Bruyant, 2000, pp. 427 à 445.

MOREAU- MARGREVE, I., "Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision", *Mémoriales F. LAURENT*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, pp. 581 à 604.

T'KINT, F., *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3ème édition, Bruxelles, Larcier, 2000, 469 p.

WOOD, Ph., *Comparative Law of Security and Guarantees* , London, Sweet & Maxwell, 1995, 575 p.

X., *Les garanties de financement,* Travaux de l'Association H. CAPITANT, Journées portugaises, Paris, L.G.D.J., 1998, 861 p.

X., « Borgtocht & Garantie – Persoonlijke zekerheden - Actualia », *Voorrechten en hypotheken – Grondige studies*, Anvers, Kluwer, 1997, 269 p.

X., *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1992, 509 p.

X., *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983 sous la direction scientifique de A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART, Paris, Feduci, 1984, 595 p.

- **Lettre de patronage**

ANTOINE, M.F., POULLET, Y., "La lettre de patronage: un nouvel 'être' juridique", note sous Com. Dinant, 26 mai 1987, *J.T.*, 1988, pp. 394 à 398.

BAILLOD, R., "Les lettres d'intention", *RTD com.*, 1992, pp. 547 à 578.

BARRE, X., *La lettre d'intention. Technique contractuelle et pratique bancaire*, Paris, Economica, 1995, 410 p.

BERTRAMS, R.I.F.V., GRAAF, F.G.B., «Letters of comfort en rechtspraak », *N.V.*, 1990, pp. 75 à 83.

BROWN, I., «The Letter of Comfort : Placebo or Promise ? », *Journal of Business Law*, 1990, pp. 281 à 291.

DAUNIZEAU, J.-M., « La pratique des lettres d'intention dans un contexte international », *Banque & Droit*, 1995, pp. 3 à 8.

ELLAND-GOLDSMITH, M., «Comfort Letters in English Law and Practice », *R.D.A.I.*, 1994, pp. 527 à 541.

FISHER, J.S., «Comfort Letters and their Legal Status », *Journal of Int. Bank. Law*, 1988, pp. 215 à 221.

FRANKEN, P., « The force of comfort letters under German law », *Int. Fin. Law Rev.*, 1985, vol. IV, n° 6, pp. 14 -15.

LANOYE, L., «La Cash deficiency clause », *Bull. Droit et Banque*, 1998, n° 27, pp. 17 - 18.

MARTY, R., «Lettre d'intention entre sociétés : une garantie en clair-obscur », *R.F.C.*, 1999, n° 311, pp. 67 à 74.

MICHALSKI, L., « Die Patronatserklärung », *Wertpapier Mitteilungen*, 1994, pp. 1229 à 1240.

MOOJEN, W.E., «De ongemakkelijke comfort letter », *N.J.B.*, 1990, pp. 779 à 782.

SCHNEIDER, U.H., « Patronatserklärungen gegenüber der Allgemeinheit », *ZIP,* 1989, pp. 619 à 625.

SCHOORDIJCK, H.C.F., «Letters of Comfort. Een opmerkenswaardige Engelse uitspraak over een zogenaamde patronaatsverklaring (letter of comfort) », *N.J.B.*, 1989, pp. 1676 à 1678.

SCHOORDIJCK, H.C.F., «Enige opmerkingen over zogenaamde patronaatsverklaringen », *Offerhauskring vijfentwintig jaar*, Kluwer, Deventer, 1987, pp.149 à 160.

SHRIMPTON, C., « Comfort Letters. Cross-Border Study », *European Counsel*, 1998, vol. II n° 10, pp. 17 à 26.

PIEDELIEVRE, S., «L'efficacité des lettres de confort », *Droit & Patrimoine*, 1996, pp. 56 à 63.

TERRAY, J., "La lettre de confort", *Banque*, 1980, pp. 329 à 338.

VERBEKE, A., BLOMMAERT, D., "Patronaatsverklaringen", *Voorrechten en hypotheken - Grondige studies 2*, Anvers, Kluwer, 1996, 76 p.

WAUTELET, F., « De patronaatsverklaring in het Internationale Privaatrecht », *Jura Falconis*, 1996 – 1997, pp. 317 à 341.

X., Dossier : Lettres d'intention - De l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé , *Droit & Patrimoine*, 1999, pp. 45 à 63.

X., *Les lettres de patronage*, Namur, Sociétés d'Etudes Morales, Sociales et Juridiques, Paris, Feduci, 1984, 434 p.

CHAPITRE 2 - LA LETTRE DE PATRONAGE : ELOGE DE LA DIFFERENCE [83]

SOMMAIRE:

La diversité des lettres de patronage explique que les premiers efforts de la doctrine aient essentiellement concerné leur typologie. Les catégories jusqu'à présent proposées peuvent cependant être améliorées, notamment en ce qu'elles mélangent souvent des critères se situant à des niveaux différents.

Dans un premier temps, nous proposons de systématiser les multiples variantes des lettres de patronage par la rédaction d'un tableau établi en fonction de leur *objet* (information *v.* obligation). Quant à leurs *effets*, nous démontrons ensuite que la nuance fondamentale est celle qui permet d'isoler les lettres de patronages où les parties manifestent sans équivoque leur volonté de se situer dans le *non-droit* (déclarations, engagements moraux). L'autonomie des volontés n'y est tempérée que par les exigences de l'ordre public, des lois impératives et de la bonne foi. Enfin, une attention particulière est réservée à la distinction entre obligations de *moyens* et obligations de *résultat*. Nous tentons d'y résoudre les difficultés rencontrées par la reconnaissance de deux niveaux d'obligations: celui des obligations *intermédiaires* à charge de l'émetteur et celui de la garantie quant au paiement de la dette *principale*.

Ces nuances sont nécessaires. Elles ne suffisent pas. C'est pourquoi nous suggérons également de nouveaux critères qui, sans préciser ni remplacer les catégories jusqu'à présent utilisées, s'y superposent par référence à la *qualité* de l'émetteur de la lettre, la *forme* de cette dernière ou le fait qu'elle aurait pour objet une obligation *de ne pas faire*.

Il est ainsi possible de rattacher les lettres de patronage à des catégories juridiques éprouvées pour en identifier précisément les effets. La diversité n'y est pas un facteur d'insécurité juridique. Elle contribue à la souplesse et à l'intérêt du mécanisme qui permet aux parties de stipuler une garantie « *sur mesure* ».

---

[83] Pour ce titre, on nous aura permis de nous inspirer de l'ouvrage d'Albert JACQUARD, "*Eloge de la différence (La génétique et les hommes)*", Editions du seuil, 1978.

§ 1. IMPRECISION DES TYPOLOGIES JUSQU'A PRESENT PROPOSEES

33.- La spécificité des lettres de patronage, leur naturelle "*différence*", expliquent que les premiers efforts de la doctrine aient essentiellement concerné leur typologie. WAUTELET souligne à cet égard : "*Er bestaan bijna evenveel classificaties als studies over dit onderwerp. Deze verscheidenheid toont dat de inhoud van comfort letters sterk varieert, zodat het begrip patronaatsverklaring niet meer dan een verzamelterm is*"[84]. La plupart des catégories utilisées se retrouvent dans la typologie proposée par VERBEKE et BLOMMAERT qui font la synthèse des réflexions antérieures. Ces auteurs retiennent trois types de lettres de patronage [85] :

- les déclarations purement informatives;
- les déclarations relatives au maintien de la participation en capital;
- les engagements relatifs à la gestion et à la situation financière de la société patronnée[86].

---

[84] P. WAUTELET, "De patronaatsverklaring in het Internationale Privaatrecht", *Jura Falconis*, 1996-97, p. 320, note 8.

[85] "Patronaatsverklaringen", *Voorrechten en hypotheken - Grondige studies 2*, Anvers, Kluwer, 1996, pp. 7 et s.

[86] A titre de comparaison, on remarque que cette typologie correspond à celle proposée dès 1982 par BELLIS, qui ne s'en distinguait que par le fait que le troisième type avait été scindé pour faire la distinction entre les lettres qui ont trait à la gestion de la société patronnée et celles qui ne concernent que sa structure financière, "Typologie des lettres de patronage", *Rev. Banque*, 1982, pp. 213 et s. A noter que, dans sa contribution à l'ouvrage de la Faculté de droit de Namur et de la Feduci de 1984, BELLIS renonçait à cette distinction pour ne retenir lui aussi que trois types de lettres de patronage.

Chacune de ces catégories peut à son tour être subdivisée en fonction de la teneur des informations données ou des engagements souscrits. Le contenu de la lettre de patronage peut ainsi considérablement varier. Dans leur étude précitée, VERBEKE et BLOMMAERT en donnent de nombreux exemples. Tel est également l'objet d'une importante partie de l'étude que la Faculté de droit de Namur et la Feduci consacraient aux lettres de patronage en 1984[87].

34.- Sur la question très concrète de la rédaction des lettres de patronage, le lecteur trouvera en fin de cet ouvrage une annexe où sont repris les modèles des clauses les plus fréquentes et des recommandations en vue de leur rédaction. Pour le surplus, il nous autorisera à le renvoyer aux études précitées. Notre propos est ici de démontrer l'imprécision des typologies jusqu'à présent utilisées en ce que, d'une part, elles se fondent sur des critères se situant parfois à des niveaux différents, d'autre part, elles ne rendent pas suffisamment compte de la nature de sûreté personnelle qui, comme expliqué ci-dessus, ne caractérise qu'une partie des lettres de patronage.

Notre mise au point permettra de dégager des règles générales d'application et d'interprétation des distinctions communément retenues, tout en soulignant le profit que tant l'émetteur que le créancier bénéficiaire peuvent retirer de la diversité (et partant de la souplesse) d'un tel mécanisme de garantie - notamment en comparaison avec les autres sûretés. Nous pensons en effet que la polymorphie qui caractérise la lettre de patronage n'empêche pas la *sécurité juridique*, comprise dans le sens de l'identification précise des effets - juridiques ou non juridiques - attachés à la négociation et à la conclusion de la garantie donnée. Pour rappel, l'objectif de sécurité juridique et la démonstration des motifs de préférer la lettre de patronage aux autres sûretés, sont les deux premières idées-forces de la thèse.

---

[87] *Les lettres de patronage*, Namur, Société d'Etudes Morales, Sociales et Juridiques, Paris, Feduci, 1984, pp. 79 à 162. Figurent également en annexes 57 modèles de lettres de patronage.

1. INFORMATION *v.* OBLIGATION

35.- La volonté d'informer seulement, ou au contraire de s'engager, est incontestablement un critère valable de distinction, du moins en ce qui concerne *l'objet* de la lettre de patronage [88]. Le fait que cela porte sur le crédit consenti, la participation dans le capital de la société patronnée, sa gestion ou sa structure financière, en est un autre. Il nous semble dès lors qu'en mettant sur le même pied les "*Déclarations relatives au maintien de la participation en capital*" et les "*Engagements relatifs à la gestion et à la situation financière de la société patronnée*", on mélange un peu les pommes et les poires. La distinction paraît d'autant plus insuffisante qu'elle ne permet pas de rendre compte de tous les types de clauses : dans quelle catégorie ranger les *déclarations* relatives à la gestion de la société patronnée, ou les *engagements* concernant la participation dans son capital?

36.- Dans un premier temps, notre proposition est de systématiser les multiples variantes des lettres de patronage par la seule combinaison des deux critères précités. Il s'agit d'établir un tableau à deux colonnes (information, obligation) et quatre entrées (convention de crédit, participation au capital, gestion, structure financière). C'est le tableau qui figure ci-après. Nous l'avons complété des exemples de clauses rencontrées lors de nos recherches. Nul doute qu'il puisse y en avoir d'autres même si notre tableau (dont il n'y a pas, à notre connaissance, d'équivalent) peut prétendre à une certaine exhaustivité.

L'attention doit être attirée sur le fait que la même clause est susceptible de se retrouver dans plusieurs cases [89] et que la même lettre de patronage peut contenir

---

[88] Voir le point 2 ci-dessous où nous démontrons qu'en ce qui concerne les *effets* la nuance fondamentale est ailleurs.

[89] Par exemple, une clause concernant tant la connaissance de la convention de crédit que la manière de régler son remboursement.

diverses clauses de portée et d'objet très différents [90]. Ces deux remarques soulignent l'excessive rigidité à laquelle les typologies jusqu'à présent proposées pouvaient conduire et l'opportunité d'une nouvelle clé de systématisation. Enfin, il faut souligner que la lettre de patronage contient parfois un système de clause pénale ayant pour objet de forfaitariser le dommage résultant de l'inexécution de l'une de ses obligations [91]. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans le Chapitre 6 quand il s'agira de démontrer que la lettre peut aussi être un moyen de limiter la responsabilité de l'émetteur [92].

Information	Obligation
A. <u>Convention de crédit</u> : · Déclaration de connaissance de la convention de crédit : - sans mention de l'accord de l'émetteur; - avec mention de l'accord de l'émetteur;	

[90] Par exemple, une information concernant le niveau de la participation dans le capital de la société patronnée et une obligation concernant sa gestion.

[91] Suivant l'article 1142 du Code civil, *« Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur »*. Telle sera souvent la suite de l'inexécution d'une lettre de patronage et c'est pourquoi on la qualifie parfois de garantie « *indemnitaire* ». La doctrine et la jurisprudence modernes acceptent cependant d'interpréter l'article 1142 avec souplesse et n'excluent pas toute possibilité d'exécution forcée de l'obligation de faire. Voir P. WERY, « L'article 1142 du Code civil et les condamnations à l'exécution en nature, en matière d'obligations contractuelles de faire et de ne pas faire », *R.R.D.*, 1996, pp. 211 à 222. Sur les clauses pénales en matière de patronage, voir X. BARRE, *La lettre d'intention*, Paris, Economica, 1995, pp. 209 et s.

[92] C'est le cas lorsque le dommage forfaitaire indemnisé est inférieur au préjudice réel.

Information	Obligation
- avec mention que le crédit n'a été émis qu'en considération de la lettre [93] et/ou de la participation de l'émetteur dans le capital de la société patronnée.	· Engagement de l'émetteur de subordonner toute cession de la participation : - au remboursement de la convention de crédit. · Engagement d'assurer une assistance ou un contrôle sur la gestion de la société patronnée : - avec mention que cela doit permettre à la société patronnée de rembourser le crédit.

[93] La démonstration du lien de causalité entre le dommage (inexécution de la créance garantie) et la faute (inexécution des obligations contenues dans la lettre de patronage) sera facilitée par la mention de ce que la lettre était la cause de l'octroi du crédit. En ce sens : A. VERBEKE, D. BLOMMAERT, "Patronaatsverklaringen", *op. cit.*, p. 23, n° 23, p. 28, n° 29 ; J.W. WINTER, *Concernfinanciering*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 33. Certains déconseillent la clause car le créancier pourrait engager sa responsabilité, notamment vis-à-vis des tiers, pour avoir octroyé le crédit en fonction de la sûreté, et non des possibilités de remboursement du débiteur, donnant ainsi à ce dernier une fausse apparence de solvabilité. En ce sens : L. LANOYE, "Patronaatsverklaring : What's in a name ?", *op.cit.*, p. 163, n° 154. Sur la question de l'octroi du crédit en fonction du crédité – et non des garanties – voir notamment A. DE BOECK, "De aansprakelijkheid van de bank jegens de borg n.a.v. de kredietverlening aan een insolvabele consument", noot na Vred. Kortrijk, 7 février 1995, *R.W.*, 1994-1995, pp. 1448 à 1451 ; P.-A. FORIERS, «Le cautionnement et la responsabilité du banquier donneur de crédit », note sous Bruxelles, 27 septembre 1978, *J.C.B.*, 1979, pp. 281 à 286, qui commente l'enseignement traditionnel de la Commission bancaire suivant lequel le véritable crédit bancaire est consenti en raison du débiteur et non des garanties (Rapports annuels de la Commission bancaire, 1964, pp. 17 à 24, 1966, p. 34). En ce sens : Mons, 12 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1430. En pratique, il serait vain de nier l'importance des garanties pour apprécier l'octroi et les modalités d'un crédit. En effet, même le crédit accordé en fonction de la capacité financière du crédité présente un risque - celui que couvre précisément la garantie. Nous ne voyons que peu d'inconvénients à la clause qui, mentionnant que l'une est la cause de l'autre, ne fait que le constater.

Information	Obligation
	· Engagement de veiller à la bonne structure financière de la société patronnée : - avec mention que cela doit permettre à la société patronnée de rembourser le crédit.
B. <u>Participation dans le capital</u> [94] : · Déclaration de connaissance de la convention de crédit : - avec mention que le crédit n'a été émis qu'en considération de la participation de l'émetteur dans le capital de la société patronnée.	
· Déclaration sur le niveau de la participation de l'émetteur.	· Engagement de l'émetteur de maintenir la participation à son niveau.
· Déclaration sur la politique passée ou présente de l'émetteur ou du groupe [95] en matière de participation.	· Engagement sur la politique future de l'émetteur ou du groupe en matière de participation.

[94] L'importance des clauses concernant la participation dans le capital de la société patronnée est réelle puisque, lorsque l'émetteur de la lettre prend certains engagements en raison de cette participation, son maintien conditionne le plus souvent la possibilité d'exécution matérielle de ses autres obligations. Dans notre Chapitre 5 concernant les conditions de validité de la lettre de patronage, nous devrons cependant constater la force relative des engagements en ce sens.

[95] On ne pourrait évidemment que souligner la faiblesse des engagements pris au nom d'une entité – le groupe – qui n'a pas de personnalité propre. On leur préférera tout engagement dans le chef de l'émetteur. Sur la notion de groupe, *cf. infra* n° 263 .

Information	Obligation
	· Engagement de l'émetteur de subordonner toute cession de la participation : - à l'information du créancier bénéficiaire; - à l'avertissement du créancier bénéficiaire; - à l'accord du créancier bénéficiaire; - à l'émission d'une nouvelle garantie en faveur du créancier bénéficiaire; - au remboursement de la convention de crédit. · Engagement de veiller à la bonne structure financière de la société patronnée : - par un moyen précisé : apport en capital. · La même clause que celle mentionnée au point précédent : - sans mention du résultat à atteindre; - avec mention que cela doit permettre à la société patronnée de rembourser le crédit.

Information	Obligation
C. Gestion :	
· Déclaration de confiance dans les organes de gestion de la société patronnée [96].	· Engagement d'assurer une assistance ou un contrôle sur la gestion de la société patronnée [97] : - sans mention du résultat à atteindre; - avec mention que cela doit permettre à la société patronnée de rembourser le crédit.
· Déclaration sur la politique passée ou présente de l'émetteur, de la société patronnée ou du groupe.	· Engagement sur la politique future de l'émetteur, de la société patronnée [98] ou du groupe.

[96] La clause semble souvent se retrouver en pratique. Suivant BELLIS, *Les lettres de patronage*, *op. cit.*, p. 150, n° 217, il faudrait admettre qu'elle peut être inutile et dangereuse: "*Inutile, dès lors qu'elle n'ajoute rien à la confiance que le banquier se doit d'avoir en son emprunteur et ses actionnaires, et sans laquelle le crédit n'a point de base; dangereuse, dès lors qu'elle pourrait donner à son bénéficiaire la fallacieuse apparence d'un 'confort' de nature juridique, ce que la clause est loin de contenir*". Nous précisons : « *ce que la clause* (prise isolément) *est loin de contenir* ».

[97] Ceci pourrait notamment concerner la politique de distribution des dividendes, de manière à éviter que la société patronnée soit privée des moyens lui permettant de faire face à ses engagements.

[98] Voir cependant nos commentaires au Chapitre 6 concernant l'administration de fait. *Cf. infra* n° 286 - 287, 291 à 293.

D. <u>Structure financière</u> : · Déclaration concernant la structure financière de la société patronnée au moment de l'émission de la lettre [99].	· Engagement de veiller à la bonne structure financière de la société patronnée : - par tout moyen; - par un moyen précisé : apport en capital, prêt [100], subordination de créance. · La même clause que celle mentionnée au point précédent : - sans mention du résultat à atteindre; - avec mention que cela doit permettre à la société patronnée de rembourser le crédit

[99] Etonnamment, ce type de clause, que notre tableau permet de dégager, ne se retrouve pas dans les diverses typologies jusqu'à présent élaborées. Nous ne doutons pourtant pas de son intérêt pratique.

[100] Ce que l'on vise ici, c'est la clause par laquelle l'émetteur s'engage à mettre à disposition de la société patronnée les moyens financiers qui lui permettront de faire face à ses engagements. Elle connaît des variables, et notamment la *cash deficiency clause* dont la doctrine indique qu'elle cesse de sortir ses effets «*dès qu'il y a une dénonciation du crédit quelle qu'en soit la cause* »(LANOYE, L., «La Cash deficiency clause », *Bull. Droit et Banque*, 1998, n° 27, p. 17, n° 2). On ne peut évidemment que s'étonner de la garantie qui disparaît au moment où elle est la plus utile.

36*bis*.- NOTE DE JURISPRUDENCE:

Un jugement du tribunal de commerce de Dinant du 26 mai 1987 [101] a été présenté comme la première consécration jurisprudentielle belge du phénomène des lettres de patronage [102]. L'affirmation est inexacte car, dans un jugement du 30 octobre 1985 [103], le tribunal de commerce de Bruxelles avait déjà eu à connaître du mécanisme. Dans les deux cas, la question qui se posait était celle de l'importance des obligations mises à charge de l'émetteur. Dans chacun des litiges, elles furent qualifiées de résultat. Tant le tribunal de Bruxelles que celui de Dinant en déduisirent que la faillite de la société patronnée impliquait par elle-même que l'émetteur avait manqué à ses obligations.

Le jugement du tribunal de commerce de Dinant a déjà fait l'objet de nombreux commentaires. Nous évoquons ici la décision parce que le juge y était confronté à une lettre de patronage particulièrement longue, se présentant quasiment comme le *quod plerumque fit* de cette forme de garantie. Cet exemple nous paraît dès lors parfaitement illustrer les commentaires qui précèdent:

> *"Nous avons bien noté que votre établissement met à la disposition de notre filiale, la société Finimétal à Frasnes-lez-Couvin, les concours suivants: ouverture de crédit de 30.000.000 F portée à 35.000.000 F après examen du bilan de Finimétal-Efel que nous vous avons remis lors de notre visite du 28 février 1980.*
>
> *Nous avons l'honneur de vous confirmer que ces opérations recueillent notre entière approbation et qu'il est dans les principes fondamentaux de la politique de notre société de faire en sorte que votre établissement n'encoure aucune perte du fait de ses opérations réalisées avec notre filiale.*
>
> *En conséquence, nous vous confirmons, par la présente, que nous ferons tout le nécessaire pour que notre filiale dispose d'une trésorerie suffisante pour lui permettre de*

---

[101] Com. Dinant, 26 mai 1987, *Rev.Banque*, 3/1988, p. 29 avec la note G. VERHEYDEN; *J.T.*, 1988, p. 392 avec la note M.F. ANTOINE, Y. POULLET, "La lettre de patronage: un nouvel 'être' juridique"; *Rev.Rég.Dr.*, 1988, p. 52 (décision datée ici par erreur du 23 juin 1987) avec la note M.F. ANTOINE, Y. POULLET.

[102] M.F. ANTOINE, Y. POULLET, "La lettre de patronage: un nouvel 'être' juridique", *op.cit.*, p. 394, n° 3.

[103] Com. Bruxelles, 30 octobre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 64.

faire face, à bonne date, à ses engagements envers votre établissement au titre des concours précités.

Notre engagement restera en vigueur jusqu'au remboursement intégral des concours visés ci-avant.

Nous savons que ces concours ont été consentis par votre banque pour une durée indéterminée et que vous avez la faculté, sans préjudice aux dispositions de votre règlement spécial en matière d'ouverture de crédit - cahier des charges des clauses et conditions des ouvertures de crédit - d'y mettre fin à tout moment moyennant un préavis de trente jours.

Nous vous confirmons que notre intention est, pendant toute la durée du présent engagement, de maintenir notre participation dans cette société à un niveau au moins égal à celui que nous détenons actuellement.

Toutefois, dans le cas où nous serions amenés à céder cette participation, nous vous en aviserions à l'avance, dès que possible et nous prendrions, si vous le jugiez utile, toutes dispositions propres à assurer la couverture de votre risque."

2. OBLIGATION MORALE *v.* OBLIGATION JURIDIQUE

37.- Le tableau qui précède met en évidence la distinction entre les lettres de patronage purement informatives et celles qui contiennent des obligations. Ces dernières doivent être étudiées à la lumière de la distinction entre droit et morale qui, dès le départ, a étroitement été associée à l'examen de notre sujet. L'examen des conditions auxquelles le droit reconnaît les obligations morales nous permet de démontrer :

- d'une part, qu'on doit reconnaître et respecter la lettre de patronage par laquelle les parties décident de rester en-dehors du droit (points A et B). Rappelons qu'en convenant d'une garantie morale, les parties peuvent notamment échapper aux contraintes de la fourniture d'une sûreté (telles qu'elles ont été

identifiées dans notre le Chapitre 1) [104].

- d'autre part, que le critère de l'information ou de l'obligation n'est pas, comme suggéré jusqu'à présent par la doctrine (et même en apparence par notre tableau ci-dessus), le principal critère pour distinguer les lettres de patronage en raison de leurs *effets* (point C).

A. Le principe de l'autonomie des volontés

38.- La lettre de patronage est un des premiers exemples cités par OPPETIT pour illustrer la remarquable étude qu'il consacrait, en 1979, à l'"*engagement d'honneur*"[105]. Sur le fondement d'une analyse de la loi et de la jurisprudence en diverses matières (droit civil, droit commercial, droit du travail), l'auteur tente d'y démontrer que le droit réintègre dans son orbite le "*non-droit*" chaque fois qu'il y va de son intérêt ou de sa vocation :

> "*Le juge, en présence d'un engagement expressément dépourvu de l'intention de produire des effets de droit, n'hésite pourtant pas à lui attribuer une valeur juridique et à le sanctionner : n'est-ce pas la preuve que le mécanisme de la production des effets de droit, que la théorie classique du contrat fait découler de la seule volonté des contractants, provient en réalité d'un jugement de valeur porté par le droit objectif sur une situation donnée ?*" [106]

---

[104] *Cf. supra* n° 13 à 20.

[105] B.OPPETIT, "L'engagement d'honneur", *D.S.*, 1979, pp. 107 à 116.

[106] *Ibidem*, p. 116, n° 19.

L'intérêt de l'analyse d' OPPETIT est de mettre en évidence les deux question qui précèdent la détermination des effets juridiques d'un engagement: 1° l'intention des parties a-t-elle été de se lier juridiquement ? 2° le juge est-il tenu par cette intention ?

39.- L'importance accordée par le droit des contrats à l'autonomie de la volonté des parties conduit généralement à ne se préoccuper que de la première question. On sait pourtant que l'autonomie des volontés est une notion dont la portée doit être relativisée. GHESTIN notamment démontre qu'elle n'est pas une explication suffisante de la force obligatoire du contrat qui reposerait sur la volonté du législateur de le sanctionner. Il précise :

> «*Le législateur, conformément au droit objectif qui le dépasse, ne sanctionne le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste* » [107].

Les explications de GHESTIN visent essentiellement l'hypothèse du contrat *juridique* (obligatoire) et les conditions dans lesquelles le législateur accepte de le sanctionner tel quel. Ses commentaires suggèrent cependant que la recherche de l'utile et du juste fixe le régime du contrat «*dans son ensemble*» en ce compris la règle morale du respect de la parole donnée [108]. Son raisonnement s'appliquerait donc également au contrat *non juridique* - celui que les parties laissent expressément en-dehors du droit.

40.- En droit belge, les tempéraments apportés au principe de l'autonomie des volontés sont divers. La jurisprudence de la Cour de cassation qui consacre la force probatoire de l'écrit, permet de tempérer la prééminence de la volonté réelle des

---

[107] J. GHESTIN, «L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, Chron. I, p. 3.

[108] *Ibidem*, pp. 3 et 5.

parties sur leur volonté déclarée[109]. Ceci réduit l'autonomie de leurs volontés puisque les parties pourraient davantage être tenues par leurs mots plutôt que par leurs intentions. Le système de la volonté déclarée est à son tour corrigé par la théorie de la confiance légitime qui, en tant que source de droits et d'obligations, jouerait tant vis-à-vis des tiers qu'entre parties contractantes[110]. La confiance légitime trouve elle-même un écho dans la présomption de juridicité que de nombreux auteurs sont disposés à reconnaître en matière économique[111]. L'idée est que, dans le monde commercial, les volontés ne se manifestent en principe que dans le but de créer des effets de droit. La présomption ne peut être renversée que par une manifestation de volonté sans équivoque de se situer dans le "*non-droit*"[112].

OPPETIT démontre que l'obligation de respecter la volonté des parties - lorsqu'elle choisissent de rester en-dehors du droit - ne va pas nécessairement de soi, le droit (ou le juge) pouvant réintégrer dans la sphère juridique les engagements que les parties auraient placés dans le non juridique. Pour nous, la question est donc de savoir si les tempéraments au principe d'autonomie évoqués ci-dessus permettent

---

[109] Cass., 19 février 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 738.

[110] En ce sens : S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, "Les obligations : les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, p. 694, n° 11; X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 240, n° 103 ; M.E. STORME, «Het misverstand : de vertrouwensleer geldt ook tussen partijen », note sous Bruxelles, 26 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 336 à 340. Voir également : J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 958, n° 409.3.

[111] M. COIPEL, "L'aspect moral des lettres de patronage", *Les lettres de patronage*, *op. cit.*, p. 38, n° 59; E. DIRIX, "Gentlemen's agreements en andere afspraken met onzekere rechtsgevolgen", *R.W.*, 1985-1986, col. 2132, n° 19. *Contra*: Bruxelles, 14 juin 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 472: *"Qu'un contrat n'existe que si les parties ont donné leur consentement avec l'intention de s'obliger; que personne n'est présumé s'obliger, la liberté étant de droit commun; que le doute doit s'interpréter en faveur du débiteur"*. L'hypothèse était cependant celle de négociations pré-contractuelles.

[112] E. DIRIX, "Gentlemen's agreements (...)", *op. cit.*, col. 2133, n° 19, admet cependant que, dans certains cas, la manifestation de volonté non équivoque puisse, en l'absence de déclaration expresse des parties de leur intention de se situer dans le *"non-droit"*, être déduite des circonstances ou des usages.

d'attribuer des effets juridiques à la lettre de patronage que les parties auraient voulu purement morale.

41.- Tout en ne pouvant que reconnaître la pertinence des constatations qui fondent l'analyse d'OPPETIT, nous ne pensons pas qu'elle devrait fondamentalement modifier la perception de notre matière. Différents argument peuvent être invoqués pour s'opposer à l'intégration, dans la sphère juridique, de la lettre (ou partie de lettre) que les parties auraient délibérément placée en-dehors de celle-ci - sans préjudice à certains effets de droit commun qui seront examinés ci-après :[113]

1. Le point de départ de la réflexion ne peut être qu'une obligation de principe de respecter l'intention des parties, à tout le moins lorsqu'elle ne prête pas à équivoque. Comment admettre la liberté de contracter (ce que ne remet pas en cause OPPETIT) sans reconnaître en même temps celle de ne pas contracter : la première justifie incontestablement la seconde et ne s'explique que par elle. Y déroger, c'est remettre en cause le droit des contrats lui-même [114]. Qui peut le plus, peut le moins : en ayant la liberté de ne pas contracter, les parties doivent avoir la possibilité de ne le faire que sur l'honneur [115].

2. Le principe étant rappelé, on constate en effet qu'un jugement de valeur porté par le droit sur une situation donnée justifie exceptionnellement que des tempéraments lui soient apportés. OPPETIT évoque *l'intérêt* et la *vocation* de l'Etat ; GHESTIN se réfère au *juste* et à l'*utile* [116]. Les critères pourraient sans doute être

---

[113] *Cf. infra* n° 47 à 55.

[114] Dans le même sens E. DIRIX, "Gentlemen's agreements (...)", *op. cit.*, col. 2131, n° 17; A. VERBEKE, D. BLOMMAERT, "Patronaatsverklaringen", *op. cit.*, p. 14, n° 14.

[115] En ce sens Com. Malines, 27 février 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 157, qui consacre le respect de l'engagement moral dès lors qu'il s'appuie sur une volonté claire des parties et ne contrevient pas à l'ordre public ou à des dispositions impératives. Ces réserves sont examinées ci-après.

[116] J. GHESTIN, «L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, Chron., pp. 1 à 10; repris par M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, pp. 15 et s.

multipliés sans que leur légitimité ne puisse être mise en doute. Mais il paraît nécessaire de souligner que l'effet correcteur de ces critères ne doit normalement jouer que lorsque l'exercice de la liberté contractuelle ne permet pas «*les conditions de la conclusion parfaite du contrat*».

Comme le rappelle COIPEL, ces conditions reposent sur l'égalité des contractants et sur une véritable négociation[117]. Dans de nombreuses hypothèses étudiées par les auteurs précités, elles ne sont pas rencontrées. Par contre, nous ne pensons pas qu'il soit naïf de croire et de prétendre que, dans la matière des lettres de patronage, les conditions d'une égalité et d'une négociation (même relatives) entre contractants sont le plus souvent rencontrées. L'examen de la nature contractuelle de la lettre sera l'occasion de le confirmer (voir ci-après le Chapitre 3).

3. Plus fondamentalement, on peut se demander s'il est de l'*intérêt* ou de la *vocation* de l'Etat d'intervenir dans les relations entre une société mère et le créancier d'une des ses filiales (hypothèse la plus fréquente des lettres de patronage). L'abandon de toute perspective de réglementation des groupes de sociétés suggère une réponse négative [118]. De même, on ne pourrait que s'étonner que le *juste* et l'*utile* soient nécessaires pour venir au secours du créancier qui ne se serait fait stipuler qu'une garantie morale, alors qu'il s'agirait d'un professionnel du crédit rompu aux affaires internationales. GHESTIN reconnaît expressément que le principe de justice contractuelle - dont il fait un des deux principes fondamentaux de sa théorie générale du contrat - permet tout autant de justifier que d'*interdire* l'intervention correctrice du juge [119].

4. Il doit d'autant plus en être ainsi que la volonté de se situer en-dehors du droit est précisément une des raisons pouvant justifier le recours à la lettre de patronage. La *possibilité* d'un engagement moral est de *l'essence* du mécanisme. Les parties à la

---

[117] M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, *op.cit.*, p.18, n°23.

[118] *Cf. infra* n° 264 à 268.

lettre le savent bien. Cela profite, suivant les cas, à l'émetteur (qui ne peut ou ne veut pas s'engager davantage) ou au créancier bénéficiaire (c'est ça ou rien...). Dans pareil contexte, il paraît exclu de réintégrer dans le droit la clause à laquelle les parties à la lettre de patronage n'auraient expressément donné qu'une valeur purement morale.

Les analyses d'OPPETIT et de GHESTIN sont séduisantes, tant par les prolongements qu'elles justifient que par la rigueur avec laquelle elles ont été réalisées. Pour les motifs exposés ci-dessus, il ne nous semble pas qu'il y ait lieu d'en tenir compte dans notre matière - sans préjudice aux autres tempéraments qui sont évoqués au point B ci-après [120].

42.- Il est intéressant de constater que c'est précisément la question de l'attribution d'une valeur morale ou juridique à la lettre de patronage qui est à l'origine du rare contentieux qu'a connu le droit anglais en la matière (du moins suivant la jurisprudence publiée) [121]. Il est utile de s'y attarder quelques instants car les solutions du droit anglais - contrairement semble-t-il à celles du droit français [122] - suggèrent elles aussi que le choix des parties de refuser toute valeur juridique à une lettre de patronage ne puisse pas être remis en cause.

---

[119] J. GHESTIN, «L'utile et le juste (...) », *op.cit.*, p. 7.

[120] *Contra :* M. COIPEL, *Les lettres de patronage, op. cit.*, p. 33, n° 51 : "*Notre choix est que l'intention des parties contractantes de se situer en dehors du droit ne doit être respectée que si le droit - qui a donc bien un rôle prépondérant - n'estime ni* juste *ni* utile *de faire autrement*".

[121] Voir au contraire en droit néerlandais : H.C.F. SCHOORDIJCK, «Enige opmerkingen over zogenaamde patronaatsverklaringen », *Offerhauskring vijfentwintig jaar*, Kluwer, Deventer, 1987, p. 158, qui croit pouvoir relever que la distinction droit-morale serait, en pratique, moins fondamentale qu'on le prétend.

[122] Voir R. BAILLOD, "Les lettres d'intention", *RTD com*, 1992, p. 552, n° 9, p. 557, n° 18, qui remarque que la jurisprudence a, en règle générale, attribué la nature d'engagements juridiques aux lettres de patronage dont elle a eu à connaître, les tribunaux ne s'estimant pas liés par la volonté exprimée des parties de se situer en dehors du droit.

43.- La question était au cœur de l'affaire *Kleinworth Benson Ltd. V. Malaysia Mining Corporation Berhard.* Les deux décisions auxquelles elle a donné lieu ont fait l'objet de nombreux commentaires [123]; elles sont systématiquement citées à propos des lettres de patronage tant il est vrai qu'elles semblent avoir concentré l'essentiel des questions que la matière a suscitées en droit anglais. Le litige portait notamment sur le contenu d'une clause libellée comme suit :

> *«It is our policy to ensure that the business of M.M.C. Metals Ltd. is at all times in a position to meet its liabilities to you under the above arrangements ».*

44.- Lord HIRST règle le litige en premier degré - avec l'accord des conseils des deux parties - par référence aux décisions *Edwards v. Skyways Ltd.* [124] et *Rose and Frank Co. v. J.R. Crompton and Brothers Ltd* [125]. Ces deux décisions consacrent expressément la présomption de juridicité en matière commerciale. Comme le souligne *Edwards v. Skyways Ltd :*

> «*It is clear (...) that there are cases in which English law recognises that an agreement, in other respects duly made, does not give rise to legal rights, because the parties have not intended that their legal relations should be affected. (...) In a case of this nature the onus is on the party who asserts that no legal effect was intended, and the onus is a heavy one*» . (c'est nous qui soulignons).

---

[123] Voir notamment : J. S. FISHER, «Comfort Letters and their Legal Status », *Journal of Int. Bank. Law*, 1988, pp. 215 à 221 ; I. BROWN, «The Letter of Comfort : Placebo or Promise ? », *Journal of Business Law,* 1990, pp. 281 à 291 ; H.C.F. SCHOORDIJCK, «Letters of Comfort. Een opmerkenswaardige Engelse uitspraak over een zogenaamde patronaatsverklaring (letter of comfort) », *N.J.B.*, 1989, pp. 1676 à 1678, et les réactions suscitées par cet article, *N.J.B.*, 1990, pp. 784 à 787.

[124] *Edwards v. Skyways LTD.* [1964] 1 W.L.R. 349.

[125] *Rose and Frank Co. v. J.R. Crompton and Brothers Ltd* [1923] 2 K.B. 261.

Lord HIRST considère que les éléments qui lui sont soumis ne permettent pas de renverser la présomption: *«The crucial paragraph on its proper construction, in its context, did have contractual status »* [126].

45.- En degré d'appel, la décision est réformée. Le motif n'en est pas un nouvel examen des circonstances de fait qui permettrait à la Cour de renverser la présomption de juridicité. Sans remettre en cause le fait que cette dernière vaudrait en toutes matières commerciales [127], la Cour rappelle plus simplement que la présomption ne trouve à s'appliquer que lorsque l'existence d'un engagement est préalablement constatée. Pour elle, ce n'est pas le cas en l'espèce.

Selon la Cour , la question centrale est de savoir si la clause litigieuse, envisagée dans son contexte, doit être traitée comme une *«warranty »(«as to the present facts»)* ou comme une *«promise »(«as to the future conduct»)*. Elle y répond par la négative, considérant que la clause n'est qu'une *«mere representation of fact»*. Ainsi, il n'y a plus lieu de s'interroger sur la valeur morale ou juridique d'une obligation dont l'existence elle-même n'est plus constatée. La Cour consacre la totale liberté des parties d'être convenues de rester en-dehors du droit, même si elle ne peut s'empêcher de conclure comme suit:

> *«If my view of this case is correct, the plaintiffs have suffered grave financial loss. (...). The defendants have demonstrated, in my judgment, that they made no relevant contractual promise to the*

---

[126] *Kleinworth Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corporation Berhard* [1988] 1 W.L.R. 799.

[127] Du moins en apparence. Voir cependant l'interprétation de l'arrêt par I. BROWN, «The letter of Comfort : Placebo or Promise », *op.cit.*, pp. 290 - 291 : «*After* Kleinworth *it appears that the parties are at libertry to establish or deny intention without reference to the presumption of intention or its rebuttal. (...) It remains to be seen if the presumption of intention in commercial agreements is still alive or wether* Kleinworth *has written that presumption's epitaph ».* Voir cependant M. ELLAND-GOLDSMITH, «Comfort Letters (...) », *op.cit.*, p.530, n°11, p. 536, n° 22, qui confirme, en 1994, l'application de la présomption en la matière.

plaintiffs which could support the judgment in favour of the plaintiffs. The consequences of the decision of the defendants to repudiate their moral responsibility are not matters for this court »
[128]. (c'est nous qui soulignons)

46.- L'autonomie de la volonté, lorsqu'elle se manifeste à la frontière qui sépare le juridique du non juridique, est également au centre de la réflexion portant sur la formation des contrats. Doctrine et jurisprudence lui apportent divers tempéraments reposant sur l'idée que la liberté de contracter - ou non - n'est pas la liberté de faire n'importe quoi [129]. Ces tempéraments ne remettent pas en cause le principe d'autonomie mais précisent seulement la place qui peut et doit lui être réservée au sein du droit des contrats. Dans de nombreuses hypothèses, ils sont susceptibles de rencontrer les préoccupations de ceux qui voudraient réintégrer dans la sphère juridique les comportements que les parties auraient placés dans la sphère non juridique. Tel nous semble être le cas dans la matière des lettres de patronage où ces tempéraments offrent les garanties suffisantes d'un bon déroulement du processus contractuel, sans qu'il soit nécessaire de redresser la volonté non équivoque des parties de rester en-dehors du droit. C'est ce qui est expliqué au point suivant.

B. Les tempéraments au principe de l'autonomie des volontés

47.- Le principe de l'autonomie des volontés étant rappelé et confirmé à propos des lettres de patronage, il n'en connaît pas moins divers tempéraments. Ainsi, il ne permet pas de déroger à des règles impératives et, *a fortiori*, à l'ordre public

---

[128] *Kleinworth Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corporation Berhard* [1989] 1 W.L.R 394.

[129] Sur cette question, voir F. T'KINT, «Négociation et conclusion du contrat», *Les obligations contractuelles,* Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1984, pp. 9 à 51 ; M. FONTAINE, «La formation des contrats. Codifications récentes et besoins de la pratique», *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, 1998, Bruxelles, Bruylant, pp. 681 à 695.

[130]. L'autonomie de la volonté ne permet pas aux parties de placer dans le *non-droit* des obligations qui leur incombent en vertu de la loi. Ce dont elles ne pourraient convenir juridiquement devrait également leur être interdit sur le plan de la morale.

48.- Par ailleurs, même si l'intention (non équivoque) des parties n'est pas de poser un acte qui les lie en droit, leur engagement moral n'en reste pas moins un fait susceptible d'être pris en compte par le droit, comme toute autre circonstance. Ainsi, le juge pourrait être amené à se prononcer sur la validité de leurs consentements (l'intention de ne pas se lier juridiquement n'était-elle pas viciée ?) ou à attribuer certains effets à la violation de l'engagement moral sur l'exécution d'un autre engagement, juridique celui-là [131] .

49.- Dans son importante contribution sur la négociation et la conclusion des contrats, T'KINT établissait déjà le lien entre les lettres d'intention qui y sont souvent utilisées (expression de la volonté d'entrer en négociation ou détermination de leur cadre) et les lettres de patronage (fait d'un tiers qui entendrait favoriser l'aboutissement de la négociation en cours). Il notait à propos des propositions et pourparlers : «*Les propositions et pourparlers n'engagent pas les parties ; leur liberté de contracter - ou de ne pas contracter - demeure entière. Mais ils créent une situation de fait qui (...) dicte un comportement dont la méconnaissance peut entraîner leur responsabilité, qu'il y ait rupture des négociations ou conclusion du contrat* » [132].

---

[130] En ce sens ; Com. Malines, 27 février 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 157.

[131] E. DIRIX, "Gentlemen's agreements (...)", *op. cit.*, col. 2136, n° 24, donne l'exemple d'un contrat de distribution où l'exclusivité n'aurait fait l'objet que d'un gentlemen's agreement. De manière très opportune, B. WESSELS, *Gentlemen's agreements*, Gouda Quint BV, Arnhem, 1984, p. 105, souligne que le *gentlemen's agreement* est une véritable convention (*werkelijke overeenkomst*) soumise à ce titre aux règles applicables à toutes les conventions (ceci concerne non seulement l'échange des consentements mais aussi les exigences de la bonne foi que nous examinons ci-après). Dans le même sens : J. M. VAN DUNNE, *Verbintenissenrecht*, Deel 2 Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen, Deventer, Kluwer, 1997, p. 66.

[132] F. T'KINT, «Négociation et conclusion du contrat », *op.cit.*, p. 22, n°27. Voir également G.J. RIJKEN, *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer, Kluwer, 1994., p. 53, qui considère que la phase de négociation est déjà en soi une relation juridique (*rechtsverhouding*). Pour une application de ces

50.- Ce sont essentiellement les exigences de la bonne foi - que la meilleure doctrine suggère d'ériger en principe général de droit [133] - qui déterminent les conséquences pouvant être attachées à une telle situation de fait. Suivant DIRIX, l'intention des parties de ne pas créer des effets juridiques exclut toute responsabilité sur base extra-contractuelle de même que toute action fondée sur l'apparence [134]. Nous ne pouvons adhérer à ce point de vue qui néglige les multiples prolongements pouvant être reconnus à l'obligation de bonne foi, avant même qu'un contrat soit conclu [135] (et même s'il ne l'est jamais [136]) : une obligation d'information [137], des devoirs de loyauté et de collaboration, la prise en compte de l'apparence et de la

---

règles, voir Liège, 28 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 392.

[133] Voir J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruyant, 2000, p. 963, dont la thèse repose notamment sur la démonstration d'un *«principe éthique et juridique de non-contradiction » ;* P. VAN OMMESLAGHE, «L'exécution de bonne foi, principe général de droit ?», *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 à 110; approuvé précisément à propos du processus de formation des contrats par D. PHILIPPE, «Rapport belge », *La bonne foi,* Travaux des journées louisianaises, Association H. CAPITANT, Paris, Litec, 1992, pp. 61 à 76. Voir aussi les applications proposées en droit des sociétés par G. KEUTGEN, Y. DE CORDT, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », *Mélanges offerts à E. CEREXHE,* Bruxelles, Larcier , 1997, pp. 191 à 209. Le droit néerlandais tend également à ériger en principe général les notions de *redelijkheid* et *billijkheid* (qui dans le NBW, art. 6 :2 et 6 :248, ont remplacé la conception objective de la *goude trouw*) ; G.J. RIJKEN, *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer, Kluwer, 1994, pp. 1 et 4.

[134] E. DIRIX, «Gentlemen's agreements (...) », *op.cit.*, col. 2135, n° 22.

[135] Voir les références ci-dessus concernant la phase précontractuelle. La solution semble identique aux Pays-Bas : W.S.M. SCHUT, *Letters of intent,* Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, p. 78 ; H.J. DE KLUIVER, *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 252, n° 251, qui évoque un consensus se formant progressivement en ce sens.

[136] J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique (...)*, pp. 850 et s., confirme le rôle de la bonne foi dans le domaine de la responsabilité précontractuelle. Il indique également son importance entre anciens contractants : *«Rien ne justifierait que l'exigence de bonne foi arrêtât de produire son empire après que le contrat ait pris fin »*(p. 876). Preuve s'il en est que la bonne foi joue indépendamment de la naissance, de l'exécution ou de l'extinction des obligations juridiques.

[137] P. VAN OMMESLAGHE, «L'exécution de bonne foi (...) », *op.cit.*, p. 105, n° 11, précise : *«dans certaines circonstances »*. Nous reprenons cette question au Chapitre 6.

UNIVERSITE CATH. DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE
PLACE MONTESQUIEU, 2
B-1348 LOUVAIN-LA-NEUVE

confiance légitime tant à l'égard des tiers qu'entre parties contractantes [138].

51.- Ainsi, sans qu'il soit nécessaire de redresser la qualification d'engagement moral, l'obligation de se comporter de bonne foi justifie que l'on reconnaisse certains effets juridiques à la négociation et à la conclusion de la lettre de patronage que les parties auraient expressément laissée en dehors du droit. Au risque de créer une trop grande insécurité juridique, l'incidence de la bonne foi ne peut qu'être exceptionnelle [139]. Il n'en reste pas moins que ses exigences permettent à notre sens de sanctionner les comportements suivants:

- des informations volontairement fausses ou incomplètes ont été communiquées à l'occasion de la lettre [140] ;

- l'émetteur, qui s'est engagé moralement, adopte sans motif légitime un comportement délibérément contraire à celui attendu de sa part [141] ;

- au moment de l'émission de la lettre, l'émetteur a fait croire à la solvabilité de la société patronnée alors que sa situation était déjà compromise [142] ;

---

[138] *Cf. supra* n° 40 et note.

[139] W.S.M. SCHUT, *Letters of intent, op.cit.,* 1986, p. 82 le souligne particulièrement en ce qui concerne la phase précontractuelle.

[140] La solution est expressément admise en ce qui concerne les lettres de patronage simplement déclaratives. *A fortiori* doit-il en être ainsi avec les lettres qui contiennent un engagement moral. Nous y reviendrons au point C ci-après. Pour P. FRANKEN, « The force of comfort letters under German law », *Int. Fin. Law Rev.*, 1985, vol. IV, n° 6, p. 15, l'information fausse ne devrait être sanctionnée que dans la mesure où elle concerne des événements passés, et non futurs. C'est sans doute exact lorsque la lettre n'est qu'informative et ne comporte pas d'obligation.

[141] O. RALET, "Les conventions d'actionnaires", *DAOR*, 1987/4, p. 379, défend une solution identique pour ce qui concerne les conventions d'actionnaires qui ne contiennent que des déclarations d'intentions ou des "*gentlemen's agreements*". Nous démontrons au Chapitre 5 que cette matière est fort proche de la nôtre.

[142] Exemple donné par le Mémento Francis Lefebvre, *Groupes de sociétés 2000-2001*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2000, p. 345, n° 4337.

- l'engagement moral était impossible et l'émetteur le savait.

A l'égard des tiers également, l'aspect purement moral d'une lettre de patronage ne suffit pas à lui enlever toute pertinence. Nous expliquons dans le Chapitre 6 que dans certaines hypothèses, la lettre de patronage peut être l'indice d'une administration de fait ou d'un crédit fautif dont l'émetteur aurait à rendre compte vis-à-vis des tiers [143]. Même si le risque paraît limité (pour des motifs que nous préciserons), on ne peut nier son existence même à propos de lettres qui n'auraient été souscrites que sur le plan de la morale.

52.- On admet parfois que la bonne foi aboutisse à ce qu'un contrat soit formé (théorie de l'apparence) [144] ou que la confiance légitime entre parties contractantes soit déterminante du contenu de leur convention [145]. En théorie, on pourrait donc concevoir que la lettre de patronage conclue sur le plan de la morale soit ultérieurement le prétexte à la constatation du même engagement sur le plan juridique. En pratique, une telle requalification paraît cependant peu probable:

---

[143] *Cf. infra* n° 290 et s., 299 et s.

[144] Voir Cass., 20 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 547 avec les observations P.A. FORIERS, «L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi ». Suivant la majorité de la doctrine, il est indéniable que la Cour y reconnaît la force obligatoire de l'apparence indépendamment de toute faute. Certains auteurs justifient alors la solution par référence au principe général de bonne foi ; P.A. FORIERS, «L'apparence (...) », *op.cit.*, pp. 545 - 546, approuvé par S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, «Les obligations : les sources (...) », *op. cit.*, p. 694, n° 11.Voir aussi : D. PHILIPPE, «Rapport belge », *op.cit.*, p. 73 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op.cit.*, pp. 952 et s. Pour une application plus récente de ces règles, voir Liège, 7 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 358. En droit néerlandais au contraire, voir W.S.M. SCHUT, *Letters of intent,* Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, p. 86, qui estime que la formation d'un contrat ne pourrait jamais être la sanction de la mauvaise foi démontrée en phase précontractuelle.

[145] M.A. STORME, «Het misverstand (...) », *op.cit.*, p. 340.

- d'une part, seule la violation de *l'apparence* est sanctionnée.

Ses effets ne correspondent pas nécessairement aux effets de la convention qui n'aurait été conclue que sur le plan de la morale [146].

- d'autre part, seule la confiance *légitime* est digne de protection [147].

Celle-ci doit être appréciée compte tenu de la qualité des parties. En ce qui concerne les lettres de patronage, il y a souvent lieu de constater le professionnalisme tant de l'émetteur que du créancier bénéficiaire [148]. A leur égard, on ne peut qu'admettre strictement les droits puisés dans la confiance légitime - d'autant qu'il est désormais de notoriété que la lettre de patronage peut être de nature morale ou juridique. Se prévaloir de la confiance légitime paraît exclu lorsque la nature morale de la lettre fait l'objet d'une disposition expresse.

53.- Il est temps de conclure sur cette délicate question. A ce stade, on peut d'ores et déjà constater que lorsque la lettre offre aux parties la possibilité de ne stipuler qu'une garantie d'ordre moral (ce qui leur permet notamment d'échapper au

---

[146] Pour une application de la règle ici évoquée, voir Mons, 18 janvier 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 163.

[147] Voir M. COIPEL, *Les lettres de patronage*, *op. cit.*, p. 35, n° 53, qui, au sujet des engagements moraux, souligne que "*Le banquier a légitimement confiance dans le fait que l'émetteur se conformera à la bonne foi*". Il précise à la page 232, n° 333,: "*Il convient de maintenir une certaine étanchéité entre l'ordre moral et l'ordre juridique et de ne pas chercher à récupérer systématiquement dans l'ordre juridique – à travers la théorie de la confiance – toutes les obligations d'ordre moral*". Voir aussi F. GLANSDORFF qui, en annotation de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 janvier 1999, relève : « *En ce qui concerne la reconnaissance et les possibilités d'application d'un principe général de droit tel que celui de la croyance légitime, la jurisprudence de la Cour de cassation est manifestement traversée par des courants opposés* » ; « Erreur invincible ou croyance légitime », *R.C.J.B.*, 2000, p. 742, n° 24. Ceci ne peut que suggérer la prudence dans l'utilisation de ce concept.

[148] *Cf. infra* n° 277 et 309.

régime plus contraignant de la fourniture d'une sûreté), le droit (ou le juge) est en principe tenu par leur intention. La seule condition est qu'elles se soient exprimées de manière non équivoque.

54.- Si - d'une manière qui doit rester exceptionnelle - le droit réintègre parfois dans la sphère juridique des engagement moraux, une telle récupération paraît peu probable dans la matière des lettres de patronage, du moins suivant les solutions communément admises en droit belge. Notre point de vue est également qu'elle n'y est pas souhaitable car la possibilité de ne stipuler qu'une garantie d'ordre moral est un des motifs qui peut justifier le recours à la lettre - ce que l'émetteur et le créancier bénéficiaire ne peuvent ignorer. Il leur est bien sûr possible de convenir d'une lettre dont la nature est douteuse. Dans ce cas, la rigueur que nous suggérons est inapplicable et ce sera au juge de qualifier la lettre qui lui est soumise[149] .

55.- Même lorsque les parties ont convenu de rester en-dehors du droit, elles restent soumises aux exigences de l'ordre public, des lois impératives et de la bonne foi. Ces exigences nous paraissent suffisantes pour garantir le bon déroulement du processus contractuel. Les solutions sont conformes au droit commun : il n'y a pas lieu d'en être surpris [150], ni d'en tirer un argument défavorable à l'utilisation de la lettre de patronage. Il y a plutôt lieu de constater que, par la validité de principe des engagements moraux qu'elle est susceptible de contenir, la lettre de patronage offre l'avantage d'une souplesse qui ne se retrouve pas dans les autres sûretés personnelles plus classiques [151]. C'est à tort que l'on prétendrait que ce l'est au détriment de la sécurité juridique. Nos commentaires, qui reposent notamment sur la manifestation de volonté non équivoque, suggèrent précisément le contraire.

---

[149] Dans cette hypothèse, on ne devrait probablement pas parler de «*recherche de la volonté commune* » car celle-ci risque précisément d'avoir fait défaut !

[150] Comme déjà expliqué, il paraît peu probable que les exigences de la bonne foi conduisent à l'émergence d'une engagement juridique en lieu et place de l'engagement moral qui ne les aurait pas respectées.

[151] Nous n'avons pas connaissance d'exemples de cautionnement moral ou de garantie bancaire à

C. Assimilation quant à leurs effets des engagements moraux et des lettres purement informatives

56.- On peut déduire de l'analyse qui précède qu'en ce qui concerne leurs *effets* (et contrairement à ce que pourrait suggérer leur différence *d'objet*), les lettres qui ne contiennent que des engagements moraux doivent être assimilées aux lettres purement informatives, et inversement. Quelle différence y a-t-il en effet entre la lettre par laquelle on se contente d'informer son cocontractant, et celle où on s'engage envers lui tout en précisant que ce le sera uniquement sur le plan de la morale ? Juridiquement, la distinction est de peu de pertinence si on examine :

- les conditions de la manifestation de la volonté : présomption de juridicité et nécessité d'éviter toute équivoque pour se situer en dehors du droit;

- les effets : autonomie de la volonté, seulement tempérée par l'ordre public, les règles impératives et les exigences de la bonne foi [152].

57.- Il ne s'agit donc pas, en notre matière, d'opposer les lettres purement informatives et celles qui contiennent des obligations (morales ou juridiques). La nuance fondamentale est celle qui permet d'isoler les lettres où les parties manifestent sans équivoque leur volonté de se situer en dehors du droit (déclarations, engagements moraux). Conformément à notre Chapitre 1, de telles lettres de patronage ne sont pas des sûretés [153]. La cohérence ne pourrait que confirmer le bien fondé de ces analyses.

---

première demande sur l'honneur !

[152] L'éventuelle responsabilité extra-contractuelle est expressément admise en ce qui concerne les lettres de patronage simplement déclaratives, lorsqu'elles contiennent des informations inexactes. Voir *Les lettres de patronage*, *op. cit.*, pp. 84, 87 et 107; R. BAILLOD, "Les lettres d'intention", *op. cit.*, p. 550, n° 6.

[153] *Cf. supra* n° 27 - 28.

3. OBLIGATION DE MOYENS *v.* OBLIGATION DE RESULTAT

58.- La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat est généralement utilisée pour caractériser les lettres de patronage. D'emblée, il convient de préciser que cela ne concerne en pratique que les engagements juridiques. La nuance renvoie essentiellement à la charge de la preuve de l'inexécution de l'obligation : lorsqu'elle est de moyens, elle incombe au créancier alors que, lorsqu'elle est de résultat, elle incombe au débiteur qui ne peut s'en exonérer qu'en établissant la cause étrangère (articles 1147 et 1148 du Code civil). La distinction rejaillit naturellement sur l'objet et l'importance des obligations du débiteur suivant le résultat escompté ou les moyens promis [154].

59.- Sur ces questions, la lettre affirme une nouvelle fois sa différence avec les autres sûretés personnelles. Le fait que ces dernières ne peuvent avoir pour objet que le paiement du créancier bénéficiaire suggère en effet que seule la qualification d'obligation de résultat leur soit appliquée [155]. Tel est manifestement le cas de la garantie autonome [156]. A notre sens, il en est également ainsi du cautionnement si l'on

---

[154] Dans le même sens, A. VERBEKE, D. BLOMMAERT, "Patronaatsverklaringen", *op. cit.*, p. 24, n° 25 : "*Het is duidelijk dat de emittent hier een juridische verbintenis op zich neemt. Afhankelijk van de libellering engageert hij zich tot een inspannings- of een resultaatsverbintenis. De discussie situeert zich hier dus niet rond de al dan niet gebonden zijn van de emittent, maar wel rond de omvang van zijn gebondenheid.(...) Het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverbintenis is niet enkel van belang op het vlak van de bewijslast. Ook het voorwerp zelf van de verbintenis, de inhoud en de draagwijdte van de aangegaan prestaties worden verwezenlijkt door de invloed, hetgeen van groot belang is voor de bepaling van de aansprakelijkheid van de emittent*". Sur les sanctions de l'obligation de moyens, voir Cass. com., 15 janvier, 19 mars et 16 juillet 1991, *D.*, Jurisprudence, 1992, p. 53, avec la note I. NAJJAR.

[155] J.D.A. den TONKELAAR, *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen,* Zwolle, Tjeenk Willink, 1982, pp. 64 et 69, à propos de l'obligation de donner en général et de l'obligation de payer une somme d'argent en particulier.

[156] La référence à un paiement « *inconditionnel* » ou « *irrévocable* » semble en effet incompatible avec la qualification d'une obligation de moyens.

accepte que l'obligation d'exécuter une prestation déterminée « *aux contours juridiques et matériels précis* » est en principe une obligation de résultat [157].

Pratiquement, la distinction entre les obligations de moyens et de résultat ne concerne que les obligations de faire et de ne pas faire [158] et, dans la matière des garanties, elle ne vise finalement que les seules lettres de patronage.

Force est de reconnaître que le contentieux que la distinction suscite (et qui justifie les commentaires que nous lui consacrons [159]) n'est que la conséquence de la diversité des obligations pouvant faire l'objet de la lettre - diversité qui, pour des

---

[157] En ce sens : J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, L.G. D.J., 1965, pp. 167 et s. Il donne les exemples suivants : un objet doit être livré, une somme d'argent versée, un bien gardé, etc... Il reconnaît cependant que l'application du critère faisant référence à la prestation déterminée reste subordonné à la volonté des parties ; *ibidem*, p. 170, n° 296. Dans le même sens, tout en relevant les limites de la thèse de FROSSARD : G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil,* « Les conditions de la responsabilité », 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 460 et s. En matière de cautionnement, nous n'avons pas connaissance d'une pratique suivant laquelle les parties en feraient expressément une obligation de moyens. Faut-il nuancer ces propos en vertu de la règle suivant laquelle « *Toute personne qui s'engage d'une manière désintéressée n'est débitrice que d'une obligation de moyens* » (J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, op.cit.*, p. 262, n° 456)? Nous ne le pensons pas, la conception du contrat de cautionnement - service d'ami étant depuis longtemps dépassée.

[158] C.J.H. BRUNNER, G.T. de JONG, *Verbintenissenrecht. Algemeen*, Kluwer, Deventer, 1999, p. 43, n° 56, semblent même n'envisager la distinction qu'à propos des seules obligations *de faire*.

[159] En Belgique, c'est la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat qui explique la quasi-totalité des litiges dont les tribunaux ont eu à connaître en notre matière. Nos commentaires auront notamment pour objet d'identifier les critères de distinction les plus fiables, conformément à l'objectif de sécurité juridique. Même lorsque la qualification d'obligation de moyens est clairement identifiée, reste encore à préciser ce qu'elle représente. C'est alors une complexe question d'espèce. Comme l'indique C. PRIETO, note sous Cass. com., 17 octobre 1995, *Bull. Joly*, 1996, pp. 42-43 : «*Les obligations de moyens réservent aux bénéficiaires une incertitude majeure : l'adéquation des moyens à l'engagement souscrit.(...). C'est bien dans les limites de l'obligation de moyens que réside toute la difficulté de la preuve et l'incertitude du bénéficiaire de la lettre d'intention. Bien que patents, les efforts sont-ils suffisants ?*» Nos commentaires relatifs à l'intérêt social de l'émetteur seront l'occasion de proposer une limite aux

motifs que nous avons déjà évoqués et d'autres que nous mentionnerons encore, joue aussi en sa faveur (on ne peut avoir le beurre et son argent).

A. L'obligation de résultat final médiatisé

60.- Partant du constat que la seule distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat serait trop radicale pour rendre compte des lettres de patronage (où l'émetteur ne s'engage en principe pas à se substituer à la société patronnée) [160], certains auteurs ont proposé une catégorie intermédiaire constituée des « *obligations de résultat final médiatisé* ». Comme l'explique BELLIS :

> "*S'agissant d'obligations de moyens, la faute, dont le créancier devra toujours rapporter la preuve, selon la volonté des parties, ne pourra pas toujours être définie en fonction du critère du bon père de famille (la 'culpa levis in abstracto'), les parties ayant au contraire retenu la faute extérieure légère ou, à l'opposé, la faute lourde.*
>
> *S'agissant d'obligations de résultat, celles-ci pourront, ainsi qu'en témoignent certains textes législatifs, être atténuées en permettant au débiteur de s'exonérer en établissant l'absence de faute. A l'opposé, l'obligation de résultat pourra être renforcée lorsque les parties auront écarté le droit pour le débiteur de s'exonérer en prouvant la cause étrangère*"[161].

---

efforts pouvant être exigés de sa part. *Cf. infra* n° 219 à 223.

[160] Voir aussi G. VINEY, P. JOURDAIN, « Les conditions de la responsabilité », *op.cit.*, pp. 441 et s., pour les insuffisances de la distinction en général. Dans le même sens J.D.A. den TONKELAAR, *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen, op.cit.*, p. 80 : « *De indeling van verbintenissen in resultaats- en inspanningsverbintenissen is niet onjuist of onbruikbaar, maar ze doet niet méér dan een van de vele hulpmiddelen opleveren die gebruikt moeten worden bij het bepalen van de verhouding tussen de rechten en verplichtingen van de twee partijen bij een verbintenis*». C'est bien dans cette perspective que doivent être compris les multiples critères de distinction auxquels ce chapitre soumet la lettre de patronage.

[161] *Les lettres de patronage, op. cit.*, p. 148, n° 214.

Devant ces difficultés d'appréciation, la proposition de BELLIS est de reconnaître une catégorie intermédiaire, l'"*obligation de résultat final médiatisé*", qu'il définit comme étant "*L'obligation découlant de l'engagement du débiteur de réaliser effectivement une ou plusieurs des conditions d'obtention du but final (à savoir, le remboursement du crédit) en tant que cette ou ces conditions doivent conduire normalement à l'obtention de ce résultat final*" [162]. La nuance lui permet de faire déborder la cause étrangère, exonératoire de la responsabilité du débiteur, du cadre strict de la force majeure et d'y comprendre toutes les causes de non-obtention du résultat final (comme les risques du marché) à propos desquelles le débiteur n'a pas pris d'engagement [163].

61.- Cette théorie semble avoir été peu suivie en pratique (il est vrai que la jurisprudence en la matière est particulièrement pauvre). Si nous approuvons la démarche et les fins qu'elle poursuit, nous doutons cependant du moyen utilisé qui consiste à reconnaître une nouvelle catégorie d'obligations à laquelle les parties à la lettre de patronage n'ont probablement pas songé.

62.- Sans préjudice à la volonté des parties, c'est par rapport à son objet que la nature d'une obligation peut être appréciée, et non par rapport à l'utilité particulière qu'elle représente pour son créancier. Ainsi, le seul fait que l'exécution de la lettre de patronage (par exemple, l'obligation de maintenir la participation dans le capital de la société patronnée) s'inscrit dans un cadre plus large (une opération de crédit) est en soi sans pertinence pour mesurer si l'obligation de blocage de la participation, prise individuellement, est une obligation de moyens ou de résultat. Il

---

[162] *Ibidem*, p. 148, n° 215.

[163] Ainsi, l'émetteur de la lettre pourrait établir que, quel qu'ait été le maintien de sa participation dans le capital de la société patronnée, ou son contrôle dans la gestion de cette dernière, le résultat final (le remboursement de la créance garantie) n'aurait pu être atteint. Dans le même sens : M.-F. ANTOINE, Y. POULLET, "La lettre de patronage : un nouvel 'être' juridique", *op.cit.*, p. 396, n° 19, qui précisent que l'avantage de la notion résiderait "*Dans la faculté d'envisager les moyens de défense de la société mère non par rapport au résultat final mais bien par rapport à la prestation intermédiaire*".

en est d'autant plus ainsi que nous démontrons au Chapitre 4 ci-après l'autonomie de principe de la lettre de patronage, autonomie qui suggère une interprétation littérale des engagements de l'émetteur [164].

Il en va autrement si l'utilité particulière que la lettre représente pour le créancier est expressément introduite dans le champ contractuel. C'est le cas lorsqu'elle mentionne que les obligations souscrites sont les moyens pour la société patronnée d'atteindre un certain résultat (par exemple, le remboursement du crédit)[165]. Mais ne faut-il pas alors constater que la théorie de l' « *obligation de résultat final médiatisé* » est inutile ?

63.- Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est la volonté des parties qui est déterminante de la qualification de moyens ou de résultat de l'obligation souscrite [166]. L'"*obligation de résultat final médiatisé*" ne serait que la manifestation de cette volonté : la référence au résultat serait la mesure dont les parties conviennent pour fixer l'importance des obligations (intermédiaires) mises à charge du débiteur[167] . Ces obligations elles-mêmes peuvent être de moyens ou de résultat : cela dépend encore et surtout de la volonté des parties [168]. De ce point de vue, la théorie peut s'avérer dangereuse.

---

[164] *Cf. infra* n° 160 et s.

[165] De même que lorsque Pierre vend à Paul une machine que Paul destine à un usage particulier, la bonne exécution de l'obligation de délivrance dans le chef de Pierre ne s'apprécie par référence à cette destination que dans la mesure où elle a été introduite dans le champs contractuel.

[166] Cass., 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1068; Cass., 3 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1081; *Entr. et Dr.*, 1985, p. 132, avec les conclusions du Procureur général E. KRINGS et obs.; *R.W.*, 1984-1985, col. 1987.

[167] Par exemple, les sommes nécessaires à la recapitalisation de la société patronnée ne sont pas les mêmes si elles doivent permettre le désintéressement de tous les créanciers ou seulement celui du créancier bénéficiaire.

[168] Ainsi, l'émetteur de la lettre peut s'engager à faire *"son possible"* pour trouver les sommes nécessaires à la recapitalisation, dans la mesure déterminée à la note qui précède. Il peut aussi s'engager à cette recapitalisation sous la seule réserve de la force majeure.

64.- La théorie est dangereuse lorsqu'elle donne l'apparence de s'affranchir de la volonté des parties, dont la jurisprudence de la Cour de cassation souligne pourtant le rôle déterminant. Même en introduisant une nuance supplémentaire, l'"*obligation de résultat final médiatisé*", il faut encore reconnaître le pouvoir des parties de modaliser le contenu de cette obligation, notamment par la détermination des causes d'exonération dont le débiteur pourrait, ou non, se prévaloir. Il apparaît ainsi qu'avec le "*résultat final médiatisé*", les problèmes d'appréciation évoqués ci-dessus (à l'origine de la proposition de BELLIS) ne sont pas résolus, mais seulement déplacés.

65.- Plutôt que par la création d'une catégorie d'obligations supplémentaire, les difficultés inhérentes à la qualification des obligations de moyens ou de résultat – qui sont à l'origine du rare contentieux que connaît le droit belge en la matière – nous paraissent pouvoir être atténuées:

- d'une part, par la reconnaissance de deux niveaux d'obligations.

  La lettre de patronage se caractérise par le fait qu'elle n'amène en principe pas l'émetteur à se substituer à la société patronnée: elle met à charge de l'émetteur des *obligations intermédiaires* qui se situent nécessairement en amont du paiement de la dette *principale*. C'est à chacun de ces niveaux que le travail de qualification doit être réalisé (point B ci-après).

- d'autre part, par un affinement du travail de qualification.

  Plutôt que d'introduire des règles nouvelles, nous préférons rappeler les principes généraux et voir comment les appliquer à la nature particulière des lettres de patronage (point C ci-après).

B. Un travail de qualification à deux niveaux: celui des obligations *intermédiaires* et celui de la garantie quant au paiement de la dette *principale*

66.- C'est généralement par référence à l'exécution de l'obligation principale (la dette de la société patronnée) que les obligations résultant de la lettre de patronage sont qualifiées "*de moyens*" ou "*de résultat*". Il peut y avoir là un paradoxe car, comme déjà souligné, la lettre n'amène en principe pas l'émetteur à se substituer à la société patronnée (sauf requalification en cautionnement [169]) : comme telle, l'exécution de l'obligation principale lui est étrangère. Au-delà du caractère volontairement provocateur de cette dernière affirmation, il faut cependant reconnaître que, dans la plupart des hypothèses, la qualification des obligations *intermédiaires* mise à charge de l'émetteur s'aligne sur la qualification de la garantie quant au paiement de la dette principale [170]. C'est ce qu'illustre le schéma ci-après :

Fig. 1

La garantie quant au paiement de la dette principale est *de moyens*	La garantie quant au paiement de la dette principale est *de résultat*
⇧	⇧
Les obligations intermédiaires à charge de l'émetteur sont *de moyens*	Les obligations intermédiaires de l'émetteur ne peuvent être que *de résultat* [171]

---

[169] *Cf. supra* n° 11-12.

[170] En ce sens, Cass. com., 23 octobre 1990, *Rev. soc.*, 1991, p. 86, avec la note Ph. DELEBECQUE, qui constate «*Que la lettre litigieuse contenait une obligation de résultat, dès lors qu'elle était de nature à rendre son auteur responsable des conséquences de la défaillance du débiteur (...)* ».

[171] Ne pouvant s'exonérer de l'inexécution de la dette principale qu'en établissant la cause étrangère ou la force majeure, l'émetteur ne pourra se libérer des obligations intermédiaires effectivement mises à sa charge qu'aux mêmes conditions.

67.- Ce schéma n'est cependant pas exhaustif et c'est précisément ce que permet de constater la reconnaissance des deux niveaux d'obligation que nous suggérons :

1. En marge des obligations intermédiaires de résultat, il y a les hypothèses où l'émetteur s'engage à payer en lieu et place de la société patronnée. Selon nous, de telles lettres doivent être requalifiées en cautionnement [172]. Cette requalification correspond précisément à la suppression des deux niveaux évoqués ci-dessus : les obligations mises à charge de l'émetteur accèdent au niveau de la dette principale.

2. A mi-chemin des deux catégories précédemment dégagées, il faut en reconnaître une troisième où l'émetteur prend en charge des obligations intermédiaires de résultat (dont il n'accepte d'être libéré que moyennant la preuve d'une cause étrangère ou d'une force majeure) sans cependant que la correcte exécution de ces obligations *intermédiaires* ait pour effet de garantir (au titre d'obligation de résultat également) le paiement de la dette principale elle-même. La nuance n'est pas théorique: ainsi, l'émetteur peut s'engager, sauf force majeure, à garantir son contrôle ou son assistance dans la gestion de la société patronnée, le maintien de la participation en capital, voire son augmentation, sans cependant pouvoir (ou vouloir) assurer que la dette principale sera effectivement payée.

---

[172] *Cf. supra* n° 12.

68.- Le schéma ci-dessus doit ainsi être complété de la manière suivante :

Fig. 2

La garantie quant au paiement de la dette principale est *de moyens*	La garantie quant au paiement de la dette principale reste *de moyens*	La garantie quant au paiement de la dette principale est *de résultat*	La garantie quant au paiement de la dette principale est *de résultat*, par substitution de débiteur
⇧	⇧	⇧	
Les obligations intermédiaires à charge de l'émetteur sont *de moyens*	Les obligations intermédiaires à charge de l'émetteur sont *de résultat*	Les obligations intermédiaires à charge de l'émetteur ne peuvent être *que de résultat*	
Lettre de patronage			Caution

Nous pensons qu'un tel schéma est susceptible de faciliter le travail de qualification des obligations résultant des lettres de patronage, en particulier lorsque ce travail repose erronément sur la confusion des obligations intermédiaires à charge de l'émetteur avec la garantie quant au paiement effectif de la dette principale. Il semble que ce soit avec des préoccupations identiques que la théorie de l'"*obligation de résultat final médiatisé*" a été élaborée [173]. Nous avons indiqué pourquoi nous ne pouvions y souscrire.

[173] Inclure dans la notion de cause étrangère des causes de non obtention du résultat final comme les risques du marché, c'est reconnaître l'absence de lien nécessaire entre la correcte exécution des obligations intermédiaires de résultat de l'émetteur et le paiement de la dette principale. *Cf. supra* n° 60 et notes.

A sa place, nous suggérons que ce soit systématiquement sur deux niveaux que la question de la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat soit posée. Nous proposons également (et, pourrait-on dire, en tout état de cause) que ce travail de qualification soit adapté à la lettre de patronage, suivant des critères qui sont systématisés au point suivant.

C. Une précision du travail de qualification à chaque niveau

69.- Notre proposition est donc de conserver la distinction traditionnelle entre obligations de moyens et de résultat, mais en l'appliquant tant au niveau des obligations *intermédiaires* qu'au niveau de la garantie quant au paiement de la dette *principale*. Notre proposition est également d'affiner le travail de qualification à chacun de ces niveaux. Il s'agit de rappeler les principes généraux et de les appliquer à la nature particulière des lettres de patronage :

1. Ne retenir que les deux catégories n'exclut pas que la même lettre de patronage contienne du moyen et du résultat [174].

2. Un travail d'analyse s'avère indispensable. Conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, il doit essentiellement être réalisé par référence à la volonté des parties [175].

---

[174] En ce sens à propos des conventions en général : J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, op.cit.*, pp. 41 et s. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, "Les obligations : les sources (1985-1995)", *op. cit.*, p. 724, n° 102 ; J.D.A. den TONKELAAR, *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen, op.cit.*, p.74. Voir à titre d'exemple: Civ. Bruxelles, 6 novembre 1990, *R.G.A.R.*, 1993, n° 12140.

[175] Voir dans le même sens la jurisprudence française citée par G. VINEY, P. JOURDAIN, « Les conditions de la responsabilité », *op.cit.*, pp.463 et s. En matière de patronage, voir Cass. com., 18 avril 2000, *JCP*, 2000, p. 2007 avec la note L. LEVENEUR; *D.*, 2000, p. 257 avec les observations J. FADDOUL, et l'importance que la Cour y accorde à la « *commune intention des parties* ».

3. Il n'y a pas de raison de limiter l'identification de cette volonté à ses seules manifestations expresses. Conformément aux principes généraux, la volonté implicite peut aussi être prise en compte, du moment qu'elle soit certaine [176]. Le travail d'identification de la volonté repose notamment sur l'objet de l'obligation souscrite : sa précision ou, pour des motifs que nous expliquerons ci-après [177], le fait qu'elle serait *de ne pas faire* suggère en principe l'application du régime des obligations de résultat.

4. En cas de doute, le juge est autorisé à interpréter la lettre de patronage par référence à ses éléments intrinsèques et extrinsèques [178]. Peuvent entrer en ligne de compte :

   - la qualité de l'émetteur. Plus il est proche de la société patronnée, plus facilement on peut présumer qu'il s'est engagé à un résultat - en particulier en ce qui concerne le paiement effectif de la dette principale (nous reprenons également cette question ci-après) [179].

   - les circonstances contemporaines à l'envoi de la lettre. Il s'agit d'une question *de fait* laissée à l'appréciation du juge du fond [180]. Ce dernier doit cependant tenir compte de l'autonomie éventuelle des obligations

---

[176] En droit néerlandais, voir aussi l'importance accordée à la confiance légitime pour identifier la volonté de stipuler une obligations de moyens ou de résultat. J.D.A. den TONKELAAR, *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen, op.cit.*, p. 67 : « *Men mag het bestaan van een van beide typen* nooit aan de woorden van een contract ophangen (...). *Niet de woorden van partijen, maar wat ze van elkaar (mogen) verwachten is van belang* » .

[177] *Cfr. infra* n° 94.

[178] Sur la façon de concilier l'*obligation* faite au juge de chercher dans l'acte la volonté des parties (respect de la force probante) et son *droit* de prendre en-dehors de l'acte des éléments d'interprétation, voir W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", *R.W.*, 1996-1997, pp. 1001 à 1017; Cass., 3 janvier 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 681 (som.).

[179] *Cf. infra* n° 78 - 79 et notes.

[180] Cass., 7 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 503.

résultant de la lettre. L'autonomie suggère en effet l'interprétation littérale des engagements souscrits [181].

5. En cas de doute persistant, il convient d'appliquer l'article 1162 du Code civil suivant lequel "*La convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation*". C'est donc une qualification d'obligation de moyens qui doit être retenue lorsque les difficultés d'interprétation de la lettre de patronage ne peuvent être résolues [182]. Son émetteur n'y verra aucun inconvénient. Quant au créancier bénéficiaire, notre conclusion l'invitera à se faire stipuler des engagements les plus précis possibles. Il le pourra d'autant mieux que la lettre de patronage est le plus souvent un contrat, comme nous le démontrons au Chapitre 3 ci-après.

70.- A la lumière des commentaires qui précèdent, et à l'instar de ce que nous déjà pu constater à propos des engagements moraux, on ne peut que souligner la souplesse de la lettre de patronage en comparaison avec les sûretés personnelles plus classiques. A certains égards, de telles sûretés offrent des garanties de paiement supérieures. Encore faut-il que l'émetteur puisse et accepte d'y souscrire. La lettre de patronage offre indéniablement des alternatives intéressantes - et toujours négociables. Les critères systématisés ci-dessus devraient permettre de mieux concilier cette souplesse avec la sécurité juridique légitimement attendue d'une garantie.

---

[181] J. TERRAY, "La lettre de confort", *Banque*, 1980, p. 336, souligne ainsi :
"*A côté de la rédaction de la lettre, qui ne mérite pas (du moins en l'absence de jurisprudence sur la question) de développement particulier, le juge sera sensible, le jour venu, aux circonstances contemporaines de l'envoi de la lettre.*
Le contexte vient ici à l'appui de l'interprétation littérale, pour permettre au juge de découvrir quelle était, au moment de la signature de la lettre, la commune intention des parties".
La question de l'autonomie de la lettre et de ses conséquences fait l'objet du Chapitre 4. *Cf. infra* n° 160 et s.

[182] En ce sens Trib. com. Valenciennes, 19 janvier 1988, *R.P.S.*, 1988, p. 183.

L'examen des conditions de validité de la lettre (Chapitre 5 ci-après), et en particulier le nécessaire respect de l'intérêt social de l'émetteur, sera l'occasion de rappeler la pertinence de la distinction entre obligations de moyens et de résultat. La nuance sera en effet au cœur de la délicate question de savoir dans quelle mesure l'exécution de la lettre pourrait contribuer à la faillite de l'émetteur. Sur ce point également, on ne pourra que relever la spécificité (et des avantages) de la lettre de patronage en comparaison avec les autres sûretés [183].

D. La mention des moyens ou du résultat et la requalification de la lettre

71- Pour certains auteurs, la mention du résultat (et nous précisons qu'il s'agit du résultat au niveau de la dette principale) est susceptible de justifier la requalification de la lettre de patronage. SIMLER estime ainsi que l'engagement de l'émetteur de la lettre de "*garantir la bonne fin*" des obligations du débiteur est "*assurément*" un cautionnement [184].

Nous ne pouvons partager cette analyse. Comme nous l'avons déjà indiqué et le rappellerons encore, le cautionnement repose sur une manifestation de volonté non équivoque de la caution *de se substituer au débiteur principal.* La garantie de bonne fin indique sans conteste une obligation de résultat. Elle ne suppose pas nécessairement la substitution du débiteur : la bonne fin de la dette principale pourrait être garantie par la seule mise à disposition de la société patronnée des fonds nécessaires, sans se résoudre dans le paiement direct du créancier bénéficiaire par

---

[183] *Cf. infra* n° 219 à 223.

[184] "Les lettres de patronage", Colloque EFE des 26 et 27 juin 1996, Paris, p. 4. Il se réfère à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 janvier 1989 (*J.C.P.*, 1989, éd. G, IV, 222) ayant annulé l'engagement de patronage sur le fondement de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966. Mais comme le relève SIMLER lui-même, la Cour ne s'est pas prononcée sur la qualification précise de l'engagement.

l'émetteur lui-même. En pareille hypothèse, sauf indication complémentaire de la lettre, la requalification en cautionnement ne nous paraît pas justifiée.

72.- En revanche, dès que la lettre n'est manifestement que de moyens, la requalification en cautionnement est certainement exclue [185]. Comme l'exprime TERRAY, "*En analysant la lettre de confort en une obligation de moyens, on s'interdit toutefois d'exiger du signataire qu'il ait jamais à se substituer, d'une manière ou d'une autre, à la société confortée*" [186]. A défaut de substitution, il ne peut y avoir de cautionnement.

72*bis*.- NOTE DE JURISPRUDENCE:

Un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 15 novembre 1994 [187] fournit une illustration (surprenante à certains égards) des règles qui viennent d'être exposées. Les faits de la cause sont les suivants:

Deux groupes d'actionnaires, représentés par deux d'entre eux qui s'en portent fort, s'engagent à l'égard du banquier de la société dont ils détiennent le capital, d'une part, à maintenir leur participation à son niveau, quitte et libre de toute charge, d'autre part, à poursuivre leur assistance technique, commerciale et financière à la société patronnée. Les lettres de patronage (qualifiées en l'espèce de lettres d'intention) mentionnent encore:

> *"De aandeelhouders groep I en groep II verbinden onherroepelijk zowel tegenover (de bank) als tegenover (de gepatroneerde vennootschap) dusdanig te handelen dat de middelen van (de gepatroneerde vennootschap) deze steeds en in alle omstandigheden toelaten het krediet in hoofdsom en interest terug te betalen (respectievelijk, de termijnbedragen in hoofdsom en interesten) te vereffenen."*

---

[185] Voir aussi Cass. com., 18 avril 2000, *JCP*, 2000, p. 2007 avec la note L. LEVENEUR; *D.*, 2000, p. 257 avec les observations J. FADDOUL, qui admet que la Cour d'appel, constatant l'absence de volonté de l'émetteur de se substituer à la filiale, a pu en déduire qu'il n'était tenu qu'à une obligation de moyens. Ce raisonnement ne tient pas compte des deux niveaux d'obligations que nous avons suggérés ci-dessus.

[186] J. TERRAY, "La lettre de confort", *op. cit.*, p. 337.

[187] Gand, 15 novembre 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 509 avec la note A. VERBEKE, "De kameleon der zekerheidsrechten: over interpretatie van patronaatsverklaringen".

A la suite de la faillite de la société patronnée, un litige surgit quant à la portée des engagements souscrits[188]. Le premier juge estime que les actionnaires ont pris des engagements propres qu'il qualifie de résultat. Il en déduit:

- que la faillite de la société patronnée, loin de constituer une cause de force majeure exonératoire, oblige au contraire les signataires des lettres à réparer le dommage résultant de l'inexécution de leurs obligations,

- que le dommage consiste dans les sommes dues à la banque au jour où les lettres ne pouvaient plus être exécutées (c'est-à-dire au moment de la déclaration de faillite).

En degré d'appel, la Cour adopte un raisonnement en deux phases qui, lui faisant d'abord confirmer (en apparence du moins) la qualification de résultat adoptée par le premier juge, lui permet cependant de libérer les signataires des obligations mises à leur charge, même en l'absence de cause étrangère:

1° Tout en rappelant les règles générales d'interprétation (articles 1135, 1156 et 1162 du Code civil), la Cour relève que les lettres de patronage, telles qu'elles sont formulées en l'espèce, ne peuvent être comprises que comme impliquant des obligations de *résultat*:

> *"Het Hof is van oordeel dat de wijze waarop de litigieuze verbintenis is geformuleerd aantoont dat die niet anders kan worden begrepen dan als een* resultaatsverbintenis.
>
> *De aandeelhouders verplichten er zich immers onherroepelijk toe dusdanig te handelen dat (de gepatroneerde vennootschap)* steeds en in alle omstandigheden *het krediet, de termijnbijdrage, in* hoofdsom en interesten *kan vereffenen.*
>
> *Het feit dat de aandeelhouders van groep I en II tot op de faillissementsdatum eigenaar waren en gebleven zijn van* alle *aandelen betekent dat de opgenomen verbintenis zelfs geen aleatoir karakter heeft, vermits zij gezamenlijk over* alle

[188] A noter que les faits de la cause sont très proches de ceux à l'origine des décisions bruxelloise et dinantaise déjà commentées ci-dessus. *Cf. supra* n° 36*bis*.

middelen beschikten en bleven beschikken om (de gepatroneerde vennootschap) zo te beheren dat die in alle omstandigheden over voldoende activa beschikte om o.m. haar verplichtingen jegens geïntimeerde na te leven."

2° Mais la Cour poursuit son raisonnement. Partant du triple constat que:

- les lettres de patronage litigieuses ne sont pas des déclarations unilatérales de volonté des actionnaires, le texte leur ayant au contraire été proposé par la banque,

- cette dernière n'aurait pas, ou pas suffisamment, informé les signataires de la portée précise de leurs engagements (notamment en prétendant que les nouveaux crédits auraient été consentis sans garanties complémentaires),

- les lettres de patronage étaient, au moment de leur signature, un mécanisme de garantie très récent et donc peu connu,

la Cour admet que les signataires ne pouvaient pas avoir conscience de ce qu'ils s'engageaient à un résultat:

"Vandaar dat te deze, in de specifieke omstandigheden eigen aan deze zaak, dient aangenomen te worden dat appelanten, bij gebreke aan nadere toelichting, zich nooit bewust waren, het redelijkerwijze ook niet konden en moesten zijn, dat zij zich bij wijze van resultaats*verbintenissen* persoonlijk *en ook diegenen voor wie zij zich sterk maakten,* onbeperkt *jegens de bank verbonden.*

(...)

Er moet dan ook vanuit gegaan worden dat appelanten, op het ogenblik dat het krediet werd opgetrokken "zonder bijkomende waarborgen", *mochten aannemen dat zij middelenverbintenissen op zich namen."*

La requalification en obligation de *moyens* opère un renversement de la charge de la preuve. En l'espèce, la Cour estime que la faillite de la société patronnée ne fournit pas la preuve de ce qu'une faute aurait été commise: les actionnaires sont libérés.

La décision a de quoi surprendre. Dès lors que la Cour estimait que les lettres de patronage (telles qu'elles étaient formulées) ne pouvaient être comprises que comme impliquant des obligations de *résultat*, la recherche de l'intention des parties (et plus précisément de la conscience qu'elles pouvaient avoir de la portée de leurs engagements), de même que tout autre travail d'interprétation, ne se justifiaient plus.[189]

Dans les commentaires qu'il fait de cet arrêt, VERBEKE insiste sur le devoir d'information qui pèse sur le candidat-cocontractant lorsqu'il n'y a pas d'obligation (ou de possibilité) de s'informer dans le chef de l'autre. En l'espèce, il suggère que la constatation d'une *culpa in contrahendo*, voire d'un dol dans le chef du banquier, aurait permis de mieux fonder la décision de la Cour.[190]

Plus simplement, il nous semble que la Cour pouvait invoquer le fait que c'était la banque qui avait rédigé les lettres de patronage, qu'elle les avait soumises à la signature des actionnaires sans les commentaires adéquats, et alors que le mécanisme était peu connu, pour contester *d'emblée* la qualification suivant laquelle les lettres, telles qu'elles étaient formulées, n'auraient pu être comprises que comme impliquant des obligations de résultat en garantie de tous les crédits de la société patronnée.

On connaît les tempéraments qui sont apportés à la règle suivant laquelle un texte clair ne s'interprète pas.[191] Sur ce fondement, la Cour pouvait entamer la recherche de la volonté des parties [192] (conformément à l'article 1156 du Code civil) et, dans le doute, interpréter les lettres litigieuses contre la banque et en faveur des actionnaires qui les avaient signées en méconnaissance de cause (article 1162 du Code civil). Elle pouvait alors ne retenir qu'une qualification d'obligation de moyens autorisant en l'espèce leur libération.

---

[189] Voir en ce sens le jugement du Tribunal de commerce de Bruxelles du 30 octobre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 64, où, à propos d'une lettre de patronage qualifiée de résultat, le tribunal relève: *"Overwegende dat de rechtbank van oordeel is dat er geen aanleiding is - bij gebrek aan twijfel - om art.1162 B.W., dat een suppletief karakter heeft, ten deze toe te passen."*.

[190] "De kameleon der zekerheidsrechten (...)", *op.cit.*, p. 514, n° 10-11.

[191] P. VAN OMMESLAGHE, "Les obligations - examen de jurisprudence (1974-1982)", *R.C.J.B.*, 1986, p. 171, n° 76: *"Il peut en effet se produire que les conventions ne soient claires qu'en apparence et que les parties aient en réalité utilisé des mots ou des phrases dans un sens différent de leur sens normal et usuel"*.

[192] Des *deux* parties puisqu'elle semble admettre que la lettre est en réalité un contrat.

§ 2. NECESSITE D'INTRODUIRE DE NOUVEAUX CRITERES

73.- Au paragraphe qui précède, nous avons recensé les lettres de patronage dans un tableau à deux colonnes suivant qu'elles étaient, du point de vue de leur objet, simplement informatives ou constitutives d'obligations. Nous avons cependant indiqué comment et pourquoi la nuance fondamentale devait être décentrée pour faire la distinction entre les lettres qui sont des engagements juridiques (et parfois des sûretés personnelles lorsqu'elles ont pour objet une obligation de somme) et celles qui ne le sont pas (déclarations, engagements moraux). En ce qui concerne les obligations juridiques, nous avons alors tenté de donner l'exacte mesure de la distinction traditionnelle entre obligations de moyens et de résultat. Ces premières subdivisions peuvent être schématisées comme suit :

Fig. 1

Lettre:	Information.			
	ou			
	Obligation :	Morale.		
		ou		
		Juridique :	Moyens :	niv. oblig. intermed.
				ou
				niv. dette principale.
			ou	
			Résultat :	niv. oblig. intermed.
				ou
				niv. dette principale.

Ces précisions étaient nécessaires. Elles ne suffisent pas. Nous pensons en effet que la diversité qui caractérise les lettres de patronage peut et doit encore être simplifiée par l'introduction de nouveaux paramètres rendant mieux compte des réalités économique et juridique sous-jacentes. Ces paramètres ne précisent ni ne remplacent les catégories jusqu'à présent utilisées. Ils s'y superposent par référence à

la qualité de l'émetteur de la lettre (point 1), la forme de cette dernière (point 2) ou le fait qu'elle aurait pour objet une obligation de ne *pas* faire (point 3). Ces critères, nouveaux dans notre matière mais faisant référence à des catégories juridiques éprouvées, permettent d'affiner l'analyse juridique de la lettre de patronage, conformément à l'objectif de sécurité que la thèse entend promouvoir.

1. LA QUALITE DE L'EMETTEUR

A. Hypothèses

74.- Bien que l'autonomie de la volonté suggère le domaine d'utilisation le plus large, la pratique indique que l'émission de la lettre de patronage repose sur une relation préalable de *dépendance* entre émetteur et société patronnée. Le plus souvent, cette dépendance résulte de la détention, par l'émetteur, d'une participation significative dans le capital de la société patronnée [193]. La lettre se distingue ainsi des autres sûretés personnelles plus classiques qui peuvent être émises tant par une personne ayant une relation étroite avec le débiteur principal (hypothèse de la caution du dirigeant) que par une personne qui lui est totalement étrangère (hypothèse de la garantie bancaire, souvent sur indication du créancier). La distinction suggère des solutions qui sont développées ci-après.

75.- Les liens préalables entre émetteur et patronné étant ainsi affirmés (ils s'expriment généralement par le rattachement de la lettre de patronage à la matière des groupes de sociétés [194]), diverses hypothèses peuvent être distinguées:

---

[193] Voir en ce sens les définitions examinées en début de Chapitre 1. *Cf. supra* n° 8 - 9.

[194] Cela se vérifie également dans les droits étrangers. Voir I. FADLALLAH, «Rapport général », *Les garanties de financement,* Travaux de l'Association H. Capitant, Journées portugaises, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 326, n° 8. A noter les spécificités de certaines réglementations bancaires qui mettent des obligations de confort à charge des détenteurs de participations importantes dans le capital des établissements de crédit. En Belgique, le *Protocole sur l'autonomie de la fonction*

– Le cas le plus fréquent est, de loin, celui où l'émetteur est la société mère de la société patronnée, détenant directement la majorité (voire la totalité) de son capital. Presque systématiquement, des clauses sont alors stipulées qui visent le maintien de cette situation. Le contrôle qui en est le corollaire fonde l'effectivité des clauses portant sur la gestion ou la structure financière de la société patronnée [195].

---

bancaire (confirmé dans le cadre des lois du 30 juin 1975, 17 juillet 1985 et 22 mars 1993) impose aux actionnaires significatifs d'un établissement de crédit de s'engager, *« par acte séparé »* adressé à la Commission bancaire et financière, à soutenir l'établissement, assurer sa stabilité et promouvoir l'autonomie de la gestion de ses affaires (point C pp. 8 à 10): «*En tant qu'actionnaires significatifs, (ils) participent, au conseil d'administration, à la définition de la politique générale de l'établissement de crédit, à la surveillance de ses affaires et de sa gestion, à la désignation des membres du comité de direction, ainsi qu'à l'exercice des prérogatives réservées par la loi à cet organe* ». Suit alors la liste des engagements à reprendre dans l'acte séparé . Certains de ces engagements sont identiques à ceux que l'on retrouve dans une lettre de patronage. Au Royaume-Uni, une obligation similaire s'applique à toute personne détenant 15 % au moins du pouvoir votal d'une banque ; voir le *Butterworths Banking Law Handbook*, 4th ed., London, Edinburgh, Dublin, 1998, pp. 588 à 591. Concernant l'Allemagne, voir U.H. SCHNEIDER, « Patronatserklärungen gegenüber der Allgemeinheit », *ZIP,* 1989, p. 619, qui évoque également le cas des *lettres de patronage* devant être émises au bénéfice d'autorités de contrôle allemandes et étrangères. Dans toutes ces hypothèses, l'engagement est pris au bénéfice d'une autorité avec laquelle la banque n'a probablement pas de relations contractuelles. Ces cas se distinguent ainsi de ceux où la lettre de patronage garantit dans le chef d'un créancier l'exécution d'une créance principale. Il n'en reste pas moins que de prudentes analogies peuvent sans doute être établies.

[195] La participation peut varier d'intensité ou de forme. Elle peut n'être qu'indirecte et résulter d'une participation dans le capital de la société contrôlante . C'est l'hypothèse (rare) de la lettre émise par la grand-mère. On ne peut que s'interroger sur l'efficacité de l'engagement à charge de la société mère qu'on serait tenté d'en déduire. La promesse du fait d'autrui n'étant pas admise (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruyant, 1964, p. 703, n° 729*bis*. Voir aussi p. 705, n° 730*bis*), on doit plutôt y voir un engagement de porte-fort du fait de la société mère. A notre sens, son inexécution ne pourra se résoudre que par une exécution par équivalent à charge de la société grand-mère.

- A notre connaissance, la lettre de patronage n'est jamais émise en garantie des engagements d'une personne physique. Par contre, rien n'impose que son émetteur soit une personne morale. La pratique révèle des cas de lettres de patronage émises par les personnes physiques détenant le contrôle de la société patronnée [196].

- Enfin, la matière des lettres de patronage ne doit pas être limitée à la sphère du droit privé. Il faut constater l'existence de lettres de patronage émises par des autorités publiques (elles y interviennent peut-être au titre d'actionnaire institutionnel). A notre connaissance, la jurisprudence publiée n'en fournit aucun exemple. Mais nous avons pu constater que la doctrine anglaise mentionne régulièrement l'hypothèse des lettre émises par les gouvernements, ce qui témoignerait de l'importance d'une pratique en ce sens [197].

B. Conséquences

76.- On ne peut que souligner la diversité des conséquences de la qualité de l'émetteur sur les effets pouvant être attribués à la lettre de patronage. Elles interviennent dans le règlement de questions importantes qui sont développées dans d'autres parties de cette thèse. Les commentaires qui suivent n'en sont donc que le récapitulatif.

77.- De prime abord , la qualité de l'émetteur détermine l'efficacité de la lettre, que ce soit sur le plan de l'information (fiabilité et pertinence de celle-ci en

---

[196] A titre d'illustration, voir Gand, 15 novembre 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 509 avec la note A. VERBEKE, "De kameleon der zekerheidsrechten: over interpretatie van patronaatsverklaringen". Cet arrêt est également commenté ci-dessus. *Cf. supra* n° 72*bis*.

[197] Voir notamment *Halsbury's Laws of England*, Vol. 20, Butterworths, London, 1993, p. 67. En droit français, voir X. BARRE, *La lettre d'intention*, Paris, Economica, 1995, pp. 40 et s.

raison de la situation de l'émetteur) ou sur le plan des engagements pris (droit, voire simple possibilité pour l'émetteur d'agir concrètement). De manière générale, on peut considérer que la qualité de l'émetteur est un des motifs de son engagement [198] et, le plus souvent, le titre qui lui permettra concrètement de le respecter [199].On comprend l'importance des clauses qui tendent à conforter cette situation en bloquant la participation dans le capital de la société patronnée.

78.- La qualité de l'émetteur est susceptible d'influencer le jeu de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, distinction dont nous avons donné la mesure au paragraphe précédent. La volonté des parties y est déterminante mais il est admis qu'elle peut être interprétée en fonction du contexte. Le contrôle de l'émetteur et sa participation dans le capital de la société patronnée en font partie. Pour ce motif, nous nous rallions à la doctrine qui, prenant en compte « *La plus ou moins* grande dépendance *de la filiale par rapport à la société émettrice* », estime qu' « *Une grande dépendance permettra de donner à des termes ambigus une portée d'autant plus lourde pour cette dernière* » [200].

79.- Dans certains cas, la qualité de l'émetteur sera telle qu'il ne pourra que difficilement prétendre ne s'être engagé dans l'affaire qu'en raison d'une obligation de moyens [201]. Quand bien même cette qualification serait-elle retenue, le créancier aura

---

[198] Nous le démontrons dans le Chapitre 4 ci-après.

[199] Ainsi, la surveillance de la gestion de la société patronnée ou de sa structure financière ne peut se concevoir que s'il y a un titre pour ce faire. La lettre de patronage se distingue ainsi des autres sûretés personnelles (cautionnement, garantie autonome) où les obligations de paiement qui y sont stipulées peuvent être exécutées indépendamment de la qualité de leur débiteur.

[200] Y. POULLET, "Les règles d'interprétation - Leur application aux lettres de patronage", *Les lettres de patronage*, *op. cit.*, p. 72, n° 101, citant R. RUEDIN, "La lettre d'intention en droit suisse", *Recueil des travaux en hommage à P.R. ROSSET*, Neuchâtel, 1977, pp. 220 et s. Dans le même sens : L. LANOYE, "Patronaatsverklaring : What's in a name", *op. cit.*, p. 165, note 22 : "*Hoe groter de participatie van de moeder in de dochter, hoe meer de moeder haar stempel kan drukken op het beleid en hoe groter haar mogelijke rol in de vervulling van de verplichting van de dochter*".

[201] X. BARRE, *La lettre d'intention*, Paris, Economica, 1995, p. 179, n° 270, évoque une

la charge de la preuve de ce que les moyens requis n'ont pas été mis en oeuvre. Dans certaines hypothèses, la qualité de l'émetteur (en raison de sa connaissance, de son contrôle ou de ses moyens financiers) facilitera à ce point cette preuve que la charge en sera renversée : ce sera en réalité à l'émetteur d'établir que, nonobstant sa qualité, les moyens mis en oeuvre ne pouvaient suffire [202].

La distinction entre moyens et résultat s'en trouvera ainsi quasiment estompée. Ce qui vaudra pour la charge de la preuve, vaudra également pour l'évaluation de la sanction de l'obligation inexécutée. Tenu à une obligation de moyens ne pouvant, compte tenu de sa qualité, que conduire à un certain résultat, l'émetteur verra probablement sa responsabilité engagée à concurrence de ce dernier.

80.- La qualité de l'émetteur détermine également les conditions de validité de la lettre telles qu'elles seront davantage examinées dans notre Chapitre 5. A ce stade, on peut d'ores et déjà insister sur le statut de société dominante qui permet une application souple de l'examen de conformité à l'objet et à l'intérêt social. L'idée est que la fourniture d'une garantie au profit d'une société dominée est un prolongement naturel de l'objet de la société dominante et en principe un engagement conforme à son intérêt. Plus grande est l'intégration entre le garant et le garanti, plus grande est la contrepartie que le premier est susceptible de recueillir de la garantie émise en faveur du second, moindre est le risque que la validité de la garantie puisse être mise en cause. Ici aussi, on accordera donc une importance particulière au contrôle de l'émetteur sur la société patronnée et aux clauses qui confortent cette situation

---

jurisprudence française qui, dans l'hypothèse de filiale à cent pour cent, va jusqu'à requalifier l'obligation de moyens en obligation de résultat.

[202] M.F. ANTOINE, Y. POULLET, "La lettre de patronage : un nouvel 'être' juridique", *J.T.*, 1988, p. 397, n° 24, le relèvent dans leur annotation du jugement du tribunal de commerce de Dinant du 26 mai 1987. La prise en compte de la qualité de l'émetteur rejoint les considérations d'équité que la jurisprudence française retient parfois pour distinguer les obligations de moyens et de résultat. Voir à ce propos G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil,* « Les conditions de la responsabilité », 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 469 et s.

(maintien de la participation dans le capital, assistance ou contrôle dans la gestion, etc.).

81.- Lorsque la lettre de patronage est émise par une personne physique, l'article 224 du Code civil, qui tend à éviter la mise en péril des intérêts de la famille, doit être pris en compte. Son application suppose cependant que la lettre soit aussi une sûreté personnelle telle que nous l'avons définie dans le Chapitre 1. L'émission de la lettre par une personne physique amène également à s'interroger sur une possible application de l'article 1326 du Code civil et de la règle du *«Bon pour »*. Cette question sera spécifiquement examinée dans le Chapitre 5 [203].

82.- Les garanties émises par des autorités publiques sont soumises à des conditions particulières de validité et de procédure. Celles-ci se manifestent tant au stade de l'octroi de la garantie (principe d'une disposition normative - loi ou décret - sur laquelle la garantie doit pouvoir reposer ; respect de la mission statutaire de l'organisme spécialisé ; respect des formes substantielles requises pour la décision ; plafonds) qu'au stade de son exécution (immunité d'exécution, voire de juridiction, de la personne morale de droit public ; régime administratif et budgétaire des dépenses publiques ; recours à l'arbitrage ou à la transaction).

Nous n'apercevons pas de motif de soustraire l'émission de la lettre de patronage de l'application normale de ces règles - sans préjudice à la nécessité de prendre aussi en compte les particularités de la lettre [204] (et notamment le fait que l'émetteur ne s'y engage pas à payer directement le créancier bénéficiaire). L'examen de cette question nous éloignerait excessivement de notre sujet [205]. Relevons

---

[203] *Cf. infra* n° 180 à 182.

[204] En ce sens également J. LE BRUN, "La lettre de patronage délivrée par les pouvoirs et organismes publics", *Les lettres de patronage, op. cit.*, p. 299, n° 423.

[205] Voir pour le surplus D. DE KEUSTER, "De waarborg van de overheid : een onbekende, maar geen ongekende rechtsfiguur, een theoretische benadering", *T.B.P.*, 1995, pp. 179 à 184 ; A. VERBEKE, I. PEETERS, K. CHRISTIAENS, J. BYTTEBIER, *Voorrechten, hypotheken en*

seulement que la doctrine ne prétend pas faire des lettres de patronage émises par les gouvernements une catégorie à part que concerneraient des règles spécifiques du droit des sûretés (ni, accessoirement, du droit public).

83.- Enfin, le Chapitre 6 sera l'occasion d'examiner les liens existant entre l'émission d'une lettre de patronage et les tempéraments qui sont apportés par la jurisprudence au principe de la personnalité juridique distincte des sociétés faisant partie d'un groupe. Tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du créancier bénéficiaire, l'examen de cette délicate question nous permettra d'insister sur l'accès à l'information, le professionnalisme et l'intérêt à la dette garantie qui souvent caractérisent l'émetteur. Ces qualités déterminent des solutions de droit commun qui reçoivent en notre matière une acuité toute particulière [206].

2. LA FORME DE LA LETTRE DE PATRONAGE

84.- D'un point de vue économique, la lettre de patronage suppose trois personnes au moins : un émetteur, une société patronnée, un ou plusieurs créanciers bénéficiaires. D'un point de vue formel, elle a généralement l'apparence d'une déclaration unilatérale de volonté. Le plus souvent, elle s'adresse à un créancier déterminé, mais ce n'est pas nécessairement le cas. La distinction entre *contrat* de patronage et *annonce* de patronage permet d'en rendre compte.

---

andere zekerheden 1996-1997, Mys & Breesch, 2000, pp. 136 à 155; la contribution de J. LE BRUN à l'ouvrage de la Feduci, "La lettre de patronage délivrée par les pouvoirs et organismes publics", *Les lettres de patronage, op. cit.*, pp. 289 à 302. En droit français : X. BARRE, *La lettre d'intention, op. cit.,* pp. 130 et s.

[206] *Cf. infra* n° 276 et s.

A. Le contrat de patronage

85.- Au chapitre suivant, nous démontrons que, même lorsqu'elle a l'apparence d'une déclaration unilatérale de volonté, la lettre de patronage adressée à un créancier déterminé est en réalité un contrat [207]. Ce constat s'impose selon nous pour les mêmes motifs que ceux avancés à l'appui de l'analyse contractuelle de la garantie autonome : participation du destinataire à la rédaction de la lettre et présomption de son acceptation tacite.

Les conséquences de la conception contractuelle sont également analysées au chapitre suivant [208]. Elles concernent notamment l'émission de la lettre de patronage, ses effets, sa possible résiliation ainsi que des considérations de droit international privé. La participation du créancier bénéficiaire à la création de la lettre est aussi un élément déterminant de certaines des analyses auxquelles nous procédons en fin de ce travail [209]. Tout ceci témoigne de l'opportunité de la distinction qui repose sur la forme - contractuelle ou non - de la lettre de patronage. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

86.- Les termes « *lettre de patronage* » sont des termes génériques. Le « *contrat de patronage* » n'en est qu'une catégorie à laquelle nous ferons ponctuellement allusion lorsqu'il s'agira de souligner la dimension contractuelle de la lettre, par opposition à l' « *annonce de patronage* » à laquelle est consacré le point suivant.

---

[207] *Cf. infra* n° 124 à 127.

[208] *Cf. infra* n° 104 à 113.

[209] Ceci concerne notamment l'acceptation, par le créancier bénéficiaire, de la limitation de responsabilité qui pourrait être déduite de la stipulation de la lettre. *Cf. infra* n° 326.

B. L'annonce de patronage

87.- L'analyse contractuelle n'est pas défendable lorsque la lettre de patronage s'adresse à un ou plusieurs créanciers indéterminés. Tel est le cas lorsque, comme la pratique en fournit des exemples, la lettre de patronage résulte de mentions figurant dans un procès-verbal d'assemblée générale, dans un rapport annexé aux comptes annuels, ou encore dans un prospectus d'offre publique d'achat ou d'échange [210]. Ceci n'a pas de quoi surprendre dès lors que la lettre peut être un simple engagement moral, voire une déclaration. Toute pertinence juridique ne lui est pas refusée pour autant.

88.- Les exemples donnés ci-dessus ont pour commun dénominateur d'admettre que ce qu'il est généralement convenu d'appeler «*annonce*» de patronage soit déduit de documents visant l'information des tiers. En abandonnant toute exigence de forme (ce que suggère la matière du droit commercial), on peut aussi concevoir que l'annonce résulte seulement de déclarations non écrites [211]. Si ces dernières peuvent engager leur déclarant, par la seule manifestation non équivoque de sa volonté unilatérale, les problèmes de preuve seront tels que cette hypothèse nous paraît cependant négligeable.

---

[210] Voir Gand, 3 juin 1993, *DAOR*, 1994, n° 31, p. 99, où l'engagement de la société mère envers un nombre indéterminé de créanciers est pris à l'occasion de l'assemblée générale de la filiale. Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 11 janvier 1995, *R.P.S.*, 1995, p. 140, évoque l'engagement d'une société mère de prendre en charge les dettes de sa filiale en liquidation dans le cadre du rapport du liquidateur. U.H. SCHNEIDER, « Patronatserklärungen gegenüber der Allgemeinheit », *ZIP,* 1989, p. 619, cite le cas de déclarations résultant d'informations communiquées en conférences de presse !

[211] P. WAUTELET, "De Patronaatsverklaring in het Internationale Privaatrecht", *op.cit.*, p. 326, semble ainsi évoquer l'hypothèse de la seule déclaration faite en assemblée générale, indépendamment de son procès-verbal.

89.- L'annonce de patronage ayant un ou plusieurs destinataires indéterminés doit recevoir la qualification d'acte unilatéral *non réceptice* [212]. La précision a son importance en ce qui concerne ses modalités d'émission et de résiliation :

- l'annonce de patronage produit l'intégralité de ses effets dès l'extériorisation de la volonté unilatérale, indépendamment de toute réception ou reconnaissance par un destinataire qui, par définition, n'est pas précisé [213];

- dès ce moment, elle est irrévocable, sinon à l'expiration d'un délai raisonnable ou à moins qu'elle n'en dispose expressément autrement [214].

Les solutions sont bien différentes de celles qu'il faut retenir à propos du contrat de patronage qui ne produit ses effets qu'à partir du concours (offre et acceptation) des volontés et qui, lorsqu'il est à durée indéterminée, ouvre un droit de résiliation unilatéral dans le chef du chacune des parties [215]. Par ailleurs, toutes les

---

[212] Par opposition à l'acte unilatéral *réceptice* qui est celui qui s'adresse à un ou plusieurs destinataires déterminés. L'exemple classique est celui de l'offre (acte unilatéral par excellence) communiquée à un tiers bien précisé. La lettre de patronage ne pourrait être un acte réceptice puisque, comme expliqué ci-après, lorsqu'elle est adressée à un créancier déterminé, la nature contractuelle doit à notre sens lui être reconnue.

[213] L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", *Les obligations en droit français et en droit belge - Conséquences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, p. 25, n° 4; P. VAN OMMESLAGHE, "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *J.T.*, 1982, p. 145, n° 3.

[214] En ce sens : A. VERBEKE, D. BLOMMAERT, "Patronaatsverklaringen", *op. cit.*, p. 36, qui évoquent également le cas où *la loi* en disposerait autrement. Ils ne précisent pas cependant. Nous reconnaissons ne pas voir à quoi cela correspond. Suivant SCHNEIDER, U.H., « Patronatserklärungen gegenüber der Allgemeinheit », *ZIP,* 1989, p. 625, la solution serait autre en droit allemand où la déclaration unilatérale pourrait être modifiée ou révoquée par une nouvelle déclaration. Le créancier serait seulement protégé par la possibilité d'invoquer l'exigibilité immédiate de sa créance.

[215] Nous examinons ci-après les conséquences de la nature contractuelle de la lettre. *Cf. infra* n°

conséquences de la participation du créancier bénéficiaire à la création de la lettre sont inapplicables. Ces différences [216] justifient assurément qu'une attention particulière soit réservée à la distinction entre contrat et annonce de patronage. Nous ne pouvons que marquer notre étonnement devant le fait que les typologies jusqu'à présent proposées aient souvent négligé cette dernière [217]. C'est d'autant plus étonnant que l'annonce de patronage pose d'importants problèmes d'interprétation (quels créanciers ? [218]) et de contenu (quels risques ! [219]).

---

104 à 113.

[216] Il pourrait y en avoir d'autres. Suivant A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, Deel II « Algemene leer der overeenkomsten », Deventer, Tjeenk Willink, 1997, p. 74, n° 82, le fait que l'acte unilatéral aurait un destinataire précisé (le droit néerlandais fait lui aussi la nuance) justifierait une application différente des règles qui ont trait à la confiance légitime (art. 35 ou 36 Boek 3, Titel 2 NBW) .

[217] Voir quand même: *Les lettres de patronage, op. cit.*, p. 23, n° 32 : "*Par souci de simplification et pour conférer plus d'unité à l'ouvrage, nous avons limité notre étude au quod plerumque fit, c'est-à-dire aux lettres de patronage individualisées.*

Il est clair toutefois que l'essentiel de l'analyse que nous proposons à propos de la portée juridique des lettres de patronage est transposable aux annonces publiques de patronage".

[218] Une option est de retenir les créanciers existant au moment de l'émission. Une autre consiste à faire bénéficier de la lettre les créanciers présents lors de son exécution. L'interprétation de la volonté de l'émetteur permettra-t-elle, le cas échéant, de rompre l'égalité des créanciers ? Un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 3 juin 1993, *DAOR*, 1994, n° 31, p. 99, semble envisager tant les créanciers passés que futurs. La solution paraît de bon sens. Pourtant elle pourrait réserver à l'émetteur de mauvaises surprises.

[219] S'agissant des clauses ayant trait à la structure financière de la société patronnée, A. BELLIS, "Typologie des lettres de patronage", *Rev. Banque*, 1982, p. 222, remarque :

"*En s'engageant à maintenir un certain niveau d'actif net, la maison mère s'engage en réalité dans un processus permanent de 'renflouage' de la société, l'exposant en réalité à garantir tout le passif de la filiale, dès lors que celui-ci a pour effet de porter l'actif net en dessous du minimum contractuellement convenu dans la lettre*".

Que dire si un engagement de ce genre est pris en faveur d'un nombre indéterminé de créanciers ! Nous ne pourrions que le déconseiller.

90.- Au contraire des contrats de patronage dont notre thèse s'attache notamment à démontrer la sécurité juridique, l'annonce de patronage ne devrait être utilisée qu'avec prudence, et le constat de son existence admis qu'à de strictes conditions - à l'instar de tout engagement par déclaration unilatérale de volonté.

3. L'OBLIGATION DE NE PAS FAIRE

91.- L'objet de l'obligation résultant d'une lettre de patronage peut être de faire ou de ne pas faire. Les commentaires qui suivent concernent exclusivement la deuxième catégorie. Ses particularités méritent quelques explications, que ce soit en droit des obligations ou en droit des sûretés où elle caractérise les garanties dites *"négatives"*.

A. L'obligation de ne pas faire en droit des obligations

92.- L'obligation de ne pas faire ne suscite généralement que peu d'intérêt de la doctrine. DE PAGE n'y consacre que quelques lignes [220]. Nous avons retenu deux traits caractéristiques que les auteurs sont disposés à lui reconnaître [221]. D'abord, l'*"abstention"* n'est que rarement instantanée: elle a plutôt pour particularité de s'inscrire dans le temps. Ensuite, elle est dans la plupart des cas indivisible: il est en effet quasiment impossible de ne *pas* faire quelque chose ... à moitié. Ces caractéristiques influencent le régime juridique de l'obligation de ne pas faire en ce qui concerne sa validité et son exécution.

---

[220] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 395, n° 441: "L'obligation de ne pas faire *consiste, comme les termes eux-mêmes l'indiquent, en une* abstention *de la part du débiteur. Elle n'exige aucune explication spéciale, tout au moins quant à sa nature."*

[221] A. WYVEKENS, "Observations sur l'obligation de ne pas faire", *Ann. dr. Louvain*, 1995, p. 335.

93.- Appelée à s'inscrire dans le temps de manière illimitée, l'obligation de ne pas faire est susceptible de heurter le principe de la liberté individuelle qui interdit les engagements à vie. Sa validité est donc normalement subordonnée à la stipulation d'une limitation dans le temps: *"Elle seule permet en effet que soit un jour exécutée l'obligation de ne pas faire et que cesse ainsi la contrainte que supporte le débiteur"* [222]. La règle est expressément rappelée en ce qui concerne les garanties négatives auxquelles nous consacrons le point suivant [223]. Nous y reviendrons dans le Chapitre 5 où, après avoir exposé les motifs d'appliquer aux lettres de patronage certaines règles relatives aux conventions d'actionnaires, il nous faudra constater que la validité de ces dernières est également subordonnée à une limitation dans le temps [224].

94.- L'abstention étant indivisible, elle est généralement décrite comme étant nécessairement une obligation de résultat [225]. Suivant WYVEKENS, *"Le débiteur est en effet tenu à ne pas faire et non à 'mettre tout en œuvre' pour ne pas faire. La nature même du* ne pas faire *rend absurde toute autre possibilité "* [226]. Sans être aussi catégorique [227], nous constatons que ce sont en tout cas les effets d'une obligation de résultat que, sur le plan de la preuve, l'article 1145 du Code civil attache à l'obligation de ne pas faire. En vertu de cette disposition, *"Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention"*. Le créancier n'a donc qu'à invoquer le seul fait de la contravention pour avoir droit à des dommages et intérêts. C'est alors au débiteur d'établir une éventuelle cause étrangère. Pratiquement, c'est bien sur

---

[222] *Ibidem*, p. 338.

[223] Voir A. MEINERTZHAGEN – LIMPENS, "Les engagements de ne pas faire", *Les sûretés issues de la pratique*, Centre de droit privé et de droit économique de l'U.L.B., 1983, n° L10 et s.

[224] *Cf. infra* n° 242, 252.

[225] En ce sens : J.D.A. den TONKELAAR, *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen, op.cit.*, p. 69.

[226] A. WYVEKENS, "Observations (...)", *op.cit.*, p. 342.

[227] On peut en effet concevoir qu'une société mère s'engage *"à faire son possible"* pour ne pas se défaire du contrôle de la société patronnée, sans pour autant couvrir tous les risques d'une O.P.A. agressive.

lui (conformément à une obligation de résultat) que repose la charge de la preuve, preuve d'autant plus difficile qu'elle porte sur un fait négatif: son abstention.

95.- Contrairement à ce que laisse penser le libellé de l'article 1145 du Code civil, l'inexécution de l'obligation de ne pas faire ne se résout pas automatiquement en dommages et intérêts [228]. Dans deux arrêts des 27 avril 1962 et 30 janvier 1965 [229], la Cour de cassation a consacré le principe suivant lequel l'exécution en nature constitue le mode normal d'exécution forcée, et ce tant pour les obligations de faire que pour celles de ne pas faire. Du principe à la pratique, il y a cependant une marge dont nous donnons la mesure au point suivant.

B. Les garanties négatives

96.- Les engagements négatifs que prennent le débiteur, ou des tiers, pour améliorer la situation du créancier sont regroupés sous la dénomination « *sûreté négative* ». Le concept est général et désigne habituellement:

- dans le chef du débiteur: les engagements de ne pas aliéner certains éléments d'actif, ou de ne pas les grever de sûretés;

- dans le chef des tiers: les engagements de ne pas réclamer le paiement de leur créance éventuelle avant l'exécution de celle du créancier (engagement de subordination), ou de ne pas se prévaloir d'une quelconque cause de préférence.

---

[228] *Contra :* A. MEINERTZHAGEN – LIMPENS, "Les engagements de ne pas faire", *op. cit.,* n° L 19.

[229] Cass., 27 avril 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 938; Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 538.

De nombreuses lettres de patronage sont susceptibles de recevoir la qualification de « *garantie négative* » [230] : ce sont toutes celles par lesquelles l'émetteur s'engage à ne pas céder la participation qu'il détient dans le capital de la société patronnée ou seulement à certaines conditions, celles par lesquelles il s'engage à ne pas prendre certaines décisions affectant la gestion ou la structure financière de la société patronnée, etc...[231]

97.- Indépendamment des conditions de validité et d'exécution particulières aux engagements «de ne pas faire » que ces lettres contiennent (voir le point A ci-dessus), consacrer un point distinct de notre analyse aux garanties négatives nous permet de souligner la relativité qui les caractérise en raison de la relativité des contrats dont elles sont issues [232]. Le point de départ de la réflexion est l'article 1165 du Code civil en vertu duquel *"Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121"* [233].

Doctrine et jurisprudence font la distinction entre effets internes et externes des contrats pour souligner le fait que seuls les seconds sont opposables aux tiers. La convention est un *fait* dont l'existence s'impose à tous et que tous peuvent invoquer: *c'est l'opposabilité des effets externes* [234]. Mais le contenu de la convention ne concerne que

---

[230] Nous avons déjà exposé les raisons de préférer les termes "*garantie négative*" à ceux de "*sûreté négative*". *Cf. supra* n° 26 en note.

[231] Voir Gand, 3 juin 1993, *DAOR*, 1994, n° 31, p. 99, où l'engagement de l'émetteur de garantir le paiement complet de tous les créanciers de la société patronnée se double d'une subordination de sa créance.

[232] Voir le Chapitre 3 où nous indiquons comment et pourquoi l'analyse contractuelle doit être privilégiée.

[233] L'article 1121 du Code civil règle l'hypothèse de la stipulation pour autrui.

[234] Cass., 27 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 114; *R.W.*, 1995-1996, p. 149; Cass., 17 février 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 540; Cass., 3 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 272. La Cour y reconnaît le droit d'un tiers d'invoquer l'existence d'une convention et les effets de celle-ci entre les parties contractantes *"comme moyen de défense contre une demande dirigée contre lui par l'une de ces parties"*. Le sommaire de l'arrêt du 3 novembre 1989 précise: *"Soit pour justifier le fondement de l'action qu'il intente contre une de ces parties"*. Ce dernier point est étonnant car le principe

les parties et les obligations qu'elle fait naître ne contraignent qu'elles: *c'est la relativité des effets internes*[235].

98.- La nuance revêt une importance toute particulière en matière de garanties négatives. En ne respectant pas l'obligation de ne pas faire, le débiteur (ou le tiers) commet une faute engageant sa responsabilité contractuelle vis-à-vis du créancier. La faute reste cependant sans incidence sur la validité des droits acquis par le tiers au mépris de l'abstention. Décider le contraire, ce serait lui opposer, en violation de l'article 1165 du Code civil, les effets (internes) d'une convention à laquelle il n'était pas partie.

Il n'en est autrement que si le tiers est de mauvaise foi: la convention est un fait dont, sinon les obligations, du moins l'existence (les effets externes) s'impose à lui.[236] L'action paulienne (article 1167 du Code civil) ou la tierce complicité permettra éventuellement de remettre en cause les droits acquis. La première nécessitera cependant la démonstration de la fraude et la seconde celle d'un concours conscient du tiers à la violation de l'obligation contractuelle préexistante.[237]

---

demeure que le tiers ne puise pas de droits dans le contrat auquel il est étranger, sauf stipulation pour autrui ou disposition légale particulière en ce sens ; Cass., 9 juillet 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 911. Sur cette question en droit français, voir: J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, "Les obligations: les effets du contrat", Paris, L.G.D.J., 1992, p. 549, n° 563.

[235] Voir aussi Cass., 30 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 723 : « *Sauf stipulation à son profit, aucun tiers ne peut demander l'exécution à son bénéfice d'obligations résultant d'une convention* ».

[236] E. DIRIX, "Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid", *T.P.R.*, 1988, p. 338, n° 23, précise que, selon lui, l'opposabilité ne peut concerner que les conséquences normales, conformes à l'économie de la convention et raisonnablement prévisibles: *"Negatief geformuleerd komt deze regel hierop neer dat derden zich niet hoeven neer te leggen bij door partijen gecreëerde zekerheidsovereenkomsten die niet in overeenstemming zijn met de economie van de overeenkomst - m.a.w. die een artificieel karakter hebben - en waarop derden - gelet op de verkeersopvattingen - niet bedacht dienden te zijn."*.

[237] Voir Cass., 22 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 944; *R.C.J.B.*, 1984, p. 359 avec la note Y. MERCHIERS, "La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle"; *R.W.*, 1983-1984, col. 427, avec la note E. DIRIX, "De derde -medeplichtigheid aan andermans contractbreuk: het einde van de controverse". La Cour y admet la complicité en raison de la connaissance que le

99.- Sauf à disposer de ces éléments de preuve, le créancier bénéficiaire de l'engagement négatif non respecté restera désarmé devant les droits valablement acquis par le tiers. Quant à son recours contre le cocontractant indélicat, force est de constater que la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle ne permettra que rarement une réparation totalement satisfaisante:

- Puisque l'obligation violée était de ne pas faire, il sera normalement impossible d'en réclamer l'exécution forcée en nature. La seule mise en cause de la responsabilité du garant ne permettra au mieux qu'une réparation par équivalent [238].

- Au moment de liquider celle-ci, le créancier sera souvent dans l'incapacité d'établir son dommage: comment sanctionner la revente de la participation ou certaines décisions de gestion si leurs effets sur le débiteur ne se sont pas encore fait ressentir ? Et que faire si, au moment de la violation de l'engagement négatif (voire même au moment de ses effets), la créance garantie n'est même pas encore exigible ? Plus que jamais, l'indemnisation de la « perte des chances » paraîtra bien aléatoire [239].

---

tiers "*avait ou devait avoir de la situation existante et du concours qu'(il) a néanmoins apporté à la rupture du contrat*".

[238] En ce sens: H. DE PAGE, *Traité*, *op.cit.*, p. 395, n° 441. En cas de fraude ou de tierce complicité du tiers, la réparation en nature (nullité des droits illégitimement acquis) pourra en principe s'envisager, suivant A. VERBEKE, I. PEETERS, "Negatieve zekerheden", *DAOR*, 1996, n° 39, p. 48, n° 45. Mais elle aurait pour conséquence de rendre tout créancier bénéficiaire de l'engagement négatif, et pas seulement celui qui se l'était fait stipuler. Voir aussi: F. DIERCKX, "Juridische kanttekeningen bij enkele nieuwe financierings- en zekerheidstechnieken", *Rev.Banque*, 1987, p. 149.

[239] En ce sens également: A. VERBEKE, I. PEETERS, "Negatieve zekerheden", *op.cit.*, p. 47, n° 42, qui, pour éviter ces difficultés de preuve, conseillent la stipulation d'une clause pénale. F. DIERCKX, "Juridische kanttekeningen (...)", *op.cit.*, p. 149, suggère quant à lui de stipuler que le non respect de l'abstention est une cause d'exigibilité immédiate du crédit garanti.

100.- Ces questions sont propres aux garanties négatives et valaient bien qu'on y consacre une attention particulière dans la matière des lettres de patronage où les engagements de ne pas faire sont fréquents. On peut y ajouter les trois caractéristiques suivantes:

1. La relativité de la garantie négative pèse particulièrement sur l'engagement de ne pas se défaire de la participation dans le capital de la société patronnée, engagement sur lequel repose l'émission et l'effectivité de nombreuses lettres de patronage. Le parallélisme avec la réglementation des conventions d'actionnaires auquel nous procédons dans le Chapitre 5 sera l'occasion de le confirmer [240]. Nous y évoquerons l'opportunité de trouver aux clauses en ce sens une rédaction plus réconfortante.

2. L'efficacité de l'engagement négatif implique un droit de contrôle du créancier bénéficiaire qui doit être en mesure de vérifier l'abstention. Une partie de la doctrine y rattache une obligation d'information. VERBEKE et BLOMMAERT estiment ainsi qu'en signant une lettre de patronage négative, l'émetteur s'engage à une obligation *active* d'information, le contraignant à prendre l'initiative d'informer le créancier bénéficiaire chaque fois qu'il y va de ses intérêts [241]. Ceci irait à l'encontre de l'opinion suivant laquelle, en matière contractuelle, l'obligation de s'informer est la règle, et l'obligation d'informer l'exception. Cette question est discutée ci-après [242].

---

[240] *Cf. infra* n° 232 et s.

[241] Par opposition à une obligation *passive* d'information, où les renseignements ne devraient être communiqués que sur demande du créancier ; "Patronaatsverklaringen", *op.cit.*, p. 19, n° 20.

[242] *Cf. infra* n° 276 et notes, 310.

3. La garantie peut être l'indice d'une immixtion du garant dans la gestion du garanti, engageant éventuellement sa responsabilité comme administrateur. Il en est particulièrement ainsi de la lettre de patronage négative où l'obligation de ne pas faire de l'émetteur pourrait, plus qu'ailleurs, être le signe d'une administration de fait [243]. Le risque ne peut cependant pas être exagéré, pour les motifs qui sont expliqués dans le Chapitre 6 [244].

Ces trois dernières questions seront davantage examinées ci-après. Nous ne faisons ici que les évoquer pour souligner l'intérêt de la classification qui, multipliant les critères de distinction des lettres de patronage, se penche sur le régime spécifique de celles qui contiennent des obligations de ne pas faire.

---

[243] En ce sens: F. DIERCKX, "Juridische kanttekeningen (...)", *op.cit.*, p. 148.

[244] *Cf. infra* n° 286 - 287, 291 à 293.

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE:

- Obligations - généralités

BRUNNER, C.J.H., de JONG, G.T., *Verbintenissenrecht. Algemeen*, Kluwer, Deventer, 1999, 290 p.

CAHEN, J.L.P., *Overeenkomst en derden*, Deventer, Kluwer, 1995, 63 p.

COIPEL, M., *Elements de théorie générale des contrats,* Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, 205 p.

den TONKELAAR, J.D.A., *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen,* Zwolle, Tjeenk Willink, 1982, 95 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3ème éd., Bruxelles, Bruyant, 1964, 1196 p. ; t. III, 3ème éd., Bruxelles, Bruyant, 1967, 1185 p.

FONTAINE, M., GHESTIN, J., éd., *Les effets du contrat à l'égard des tiers - Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992, 464 p.

FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1965, 319 p.

GHESTIN, J., *Traité de droit civil*, «Introduction générale », 4ème éd., Paris, L.G.D.J., 1994, XII, 891 p. ; «Les obligations - Le contrat: formation », 3ème éd., Paris, L.G.D.J., 1993, 976 p. ; «Les obligations: les effets du contrat », Paris, L.G.D.J., 1992, 1048 p.

HARTKAMP, A.S., *Verbintenissenrecht*, Deel II « Algemene leer der overeenkomsten », Deventer, Tjeenk Willink, 1997, 575 p.

MEINERTZHAGEN – LIMPENS, A., "Les engagements de ne pas faire", *Les sûretés issues de la pratique*, Centre de droit privé et de droit économique de l'U.L.B., 1983, n° L, 23 p.

TUNC, A., "La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence", *J.C.P.*, 1945, I, n° 449.

VAN DUNNE, J. M. , *Verbintenissenrecht*, Deel 2 « Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen », Deventer, Kluwer, 1997, 689 p.

VERBEKE, A., PEETERS, I., « Negatieve zekerheden », *DAOR*, 1996, n° 39, pp. 39 à 53.

WERY, P., « L'article 1142 du Code civil et les condamnations à l'exécution en nature, en matière d'obligations contractuelles de faire et de ne pas faire », *R.R.D.*, 1996, pp. 211 à 222.

WYVEKENS, A., "Observations sur l'obligation de ne pas faire", *Ann. dr. Louvain*, 1995, pp. 319 à 349.

X., *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruyant, Paris, Dalloz, 1994, 349 p.

- **Obligations non juridiques et exigences de la bonne foi**

DE KLUIVER, H.J., *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 446 p.

DIRIX, E., "Gentlemen's agreements en andere afspraken met onzekere rechtsgevolgen", *R.W.*, 1985-1986, col. 2219 à 2146.

FAGNART, J.-L., "L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion", note sous Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 285 à 316.

FONTAINE, M., «La formation des contrats. Codifications récentes et besoins de la pratique », *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, 1998, Bruxelles, Bruylant, pp. 681 à 695.

GHESTIN, J., "L'utile et le juste dans les contrats", *D.S.*, 1982, Chron. I, pp. 1 à 10.

OPPETIT, B., "L'engagement d'honneur", *D.S.*, 1979, pp. 107 à 116.

PHILIPPE, D., « Autonomie et contrôle des clauses contractuelles dans les relations entre professionnels », *Le droit des affaires en évolution*, A.B.J.E., Bruxelles, Bruyant, 1997, pp. 209 à 262.

PHILIPPE, D., «Rapport belge », *La bonne foi,* Travaux des journées louisianaises, Association H. CAPITANT, Paris, Litec, 1992, pp. 61 à 76.

RIJKEN, G.J., *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer, Kluwer, 1994, 84 p.

RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949, 421 p.

ROMAIN, J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruyant, 2000, 1023 p.

SCHUT, W.S.M., *Letters of intent,* Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 108 p.

T'KINT, F., «Négociation et conclusion du contrat », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1984, pp. 9 à 51.

VAN OMMESLAGHE, P., "L'exécution de bonne foi, principe général de droit ?", *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 à 110.

VAN RIJN, J., DIEUX, X., "La bonne foi dans le droit des obligations", *J.T.*, 1991, pp. 289 à 292.

WESSELS, B., *Gentlemen's agreements*, Arnhem, Gouda Quint BV, 1984, 174 p.

DEUXIEME PARTIE : LA LETTRE DE PATRONAGE DANS LE REFLET DES SURETES PERSONNELLES

(*contrat* de cautionnement et garantie *autonome*)

CHAPITRE 3 - L'ANALYSE CONTRACTUELLE DE LA LETTRE DE PATRONAGE

SOMMAIRE:

Il est désormais admis que la déclaration unilatérale de volonté est une source d'obligations s'ajoutant à celles énumérées par l'article 1370 du Code civil. Nonobstant, c'est l'analyse contractuelle qui doit être privilégiée en matière de sûretés personnelles. La question n'est pas discutée en ce qui concerne le cautionnement. On y insiste sur le fait que l'acceptation du créancier bénéficiaire peut n'être que tacite. Il existe une relative controverse en matière de garantie autonome. De nombreux motifs plaident en faveur de la conception contractuelle.

Nous démontrons ci-après que les arguments en faveur de l'analyse contractuelle de la garantie autonome sont applicables à la lettre de patronage adressée à un créancier déterminé. La constatation impose de nombreuses solutions pratiques en ce qui concerne l'émission de la lettre de patronage, ses effets ainsi que sa possible résiliation. Des considérations de droit international privé entrent également en ligne de compte.

L'existence d'un contrat est le préalable indispensable à toute stipulation pour autrui. Tant en ce qui concerne les conditions que les effets, de nombreuses similitudes peuvent être établies entre ce mécanisme et celui de la lettre de patronage. Il apparaît que, dans certaines hypothèses, la lettre de patronage pourrait être interprétée comme une stipulation pour autrui dont la société patronnée pourrait elle-même se prévaloir.

L'analyse contractuelle confirme l'importante "marge de manœuvre" dont disposent l'émetteur et le créancier bénéficiaire dans la mise en place de leur garantie. La participation du créancier à l'émission de la lettre sera un élément déterminant de nos analyses aux chapitres suivants.

§1. LA DECLARATION UNILATERALE DE VOLONTE

101.- Il ne semble plus guère contesté que la déclaration unilatérale de volonté est une source d'obligations s'ajoutant à celles énumérées par l'article 1370 du Code civil. C'est ce que suggère l'étude de SIMONT de 1994, résumant les hésitations doctrinales et jurisprudentielles antérieures[245]. Même COIPEL qui, de manière certes isolée, s'était positionné en adversaire de la théorie, semble s'être ravisé. Dans une note parue sous un arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 1974, considérant *"Qu'une prime de fin d'année fixée suivant des règles générales en proportion du travail effectué par les travailleurs est un salaire, lorsque les travailleurs y ont droit non seulement en vertu du contrat mais aussi en vertu d'une obligation unilatérale souscrite par l'employeur"* [246], COIPEL exposait les motifs pour lesquels il lui paraissait inadéquat que la Cour de cassation inclue l'obligation souscrite unilatéralement dans l'énumération des sources d'obligations[247]. A l'occasion de son analyse de la loi du 14 juillet 1987 ayant instauré le régime des sociétés unipersonnelles, il admettait cependant que la querelle était dépassée, essentiellement en raison du rôle que la loi y reconnaissait désormais à la volonté unilatérale [248].

---

[245] L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, pp. 17 à 46. Relire les commentaires de F. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1984, pp. 41 et s.

[246] Cass., 18 décembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 425 avec note; *J.T.T.*, 1975, p. 53 avec les conclusions de l'avocat-général H. LENAERTS; *R.C.J.B.*, 1980, p. 61.

[247] M. COIPEL, "La théorie de l'engagement par volonté unilatérale", note sous Cass., 18 décembre 1974, *R.C.J.B.*, 1980, pp. 65 à 92.

[248] M. COIPEL, "Introduction à l'étude de la loi du 14 juillet 1987", *La S.P.R.L. unipersonnelle*, sous la direction de H. MICHEL, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 61, n° 123.

102.- La Cour de cassation a, par des arrêts des 9 mai 1980 [249] et 3 septembre 1981 [250], clairement consacré la force obligatoire de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté [251]. Cependant, elle n'a pas tranché la question de la nécessaire référence à une institution préexistante ou une utilité sociale particulière à laquelle VAN RIJN proposait de soumettre l'admissibilité de cette nouvelle source d'obligations [252]. Telle serait donc la dernière incertitude en la matière. Son incidence nous paraît réduite quand nous remarquons la facilité avec laquelle certains auteurs admettent la préexistence d'une institution [253]. Il faut d'ailleurs reconnaître que le critère lui-même reste particulièrement vague. Quant à l'utilité sociale particulière, celle des garanties pourrait sans doute être trouvée dans le crédit aux entreprises qu'elles permettent.

---

[249] Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, pp. 1120 et 1127 (deux arrêts); *J.T.*, 1981, p. 206; *R.W.*, 1982-1983, col. 319.

[250] Cass., 3 septembre 1981, *Entr. et Droit*, 1982, p. 131 avec la note L. CORNELIS (curieusement, arrêt non publié à la Pasicrisie). La Cour y souligne l'appréciation souveraine du juge du fond quant à l'existence et la portée de la manifestation de la volonté, dans le respect de la foi due aux documents produits.

[251] On ne peut que s'étonner d'un arrêt comme celui de la Cour d'appel de Mons du 3 décembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 299, suivant lequel "*L'offre n'a aucune force obligatoire tant qu'elle n'est pas acceptée*".

[252] J. VAN RIJN, "L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial", *Mélanges J. DABIN*, t. II., Bruxelles, Bruylant, 1963, pp. 953 à 963; actualisé par "L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial", *J.T.*, 1984, pp. 129 à 132.

[253] Ainsi, C. MARTIN et M. DELIERNEUX remarquent en 1990, dans leur contribution sur "Les garanties bancaires autonomes" , *Répertoire pratique du droit belge*, Complément t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 569, n° 54: *"Cette restriction paraît cependant n'avoir que peu d'intérêt pour la matière qui nous occupe, dans la mesure où, d'une part, les garanties autonomes font bien figure d'institutions du droit commercial contemporain et, d'autre part, le caractère professionnel de l'émetteur de la garantie est, en principe, de nature à écarter tout danger d'engagement pris à la légère". Contra*: P. VAN OMMESLAGHE, "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *J.T.*, 1982, p. 148, n° 10, qui estimait, en 1982, que les garanties autonomes devaient être analysées en engagements unilatéraux, sans que l'on puisse parler à leur propos d'institution.

103- La déclaration unilatérale de volonté est une source d'obligations s'ajoutant à celles énumérées par l'article 1370 du Code civil. Il s'agit cependant d'une source subsidiaire en ce sens *"Qu'il n'y a lieu d'y recourir que si les autres sources d'obligations ne peuvent, sans artifice, justifier le caractère obligatoire de l'engagement vanté "* [254]. Les indices d'un concours des volontés - même lorsque l'une d'elles n'est que tacite et que la forme utilisée est celle d'une déclaration unilatérale de volonté - font pencher l'analyse en faveur du contrat. Telle semble être la règle dans la matières des garanties personnelles. C'est ce que nous tentons de démontrer dans les commentaires qui suivent.

[254] L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", *op.cit.*, p. 45.

§2. ENJEUX

104.- *"L'intérêt de la question de savoir si la volonté unilatérale doit être admise comme source d'obligation est* purement doctrinal. *Tout le monde s'accorde, en effet, de nos jours, en ce qui concerne les solutions pratiques."* Ces propos sont ceux de DE PAGE qui, pour les matières où le fait générateur de la déclaration unilatérale de volonté était admis à l'époque, pouvait légitimement dégager des solutions communément admises [255]. Celles-ci concernaient essentiellement (et concernent encore) la théorie de l'offre [256], ou encore la gestion d'affaires où le gérant s'oblige, par sa seule volonté, à continuer la gestion commencée.

Un tel constat s'avère impossible dans la matière des lettres de patronage, tant en raison de sa nouveauté qu'en raison de la sobriété des commentaires qu'elle a jusqu'à présent suscités. La question de la source des obligations puise donc son intérêt dans le fait qu'elle devrait précisément suggérer les solutions pratiques à propos desquelles aucune unanimité n'a pu jusqu'à présent être dégagée. Ceci concerne l'émission des lettres de patronage, leurs effets ainsi que leur possible résiliation. Des considérations de droit international privé doivent également être prises en compte. L'existence d'un contrat est le préalable à une éventuelle stipulation pour autrui. Cette dernière question fait l'objet d'un paragraphe distinct en fin de chapitre.

---

[255] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 67, n° 53.

[256] A ce sujet, voyez l'étude de référence, bien que déjà ancienne, de L. CORNELIS, "Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten", *R.D.C.*, 1983, pp. 6 à 47.

1. EMISSION

105.- A l'instar de toute convention, l'engagement par déclaration unilatérale de volonté est soumis à l'article 1108 du Code civil qui en subordonne la validité à quatre conditions - qualifiées d'*"essentielles"* -, liées au consentement de la partie qui s'oblige, à sa capacité, à l'objet et à la cause de l'obligation [257]. Une attention toute particulière doit ici être réservée à la première condition pour éviter que toute volonté manifestée unilatéralement ne devienne source d'obligations dans le chef de son auteur. Aussi la doctrine insiste-t-elle sur le fait que l'intention de s'obliger doit être certaine et suffisamment extériorisée [258]. Ces dernières conditions revêtent moins d'importance en matière de contrats où, par le fait même du concours des volontés, elles sont d'office réalisées: c'est sur l'acceptation du bénéficiaire de l'obligation qu'il faut là insister. Comme nous le verrons plus loin, l'acceptation n'est soumise à aucune exigence de forme. Elle peut même être tacite, du moment qu'elle soit certaine.

106.- Si on admet que la lettre de patronage trouve sa source dans une déclaration unilatérale de volonté de l'émetteur, son existence ne peut être établie que sur le constat d'une volonté certaine et suffisamment extériorisée. Dans cette hypothèse, ses effets doivent lui être reconnus, indépendamment de toute acceptation du bénéficiaire[259]. Dans le cas contraire, les effets du contrat constitutif de la lettre de patronage sont subordonnés, quant au fait et à la date de leur naissance, à la démonstration de cette acceptation.

---

[257] S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, "Les obligations: les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, p. 708, n° 47; L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", *op.cit.*, p. 45.

[258] P. VAN OMMESLAGHE, "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *op.cit.*, p. 145, n° 3.

[259] Il paraît cependant logique de retarder les effets de la déclaration unilatérale jusqu'au moment où le bénéficiaire en prend connaissance et peut effectivement s'en prévaloir, indépendamment de toute acceptation. En ce sens en matière de garantie autonome : C. MARTIN, M. DELIERNEUX, *Répertoire pratique du droit belge, op.cit.*, p. 570, n° 56. Pour mesurer l'importance de l'abandon de l'exigence de l'acceptation, voyez l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 octobre 1987 rendu en matière de garantie autonome et commenté ci-après. *Cf. infra* n° 123*bis*.

2. EFFETS

107.- Quelle que soit sa source, la lettre de patronage est en principe unilatérale du point de vue de ses effets, en ce sens qu'elle ne contient d'obligations qu'à charge de l'émetteur [260]. La détermination du contenu de ces obligations peut cependant être influencée par la source qui leur est attribuée. S'il s'agit d'une déclaration unilatérale de volonté de l'émetteur, il faut ne tenir compte que de ses seules intentions pour mesurer la portée de ses obligations - sans préjudice au rôle qui pourrait être attribué à l'apparence et à la confiance légitime de leur destinataire [261]. Si au contraire la lettre de patronage est un contrat, son contenu doit être fixé par référence aux intentions communes aux deux parties contractantes [262].

108.- Indépendamment de ce qui précède, l'identification du ou des bénéficiaires de la lettre de patronage dépend pour une large part de la source qu'on lui reconnaît. La question est complexe parce qu'elle couvre notamment celle de savoir si le débiteur principal (la société patronnée) peut aussi se prévaloir de la lettre émise à son sujet. Elle fait l'objet d'un examen spécifique en fin de ce chapitre.[263]

109.- A noter enfin qu'en France, où on n'admet en principe pas la déclaration unilatérale de volonté comme source d'obligations, c'est précisément le caractère unilatéral des lettres de patronage qui a été invoqué pour les faire entrer dans le seul champ des engagements moraux et leur refuser toute force obligatoire [264].

---

[260] Sous réserve des suites que la bonne foi mettrait à charge du bénéficiaire.

[261] Voir cependant que, suivant nos analyses, les notions d'apparence et de confiance légitime ne devraient jouer qu' un rôle mesuré dans notre matière. *Cf. supra* n° 50 à 52, *infra* n° 307 à 313.

[262] En ce sens à propos des garanties autonomes: K. VLIEGEN, "Autonome garanties", *op. cit.*, p. 188, n° 172.

[263] *Cf. infra* n° 128 et s.

[264] R. BAILLOD, "Les lettres d'intention", *RTD com*, 1992, p. 553, n° 10, qui indique que la Cour de cassation française a neutralisé les arguments avancés en ce sens par les émetteurs de lettres, qui tentaient ainsi d'échapper à leurs obligations, par référence à l'acceptation au moins tacite du destinataire. Voir les références en note ci-après. *Cf. infra* n° 124.

3. RESILIATION

110.- C'est une caractéristique des actes unilatéraux d'être en principe irrévocables [265]. Cela a d'ailleurs été invoqué contre les engagements par déclaration unilatérale de volonté pour conclure à leur impossibilité: une volonté capable de lier unilatéralement son auteur devrait de même pouvoir le délier unilatéralement de son engagement[266]. Or, tel n'est précisément pas le cas.

111.- Admettre que la lettre de patronage trouve sa source dans une déclaration unilatérale de volonté de son émetteur, suppose qu'on lui reconnaisse un caractère irrévocable [267]. Il faudrait cependant s'interroger sur la possible contrariété avec l'ordre public d'une garantie émise à de telles conditions [268]. Démontrer la nature contractuelle de la lettre de patronage permet d'écarter l'irrévocabilité des actes unilatéraux. Dans cette hypothèse, et à l'instar de ce qui se passe dans toute convention, il faut au contraire reconnaître à chaque partie à la lettre, lorsqu'elle est émise pour une durée indéterminée [269], un droit de résiliation unilatérale qui a pour seules limites celles liées à son exercice, non à son existence [270]. La solution est

---

[265] P. VAN OMMESLAGHE, "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *op.cit.*, p. 146, n° 4.

[266] L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", *op.cit.*, p. 21, n° 3, et les références citées.

[267] On peut d'ores et déjà noter que c'est la solution retenue par A.VERBEKE, D.BLOMMAERT, *Patronaatsverklaringen*, *op.cit.*, p. 36, lorsque la lettre a un nombre de destinataires indéterminé – ce que nous avons appelé une "*annonce de patronage*". Même dans cette hypothèse, ils admettent cependant que la lettre ne serait irrévocable que pendant un délai raisonnable.

[268] J. VAN RIJN, J. HEENEN, *Principes*, t. IV, *op.cit.*, p. 518, n° 653, le soulignent à propos de la garantie autonome. C'est d'autant plus remarquable qu'ils envisagent le droit de résiliation tout en fondant la garantie autonome sur l'engagement par déclaration unilatérale de volonté.

[269] Voir cependant nos commentaires au Chapitre 5 où nous expliquons pourquoi les clauses portant sur le blocage de la participation dans le capital de la société patronnée ou l'exercice du droit de vote à son assemblée générale, devraient, pour être valables, être stipulées avec une limitation dans le temps. *Cf. infra* n° 242, 252.

[270] Ainsi, la résiliation ne pourrait intervenir de manière intempestive ou à contretemps et devrait probablement être précédée d'un préavis. Sur cette question, voyez notamment Th. DELAHAYE, *Résiliation et résolution unilatérales en droit commercial belge*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 121 et s.

admise en matière de cautionnement (incontestablement un contrat) de dettes futures: à la suite de la résiliation, la caution cesse d'être tenue pour l'avenir (fin de son obligation de *couverture*) tout en restant tenue de garantir les dettes antérieures à la résiliation (maintien de l'obligation de *règlement* [271]). Ces règles ne pourraient qu'être transposées à la lettre de patronage à durée indéterminée et dont la nature contractuelle serait démontrée [272].

4. DROIT INTERNATIONAL PRIVE

112.- La loi du 14 juillet 1987 a intégré en droit interne belge la convention de Rome du 19 juin 1980 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles*. Comme son titre l'indique, la convention ne s'applique pas aux engagements par déclaration

---

[271] Sur ces concepts, voir F. T'KINT, *Sûretés*, *op.cit.*, p. 371, n° 746. Pour un cas d'application récent, voir Mons, 14 janvier 1997, *J.T.*, 1999, p. 155. La décision est également intéressante en ce qu'elle constate qu'un contrat de cautionnement avait été conclu *intuitu personae* dans le chef des deux parties (la caution et le créancier), cette circonstance autorisant la Cour à déduire de la mort de la caution la dissolution du contrat.

[272] L'autonomie de principe – telle qu'elle sera démontrée au Chapitre 4 – fera-t-elle obstacle à un droit de résiliation unilatérale ? En matière de garantie autonome, F. T'KINT, *Sûretés*, *op.cit.*, p. 415, n° 829 est de ceux qui optent pour la théorie contractuelle; il souligne cependant - par référence à l'article 7, § 4 de la convention CNUDCI – que la garantie est "*par nature (...) irrévocable*" (*ibidem*, p. 432, n° 858). Sans doute cette opinion est-elle justifiée par le fait que la garantie autonome est un engagement littéral qui n'est en principe pas stipulé "*pour toutes sommes*" ou "*à durée indéterminée*". Lorsque tel est le cas, le droit de résiliation unilatérale – aux conditions d'exercice déjà évoquées – devrait normalement être reconnu. En ce sens : K. VLIEGEN, "Autonome garanties", *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden. Actualia. Voorrechten en hypotheken. Grondige studies*, Anvers, Kluwer, 1997, p. 203, n° 201. On ne peut s'empêcher de penser qu'un droit de résiliation unilatérale heurte la qualité d'une garantie. La difficulté est contournée si cette dernière est stipulée avec une échéance déterminée (une date-limite) ou déterminable en fonction d'un événement futur (la bonne exécution du contrat principal). En matière de lettres de patronage, la validité de celles qui portent sur la participation de l'émetteur ou son droit de vote est en principe subordonnée à une limitation dans le temps. Dans ces cas, la question ne se pose donc pas.

unilatérale de volonté [273]. La nature contractuelle de la lettre de patronage aurait pour effet de lui rendre applicable les facteurs de rattachement retenus par la convention de Rome. La volonté des parties y est déterminante. Le choix du droit applicable à la lettre de patronage (indépendamment de celui applicable à l'opération principale garantie) ne pourrait que renforcer la souplesse caractérisant le mécanisme, dans l'intérêt tant de l'émetteur que du créancier bénéficiaire [274].

113.- La question du droit international privé est l'occasion de souligner un des avantages de la lettre de patronage qui, contrairement aux contrats de cautionnement et dans une certaine mesure de garantie autonome, reste jusqu'à présent inconnue du législateur (belge ou étranger). Certains auteurs y voient « *une tranquillité bien appréciable* », notamment sous l'angle du droit international privé : « *Les lois nationales ne régissant habituellement pas les lettres d'intention ne sauraient naturellement ...diverger, et le problème de leur éventuel conflit s'estompe donc largement au profit, pour l'essentiel, d'une question d'interprétation des termes du contrat* » [275].

Si on ne peut que confirmer la pertinence de ce point de vue, force est cependant de remarquer, d'une part, qu'il ne vaudrait que pour les dispositions qui concernent spécifiquement les lettres de patronage [276], d'autre part, qu'il ne pourrait

---

[273] Voir M. FALLON, S. FRANCQ, "Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles – Chroniques de jurisprudence (1996 – 1997)", *J.T.*, 1998, pp. 683 à 700.

[274] Sur cette question particulièrement, voir C. FERRY, « Les sûretés personnelles en droit international privé », *Droit et patrimoine*, 1995, pp. 42 à 46 ; J.-M. DAUNIZEAU, « La pratique des lettres d'intention dans un contexte international », *Banque & Droit*, 1995, pp. 3 à 8 ; F. WAUTELET, "De patronaatsverklaring in het Internationale Privaatrecht", *Jura Falconis*, 1996 – 1997, p 317 à 341 ; M. LOOYENS, « Toepasselijke wet(ten) bij grensoverschrijdende borgtocht- en garantieovereenkomsten », *R.D.C.*, 1996, pp. 867 à 882 ; M. FALLON, « Lettres de patronage et droit international privé », *Les lettres de patronage, op.cit.*, pp. 333 à 369 ; X. BARRE, *La lettre d'intention*, Paris, Economica, 1995, pp. 337 à 348.

[275] J. MESTRE, « Observations de clôture : les lettres d'intention, une zone d'aménagement contractuel », Dossier : Lettres d'intention - De l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, *Droit & Patrimoine*, 1999, n° 67, p. 63.

[276] Or, nous verrons ci-après que de nombreuses autres règles sont susceptibles d'intervenir,

faire l'impasse sur la question de l'attribution de juridiction au tribunal (judiciaire ou arbitral) chargé du litige éventuel. Ceci explique probablement que, nonobstant la « *tranquillité* » évoquée ci-dessus, un banquier nous ait expressément confirmé toute l'importance qu'il accordait aux questions de droit international privé dans la négociation d'une lettre de patronage.

---

notamment sous l'angle de la responsabilité extra-contractuelle.

§3. L'ANALYSE CONTRACTUELLE DES SURETES PERSONNELLES

1. SI LE CAUTIONNEMENT EST EXPRES, L'ACCEPTATION DU CREANCIER BENEFICIAIRE PEUT ETRE TACITE

114.- Le cautionnement est un contrat et cela n'est guère contesté. Il paraît dès lors utile de vérifier les conditions auxquelles le concours des volontés y est apprécié. Suivant l'article 2015 du Code civil, *"Le cautionnement ne se présume point; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté"*. La disposition n'a pas pour effet de soumettre le cautionnement à une quelconque exigence de forme. Il s'agit d'une règle de preuve qui ne concerne que la caution. Elle est interprétée dans le sens de l'exigence, dans le chef de celui qui s'oblige, d'*une manifestation de volonté non équivoque* [277].

115.- DE GAVRE, SIMONT et FORIERS font référence, dans leur examen de jurisprudence de 1986, à un arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 1982 rappelant que le cautionnement, en tant que contrat, suppose l'acceptation du créancier. L'engagement unilatéral de la caution serait impuissant à lui donner naissance, même s'il est pris de l'accord du débiteur principal [278]. Si, comme semblent

---

[277] Cass., 11 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, p. 40; *J.T.*, 1987, p. 4; *Rev.Not.*, 1986, p. 470 et obs. J.E. Dans le même sens Civ. Bruxelles, 18 février 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1269, qui considère en l'espèce que l'engagement de caution n'est nullements établi « *de façon certaine* ». Conformément à Cass., 21 décembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 496, l'article 2015 ne concerne que l'existence du cautionnement et non son étendue laissée à l'appréciation du juge du fond, avec pour seule limite la foi due à l'acte. Pour une référence à cette disposition dans le cadre d'un litige portant sur une lettre de patronage, voir l'important arrêt de Cass. com., 21 décembre 1987, *Bull. civ.*, IV, n° 281, p. 210 ; *Rev.soc.*, 1988, p. 398 avec la note H. SYNVET ; *Sem. Jurid.*, Ed. G, n° 45, 21113, avec les conclusions de l'avocat général M. MONTANIER ; *D.*, Jurisprudence, 1989, p. 112 avec la note J.-P. BRILL.

[278] J. DE GAVRE, L. SIMONT, P.A. FORIERS, "Les contrats spéciaux - examen de jurisprudence (1976 à 1980)", *R.C.J.B.*, 1986, p. 422, n° 246.

le suggérer ces auteurs [279], une valeur de principe doit être reconnue à cette jurisprudence, on s'explique difficilement le fait qu'elle n'ait même pas été publiée à la Pasicrisie. La Cour de cassation (dont on sait qu'elle filtre parfois la publication de sa jurisprudence) aurait-elle craint que sa décision soit interprétée dans le sens d'une application de l'article 2015 du Code civil à *chacune* des parties au contrat de cautionnement, l'importance accordée à l'acceptation du créancier laissant erronément présumer l'exigence d'une manifestation expresse de volonté dans son chef ?

Sauf dans les cas où la loi exige un consentement exprès, une manifestation de volonté peut être tacite [280]. L'article 2015 du Code civil ne visant que la caution, il n'y a aucune raison de soumettre l'acceptation du créancier à l'exigence d'une manifestation expresse de volonté.

116.- En droit français, c'est la solution expressément défendue par SIMLER pour qui l'accord (purement tacite) du créancier pourrait seulement résulter *"De toute attitude impliquant nécessairement son accord et, en particulier, des poursuites qu'il engage contre la caution"* [281]. Il va même jusqu'à admettre que l'acceptation portée à la connaissance non de la caution, mais du débiteur garanti, serait suffisante. En matière de garanties, la même solution semble défendue en droit anglais où on insiste - à juste titre - sur le fait que l'acceptation tacite du créancier ne peut être admise que si son comportement correspond exactement aux termes de l'offre du garant [282].

---

[279] Voir aussi F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3ème éd., Bruxelles, Larcier, 2000, p. 360, n° 722.

[280] S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, "Les obligations: les sources (1985-1995)", *op.cit.*, p. 709, n° 49. Voir ainsi Cass., 20 mai 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1149; *J.T.*, 1989, p. 112; *R.W.*, 1988-1989, p. 743 avec note, à propos de l'acceptation tacite d'une clause d'exonération de responsabilité. Il s'agit d'une question de fait. Voir également l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 28 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 77, où un silence circonstancié fût interprété comme une acceptation. *Contra*: Com. Bruxelles, 31 octobre 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 536.

[281] Ph. SIMER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3ème éd., Paris, Litec, 2000, p. 126, n° 129.

[282] J. O'DONOVAN, J. PHILLIPS, *The Modern Contract of Guarantee*, 3d ed., North Ryden, LBC

Ces remarques paraissent transposables en droit belge. Ni la reconnaissance de la nature contractuelle du cautionnement, impliquant une acceptation du créancier bénéficiaire, ni la jurisprudence de la Cour de cassation belge exposée ci-dessus, ne justifieraient des conditions plus strictes pour sa constitution, au risque de tomber dans un formalisme que le législateur n'a pas voulu.

117.- Les commentaires qui précèdent illustrent la facilité avec laquelle, lorsque la sûreté est un contrat impliquant un concours des volontés, l'acceptation même tacite du créancier bénéficiaire est présumée. Ils devraient s'appliquer à toute sûreté. [283] Plus particulièrement, ils nous semblent de nature à contrer les arguments de ceux qui, plaidant en faveur de la nature unilatérale de la garantie autonome de la lettre de patronage, jugent artificiel de présumer l'acceptation tacite du bénéficiaire. Nous y reviendrons.

118.- L'article 2015 du Code civil, et les règles qui en sont le corollaire, devraient s'appliquer à la lettre de patronage par laquelle l'émetteur s'engage à l'égard du créancier à se substituer à la société patronnée en cas de défaillance de celle-ci. Nous avons déjà exposé les raisons pour lesquelles nous estimons qu'en pareille hypothèse, la lettre doit être requalifiée en cautionnement. L'article 2015 du Code civil suggère que ce travail de requalification ne soit autorisé qu'à la condition d'une manifestation de volonté non-équivoque dans le chef de l'émetteur de la lettre.[284] Son interprétation permet en revanche de s'affranchir du caractère apparemment

---

Informations Services, 1996, p. 39.

[283] En ce sens: E. DIRIX, "Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid", *T.P.R.*, 1988, p. 328, n° 8, qui estime que l'article 2015 du Code civil devrait être appliqué par analogie à toute sûreté.

[284] Le doute devant lui profiter dans le sens d'un allégement de ses obligations, conformément d'ailleurs à l'article 1162 du Code civil. A noter l'existence d'un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 13 février 1940, *Jur. Liège*, 1941, p. 114, où la Cour estima que celui qui se porte fort ou garantit la solvabilité d'un débiteur se porte en réalité caution de ce dernier. Il est vrai qu'à l'époque, on ne connaissait pas les lettres de patronage...

unilatéral de la lettre, l'acceptation du créancier bénéficiaire pouvant valablement être présumée conformément à ce qui a été dit ci-dessus.

2. LA CONTROVERSE EXISTE EN MATIERE DE GARANTIE AUTONOME

119.- Alors qu'il n'y a pas de raison de douter de la nature contractuelle du cautionnement, la question de la nature apparemment unilatérale de la garantie autonome a été, dès le départ, au cœur des commentaires que la doctrine lui a consacrés. Les éléments de la discussion nous semblent devoir être transposés à la lettre de patronage. Ceci justifie leur examen.

120.- Dans un des premiers articles consacrés à cette nouvelle forme de sûreté qu'était la garantie dite *"indépendante"*, SIMONT posait déjà la question et estimait pouvoir y répondre en se ralliant à l'analyse de l'engagement unilatéral, *"Par identité de motifs avec les solutions admises en matière de crédit irrévocable"*[285]. Il renouvelait ce point de vue dix ans plus tard, expliquant les relations contractuelles entre le créancier (banquier) et le débiteur (donneur d'ordre), et les discussions qui en étaient le corollaire, non par référence à la nature éventuellement contractuelle de la garantie, mais en raison d'une conception *"dualiste"* de la cause de l'engagement du garant. Les relations entre créancier et débiteur sont l'un des mobiles déterminants de l'engagement unilatéral du garant, ce qui permettrait de se dispenser de toute autre acceptation de la garantie par le créancier.[286]

C'est également en faveur de l'acte unilatéral que se sont prononcés VAN OMMESLAGHE [287], VAN RIJN et HEENEN, ces derniers insistant sur le fait que, selon eux, *"L'engagement par déclaration unilatérale de volonté traduit le plus exactement les*

---

[285] L. SIMONT, "Les garanties indépendantes", *Rev. Banque*, 1983, p. 588.

[286] L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", *op.cit.*, p. 31, n° 9.

[287] "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *op.cit.*, p. 148, n° 10.

besoins de la pratique" [288]. Quant à FORIERS, il a fait de la nature unilatérale de la garantie autonome un critère pour la distinguer du cautionnement [289]. Ceci semble cependant inexact. En effet, même les auteurs qui invoquent la nature unilatérale de la garantie autonome reconnaissent qu'elle trouve parfois sa source dans un contrat. Ainsi en est-il de SIMONT, pour la contre-garantie [290], ou de VAN RIJN et HEENEN, à propos de la garantie pour connaissement manquant [291]. Ces derniers auteurs ne semblent pas s'interroger davantage sur la différence de nature qu'ils attribuent à la sûreté suivant les parties qui y interviennent (deux banques dans le cas de la contre-garantie) ou suivant l'opération principale qu'elle garantit (et alors que, précisément, la sûreté est censée être autonome). Nous nous en étonnons. Ne faut-il pas au contraire y voir l'indice de ce que la garantie autonome est bien un contrat mais que, en fonction des circonstances, la manifestation de volonté du créancier bénéficiaire varie seulement de forme et peut parfois n'être que tacite?

121.- POULLET est de ceux qui défendent la nature contractuelle de la garantie autonome, à juste titre selon nous. Dans une thèse écrite à une époque où la matière devait encore être découverte [292], mais aussi dans un article plus récent où il en actualise quelques réflexions [293], il expose les motifs de condamner la doctrine qui conçoit la garantie autonome comme un acte unilatéral:

1. Pour répondre à l'argument suivant lequel la théorie de l'acte unilatéral met à l'abri le banquier contre tout risque de révocation de la part du donneur

---

[288] J. VAN RIJN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 520, n° 656.

[289] P.A. FORIERS, "Les sûretés personnelles traditionnelles - Développements récents", *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1992, p. 151, n° 6.

[290] L. SIMONT, "Les garanties indépendantes", *op.cit.*, p. 588. La contre-garantie est celle donnée au garant lui-même s'il doit s'exécuter.

[291] J. VAN RIJN, J. HEENEN, *Principes*, *op.cit.*, p. 521, n° 656.

[292] *L'abstraction de la garantie bancaire automatique*, Thèse, Louvain-la-Neuve, 1982.

[293] "La garantie à première demande: un acte unilatéral abstrait?", *Mélanges J. PARDON*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 411 à 441.

d'ordre, POULLET se réfère à COIPEL qui, à propos du crédit documentaire, indique que ce besoin de sécurité peut être rencontré (sans qu'il soit nécessaire de faire référence à la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté) soit par une stipulation expresse en ce sens, soit à défaut par application de l'article 1135 du Code civil, au motif que l'irrévocabilité de la garantie serait conforme à l'usage [294].

2. Il y a, pour POULLET, une contradiction à invoquer le caractère unilatéral d'une garantie sur laquelle on se fonde pour en réclamer l'exécution. La demande supposerait précisément l'acceptation du créancier bénéficiaire, c'est-à-dire le concours des volontés. Ces considérations sont émises à l'occasion d'un rapide examen d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 octobre 1987 auquel nous-mêmes consacrons une note ci-après [295]. A ce stade, constatons que l'argument de POULLET rejoint l'opinion de SIMLER qui, comme nous l'avons vu à propos du cautionnement, admet que l'acceptation du créancier bénéficiaire peut être déduite des poursuites qu'il engage.

3. C'est également à la conception contractuelle que conduirait l'observation de la pratique. Et POULLET de se référer à MARTIN et DELIERNEUX qui estiment pouvoir relever que *"Le futur bénéficiaire d'une lettre de garantie prend généralement une part très active dans la rédaction de celle-ci, allant souvent jusqu'à en imposer, de manière plus ou moins incontournable, les termes et conditions"*.[296]

A ces arguments, qui reçoivent notre approbation, POULLET ajoute la contradiction qu'il y aurait selon lui *"A proclamer la valeur de la volonté isolée et en même temps à ne lui accorder d'effets juridiques que dans la mesure où elle peut rencontrer d'autres volontés*

---

[294] M. COIPEL, "La théorie de l'engagement par volonté unilatérale", *op.cit.*, p. 78.

[295] *Cf. infra* n° 123*bis*.

autour d'une commune participation à un mécanisme connu, aux effets stéréotypés..." [297]. Ce faisant, POULLET semble s'appuyer sur la nécessaire référence à une institution préexistante. Nous avons exposé les motifs de douter de la pertinence de ce critère qui ne semble d'ailleurs pas se retrouver dans la jurisprudence de la Cour de cassation [298]. Nous sommes donc peu convaincu par ce dernier argument.

122.- En revanche, il nous paraît utile de rappeler la nécessaire subsidiarité à laquelle même les auteurs partisans de la théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté en subordonnent les applications. En matière de garantie autonome, et comme nous l'avons déjà indiqué en matière de cautionnement, il n'y a aucun artifice à présumer l'acceptation, même tacite, du créancier bénéficiaire. La subsidiarité de la thèse qui tenterait de se fonder sur une déclaration unilatérale de volonté du garant, doit jouer en faveur de l'analyse contractuelle qui peut s'appuyer sur l'acceptation tacite du créancier [299].

123.- Enfin, une analyse du droit comparé fournit un dernier argument. Il semble en effet que la reconnaissance de la nature contractuelle de la garantie autonome ne ferait qu'aligner les solutions du droit belge sur celles de la plupart des droits étrangers [300]. Le titre 14 du NBW néerlandais propose une définition partielle de la garantie autonome à laquelle il applique les dispositions qui concernent la

---

[296] *Répertoire pratique du droit belge, op.cit.*, p. 569, n° 55.

[297] Y. POULLET, "La garantie à première demande: un acte unilatéral abstrait?", *op.cit.*, p. 416, n° 6.

[298] *Cf. supra* n° 102.

[299] En ce sens également : H.J. PABBRUWE, *Bankgarantie,* 4de vermeerderde druk, Deventer, Kluwer, 2000, p. 6.

[300] Voir R.I.V.F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, 2d ed., Paris-New York, ICC Publishing S.A., 1996, pp. 166 et s., qui relève le caractère isolé de la controverse belge sur ce point. A juste titre selon nous, cet auteur souligne aussi que l'article 6 des règles uniformes de la CCI (version 1991), suivant lequel « *Une garantie prend effet à la date où elle est émise sauf...* », ne peut servir d'argument car il ne semble pas avoir été adopté dans la perspective du règlement de la question ici discutée. La référence à l'*émission* ne concernerait que la date de prise d'effets, non la nature du document.

caution non professionnelle (articles 863 et 857). A aucun moment, il ne semble envisager que ces sûretés puissent être de source différente. La doctrine le confirme qui ne prétend pas faire de la nature contractuelle ou unilatérale un critère de distinction du cautionnement et de la garantie [301]. Il en est de même en droit anglais où les contrats de *guarantee* et d'*indemnity* sont distingués par la seule référence à l'opposabilité des exceptions inhérentes à la dette principale, sans douter de la nature contractuelle des engagements [302]. Tel serait encore le cas dans de nombreux autres pays [303].

Tous ces motifs nous persuadent de ce qu'à l'instar du cautionnement, la garantie autonome doit être perçue et traitée comme un contrat [304].

---

[301] G. DE VRIES, « Rapport néerlandais », *Les garanties de financement*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Journées portugaises, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 465 ; H.J. PABBRUWE, *Bankgarantie, op. cit.*, p. 6.

[302] J. O'DONOVAN, J. PHILLIPS, *The Modern Contract of Guarantee*, 3d ed., North Ryden, LBC Informations Services, 1996, p. 27. Dans le même sens : A. BOYLE, Gen. Ed., *Gore-Browne on Companies,* Vol. 1, 44 th ed., Jordans, § 17.9 .

[303] Ainsi, au moment de fournir des critères de distinction des garanties de financement examinées, les participant aux journée portugaises de l'Association H. Capitant semblent s'être exclusivement intéressés à leur caractère accessoire ou autonome - leur nature contractuelle ou éventuellement unilatérale ne paraissant à aucun moment entrer en ligne de compte. Voir I. FADLALLAH, « Rapport général », *Les garanties de financement,* Travaux de l'Association H. CAPITANT, Journées portugaises, Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 329 et s.

[304] En ce sens également: F. T'KINT, W. DERIJCKE, "La garantie indépendante à l'ombre des apparences", *Hommage à Jacques HEENEN*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 432, note 17, qui, parmi les nombreuses référence citées, font notamment référence à Com. Bruxelles, 10 janvier 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 1052.

123*bis*.-NOTE DE JURISPRUDENCE:

Dans un arrêt du 15 octobre 1987 [305], la Cour d'appel de Bruxelles a eu à connaître des faits suivants: à la suite du sauvetage de sa Cadillac (!) récupérée, grâce à l'intervention de la société A, du naufrage du navire qui la transportait, Madame D obtient de la banque B, située à Bruxelles, qu'elle garantisse *"Inconditionnellement et irrévocablement au nom de Madame D de payer au sauveteur (la société A) un montant maximum cumulé de 7.000 USD qui sera dû du fait du sauvetage du véhicule susmentionné"*.

Alors que la garantie est émise pour une durée extrêmement courte (un mois), la société A, bénéficiaire, exige une garantie d'une durée illimitée ou, tout au moins, valable un an. Elle notifie à la banque qu'à défaut d'obtenir satisfaction, elle fera immédiatement appel à la garantie, ce qu'elle fait effectivement dix jours plus tard.

Un des arguments de la banque B est de déduire de l'attitude de la société A un refus de son offre de garantie et d'en conclure qu'elle ne s'est donc jamais obligée à son égard. Par jugement du 26 juin 1986, le Tribunal de commerce de Bruxelles lui donne raison. La décision est réformée en degré d'appel, pour des motifs qu'il nous paraît utile de reproduire ici:

> *"Que l'engagement du garant est pleinement efficace indépendamment de toute acceptation par le bénéficiaire, et ce par le seul effet de l'émission de la lettre de garantie (P. VAN OMMESLAGHE, Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté, in "Les sûretés" - Feduci 1983, p. 351 - S. VELU, M. DELIERNEUX et J. LEVY-MORELLE, Les garanties payables à première demande, in "Les sûretés issues de la pratique" - Colloque U.L.B. octobre 1983, Vol. 3-1, 21); que cette règle est exprimée par le caractère unilatéral de la garantie à première demande (L. SIMONT, Les garanties indépendantes, Rev. Banque, 1983, p. 588 - VAN RIJN et HEENEN, Droit commercial III, n° 2169);*
>
> *Que dès lors, la circonstance que le bénéficiaire demande l'allongement de la durée de la garantie que le garant n'est pas disposé à lui consentir ne rend pas caduc l'engagement de celui-ci et n'interdit pas au bénéficiaire de se prévaloir de cet engagement dans les limites de la lettre de garantie; que la banque B perd de vue que dès l'émission de la garantie, elle a pris un engagement irrévocable;"*

---

[305] Bruxelles, 15 octobre 1987, *Rev. Banque*, 1988, p. 29 avec la note D. DEVOS.

Cet arrêt à suscité de nombreux commentaires et reçu l'approbation d'une abondante doctrine [306], et notamment de SIMONT qui y voit une confirmation de ce que l'explication du contrat unilatéral ne rendrait pas compte *"De tous les effets de l'obligation du banquier émetteur d'un crédit irrévocable ou d'une garantie indépendante"* [307]. Il ne précise pas cependant de quels *"effets"* il s'agit.

Tout ceci ne nous convainc pas. Comme le suggère en l'espèce POULLET, *"Ne suffit-il pas de relever que le bénéficiaire a d'autant mieux accepté la garantie émise par la banque, qu'il prétend se fonder sur elle pour en réclamer l'exécution immédiate, à défaut pour la banque d'accepter la prorogation réclamée?"*.[308]

En prônant le caractère unilatéral de la garantie autonome, la Cour d'appel a écarté toute idée d'acceptation (même tacite) du bénéficiaire. Mais comment concilier sa décision avec la règle suivant laquelle si le destinataire d'une offre (et il s'agit bien là de l'exemple type de l'acte unilatéral) la refuse, même avant l'écoulement du délai, l'offre tombe [309]? En l'espèce, la Cour a au contraire décidé de maintenir les effets de l'offre initiale, sans motiver autrement pareille dérogation à la règle précitée que par référence au *"mécanisme de la garantie à première demande"*. C'est un peu court.

Cet arrêt est resté isolé. Pour les raisons que nous avons données, il nous semble en partie erroné. Il est temps que lui soit retirée l'importance qu'une doctrine a cru - à tort nous semble-t-il - pouvoir lui réserver.

---

[306] P. VAN OMMESLAGHE, "Les sûretés nouvelles issues de la pratique - Développements récents", *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1992, p. 392. Voir aussi la note d'approbation de D. DEVOS, *Rev. Banque*, 1988, p. 31, qui précise cependant que *"Si la garantie indépendante (...) ne requiert pas l'acceptation du bénéficiaire, elle ne devrait en revanche devenir irrévocable qu'à partir du moment où la volonté de la banque, suffisamment extériorisée par l'émission de la lettre de la garantie, est parvenue à la connaissance du bénéficiaire (ou à tout le moins, dès que ce dernier a pu en prendre connaissance)"*.

[307] "L'engagement unilatéral", *op.cit.*, p. 33, n° 9.

[308] "La garantie à première demande: un acte unilatéral abstrait?", *op.cit.*, p. 415, n° 5.

[309] S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, "Les obligations: les sources (1985-1995)", *op.cit.*, p. 714, n° 73 et les références citées.

3. LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'ANALYSE CONTRACTUELLE DE LA GARANTIE AUTONOME SONT APPLICABLES A LA LETTRE DE PATRONAGE

124.- Les motifs qui justifient la reconnaissance de la nature contractuelle de la garantie autonome peuvent être appliqués, sans exception, à la lettre de patronage lorsque celle-ci est adressée à un créancier déterminé. Pour T'KINT, *"La thèse du contrat doit, ici aussi, l'emporter. Et plus sûrement encore car l'engagement que prend le signataire est, au moins tacitement, subordonné à l'avantage que le bénéficiaire se propose de procurer à sa filiale: octroi d'un crédit, conclusion d'un marché, etc."* [310]. On peut y ajouter que le contenu de la lettre de patronage, infiniment plus varié que celui de la garantie autonome, fait présumer une intervention encore plus grande de son bénéficiaire. Il paraît donc évident qu'il y a, à l'origine de la lettre, un concours des volontés. C'est d'ailleurs l'opinion partagée par les auteurs belges qui se sont prononcés sur la question [311]. La solution est en harmonie avec celle retenue dans les droits étrangers [312].

---

[310] F. T'KINT, *Sûretés, op.cit.*, p. 438, n° 866.

[311] A. VERBEKE, D. BLOMMAERT, "Patronaatsverklaringen", *Voorrechten en hypotheken - Grondige studies 2*, Bruxelles, Kluwer, 1996, p 3 ; P. WAUTELET, "Patronaatsverklaring in het Internationale Privaatrecht", *Jura Falconis*, 1996-1997, p. 326. Même SIMONT défend ici l'analyse contractuelle, qui lui paraît *"De fait correspondre le mieux à la volonté des parties"* ; "Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent", *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, p. 295. En jurisprudence, voir Gand, 15 novembre 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 509 avec la note A. VERBEKE, "De kameleon der zekerheidsrechten: over interpretatie van patronaatsverklaringen". Cet arrêt est commenté ci-dessus. *Cf. supra* n° 72*bis*. *Contra* : Bruxelles, 12 janvier 1993, *Pas.*, 1993, II, p. 142, qui semble disposé à retenir l'engagement par déclaration unilatérale, comme source des obligations résultant de la lettre de patronage, moyennant l'adhésion à une institution préexistante.

[312] Ainsi, le droit anglais fait du concours des volontés un élément essentiel des *guarantees*, quel que soit leur type en ce compris les lettres de confort ; *Halsbury's Laws of England*, Vol. 20, Butterworths, London, 1993, p. 65 ; M. ELLAND-GOLDSMITH, « Comfort Letters (...) », *op.cit.*, p.537, n°23. La recherche de la volonté *commune* est particulièrement mise en évidence dans le contentieux anglais que nous avons évoqué à propos des engagements moraux. *Cf. supra* n° 42 à 45. En droit français, on déduit de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1987 (le premier à avoir été rendu par la Cour de cassation en matière de patronage), *Bull. civ.*, IV, n° 281, p. 210 ;

L'analyse contractuelle ne s'applique pas lorsque la lettre s'adresse à des bénéficiaires indéterminés, ce que nous avons appelé ci-dessus une *"annonce"* de patronage. Les particularités du régime qui lui est applicable ont déjà été examinées. Nous y renvoyons le lecteur [313].

125.- Sauf dans cette dernière hypothèse, la nature contractuelle de la lettre permet donc de lui appliquer, non seulement toutes les conséquences identifiées au paragraphe 2 ci-dessus [314], mais aussi - de manière générale - toutes les solutions dérivant de la nature contractuelle des autres sûretés personnelles (cautionnement et, à notre sens, garantie autonome). La cohérence que ce constat introduit en la matière ne nous paraît pas être le dernier argument en faveur de l'analyse contractuelle qui doit y être privilégiée.[315] Elle est d'ailleurs la seule compatible avec la requalification de la lettre de patronage en cautionnement lorsque la lettre a pour but de contraindre l'émetteur à se substituer à la société patronnée dans l'exécution de ses obligations.

Rev.soc., 1988, p. 398 avec la note H. SYNVET ; *Sem. Jurid.*, Ed. G, n° 45, 21113, avec les conclusions de l'avocat général M. MONTANIER ; *D.*, Jurisprudence, 1989, p. 112 avec la note J.-P. BRILL, que, pour être source d'obligations, la lettre doit avoir été acceptée par son destinataire. La doctrine admet que cette acceptation soit tacite, "*Résultant de la mise à disposition de la filiale des concours à l'occasion duquel (sic) a été obtenue la lettre d'intention*". Cela correspondrait à la pratique bancaire la plus généralement admise. Voir aussi X. BARRE, *La lettre d'intention*, Paris, Economica, 1995, pp. 75 et s., qui fait cependant une réserve pour *l'engagement d'honneur*, considéré comme engagement unilatéral dénué d'effets juridiques ; A. CERLES, « La lettre d'intention dans les pratiques bancaires », Dossier : Lettres d'intention - De l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé , *Droit & Patrimoine*, 1999, n° 67, p. 60. Pour une décision récente confirmant la nature contractuelle de la lettre, voir Cass. com., 18 avril 2000, *JCP*, 2000, p. 2007 avec la note L. LEVENEUR; *D.*, 2000, p. 257 avec les observations J. FADDOUL, et l'importance que la Cour y accorde à la « *commune intention des parties* ». Le droit allemand retient également la nature contractuelle: P. FRANKEN, « The force of comfort letters under German law », *Int. Fin. Law Rev.*, 1985, vol. IV, n° 6, p. 15.

[313] *Cf. supra* n° 87 à 90.

[314] *Cf. supra* n° 104 à 113.

[315] Ceci vaut aussi pour la garantie autonome, si proche du cautionnement lorsqu'il est *"dénaturé"* en raison des dérogations apportées aux règles supplétives du Code civil dans le sens des intérêts du créancier bénéficiaire.

126.- Démontrer la nature contractuelle de la lettre de patronage, c'est souligner la participation de son bénéficiaire à son émission. La remarque prend toute sa pertinence dès lors qu'il ressort de nos précédents commentaires que seule la rédaction minutieuse d'un document exprimant l'exacte portée de la garantie voulue et acceptée permet de concilier la souplesse qui caractérise la lettre de patronage et la sécurité juridique qui peut lui être attachée (sécurité dont nous faisons un des objectifs de la thèse). L'importance de la reconnaissance d'un *concours* des volontés (et par conséquent, de la nécessité d'en référer à la volonté *commune* des parties [316]) est encore accentuée par la nature en principe autonome de l'engagement que nous démontrons ci-après au Chapitre 4. L'autonomie de la lettre suggère en effet son interprétation littérale. Sa rédaction n'en paraît que plus fondamentale.

127.- Enfin, la participation du créancier bénéficiaire à la création de la lettre de patronage sera au cœur des liens que nous tenterons d'établir entre la lettre et les tempéraments au principe de la personnalité juridique distincte des sociétés faisant partie d'un groupe (Chapitre 6). Dans cette perspective, il était indispensable de vérifier la nature contractuelle de la lettre de patronage. Nous espérons qu'elle apparaît désormais confirmée.

---

[316] Voir les références en note ci-dessus. *Cf. supra* n° 124.

§4. LA LETTRE DE PATRONAGE CONSTITUTIVE DE STIPULATION POUR AUTRUI

128.- Reconnaître systématiquement à la lettre de patronage la nature d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté aurait permis dans certains cas d'en étendre le cercle des bénéficiaires. En particulier, il aurait été possible d'en inférer, indépendamment de toute acceptation, la volonté de l'émetteur de faire naître des droits dans le chef d'autres créanciers que le créancier éventuellement désigné et, pourquoi pas, dans le chef de la société patronnée.[317] Nous avons exposé les raisons pour lesquelles c'est l'analyse contractuelle qui doit prévaloir.

Mais, ce qui ne peut être obtenu par la thèse de l'engagement unilatéral, ne peut-on le déduire du *contrat de patronage* dont on constaterait, lorsqu'il comporte un engagement de faire dont profite la société patronnée, qu'il est constitutif d'une stipulation pour autrui? Tant en ce qui concerne leurs conditions que leurs effets, de nombreuses similitudes peuvent être établies entre les deux mécanismes:

1. CONDITIONS

A. Un intérêt dans le chef du stipulant (le créancier bénéficiaire de la lettre de patronage ?)

129.- La condition est remplie chaque fois que c'est en contrepartie de l'intérêt qu'il puise dans l'émission de la lettre de patronage que le créancier bénéficiaire accepte d'octroyer ou de maintenir un crédit à la société patronnée, de conclure un marché avec elle, etc... Il peut d'autant plus en être ainsi qu'en matière

---

[317] En ce sens: M. COIPEL, Y. POULLET, *Les lettres de patronage, op.cit.*, p. 170, n° 250, qui n'évoquent la possibilité que pour la réfuter aussitôt.

de stipulation pour autrui, on admet qu'un intérêt simple, indirect ou même simplement moral, suffit.[318]

B. Un contrat entre le promettant (l'émetteur de la lettre de patronage ?) et le stipulant

130.- C'est précisément l'existence de ce contrat que nous avons démontrée au paragraphe qui précède, lorsque la lettre est adressée à un bénéficiaire déterminé. La stipulation pour autrui en serait l'accessoire [319]. Ce caractère accessoire de la stipulation pour autrui ne la soustrait pas aux conditions de validité de l'article 1108 du Code civil qui doivent également être rencontrées en ce qui la concerne, indépendamment des conditions de validité du contrat principal lui-même [320].

C. Un tiers bénéficiaire (un autre créancier; la société patronnée ?)

131.- C'est à tort que l'on invoquerait ici le fait que le tiers (un autre créancier que celui à qui la lettre de patronage est adressée, ou la société patronnée)

---

[318] J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, "Les obligations - Les effets du contrat", Paris, L.G.D.J., 1992, p. 812, n° 830, p. 816, n° 837.

[319] L'existence d'un contrat principal est une des conditions essentielles de la stipulation pour autrui. P. JADOUL, "La stipulation pour autrui", *Les effets du contrat à l'égard des tiers - Comparaisons franco-belges*, sous la direction de M. FONTAINE et J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 414, n° 13, mentionne un arrêt de la Cour d'appel de Mons du 28 mars 1979, *Pas.*, 1979, II, p. 74, qui aurait admis que la stipulation d'une charge dans un testament constitue une stipulation se greffant non sur un contrat, mais sur un acte unilatéral. La référence est en partie erronée car la Cour précise: *"Que c'est en général (à la notion de stipulation pour autrui) que l'on a recours pour qualifier le legs particulier avec charge au profit des tiers (...); qu'il serait plus correct de dire que c'est l'*équivalent *d'une stipulation pour autrui, puisque la charge ne trouve pas son origine dans un contrat".*

ne serait pas mentionné lors de l'émission. On admet en effet que la stipulation pour autrui peut être émise au profit d'un tiers indéterminé, du moment que ce tiers soit déterminable au moment où la stipulation sort ses effets [321]. DE PAGE précise que ce doit l'être autrement que par la seule volonté du stipulant. [322]. L'acceptation du tiers bénéficiaire (dont on admet qu'elle n'est soumise à aucune exigence de forme et peut même être tacite [323]) est sans incidence quant à la validité de la stipulation pour autrui. Elle a cependant pour effet de rendre cette dernière irrévocable. L'acceptation peut émaner des héritiers du bénéficiaire, mais non de ses créanciers [324].

2. EFFETS

A. Un droit direct dans le chef du tiers bénéficiaire

132.- La stipulation pour autrui ouvre dans le chef du tiers bénéficiaire un droit de créance contre le promettant, dont il peut poursuivre l'exécution en justice [325]. En matière de lettre de patronage, on retrouverait ce droit de créance dans l'hypothèse où ce serait la société patronnée qui l'invoquerait à son profit. La particularité de la lettre de patronage qui ne contient qu'un engagement de faire est en effet de ne susciter aucun enrichissement direct du patrimoine du destinataire de la lettre. Pour rappel, en s'engageant par exemple à mettre à la disposition de sa filiale

---

[320] Ainsi, la stipulation doit avoir une cause licite, indépendamment de la cause du contrat principal dont elle n'est que l'accessoire. Voir: P. JADOUL, "La stipulation pour autrui", *op.cit.*, p. 414, n° 15.

[321] *Ibidem*, p. 416, n° 21; J. GHESTIN, *Traité*, *op.cit.*, p. 823, n° 843.

[322] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 665, n° 673.

[323] J. GHESTIN, *Traité*, *op.cit.*, p. 838, n° 857; H. DE PAGE, *Traité*, *op.cit.*, p. 670, n° 680-681.

[324] P. JADOUL, "La stipulation pour autrui", *op.cit.*, p. 418, n° 25.

[325] Cass., 4 janvier 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 524; *J.T.*, 1989, p. 59; *J.T.T.*, 1988, p. 251; *R.W.*, 1988-1989, p. 90.

les moyens nécessaires, la mère ne s'oblige pas, en cas de défaillance, à payer elle-même le créancier [326].

L'effet de paiement du tiers bénéficiaire ne se retrouverait pas dans l'hypothèse où ce serait non la société patronnée, mais un créancier autre que le créancier destinataire de la lettre qui tenterait de s'en prévaloir. La mise en œuvre de la garantie (engagement de faire) ne pourrait conduire à l'enrichissement direct du patrimoine de cet autre créancier [327]. Admettre le contraire conduirait au résultat (absurde) que ce dernier aurait plus de droits que le créancier destinataire de la lettre. A ce stade, il échet donc de constater que la possibilité d'une stipulation pour autrui serait limitée aux seuls cas où c'est *la société patronnée* qui l'invoque à son profit.

B. Un droit d'action dans le chef du stipulant (le créancier bénéficiaire de la lettre de patronage)

133.- Même si le créancier bénéficiaire ne puise pas dans l'émission de la lettre de patronage un droit au paiement direct (concrètement, la lettre ne profite qu'au patrimoine de la société patronnée), il dispose cependant du droit d'agir contre l'émetteur de la lettre pour obtenir l'exécution, au besoin forcée, de ses engagements. Telle est également la solution applicable en matière de stipulation pour autrui où on reconnaît au stipulant le droit d'agir soit en résolution, soit en exécution (en nature ou en équivalent) à l'encontre du promettant.[328]

---

[326] Il en va autrement si la mère s'engage aussi à se substituer à sa filiale défaillante. Dans cette hypothèse, il ne s'agit plus d'une lettre de patronage, mais bien d'un véritable cautionnement. *Cf. supra* n° 11 - 12.

[327] Sans préjudice à la responsabilité extra-contractuelle de l'émetteur que les tiers pourraient tenter de faire reposer sur l'émission ou l'exécution de la lettre (responsabilité d'administrateur de fait ou de dispensateur de crédit). Cette question est étudiée au Chapitre 6 ci-après.

[328] J. GHESTIN, *Traité, op.cit.*, p. 845, n° 863 et les références citées.

Si l'exécution en nature n'est plus possible, DE PAGE précise que *"Les dommages-intérêts ne seront calculés qu'en fonction du préjudice que le stipulant subit* personnellement *en raison de l'inexécution de la stipulation pour autrui, et non de celui que subit le* tiers".[329] La sanction de l'action en exécution de la stipulation pour autrui est donc bien identique à celle de la lettre de patronage.

3. ENJEUX

134.- La reconnaissance, dans le chef de la société patronnée, du droit d'exiger elle-même l'exécution de la lettre de patronage, irait à l'encontre de l'opinion généralement admise [330]. Certes, la question ne se pose pas tant que la société patronnée reste sous l'autorité de l'émetteur [331]. Mais qu'en sera-t-il en cas de changement de contrôle ou de déclaration de faillite de la filiale? La reconnaissance du caractère en principe autonome de la lettre de patronage (tel que nous le démontrons au chapitre suivant) nous fait admettre, dans ces circonstances, le maintien des engagements qu'elle contient. On aperçoit l'importance de la question. Par ailleurs, il faudrait également admettre que, comme en matière de stipulation pour autrui, l'acceptation par la filiale (ses nouveaux administrateurs ou son curateur) de la lettre émise à son profit -acceptation soumise à aucune exigence de forme et pouvant même être tacite - aurait pour effet de la rendre irrévocable.

---

[329] H. DE PAGE, *Traité*, *op.cit.*, p. 678, n° 700.

[330] *Les lettres de patronage*, *op.cit.*, p. 195, n° 283; E. DIRIX, "Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid", *T.P.R.*, 1988, p. 327, n° 7. En 1983, VAN OMMESLAGHE estimait pouvoir constater que, dans certains cas, la société filiale serait autorisée à se prévaloir elle-même de la lettre de patronage *"Sans qu'on puisse y voir une stipulation pour autrui"*. Il l'expliquait alors par référence à l'engagement par volonté unilatérale, "Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté", *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, Feduci, 1984, p. 352. Nous avons vu ci-dessus que c'est l'analyse contractuelle qui devrait prévaloir.

[331] Encore que, même dans cette hypothèse, les actionnaires minoritaires pourraient reprocher aux majoritaires de ne pas exercer à l'égard de l'émetteur de la lettre de patronage les droits dont la société patronnée dispose. Et les créanciers de la société patronnée (par hypothèse non bénéficiaires de la lettre) ne le pourraient-ils pas également par le biais de l'action oblique?

4. DISCUSSION ET CONCLUSION

135.- Les enjeux de la question étant ainsi posés, on ne peut que s'étonner de la sobriété des développements qui lui ont jusqu'à présent été consacrés.

En 1982, BELLIS admettait que la lettre de patronage puisse être analysée comme une stipulation pour autrui, *"La banque stipulante obtenant de la société-mère promettante que celle-ci s'engage au profit de la filiale, tiers bénéficiaire, à lui prêter l'assistance de gestion ou l'assistance financière qui font l'objet de la lettre de patronage"* [332]. Il précisait que les droits directs de la filiale ne feraient aucun doute dans l'hypothèse, *"à conseiller"*, où la lettre prendrait la forme d'un accord tripartite entre maison-mère, filiale et organisme prêteur. C'est certainement vrai. La pratique est autre.

Dans leur dernière chronique de jurisprudence, STIJNS, VAN GERVEN et WERY remarquent à propos de la lettre de patronage que *"Ce type d'engagement peut prendre également la forme d'un contrat ou d'une stipulation pour autrui"* [333]. Ils ne fournissent cependant aucune autre explication.

En 1983, MEINERTZHAGEN et DELIERNEUX estimaient pouvoir constater que *"Lorsque la société mère s'engage à veiller à la solvabilité de sa filiale envers la banque, il lui suffira de payer celle-ci pour s'acquitter de ses obligations. La solution serait cependant différente si la lettre de patronage contenait une stipulation pour autrui au profit des autres créanciers de la masse"* [334]. Nous avons vu pourquoi cette solution ne pouvait pas être retenue, la stipulation ne pouvant éventuellement être invoquée que par la société patronnée [335].

---

[332] M. BELLIS, "Typologie des lettres de patronage", *Rev. Banque*, 1982, p. 224.

[333] "Les obligations: les sources (1985-1995)", *op.cit.*, p. 708, n° 49.

[334] "Les lettres de patronage", *Les sûretés issues de la pratique*, Centre de droit privé et de droit économique de l'U.L.B., 1983, K.21.

[335] *Cf. supra* n° 132.

Plus récemment, VERBEKE et BLOMMAERT excluaient toute qualification de stipulation pour autrui *"Gelet op de afwezigheid van een basiscontract waaruit de wilsuiting van de emittent blijkt om een eigen recht te doen ontstaan in hoofde van zijn filiaal"* [336]. Là est effectivement le cœur du problème. Le propos de ces auteurs ne peut cependant être reçu sans nuance dès lors qu'on examine les conditions dans lesquelles doctrine et jurisprudence estiment pouvoir constater la volonté du stipulant de stipuler non à son profit mais au profit du tiers.

136.- Tout en insistant sur le fait que cette volonté ne peut faire l'objet du moindre doute, DE PAGE doit bien admettre qu'il s'agit d'une question d'interprétation, *"Qui dépend par conséquent des circonstances"* [337]. Les exemples qu'il donne révèlent le rôle déterminant de ces dernières, conduisant à imputer à un prétendu stipulant une volonté qui ne l'animait probablement pas. Nous avons ainsi relevé:

- La clause par laquelle une société obtient de l'Etat l'engagement d'assumer la rémunération des obligations représentatives d'un emprunt contracté par elle, les porteurs des obligations étant ultérieurement considérés comme les tiers bénéficiaires d'une stipulation à leur profit [338].

- Le contrat en vertu duquel un hôpital stipule d'un organisme la fourniture de sang humain pour en opérer la transfusion à l'un des malades soignés dans

---

[336] "Patronaatsverklaringen", *op.cit.*, p. 42, n° 37. Ils ajoutent que cette qualification est d'autant moins possible lorsque la lettre de patronage trouve sa source dans une déclaration unilatérale de volonté. Nous ne pouvons que les suivre sur ce point.

[337] H. DE PAGE, *Traité, op.cit.*, p. 650, n° 654.

[338] Bruxelles, 24 mai 1933, *Pas.*, 1933, II, p. 197. La Cour y admet qu'en assignant l'Etat, les porteurs des obligations ont tacitement accepté la stipulation.

l'établissement [339], ce dernier étant ensuite considéré comme bénéficiaire d'une stipulation pour autrui [340].

137.- GHESTIN précise que la volonté de stipuler au profit du tiers *"Souverainement appréciée par les juges du fond, n'a pas à être exprimée en termes formels. Elle peut ainsi résulter de l'interprétation de la convention et même être tacite"* [341]. Ceci l'amène à refuser l'importance, excessive selon lui, qui serait attachée au fait que, dès l'origine, le stipulant et le promettant auraient voulu agir au profit d'autrui. Et de constater que *"La jurisprudence a utilisé le mécanisme de la stipulation pour autrui tacite pour rendre le tiers bénéficiaire créancier du promettant, alors que ni ce dernier, ni même le stipulant n'avaient initialement envisagé une créance au profit d'un tiers bénéficiaire"* [342].

Suivant JADOUL, « *La pratique contemporaine ne peut plus se contenter de la reconnaissance limitée et 'alternative' de la stipulation pour autrui. Ce mécanisme n'a plus rien du caractère exceptionnel que les auteurs du Code Napoléon ont condescendu à lui consentir. La multiplicité des hypothèses d'application de la stipulation pour autrui ne peut qu'amener à*

---

[339] Cass. fr., 17 décembre 1954, *Sem. jur.*, 1955, n° 8490.

[340] Dans ce dernier exemple, on peut facilement faire la comparaison avec la lettre de patronage par laquelle une société mère s'engagerait à l'égard d'un créancier à mettre à la disposition de sa filiale les moyens financiers de faire face à ses obligations (et ce même si les faits de la décision évoquée sont plutôt anecdotiques).

[341] *Traité, op.cit.*, p. 819, n° 841. Dans le même sens: Cass., 3 février 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 638; Liège, 20 avril 1972, *Bull.Ass.*, 1973, p. 447.

[342] *Traité, op. cit.*, p. 569, n° 584. Il constate cependant que la jurisprudence contemporaine aurait tendance à ne plus l'accepter aussi facilement, *ibidem*, p. 819, n° 841. Au contraire, le droit néerlandais semble abandonner l'exigence d'une volonté expresse. Voir J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, Deventer, Kluwer, 1995, p. 50 : « *Als partijen zich niet duidelijk hebben uitgesproken, moeten andere gegevens ophelderen of de overeenkomst dat merk* (dat van een overeenkomst met derdenbeding) *draagt.(...). Vaak zal de achterliggende verhouding tussen stipulator en derde de sterke invloed uitoefenen, met name indien in de overeenkomst is verdisconteerd dat het derdenbeding mede met het oog op die betrekking tot stand is gekomen* ». Transposé à notre matière, ceci signifierait l'importance des relations entre le créancier et la société patronnée pour la constatation de la stipulation pour autrui.

reconnaître le rôle essentiel rempli par ce mécanisme juridique dans les matières les plus diverses » [343]. L'évolution est identique à l'étranger, et notamment aux Pays-Bas où HARTKAMP estime pouvoir constater : « *Uit de jurisprudentie blijkt, welk een voorname functie het derdenbeding in het economisch verkeer vervult en welke vlucht dit instituut heeft genomen* » [344]. En Belgique, des décisions récentes témoignent de la prudence avec laquelle, à juste titre, la stipulation pour autrui doit être admise [345]. Des exemples suffisamment nombreux établissent cependant sa nécessité sociale [346] et, dans de nombreux cas, l'opportunité de sa reconnaissance [347].

138.- Notre point de vue est de considérer que le droit propre de la société patronnée, trouvant sa source dans un contrat de patronage constitutif de stipulation pour autrui, n'est pas l'impossibilité juridique que croient reconnaître de nombreux auteurs [348]. Il faut selon nous lui substituer une appréciation beaucoup plus nuancée:

---

[343] P. JADOUL, "La stipulation pour autrui", *op.cit.*, p 429, n° 49.

[344] A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht*, Deel II « Algemene leer der overeenkomsten », Deventer, Tjeenk Willink, 1997, p.412, n° 420. Il donne l'exemple d'un engagement de subordination de créance contenant une stipulation au profit du créancier qui en bénéficie.

[345] Ont ainsi refusé de la constater à défaut d'intention suffisamment établie en ce sens: Liège, 5 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 518 avec observations J.-F. J.; Com. Bruxelles, 22 juin 1992, *R.P.S.*, 1993, p. 36; Bruxelles, 29 mars 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1120 avec la note J.-F. JEUNEHOMME, "La cession de dettes". Dans ce dernier cas, relatif à une cession de participation, il fût constaté que le cessionnaire n'avait pas eu l'intention de s'engager à l'égard des créanciers de l'entreprise cédée. La motivation de la décision repose surtout sur le fait que, de l'accord avec le cédant, il ressortait que ce dernier avait stipulé *à son profit* en obtenant du cessionnaire qu'il le garantisse de ses débours faits ou à faire en faveur de ses créanciers. Voir cependant Mons, 7 décembre 1998, *J.T.*, 1999, p. 169, qui relève qu'une stipulation pour autrui *implicite* est généralement admise dans les contrats d'assurance "Accidents".

[346] En ce sens: P. JADOUL, "La stipulation pour autrui", *op.cit.*, p. 411, n° 7 et les références citées.

[347] Voir Cass., 21 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 175, à propos de la clause d'un cahier de charges relatifs à des travaux publics prévoyant que les factures des sous-traitants seraient directement payées par la commune. La Cour admet que la volonté de l'entrepreneur y soit interprétée dans le sens d'une stipulation au profit des sous-traitants. Voir également nos références ci-dessus à propos du caractère éventuellement tacite de la stipulation.

[348] Voir par exemple : X. BARRE, *La lettre d'intention*, Paris, Economica, 1995, p. 102, n° 165.

ce sera une question de fait, d'interprétation, de circonstances. La société patronnée étant tiers au contrat de patronage, elle pourra établir la stipulation, et les droits qui en découlent pour elle, par tous moyens de droit [349].

Les commentaires qui précèdent surprendront peut-être. En France, où nous avons vu que l'acceptation (tacite) du créancier bénéficiaire du cautionnement pouvait être présumée, on admet aussi qu'il invoque à son profit le simple accord entre la caution et le débiteur. Et on l'explique précisément par le mécanisme de la stipulation pour autrui [350]. C'est dans le même sens qu'il faut mentionner la distinction de SCHNEIDER entre les « *Konzernexterne Patronatserklärungen* » et les «*Konzerninterne Patronatserklärungen* », ces dernières ouvrant des droits dans le chef de tiers sur le seul fondement d'une déclaration de l'émetteur adressée de la société patronnée [351] . Ces exemples tirés du droit comparé illustrent à tout le moins la facilité avec laquelle une stipulation pour autrui peut être admise en droit des sûretés [352].

139.- Ceci étant dit, la possibilité *juridique* d'une stipulation pour autrui paraît effectivement contraire à la matière avec laquelle la *pratique* conçoit le plus

---

[349] S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, "Les obligations: les sources (1985-1995)", *op.cit.*, p. 747, n° 164; Liège, 7 décembre 1988, *J.T.*, 1989, p. 107, qui précise que les articles 1325, 1326 et 1341 du Code civil sont inapplicables. Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 12 janvier 1993, *Pas.*, 1993, II, p. 142, où la question a expressément été posée. En l'espèce, la Cour refusa la stipulation à défaut d'intention en ce sens.

[350] En ce sens notamment: Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, *op.cit.*, p. 128, n° 131: *"(Le débiteur) aura stipulé à la fois pour lui-même, la fourniture de la garantie étant la condition de l'obtention de l'avantage escompté du créancier, et pour celui-ci, bénéficiaire direct de cette garantie. Le schéma de la stipulation pour autrui, tel qu'il est prévu à l'article 1121 du Code civil, est parfaitement constitué. "*

[351] U.H. SCHNEIDER, « Patronatserklärungen gegenüber der Allgemeinheit », *ZIP*, 1989, p. 623, qui justifie la solution par référence à la communication de la lettre et la confiance qu'elle peut légitimement susciter.

[352] Dans ces exemples, c'est cependant le créancier qui s'en prévaut, et non le débiteur lui-même.

souvent la lettre de patronage [353]. Dans de nombreux cas, cette dernière a pour objet de donner une portée précise et une forme éventuellement plus contraignante à l'appui institutionnel d'une société mère au sein d'un groupe de sociétés. Force est de constater que ce n'est qu'avec prudence que le droit accepte de prendre en compte la dynamique de groupe et les droits et obligations entre sociétés liées qui en sont les corollaires:

- Dans des conditions strictes qui seront examinées au Chapitre 5, l'effet de groupe permet de légitimer les *engagements* pris par une société au profit d'une autre (c'est notamment la question du nécessaire respect de l'intérêt social, interprété en fonction de l'intérêt de groupe).

- Dans des cas exceptionnels qui seront étudiés au Chapitre 6, l'effet de groupe autorise parfois les créanciers à prétendre à une *responsabilité* de la société mère pour les dettes d'une de ses sociétés filiales.

- Par contre, nous n'avons pas connaissance d'exemple où, en l'absence de dispositions spéciales en ce sens [354], l'effet de groupe ouvrirait *dans le chef des sociétés filiales* des droits spécifiques à l'égard de leur société mère [355].

---

[353] En droit allemand, L. MICHALSKI, « Die Patronatserklärung », *Wertpapier Mitteilungen*, 1994, p. 1238, la désigne comme une stipulation pour autrui non authentique (« *unechten Vertrag zugunsten Dritter* ») précisément parce qu'elle ne ferait pas naître de droit propre dans le chef de la société patronnée .

[354] Voir l'exemple du § 302 de l'AktG que nous commentons au n° 267 ci-après.

[355] Sur ce point, on évoquera cependant l'analogie tentée par certains auteurs entre les droits et obligations intra-groupe et les droits et obligations naturels qui résultent des liens de filiation entre personnes physiques. Cette analogie nous semble artificielle. Voir à ce propos X. BARRE, *La lettre d'intention*, *op.cit.*, pp. 65 et s.

Dans pareil contexte, on ne pourrait que reconnaître le caractère exceptionnel de la lettre de patronage interprétée dans le sens d'une stipulation pour autrui faisant naître des droits dans le chef de la société patronnée elle-même. Dans la mesure où, juridiquement parlant, la perspective ne peut être exclue – et on imagine son acuité dans l'hypothèse d'une faillite de la société patronnée dont les organes seraient dessaisis au profit d'un curateur – l'émetteur de la lettre de patronage sera bien inspiré de régler contractuellement cette question. Ce le sera probablement par la mention expresse de ce qu'en aucun cas, la société patronnée ne peut se prévaloir directement ou indirectement [356] de la lettre émise au profit d'un ou de plusieurs de ses créanciers. C'est à tout le moins l'opportunité de la clause en ce sens - lorsque telle est l'intention de l'émetteur - qu'établiraient nos commentaires.

140.- Les groupes de sociétés seront au centre du Chapitre 6 consacré au principe de la personnalité juridique distincte des sociétés et aux tempéraments qui lui sont apportés par la jurisprudence. Nous y ferons la distinction suivant que cela concerne le créancier bénéficiaire de la lettre de patronage ou les autres tiers. La question de la stipulation pour autrui était l'occasion de déjà régler le sort de la société patronnée. Elle s'inscrit dans la perspective de la troisième idée-force de la thèse suivant laquelle la lettre de patronage est de nature à partiellement compenser l'absence de droit des groupes de sociétés en déterminant - avec une précision inégalée en droit de sûretés - les droits et obligations de la société mère.

Les effets qui peuvent ici être reconnus à la lettre de patronage reposent exclusivement sur l'originalité du mécanisme où l'émetteur s' engage, à l'égard du créancier bénéficiaire, à une obligation de faire en faveur de la société patronnée. Cette circonstance ne se retrouve pas dans les autres sûretés personnelles que sont les contrats de cautionnement et de garantie autonome où la caution ou le garant s'engage à une obligation (accessoire ou autonome) de paiement direct du créancier

---

[356] On songe ici à l'hypothèse de l'action oblique par laquelle la société patronnée tenterait de récupérer les droits du créancier bénéficiaire inactif. Nous reconnaissons que l'hypothèse est un

bénéficiaire. Il ne semble pas possible d'y attacher une quelconque influence sur la reconnaissance (ou au contraire l'exclusion) des obligations de la caution ou du garant (la société mère) envers le débiteur (la filiale) [357], ce que la lettre de patronage permet au contraire d'envisager.

peu théorique.

[357] Sinon sous l'angle du recours *après* paiement. *Cf. supra* n° 18 à 20, 30.

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE:

- Cautionnement

BLOMKWIST, J.W.H., *Borgtocht*, Deventer, Kluwer, 1998, 76 p.

FORIERS, P.-A., « Le cautionnement et la responsabilité du banquier donneur de crédit », note sous Bruxelles, 27 septembre 1978, *R.D.C.*, 1979, pp. 281 à 286.

GEORTAY, P., "Réaffirmation du caractère accessoire du cautionnement: un arrêt en trompe-l'œil?", note sous Cass., 16 décembre 1994, *J.T.*, 1996, pp. 853 à 862.

MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *Répertoire pratique du droit belge*, V° "Cautionnement", Complément t. V, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 128 à 201.

MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., « Le cautionnement partiel : un accessoire gênant », *R.D.C.*, 1998, pp. 719 à 723

SIMLER, Ph., *Cautionnement et garanties autonomes*, 3ème éd., Paris, Litec, 2000, 983 p.

SIMONT, L., BRUYNEEL, A., "Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier", note sous Cass., 7 janvier 1972, Bruxelles, 23 février 1973, *R.C.J.B.*, 1974, pp. 211 à 237.

WESSELS, B., *Borgtocht in het nieuwe vermogensrecht*, NIBE - Bankjuridische Reeks, n° 19, 1994, 33 p.

- Déclaration unilatérale de volonté [358]

COIPEL, M., « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », note sous Cass., 18 décembre 1974, *R.C.J.B.*, 1980, pp. 65 à 92.

CORNELIS, L., « Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten », *R.D.C.*, 1983, pp. 6 à 47.

---

[358] Voir aussi le V° Obligations - généralités en fin de Chapitre 2.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3ème éd., Bruxelles, Bruyant, 1967, pp. 65 à 67.

JESTAZ, Ph., « L'engagement par volonté unilatérale », *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruyant, Paris, Dalloz, 1994, pp. 3 à 16.

SIMONT, L., "L'engagement unilatéral", *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruyant, Paris, Dalloz, 1994, pp. 17 à 46.

VAN OMMESLAGHE, P., "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *J.T.*, 1982, pp. 144 à 149.

VAN RIJN, J., "L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial", *J.T.*, 1984, pp. 129 à 132.

CHAPITRE 4 - L'AUTONOMIE DE PRINCIPE DE LA LETTRE DE PATRONAGE

SOMMAIRE:

La cause, au sens de mobile déterminant entré dans le champ contractuel, peut être entendue des relations entre le garant et le débiteur principal, des relations entre ce dernier et le créancier, ou des deux types de relations. Cette dernière conception est celle que nous défendons et nous l'étendons à toute la matière des garanties personnelles. Elle nous permet d'appuyer la distinction entre la *simple* abstraction du cautionnement *accessoire* (la caution ne peut invoquer ses relations avec le débiteur principal, mais elle n'est tenue que dans la mesure où le débiteur l'est également) et la *double* abstraction de la garantie *autonome* (le garant est tenu, quelles que deviennent ses relations avec le débiteur principal et quoi que doive ce dernier).

Nous démontrons ci-après que, la lettre de patronage étant un contrat (voir le Chapitre 3), les deux parties disposent de la liberté d'organiser conventionnellement le degré d'abstraction de leur garantie et partant son caractère accessoire ou autonome. A défaut de manifestation de leur volonté, nous expliquons que, par analogie avec les autres sûretés personnelles, le caractère accessoire ou autonome de la lettre est fonction de l'objet de l'obligation mise à charge de l'émetteur. Dans la « vraie » lettre de patronage (celle qui ne peut pas être assimilée à un cautionnement parce que l'émetteur n'entend pas se substituer à la société patronnée dans l'exécution de ses obligations), l'objet de la lettre est distinct de celui de l'obligation garantie: il y a donc *autonomie*.

L'autonomie de principe reconnue à la lettre de patronage a des conséquences importantes. Sauf convention contraire, sa mise en œuvre ne devrait pas être subordonnée à la preuve préalable de la défaillance financière de la société patronnée et l'émetteur n'aurait pas la possibilité de se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette. Il est probable que, dans de nombreux cas, l'autonomie de principe de la lettre de patronage compense avantageusement le côté apparemment peu contraignant de sa formulation.

Nous terminons ce chapitre par une tentative de définition de la lettre de patronage susceptible de satisfaire l'appétit du juriste conceptualisateur.

§1. NOTIONS : ACCESSOIRE, AUTONOME, ABSTRAIT

141.- Réfléchir sur le caractère accessoire ou autonome de la lettre de patronage oblige de reprendre (mais nous ne le ferons que dans la mesure du nécessaire) les nombreux commentaires que la doctrine a déjà consacrés à la notion de cause. C'est par rapport à elle que se mesure l'abstraction d'un acte juridique. Les notions d'accessoire, d'autonome et d'abstrait sont indissociablement liées, comme nous l'expliquerons plus loin, mais elles ne peuvent être confondues. Une tentative de clarification est nécessaire. Elle seule permettra de mesurer les conditions et les conséquences de l'autonomie qui, selon nous, caractérise les lettres de patronage. Concrètement, la question ne concerne que les lettres qui contiennent des engagements juridiques.

1. LA CAUSE

142.- Doctrine et jurisprudence s'accordent désormais sur la définition qu'en a proposée VAN OMMESLAGHE dans sa note à la Revue critique sous un arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 1969 [359]. Pour cet éminent auteur, la cause s'entend *"Des buts poursuivis par les parties et des mobiles en fonction desquels elles ont contracté, dans la mesure où ces buts et ces mobiles peuvent être pris en considération par le droit"* [360]. Il précise que ces mobiles déterminants ne seront pris en considération que s'ils sont entrés dans le champ contractuel [361].

---

[359] Cass., 13 novembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 234; *R.C.J.B.*, 1970, p. 326.

[360] "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne", note sous Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, p. 357, n° 19.

[361] *Ibidem*, p. 355, n° 18. Pour un bon exemple de la conception « moderne » de la cause, voir Liège, 8 juin 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1402, à propos de l'obtention d'une autorisation communale pour l'exploitation d'un service de taxi à l'occasion de l'achat d'un emplacement de chauffeur de taxi.

Cette définition marque un point de rupture avec la conception traditionnelle suivant laquelle la cause du contrat est la contrepartie attendue du cocontractant. Outre qu'il y a là une confusion possible avec l'objet du contrat, la conception traditionnelle ne peut être utilisée dans la matière des contrats unilatéraux puisqu'ils ne mettent d'obligations qu'à charge d'une seule des parties. Dans leur chronique de jurisprudence, STIJNS, VAN GERVEN et WERY constatent que la conception traditionnelle reste admise aujourd'hui encore [362]. Pour les besoins de notre réflexion, nous pouvons cependant faire exclusivement application de la définition moderne puisque les contrats de garantie ne mettent d'obligations qu'à charge de celui qui se porte garant [363].

En matière d'actes unilatéraux, la Cour de cassation a récemment confirmé, par un arrêt du 21 janvier 2000 [364], la conception moderne de la cause par référence aux mobiles ayant « *principalement* » inspiré la passation de l'acte (il s'agissait en l'espèce d'une libéralité testamentaire). Elle y rappelle et précise des solutions communément admises suivant lesquelles *« L'existence de la cause doit être appréciée au moment de la formation de l'acte dont elle constitue une condition de validité et (...) sa disparition ultérieure demeure, en règle, sans effet sur la validité de l'acte ».*[365]

---

[362] "Les obligations: les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, p. 714, n° 71. Ils se réfèrent à Cass., 13 mars 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 760; *R.W.*, 1982-1983, p. 1049; Anvers, 27 janvier 1992, *Pas.*, 1992, II, p. 16. P.-A. FORIERS, « La caducité revisitée - A propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, p. 678, relève à juste titre: « *Lorsqu'un acte à titre onéreux est conclu sous l'impulsion d'un mobile déterminant spécifique, il l'est toujours aussi en raison d'une considération objective* ».

[363] Sous réserve bien entendu des exigences de la bonne foi qui imposent un certain comportement au bénéficiaire, lequel n'a cependant pas pour effet de modifier la qualification du contrat de garantie d'unilatéral en synallagmatique.

[364] Cass., 21 janvier 2000, *J.T.*,, 2000, p. 573.

[365] La réserve (*« en règle »*) se réfère aux solutions de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 331 ; *R.G.D.C.*, 1990, p. 294, ayant admis la possibilité d'une caducité par disparition de la cause à propos d'une donation. Suivant P.-A. FORIERS, « La caducité revisitée (...) », *op.cit.*, p. 679, l'arrêt du 21 janvier 2000 « *réduit clairement la portée de*

143.- Les difficultés surgissent lorsqu'il s'agit d'identifier concrètement la cause des sûretés personnelles. Avant d'examiner les nombreuses opinions sur cette question, une remarque préliminaire nous paraît s'imposer : quelle que soit la garantie (cautionnement, garantie autonome, lettre de patronage), il nous semble que la conception de la cause ne peut être que la même. En effet, la garantie autonome est présentée comme une aggravation du cautionnement (version extrême de la caution *"dénaturée"*); la lettre de patronage est parfois perçue comme sa version allégée (la mère ne se substitue pas à la fille mais, par exemple, *"S'efforcera de mettre à sa disposition les moyens nécessaires"*). Comment et pourquoi à la différence de contenu (l'objet de l'obligation du garant) devrait correspondre une différence dans les mobiles déterminants entrés dans le champ contractuel (la cause de son obligation)?

Certes, la garantie fera l'objet de négociations et son poids variera en fonction des exigences du créancier et de la volonté du garant de s'engager plus ou moins dans l'affaire. Il nous paraît cependant que, quelle que soit la garantie finalement décidée, cette volonté se sera exprimée en raison des mêmes mobiles (même s'ils ne se sont pas nécessairement exprimés [366]): les relations entre le garant et le débiteur principal, les relations entre ce dernier et le créancier, ou cumulativement les deux types de relations. Les trois hypothèses sont examinées ci-après.

---

la solution de 1989 aux seules libéralités ».

[366] Suivant Cass., 17 mai 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 813, la cause peut ne pas être exprimée. Il appartient alors au juge du fond de la rechercher si son existence ou sa licéité est contestée. Voir également: Cass., 25 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 388; *R.W.*, 1984-1985, col. 1437 avec la note E. DIRIX, "De oorzaak in een drie-partijen-verhouding".

A. La cause entendue des seules relations entre le garant et le débiteur principal

144.- C'est la conception défendue par T'KINT et DERIJCKE dans leur remarquable étude consacrée à la garantie indépendante. Suivant ces auteurs, *"La cause de la garantie indépendante, la raison juridique pour laquelle le garant s'engage, réside dans son rapport avec le donneur d'ordre. Dans cette perspective, le contrat de base n'est aux yeux du garant qu'un paramètre du crédit et, aux yeux de l'analyste, une occurrence"* [367].Cette vision nous paraît excessivement réductrice. Ses auteurs la motivent notamment en raison du fait que *"Dès la naissance de la garantie indépendante et dès qu'est acquise la conviction que c'est bien d'un tel engagement qu'il s'agit, la rupture existentielle entre la garantie indépendante et le contrat de base est consommée"* [368]. Mais n'est-ce pas le propre de la cause de n'importer qu'au moment de la formation du contrat, et plus par la suite ? [369] La rupture invoquée vaudrait à l'égard de toute cause, y compris celle entendue des relations entre le garant et le débiteur principal. Il est acquis en effet que le garant ne peut pas se prévaloir des vicissitudes les concernant pour échapper à ses obligations.

C'est également la règle en matière de cautionnement. Dès lors, il faut constater que cette vision réductrice de la cause ne fournit aucun critère pour distinguer les deux formes de sûreté dont l'abstraction (de leur cause) est pourtant fondamentalement différente.

145.- Une analyse du droit anglais suggère également que la cause de la garantie ne puisse être réduite aux seule relations entre le garant et le débiteur principal. Le droit anglais soumet en effet le contrat de *guarantee* aux conditions

---

[367] "La garantie indépendante à l'ombre des apparences", *Hommage à Jacques HEENEN*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 440, n° 13. En ce sens: Bruxelles, 18 décembre 1981, *Rev. Banque*, 1/1982, p. 99; *J.T.*, 1982, p. 358. Suivant cette décision (une des premières à reconnaître la validité de principe des garanties autonomes), la cause n'est pas le contrat de base, mais la volonté du garant d'exécuter ses engagements envers le donneur d'ordre en vue de percevoir ses commissions.

[368] "La garantie indépendante à l'ombre des apparences", *op. cit.*, p. 440, n° 14.

générales de validité des conventions, et notamment à l'exigence d'une *consideration* comprise comme une contrepartie attendue du bénéficiaire de l'engagement [370]. Sans remettre en cause le fait que la garantie est un contrat unilatéral (elle ne met d'obligations qu'à charge du garant), le droit anglais admet - au titre de *consideration* - le contrat principal que le créancier bénéficiaire (rassuré par la fourniture de la garantie) accepte de conclure avec le débiteur principal [371]. N'est-ce pas une preuve supplémentaire de ce que les relations entre le débiteur principal et le créancier ne peuvent être exclues des mobiles du contrat de garantie ?

B. La cause entendue des seules relations entre le débiteur principal et le créancier (l'obligation principale)

146.- C'est la prise en considération de ces relations qui permet de distinguer le cautionnement *accessoire* de la garantie *autonome*. A l'inverse de celle-ci, la caution ne s'engage valablement et ne reste tenue que dans la mesure de ce que doit le débiteur principal. Comme nous le démontrerons, il s'agit plus d'une question d'objet que de cause [372].

Limiter la cause à ce seul rapport principal ne fournit aucune explication quant à la qualité de celui qui fournit la sûreté (caution du dirigeant, garantie du banquier, patronage de la société mère). Y répondre: *"Par ce que c'estoit luy ; par ce que c'estoit moy"* [373], paraîtra ici bien insuffisant. Comme le relève FORIERS, ce sont les

---

[369] Voir encore l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 cité ci-dessus.

[370] Ph. WOOD, *Comparative Law of Security and Guarantees* , London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 319 ; A. BOYLE, Gen. Ed., *Gore-Browne on Companies,* Vol. 1, 44 th ed., Jordans, § 17.9.2.

[371] En ce sens à propos de la lettre de patronage : M. ELLAND-GOLDSMITH, « Comfort Letters (...) », *op.cit.*, p.530, n°10 ; A. BOYLE, Gen. Ed., *Gore-Browne on Companies,* Vol. 1, 44 th ed., Jordans, § 17.056.

[372] *Cf. infra* n° 152, 159*bis*.

[373] Michel de MONTAIGNE, *Essais*, t. I, Paris, Garnier-Flammarion, 1969, ch. 28, « De l'amitié », p. 236.

relations de la caution avec le débiteur principal qui distinguent le cautionnement d'autres mécanismes comme l'assurance-crédit, où le garant n'agit pas sur ordre du débiteur et nullement en raison des relations qu'il aurait avec lui [374]. Enfin, limiter la cause de la sûreté à la seule obligation principale pose le problème de la garantie d'une obligation future, et donc d'une cause future [375]. Or, l'article 1108 du Code civil exige bien l'existence d'une cause à la formation du contrat.

La deuxième conception de la cause, tout aussi restrictive que la première, apparaît donc également insatisfaisante.

C. La conception dualiste de la cause

147.- Les insuffisances dénoncées ci-dessus nous convainquent de la justesse d'une conception dualiste de la cause comprenant tant les relations entre le garant et le débiteur principal que les relations entre ce dernier et le créancier. Elle paraît d'ailleurs la seule compatible avec la définition particulièrement large des mobiles déterminants suggérée par VAN OMMESLAGHE. Nous la retrouvons chez de nombreux auteurs [376].

---

[374] "Les sûretés personnelles traditionnelles - Développements récents", *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1992, p. 161, n° 32.

[375] En ce sens en matière de cautionnement: A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "Cautionnement", *Répertoire pratique du droit belge*, Complément t. V, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 164, n° 152.2.

[376] En matière de cautionnement: P. VAN OMMESLAGHE, "Observations sur la théorie de la cause (...)", *op.cit.*, p. 358, n° 20; P.A. FORIERS, "Les sûretés personnelles traditionnelles - Développements récents", *op.cit.*, p. 161, n° 32; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, *op.cit.*, pp. 173 et s. Voir sur cette question Bruxelles, 27 septembre 1978, *J.C.B.*, 1979, p. 268.

En matière de garantie autonome: L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, p. 23, n° 4; J. VAN RIJN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, t. IV, 2ème éd., 1988, p. 521, n° 656; Y. POULLET, "La garantie à première demande: un acte unilatéral abstrait?", *Mélanges J. PARDON*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 424, n° 12; C. MARTIN, M.

Nous avons déjà dit pourquoi nous pensons qu'en ce qui concerne la cause, ce qui vaut pour le cautionnement et la garantie autonome doit également s'appliquer à la lettre de patronage. Nous devons à tout le moins constater que les éléments de discussion exposés ci-dessus lui sont applicables. A notre sens, la cause de la lettre de patronage est double: elle comprend tant les relations entre l'émetteur et la société patronnée que les relations entre cette dernière et le créancier bénéficiaire [377].

2. LE DOUBLE DEGRE D'ABSTRACTION: CRITERE DE L'ACCESSOIRE ET DE L'AUTONOME

148.- En 1974, SIMONT et BRUYNEEL écrivaient que *"Toute sûreté présente un caractère accessoire puisque, par hypothèse, elle constitue la garantie d'une obligation principale"* [378]. Une obligation est dite *"abstraite"* lorsque son existence est détachée de sa cause. Le cautionnement, accessoire, est traditionnellement considéré comme un acte abstrait.[379] Pourtant, on admet aussi que le caractère abstrait exprime *"une idée analogue*

DELIERNEUX, "Les garanties bancaires autonomes", *Répertoire pratique du droit belge*, Complément t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 563, n° 28.

[377] On peut d'ores et déjà annoncer que cette conception de la cause sera au cœur d'importants développements au Chapitre 6, notamment pour apprécier l' « accès à l'information » de l'émetteur. *Cf. infra* n° 276. Voir pourtant en matière de lettre de patronage Bruxelles, 12 janvier 1993, *Pas.*, 1993, II, p. 142, où la Cour semble limiter la recherche de la cause *"Dans les relations interpersonnelles des parties à l'acte"*.

[378] "Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier", note sous Cass., 7 janvier 1972, Bruxelles, 23 février 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 214, n° 5. Voir pourtant l'exemple de la *Garantievertrag* de droit allemand qui peut être émise même en l'absence d'une relation principale. R.I.V.F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, 2d ed., Paris-New York, ICC Publishing S.A., 1996, p. 36, n° 11, cite aussi l'exemple de la garantie émise par une autorité locale garantissant des investisseurs de leurs pertes.

[379] H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1942, p. 888, n° 908; Ph. SIMLER, *Cautionnementet garanties autonomes*, *op.cit.*, p. 172, n° 183, rappelle que «*Le cautionnement était autrefois cité comme l'un des rares actes abstraits connus en droit positif*».

mais non identique" au caractère autonome.[380] Il faudrait en déduire que, puisque toute sûreté est accessoire, la garantie autonome l'est également et que le cautionnement, parce qu'il est abstrait, est analogue à un acte autonome! Ces apparentes contradictions ne peuvent être résolues que par référence à la conception dualiste de la cause que nous avons démontrée au point qui précède:

- Le cautionnement est abstrait en ce qui concerne les relations entre la caution et le débiteur principal (la caution ne peut en principe pas s'en prévaloir pour échapper à ses obligations), mais il ne l'est pas en ce qui concerne les relations entre ce dernier et le créancier. La caution n'est tenue que dans la mesure où le débiteur l'est. C'est ce qu'exprime son caractère *accessoire* [381].

- La garantie indépendante est abstraite en ce qui concerne les deux types de relations. Le garant est tenu, quelles que deviennent ses relations avec le débiteur principal et quoi que doive ce dernier [382]. C'est en cela qu'elle est *autonome.*

Autrement formulé, le caractère autonome entraîne un double niveau d'abstraction [383] là où le caractère accessoire ne permet qu'un simple niveau d'abstraction. Ce faisant, on examine les effets d'une situation dont il faut identifier l'origine :

---

[380] L. SIMONT, "Les garanties indépendantes", *Rev. Banque*, 1983, p. 589.

[381] Sur l'incidence de ce caractère accessoire lorsque le cautionnement ne porte que sur une partie de la dette principale, voir Cass., 5 février 1998, *R..D.C.*, 1998, p. 754 suivant qui le paiement partiel du débiteur s'impute d'abord sur la partie non cautionnée de la dette, sauf convention contraire. En annotation, on lira A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « Le cautionnement partiel : un accessoire gênant », *R.D.C.*, 1998, pp. 719 à 723, qui approuve.

[382] Avec la réserve de l'appel manifestement abusif. *Cf. infra* n° 156 et note. Pour une bonne illustration de ces principes, voir Bruxelles (noté par erreur Trib. com. Bruxelles), 21 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 850, avec observations.

[383] Suivant Liège, 15 septembre 1995, *T.R.V.*, 1995, p. 684, cette double abstraction constitue le

A. A titre principal : l'autonomie des volontés

149.- Il nous paraît qu'en premier lieu, l'abstraction trouve sa source dans l'autonomie des volontés. FORIERS remarque que *"Le principe de l'abstraction du cautionnement, qui repose sur la volonté présumée des parties ne constitue évidemment qu'une règle supplétive. Rien n'empêche donc celles-ci de réintroduire dans leur convention certains aspects des relations existant entre la caution et le débiteur principal"*. A l'inverse, il admet que *"Les parties peuvent conventionnellement créer des actes abstraits ou, en d'autres termes, renoncer à invoquer tout ou partie des exceptions qu'elles pourraient normalement déduire de la cause de leur convention"*.[384]

Pour VAN OMMESLAGHE, la soumission de l'abstraction à la loi d'autonomie est d'autant plus admissible qu'elle n'est jamais absolue puisqu'elle connaît les réserves de l'ordre public et de l'interdiction de l'abus ou de la fraude aux droits des tiers [385]. A ces tempéraments, il faut ajouter celui de l'article 1162 du Code civil suivant lequel *«Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »*. Le doute sur le caractère autonome ou accessoire de l'engagement joue en faveur de cette dernière qualification parce qu'elle est la moins sévère [386]. L'autonomie de l'engagement peut donc reposer sur la seule manifestation de volonté, du moment qu'elle ne soit pas équivoque.

« *fondement même* » de l'institution que serait la garantie autonome.

[384] "Les sûretés personnelles traditionnelles - Développements récents", *op.cit.*, p. 163, n° 39, p. 164, n° 40. Voir également J.H. HERBOTS, C. PAUWELS, E. DEGROOTE, « Overzicht van rechtspraak - Bijzondere overeenkomsten 1988 - 1994 », *T.P.R.*, 1997, p. 1216, n° 886, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1994 commenté ci-après. *Cf. infra* n° 159*bis*.

[385] "Les sûretés nouvelles issues de la pratique - Développements récents", *op.cit.*, p. 393. Dans deux arrêts du 18 mai 1999 et 15 juin 1999, la Cour de cassation française a récemment confirmé l'importance de la volonté des parties en la matière; *D.*, 2000, n° 5, Jurisprudence, pp. 112 et s. avec la note Y. PICOD.

[386] En ce sens à propos des sûretés personnelles : J. GHESTIN, « La qualification en droit français des garanties données par une société mère au profit de sa filiale », *Mélanges P. VAN OMMESLAGHE* , Bruxelles, Bruyant, 2000, p. 438.

B. A titre subsidiaire : l'objet de l'obligation de garantie

150.- A défaut de manifestation de la volonté des parties, il faut trouver un critère permettant de déterminer le degré d'abstraction, le caractère accessoire ou autonome, de l'obligation souscrite. C'est l'objet de cette dernière qui semble alors déterminant:

- L'objet de l'obligation de la caution est l'objet même de l'obligation garantie. Cela ressort de l'article 2011 du Code civil en vertu duquel *"Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumets envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même"* [387]. On en déduit que la caution ne peut pas s'engager en cette qualité sur un objet différent de celui de l'obligation principale [388].

- Au contraire, l'obligation du garant autonome a un objet distinct de celui de l'obligation dérivant du contrat de base. Le garant paie une dette propre.

---

[387] Suivant J. GHESTIN, « La qualification en droit français des garanties (...), *op.cit.*, p. 441 : «*Ce qui caractérise essentiellement le cautionnement, c'est que la caution s'oblige à payer la dette même du débiteur principal en cas de défaillance de ce dernier* ». Dans le même sens: A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Répertoire pratique du droit belge*, *op.cit.*, p. 139, n° 15, p. 165, n° 155; P. GEORTAY, "Réaffirmation du caractère accessoire du cautionnement: un arrêt en trompe-l'oeil?", note sous Cass., 16 décembre 1994, *J.T.*, 1996, p. 857, n° 18.

[388] Voir cependant la particularité des cautionnements d'obligations de donner ou de faire (autres que de payer) dont l'exécution en nature ne peut être exigée que du débiteur lui-même. Dans ces cas, la garantie «*Porte moins sur l'obligation principale elle-même que sur celle d'indemniser le créancier garanti en cas d'inexécution du contrat par le débiteur* » ; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, *op.cit.*, p. 192, n° 209. Voir aussi T'KINT, *Sûretés*, *op.cit.*, p. 362, n° 726, suivant qui *"L'obligation de la caution est une obligation distincte de l'obligation garantie."* Ceci paraît devoir être compris dans le sens que le contrat de cautionnement est un contrat distinct du contrat principal autorisant que l'obligation de la caution soit effectivement soumise à des modalités différentes de celle du débiteur principal (ce qu'autorise d'ailleurs expressément l'article 2013, alinéa 2 du Code civil). *Cf. infra* n° 151,152 et notes.

Sauf lorsque les parties en conviennent différemment, c'est l'objet même de l'obligation dérivant du contrat de sûreté qui détermine son caractère accessoire ou autonome et, par voie de conséquence, son degré d'abstraction - simple comme le cautionnement ou double comme la garantie autonome.

151.- Sur cette question, on ne peut manquer de relever une particularité du droit néerlandais qui, en complément des catégories évoquées ci-dessus, distingue expressément une forme de « garantie dépendante ». Suivant ce mécanisme (partiellement défini à l'article 863, Boek 7, Titel 14 du NBW [389]), le garant s'engage à une obligation dépendant de l'exécution de l'obligation du débiteur principal bien que son objet ne soit pas identique. L'article 863 a pour effet de rendre applicable à pareille garantie, lorsqu'elle est émise par une personne physique agissant en-dehors de ses activités professionnelles, les dispositions qui concernent plus spécifiquement la caution non professionnelle (Boek 7, Titel 14, Afdeling 2 du NBW). Cette hypothèse du droit néerlandais confirme deux choses :

- d'une part, c'est bien l'identité d'objet des obligations du débiteur principal et du « garant » qui détermine en principe [390] la qualification de « caution ».

---

[389] La disposition s'applique aux « *overeenkomsten, waarbij iemand (...) zich verbindt tot een bepaalde prestatie voor het geval een derde een bepaalde verbintenis met een andere inhoud jegens de schuldeiser niet nakomt* ».

[390] Comme déjà évoqué, le caractère accessoire de la caution peut être atténué par référence à la seule obligation d'indemniser le dommage résultant spécifiquement de l'inexécution de la dette principale. La nuance se retrouve également en droit néerlandais. Voir J.W.H. BLOMKWIST, *Borgtocht*, Deventer, Kluwer, 1998, p. 6 : « *De borg verplicht zich tot het geheel of gedeeltelijk verrichten van dezelfde prestatie als de hoofdschuldenaar of tot het geheel of gedeeltelijk vergoeden van de schade die de schuldeiser lijdt wanneer de hoofdschuldenaar zijn verplichting niet nakomt* ».

La preuve en est que lorsque cet objet n'est pas identique, l'application de certaines règles du cautionnement doit être spécifiquement prévue par la loi.

- d'autre part, ce sont les parties qui maîtrisent la question de l'opposabilité des exceptions inhérentes à la dette principale - quelle que soit la qualification du mécanisme choisi.

Même en convenant d'une « garantie », les parties conservent toute liberté de stipuler le caractère accessoire, voire subsidiaire des obligations du garant. L'autonomie des volontés est bien le critère fondamental.

§2. ENJEUX

1. OBJET DE L'OBLIGATION DE GARANTIE

152.- L'objet de l'obligation dérivant de la garantie accessoire est l'objet même de l'obligation garantie. En matière de cautionnement, le législateur en a déduit les deux règles suivantes:

- *"Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable"* (article 2012, alinéa 1 du Code civil).[391]

- *"Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses"* (article 2013, alinéa 1-2 du Code civil).

C'est également l'identité de l'objet qui justifierait que l'on puisse interpréter l'obligation de la caution par référence au contrat principal.[392]

153.- Au contraire, l'objet de l'obligation dérivant de la garantie autonome est différent de celui de l'obligation garantie. En ce qui concerne la garantie indépendante, on admet ainsi qu'elle puisse *"Excéder ce qui est dû par le débiteur ou être*

---

[391] Une seule exception est prévue à l'alinéa 2: il s'agit de la caution de l'obligation pouvant être annulée en raison d'une exception purement personnelle à l'obligé. On sait par ailleurs que le caractère accessoire de la sûreté n'a pas été retenu pour faire obstacle au cautionnement de dettes futures.

[392] En ce sens: L. SIMONT, A. BRUYNEEL, "Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier", *op.cit.*, p. 229, n° 17, qui précisent cependant que la faculté pour le juge de tenir compte de l'obligation garantie est *"Etrangère au principe de l'accessoire* stricto sensu *dont la seule portée est de caractériser le contrat dont l'*exécution *suppose l'existence d'une obligation principale"*. Voir également A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Répertoire pratique du droit belge*, *op.cit.*, p. 139, n° 17.

contractée à des conditions plus strictes" [393]. Du point de vue de l'interprétation, l'autonomie explique aussi que l'on ne retienne souvent que le caractère littéral de l'engagement du garant *"En ce sens que sa portée ne peut être définie qu'en se référant aux termes de la lettre qu'il a adressée au bénéficiaire"* [394].

2. OPPOSABILITE DES EXCEPTIONS INHERENTES A LA DETTE

154.- Quelle que soit la nature, accessoire ou autonome, de la garantie, elle revêt en principe un premier degré d'abstraction qui empêche le garant de se prévaloir des vicissitudes affectant ses relations avec le débiteur. Il n'en irait autrement qu'en cas de manifestation expresse de la volonté contraire des parties [395]. C'est essentiellement au second degré de l'abstraction - celui des exceptions inhérentes à la dette principale - que la différence se manifeste.

---

[393] F. T'KINT, *Sûretés*, *op.cit.*, p. 411, n° 824. Le caractère autonome pourrait notamment entraîner une telle obligation de résultat qu'elle couvrirait les risques du fait d'un tiers ou de force majeure. Voir C. MARTIN, M. DELIERNEUX, "Les garanties bancaires autonomes", *Répertoire pratique du droit belge*, Complément t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 563, n° 26.

[394] J. VAN RIJN, J. HEENEN, *Principes*, *op.cit.*, p. 521, n° 656. F. T'KINT et W. DERIJCKE, "La garantie indépendante à l'ombre des apparences", *op.cit.*, p. 441, n° 15, soulignent que la volonté des parties peut avoir intégré dans la garantie certains éléments du contrat de base. Ce dernier pourrait ainsi devenir un élément d'interprétation mais, même dans cette hypothèse, ce serait encore par le biais du texte de la garantie. Sur le formalisme de la garantie autonome, voir D. DE MAREZ, « Garantieformalisme als eerste maatstaf bij de beoordeling van een beroep op een bankgarantie en de toepassing van deze regel bij de beoordeling van een 'extend or pay' - verzoek », *DAOR*, 2000, n° 56, p. 312, n° 27, qui relève opportunément l'obligation de contrôle que ce formalisme met à charge du garant (délai, bénéficiaire, documents, etc...). Pour une application de ces règles, voir Bruxelles (noté par erreur Trib. com. Bruxelles), 21 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 850, avec observations ; Com. Bruxelles, 5 février 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 1263; Com. Turnhout, 30 octobre 1995, *R.W.*, 1996- 1997, p. 328. Concernant l'interprétation de la garantie autonome, voir aussi J.-F. ROMAIN, « Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes 'à première demande' », *R.G.D.C.*, 1989, pp. 429 à 447.

[395] *Cf. supra* n° 149.

155.- La caution peut suivant l'article 2036 du Code civil *"Opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette"* [396]. T'KINT précise que cela concerne tant l'existence que l'étendue de l'obligation principale [397]. On considère que la règle est de l'essence du cautionnement - contrat accessoire. Les parties ne pourraient y déroger sans, en réalité, sortir de cette qualification [398].

A la règle de l'opposabilité des exceptions inhérentes à la dette, il faut rattacher le principe suivant lequel la caution n'est tenue que si le débiteur principal ne paie pas et ne peut être actionnée qu'après des poursuites (restées infructueuses) contre ce dernier. C'est ce qu'exprime le caractère *subsidiaire* de son engagement qui la distingue du codébiteur solidaire, tenu à titre *principal.* Le codébiteur peut cependant se prévaloir des exceptions inhérentes à la (sa) dette.

"Subsidiaire" et *"accessoire"* ne peuvent donc être confondus. Suivant MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *"Le caractère subsidiaire n'est donc pas une caractéristique du contrat de cautionnement mais une caractéristique de l'engagement de la caution. Ses effets ne sont*

---

[396] Dans un arrêt du 12 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1676, la Cour de cassation a précisé la portée de cette règle : « *Que ces exceptions peuvent résulter d'une cause de dissolution du contrat principal, hormis la résolution de celui-ci pour inexécution des obligations du débiteur principal* ». La réserve est de bon sens car c'est précisément cette inexécution que la caution est censée garantir.

[397] *Sûretés*, *op.cit.*, p. 372, n° 748.

[398] Conformément à nos précédents commentaires suivant lesquels les parties peuvent créer entre elles des actes abstraits. Voir cependant F. T'KINT, *Sûretés*, *op.cit.*, p. 374, n° 750, qui considère que la clause par laquelle une caution renonce à l'article 2036 du Code civil devrait être réputée non écrite. La question est aussi de voir dans quelle mesure la caution peut mesurer la portée de son engagement. A noter que la caution peut s'engager "à première demande". Dans ce cas, elle ne renonce pas aux exceptions du débiteur principal mais seulement au délai pour s'en prévaloir. Voir Cass., 16 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 322, avec la note E. DIRIX, « Variaties op de borgtocht » ; Anvers, 28 novembre 1995, *R.W.*, 1996-1997, p. 359. Suivant Com. Bruxelles, 11 février 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 725 : « *La clause 'à première demande' n'a d'autre portée que d'opérer un renversement du fardeau de la preuve sans que l'engagement de la caution ne soit détaché de sa cause* ».

perceptibles qu'au moment de l'exécution du contrat de cautionnement " [399]. Constatons en tout cas qu'on peut déroger au caractère subsidiaire de l'engagement de la caution [400] sans toucher au caractère accessoire de son contrat. Mais le premier (lorsqu'il est maintenu) ne peut se concevoir sans l'autre: le subsidiaire suppose l'accessoire, et non l'inverse.

156.- Au contraire de la caution, le garant autonome ne peut pas se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette principale. La seule demande de paiement suffit en principe à le contraindre à l'exécution (d'où l'utilisation fréquente des termes « *à première demande* », « *inconditionnel* », etc... [401]). Parfois, la garantie est documentaire en ce que son paiement est subordonné à la production de documents précis inventoriés dans le texte même de la garantie. Même dans cette hypothèse, la garantie reste abstraite car la seule production des documents suffit à en exiger le paiement, sans que le garant ne puisse élever de contestation quant à la sincérité des documents produits.

Seule la démonstration d'un appel abusif permet de réintégrer dans l'exécution de la garantie des éléments ayant trait à l'exécution du contrat principal. Encore faut-il que l'abus soit manifeste [402] .

---

[399] *Répertoire pratique du droit belge, op.cit.*, p. 140, n° 18.

[400] C'est ce qu'indiquent, en pratique, les nombreuses dérogations à l'article 2021 du Code civil qui, de manière supplétive, instaure le bénéfice de discussion. De telles dérogations n'ont pas pour effet de modifier l'essence du cautionnement, contrairement à ce qui se passe avec l'article 2036 qui exprime son caractère accessoire.

[401] Sur cette question, voir Cass. com., 18 mai 1999, *D.*, 2000, p. 113. Voir aussi Liège, 8 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1680, où la Cour admet, conformément aux usages et à la pratique internationale, le caractère en principe indépendant des garanties bancaires, même en l'absence de mention « *à première demande* ».

[402] Le seul abus ne suffit pas. Il faut qu'il soit manifeste ou, suivant la formule désormais consacrée du professeur VASSEUR, qu'il « *crève les yeux* ». Voir sur cette question la motivation de Liège, 15 septembre 1995, *T.R.V.*, 1995, p. 684. Voir aussi Bruxelles, 7 juin 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 1239. En droit néerlandais, les critères expriment une idée identique. Ce sont ceux de l'appel « *kennelijk willekeurig of bedrieglijk* ». Voir F.H.J. MIJNSSEN, J.M. BOLL, *De bankgarantie*,

3. VALIDITE DU CONTRAT

157.- Conformément à l'article 1108 du Code civil, la validité d'un contrat dépend notamment de l'existence et de la licéité de sa cause. Déterminer le contenu de cette dernière, et en particulier l'abstraction de la garantie par rapport à l'opération principale, influence nécessairement l'examen de la validité de la garantie. Cette question est davantage examinée au Chapitre 5 à propos notamment des conséquences de la nullité ou de la résolution du contrat principal [403].

4. SORT DE LA GARANTIE EN CAS DE CESSION DE L'OBLIGATION PRINCIPALE

158.- La garantie accessoire suit automatiquement l'obligation principale qu'elle est censée garantir en cas de cession de celle-ci. Tel n'est pas le cas de la garantie autonome, ce qui ne va d'ailleurs pas sans poser des difficultés pratiques:

- l'ancien créancier, bénéficiaire de la garantie, peut encore tenter de s'en prévaloir, précisément en raison de son indépendance par rapport à l'obligation principale, alors que plus rien ne lui est dû.

Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, pp. 58 à 62, 121 à 134. Sur la question plus spécifique des moyens de faire obstacle au paiement (saisie-conservatoire ; interdiction de paiement), voir H.J. PABBRUWE, *Bankgarantie, op. cit.*, pp. 45 à 59. En droit anglais, la preuve de l'abus doit être « *clear* » or « *beyond (reasonable) doubt* ». Pour un examen de droit comparé de cette question, voir R.I.V.F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, 2d ed., Paris-New York, ICC Publishing S.A., 1996, pp. 258 et s.

[403] *Cf. infra* n° 174 à 177.

- le nouveau créancier se retrouve sans garantie, le caractère le plus souvent littéral de la garantie autonome l'empêchant en tout état de cause de s'en prévaloir.[404]

5. EXTINCTION PAR VOIE ACCESSOIRE

159.- En principe, on ne conçoit pas qu'une sûreté, personnelle ou réelle, subsiste si l'obligation garantie a disparu. La solution se vérifie en matière de cautionnement où l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction de l'obligation de la caution[405]. Elle doit cependant être rejetée en matière de garantie autonome dont ce caractère "*Exclut par hypothèse toute extinction par voie accessoire*"[406].

Reconnaître l'autonomie de la lettre de patronage, ce serait appliquer en la matière les solutions retenues en matière de garantie autonome. On le ferait avec la même rigueur, mais aussi avec les mêmes réserves – et notamment celles de l'appel manifestement abusif alors que l'obligation principale serait *à l'évidence* exécutée [407].

---

[404] En ce sens à propos de la garantie autonome: K. VLIEGEN, "Autonome garanties", *op. cit.*, p. 213, n° 225. La même solution est généralement défendue aux Pays-Bas. Voir H.J. PABBRUWE, *Bankgarantie, op. cit.*, pp. 65 à 67, et les références citées.

[405] Voir ci-après nos commentaires de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1994. *Cf. infra* n° 159*bis*.

[406] F. T'KINT, *Sûretés, op.cit.*, p. 432, n° 858. Sur l'incidence de l'autonomie sur l'expiration de la garantie, voir Com. Bruxelles, 10 janvier 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 1052 ; Com. Bruxelles, 15 décembre 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 1055, avec observations.

[407] En matière de garantie autonome, J. VAN RIJN et J. HEENEN, *Principes*, t. IV, *op.cit.*, p. 527, n° 659, soulignent pertinemment que l'exécution du contrat principal n'est pas nécessairement un obstacle à l'appel de la garantie. Tout dépend de son libellé : "*Si elle couvre, par exemple, les vices cachés de la chose livrée, le bénéficiaire peut encore avoir des droits contre l'exportateur*".

159*bis*.-NOTE DE JURISPRUDENCE:

Dans un arrêt du 16 décembre 1994 [408], la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler certaines des règles qui viennent d'être résumées. Les faits de la cause étaient les suivants:

La Société nationale du crédit à l'industrie détient un gage sur le fonds de commerce d'une S.A. Data Systems en garantie de sa dette. Celle-ci est également garantie par des cautions solidaires. La société ayant été déclarée en faillite, le curateur est mandaté par la banque de la réalisation du fonds de commerce. Le produit de la vente est suffisant pour amortir l'intégralité de la dette de la société faillie mais le curateur, qui l'a effectivement perçu, ne le remet qu'en partie à sa mandante. Celle-ci s'adresse en conséquence aux cautions, qui refusent de s'exécuter prétendant que leur engagement a pris fin.

Saisi du litige, le tribunal de première instance de Malines condamne les cautions à payer. La Cour d'appel d'Anvers confirme la décision, mais son arrêt est censuré par la Cour de cassation qui adopte le raisonnement suivant:

> *"Attendu que l'obligation de la caution est, par nature, une obligation accessoire; qu'il s'en suit spécialement que lorsque la dette principale est payée, la caution est déchargée;*
>
> *(...)*
>
> *Qu'une clause par laquelle la caution renonce anticipativement à opposer l'exception que la dette principale est payée, a pour conséquence que l'obligation de la caution devient étrangère à l'obligation principale et est contraire à l'essence même du cautionnement;*
>
> *Attendu que l'arrêt a décidé que le curateur a agi en tant que mandataire de la défenderesse, que le produit de la vente du fonds de commerce était suffisant pour couvrir la créance de la défenderesse contre la S.A. Data Systems et que les sommes d'argent ont été versées entre les mains du mandataire; que l'arrêt énonce ainsi que l'obligation principale est éteinte;*

---

[408] Cass., 16 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1110; *J.L.M.B.*, 1995, p. 998; *R.W.*, 1995-1996, p. 322 avec la note E. DIRIX, "Variaties op de borgtocht"; *J.T.*, 1996, p. 853 avec la note P. GEORTAY, "Réaffirmation du caractère accessoire du cautionnement: un arrêt en trompe-l'oeil?"

Qu'il considère en outre, d'une part, que les demandeurs étaient des cautions solidaires, admettant ainsi qu'il s'agissait d'obligations accessoires, mais aussi que, les demandeurs ayant renoncé à toute exception ou tout moyen pouvant les libérer de leur obligation, ils ne peuvent invoquer le paiement de la dette comme moyen de défense contre le créancier;

Attendu que, après avoir qualifié de cautionnement la convention conclue entre les demandeurs et la défenderesse, les juges d'appel ne pouvaient décider sans violer les articles 2011 et 2036 du Code civil, que les cautions restaient tenues en vertu de la clause précitée, la dette principale fût-elle payée;"

Il importe de relever la qualification de *"cautionnement"* retenue par la Cour d'appel. Comme l'indique le dernier attendu, c'est elle (et elle seule) qui justifie en l'espèce la censure de la Cour de cassation.

Nous profitons de cette jurisprudence pour rencontrer une apparente contradiction que le lecteur aura pu déceler dans nos commentaires. N'est-il pas contradictoire:

- d'une part, d'affirmer que les relations débiteur-créancier (l'obligation principale) font partie de la cause du cautionnement,

- d'autre part, de rappeler la règle suivant laquelle la cause n'importe qu'à la formation du contrat, la disparition de la première ne pouvant pas en principe justifier l'extinction du second,

- enfin, d'admettre pourtant, par référence à la nature accessoire du cautionnement, que l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction de l'obligation de la caution?

L'apparente contradiction peut être résolue par référence à l'identité d'objet que nous avons déjà relevée entre l'obligation de la caution et celle du débiteur principal [409]. Si, dans les circonstances de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1994, le cautionnement prend fin, ce n'est pas en raison de la disparition de sa cause, mais en raison de la disparition de son objet. Or, il ne fait aujourd'hui plus guère de doute que, comme l'a justement exprimé FORIERS dans son étude désormais de référence, *"Chaque fois qu'une*

[409] *Cf. supra* n° 150 - 151.

convention valablement formée perd son objet ou qu'elle devient impossible à exécuter à la suite de la disparition de l'objet d'une obligation essentielle, elle est dissoute de plein droit indépendamment de la cause de cette situation".[410]

C'est donc la disparition de l'objet, et elle seulement, qui justifie l'extinction du cautionnement.[411] Les initiateurs du pourvoi ayant conduit à l'arrêt de cassation du 16 décembre 1994 ne s'y étaient d'ailleurs pas trompés, en appuyant leurs moyens tant sur les articles 2011, 2012 et 2036 du Code civil (qui organisent le caractère accessoire du cautionnement) que sur ses articles 1108 et 1126 (qui règlent l'objet des contrats en général).

---

[410] "Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause", note sous Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 97, n° 20.

[411] C'est également l'opinion de P.-A. FORIERS qui précise: *"Ces principes incontestables expliqués par l'idée d'accessoire trouvent en réalité leur fondement dans la théorie de l'objet."*, *Ibidem*, p. 90, n° 15. Pour nous, l'idée d'accessoire n'est pas absente. Nous espérons avoir démontré qu'elle est précisément une conséquence de l'identité d'objet.

§3. SAUF MANIFESTATION EXPRESSE D'UNE VOLONTE CONTRAIRE, LA LETTRE DE PATRONAGE EST UN CONTRAT AUTONOME

160.- De tous les auteurs que nous avons consultés, seule BAILLOD se pose expressément la question du caractère accessoire, ou non accessoire, de la lettre de patronage.[412] Elle arrive à une conclusion que nous ne partageons pas et nous nous en expliquerons plus loin. Tous les autres auteurs se prononcent incidemment sur le sujet, mais font preuve parfois d'une incohérence que l'analyse préalable à laquelle nous avons procédé leur aurait probablement permis d'éviter.

1. DISCUSSION

161.- Ainsi, VERBEKE et BLOMMAERT reconnaissent le caractère subsidiaire et conditionnel de la lettre de patronage: pour la mettre en oeuvre, le bénéficiaire doit démontrer que le débiteur est en tort de ne pas payer. De même, ils admettent que l'émetteur peut soulever les exceptions inhérentes à la dette. Alors qu'il s'agit là des principales caractéristiques de l'accessoire, il concluent pourtant au caractère non accessoire de la lettre de patronage. Et c'est ce qui les guide dans leur solution en ce qui concerne la cession de la dette principale: pour eux, elle n'emporte pas d'office celle de la lettre qui doit faire l'objet d'une convention distincte.[413]

Suivant MEINERTZHAGEN et DELIERNEUX, *"Le caractère autonome propre à la garantie abstraite est indéniablement présent puisque l'objet de l'obligation de la société mère est indépendant de celui de la filiale. Sans doute pouvons-nous retenir le caractère abstrait, car l'on imagine mal que la société mère puisse invoquer à l'égard du créancier des exceptions tirées de ses*

---

[412] R. BAILLOD, "Les lettres d'intention", *RTD com*, 1992, pp. 574 et s.

[413] A. VERBEKE, D. BLOMMAERT, "Patronaatsverklaringen", *op.cit.*, pp. 41-42.

rapports avec sa filiale. En revanche, le caractère inconditionnel de la garantie abstraite semble faire défaut. On ne voit, en effet, pas comment le créancier pourrait exiger l'exécution de l'obligation de la société mère sans d'abord apporter la preuve de la déficience financière de la filiale. Nous pensons (...) qu'il s'agit d'un engagement accessoire qui se différencie par la même de la garantie abstraite" [414].

L'impossibilité pour la société mère d'invoquer des exceptions tirées de ses rapports avec la filiale est une abstraction du premier degré qui, contrairement à ce que laissent entendre ces auteurs, n'est pas propre à la garantie autonome mais se retrouve aussi en matière de cautionnement. Par contre, l'exigence de la preuve préalable de la déficience financière de la filiale témoigne d'une subsidiarité incompatible avec le caractère autonome constaté au début de leur citation.

Suivant TERRAY, *"L'engagement que prend le tiers intervenant, qu'il soit garant ou auteur d'une lettre de confort, n'est que l'accessoire de celui du débiteur, et ne sera mis en jeu qu'éventuellement, dans le cas d'une défaillance du débiteur"* [415]. Pourtant il reconnaît que *"Contrairement au cautionnement, où l'étendue de l'obligation du garant ne peut excéder celle du débiteur principal, la lettre de confort pourrait occasionner pour son auteur une charge plus lourde que le seul montant de la lettre confortée"*. Accessoire ou autonome? On n'en sort pas.

162.- BAILLOD a le mérite d'avoir stigmatisé ces solutions contradictoires. Elle reprend et approuve SYNVET, dans son analyse de l'objet de la lettre, lorsqu'il dit que *"La 'vraie' lettre d'intention ne peut être que celle dans laquelle on ne rencontre pas le critère distinctif du cautionnement, à savoir son caractère accessoire. L'obligation de la caution se trouve dans une dépendance directe et étroite par rapport à l'obligation garantie. La lettre d'intention ne se singularise que si l'obligation qu'elle engendre ne constitue pas le décalque de celle au service de*

---

[414] A. MEINERTZHAGEN, M. DELIERNEUX ,"Les lettres de patronage", *op.cit.*, K.18.

[415] J. TERRAY, "La lettre de confort", *Banque*, 1980, p. 330.

laquelle elle est mise. Sous ce rapport, la promesse d'alimenter la trésorerie d'une filiale n'est pas l'accessoire de la dette de cette société: c'est une obligation dont l'objet est propre" [416].

Nonobstant l'autonomie de l'objet de la lettre, BAILLOD plaide en faveur de son caractère accessoire: *"L'obligation du souscripteur présente donc une autonomie certaine par rapport à celle du tiers. Pour autant on ne peut pas nier qu'elle se trouve dans la dépendance de la dette du tiers (...). Par exemple, l'engagement du souscripteur prendra fin de façon non douteuse, tout comme le ferait celui de la caution, avec la disparition de l'obligation principale par suite de paiement par le débiteur, dation en paiement, compensation, mais aussi annulation (...)"* [417]. C'est nous qui soulignons... et qui doutons. BAILLOD aussi d'ailleurs. Ainsi, lorsque l'extinction de l'obligation principale est directement liée à l'insolvabilité du débiteur et plus précisément à l'application du droit des procédures collectives, elle admet que la règle de l'accessoire ne devrait pas s'appliquer:

> *"L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'encontre du tiers conforté établit* ipso facto *l'inexécution de l'obligation du souscripteur de la lettre d'intention. Dès cet instant, les conditions de sa responsabilité contractuelle sont remplies et il doit réparation au destinataire de la lettre. L'extinction ultérieure éventuelle de la dette impayée par l'effet d'une disposition du droit des procédures collectives ne saurait à notre avis remettre en cause cet acquis pour le créancier.*
>
> *La même raison (...) fait que, même sans solution expresse, le souscripteur ne pourra invoquer à son profit les remises de dette ou les prorogations de terme consenties au tiers dans le cadre de la procédure"* [418].

---

[416] H. SYNVET, "Qualification de la lettre d'intention et détermination de la loi applicable aux pouvoirs des dirigeants sociaux", note sous Cass. com., 21 décembre 1987, *Rev. sociétés*, 1988, p. 404.

[417] R. BAILLOD, "Les lettres d'intention", *op.cit.*, p. 575, n° 51.

[418] *Ibidem*, p. 577, n° 56.

Tout en reconnaissant l'autonomie de l'obligation de l'émetteur de la lettre, BAILLOD persiste à en affirmer le caractère accessoire même si elle reconnaît que certaines de ses conséquences ne sont pas tenables, particulièrement en cas de procédure collective. Elle en conclut que le caractère accessoire de la lettre d'intention *"Doit être conjugué avec l'originalité de l'objet de l'obligation du souscripteur, et donc les conséquences de ce caractère accessoire ne sont pas exactement les mêmes que pour le cautionnement"* [419]. Force est de reconnaître que cette conclusion offre peu de sécurité juridique.

2. CONCLUSION

163.- Il est temps de trancher. Nos importants préliminaires nous permettront d'être relativement succinct. En matière de lettre de patronage et par application de ce qui précède, la situation nous paraît pouvoir être résumée comme suit:

- **A titre principal: l'autonomie de la volonté des parties**

  La lettre de patronage est un contrat [420]. Les deux parties disposent de la liberté d'organiser conventionnellement le degré d'abstraction de leur sûreté et partant son caractère accessoire ou autonome. Il suffit que leur volonté ne soit pas équivoque.

  Cette liberté ne connaît que les limites de l'abus manifeste. C'est la solution applicable en matière de garantie autonome [421]. Les motifs qui la fondent justifient qu'on l'étende à la matière des lettres de patronage.

---

[419] *Ibidem*, p. 577, n° 57.

[420] *Cf. supra* n° 124 à 127.

[421] *Cf. supra* n° 156.

- **A titre subsidiaire: l'objet de l'obligation de garantie**

A défaut de manifestation non équivoque de la volonté des parties, le caractère accessoire ou autonome de la lettre de patronage est fonction de l'objet de l'obligation mise à charge de l'émetteur. Deux hypothèses doivent alors être distinguées:

1. La lettre témoigne de l'intention de l'émetteur de se substituer à la société patronnée dans l'exécution de ses obligations.

   L'obligation de l'émetteur a alors un objet identique à celle de la société patronnée. La sûreté revêt incontestablement un caractère *accessoire*. Mais nous avons déjà exposé les raisons pour lesquelles il nous semble que, dans cette hypothèse, la lettre de patronage doit être requalifiée en cautionnement [422]. L'accessoire n'est que la suite logique de cette requalification.

2. La lettre n'entraîne aucune substitution du débiteur et l'objet de son obligation est distinct de celui de l'obligation garantie.

   C'est, de loin, l'hypothèse la plus fréquente. Par application des règles qui précèdent, il faut ici reconnaître à la lettre de patronage un caractère *autonome*, avec toutes ses conséquences telles qu'elles ont été identifiées au paragraphe 2 ci-dessus [423].

---

[422] *Cf. supra* n° 11 - 12.

[423] Voir en ce sens: P. WAUTELET, "De Patronaatsverklaring in het Internationale Privaatrecht", *Jura Falconis*, 1996-1997, p. 323, qui, en reconnaissant le caractère non accessoire de la lettre de patronage, estime nécessaire de préciser qu'elle n'amène jamais l'émetteur à intervenir comme second débiteur.

164.- La reconnaissance du caractère autonome de la *"vraie"* lettre de patronage est conforme aux solutions pratiques jusqu'à présent admises en ce qui concerne le fait que:

- la lettre pourrait entraîner une charge plus lourde que celle de la dette principale [424],

- la garantie ne suit pas automatiquement l'obligation principale en cas de cession [425],

- les obligations de l'émetteur sont maintenues en cas de procédure collective, et plus particulièrement de faillite de la société patronnée [426].

Par contre, l'autonomie de principe attribuée à la lettre de patronage risque de surprendre [427] en ce que:

- d'une part, son exécution ne devrait pas être subordonnée à la preuve préalable de la défaillance de la société patronnée,

---

[424] Avec S. PIEDELIEVRE, « L'efficacité des lettres de confort », *Droit & Patrimoine*, 1996, p. 61, il faut admettre que l'hypothèse ne pourrait qu'être exceptionnelle en raison de la règle de l'article 1150 du Code civil qui exclut en principe la réparation du dommage contractuel imprévisible. Dans le même sens : R. MARTY, « Lettre d'intention entre sociétés : une garantie en clair-obscur », *R.F.C.*, 1999, p. 74.

[425] En marge de cette question, voir Bruxelles, 11 octobre 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 146. Le litige portait sur l'apport des engagements dérivant d'une lettre de patronage dans le cadre de la transmission à titre universel résultant de la scission de la société émettrice.

[426] Voir à cet égard l'analyse de BAILLOD résumée ci-dessus. *Cf. supra* n° 162.

[427] Voir par exemple X. BARRE, *La lettre d'intention*, Paris, Economica, 1995, p.95, n° 153, p. 96, n° 154, pour qui il ne semble pas faire de doute que la lettre est un contrat accessoire, son éventuelle autonomie ne pouvant se déduire que de dispositions claires en ce sens (le raisonnement est inversé par rapport au nôtre).

- d'autre part, l'émetteur n'aurait pas la possibilité de se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette principale, notamment celle liée à son extinction.

165.- L'apparente gravité de ces conséquences, qui vont à l'encontre de ce qui est généralement admis [428], doit être relativisée:

1. L'absence de subsidiarité caractérise toutes les garanties autonomes et la quasi-totalité des cautionnements où on renonce au bénéfice de discussion. Il n'y a là rien d'exorbitant.

2. L'inopposabilité des exceptions inhérentes à la dette vaut également en matière de garantie autonome où elle est tempérée par l'interdiction de l'appel manifestement abusif. La réserve est bien évidemment applicable ici aussi.

3. L'autonomie de la lettre en fonction de l'objet de l'obligation de l'émetteur ne vaut que comme règle subsidiaire. Les parties conservent la liberté d'organiser et de modaliser le degré d'abstraction de la garantie.

166.- Nous pensons avoir suffisamment démontré l'autonomie de principe de la lettre de patronage. Nous en avons indiqué les conséquences. Il est donc possible de dégager les critères qui – sur des questions importantes (l'opposabilité des exceptions, la subsidiarité) – apportent une sécurité juridique qui faisait jusqu'à présent défaut. Le mécanisme ne peut qu'en être amélioré. Nous sommes conscient

---

[428] Sauf peut-être en droit allemand où la doctrine semble disposée à reconnaître l'autonomie de la lettre de patronage : L. MICHALSKI, « Die Patronatserklärung », *Wertpapier Mitteilungen*, 1994, p. 1237.

du fait que l'analyse va partiellement à l'encontre de la manière avec laquelle la lettre de patronage est souvent perçue par la pratique. Il lui appartiendrait désormais de tirer les conséquences de ce qui précède en faisant reposer les caractères accessoire et subsidiaire de la lettre sur des dispositions expresses [429] . C'est la seule nécessité des clauses en ce sens - lorsque telle est l'intention commune des parties à la lettre - qu'établiraient nos commentaires.

A défaut, on peut penser que, dans de nombreux cas, l'autonomie de principe reconnue aux lettres de patronage compensera avantageusement le côté apparemment peu contraignant de leur formulation. C'est la règle du "*Payer d'abord, discuter ensuite*", dont l'efficacité n'est plus à démontrer dans le commerce international. Par la reconnaissance de l'autonomie de la lettre, elle serait appliquée, non plus seulement aux garanties qui visent le paiement direct du créancier bénéficiaire, mais aussi aux engagements qui ne visent que la recapitalisation de la société patronnée ou la mise à disposition de moyens financiers.

---

[429] Voir aussi R. MARTY, « Lettre d'intention entre sociétés : une garantie en clair-obscur », *R.F.C.*, 1999, p. 71, pour un tel conseil.

Concrètement, cela signifie que le bénéficiaire pourrait exiger de l'émetteur l'exécution de ses engagements juridiques (quels qu'ils soient), sans devoir entamer l'examen de l'opération principale et établir son éventuelle inexécution [430]. Nous n'ignorons pas que dans la matière des lettres de patronage, la plupart des conflits se règlent pas transaction [431]. L'autonomie de principe – ou au contraire son exclusion expresse – sera à tout le moins un bon outil de négociation [432].

---

[430] Par exemple, l'autonomie de la lettre ferait obstacle à ce que l'examen de l'opération principale (la société patronnée affirme l'avoir correctement exécutée mais le créancier bénéficiaire le conteste) retarde la mise en œuvre de l'obligation de l'émetteur de garantir la bonne santé financière de la société patronnée. Compte tenu du temps que représente parfois le règlement d'un litige, on aperçoit tous les avantages de l'autonomie, même lorsqu'elle ne concerne pas le paiement direct du créancier bénéficiaire mais seulement des obligations "*intermédiaires*" à charge de l'émetteur.

[431] Ceci explique d'ailleurs la rare jurisprudence.

[432] Pour une illustration de ce que peuvent être les négociations entourant une demande *« extend or pay »* en matière de garanties autonomes, voir D. DE MAREZ, « Garantieformalisme als eerste maatstaf bij de beoordeling van een beroep op een bankgarantie en de toepassing van deze regel bij de beoordeling van een 'extend or pay' - verzoek », *DAOR*, 2000, n° 56, pp. 328 et s.

§ 4. DEFINITION DE LA LETTRE DE PATRONAGE

167.- Les commentaires qui précèdent nous permettent, à ce stade de notre analyse, de tenter une définition de la lettre de patronage rencontrant les objections suscitées par les formules jusqu'à présent suggérées [433].

Par souci de synthèse, nous avons limité notre définition à l'essentiel de ce mécanisme de garantie original. Deux paragraphes ont cependant été nécessaires. C'est que la matière des lettres de patronage se caractérise avant tout par la diversité :

> "*La lettre de patronage est celle qu'une personne physique ou morale (l'émetteur) adresse à un ou plusieurs créanciers déterminés ou indéterminés, en vue de les conforter quant à l'exécution de leur créance vis-à-vis d'un tiers (la société patronnée).*
>
> *La lettre peut être simplement informative, contenir une obligation morale ou juridique. L'obligation juridique est en principe autonome. Elle peut être de moyens ou de résultat. Son objet peut être de faire ou de ne pas faire, mais non de contraindre l'émetteur à se substituer à la société patronnée dans l'exécution de ses obligations. Lorsque l'obligation juridique est une obligation de somme, la lettre peut être qualifiée de sûreté personnelle*".

168.- C'est à dessein que nous n'avons pas spécifié davantage la forme de la lettre de patronage. Il s'agit le plus souvent d'un document écrit ayant la forme d'une déclaration unilatérale de volonté. Nous avons cependant démontré dans le Chapitre 3 ci-dessus que, lorsqu'elle s'adresse à un ou plusieurs créanciers déterminés, la lettre est en réalité un contrat. Par ailleurs, il faut admettre (du moins en théorie [434]) que la

---

[433] *Cf. supra* n° 8 - 9.

[434] Comme déjà souligné, les problèmes de preuve nous paraissent ici considérables.

lettre puisse résulter de déclarations non écrites. La diversité de la forme exclut qu'elle soit intégrée dans une définition à vocation plus générale.

Il en est de même de la qualité de l'émetteur, même s'il s'agit dans la très grande majorité des cas de l'actionnaire de référence de la société patronnée.

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE:

- Garantie autonome

BERTRAMS, R.I.F.V., *Bank Guarantees in International Trade*, 2d ed., Paris-New York, ICC Publishing S.A., 1996, 428 p.

MARTIN, C., DELIERNEUX, M., *Répertoire pratique du droit belge*, V° "Garanties bancaires autonomes", Complément t. VII , Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 552 à 607.

MIJNSSEN, F.H.J., BOLL, J.M., *De bankgarantie*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 142 p.

O'DONOVAN, J., PHILLIPS, J., *The Modern Contract of Guarantee*, 3d ed., North Ryden, LBC Informations Services, 1996, 866 p.

PABBRUWE, H.J., *Bankgarantie*, 4de vermeerderde druk, Deventer, Kluwer, 2000, 90 p.

POULLET, Y., "La garantie à première demande: un acte unilatéral abstrait?", *Mélanges J. PARDON*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 409 à 441.

ROMAIN, J.-F., « Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes 'à première demande' », *R.G.D.C.*, 1989, pp. 429 à 447.

SIMONT, L., "Les garanties indépendantes", *Rev. Banque*, 1983, pp. 579 à 611.

T'KINT, F., DERIJCKE, W., "La garantie indépendante à l'ombre des apparences", *Hommage à Jacques HEENEN*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 429 à 467.

VAN RIJN, J., HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, t. IV, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 515 à 531.

- **Cause** [435]

DABIN, J., *La théorie de la cause*, thèse, Bruxelles, Van Fleteren, 1919, 334 p.

FORIERS, P.-A., « La caducité revisitée - A propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, pp. 676 à 679.

FORIERS, P.-A., *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, thèse, Bruxelles, Bruyant, 1998, 236 p.

RAUCENT, L., « La disparition de la cause dans les donations : à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre1989 », *R.G.D.C.*, 1990, pp. 261 à 268.

VAN OMMESLAGHE, P., "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne", note sous Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 328 à 367.

[435] Voir aussi le V° Obligations - généralités en fin de Chapitre 2.

TROISIEME PARTIE : LA LETTRE DE PATRONAGE A LA LUMIERE DU DROIT DES CONTRATS, DES SOCIETES ET DES GROUPES DE SOCIETES

CHAPITRE 5 - LA VALIDITE DE LA LETTRE DE PATRONAGE

SOMMAIRE :

La lettre de patronage ne peut être un moyen de garantie efficace que si sa validité ne peut être mise en doute.

La question se pose sous l'angle du droit civil, par référence aux conditions essentielles à la validité des conventions (art. 1108 et s. C. civ.). Il s'agit d'examiner particulièrement les conditions liées à la cause dont la lettre de patronage est en principe abstraite dès son émission. Sauf stipulation contraire, la nullité du contrat principal, avec ou sans effet rétroactif, n'est pas susceptible de toucher à la validité de la lettre de patronage. Tout au plus cette nullité peut-elle conditionner l'appel à son exécution lorsqu'il est manifestement abusif.

La question se pose sous l'angle des conditions générales du droit des sociétés. Il apparaît que ni les règles de compétence (la lettre de patronage est le plus souvent une décision du conseil d'administration), ni celles relatives à l'objet social de la société émettrice, ne présentent de nombreux risques de compromettre la validité de la lettre de patronage. Quant à l'intérêt social de la société émettrice, il doit bien évidemment être respecté. Le contexte de groupe dans lequel la lettre de patronage est le plus souvent émise autorise cependant à l'interpréter de manière souple, notamment par la prise en compte du profit que retirerait de la lettre de patronage la société émettrice elle-même. Force est en outre de constater que la lettre peut elle-même établir les conditions de sa validité.

Enfin, il s'agit aussi de tenir compte des conditions spécifiques posées par le droit des sociétés lorsqu'il réglemente les conventions d'actionnaires. La comparaison ne semble faire aucun doute en ce qui concerne la négociabilité des titres (art. 510 C. soc.). Les règles en la matière ont pour effet de multiplier les aléas entourant la lettre de patronage lorsqu'elle vise un blocage de la participation de l'émetteur dans le capital de la société patronnée.

La comparaison avec la réglementation des conventions d'actionnaires peut être étendue à la liberté du vote (art. 551 C. soc.). Il apparaît que, lorsque la lettre contient un engagement de vote qui peut être tenu pour licite au regard du droit des sociétés, la protection de son bénéficiaire est particulièrement efficace. Au contraire des engagements qui portent sur un blocage de la participation, il faut souligner la force particulière de ceux qui restreignent la liberté de vote de l'émetteur en sa qualité d'actionnaire de la société patronnée.

169.- Garantie à géométrie variable (de simple déclaration à sûreté; Chapitre 1), la lettre de patronage peut être rangée dans diverses catégories juridiques aux effets bien connus : partant, sa souplesse n'empêche pas la sécurité juridique (Chapitre 2). Démontrer la nature contractuelle de la lettre (et par conséquent la participation du bénéficiaire à sa création; Chapitre 3) ainsi que son autonomie de principe (qui la soustrait aux aléas du contrat principal; Chapitre 4) renforce l'efficacité qui peut être attribuée au mécanisme. Encore faut-il qu'il soit valable.

Dans leur théorie critique du droit, OST et VAN DE KERCHOVE ont démontré que la meilleure façon de comprendre la nature même de la validité juridique était de la rapprocher de l'idée d'efficacité juridique : "*L'acte ou la norme juridique valable est celui auquel on reconnaît, dans un ordre juridique donné, qu'il a les effets juridiques que ses auteurs prétendent lui assigner*" [436]. Inversément, l'efficacité d'un acte juridique est quasiment nulle si elle ne peut reposer sur la validité de celui-ci. Quel

---

[436] F. OST, M. van de KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 258. La thèse de ces auteurs est également de démontrer que la validité d'une norme ou d'un acte juridique peut être établie par référence à trois critères distincts, bien que se recouvrant partiellement : la validité formelle (associée à la légalité), la validité empirique (associée à l'effectivité) et la validité axiologique (associée à la légitimité). *Ibidem,* pp. 270 et s. Nous adhérons à cette démarche qui nous permettra éventuellement de vérifier la validité d'une lettre de patronage non seulement par conformité aux normes applicables (légalité), mais aussi par référence à la pratique (effectivité) et aux valeurs susceptibles d'orienter cette dernière (légitimité).

que soit son objet ou ses effets, il importe que l'acte juridique, dans le principe même de son émission, ne puisse ultérieurement être remis en cause.

Dans l'ouvrage célébrant le quarantième anniversaire de la Commission droit et vie des affaires, le Professeur FONTAINE rappelait l'expression d'« *architecte du droit* » que le Professeur DEL MARMOL réservait au rôle du juriste : « *Il s'agit de déceler les besoins de la vie économique et de les rencontrer avec des formules juridiques constructives et efficaces, destinées à prévenir les litiges - sans perdre de vue les valeurs morales fondamentales qu'il appartient au juriste de défendre* » [437]. C'est bien dans cette perspective que nous tentons d'inscrire notre réflexion. Les notions de validité et d'efficacité juridiques y apparaissent indissociables [438].

Concernant la lettre de patronage, la question de la validité se pose sous les angles du droit civil (§ 1) et du droit des sociétés dans ses dispositions générales (§ 2) et, selon nous, suivant les règles applicables aux conventions d'actionnaires (§ 3). Nous veillerons à focaliser nos commentaires sur ce qui est caractéristique de notre matière : c'est que la réflexion met en jeu des concepts fondamentaux dont l'étude justifierait à elle seule des thèses distinctes. En ce qui les concerne, le lecteur nous autorisera à le renvoyer aux meilleurs auteurs [439].

---

[437] M. FONTAINE, « La formation des contrats. Codifications récentes et besoins de la pratique », *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 682.

[438] Voir encore en ce sens : SIMLER, Ph., *Cautionnement et garanties autonomes*, 3ème éd., Paris, Litec, 2000, p. 8, n° 5 : « *Une économie moderne et libérale ne peut se passer de crédit, donc de sûretés efficaces* ».

[439] Il en va de même en ce qui concerne les conditions particulières auxquelles seraient soumises les lettres de patronage émises par des autorités publiques. L'examen de la réglementation administrative déborderait assurément le cadre de notre étude. Sur cette question particulièrement, voir nos précédents commentaires à propos de la qualité de l'émetteur et les références citées. *Cf. supra* n° 82.

§ 1. DROIT CIVIL

1. LES CONDITIONS ESSENTIELLES POUR LA VALIDITE DES CONVENTIONS (ART. 1108 ET S. C. CIV.)

170.- Suivant l'article 1108 du Code civil, "*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*

Le consentement de la partie qui s'oblige;
Sa capacité de contracter;
Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;
Une cause licite dans l'obligation."

Nous avons déjà eu l'occasion de souligner le fait que la disposition ne devait pas être interprétée strictement, en ce sens que son application n'était pas limitée aux seules conventions mais étendue aux engagements par déclaration unilatérale de volonté [440]. Par conséquent, il n'y a pas lieu de distinguer suivant que la lettre de patronage a un bénéficiaire déterminé ou non, la reconnaissance de sa nature contractuelle étant ici sans incidence.

A. Le consentement de la partie qui s'oblige

171.- L'exigence du consentement ne nous semble pas mériter ici d'importants développements. On soulignera la situation particulière dans laquelle se trouve l'émetteur de la lettre par rapport au débiteur garanti : le plus souvent, sa qualité de société mère l'empêchera de plaider un quelconque vice de consentement en raison d'une prétendue ignorance de la situation de la société patronnée [441].

---

[440] *Cf. supra* n° 105 et les références citées.

[441] En ce sens : Y. POULLET, *Les lettres de patronage, op. cit.*, 1984, p. 175, n° 254.

D'ailleurs, les relations entre l'émetteur de la lettre de patronage et le débiteur garanti auront le plus souvent été un des mobiles déterminants de son émission [442]. Suivant une doctrine autorisée [443], cette circonstance ne pourra qu'alléger le devoir d'information, notamment quant à la solvabilité du débiteur, incombant au créancier bénéficiaire [444]. De manière générale, les qualités de l'émetteur permettront de présumer l'accès à l'information [445] le plus élevé lors de l'engagement et une exacte compréhension du contenu de la lettre émise [446].

Ces éléments font que, hors l'hypothèse du dol du créancier bénéficiaire [447], l'émetteur de la lettre de patronage ne pourra que rarement invoquer un vice de consentement pour contester sa validité. Le bénéficiaire, quant à lui, n'aura probablement que peu d'intérêt à critiquer la garantie émise en sa faveur.

B. La capacité de contracter

172.- A l'instar du consentement, la capacité ne justifie pas, dans notre perspective, de nombreux commentaires. Si, avec COIPEL, il faut reconnaître une "*radicale incapacité d'exercice*" de la personne morale puisqu'elle ne peut agir que par le

---

[442] Voir nos commentaires relatifs à la cause dans la matière des sûretés personnelles. *Cf. supra* n° 142 à 147.

[443] E. DIRIX, "Borgtocht. Recente ontwikkelingen", *Borgtocht en garantie – Persoonlijke zekerheden – Actualia,* Voorrechten en hypotheken – Grondige studies, Anvers, Kluwer, 1997, p. 27, n° 34.

[444] Pour autant d'ailleurs qu'on reconnaisse une obligation de renseignement qui l'obligerait à mettre à la disposition de son cocontractant les informations dont il dispose. Cette question est elle-même discutée. *Cf. infra* n° 276 et les nombreuses références en note.

[445] Voir nos commentaires sur l' « accès à l'information » de l'émetteur *Cf. infra* n° 276.

[446] Voir nos commentaires sur le « professionnalisme » de l'émetteur. *Cf. infra* n° 277.

[447] L'hypothèse peut sembler théorique. A. VERBEKE et D. BLOMAERT, *Patronaatsverklaringen*, Anvers, Kluwer, 1996, p. 34, n° 30*ter*, l'évoquent cependant dans leur commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 15 novembre 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p.

biais de ses organes [448], le principe est celui de sa pleine capacité de jouissance. Sauf restriction légale ou liée à sa nature d'être moral, la société peut devenir titulaire de tous droits et obligations [449]. Il en résulte que, dans le chef d'une personne morale, l'exigence de la capacité n'est pas un obstacle à l'émission d'une sûreté. La question ne peut être confondue avec celles concernant l'objet social et l'intérêt social de la société qui s'engage. Il s'agit de questions distinctes qui seront examinées ci-après [450].

Dans le chef d'une personne physique, la capacité nécessaire à l'émission d'une lettre de patronage ne nous semble pas poser de problème spécifique. Même s'il y avait lieu d'appliquer, par analogie, la règle de protection renforcée des incapables en matière de cautionnement (suivant laquelle le mineur, émancipé ou non, et l'interdit ne peuvent se porter caution [451]), nous doutons qu'elle soit susceptible de recevoir en notre matière de nombreux cas d'application.

---

509. Voir aussi les commentaires de X. BARRE, *La lettre d'intention*, Paris, Economica, 1995, pp. 237 et s.

[448] M. COIPEL, *Répertoire notarial*, t. XII - Droit commercial, Livre II, "Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales", Bruxelles, Larcier, 1993, p. 172, n° 265.

[449] On admet que la capacité de la personne morale est la même que celle des personnes physiques. Voir Cass., 31 mai 1928, *Pas.* 1928, I, p. 168; Cass., 17 mai 1962, *Pas.*, 1962, I, p. 1054 : "*Pour tous les actes juridiques que n'exclut pas sa nature d'être moral, sa capacité est en principe la même que celle des personnes physiques si la loi ne l'a pas restreinte (...)*". La question s'est posée en ce qui concerne le droit pour une société d'exiger la réparation d'un préjudice moral ou d'exercer un mandat social. Aujourd'hui, les restrictions possibles ne semblent concerner que les droits de la famille.

[450] A propos de la capacité nécessaire à un contrat de cautionnement, T'KINT indique (*Sûretés, op.cit.*, p. 379, n° 765) : "*Une personne morale peut évidemment s'obliger comme caution. Toutefois, eu égard à sa capacité spéciale, son engagement ne sera valable que s'il est expressément autorisé par ses statuts ou s'il est justifié par son objet social. On admettra ainsi par exemple qu'une société-mère se porte caution de dettes d'une de ses filiales dont elle a intérêt à favoriser le crédit (...)*". La capacité, l'objet social et l'intérêt sont cependant trois niveaux de contrôle distincts, comme nous l'indiquerons plus loin. *Cf. infra* n° 193.

[451] F. T' KINT, *Sûretés, op. cit.*, p. 379, n° 764.

C. Un objet certain qui forme la matière de l'engagement

173.- L'objet de la lettre de patronage peut être de faire ou de ne pas faire, avec un résultat ou suivant des moyens parfois à la discrétion de l'émetteur. Cette diversité n'apparaît pas incompatible avec l'article 1108 du Code civil en vertu duquel l'objet " *Qui forme la matière de l'engagement doit être certain*". Sans doute faut-il admettre que, dans certaines hypothèses, les intentions reprises dans la lettre de patronage pourraient être à ce point vagues qu'elles ne sauraient y être constitutives d'un engagement juridique. Mais nous avons déjà exposé les raisons qui nous font admettre le droit des parties à la lettre de rester en-dehors du droit [452]. En notre matière, il ne semble pas qu'une éventuelle indétermination de l'objet soit susceptible de remettre en cause la convention (juridique ou non juridique) des parties à la lettre.

D. Une cause licite dans l'obligation

174.- Nous avons déjà consacré d'importants développements à l'identification de la cause de la lettre de patronage. Pour rappel, nous en défendons une conception dualiste suivant laquelle elle comprend tant les relations entre l'émetteur et la société patronnée que les relations entre cette dernière et le créancier bénéficiaire [453]. C'est donc cette double cause qu'il s'agit d'envisager ici, dont l'article 1108 du Code civil indique qu'elle doit être licite. La précision a son importance dès lors que, conformément à une jurisprudence déjà ancienne de la Cour de cassation, il suffit qu'*un* des mobiles déterminants soit illicite pour que la convention soit nulle [454].

175.- La question de la cause se pose essentiellement en ce qui concerne la nullité ou la résolution du contrat principal, dont il faut selon nous admettre qu'il est un des mobiles de la garantie. Ce problème est au coeur de ce que la littérature

---

[452] *Cf. supra* n° 37 et s.

[453] *Cf. supra* n° 142 à 147.

juridique a appelé la "*controverse de Deauville*" en matière de garanties autonomes. A l'occasion d'un colloque organisé à Deauville en juin 1981, un vif débat semble avoir opposé STOUFFLET, qui considérait que lorsque le contrat de base est résolu ou annulé, la garantie (autonome) est nulle à défaut de cause, et VASSEUR, qui estimait que des événements postérieurs à l'octroi de la garantie ne peuvent l'affecter car l'existence de la cause doit s'apprécier au moment de la naissance de l'obligation [455].

Les conditions de validité d'un contrat s'apprécient au moment de sa formation. La Cour de cassation admet cependant que, pour vérifier l'existence de ces conditions, le juge du fond tienne compte d'éléments postérieurs à la conclusion du contrat [456]. La nullité du contrat principal en fait-elle partie, en particulier lorsqu'elle opère avec effet rétroactif ?

176.- Après quelques hésitations [457], la doctrine belge la plus récente s'est prononcée pour le refus de la nullité de la garantie autonome en raison de la nullité du contrat principal, fut-elle prononcée avec effet rétroactif. L'autonomie implique précisément que, dès son émission, la garantie soit abstraite de sa ou de ses causes,

---

[454] Cass., 13 novembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 190; Cass., 19 janvier 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 640.

[455] Numéro spécial de la Revue de jurisprudence commerciale, février 1982, pp. 96 à 102. Voir également le compte rendu qu'en fait L. SIMONT, "Les garanties indépendantes", *Rev. Banque*, 1983, pp. 592 et s.

[456] Cass., 11 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 726; *R.W.*, 1993-1994, p. 1064 avec note.

[457] P.-A. FORIERS, "Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause", note sous Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, p. 106, n° 27; J. VAN RIJN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial,* T. IV, 2ème édition, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 524, n° 659, qui, tout en admettant que la nullité ou la résolution avec effet rétroactif du contrat de base devrait entraîner l'extinction de la garantie (qui, en pareil cas, serait "*sans cause dès l'origine*"), estiment nécessaire de préciser : "*Au surplus, le bénéficiaire qui demande l'exécution de la garantie, alors qu'il ne peut ignorer que l'exportateur ne lui doit rien, commet une fraude manifeste*". Voilà probablement leur principale motivation, qui rejoint celle des auteurs plus récents cités ci-après.

quels que soient les aléas les concernant [458]. Décider le contraire ruinerait l'efficacité du mécanisme.

La même doctrine accepte cependant de tempérer la rigueur de l'autonomie par l'appréciation des conditions de l'appel à la garantie. Si la nullité du contrat principal n'affecte pas la validité de la garantie autonome, il n'en reste pas moins que son bénéficiaire ne peut pas - manifestement - en abuser [459]. Comme le résume POULLET, "*L'interdiction de paiement sera prononcée non parce que la nullité alléguée du contrat de base priverait le contrat de garantie de cause mais parce que l'appel nonobstant la nullité avérée de manière évidente est contraire à l'équilibre d'intérêts mis en place par la garantie indépendante*" [460].

177.- Le Chapitre 4 a eu pour objet de démontrer l'autonomie de principe de la lettre de patronage. Le raisonnement concernant les garanties autonomes peut lui être appliqué. Il en résulte que, sauf stipulation contraire, la nullité du contrat principal, avec ou sans effet rétroactif, n'est pas susceptible de toucher à sa validité. Tout au plus faut-il admettre qu'elle peut conditionner l'appel à l'exécution de la lettre de patronage lorsqu'il est – manifestement – abusif.

---

[458] La question ne se pose pas pour un contrat accessoire dont la validité dépend étroitement de la validité de l'obligation garantie. Voir A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Répertoire pratique du droit belge*, V° "Cautionnement", complément T. V, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 139, n° 17 : "*La nullité de l'obligation principale entraîne la nullité du contrat de cautionnement*". Nous approuvons cette solution, que la nullité soit prononcée avec ou sans effet rétroactif.

[459] *Cf. supra* n° 156 et note.

[460] Y. POULLET, "La garantie à première demande : un acte unilatéral abstrait ?", *Mélange J. PARDON*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 436, n° 24. Dans le même sens : F. T'KINT, W. DERIJCKE, "La garantie indépendante à l'ombre des apparences", *Hommage à Jacques HEENEN*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 445, n° 23, suivant qui "*Le seul fait d'invoquer la nullité ou la résolution du contrat de base serait impuissant à faire obstacle à l'exécution de la garantie*". Ils précisent à la note 68: "*Fût-ce, pensons-nous, pour une cause touchant à l'ordre public ou aux bonnes mœurs*".

Les parties à la lettre, désireuses d'une autre solution, seront bien avisées d'organiser contractuellement cette question. Elles le feront probablement au moment de stipuler le caractère accessoire ou subsidiaire de leur garantie.

2. DISPOSITIONS SPECIFIQUES DU CODE CIVIL

178.- Les dispositions ici commentées ne concernent que les lettres de patronage émises par des personnes physiques.

A. La protection des « intérêts de la famille » (art. 224 C. civ.)

179.- Nous avons déjà eu l'occasion d'examiner l'article 224 du Code civil concernant la sûreté personnelle qui met en péril les intérêts de la famille. Pour rappel, nous avons précisé quand une lettre de patronage était une sûreté personnelle, cette qualification la faisant notamment tomber dans le champ d'application de cette disposition. Le lecteur nous autorisera à le renvoyer à nos précédents commentaires [461].

B. La règle du « Bon pour » (art. 1326 C. civ.)

180.- Conformément à l'article 1326 du Code civil :

> *"Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un 'bon' ou un 'approuvé', portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose;*

---

[461] *Cf. supra* n° 17 et 29.

Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et service " [462].

Conformément à son dernier alinéa, la disposition ne s'applique pas aux commerçants. En Belgique, ni la qualité d'actionnaire majoritaire, ni celle d'administrateur n'ont pour effet d'octroyer cette qualité. Les sûretés accordées par l'actionnaire ou l'administrateur, qui n'entrent pas dans la catégorie des actes commerciaux par relation (article 2, dernier § du Code de commerce) restent de nature civile et sont donc visées par l'article 1326 [463]. C'est la solution en matière de cautionnement, qui n'est commercial que lorsqu'il représente un acte de commerce entre les parties au contrat de cautionnement, indépendamment de la commercialité de l'obligation garantie [464]. *A fortiori* cette solution s'applique-t-elle à la lettre de patronage dont nous avons démontré le caractère en principe autonome.

---

[462] Précisons d'emblée que l'article 1326 ne concerne que la validité de l' *instrumentum*, et non l'existence des obligations qui peuvent encore être établies. Le document nul vaut alors comme commencement de preuve par écrit. En ce sens : Civ. Bruxelles, 11 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1444, avec observations I. DURANT ; Anvers, 15 décembre 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 1224.

[463] F. T'KINT, *Sûretés, op. cit.*, p. 369, n° 739; A. CUYPERS, P. ROORYCK "Persoonlijke zekerheden en vennootschappen", *Borgtocht en garantie - Persoonlijke zekerheden - Aktualia,* Voorrechten en hypotheken – Grondige studies, Anvers, Kluwer, 1997, p. 93, n° 87. La solution semble autre en France où les tribunaux admettent que les administrateurs concluent un cautionnement commercial lorsqu'il existe un "*intérêt patrimonial déterminant*" dans le chef de la caution, voire seulement un intérêt personnel à la dette garantie. Voir encore sur cette question : A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, V° "Cautionnement", *op. cit.*, p. 148, n° 64; Anvers, 7 avril 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 193, commenté par V. de FRANCQUEN, « Quand le cautionnement consenti par un seul des conjoints est-il annulable ? », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 155 à 166.

[464] Pour une application, voir Bruxelles, 22 octobre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 359. C'est le contraire en matière de gage, qui est civil ou commercial en fonction de l'obligation garantie, et non des parties au contrat de gage (art. 1 de la loi du 5 mai 1872). T'KINT, *Sûretés, op. cit.*, p. 368, n° 738, souligne pertinemment que, de ce point de vue, la jurisprudence refuse de tirer "*La conséquence logique du caractère accessoire du cautionnement*".

181.- La question est donc celle de savoir si la lettre de patronage, en ses diverses variantes, fait partie des engagements de payer "*Une somme d'argent ou une chose appréciable*" régis par l'article 1326 du Code civil. Suivant BAILLOD, "*Les 'vraies' lettres d'intention, dans lesquelles le souscripteur promet certes que le dette du tiers sera payée, mais par le tiers lui-même, au besoin aidé par le souscripteur, sortent à notre avis du cadre relativement étroit de l'article 1326 du Code civil : le souscripteur ayant la liberté de choisir les moyens à mettre en oeuvre pour atteindre le résultat promis, son obligation est plus complexe que celle visée par cet article*" [465].

Nous sommes tenté d'être plus catégorique. Ne faut-il pas constater que l'article 1326 ne vise que "*Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable*" (c'est nous qui soulignons) ? Si la lettre de patronage peut avoir pour objet une obligation de paiement, ce ne le peut être qu'au débiteur, et non au créancier bénéficiaire [466]. Force est de constater que cette hypothèse est écartée par le texte même de l'article 1326 du Code civil.

182.- C'est donc l'absence de tout formalisme qui caractérise la lettre de patronage, même lorsqu'elle est émise par une personne physique et est de nature civile. La réalité du consentement de l'émetteur doit être vérifiée et peut être établie indépendamment de toute mention manuscrite particulière. La lettre de patronage se distingue ainsi des autres formes de sûreté personnelle que sont les contrats de cautionnement et de garantie autonome. Ces derniers ont en effet pour but et pour effet le paiement direct du créancier bénéficiaire, justifiant qu'on leur applique l'article 1326 lorsqu'ils sont émis par des personnes physiques qui n'ont pas la qualité de commerçant.

---

[465] R. BAILLOD, "Les lettres d'intention", *RTD Com*, 1992, p. 571, n° 42.

[466] Telle que nous l'avons définie, la lettre de patronage ne peut pas avoir pour but de contraindre l'émetteur à se substituer à la société patronnée dans l'exécution de ses obligations. *Cf. supra* n° 11 - 12, 167 - 168.

L'inapplication de l'article 1326 du Code civil à la lettre de patronage a également pour conséquence de l'affranchir de toute restriction qui résulterait de la précision formelle de la somme ou de la chose à payer. On évite également toute contestation quant à la question de savoir si le montant indiqué n'est qu'un principal que des accessoires peuvent encore majorer [467]. Nous y voyons des arguments supplémentaires à l'appui des objectifs d'efficacité et de sécurité juridiques qui sous-entendent nos analyses.

[467] La pratique révèle que ce genre de litiges est fréquent avec les cautionnements soumis à l'article 1326.

§2. CONDITIONS GENERALES DU DROIT DES SOCIETES

183.- La validité de la lettre de patronage pose surtout des questions de droit des sociétés. Elles concernent, d'une part, le respect de l'objet social et de l'intérêt social de l'émetteur lorsqu'il est une personne morale et, d'autre part, les conditions auxquelles sont soumises les conventions partant sur la détention du capital et la gestion de la société patronnée.

La première série de questions fait l'objet du présent paragraphe. Elle suppose que soit préalablement examinée la compétence des organes pouvant engager la société émettrice de la lettre de patronage. La seconde série de questions sera analysée au paragraphe suivant, où un parallélisme sera établi avec la réglementation spécifique des conventions d'actionnaires. Nous n'étudierons que les régles applicables aux sociétés anonymes où la pratique des lettres de patronage semble se concentrer. Le cas échéant, la plupart de nos commentaires seront transposables aux sociétés privées que le phénomène du patronage pourrait exceptionnellement concerner.

1. LES COMPETENCES

184.- L'émission d'une lettre de patronage est-elle un acte d'administration? Dans l'affirmative, peut-elle faire partie de la gestion journalière? Une fois ces questions examinées (A), il s'agit d'en identifier les conséquences et de mesurer leurs sanctions éventuelles (B).

A. Administration et gestion journalière

185.- En 1954, VAN RIJN définissait les actes d'administration de la manière suivante : "*Les actes d'administration s'opposent, en principe, aux actes de disposition, mais la distinction doit être appliquée avec souplesse; il faut tenir compte, notamment, de la nature et de l'objet de la société. Tous les actes ordinaires d'exploitation seront considérés comme des actes d'administration, même si, envisagés en eux-mêmes, ils impliquent une aliénation (...) L'emprunt au nom de la société ne rentre pas, en principe, dans le cadre de ces actes sauf dans des cas exceptionnels : s'il s'agit d'un emprunt peu important, contracté pour un temps très court, et alors que la société a un pressant besoin d'argent (...)*" [468]. Dans le même temps, l'auteur reconnaissait que la conception "*démocratique et parlementaire*" de la société anonyme était dépassée [469], ce constat ne pouvant que renforcer le pouvoir à confier au conseil d'administration.

C'est cette tendance qu'a consacrée l'article 54 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (tel que modifié par la loi du 6 mars 1973 et devenu l'article 522, §1er du Code des sociétés) qui dispose que "*Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société, à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale*".

Suivant nos analyses, aucune compétence dévolue exclusivement à l'assemblée générale n'est susceptible de restreindre le pouvoir du conseil d'administration d'émettre une lettre de patronage [470]. Comme nous l'expliquons au point 2 ci-après, la lettre de patronage fait le plus souvent partie des actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société émettrice. La pratique le confirme, qui fait de la lettre une décision des administrateurs.

---

[468] J. VAN RIJN, *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 393, n° 604.

[469] *Ibidem*, p. 380, n° 577.

[470] A tout le moins suivant les exemples de clauses développés jusqu'à présent par la pratique et dont nous avons pu prendre connaissance.

186.- Si le conseil d'administration apparaît ainsi comme l'organe "*naturel*" de la lettre de patronage, il nous faut encore répondre à la question - plus délicate - de l'intégration éventuelle de ce mécanisme de garantie dans les actes de gestion journalière. Suivant un arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 1968 [471], il s'agit des actes "*Commandés par la vie quotidienne de la société et ceux qui, en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même*"[472].

Dans un des premiers ouvrages consacrés à notre sujet, COIPEL suggérait de déterminer si l'émission d'une lettre de patronage entre dans la notion de gestion journalière par référence à deux variables [473] :

1° l'importance *objective* de la lettre, suivant qu'elle est simplement déclarative ou contient des obligations plus ou moins contraignantes;

2° l'importance *subjective* de la lettre, en fonction de l'importance de l'opération principale et des moyens dont dispose l'émetteur.

187.- Ce point de vue, qui n'envisage même pas qu'une lettre de patronage puisse être un acte commandé par la vie "*quotidienne*" de la société, ne nous convainc que partiellement :

– d'une part, l'importance objective et subjective de la lettre constitue un facteur d'appréciation vraiment très aléatoire.

---

[471] Cass., 17 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 61.

[472] Avec F. CLEEREN, "Het orgaan van dagelijks bestuur", *R.W.*, 1996-1997, p. 210, n° 5, il faut constater le caractère restrictif de la définition.

Nous renvoyons le lecteur à nos premiers commentaires concernant la nature morale ou juridique, de moyens ou de résultat, des obligations exprimées dans la lettre de patronage. Son importance semble être un critère difficile à mettre en œuvre. Il en est d'autant plus ainsi que son bénéficiaire dispose de peu de moyens de vérifier ce qu'elle représente, non seulement pour la société patronnée (son cocontractant dans le cadre de l'opération principale) mais aussi pour l'émetteur (avec qui peut-être il n'entre en relation qu'à l'occasion de la lettre) [474].

– d'autre part, la seule prise en compte de l'importance de la lettre ne rencontre pas la définition de la gestion journalière.

La jurisprudence de la Cour de cassation se fonde non seulement sur l'importance de l'acte, mais aussi sur la nécessité d'une prompte solution [475] : la gestion journalière implique par nature une prise de décision rapide, incompatible avec l'attente d'une réunion du conseil d'administration. Peut-on considérer qu'il en sera ainsi dans notre matière, compte tenu de l'importance des opérations dans lesquelles l'émission d'une lettre s'inscrit le plus souvent? Notre point de vue est de considérer que la nécessité d'une prompte solution permettant d'intégrer l'émission de la lettre de patronage dans les actes de gestion journalière est peu

---

[473] *La lettre de patronage*, *op. cit.*, p. 257, n° 368.

[474] La difficulté est la conséquence de la manière relativement vague avec laquelle la gestion journalière a été définie. Voir d'ailleurs K. GEENS, M. DENEF, F. HELLEMANS, R. TAS, J. VANANROYE, « Vennootschappen - overzicht van rechtspraak 1992-1998 », *T.P.R.*, 2000, p. 279, n° 227, qui, citant RONSE, estiment que l'absence de définition légale fait de l'article 525 du Code des sociétés une des règles les moins sûres du droit belge !

[475] La manière avec laquelle la Cour de cassation a défini les actes relevant de la gestion journalière suggère en effet une application cumulative des deux dernières conditions.

probable, même si elle ne peut être totalement exclue [476]. C'est d'ailleurs ce que nous ont confirmé les praticiens que nous avons interrogés à ce propos [477].

Pour la suite de notre étude, nous partirons de l'hypothèse que la lettre de patronage est, conformément à la situation qui semble la plus fréquente, une décision du conseil d'administration.

188.- La détermination des compétences est un préalable nécessaire au contrôle de la validité des décisions des organes sociaux. Le contrôle porte non seulement sur la qualité de l'organe (assemblée générale, conseil d'administration ou délégué à la gestion journalière), mais aussi sur les paramètres au regard desquels apprécier ses décisions. Un des nombreux mérites de la thèse de COPPENS est d'avoir mis en évidence la différence de nature du vote de l'administrateur et de celui de l'actionnaire. Alors que le premier, par son droit de vote au conseil d'administration, se voit reconnaître une fonction au sein de la société, qu'il doit exercer dans l'intérêt exclusif de cette dernière, COPPENS admet que le droit de vote de l'actionnaire est non seulement une fonction mais aussi une prérogative, qu'il peut exercer dans son intérêt propre [478]. Ce n'est que dans la mesure où l'actionnaire *abuse* de cette prérogative que son vote (sa décision) est critiquable [479].

---

[476] Suivant P. DE WOLF, "Le Conseil d'administration: répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux", *J.T.*, 1998, p. 223, n° 34, les actes des gestion journalière "*Se limitent à l'expédition des affaires courantes ou à l'exécution de décisions prises par un autre organe*".

[477] Au passage, les banquiers nous ont aussi confirmé toute l'importance qu'ils accordaient à la vérification des signatures.

[478] P. COPPENS, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes,* thèse, Louvain, Librairie René Fonteyn, 1947, p. 83, n° 56 : « *Le droit de vote apparaît tout à la fois comme un moyen de défense du patrimoine de l'actionnaire et comme un procédé de gestion de la société* » .

[479] Ce point de vue a été adopté depuis par une partie importante de la doctrine. Récemment, voyez notamment l'étude de N. THIRION, "Délocalisation d'une division de l'entreprise et intérêt social", *R.P.S.*, 1996, p. 65, n° 12. Voir aussi Mons, 12 Mars 1996, *R.P.S.*, 1996, p. 300.

Pour les motifs examinés ci-dessus, il apparaît que la lettre de patronage est en principe [480] une décision du conseil d'administration. Désigner ce dernier comme organe "*naturel*" de la lettre de patronage nous permet d'insister d'ores et déjà sur l'importance du contrôle de sa conformité à l'intérêt social de la société émettrice. Cette question est spécifiquement envisagée au point 3 ci-après. En outre, il semble utile de rappeler que, puisque le conseil d'administration est censé agir exclusivement dans l'intérêt social, ses décisions peuvent être critiquées non seulement sur pied d'un éventuel abus de majorité, mais aussi sur le fondement d'un détournement de compétences [481]. Avec GEENS, il faut souligner que ce dernier est plus facilement constaté que l'abus pouvant être reproché à l'actionnaire [482]. Ceci ne peut que renforcer l'importance de l'analyse.

B. Les sanctions

189.- L'intérêt de la détermination de l'organe compétent pour émettre une lettre de patronage réside essentiellement dans les conséquences identifiées au point qui précède. Nous avons souligné la compétence de principe du conseil d'administration, notamment en raison du fait qu'il n'y avait pas, suivant nos analyses, d'exemple de lettre de patronage touchant à une attribution exclusive (légalement organisée) de l'assemblée générale. Il en résulte que l'éventuelle incompétence du

---

[480] Il faut réserver certaines hypothèses particulières telles que celles de la lettre (annonce) de patronage résultant d'une déclaration faite en assemblée générale. *Cf. supra* n° 87 - 88.

[481] La décision contraire à l'intérêt social peut en effet avoir été prise à l'unanimité.

[482] K. GEENS, "De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies", *T.P.R.*, 1989, p. 49, n° 23, p. 51, n° 25. Voir les conditions strictes auxquelles la Cour de cassation, dans son arrêt de principe du 19 septembre 1983, a entendu subordonner la constatation de l'abus (Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55; *J.T.*, 1985, p. 56 avec la note S. DUFRENE; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282 avec la note J-L. FAGNART; *R.D.C.*, 1984, p. 276 avec la note W. RAUWS; *R.W.*, 1983-1984, col. 1480 avec note). En comparaison, il paraît clair que le constat d'un détournement de compétence revêt un caractère beaucoup plus automatique.

conseil pour émettre une lettre de patronage ne peut résulter que d'une restriction statutaire ou conventionnelle de ses pouvoirs [483].

Or, conformément à l'article 522 du Code des sociétés, semblable limitation n'a qu'un effet purement interne et est inopposable aux tiers. La société, engagée par une lettre de patronage émise par un conseil d'administration incompétent, ne peut pas s'en prévaloir pour échapper à ses obligations. Une sanction peut bien évidemment être envisagée de manière interne : la responsabilité personnelle, à l'égard de la société, des administrateurs indélicats. Elle ne remet cependant pas en cause la validité de la lettre de patronage qui, à l'égard des tiers et en particulier de son bénéficiaire, reste entière.

190.- Les règles qui précèdent reçoivent exception en cas de mauvaise foi du concontractant (en notre matière le créancier bénéficiaire) auquel, conformément aux principes du droit commun, le dépassement de pouvoir est opposable. Force est cependant de constater qu'il n'y a unanimité ni en ce qui concerne la teneur de la mauvaise foi (le créancier aurait dû savoir, savait ou a agi frauduleusement [484]), ni en ce qui concerne la mesure de la sanction (libération de la société, dommages et intérêts ou partage de responsabilité [485]).

191.- Il faut aussi étudier la mesure avec laquelle *les tiers* peuvent se prévaloir des restrictions statutaires ou conventionnelles aux pouvoirs des administrateurs de la société émettrice pour contester la validité d'une lettre de patronage. Le bénéficiaire n'y a normalement aucun intérêt puisque, dans son chef, elle ne fait naître en principe

---

[483] Conformément à l'article 522 *in fine* du Code des sociétés, il faudrait y assimiler "*La répartition éventuelle des tâches dont les administrateurs auraient convenus*".

[484] Sur cette question, voir en particulier N. GEELHAND, "De externe vertegenwoordingingsmacht van de orgaan van de vennootschap (art. 54, lid 3 venn. w.)", *T.R.V.*, 1994, pp. 63 et s., qui, à la lumière notamment d'une analyse de droit comparé, plaide en faveur d'une interprétation relativement large de l'exception de mauvaise foi.

[485] A. BENOIT-MOURY, "Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social", note sous Cass., 12 novembre 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 406, n° 10.

que des droits et non des obligations. Mais d'autres tiers pourraient trouver avantage à contester la validité de la lettre de patronage [486].

En ce qui concerne les tiers, il faut selon nous partir du principe suivant lequel les restrictions statutaires ou conventionnelles aux pouvoirs des administrateurs n'ont désormais qu'un effet purement interne : si la société ne peut les opposer aux tiers, ces derniers ne devraient pas non plus s'en prévaloir [487]. Tout au plus faudrait-il leur reconnaître le droit de mettre en cause la responsabilité personnelle de l'administrateur ayant agi contre leurs intérêts [488].

192.- En conclusion de ce qui précède, on rappellera que le régime organisé par le Code des sociétés vise la sécurité des transactions. Celle-ci se vérifie en notre matière. Sans préjudice à la responsabilité des administrateurs, ce n'est qu'exceptionnellement que les règles de compétence seront susceptibles de toucher à la validité de la lettre de patronage. L'objectif de sécurité juridique est préservé.

---

[486] Nous songeons à d'autres créanciers de la société émettrice qui subiraient un préjudice en raison de la détérioration de sa situation.

[487] Quant à l'opposabilité des restrictions statutaires aux compétences des organes, L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband", *Aspekten van ondernemingsgroepen,* Anvers, Kluwer, 1989, p. 132, n° 12, indique que ni la société, ni les tiers n'auraient la possibilité de s'en prévaloir pour échapper à un engagement contractuel .

[488] Ces tiers pourraient notamment engager la responsabilité personnelle des administrateurs sur pied de l'article 528 du Code des sociétés dès lors que la restriction aux pouvoirs (violés dans cette hypothèse) résulterait d'une disposition statutaire.

2. L'OBJET SOCIAL

193.- L'examen de la conformité de la lettre de patronage à l'objet social de la société émettrice se révèle nécessaire à plus d'un titre :

- d'une part, il complète le contrôle de la capacité et celui du respect de l'intérêt social de l'émetteur.

Ces notions ne peuvent être confondues. L'objet social y apparaît comme un niveau de vérification intermédiaire. Alors que la capacité d'une personne morale est en principe pleine et entière [489], l'objet social détermine l'étendue des pouvoirs de ses organes de gestion et de représentation. Comme le souligne CHAPUT, "*L'objet ne limite pas la capacité de la société mais les initiatives des dirigeants*" [490]. L'intérêt social permet ensuite d'opérer un contrôle sur l'exercice de leurs pouvoirs [491]. FRANCOIS le confirme : "*De toets aan het vennootschapsbelang volgt op die aan het vennootschapsdoel en is er complementair mee. Hij vervangt hem echter niet*" [492]. On ne peut que remarquer la jurisprudence qui omet de faire la distinction entre ces notions [493].

---

[489] *Cf. supra* n° 172.

[490] Y. CHAPUT, note sous Cass. com., 18 juillet 1989, *Rev.soc.*, 1990, p. 601. Dans le même sens : M. COIPEL, *Répertoire notarial, op.cit.*, p. 174, n° 267.

[491] En ce sens : H. HOVASSE, *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale,* thèse, Rennes, 1974, p. 124, n° 128.

[492] A. FRANCOIS, "Het wankele evenwicht tussen vennootschaps-en groepsbelang", *T.R.V.*, 1994, p. 229, n° 10, p. 231, n° 10, qui relève opportunément qu'un acte peut être conforme à l'objet de la société, mais non à son intérêt.

[493] Voir Bruxelles, 11 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1061; Com. Courtrai, 16 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1268: "*Dat zelfs het doel en het belang van de vennootschap op één lijn zijn te stellen, zodat een handeling niet absoluut aan het doel van de vennootschap dient te beantwoorden, als zij maar met de belangen van de vennootschap overeenstemt*" ; et même Cass., 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 825; *R.C.J.B.*, 1991, p. 205 avec la note J.M. NELISSEN-GRADE; *T.R.V.*, 1989, p. 321 avec la note M. WYCKAERT et F. BOUCKAERT : "*Que, constatant ainsi un lien même indirect entre l'acte critiqué et l'objet ou l'intérêt de la société Wayland, la cour*

– d'autre part, on peut légitimement s'interroger sur la compatibilité d'un contrat de sûreté, contrat unilatéral (conçu originairement comme "*service d'ami*"), avec l'objet social d'une société commerciale.

La question revêt une importance particulière en notre matière où, presque systématiquement, l'émetteur est intéressé à l'opération principale garantie, si ce n'est aux affaires de la société patronnée dont il détient le capital.

A. La notion

194.- Nonobstant ces remarques préliminaires, il faut bien constater avec DAGOT et MOULY que l'histoire récente de l'objet social, dont l'article 19 du Code des sociétés indique seulement qu'il doit être licite, est "*une lente mise à l'écart*" [494]. Nous voyons trois motifs à cette évolution qui se vérifie certainement si l'on examine la conformité à l'objet social de la constitution des garanties, et notamment des lettres de patronage :

---

d'appel a légalement justifié sa décision de repousser les moyens déduits par Jacques JULIEN de la capacité et de la spécialité des personnes morales" (c'est nous qui soulignons).

[494] M. DAGOT, Ch. MOULY, "L'usage personnel du crédit social et son abus", *Rev. soc.*, 1988, p. 12, n° 12. Il faut cependant nuancer dans la mesure où c'est encore l'objet statutaire qui – en principe – détermine la nature civile ou commerciale d'une société à *forme* commerciale. Voir Liège, 27 mai 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 355, où la Cour rapporte la faillite d'une société anonyme dont la commercialité n'est pas établie.

1. Le libellé de l'objet social

195.- Suivant BENOIT-MOURY, un glissement s'est opéré de l'objet de la société à l'activité des entreprises [495]. Cela s'est répercuté dans la pratique notariale qui, avec le souci de décrire non seulement l'objet social mais aussi ses modalités de réalisation, a ramené son libellé au rang des formules très générales (et, suivant cet auteur, parfois "*vides de sens*" [496]). Dans ce contexte, la constitution des sûretés est presque toujours prévue.

2. L'interprétation de l'objet social

196.- Même lorsque l'objet social est décrit de manière stricte, on admet qu'il puisse être interprété avec souplesse. Certains auteurs n'hésitent pas à poser la règle suivant laquelle font *objectivement* partie de l'objet social, non seulement toutes les activités qui y sont expressément mentionnées, mais aussi tous les moyens qui, directement ou indirectement, *peuvent* servir l'exercice de ces activités, même s'ils n'y sont pas explicitement repris [497].

Les sûretés rencontrent facilement ces conditions. Le fait qu'elles seraient constituées au profit de tiers est en principe sans incidence - certainement en notre matière où, la société émettrice étant le plus souvent intéressée à la dette de la société

---

[495] L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 6 mars 1998, *R.P.S.*, 1999, p. 139, en est une illustration.

[496] A. BENOIT-MOURY, "Représentation des sociétés de capitaux (...), *op. cit.*, p. 417, n° 16. On devine même l'énervement de cet éminent auteur lorsqu'elle précise, p. 416, n° 15 : "*Il ne s'agit même pas d'un problème d'interprétation; une lecture intelligible est souvent rendue impossible par une rédaction incorrecte, sur le simple plan grammatical, sans compter les modifications ultérieures ou les ajouts successifs. A l'extrême, la société peut se livrer à n'importe quelle opération économique*". Voir pourtant l'article 69,11° du Code des sociétés, qui stipule que l'acte constitutif contient: "*la désignation précise de l'objet social*". (c'est nous qui soulignons)

patronnée, le soutien à celle-ci ne manque pas de servir (ne serait-ce qu'indirectement) ses activités [498].

CUYPERS et ROORIJCK le reconnaissent expressément à propos des cautions intra-groupe [499]. Dans une matière proche de la nôtre, celle des financements intra-groupe, OHL va même jusqu'à admettre que "*La mission de financer le groupe apparaît comme le prolongement* nécessaire *de l'objet d'une société dominante* (...)" [500]. La remarque peut être transposée au soutien que constitue l'émission d'une lettre de patronage [501].

---

[497] A. CUYPERS, P. ROORIJCK, "Persoonlijke zekerheden en vennootschappen", *op.cit.*, p. 129, n° 120.

[498] En ce sens : M. COIPEL, *Les lettres de patronage*, *op. cit.*, pp. 258 et 259.

[499] Tout en constatant que la constitution d'une caution ne fait que rarement partie de l'objet social, ils admettent qu'elle soit un des moyens de l'atteindre. Il n'en serait autrement que si la société n'a *manifestement* aucun intérêt à l'obligation garantie ou au contrat financé, hypothèse dont ils écartent le principe dans le cas de la sûreté intra-groupe : "*Borgstellingen ten gunste van andere vennootschappen uit dezelfde groep kunnen doorgaans slechts uitzonderlijk doeloverschrijdend worden geacht*", *ibidem*, p. 138, n° 127. Dans le même sens, mais avec un peu plus de prudence: J.R. GLASZ, H. BECKMAN RA, J.A.M. BOS, *Bestuur en toezicht*, Kluwer, Deventer, 1994, p. 203. Voir Cass. civ., 15 mars 1988, *Rev. soc.*, 1988, p. 415, avec la note Y. GUYON, qui admet le rattachement *indirect* à l'objet social « *en raison de la communauté d'intérêts unissant (la caution) à la société débitrice principale* ». En droit anglais cependant, voir *Butterworths Corporate Law Service*, Company Law, 9.41 : « *Alterations to the objects clause by special resolution may be required to make it clear that the objects clauses are wide enough not only to encompass the business of guaranteeing or mortgaging, but doing so for the benefit of* another company ».

[500] D. OHL, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Paris, Librairie technique, 1982, p. 126, n° 183.

[501] A l'appui ce de cette analogie, on pourra invoquer Com. Courtrai, 16 septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 1268 où le tribunal a considéré, à propos de l'objet d'une société holding patrimoniale, que le droit d'accorder des sûretés personnelles ou réelles impliquait celui de prêter des sommes – sous garantie hypothécaire – à des sociétés existantes ou à constituer.

3. La sanction de l'objet social

197.- En conséquence des modifications législative et jurisprudentielle que nous décrivons au point C ci-après, le dépassement de l'objet social n'est désormais sanctionné que de manière très limitée, du moins en ce qui concerne la relation entre la société et les tiers. Ceci a bien évidemment contribué à la réduction de l'importance accordée à la notion d'objet social.

B. L'acte désintéressé

198.- Nous nous proposons d'examiner ici les deux questions suivantes : Dans quelle mesure la garantie de la dette d'un tiers constitue-t-elle un acte à titre gratuit? Subsidiairement, l'acte à titre gratuit est-il compatible avec l'objet social d'un société *commerciale* ? Ces questions ne sont pas propres aux lettres de patronage. Les spécificité de ces dernières, et du contexte dans lequel elles sont le plus souvent émises, justifient cependant qu'on y accorde une attention particulière.

1. La garantie de la dette d'un tiers et l'acte à titre gratuit

199.- La notion de libéralité implique:

- le dépouillement d'un droit patrimonial appartenant au disposant,
- l'acquisition, par le bénéficiaire, d'un droit patrimonial, réel ou personnel, même s'il n'en tire pas directement une augmentation de son patrimoine;
- l'absence de contrepartie patrimoniale à l'appauvrissement ou à l'enrichissement;

– l'intention libérale [502].

200.- En ce qui concerne le contrat de cautionnement, la règle est de considérer que ces conditions ne sont pas rencontrées. La caution ne se dépouille ni actuellement ("*Le cautionnement n'appauvrit qu'éventuellement, subsidiairement et plus tard*" [503]), ni irrévocablement puisqu'après avoir payé, elle dispose d'un recours (subrogatoire ou personnel) contre le débiteur principal [504]. Ces caractéristiques sont considérées comme suffisantes pour exclure le contrat de cautionnement des actes à titre gratuit [505]. Il n'en est autrement que s'il est établi que la caution a agi " *Dans l'intention de gratifier le débiteur principal, cette intention lui faisant perdre le recours légal qui est le sien en cas de paiement*" [506].

201.- En ce qui concerne la lettre de patronage, la discussion se pose en des termes similaires, même si deux hypothèses doivent être envisagées suivant la distinction à laquelle nous avons procédé dans notre Chapitre 1 :

– La lettre de patronage contient une obligation juridique de nature financière - ce que nous avons désigné par les termes « *obligation de somme* ». Elle est une sûreté personnelle et, pour ce motif, ouvre

---

[502] L. RAUCENT, *Les libéralités*, Academia-Bruylant, Maison du droit de Louvain, 1991, pp. 27 et s.

[503] F. T'KINT, *Sûretés*, *op. cit.*, p. 379, n° 764.

[504] A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "Cautionnement", *op. cit.*, p. 141, n° 23.

[505] L. RAUCENT, *Les libéralités*, *op. cit.*, p. 29, n° 48. Voir aussi Cass. fr., 21 novembre 1973, *D.*, 1975, 549 avec la note STEINMETZ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, 756, avec obs. R. SAVATIER.

[506] L. RAUCENT, *Les libéralités, op. cit.*, p. 48, n° 71. Outre le problème de preuve, la réserve pose également la question du moment auquel le dépouillement, c'est-à-dire l'acte à titre gratuit est censé réalisé. RAUCENT ne précise rien à ce sujet. Nous sommes tenté de considérer que, puisque la libéralité exige un dépouillement immédiat, elle ne peut être constatée qu'au moment de l'exécution de la caution.

dans le chef de l'émetteur un droit de recours contre la société patronnée [507].

– La lettre de patronage est une simple déclaration, ne contient qu'une obligation morale ou une obligation juridique qui n'est pas de somme.

Dans chacune de ces hypothèses, force est de constater qu'il n'y a en principe pas de dépouillement, soit parce qu'il n'y a pas de paiement, soit parce que, lorsqu'il y a paiement, il a lieu plus tard et avec un droit de recours (règles identiques à celles du cautionnement). Il ne peut en être autrement que dans le cas d'une lettre de patronage contenant une obligation juridique de somme, et moyennant la preuve d'une intention libérale dans le chef de l'émetteur [508]. Sous cette seule réserve, on ne peut pas reconnaître à la lettre de patronage la qualification d'acte à titre gratuit.

2. L'acte à titre gratuit et l'objet des sociétés commerciales

202.- Même si, dans certaines hypothèses, il fallait constater que la lettre de patronage a été émise à titre gratuit, faudrait-il d'office en déduire une contrariété à l'objet social de la société émettrice (société commerciale constituée dans un but de lucre)? Le point de vue n'est plus de défendre que l'interdiction faite aux sociétés

---

[507] Pour rappel, c'est notamment le principe de l'absence de contribution à la dette qui caractérise la notion de sûreté. On en déduit un droit de recours contre le débiteur principal. *Cf. supra* n° 18 à 20, 30.

[508] En matière de cautionnement, RAUCENT, *Les libéralités, op. cit.*, p. 48, n° 71, souligne : "*La difficulté sera d'établir cette intention qui ne peut en aucun cas être présumée*". La remarque peut être renouvelée en notre matière.

commerciales d'accomplir des actes à titre gratuit est absolue et inconditionnelle [509]. Dans son arrêt du 13 avril 1989, la Cour de cassation l'a expressément admis en considérant "*Qu'un acte de disposition à titre gratuit n'est pas nécessairement incompatible avec la nature même d'une société commerciale, sa licéité étant toutefois subordonnée à la condition que cet acte soit, fût-ce indirectement, accompli en vue d'atteindre l'objet social*".

Tout en confirmant la condamnation de principe de libéralités pures et simples, la Cour de cassation l'assortit d'une réserve en ce qui concerne les actes qui, même indirectement, sont accomplis en vue d'atteindre l'objet social. Qu'il nous soit ici permis de faire référence à nos précédents commentaires où, à propos de l'interprétation de l'objet social, nous avons déjà constaté que tel est en principe le cas de la lettre de patronage [510]. La doctrine cite d'ailleurs la prise en charge de dettes d'une filiale dans l'espoir de développer un courant d'affaires avec le créancier désintéressé, comme exemple de libéralité valablement consentie par une société commerciale [511].

203.- En conclusion, il apparaît que, par application des règles applicables aux actes à titre gratuit, ce n'est que très exceptionnellement que la lettre de patronage sera susceptible de heurter l'objet social de la société émettrice:

- soit que la lettre n'implique aucun dépouillement et reste en dehors de cette qualification,

---

[509] P. VAN OMMESLAGHE, X. DIEUX, "Les sociétés commerciales - examen (1979-1990)", *R.C.J.B.*, 1992, p. 638, n° 27, à propos de Bruxelles, 10 mars 1982, *R.P.S.*, 1984, p. 265. Dans le même sens : Th. TILQUIN, "La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes", *R.D.C.*, 1993, p. 129, n° 30.

[510] *Cf. supra* n° 196.

[511] V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé,* Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 184, n° 221.

– soit que la lettre, effectivement stipulée à titre gratuit, soit néanmoins déclarée licite en raison de sa participation, même indirecte, à l'objet social de la société émettrice [512].

Pour éviter toute contestation, les parties à lettre de patronage seront bien inspirées de mentionner le droit de recours de l'émetteur contre la société patronnée [513] ou, à tout le moins, l'intérêt que représente l'émission de la lettre (le soutien de la société patronnée) pour les affaires sociales de la société émettrice. Si les mentions ne peuvent être reprises dans la lettre elle-même, elles figureront adéquatement dans le procès-verbal du conseil d'administration ayant décidé son émission.

C. Les sanctions

204.- Comme déjà souligné, les sanctions limitées du dépassement de l'objet social ont contribué à une lente mise à l'écart du concept. Trois étapes de cette évolution peuvent être distinguées:

---

[512] Pour justifier le prêt gratuit à la filiale, OHL, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, *op. cit.*, pp. 90 et s., accepte la seule *possibilité* de contrepartie que représente pour la société mère, le maintien des capitaux engagés, des approvisionnements, des débouchés, des perspectives de développement du groupe ou du crédit de la société-mère. Pour HOVASSE, *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées (...), op. cit.*, p. 56, n° 51, le caractère intéressé de la sûreté fournie ne peut apparaître qu'à une analyse des relations entre sociétés garantes et sociétés garanties. Nous y voyons un argument supplémentaire à l'appui de la conception dualiste de la cause que nous avons défendue au Chapitre 4. *Cf. supra* n° 142 à 147. Sur cette question, voir aussi Cass. civ., 20 novembre 1962, *Bull.*, I, n° 494, p. 421, pour qui les relations préexistantes semblent pouvoir valablement engendrer un intérêt pour une société à garantir les engagements d'une autre, même en l'absence d'une relation de capital.

[513] La mention devrait être jugée incompatible avec une intention libérale, à moins que ne puisse être établi le fait que la société émettrice n'aurait jamais eu la volonté d'exercer ultérieurement ce droit de recours. Cette preuve sera difficile puisqu'on estime que la conformité à l'objet social ne s'apprécie qu'au moment où l'acte est posé. En ce sens : A. CUYPERS, P. ROORIJCK, "Persoonlijke zekerheden en vennootschappen", *op. cit.*, p. 129, n° 120.

1. Par un arrêt du 31 mai 1957, la Cour de cassation se prononce sur la capacité de la personne morale en posant la règle suivant laquelle "*Pour tous les actes juridiques que n'exclut pas sa nature d'être moral, sa capacité est en principe la même que celles des personnes physiques, si la loi ne l'a pas restreinte; mais attendu que l'être moral ne peut agir qu'à l'intervention de personnes physiques, ses organes; que ceux-ci n'agissent en cette qualité, et dès lors ne s'identifient avec l'être moral, que s'ils restent dans les limites de leurs attributions*" [514].

   Dans ce contexte, l'objet social n'apparaît pas comme une restriction à la capacité de la personne morale mais uniquement comme une limitation aux pouvoirs de ses organes [515].

2. La loi du 6 mars 1973 modifie l'article 63*bis* des lois coordonnées sur les sociétés commerciales - devenu l'article 526 du Code des sociétés - en ce sens que les limitations aux pouvoirs n'y jouent désormais que de manière interne : "*La société est liée par les actes accomplis par le conseil d'administration, par les administrateurs ayant qualité pour la représenter conformément à l'article 522, § 2, ou par le délégué à la gestion journalière, même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve*".

   La disposition ne précise rien cependant en ce qui concerne le droit *des tiers* d'invoquer à leur profit la violation de l'objet social.

3. La question est réglée par un arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1987 [516]. Pour la Cour, il résulte de l'article 63bis que "*Si l'acte est étranger à l'objet social ou*

---

[514] Cass., 31 mai 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1176; *R.P.S.*, 1957, p. 289 avec les conclusions R. HAYOIT de TERMICOURT; *R.C.J.B.*, 1958, p. 289 avec la note P. VAN OMMESLAGHE.

[515] Pour autant que de besoin, ceci confirme l'importance de la distinction entre la question de la capacité de la personne morale et celle du respect de son objet social.

dépasse celui-ci, les limites statutaires des pouvoirs des organes ayant qualité pour représenter la société n'ont plus, en principe, qu'un effet purement interne et ne peuvent, dès lors, être invoquées par les tiers".

La décision, conforme à la solution défendue jusque là par la majorité de la doctrine, refuse désormais aux tiers toute faculté de se prévaloir de l'objet social [517]. Suivant BENOIT-MOURY, "*L'interprétation doit être approuvée et appliquée quelles que soient les circonstances. Le principe de la spécialité ne constitue plus, au sein de la S.A. et S.P.R.L. qu'une simple règle d'organisation des pouvoirs susceptible d'engager la responsabilité des organes qui ne l'auraient pas respectée.*"[518].

Il faut effectivement constater que l'acte qui ne respecte pas l'objet social est aussi une violation des statuts qui le décrit, engageant la responsabilité de l'organe (si c'est le conseil d'administration [519]) tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers sur pied de l'article 528 du Code des sociétés [520]. La mise en œuvre de cette responsabilité ne touche cependant pas à la validité de l'acte qui demeure entière.

---

[516] Cass., 12 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 304; *R.C.J.B.*, 1989, p. 385 avec la note A. BENOIT-MOURY; *R.D.C.*, 1988, p. 500 et obs. M. GREGOIRE; *T.R.V.*, 1988, p. 127 avec la note F. LIEFSOENS; *R.P.S.*, 1989, p. 42 et la note MOUGENOT. Pour un exemple ultérieur, voir Anvers, 10 janvier 1991, *T.R.V.*, 1991, p. 417, avec la note H. LAGA, « De vertegenwoordiging van een N.V. als zaakvoerster in een V.O.F. ».

[517] Nous partageons l'opinion de VAN OMMESLAGHE et de DIEUX, "Les sociétés commerciales - examen (1979-1990)", *op. cit,* p. 639, n° 28, pour qui la réserve "*en principe*" fait référence à l'exception de l'article 63*bis* qui permet à la société - et à elle seule - d'opposer ses statuts aux tiers de mauvaise foi.

[518] A. BENOIT-MOURY, "Représentation des sociétés de capitaux (...)", *op. cit.*, p. 413, n° 12.

[519] Nous avons vu ci-dessus que tel devrait le plus souvent être le cas dans la matière des lettres de patronage. *Cf. supra* n° 185 à 187.

[520] Comme exemple de violation des statuts, O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 87, n° 60, cite précisément l'utilisation du crédit de la société à des fins étrangères à l'objet social, tel le cautionnement de la dette personnelle d'un actionnaire.

205.- Alors que, suivant notre analyse aux points A et B ci-dessus, on ne pourra que rarement considérer que l'émission d'une lettre de patronage dépasse l'objet social de la société émettrice, il faut en tout état de cause constater que l'éventuel dépassement ne pourra être sanctionné de la contestation, par les tiers, de la validité de la lettre. Le créancier bénéficiaire n'y aurait bien évidemment aucun intérêt. La remarque a toute son importance en ce qui concerne les autres tiers, et notamment les créanciers de la société émettrice. Le cas échéant, seule cette dernière pourra se prévaloir du dépassement de son objet social. Conformément à l'article 526 du Code des sociétés, il lui faudra pour cela établir la mauvaise foi du créancier bénéficiaire, ce qui à notre sens sera difficile [521].

Il apparaît de ce qui précède que ce n'est que de manière très marginale que des considérations issues de l'objet social de la société émettrice sont susceptibles de toucher à la validité d'une lettre de patronage. La nature particulière de ce mécanisme et le contexte de groupe dans lequel il est le plus souvent utilisé, justifient cette conclusion. Y contribuent également la souplesse de cette forme de garantie et la possibilité d'y stipuler des clauses sur mesure en conformité (dans le prolongement) de l'objet social de la société émettrice. L'objectif de sécurité juridique n'est pas seulement préservé. Nous y voyons aussi des arguments supplémentaires en faveur de la lettre de patronage en comparaison avec les autres sûretés personnelles qui n'offrent pas une telle marge de manoeuvre.

---

[521] La doctrine insiste sur le fait qu'il faut démontrer dans le chef du tiers non seulement la connaissance de l'objet social (ou le fait qu'il ne pouvait l'ignorer) mais aussi la conscience de sa violation (la mesure de l'acte accompli). Pour cela, elle prend en considération la qualité de professionnel du cocontractant et son expérience. Voir A. BENOIT-MOURY, "Représentation des sociétés de capitaux (...)", *op. cit.*, pp. 400 et s.; A. CUYPERS, P. ROORIJCK, "Persoonlijke zekerheden en vennootschappen", *op. cit.*, pp. 134 et s. Dans la matière des lettres de patronage, la question ne se posera probablement que dans l'hypothèse où la société émettrice invoque le fait que la lettre émise par son conseil d'administration ne pouvait en rien contribuer (même indirectement) à l'accomplissement de son objet social. Compte tenu de la relation de dépendance qui unit le plus souvtent émetteur et société patronnée, la démonstration d'une mauvaise foi du créancier bénéficiaire semble effectivement difficile.

3. L'INTERET SOCIAL

206.- Comme annoncé en début de paragraphe, le contrôle de la conformité à l'objet social n'est qu'un préalable à celui du respect de l'intérêt social de la société émettrice. Les deux ne peuvent être confondus puisqu'on peut parfaitement concevoir qu'un acte formellement respectueux de l'objet de la société soit contraire à son intérêt [522]. Il nous est bien sûr impossible dans le cadre de cette étude de reprendre les très nombreuses questions que ne manquent pas de susciter la notion d'intérêt social à laquelle une doctrine abondante s'est déjà consacrée [523]. Après une tentative de description du concept, dans la mesure nécessaire à nos autres commentaires (A), nous examinerons plus particulièrement le contexte de groupe de sociétés dans lequel les lettres de patronage sont le plus souvent émises et où doctrine et jurisprudence semblent admettre l'émergence d'un intérêt spécifique : celui du groupe lui-même (B). Il s'agira alors d'étudier la coïncidence des intérêts en présence (C) et, à défaut, de décrire le régime de sanctions applicable (D).

A. La notion

207.- Le législateur s'est bien gardé de définir l'intérêt social [524]. L'article 19 du Code des sociétés indique seulement que toute société doit "*être contractée pour l'intérêt commun des parties*". Ceci n'empêche pas de nombreuses autres dispositions de

---

[522] La chose n'a rien d'étonnant dès lors qu'on constate que l'objet social est souvent libellé et interprété de manière large. Ceci a également pour effet qu'il paraît peu probable qu'un acte puisse être déclaré conforme à l'intérêt de la société mais exclu de son objet. En théorie, rien n'y fait cependant obstacle.

[523] On consultera en particulier : A. FRANCOIS, *Het vennootschapsbelang in het belgische vennootschapsrecht. Inhoud & Gronslagen*, thèse, Antwerpen, Groningen, INTERSENTIA Rechtswetenschappen, 1999, 795 p. ; J. HEENEN, "L'intérêt social", *Liber amicorum P. DE VROEDE*, Bruxelles, Kluwer, 1994, pp. 889 à 899; N. THIRION, "Délocalisation d'une division de l'entreprise et intérêt social", *R.P.S.*, 1996, pp. 60 à 90.

faire référence à la notion d'intérêt [525]. L'absence de définition, opposée à une nécessité pratique évidente (suivant HEENEN, "*La conformité à l'intérêt social est la pierre de touche de la régularité des décisions des organes*" [526]), explique la très abondante doctrine consacrée au sujet [527]. Qu'il nous soit permis d'exprimer ici notre scepticisme à l'égard des nombreuses définitions tentées dans ce cadre. Deux tendances se sont manifestées:

- La conception *entrepreneuriale* (large)

Elle assimile l'intérêt de la société à l'intérêt de l'entreprise, ce qui recouvre non seulement les actionnaires, mais aussi ses travailleurs, les créanciers, la collectivité. Diverses motivations lui sont apportées : la société comme structure d'accueil de l'entreprise [528], l'intérêt social comme concept de gestion de l'intérêt collectif et instrument de contrôle de la responsabilité sociale [529] ou encore le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui [530]. Elle recevrait l'appui d'interventions législatives récentes, et notamment celles concernant les articles 60

---

[524] Rapport VERHAEGEN et BAYENET, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord., 1990-1991, n° 1107/3, pp. 152 et 153.

[525] Voir les articles 36, 2° (usage des choses appartenant à la société), 444 (rapport spécial des fondateurs en ce qui concerne les apports en nature), 447 (rapport spécial du conseil d'administration en ce qui concerne les quasi-apports), 510 (restrictions à la négociabilité des titres), 521 (cas justifiés par l'urgence où les administrateurs peuvent exprimer leur consentement par écrit), 551 (conventions de vote entre actionnaires), 580 (conventions de vote entre obligataires) et 596 (limitation ou suppression du droit de préférence).

[526] J. HEENEN, "L'intérêt social", *op. cit.*, p. 891.

[527] Pour un résumé de ce paradoxe, voir les conclusions de la thèse de A. FRANCOIS, *Het vennootschapsbelang in het belgische vennootschapsrecht.(...), op. cit.*, pp. 733 et s.

[528] N. THIRION, "Délocalisation d'une division de l'entreprise et intérêt social", *op. cit.*, p. 73, n° 21, p. 79, n° 27.

[529] Th. TILQUIN, "La société privée (...)", *op. cit.*, pp. 122 et s. , qui admet cependant que la notion peut être différente suivant qu'elle est appliquée à l'assemblée ou au conseil.

[530] X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 227, n° 95.

[531] et 60bis [532] des lois coordonnées sur les sociétés commerciales – devenus les articles 523 et 524 du Code des sociétés.

- La conception *capitaliste* (étroite)

Elle identifie l'intérêt de la société à l'intérêt de ses seuls actionnaires. C'est la conception traditionnelle, qui ne manque pas d'arguments face à la conception entrepreneuriale mentionnée au tiret qui précède : notamment, comment justifier que la société (son assemblée ou son conseil) soit instituée gardien d'intérêts (ceux de l'entreprise) "*Infiniment variés, divergents entre eux et au surplus opposés au siens*" ? En outre, par une conception large, n'en arrive - t' on pas à "*Confier à un sujet de droit privé la charge de l'intérêt général*" [533] ?

208.- La controverse paraît quelque peu stérile dès lors qu'on aperçoit, en ce qui concerne les solutions pratiques, un relatif consensus. Ce dernier nous semble possible par le fait que l'intérêt social s'appréhende concrètement par le vote des organes sociaux. [534]. Il y a selon nous deux questions et elles sont indissociables : qu'est l'intérêt social ? qui doit veiller sur lui ?

C'est probablement parce que VAN OMMESLAGHE et DIEUX défendent la conception strictement fonctionnelle du droit de vote des administrateurs ("*Il ne*

---

[531] A. WYMEERSCH, "L'article 60 et le droit belge des groupes de sociétés", *Hommage à J. HEENEN*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 637, n° 5, constatait, après la modification de 1991, que les sociétés y étaient devenues un peu moins l'affaire exclusive de leurs actionnaires.

[532] Suivant L. SIMONT, "Conflits d'intérêt : les implications des nouveaux articles 60 et 60*bis*", *R.P.S.*, 1996, p. 390, le texte de 1995 paraît retenir une acception large puisqu'il distingue l'intérêt de la société de celui de l'ensemble de ses actionnaires. SIMONT précise que le législateur aurait ainsi agi "*sans doute inconsciemment*" !

[533] B. GLANSDORFF, "Interventions nouvelles du juge en droit des sociétés", *DAOR*, 1989, n° 10, p 25.

[534] Voir S. VAN CROMBRUGGE, *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van*

peut être exercé que dans l'intérêt social") qu'ils adhèrent à la conception large de l'intérêt social [535]. On peut cependant raisonner différemment en retenant une conception stricte de l'intérêt social mais en acceptant que le droit de vote des administrateurs puisse également être exercé à d'autres fins [536].

Une remarque similaire peut être formulée en ce qui concerne l'assemblée générale : dès lors qu'on admet que le droit de vote des actionnaires est prérogative et fonction, il les oblige à prendre en compte des intérêts autres que les leurs (aspect "*fonction*"), même si on ne retient que la conception étroite de l'intérêt social (aspect "*prérogative*"). On atteint donc un résultat similaire, que ce soit par la définition large de l'intérêt social ou celle du droit de vote de l'organe chargé de veiller à lui. Ce n'est rien d'autre que le principe des vases communicants.

209.- Même si c'est probablement la conception large de l'intérêt social qui reçoit le plus d'écho en jurisprudence [537], on peut penser que c'est le résultat de compromis :

- compromis de ceux qui, défendant la conception entrepreneuriale, reconnaissent que les intérêts de l'entreprise servent ceux des actionnaires [538] ;

---

vennootschapsgroepen, Kluwer, Anvers, 1984, p. 57, n° 63, qui fait également le rapprochement.

[535] P. VAN OMMESLAGHE, X. DIEUX, "Les sociétés commerciales - examen de jurisprudence (1979 à 1990)", p. 771, n° 124, p. 775, n° 125. Voir aussi les Recommandations pour le bon fonctionnement du conseil d'administration d'une société - FEB 1996, point 2 : « *Dans ses décisions, le conseil d'administration est guidé par l'intérêt de la société, celui-ci comprenant entre autres l'intérêt de l'ensemble des actionnaires* » (c'est nous qui soulignons).

[536] C'est par exemple la solution expressément consacrée par certaines dispositions du droit anglais dans l'intérêt des employés et des créanciers : *Companies Act 1985*, Sections 309 et 458.

[537] Pour un bon exemple, voir Prés. com. Bruxelles, 27 novembre 1984, *R.P.S.*, 1985, p. 81 (affaire DUPUIS), spéc. pp. 99-100 : « *Rappel de certains principes élémentaires sur la notion 'entreprise' et sur son environnement* ». Voir également la jurisprudence prenant en compte l' « intérêt de groupe » commenté ci-après. *Cf. infra* n° 211 et s.

[538] En ce sens : P. VAN OMMESLAGHE, X. DIEUX, "Les sociétés commerciales - examen de jurisprudence (1979 à 1990)", *op. cit.*, p. 776, n° 125.

– compromis de ceux qui, défendant la conception capitaliste, ne prétendent pas que les intérêts des actionnaires doivent systématiquement l'emporter sur les autres intérêts [539].

Ces compromis s'imposent naturellement car il est irréaliste de prétendre qu'il pourrait être de l'intérêt des actionnaires de négliger les intérêts des travailleurs ou des fournisseurs, au risque de se retrouver propriétaire d'une entreprise en grève ou sans approvisionnement. Ce constat amène d'ailleurs certains auteurs à considérer que les diverses conceptions en présence sont en réalité beaucoup plus proches qu'il n'y paraît [540]. C'est également notre opinion [541].

210.- Il serait présomptueux, dans le cadre d'un examen de l'intérêt social limité aux données nécessaires au contrôle de validité de la lettre de patronage, d'en proposer une définition. Compte tenu des remarques qui précèdent, nous suggérons de poursuivre notre analyse en formulant le compromis qui nous paraît nécessaire de la manière suivante : l'intérêt social, c'est l'intérêt des actionnaires en ce qu'il comprend (au propre comme au figuré) les intérêts de l'entreprise. On reprochera à

---

[539] A. FRANCOIS, *Het vennootschapsbelang in het belgische vennootschapsrecht.(...), op. cit.*, p. 748, n° 551 : « *De enge opvatting verzet zich dus niet tegen de bescherming van de categoriële belangen* ». Pour J-M. NELISSEN-GRADE, "De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales", note sous Cass., 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, p. 236, n° 38, partisan de la conception étroite : "*De même, n'est - il pas interdit aux organes d'une société de prendre en compte des intérêts autres que ceux de la société et de ses actionnaires*".

[540] K. GEENS, "De jurisprudentiële bescherming (...)", *op. cit.*, p. 46, n° 18; I. CORBISIER, "Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", *R.P.S.*, 1994, p. 54.

[541] Voir aussi A. FRANCOIS, *Het vennootschapsbelang in het belgische vennootschapsrecht.(...), op. cit.*, p. 736, n° 540 : « *Uit de kwalificatie van het vennootschapsbelang als vage norm is voorts afgeleid dat de inhoud van dat begrip steeds in functie van de concrete omstandigheden van het geval zal zijn te bepalen* ».

cette formulation d'être lapidaire ou particulièrement vague. Elle nous paraît avoir le mérite de correspondre à la réalité, et notamment à celle des groupes de sociétés.

B. L'intérêt de groupe

211.- L'intérêt de groupe n'existe pas. Comment reconnaître en effet un intérêt propre à un phénomène de concentration économique dépourvu de personnalité juridique? En droit judiciaire, un groupement sans personnalité morale ne se voit reconnaître un intérêt à agir (par exemple pour obtenir réparation du préjudice affectant le but pour lequel il a été constitué) que s'il peut se prévaloir d'une intervention spécifique du législateur en ce sens [542]. Une telle intervention fait précisément défaut en matière de groupe de sociétés [543].

Pour autant, la réalité du groupe est indéniable : son "*intérêt*" nous paraît cependant ne pouvoir être appréhendé que par l'interprétation de l'intérêt des sociétés qui le composent. On aperçoit mieux la portée de la formulation de l'intérêt social suggérée ci-dessus : le groupe caractérise l'entreprise (on utilise que des termes économiques) dont les intérêts sont compris par ceux des actionnaires (c'est la traduction juridique).

---

[542] G. CLOSSET-MARCHAL, "Vers une reconnaissance jurisprudentielle de l'action d'intérêt collectif ", *J.T.*, 1999, p. 441, n°2. De manière générale, la reconnaissance d'un intérêt spécifique repose sur l'attibution d'une personnalité juridique propre dont la reconnaissance suppose elle aussi une loi (principe du légalisme), « *Qu'il s'agisse d'une loi particulière qui confère expressément la personnalité à un groupement déterminé ou d'une loi-cadre à laquelle tout groupement quelconque peut se conformer pour bénéficier de la personnalité morale (...)* » ; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, thèse, Bruxelles, Bruyant, 1995, p. 566, n° 650. La question était notamment au cœur de Bruxelles, 1er mars 1997, *DAOR*, n° 43, p. 58, avec notes (affaire des FORGES DE CLABECQ).

[543] La comparaison peut être poursuivie par référence à Cass. com., 18 mai 1999, *JCP*, 1999, p. 1572 (som.), suivant qui la seule relation de contrôle ne confère pas à une société mère l'intérêt à agir en lieu et place de la filiale en réparation d'un préjudice subi seulement par cette dernière.

212.- Cette vision reçoit l'appui d'une doctrine autorisée, et notamment de NELISSEN-GRADE pour qui "*Il s'agit (...) d'interpréter l'intérêt de la société d'une manière suffisamment large pour y englober l'intérêt que représente pour elle l'appartenance au groupe*" [544]. VAN OMMESLAGHE, qui fait de l'intérêt de groupe une caractéristique fondamentale du groupe lui-même, semble lui aussi admettre qu'il s'agit d'une question d'interprétation de l'intérêt social des sociétés concernées [545]. Pour nous, l'intérêt de groupe n'existe pas, sauf en tant qu'élément d'interprétation de l'intérêt social des sociétés qui composent le groupe [546]. Une approche comparable semble précisément avoir déjà été admise dans la matière des lettres de patronage [547].

---

[544] J-M., NELISSEN-GRADE, "De la validité et de l'exécution des conventions de vote (...)", *op. cit.*, p. 235, n° 36, est pourtant de ceux qui refusent l'assimilation de l'intérêt social à l'intérêt de l'entreprise. Voir également M. MARECHAL, "Sur l'abus de majorité dans le groupes de sociétés", obs. sous Bruxelles, 9 octobre 1984, *R.P.S.*, 1986, pp. 56 et 57, qui procède à une analyse intéressante de la dynamique de groupe.

[545] P. VAN OMMESLAGHE, « Rapport général », *op.cit.*, p. 67, n° 6, p. 90, n° 42. Dans le même sens A. FRANCOIS, *Het vennootschapsbelang in het belgische vennootschapsrecht.(...), op. cit.*, p. 754, n° 558, résume dans ses conclusions : « *Vennootschapsdoel-en belang mogen dan al hun primauteit behouden, toch is vastgesteld dat zij naargelang de omstandigheden in meer of mindere mate door resp. het groepsdoel en het groepsbelang zullen worden beïnvloed. Hoewel de wijze waarop die beïnvloeding plaatsgrijpt, wat het vennootschapsbelang betreft, verschilt naargelang een enge of een ruime opvatting daarvan wordt voorgestaan, is toch gebleken dat in beide opvattingen ruimte wordt gelaten om met het groepsbelang rekening te houden bij de concrete invulling van het vennootschapsbelang* » (c'est nous qui soulignons) ; D. OHL, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Paris, Librairie technique, 1982, p.197, n° 289 : *« L'intérêt du groupe, si l'on peut dire, enrichit l'intérêt social, ou plus exactement oblige à une appréciation plus nuancée de cet intérêt ».*

[546] Comme le suggère la note qui précède, un raisonnement identique peut être tenu en ce qui concerne l'objet de groupe qui, comme tel, n'a pas d'existence juridique, sauf à en faire un mode d'interprétation de l'objet social des sociétés groupées.

[547] Voir M. COIPEL, *Les lettres de patronage, op. cit.*, p. 243, n° 349 qui va jusqu'à parler de coïncidence : "*Le soutien qui semble contraire à l'intérêt social de la société-mère peut très bien être conforme à l'intérêt du groupe qui, notamment, doit préserver sa réputation; or, la notion d'intérêt du groupe est inconnue du droit traditionnel. Pour consacrer malgré tout cette notion, il faudrait probablement considérer que la société-mère est dépositaire de l'intérêt du groupe et admettre que son intérêt à elle coïncide avec l'intérêt de l'ensemble*".

C. Les rapports entre l'intérêt social et l'intérêt de groupe

213.- Les commentaires ci-dessus expliquent pourquoi l'existence du groupe autorise des efforts ou sacrifices éprouvant l'intérêt social de la société qui s'engage : c'est le cas lorsque le groupe fait précisément partie de cet intérêt. Au contraire, un autre intérêt social, qui ne peut être considéré comme en faisant partie (celui d'une société distincte, et particulièrement celui de la seule société dominante), ne le permet pas[548]. Il n'est donc pas vraiment question de conflit entre intérêt social et intérêt de groupe [549], ni même d'équilibre [550], sauf dans la mesure où on se réfère par là à l'interprétation du premier.

214.- Dans ce contexte, les sûretés intra-groupes ont été à l'origine d'un contentieux relativement important, plus par ses enjeux cependant que par le nombre de décisions rendues. En Belgique, on mentionnera surtout un jugement du tribunal de commerce de Liège du 13 octobre 1981 [551] et un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 septembre 1992 dans la fameuse affaire WISKEMAN [552]. La meilleure doctrine n'a pas manqué d'examiner la question, sans cependant qu'une étude d'ensemble lui ai été spécifiquement consacrée [553].

---

[548] En ce sens : D. OHL, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, op. cit.*, p. 247, n° 354.

[549] Voir Ph.-E. PARTSCH et I. LEBBE, "Principe de proportionnalité et droit des société", *J.T.*, 1996, p. 612, n° 10, suivant qui "*En application du principe de proportionnalité, l'intérêt de groupe peut donc primer dans certaines circonstances sur l'intérêt des sociétés membres*". Notre point de vue est de considérer que tel n'est pas le cas lorsque le premier fait partie du second : il ne s'agit plus vraiment de conflit.

[550] Voir le titre de l'article de A. FRANCOIS, "Het wankele evenwicht tussen vennootschaps- en groepsbelang", *T.R.V.*, 1994, pp. 221 et s.

[551] Com. Liège, 13 octobre 1981, *R.P.S.*, 1982, p. 45.

[552] Bruxelles, 15 septembre 1992, *J.T.*, 1993, p. 312; *T.R.V.*, 1994, p. 275 avec la note A. FRANCOIS. Nous y consacrons une note ci-après. *Cf. infra* n° 231*bis*.

[553] En France, on mentionnera la thèse, déjà ancienne, de H. HOVASSE, *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale*, thèse, Rennes, 1974, 300 p.

Ici aussi, les particularités de la lettre de patronage se manifestent, à l'instar de ce que nous avons pu constater à propos de l'objet social, et pour des raisons en partie identiques : le fait que, le plus souvent, la société émettrice et la société patronnée relèvent d'un même groupe et, de manière plus générale encore, l'intérêt de la première dans les affaires de la seconde. Ces particularités se retrouvent dans les conditions auxquelles l'intérêt social peut-être interprété à la lumière des relations de groupe.

215.- Les conditions retenues par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence sont, sous diverses nuances qui nous paraissent essentiellement de forme, celles que la Cour de cassation française a systématisées dans un arrêt du 4 février 1985 [554] rendu en matière d'abus de biens sociaux (affaire ROZENBLUM) et devenu la référence dans la matière des transactions intra-groupe [555]. La Cour de cassation y a procédé à un remarquable exercice de synthèse qu'il nous paraît adéquat de reprendre ci-après. On peut s'étonner que ce soit l'enseignement d'une jurisprudence pénale qui ait été extrapolé à toutes les transactions de groupe, même lorsqu'elles ne mettent en jeu que des dispositions de nature civile. Les auteurs consultés ne s'en sont pas formalisés [556]. Au moins peut-on y voir une garantie de

---

[554] Cass. crim., 4 février 1985, *Rev. soc.*, 1985, p. 648, avec la note B. BOULOC.

[555] Certainement en France. De la même époque, est aussi souvent cité CA Paris, 29 mai 1986, *Gaz. Pal.*, II, 1986, p. 479, avec les réquisitions orales de l'Avocat général J. HECQUARD et la note de J.-P. MARCHI, qui adopte le même raisonnement (affaire WILLOT). Voir Ch. FREYRIA, J. CLARA, « De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés », *J.C.P.*, Ed. E, 1993, n° 247, p. 247, n° 1. Voir aussi WYMEERSCH, E., « Le droit belge des groupes de sociétés », *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 641, n° 19, qui constate que la règle formulée par la jurisprudence ROZENBLUM correspond largement aux critères retenus en Belgique.

[556] P. VAN OMMESLAGHE, "Rapport général", *Droits et des devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Anvers, Kluwer, 1985, p. 93; O. RALET, *Responsabilité des dirigeants de sociétés, op. cit.*, p. 92, n° 65; N. THIRION, "Délocalisation d'une division de l'entreprise et intérêt social", *op. cit.*, p. 85, n° 33.

cohérence [557]. Les conditions, telles que formulées par la Cour de cassation française dans l'arrêt précité, sont au nombre de trois. Nous les reprenons ci-après en soulignant les particularités de l'examen qui porterait sur une lettre de patronage :

"Le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe, dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit :

a. ***"Etre dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe"***

216.- La prise en compte des relations de groupe, pour apprécier l'intérêt social de la société qui s'engage, suppose à tout le moins que la réalité de ce groupe soit démontrée. On peut voir dans cette première condition une ébauche de définition du groupe lui-même, notamment par la référence implicite à la centralisation des objectifs qui sont censés l'animer [558].

Plus que les autres sûretés, la lettre de patronage peut non seulement illustrer et établir la réalité du groupe sur lequel repose cette première condition, mais aussi y contribuer. Elle le fait, d'une part, par la description des liens (notamment de capital) entre émetteur et société patronnée ou des politiques de gestion suivies (par la société patronnée, l'émetteur ou le groupe), d'autre part, par les engagements pris à leur sujet.

---

[557] Sans préjudice aux différences reposant notamment sur la prise en compte par le droit pénal de l'intention délictueuse. En droit belge, voir notamment E. ROGER FRANCE, « La répression des abus de biens sociaux : le nouvel article 492*bis* du Code pénal », *J.T.*, 1996, pp. 533 à 538.

[558] Voir aussi l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 9 octobre 1984, *R.P.S.*, 1986, p. 54, qui évoque *"L'interpénétration économique et commerciale des sociétés qui se soutiennent mutuellement "*.

Il apparaît ainsi que, le plus souvent, la lettre de patronage définit elle-même l' « *effet de groupe* » qui la légitime. Force est de reconnaître qu'elle le fait suivant des modalités inaccessibles aux sûretés plus classiques.

b. *"(Un concours qui) ne doit être ni démuni de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées"*

217.- La lettre de patronage simplement déclarative ou qui ne contient qu'un engagement moral n'est en principe pas susceptible de rompre un quelconque équilibre. Quant à celle qui contient un engagement juridique, nous savons que - lorsqu'elle est une sûreté - elle ouvre en principe un droit de recours contre le débiteur principal [559]. A cette contrepartie s'ajoute probablement celle que puise, dès la signature de la lettre, la société émettrice dans le soutien à la société patronnée dont elle est l'actionnaire de référence [560].

Il est à notre sens erroné de prétendre que le soutien d'une société dominante à une société dominée sert nécessairement l'intérêt de la première [561]. Son intérêt à la dette - et dans ce cas l'intérêt à la garantie de son exécution - doivent être vérifiés. De

---

[559] *Cf. supra* n° 18 à 20, 30.

[560] Voir nos commentaires sur l' « intérêt à la dette » de l'émetteur. *Cf. infra* n° 278.

[561] Dans le même sens A. FRANCOIS, "Het wankele evenwicht (...)", *op. cit.*, p. 238, note 101 : "*Hoewel dit meestal wel het geval zal zijn, is de hulp van de moeder aan de dochter niet steeds in het belang van de moeder of zelf in het groepsbelang - dat toch van dat van de moeder is te onderscheiden*". *Contra* : Prés. Comm. Bruxelles, 29 février 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 224 avec la note S. VAN CROMBRUGGHE qui semble admettre le soutien de la société-mère, sans autre vérification, "*Car il y va de son propre intérêt*". En France, Ch. FREYRIA, J. CLARA, « De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés », *op.cit.*, p. 253, évoquent une évolution de la jurisprudence favorable aux sociétés mères et à leur intervention en faveur des filiales. Sur cette question, voir aussi les nuances de la doctrine anglaise qui distingue les *downstream* (de mère à filiale), *cross-stream* (entre sociétés soeurs) et *upstream* (de filiale à mère) *guararantees* ; Ph. WOOD, *Comparative Law of Security and Guarantees* , London, Sweet & Maxwell, 1995, p. 315.

manière générale, on considère que le seul fait de l'appartenance au même groupe n'est pas une contrepartie suffisante [562]. Il faut néanmoins reconnaître que cette dernière est d'autant plus facilement constatée que le groupe est fortement intégré [563]. De ce point de vue, il peut s'avérer utile que la lettre de patronage, ou de préférence le procès-verbal de la décision de l'émettre, mentionne expressément l'intérêt qu'elle représente, tant pour les affaires de la société patronnée que pour celles de la société émettrice [564].

Cette deuxième condition est, elle aussi, l'occasion de souligner les particularités de la lettre de patronage. Garantie sur mesure dont le contenu peut considérablement varier, la lettre offre - mieux que les autres sûretés - la possibilité d'organiser une garantie se situant exactement au point d'équilibre précité. La souplesse qui la caractérise est, plus qu'ailleurs, le moyen d'atteindre et de consolider les conditions mêmes de sa validité - dans l'intérêt des deux parties . C'est ce que suggère également l'examen de la troisième condition.

---

[562] Voir J. HEENEN, "L'intérêt social", *op. cit.*, p. 899, suivant qui "*Une filiale ne peut (...) avancer des fonds à une autre société du groupe si elle n'en retire pas un profit actuel et certain. Celui-ci ne peut consister dans le seul fait qu'être membre du groupe lui procure ou pourrait lui procurer un jour certains avantages non précisés*" (c'est nous qui soulignons). L'exigence du profit actuel et certain (envisagé ici dans le chef de la filiale) nous paraît cependant détachée de la réalité des affaires et, partant, excessive. Voir les particularités du contexte de groupe, telles qu'exprimées par WYMEERSCH que nous citons ci-après. *Cf. infra* n° 229.

[563] Suivant HOVASSE, *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées (...), op. cit.*, p. 277, n° 277 : "*Le groupe peut d'autant plus faire sentir sa pression sur les sociétés dominées que celles-ci tirent avantage de lui appartenir. C'est une solution raisonnable, en harmonie avec la réalité économique. C'est aussi celle de la jurisprudence*".

[564] Il s'agit du conseil que nous avons déjà donné ci-dessus pour éviter toute contestation quant à l'éventuelle gratuité de la garantie dont on prétendrait qu'elle est incompatible avec l'objet social de la société émettrice. *Cf. supra* n° 203.

c. *"(Un concours qui ne doit pas) excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge"*

218.- La condition est généralement interprétée en ce sens que l'acte en faveur du groupe ne peut occasionner de sacrifices *irrémédiables*. En ce qui concerne les sûretés, il faut ici remarquer que, si elles n'entraînent en principe qu'un appauvrissement futur et éventuel, elles ont cependant pour conséquence immédiate une réduction de la capacité de crédit de celui qui s'engage.

219.- Dans la matière des lettres de patronage, une doctrine autorisée accepte l'idée que l'exécution de certaines lettres de patronage conduise à la faillite de l'émetteur [565] (l'hypothèse serait celle où il s'est engagé à mettre à la disposition de la société patronnée les fonds lui permettant à tout moment de faire face à ses engagements, alors que les activités de la société patronnée seraient irrémédiablement compromises...). Ce point de vue peut effectivement être défendu lorsque l'émetteur s'est engagé à une obligation de *résultat*. En effet, sauf à faire de la faillite (voire de son risque seulement) un cas de force majeure [566], son éventualité ne saurait libérer l'émetteur de ses obligations [567].

---

[565] En ce sens A. VERBEKE, D. BLOMMAERT, "Patronaatsverklaringen", *Voorrechten en hypotheken - Grondige studies*, Anvers, Kluwer, 1996, p. 39, n° 34; A. MEINERTZAGEN, M. DELIERNEUX, "Les lettres de patronage", *Les sûretés issues de la pratique*, Centre de droit privé et de droit économique de l'U.L.B., 1983, n° K19.

[566] Et tel n'est pas le cas, notamment parce que l'on ne peut considérer que la faillite est l'événement *imprévisible, irrésistible* et *insurmontable* qui autoriserait la libération du débiteur. Il en est d'autant plus ainsi lorsque ses obligations portent sur une somme d'argent. Sur ces conditions, voir : M. COIPEL, *Elements de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, pp. 137 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil,* « Les conditions de la responsabilité », 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1998, pp. 233 et s. ; P.-H. ANTONMATTEI, « Ouragan sur la force majeure », *JCP*, 1996, Ed. G, n° 7, 3907, pp. 83-84. En ce sens dans la matière des lettres de patronage : Com. Dinant, 26 mai 1987, *Dr. banc. et fin.*, 1988, p. 29, avec la note G. VERHEYDEN. Cette question rejoint celle des *sujétions imprévues*. Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation belge, des considérations d'équité (et notamment le fait que l'exécution du contrat deviendrait plus onéreuse) ne peuvent justifier la dissolution du contrat. La doctrine aurait plutôt tendance à vouloir aménager ce point de vue. A ce sujet, on consultera

220.- Il en va à notre sens différemment lorsque l'émetteur ne s'est engagé qu'à des obligations de *moyens*. Ne faut-il pas partir du postulat suivant lequel le créancier bénéficiaire de la lettre n'ignorait pas (ou ne pouvait ignorer) que celle-ci n'était valablement signée que dans le respect de l'intérêt social de la société émettrice ? Dès lors, l'alternative est la suivante :

- autoriser le créancier bénéficiaire à provoquer la faillite de la société émettrice tant que les moyens attendus n'ont pas été fournis,

- autoriser la société émettrice, face au risque d'un sacrifice irrémédiable pour elle, à limiter ses obligations de moyens à celles qui ne compromettent pas sa survie.

221.- La seconde branche de l'alternative a notre préférence. Reposant sur le nécessaire respect de l'intérêt social de la société émettrice [568], elle nous paraît pouvoir être techniquement justifiée :

---

l'ouvrage de référence de D.-M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruyant, 1986, 730 p. Voir aussi : S. HEREMANS, « Le bouleversement de l'économie contractuelle », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 477 à 503, 572 à 589 ; S. STIJNS, V. VAN GERVEN, P. WERY, « Les obligations : les sources (1985-1995) - Chronique de jurisprudence », *J.T.*, 1996, p. 728, n° 112, et les références citées.

[567] Ceci vaudrait d'ailleurs pour tous les contrats en général. En ce sens à propos de la lettre de patronage qui contient une obligation de résultat, voir le Mémento Francis Lefebvre, *Groupes de sociétés 2000-2001*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2000, p. 346, n° 4342, qui estime que l'émetteur ne pourrait pas se retrancher derrière le fait qu'il serait lui-même « *en situation financière difficile* ».

[568] La question délicate car l'intérêt social n'intervient en principe que pour apprécier la validité de la lettre au moment de son émission, et non au stade de son exécution. Voir cependant les dernières évolutions du droit des sociétés en matière de conventions d'actionnaires. Il est désormais stipulé qu'elles doivent être justifiées par l'intérêt social « *à tout moment* »(art. 510 et 551, §1 C. soc.). C'est une solution comparable que nous suggérons ici pour apprécier l'intérêt social de la société

- soit par une interprétation de la volonté de la société émettrice : on ne peut croire qu'en s'engageant à des obligations de moyens, elle ait été prête à sa faillite pour la société patronnée [569]. L'explication ne pourrait bien sûr être retenue dans l'hypothèse où la mauvaise foi de l'émetteur serait démontrée [570].

- soit par une application de la théorie de l'abus de droit : le créancier bénéficiaire de la lettre en abuse dès lors que l'exécution des moyens qu'il réclame conduit à la faillite de l'émetteur [571]. L'abus serait d'autant plus manifeste que, pour rappel, la lettre ne peut contraindre la société émettrice à se substituer à la société patronnée pour payer directement le créancier bénéficiaire.

D'un point de vue axiologique [572], la solution que nous préconisons à le double mérite, d'une part, de ne pas mettre les autres créanciers (et en particulier ceux de la société émettrice) à la merci du seul créancier bénéficiaire de la lettre de patronage, d'autre part, d'être conforme au souhait du législateur belge qui, par

---

émettrice.

[569] Voir en ce sens les observations sous Cass. com., 17 octobre 1995, *RJDA*, 1996, n° 110, commenté ci-après : *« L'intérêt de la décision analysée est de faire apparaître, ce qui n'avait pas jusqu'ici été exprimé (...), que, contrairement au cautionnement, la lettre d'intention ne constitue un engagement qu'autant que son respect ne met pas en jeu la survie de celle qui est appelée en substitution »*.

[570] Voir les hypothèses déjà citées. *Cf. supra* n° 51.

[571] Suivant l'arrêt de la Cour de cassation du 19 septembre 1983 (*Pas.*, 1984, I, p. 55), le titulaire d'un droit en abuse lorsque les avantages qu'il retire de son exercice sont sans commune mesure avec les inconvénients qui en résultent pour l'autre partie. La Cour fonde la notion d'abus sur le principe d'exécution de bonne foi des conventions (le lien entre ces concepts est confirmé par l'arrêt du 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1061, surtout connu pour s'être exprimé à propos de la *rechtsverwerking*). Voir J.L. FAGNART, "L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion", note sous Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 299, n° 18.

[572] Troisième pôle de la validité en droit, associé à la légitimité de la norme. Voir nos commentaires en introduction de ce chapitre .*Cf. supra* n° 169.

l'adoption des lois des 17 juillet et 8 août 1997 sur les faillites et le concordat judiciaire, a voulu réduire autant que possible les cas dans lesquels une faillite doit être prononcée.

222.- Dans la matière des lettres de patronage, l'opportunité de cette solution a été reconnue de longue date [573]. Elle a d'aileurs été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation française du 17 octobre 1995 [574] ayant expressément considéré que l'exécution d'une lettre de patronage devait être compatible avec la survie de l'émetteur. En l'espèce, les obligations résultant de la lettre étaient de moyens. On peut penser que la solution eût été autre si la garantie quant au paiement de la dette principale avait été de résultat.

La légitimité de la solution étant admise – à tout le moins en ce qui concerne les obligations de moyens [575] - restait à lui trouver un fondement juridique tout aussi

---

[573] En 1984, POULLET, *Les lettres de patronage, op. cit.*, p. 136, n° 196, admet ainsi qu'une clause de maintien de participation "*Trouve ses limites dans les impératifs de bonne gestion des avoirs de la société mère qui ne peut consentir des sacrifices disproportionnés pour assurer le maintien de sa participation*". Quant aux risques politiques ou de marché, il accepte que "*L'émetteur, attaqué par le créditeur pour avoir cédé sa participation, pourra se prévaloir de la théorie de l'imprévision pour justifier son fait*". On sait cependant que cette théorie n'est en principe pas reçue en droit belge. *Cf. supra* n° 219 et notes.

[574] Cass. com., 17 octobre 1995, *RJDA*, 1996, n° 110, p. 90 ; *Bull. Joly*, 1996, p. 40 avec la note PRIETO. Approuvé par J. GHESTIN, « La qualification en droit français des garanties données par une société mère au profit de sa filiale », *Mélanges P. VAN OMMESLAGHE* , Bruxelles, Bruyant, 2000, p. 433. Sur cette question, voir aussi Paris, 10 mars 1989, *Rev. dr. bancaire et de la bourse,* 1989, p. 137 avec les observations M. CONTAMINE-RAYNAUD.

[575] Tenu à une obligation *de résultat*, l'émetteur pourrait-il tenter de s'en libérer par référence à la conception *"raisonnable"* et *"humaine"* de la force majeure qu'une doctrine moderne est disposée à reconnaître ? S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, "Les obligations : les sources (1985-1995)", *op. cit.*, p. 727, n° 108, soulignent que "*La jurisprudence récente demeure toutefois, sur ce point, assez divisée*".

légitime [576]. Tel qu'il est interprété dans les groupes de sociétés, l'intérêt social de la société émettrice est celui que nous suggérons [577].

223.- Cette question est une nouvelle occasion de souligner les particularités de la lettre de patronage en comparaison avec les sûretés personnelles plus classiques. Parce qu'ils ont en principe pour objet une obligation de résultat de paiement du créancier principal [578], les engagements de caution ou de garantie autonome n'offrent aucune échappatoire tirée de l'intérêt social de la caution ou du garant. Parce que la lettre de patronage peut n'être que de moyens – cette qualification étant appréciée tant au niveau des obligations intermédiaires mises à charge de l'émetteur qu'à celui de la garantie quant au paiement de la dette principale [579] – elle offre une porte de sortie permettant d'éviter la faillite de l'émetteur.

C'est à tort que l'on tenterait d'en déduire le peu d'efficacité de la lettre de patronage. Dès lors que les obligations de moyens, acceptées telles quelles par le créancier bénéficiaire, ont été effectivement exécutées, quel intérêt aurait-il encore à provoquer la faillite de l'émetteur? Il est peu probable que le créancier puisse y produire sa créance car c'est avec la société patronnée qu'il avait contracté dans le cadre de l'opération principale. La faillite de l'émetteur ne lui profiterait pas. Elle

---

[576] L'arrêt de la Cour de cassation française se contente de la seule référence à la *survie* de l'émetteur. C'est en combinant cet enseignement avec celui de l'arrêt ROZENBLUM commenté ci-dessus qu'il nous semble possible de faire « remonter » cette justification jusqu'à son intérêt social. Dans le sens de ce rapprochement, voir C. PRIETO, note sous Cass. com., 17 octobre 1995, *Bull. Joly*, 1996, p. 43 : « *L'argument tenant à la propre survie de la société mère est, quant à lui, tout à fait éclairant et paraît même être une limite naturelle aux efforts consentis dans les groupes de sociétés à titre d'entraide* ».

[577] Nous sommes conscients de ce que ce critère est inapplicable à la lettre de patronage émise par une personne physique. A défaut d'intérêt *social*, est-ce l'intérêt *de la famille* qui devrait alors être pris en compte ? C'est une solution en ce sens que propose l'article 224 du Code civil. Mais il faut alors admettre que la « soupape de sécurité » ne peut jouer qu'aux conditions de cet article (action en nullité « *Dans l'année du jour où l'époux demandeur a eu connaissance de l'acte* »). *Cf. supra* n° 17, 29.

[578] *Cf. supra* n° 59.

devrait pouvoir être évitée pour les raisons décrites ci-dessus. Au contraire des autres sûretés, la lettre de patronage en offre les solutions [580].

D. Les sanctions

224.- Sauf application des règles de la faillite [581] ou de celles qui répriment la fraude ou les atteintes à l'ordre public, la sanction de la lettre de patronage qui ne respecte pas l'intérêt social de la société émettrice est en principe la responsabilité des administrateurs qui l'ont décidée [582]. Par souci d'être complet, nous examinons brièvement, en mettant l'accent sur les particularités de notre matière, la situation des titulaires de l'action en responsabilité et les conditions de sa mise en œuvre (appréciation raisonnable et *a priori*).

1. Titulaires de l'action

225.- L'action en responsabilité des administrateurs peut être mise en oeuvre par la société ou par les tiers.

---

[579] *Cf. supra* n° 66 à 68.

[580] En complément de ces commentaires, on mentionnera encore la doctrine néerlandaise qui estime qu'en exécutant magré tout une lettre de patronage « faible » (celle qui, par exemple, ne lie que sur le plan moral), l'émetteur pourrait dans certaines circonstances engager sa responsabilité vis-à-vis de certains de ses actionnaires ou créanciers. C'est reconnaître que, dans certains cas, l'intérêt de l'émetteur devrait effectivement pouvoir l'emporter sur la stricte exécution des obligations contenues dans la lettre. Voir R.I.V.F. BERTRAMS, F.G.B. GRAAF, « Letters of comfort en rechtspraak », *N.V.*, 1990, p. 77.

[581] Le jugement du tribunal de commerce de Liège du 13 octobre 1981, *R.P.S.*, 1982, p. 45, déjà cité, est rendu sur l'action paulienne intentée par le curateur sur pied de l'ancien article 448 de la loi sur la faillite. L'examen de ces règles dépasserait le cadre de notre étude.

[582] Voir aussi S. VAN CROMBRUGGE, *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Kluwer, Anvers, 1984, p. 146, n° 125, qui fait opportunément la distinction entre l'éventuelle nullité de la décision de poser l'acte et la nullité de l'acte lui-même.

226.- *A l'égard de la société*, la garantie contraire à l'intérêt social est une faute de gestion au sens de l'article 527 du Code des sociétés. Faut-il redouter, comme l'a fait FRANCOIS, que cette action ne soit que rarement mise en œuvre en raison du fait que les administrateurs ne sont le plus souvent qu'une émanation de la majorité [583]? La remarque a peut-être perdu de sa pertinence depuis que, par la loi du 13 avril 1995, le législateur a introduit dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales un article 66bis – devenu l'article 562 du Code des sociétés - qui autorise désormais les actionnaires minoritaires (moyennant le respect de certains quotas) à intenter une action pour compte de la société.

227.- *A l'égard des tiers*, la garantie contraire à l'intérêt social n'est normalement pas une violation de la loi [584] ou des statuts au sens de l'article 528 du Code des sociétés. Mais elle peut être un manquement au devoir général de prudence qui s'impose à tous, sanctionné par l'article 1382 du Code civil[585]. Les tiers peuvent en effet raisonnablement s'attendre à ce que les administrateurs agissent dans l'intérêt de la société [586]. De ce point de vue, il faut attirer l'attention sur le fait que, parce qu'elles engagent l'ensemble du patrimoine, les sûretés personnelles (et notamment les lettres de patronage contenant des obligations juridiques de somme), portent atteinte aux droits de l'intégralité des créanciers de la société garante, dont le

---

[583] A. FRANCOIS, "Het wankele evenwicht (...)", *op. cit.*, p. 233, n° 12.

[584] Sauf dispositions spécifiques faisant expressément référence au nécessaire respect de l'intérêt social. *Cf. supra* n° 207 et notes.

[585] On rappellera pour mémoire la controverse portant sur le droit des *tiers* de se prévaloir de la faute de gestion, alors que le mandat d'administrateur n'engage celui-ci qu'à l'égard de la *société*. La solution aujourd'hui admise est celle du refus de ce droit aux tiers, ce qui ne les empêche pas d'agir sur pied de l'article 1382 du Code civil. Voir J. VAN RIJN, X. DIEUX, "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers", *J.T.*, 1988, p. 401; "*Idem - obs. complémentaires*", *R.P.S.*, 1989, p. 93. Voir cependant nos commentaires au Chapitre 6 dont il ressort que l'immunité des agents d'exécution pourrait désormais s'appliquer aux administrateurs de sociétés. *Cf. infra* n° 321 en note.

[586] Ceci serait conforme à la conception strictement fonctionnelle du droit de vote de l'administrateur.

patrimoine constitue leur gage commun (article 8 de la loi hypothécaire). Chaque créancier est donc susceptible d'avoir un intérêt à l'action en responsabilité.

2. Appréciation raisonnable

228.- Il existe une controverse sur l'opportunité de l'*appréciation marginale* en matière de responsabilité. Certains auteurs considèrent en effet que ce critère, suggérée par une étude de RONSE en 1977 [587], est étranger à l'application du droit de la responsabilité. Et de citer l'article 1382 du Code civil qui permet effectivement de prendre en considération *"Tout fait quelconque"* à l'appui d'une éventuelle déclaration de responsabilité [588].

La controverse paraît quelque peu inutile dès lors que l'on constate que les mêmes auteurs admettent, par référence à la jurisprudence de la Cour de cassation, que toute *erreur* n'est pas nécessairement une *faute* pouvant engager la responsabilité [589]. Dans un arrêt du 30 avril 1976 [590], la Cour de cassation a expressément admis que la faute extra-contractuelle ne devait être appréciée que « *Suivant les critères d'une personne normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions* ». La controverse

---

[587] J. RONSE, "Marginale toetsing in het privaat recht", *T.P.R.*, 1977, pp. 207 et s.

[588] En ce sens en matière de responsabilité du dispensateur de crédit: D. VAN GERVEN, "De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietverlener ten aanzien van de schuldeisers van de onderneming in moeilijkheden", *Schuldeisers en ondernemingen in moelijkheden,* Bruxelles, Vlaams Pleitgenootschap, 1994, p. 75, n° 5; L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening", *T.P.R.*, 1986, p. 371, n° 20.

[589] D. VAN GERVEN, "De aansprakelijkheid van de kredietinstelling (...)", *op. cit.*, p. 80, n° 12. Même si d'autres de leurs commentaires peuvent être longuement discutés, nous approuvons J. VAN RIJN et X. DIEUX, "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers - Observations complémentaires", *R.P.S.*, 1989, p.111, et leur référence à la nécessité *« De ne point confondre l'erreur ou la défaillance admissible et la faute civilement répréhensible »*.

[590] Cass., 30 avril 1976, *Pas.*,1976, I, p. 944.

évoquée ci-dessus n'est finalement qu'une question de mots [591] puisque tous les auteurs s'accordent sur le fait que la faute éventuelle doit être appréciée de manière raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances, et par référence au comportement de l'homme normalement prudent et diligent, placé dans la même situation.

C'est donc par référence à ces critères qu'il faut apprécier l'éventuelle responsabilité de l'administrateur. Concernant l'intérêt social, il s'agit ici de l'apprécier de manière *négative* [592]. Comme le souligne opportunément THIRION, "*Il s'agit moins de vérifier que telle décision est conforme à l'intérêt social que de s'assurer qu'elle ne lui est pas manifestement contraire*" [593]. Quant au contexte de groupe, il aura peut-être eu pour conséquence le fait que l'administrateur ne disposait en réalité d'*aucune* marge de manœuvre, en raison de la domination de la société garante elle-même par une autre société. C'est ce que la doctrine appelle le "*dilemme de l'administrateur*" : négliger les instructions d'une société dominante et risquer d'être sanctionné à ce titre (révocation de son mandat d'administrateur; licenciement d'un poste de directeur ?) [594], ou négliger l'intérêt social de la société garante et risquer une responsabilité d'administrateur.

Il nous paraît légitime que ces éléments soient pris en compte. Le cas échéant, ils pourraient justifier la mise en cause de la responsabilité (solidaire) de la société

---

[591] P. VAN OMMESLAGHE, L. SIMONT , "De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het Belgisch recht", *T.P.R.*, 1986, p. 1095, note 15. En matière de responsabilité des administrateurs, voir I. CORBISIER, "Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", *R.P.S.*, 1994, pp. 61 et s.

[592] Tel ne sera pas le cas des dispositions examinées au § 3 ci-après à propos des conventions d'actionnaires. *Cf. infra* n° 243, 253-254.

[593] N. THIRION, "Délocalisation d'une division de l'entreprise et intérêt social , *op. cit.*, p. 81, n° 28.

[594] E. WYMEERSCH, "Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid", *Liber amicorum F. DUMON*, Anvers, Kluwer, p. 329, n° 21 : "*Het is een fictie te beweren dat de bestuurders het bevel naast zich hadden moeten neerleggen*".

dominante au titre d'administrateur de fait de la société garante dont l'intérêt social aurait été méprisé [595].

3. Appréciation *a priori*

229.- La responsabilité est appréciée au moment de l'acte, compte tenu des renseignements dont l'administrateur pouvait disposer et indépendamment des circonstances alors imprévisibles. Rappelons ici que les sûretés se caractérisent par le fait qu'elles n'entraînent en principe qu'un appauvrissement futur et éventuel. Cette circonstance doit être prise en compte de même, en ce qui concerne les lettres de patronage, le fait qu'elles sont de portée très variable, allant de la simple déclaration à un engagement juridique pouvant (exceptionnellement) représenter une charge plus lourde que la dette garantie [596].

Le contexte de groupe a lui aussi son importance, notamment pour mesurer l'importance de la contrepartie éventuelle. Comme le remarque WYMEERSCH, "*La politique de groupe implique une certaine liberté de répartir avantages et charges, la balance ne pouvant être établie opération par opération. C'est n'est* (sic) *qu'en analysant la totalité des relations entre la société et le groupe dont elle fait partie que l'on pourra décider si l'influence du groupe a été bénéfique, ou en revanche si elle a dépassé les limites de ce qui peut être considéré comme admissible en droit*" [597]. Ainsi, il semble légitime que le contexte de groupe atténue la sévérité de l'appréciation *a priori* de la lettre de patronage éventuellement mise en cause.

---

[595] Sur l'administration de fait, voir nos commentaires au Chapitre 6 ci-après. Nous y constatons notamment que, dans les groupes de sociétés, l'administration de fait ne devrait être admise qu'à des conditions particulièrement strictes en raison d'un « *degré d'immixtion légitime* » de la société mère dans les affaires de ses filiale. *Cf. infra* n° 289. Signalons aussi que doctrine et jurisprudence n'acceptent pas que la responsabilité d'un administrateur de fait atténue celle des administrateurs en titre.

[596] *Cf. supra* n° 164 et note.

[597] E., WYMEERSCH, "L'article 60 et le droit belge des groupes de sociétés", *op. cit.*, p. 651, n° 22. Ces commentaires, formulés à propos de l'article 60, sont manifestement de portée générale.

230.- En conclusion, il apparaît que ce n'est qu'à de strictes conditions, nécessitant un examen minutieux de toutes les circonstances, que la responsabilité des administrateurs de la société émettrice pourrait être recherchée en raison de l'émission d'une lettre de patronage ne respectant pas son intérêt social. A l'instar de ce nous avons déjà mentionné à propos de l'objet social (mais, techniquement, pour d'autres raisons), il est utile que les parties mentionnent, lorsque la lettre est une sûreté, le droit de recours de la société émettrice et, à tout le moins, l'intérêt que la lettre représente pour elle. Dans la perspective du nécessaire respect de son intérêt social, il est également souhaitable de décrire le groupe et la politique qui y est élaborée et, dans la mesure du possible, les possibilités financières de la société émettrice et leur adéquation avec la lettre de patronage [598]. Les mentions figureront dans la lettre de patronage ou, de préférence, dans le procès-verbal de l'organe ayant décidé son émission.

231.- La responsabilité des administrateurs ne permet en principe pas [599] de remettre en cause la validité de la lettre de patronage. C'est précisément parce qu'elle est valable qu'il y a éventuellement, dans le chef de la société ou des tiers, un préjudice justifiant réparation. Une fois encore, l'objectif de sécurité juridique est préservé. Et nous avons vu dans quelle mesure la lettre de patronage pouvait elle-même forger les conditions de sa validité, suivant des modalités inaccessibles aux sûretés plus classiques.

---

[598] Ce qui, le cas échéant, permettra de mieux décrire la portée de celle-ci, notamment dans la perspective de la détermination des obligations de moyens.

[599] Pour rappel, il faut réserver l'application des règles de la faillite - et en particulier celles de l'action paulienne - de même que celles, plus générales, qui répriment la fraude ou les atteintes à l'ordre public. Parfois, le principe de la réparation *en nature* pourrait aussi justifier une demande de nullité de l'acte. Force est cependant de reconnaître que l'admission d'une telle demande ne pourrait que mettre en péril la sécurité des transactions que le droit des sociétés entend manifestement privilégier.

231*bis*.-NOTE DE JURISPRUDENCE :

L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 septembre 1992 [600] (appelé "arrêt WISKEMAN") est, en jurisprudence belge, un des meilleurs exemples illustrant les questions que nous venons d'exposer [601]. Remarquable à plus d'un titre, l'arrêt s'illustre particulièrement par le fait qu'après avoir constaté qu'une sûreté accordée par une société filiale l'était au profit exclusif de sa société mère, la Cour d'appel a condamné *la banque,* qui bénéficiait (indirectement) de la sûreté, à indemniser les créanciers de la société filiale à concurrence de la réduction de ses avoirs sociaux [602]. Les faits à l'origine du litige, introduit sur action du curateur à la faillite de la société filiale, sont complexes. Il serait probablement fastidieux de les reprendre ici dans leur intégralité. De manière très résumée [603], il nous suffit ici d'indiquer que la Cour avait à se prononcer :

- d'une part, sur l'attitude de la S.A. BANQUE BRUXELLES LAMBERT qui, en janvier 1977, dans la perspective du maintien d'un crédit d'investissement à une société anglaise DEREK HARTLE Ltd, avait accepté un cautionnement souscrit en sa faveur par la BARCLAYS BANK, alors que ce cautionnement était lui-même contre-garanti par un gage sur les avoirs de la S.A. ORFEVRERIE WISKEMAN, devenue filiale de la société anglaise;

- d'autre part, sur l'attitude de la S.A. GENERALE DE BANQUE qui, en juin 1978, avait repris une partie de ce gage en couverture d'un engagement de garantie à première demande consenti par elle à la MIDLAND BANK afin que celle-ci prête à la société mère de DEREK HARTLE Ltd, la société HARTLE MACHINERY INTERNATIONAL Ltd, les sommes nécessaires au

---

[600] Bruxelles, 15 septembre 1992, *J.T.*, 1993, p. 312; *T.R.V.*, 1994, p. 275 avec la note A. FRANÇOIS, "Aspecten van aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het Wiskeman-arrest".

[601] La décision concerne non la constitution d'une sûreté personnelle, mais la mise en gage d'avoirs sociaux. Ceci ne change rien à l'exercice.

[602] En l'espèce, la condamnation à porté sur une somme totale de 23.099.388 francs, majorée de plus de treize années d'intérêts compensatoires !

[603] On se reportera pour le surplus à la motivation de l'arrêt qui reprend les faits de manière détaillée. On fera de même en ce qui concerne les questions de recevabilité soulevées en l'espèce, étrangères à notre réflexion.

remboursement anticipé de la S.A. BANQUE BRUXELLES LAMBERT (le paiement de celle-ci par la MIDLAND BANK se faisant pour le compte de DEREK HARTLE Ltd).

Réformant la décision du premier juge qui avait condamné la S.A. GENERALE DE BANQUE (considérant que le gage constitué à son profit l'avait été à des fins illicites), la Cour d'appel retient la seule responsabilité de la S.A BANQUE BRUXELLES LAMBERT, à l'issue de la motivation suivante :

A. Concernant la S.A BANQUE BRUXELLES LAMBERT

1. Un "*abus de pouvoirs*" des dirigeants de DEREK HARTLE Ltd [604]

La Cour constate que ces dirigeants "*Ont abusé des pouvoirs qu'ils détenaient en tant qu'actionnaires majoritaires de la filiale S.A ORFEVRERIE WISKEMAN*" [605]. Elle fonde son appréciation sur le fait que la sûreté avait pour seul but de permettre l'achat, par DEREK HARTLE Ltd, des titres de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN; qu'elle constituait "*Un détournement des actifs sociaux de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN au profit exclusif du groupe DEREK HARTLE*". Ce n'est que de manière diffuse (voire incidente) que la Cour vérifie le respect des conditions de validité telles que systématisées dans l'arrêt ROZENBLUM [606] :

1) Le groupe

La Cour accepte (sans autre commentaire) l'existence du "*groupe DEREK HARTLE*". En l'espèce, ne fallait-il pas constater qu'au moment de la mise en gage, la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN n'en faisait pas encore partie

---

[604] La curatelle n'a pas estimé devoir mettre à la cause les dirigeants de DEREK HARTLE Ltd, qui se retrouvaient au conseil d'administration de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN, en raison du caractère illusoire de toute possibilité de récupération à leur charge (les sociétés du groupe DEREK HARTLE ayant été mises en règlement judiciaire). Il fallait cependant établir leur faute avant de pouvoir constater éventuellement celles des banques.

[605] L'expression "*abus de pouvoirs*", en tant qu'elle concerne les actionnaires, est correcte. Voir nos commentaires ci-dessus à propos des compétences et de l'exercice du droit de vote des administrateurs. *Cf. supra* n° 188.

[606] *Cf. supra* n° 215 et s.

(puisque la sûreté devait contribuer au financement nécessaire à l'achat de ses titres) ?

2) La contrepartie

La Cour souligne le profit exclusif du groupe DEREK HARTLE. Ce n'est que de manière incidente [607] qu'elle relève que le gage sur les avoirs de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN avait été constitué *"Sans la moindre perspective d'un quelconque avantage pour cette dernière"*.

3) Les possibilités financières

La Cour insiste sur le fait que le gage portait sur "*une partie substantielle*" des avoirs de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN.

En conclusion, la Cour considère :

> "*Que si l'on peut admettre que les sociétés qui composent un groupe puissent mutuellement s'entraider dans l'intérêt même de ce groupe - ce qui se conçoit lors d'un soutient accordé par la société mère à une de ses filiales car il y va de son propre intérêt - il est inadmissible que, pour son seul profit et en sacrifiant les intérêts de sa filiale ainsi que des actionnaires minoritaires et des créanciers de celle-ci, une société dominante utilise le pouvoir qu'elle détient dans cette filiale pour se servir de ses avoirs en les engageant comme sûreté de ses propres obligations financières résultant de l'acquisition des titres de cette filiale*".

La Cour fait donc la distinction entre l'intérêt (le profit) du groupe, qui justifie l'*entraide mutuelle*, et celui de la société dominante, qui ne permet pas le *sacrifice*. La distinction doit être approuvée. On ne peut qu'être étonné que la Cour n'ait pas été plus systématique dans son application [608]. Doit par contre

---

[607] Lorsqu'elle remarque "*Qu'il est néanmoins surprenant de constater que, dans son recours en responsabilité contre les banquiers intervenant dans les opérations critiquées, la curatelle n'ait pas estimé devoir s'adresser à la BARCLAYS BANK*". Sans doute doit-on y voir des raisons de procédure.

[608] Voir l'extrait déjà cité où la Cour invoque le profit exclusif du *groupe* DEREK HARTLE. En ce qui concerne la S.A GENERALE DE BANQUE, la Cour relève plus loin qu'elle n'avait pas à

être nuancée l'affirmation suivant laquelle il est nécessairement de l'intérêt d'une société mère de soutenir une de ses filiales. Nous avons déjà dit pourquoi [609].

2. Un manque de prudence et de diligence de la part de la S.A BANQUE BRUXELLES LAMBERT

Suivant la Cour, la responsabilité des dirigeants "*N'exclut évidemment pas celle de ceux qui, par connivence ou même simple négligence, ont prêté leur concours à cette forme de détournement des avoirs de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN*".

A l'argument de la banque qui soutenait qu'elle n'était pas informée de l'existence de la contre-garantie exigée par la BARCLAYS BANK (c'est-à-dire la mise en gage des avoirs sociaux de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN), la Cour répond "*Qu'un crédit bancaire d'importance implique toujours l'existence d'une sûreté au profit du banquier*"; qu'en conséquence, la banque "*Se devait - en tant que banquier normalement prudent et diligent, soucieux d'éviter que ses opérations soient source de préjudice pour les tiers - de s'interroger quant aux conditions dans lesquelles la BARCLAYS BANK acceptait, soudainement, de cautionner les engagements de DEREK HARTLE Ltd à son égard*".

La motivation est remarquable en ce que :

- d'une part, elle met à la charge de la banque un véritable devoir d'investigation[610].

En l'espèce, la Cour souligne que ce devoir d'investigation s'imposait à la banque "*Instruite par le passé en n'ignorant pas les agissements peu scrupuleux des dirigeants du groupe DEREK HARTLE Ltd*"[611].

---

suspecter "*Un transfert indirect des actifs de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN au profit du groupe DEREK HARTLE*". En soi, un tel transfert n'était pas critiquable dès lors qu'il était susceptible de profiter à la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN, membre du groupe.

[609] *Cf. supra* n° 217 et notes.

[610] Ceci est confirmé par d'autres passages de l'arrêt, et notamment : "*Que la S.A BANQUE BRUXELLES LAMBERT ne pouvait se soucier du recouvrement de son crédit sans se poser des questions quant aux moyens utilisés par son débiteur pour la satisfaire*".

[611] La Cour précise que la banque devait d'autant plus s'inquiéter de l'existence de la contre-garantie qu'elle avait été associée aux discussions portant sur un projet de prêt de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN à DEREK HARTLE Ltd : "*Que certes ce projet (...) ne se réalisa pas mais qu'il est significatif de la nécessité qu'avait DEREK HARTLE Ltd de devoir se servir des*

- d'autre part, elle laisse entendre que le devoir d'investigation doit être exercé dans l'intérêt des tiers.

Ceci va très loin : si on peut effectivement retenir, dans certains cas, la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l'égard des tiers, lui imposer un devoir d'investigation dans *leur* intérêt paraît excessif. Telle n'est d'ailleurs pas la tendance de la jurisprudence qui, si elle retient une obligation d'informer, ne le fait que dans l'intérêt du cocontractant [612]. Sur ce point, l'arrêt ne peut être approuvé.

Et la Cour de conclure :

> "*Attendu que, contrairement à ce qu'a décidé le premier juge, il se déduit de l'ensemble des considérations qui précèdent que la S.A BANQUE BRUXELLES LAMBERT a, ainsi, commis une faute en acceptant le cautionnement de la BARCLAYS BANK pour maintenir son crédit d'investissement alors qu'elle savait ou, en tous cas, devait se douter que ce cautionnement était contre-garanti par des avoirs de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN représentant, en fait, la seule possibilité de remboursement de ce crédit; que la S.A BANQUE BRUXELLES LAMBERT a ainsi contribué, soit consciemment, soit par négligence coupable, à la mise en place d'un système de sûreté spoliant la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN en transférant indirectement une partie substantielle de ses avoirs au seul profit de DEREK HARTLE Ltd, incapable de satisfaire ses engagements financiers résultant de l'acquisition des titres de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN sans engager les actifs de celle-ci*".

Même si la solution est sévère, elle nous paraît dans l'ensemble justifiée.

B. Concernant la S.A. GENERALE DE BANQUE

1. La croyance légitime de la banque [613]

---

avoirs de sa filiale WISKEMAN pour satisfaire ses propres obligations financières envers ses banquiers". Pour autant que de besoin, la remarque illustre la légitimité de l'analogie entre sûreté intra-groupe et prêt intra-groupe.

[612] L'obligation d'informer est brièvement discutée au Chapitre 6. *Cf. infra* n° 276 en note.

[613] La motivation de l'arrêt indique à ce propos : "*La curatelle soutient, en effet, que la S.A GENERALE DE BANQUE ne pouvait accepter une telle sûreté alors que, connaissant bien la*

Contrairement à la S.A BANQUE BRUXELLES LAMBERT, la S.A GENERALE DE BANQUE n'était intervenue que comme banquier de la seule S.A. ORFEVRERIE WISKEMAN en sorte qu'elle n'avait pu avoir une vision complète de la situation. La Cour en déduit :

> *"Que la S.A GENERALE DE BANQUE pouvait croire qu'à raison des retombées de son utilisation, le prêt consenti par la MIDLAND BANK à HARTLE MACHINERY INTERNATIONAL pouvait présenter un intérêt direct et légitime pour la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN;"*

On relève ici une légère incohérence de la Cour qui ne renouvelle pas ses commentaires relatifs à un éventuel devoir d'investigation. En ce qui concerne le financement de la participation de contrôle de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN, la Cour estime en effet que la S.A GENERALE DE BANQUE "*Ne pouvait connaître l'évolution de ce financement et des diverses garanties et contre-garanties exigées par les banques à cette occasion*". Mais la banque ne pouvait-elle pas (ne devait-elle pas) se renseigner ? La différence avec le devoir d'investigation mis à charge de la S.A BANQUE BRUXELLES LAMBERT est importante Il est regrettable que la Cour ne se soit pas davantage expliquée sur les motifs de cette discrimination.

Par ailleurs, l'exigence d'un intérêt "*direct*" semble déraisonnable. Les caractéristiques du groupe de sociétés devraient permettre de prendre en compte, au moment où l'acte est posé, la seule possibilité d'une contrepartie, même future, même indirecte [614]. Sur ce point, l'arrêt doit être nuancé.

2. Subsidiairement: l'absence de causalité

La Cour constate que sans l'intervention de la S.A GENERALE DE BANQUE, la S.A BANQUE BRUXELLES LAMBERT n'aurait pas été remboursée; qu'elle aurait fait appel, vu l'insolvabilité de DEREK HARTLE

---

situation de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN dont elle était un des banquiers, elle devait se rendre compte qu'il était fait usage de sa trésorerie à des fins autres que la réalisation de son objet social". Voici encore une illustration de la confusion entre *objet* social et *intérêt* social que nous avons déjà dénoncée. *Cf. supra* n° 193 et note.

[614] *Cf. supra* n° 229.

Ltd, au cautionnement de la BARCLAYS BANK laquelle, à son tour, se serait désintéressée en réalisant le gage des actifs de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN. Pour la Cour, "*La réalisation de ce gage s'avérait, en effet, inéluctable en raison du système de sûreté mis en place avant 1978 et de l'état persistant d'insuffisance des moyens propres du groupe DEREK HARTLE*". Et d'en déduire :

> "*Qu'ainsi que l'a justement relevé le premier juge, l'intervention de la S.A GENERALE DE BANQUE n'a donc nullement eu pour conséquence d'aggraver la situation de la S.A ORFEVRERIE WISKEMAN et des créanciers par un transfert indirect des actifs de celle-ci pour pallier les carences du groupe DEREK HARTLE Ltd mais a, seulement, retardé la réalisation du gage litigieux (...);*
>
> *Qu'il n'existe, ainsi, aucun rapport de causalité entre la prétendue faute commise par la S.A GENERALE DE BANQUE et le préjudice dont réparation est demandée - lequel doit être attribué au seul comportement fautif de la S.A BANQUE BRUXELLES LAMBERT.*"

L'appréciation est en fait. Mais le raisonnement paraît critiquable puisque, par la circonstance que l'intervention de la S.A GENERALE DE BANQUE avait à tout le moins "*retardé la réalisation du gage litigieux*", il s'indiquait que la Cour vérifie l'aggravation de passif ou la diminution d'actifs résultant de ce retard, contrôle auquel elle ne semble pas avoir procédé en l'espèce.

Suivant l'annotation de FRANCOIS, l'arrêt WISKEMAN est moins spectaculaire qu'il n'y paraît [615]. Nous ne partageons pas cette opinion, ne fut-ce que parce qu'il s'agit d'une des rares décisions belges en la matière. L'arrêt n'est pas exempt de critiques. Il applique néanmoins, avec plus ou moins de bonheur, les règles essentielles à l'appréciation de la validité des sûretés intra-groupe, telles qu'elles s'appliquent également aux lettres de patronage. Les groupes de sociétés et leurs banquiers ne sauraient trop s'en inspirer.

---

[615] A. FRANCOIS, "Aspecten van aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het Wiskeman-arrest" *T.R.V.*, 1994, p. 284.

§ 3. CONDITIONS SPECIFIQUES DU DROIT DES SOCIETES : LA REGLEMENTATION DES CONVENTIONS D'ACTIONNAIRES

232.- Indépendamment des règles générales du droit des sociétés, telles qu'elles ont été examinées au paragraphe précédent, il s'agit d'étudier l'incidence de certaines dispositions spécifiques du Code des sociétés. C'est la réglementation des conventions d'actionnaires - au sens large - que nous visons particulièrement. Quant à leur objet, ces conventions présentent en effet une parenté évidente, sinon une réelle similitude, avec les lettres de patronage dont nous avons exposé la diversité dans le Chapitre 2. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre VAN OMMESLAGHE qui, dans un article qu'il consacrait en 1989 aux conventions d'actionnaires en droit belge, décrivait le phénomène de la manière suivante [616] :

> "*On rencontre en premier lieu, dans pratiquement tous les cas, des clauses qui restreignent la libre cessibilité des actions. Celles-ci prennent des formes multiples que nous décrirons ci-après. Elles peuvent s'accompagner de clauses de blocage des titres, destinées à en garantir le respect.* (...)
>
> *Les conventions que nous examinons comportent aussi très souvent des pactes de votation - c'est-à-dire, sous des formes et à des degrés divers, des conventions relatives à l'exercice par les signataires de leur droit de vote aux assemblées générales de la société en cause, au moins pour certaines décisions.*(...)
>
> *Les accords entre actionnaires peuvent encore comporter des déclarations d'intention plus ou moins précises sur la politique générale de la société que les partenaires envisagent de suivre, au moins pendant une certaine période.*"

---

[616] P. VAN OMMESLAGHE, "Les conventions d'actionnaires en droit belge", *R.P.S.*, 1989, p. 292.

D'autres auteurs, au moment de définir les conventions d'actionnaires, précisent qu'elles peuvent être conclues avec toute personne intéressée par la fonctionnement de la société [617]. N'est-ce pas précisément le cas du créancier bénéficiaire d'une lettre de patronage, à l'évidence intéressé par le fonctionnement de la société patronnée ? On admet aussi que la convention d'actionnaires n'ait que la portée d'un "*gentleman's agreement*"[618]. Il s'agit donc de vérifier la mesure dans laquelle la validité d'une lettre de patronage peut être conditionnée par les exigences spécifiques que le droit des sociétés pose à la validité des conventions d'actionnaires. A notre connaissance, la question n'a jamais été étudiée.

233.- Après une introduction consacrée au champ d'application de la réglementation des conventions d'actionnaires (point 1), nous examinerons l'incidence des dispositions qui concernent plus particulièrement la négociabilité des titres (point 2) et la liberté du vote (point 3). D'emblée, il convient d'attirer l'attention sur le fait que ces commentaires se situent dans une perspective bien différente de celle du paragraphe précédent. Alors que les questions de la compétence, de l'objet social et de l'intérêt social touchaient exclusivement la société *émettrice* de la lettre de patronage, c'est la société *patronnée* que les remarques qui suivent concerneront. Il s'agira d'en tenir compte au moment de confronter la validité de certaines lettres de patronage à l'intérêt social de la société patronnée elle-même.

---

[617] V. SIMONART, "La contractualisation des sociétés, ou les aménagements contractuels des mécanismes sociétaires", *R.P.S.*, 1995, p. 77, n° 2. Dans le même sens : D. MATRAY, "Conventions d'actionnaires et dispositions statutaires. Quelques brèves observations", *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 528 et 532.

[618] O. RALET, "Les conventions d'actionnaires", *op.cit.*, p. 370, n° 3.

1. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA REGLEMENTATION DES CONVENTIONS D'ACTIONNAIRES

234.- Malgré la parenté annoncée en introduction, il faut bien constater que la convention d'actionnaires et la lettre de patronage se distinguent nettement sur les deux points suivants :

1. La convention d'actionnaire peut figurer dans les statuts : elle a alors vocation à s'appliquer à tous les actionnaires ou, à tout le moins, à ceux de la catégorie visée. Mais elle peut également résulter d'une convention extra-statutaire qui ne concerne que ceux qui y sont partie [619]. Au contraire, on ne peut que difficilement concevoir que la lettre de patronage apparaisse dans les statuts, que ce soit ceux de la société émettrice ou ceux de la société patronnée[620]. En ce qui la concerne, il faut plutôt partir de l'hypothèse qu'elle est de nature extra-statutaire. Pour la suite de notre exposé, nous considérerons qu'il en est effectivement ainsi.

2. En principe, la convention d'actionnaires ne concerne qu'eux et ce n'est qu'exceptionnellement qu'un tiers y est partie. La lettre de patronage est émise par une personne, physique ou morale, qui le plus souvent est actionnaire de la société patronnée. Mais elle est conclue [621] avec un tiers, le créancier bénéficiaire, qui n'a très probablement pas cette qualité [622].

---

[619] Précisément, ce peut être un des avantages de la convention d'actionnaires extra-statutaire que de ne concerner que certains actionnaires ou de mettre des droits et obligations à leur charge sans que cela apparaisse dans les statuts de la société.

[620] On peut théoriquement l'imaginer, notamment s'il fallait constater que la lettre résulte d'une déclaration purement unilatérale des fondateurs ou actionnaires.

[621] Voir nos commentaires au Chapitre 3 ci-dessus sur la nature contractuelle de la lettre de patronage. *Cf. supra* n° 124 à 127.

[622] A notre sens, l'hypothèse ne peut être totalement exclue puisque, par exemple, on peut concevoir que le créancier soit actionnaire minoritaire de la société patronnée, et souhaite être garanti par l'actionnaire majoritaire de cette dernière. L'hypothèse ne devrait probablement être retenue que pour mémoire.

235.- Malgré ces différences, nous pensons que la réglementation des conventions d'actionnaires est susceptible de s'appliquer aux lettres de patronage :

- d'une part, parce que la nature statutaire ou extra-statutaire de la convention d'actionnaires importe peu pour l'application de cette réglementation (A);

- d'autre part, parce que la convention dite "*d'actionnaires*" peut être conclue aussi bien entre actionnaires qu'entre actionnaires et tiers (B).

A. La nature statutaire ou extra-statutaire de la convention d'actionnaires importe peu

236.- La validité de principe des conventions d'actionnaires, même lorsqu'elles n'apparaissent pas dans les statuts de la société, n'est pas contestée. Les rapports que ces conventions entretiennent avec les statuts de la société sous-tendent cependant de nombreuses questions qui nous paraissent pouvoir être systématisées comme suit :

a) Le Code des sociétés stipule les points qui doivent impérativement être régis par les statuts [623]. Il s'agit d'un "*domaine réservé*" statutaire qui restreint l'autonomie de la volonté des parties à la convention.

b) Le droit des sociétés prohibe certaines clauses dans les statuts [624]. Suivant STORCK, "*On conçoit mal que ces mêmes clauses puissent trouver place dans une*

---

[623] Voir les articles 69 et 453 qui énumèrent ce que doit indiquer l'acte de société.

[624] Voir ci-dessous les conditions posées pour la validité des conventions ayant pour objet la négociabilité des titres ou la liberté du vote. *Cf. infra* n° 241 et s., 248 et s. Contrairement aux

convention extra-statutaire" [625]. Décider le contraire permettrait de contourner trop facilement la loi.

c) Un point de droit est réglé par les statuts, mais il ne s'agit pas de leur domaine réservé. La loi ne dit rien à son sujet. La question est alors de savoir dans quelle mesure il est possible d'y déroger par une convention extra-statutaire. Pour y répondre, il faut distinguer la situation des actionnaires et celle des tiers :

- A l'égard des actionnaires

Suivant SIMONART, la valeur normative à accorder aux statuts dépend de la conception que l'on a de la société elle-même [626] :

> "*Dans les conceptions institutionnelle et fonctionnelle de la société, l'assujettissement des associés ou actionnaires à l'idée-mère et au principe d'autorité leur impose de respecter les statuts même en dehors de la sphère strictement sociétaire.*
>
> *En revanche, dans les conceptions contractuelle et structurelle, les associés ou actionnaires ne sont plus tenus par les statuts dès lors qu'ils se placent délibérément en dehors du champ statutaire - ce qui ne signifie pas qu'ils peuvent ainsi échapper à toutes les normes de droit des sociétés*".

Nous voyons dans cette opinion la source d'une insécurité juridique, notamment au vu des mouvements de balancier imprimés par le droit des sociétés entre les conceptions contractuelle et institutionnelle qui, suivant

---

règles évoquées au point a) ci-dessus, il ne s'agit cependant pas de clauses obligatoires en ce sens que les statuts ne doivent pas nécessairement régler ces questions.

[625] J. P. STORCK, "La validité des conventions extra-statutaires", *D.*, 1989, I, Chr., p. 268, n° 5.

SIMONART, devraient servir de critère [627]. La solution nous paraît être ailleurs : même si la question de droit figurant aux statuts n'est pas - comme telle - réglementée (elle ne fait pas partie de leur domaine réservé; la loi ne prohibe pas la clause), il n'en demeure pas moins que toute modification des statuts n'est autorisée que moyennant le respect d'une procédure stricte prévue par l'article 558 du Code des sociétés. Ne serait-ce pas déroger à cette procédure que de permettre une convention hors statuts, modifiant ces derniers ? Pour le présenter de manière simplifiée : acceptera-t'on que l'absence de réglementation du *contenu* (la clause) dispense du respect des règles relatives aux modifications du *contenant* (les statuts) ? Il nous semble que la réponse devrait être négative [628].

---

[626] V. SIMONART, "La contractualisation des sociétés (...)", *op. cit.*, p. 107, n° 26.

[627] En 1954, VAN RIJN constatait que la conception contractuelle de la société était dépassée (*Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 319, n° 460). De nombreuses modifications législatives et jurisprudentielles l'ont confirmé ensuite. En 1993, TILQUIN préférait cependant appuyer son analyse sur le constat que les règles fondant la théorie institutionnelle, du moins dans l'ordre interne de la société, et même la théorie fonctionnelle, ne seraient plus d'actualité ("La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes", *R.D.C.*, 1993, p. 120, n° 20). Il fallait effectivement constater que la loi du 18 juillet 1991 avait consacré une nette tendance à la contractualisation, précisément en réglementant les clauses portant sur la négociabilité des titres et la liberté du vote.

[628] C'est le nécessaire respect de cette procédure qui nous fait penser que même l'accord de 75 % des actionnaires, voire leur unanimité, dans une convention extra-statutaire ne permettrait pas la modification (indirecte ou implicite) des dispositions statutaires. Cette solution paraît la plus conforme à l'importance accordée, par de nombreuses autres dispositions du droit des sociétés, à la publication des statuts et à l'apparence qu'ils représentent. Voir cependant en faveur de la solution contraire B. FERON, "Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995", *R.D.C.*, 1996, p. 700 et, avec certaines nuances, I. CORBISIER, S. MAQUET, "Une illustration de l'autonomie relative des dispositions statutaires et extra-statutaires et ce au détriment des premières", en annotation d'un arrêt du Tribunal suprême espagnol du 10 février 1992, *R.P.S.*, 1995, pp. 42 et s.

Concernant les actionnaires, il faudrait selon nous reconnaître systématiquement aux statuts une valeur normative supérieure à toute autre stipulation extra-statutaire [629].

- A l'égard des tiers

Les statuts ne sont opposables aux tiers qu'à dater de leur publication (article 76 du Code des sociétés). Mais celle-ci ne crée aucune présomption de connaissance dans leur chef [630].

Par ailleurs, on admet que les statuts sont soumis au principe de la relativité des conventions : ils ne peuvent créer dans le chef des tiers une obligation de les respecter [631], sauf application des règles de la tierce complicité [632].

237.- A ce stade de notre analyse, il faut donc constater que la réglementation des conventions d'actionnaires est susceptible de s'appliquer, quel que soit le lieu (statuts ou hors statuts) de ces conventions. Partant, la nature en principe

---

[629] En ce sens : J.M. NELISSEN-GRADE, "De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales", note sous Cass., 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, p. 246, n° 55; L. VAN CANEGHEM, "L'exécution forcée en nature des conventions de vote dans la société anonyme", *R.P.S.*, 1996, p. 57, qui évoque la possibilité d'une interdiction statutaire des conventions de vote : seule la primauté des statuts sur les conventions extra-statutaires saurait l'expliquer. *Contra* : D. MATRAY, "Conventions d'actionnaires (...)", *op.cit.*, p. 547, avec de nombreuses nuances et interrogations cependant.

[630] Conformément à un arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 957 : "*Si la publication des extraits des actes des sociétés commerciales au Moniteur belge a pour effet que ces actes peuvent être opposés aux tiers et que les tiers doivent subir les conséquences de l'existence desdits actes, il ne se déduit pas de cette règle que la dite publication fait naître une présomption légale obligeant à considérer que tous les tiers ont eu connaissance de cette publication*".

[631] V. SIMONART, "La contractualisation des sociétés (...)", *op. cit.*, p. 126, n° 46.

[632] Voir nos précédents commentaires à propos des garanties négatives. *Cf. supra* n° 96 à 100.

extra-statutaire de la lettre de patronage serait sans incidence pour la prise en compte de cette réglementation.

238.- Les règles résumées ci-dessus impliqueraient notamment que la lettre n'empiète pas sur le domaine réservé des statuts [633], ni ne contredise les règles impératives du droit des sociétés.Quant au nécessaire respect des statuts de la société patronnée, il ne concernerait que l'émetteur de la lettre qui aurait effectivement la qualité d'actionnaire. Le créancier bénéficiaire de la lettre, s'il est tiers à la société, aurait la possibilité de ne pas en tenir compte. L'affirmation devrait seulement être nuancée par la fait que les autres tiers (et l'on songe ici aux autres créanciers de la société patronnée qui verraient leur situation se détériorer en raison de l'émission de la lettre) auraient la possibilité de mettre en cause la tierce complicité du créancier bénéficiaire dans la violation des statuts par l'émetteur.

On admet en effet que les statuts constituent une situation apparente dont les tiers peuvent légitimement se prévaloir [634]. Mais comme leur publication ne crée aucune présomption de connaissance, il leur faudrait, à ces autres tiers, démontrer dans le cas d'espèce le concours conscient du créancier bénéficiaire à la violation par l'actionnaire (émetteur de la lettre) de la disposition statutaire. La démonstration serait facilitée par la publication des statuts, sans cependant que cette circonstance soit suffisante [635]. Il est probable que les difficultés de preuve soient insurmontables.

---

[633] A notre sens, ce sera rarement le cas.

[634] En ce sens : V. SIMONART, "La contractualisation des sociétés (...)", *op. cit.*, p. 128, n° 48.

[635] *Ibidem,* p. 126, n° 46.

B. La convention dite "*d'actionnaires*" peut être conclue entre actionnaires et tiers

239.- Il s'agit ici de voir dans quelle mesure la réglementation des conventions d'actionnaires s'applique aux conventions conclues entre les actionnaires et les tiers. La question est controversée. Elle nous paraît devoir être réglée à la lumière de ce qui suit :

a) Il arrive que la convention dite "*d'actionnaires*" s'inscrive dans un ensemble contractuel impliquant également des tiers. La connexité, voire l'interdépendance, des divers engagements souscrits, justifierait que tous les contrats - et pas seulement ceux qui ne concernent que les actionnaires - soient soumis aux mêmes règles. Envisagé seul, l'argument paraît cependant insuffisant [636].

b) De même qu'une convention extra-statutaire ne devrait pas être le moyen de contourner une règle régissant impérativement les statuts [637], un actionnaire ne pourrait convenir avec un tiers ce qui lui est interdit de convenir avec un autre actionnaire. Certains auteurs proposent cependant de faire la distinction suivant que cela concerne, ou non, la société dans son ordre interne. [638].

---

[636] O. RALET, "Les conventions d'actionnaires", *op. cit.*, p. 369, n° 2, utilise à ce propos la notion de "*convention périphérique*" : "*Leur validité et leur interprétation doivent dès lors s'apprécier en considération de l'ensemble de l'opération, une des conventions ne pouvant être isolée de son contexte*". Il fait référence à Bruxelles, 3 décembre 1986, *R.P.S.*, 1987, p. 45. A propos d'une garantie contre toute perte donnée solidairement par un associé et par un tiers, la Cour admet cependant qu'il s'agit d'un cas dans lequel « *La nullité est propre à l'associé et constitue une exception purement personnelle, laquelle ne profite qu'à celui des codébiteurs solidaires qui peut l'invoquer* ».

[637] *Cf. supra* n° 236 et notes.

[638] Si la règle ne touche le fonctionnement de la société que dans son ordre interne, rien ne justifierait d'étendre la prohibition aux tiers. Ainsi, l'article 32 du Code des sociétés qui régit la contribution aux pertes des associés, ne ferait pas obstacle à la validité de la convention par laquelle un associé se ferait garantir de sa perte par un tiers. En ce sens : V. SIMONART, "La contractualisation des sociétés (...)", *op. cit.*, p. 116, n° 36.

c) Dès lors que la matière touche à l'ordre public, il paraît évident que, quelle que soit l'identité des parties à la convention, les exigences légales doivent être respectées. Dans ces hypothèses, la réglementation des conventions d'actionnaires n'est d'ailleurs pas nécessaire : la seule violation de l'ordre public suffit à justifier les sanctions [639].

d) Enfin, il arrive qu'en matière de conventions d'actionnaires le droit des sociétés lui-même indique qu'il a vocation à s'appliquer "*à toutes conventions*", ce qu'une doctrine autorisée interprète dans le sens d'une extension de son domaine d'application aux conventions conclues entre actionnaires et tiers [640].

240.- La lettre de patronage est le plus souvent émise par une personne, physique ou morale, qui a la qualité d'actionnaire de la société patronnée. Elle est émise en faveur d'un tiers (le créancier bénéficiaire) qui, très probablement, n'a *pas* cette qualité. A la lumière des éléments de discussion exposés au point précédent, il nous semble que cette circonstance n'autorise pas l'émetteur de la lettre à s'affranchir des obligations qui pèsent sur lui en sa qualité d'actionnaire. Le fait que la lettre de patronage est conclue avec un tiers à la société patronnée ne devrait pas faire obstacle à l'application à son endroit de la réglementation des conventions d'actionnaires.

La solution ne semble faire aucun doute en ce qui concerne les lettres portant sur la négociabilité des titres de la société patronnée. Elle paraît devoir être appliquée aux lettres qui réduisent la liberté de vote de l'émetteur en sa qualité d'actionnaire de

---

[639] Voir V. SIMONART, "L'ordre public et le droit des sociétés", *R.D.C.*, 1994, pp. 128-129, et les exemples donnés de dispositions touchant à "*l'ordre public économique*" et à "*l'ordre public classique*".

[640] Voir notamment B. FERON, "Les conventions d'actionnaires (...)", *op. cit.*, p. 680, à propos de l'article 41, § 2 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales – nouvel article 510 du Code

la société patronnée. Ces deux questions sont davantage examinées ci-après à propos des articles 510 et 551 du Code des sociétés.

2. LA NEGOCIABILITE DES TITRES (ART. 510 C. SOC.)

241.- Dans l'extrême diversité des clauses pouvant figurer dans une lettre de patronage, on remarque systématiquement la catégorie de celles qui ont trait à la participation de l'émetteur dans le capital de la société patronnée. Parmi les engagements fréquemment souscrits, il y a celui de maintenir la participation de l'émetteur dans le capital de la société patronnée à son niveau, ou de subordonner toute cession de cette participation à diverses conditions (l'information, l'avertissement ou l'accord du créancier bénéficiaire).

Suivant TILQUIN, « *L'évolution du droit des sociétés ne commande plus de se référer à un principe général d'ordre public de cessibilité de l'action* » [641]. L'affirmation paraît devoir être nuancée dans la mesure où ce n'est pas le principe, mais bien sa généralité qui semble devoir être remise en cause. Des restrictions à la négociabilité des titres sont possibles. Le législateur l'a confirmé, notamment par la loi du 13 avril 1995 qui a introduit dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales l'article 41, § 2 - devenu l'article 510 du Code des sociétés - qui fixe désormais les conditions de validité des clauses d'inaliénabilité, d'agrément et de préemption.

Nous pensons que les lettres de patronage sont soumises aux exigences posées par le droit des sociétés pour la validité des conventions d'actionnaires qui portent atteinte à la libre négociabilité des titres. Si on admet que la matière est

---

des sociétés - en ce qu'il s'applique aux statuts, aux actes authentiques d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription "*et toutes autres conventions*".

[641] Th. TILQUIN, "La société privée (...)", *op. cit.*, p. 108. A comparer avec J. VAN RIJN, *Principes de droit commercial, op. cit.*, p. 360, n° 536 : "*La négociabilité des actions tient à la nature même de la société anonyme*".

d'ordre public, ceci suffit déjà à justifier la généralité de ses applications. Par ailleurs, le texte même de l'article 510 indique qu'il s'applique « *à toutes conventions* », ce qui permet d'y inclure également les conventions conclues avec les tiers [642]. Il faut en déduire que les lettres de patronage qui contiennent des engagements de maintien de participation (inaliénabilité) ou de cession subordonnée à l'accord du créancier bénéficiaire (agrément) sont soumises aux conditions de l'article 510 [643]. Ceci en

---

[642] En ce sens : M. van der HAEGEN, « Les conventions entre actionnaires et les cessions d'actions », *Evolution récente et perspectives du droit des sociétés commerciales et de l'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1996, p. 19, n° 16 : « *Il est acquis que ces principes concernent non seulement les conventions entre actionnaires, mais aussi toutes autres conventions généralement quelconques, même avec des tiers* » ; B. FERON, "Les conventions d'actionnaires (...)", *op. cit.*, p. 680; V. SIMONART, "La contractualisation des sociétés (...)", *op. cit.*, p. 117, n° 36. I. CORBISIER, "Les conventions d'actionnaires", *Le nouveau droit belge des sociétés*, Journée d'étude U.C.L., 3 décembre 1991, p. 12, note 46. *Contra :* Th. TILQUIN, "La société privée (...)", *op. cit.*, p .734, n° 65, qui admet cependant que cela crée une distorsion vis-à-vis des tiers; D. VAN GERVEN, "De draagwijdte van de nieuwe regeling inzake overdraagbaarheidsbeperkingen", *T.R.V.*, 1992, p. 305, n° 5, alors pourtant qu'il reconnaît, à la page 309, n° 12, que la matière est d'ordre public. A noter que l'application de l'article 510 à toute convention réduisant la négociabilité des titres pourrait conduire très loin : faudrait-il en tenir compte pour une convention de mise en gage ? La pratique n'est pas en ce sens et nous n'avons pas connaissance de doctrine ou de jurisprudence disposée à pousser le raisonnement jusqu'au bout. Avis aux auteurs et aux juges audacieux...

[643] La solution a déjà été admise dans la matière des lettres de patronage, sans autre commentaire cependant : A. VERBEKE, D. BLOMMAERT, "Patronaatverklaringen", *op. cit.*, pp. 16 et 20. Dans le même sens en droit français : X. BARRE, *La lettre d'intention*, Paris, Economica, 1995, p. 193, n° 294. Voir, avant l'adoption de l'article 41, § 2 des lois coordonnées belges, M. COIPEL, *Les lettres de patronage*, *op. cit.*, p. 262, n° 376 suivant qui : "*Les clauses statutaires ou les conventions entre associés qui rendent les titres complètement non négociables ne sont donc pas licites : elles faussent le fonctionnement de la société anonyme et rendent l'actionnaire prisonnier de son titre. A fortiori, nous semble-t-il, les clauses de non négociabilité absolue conclues avec des tiers - ainsi l'engagement de maintien pur et simple de la participation en cas de lettre de patronage - ne sont-elles pas licites : l'atteinte au fonctionnement normal de la société anonyme est encore plus critiquable si elle est concertée avec des personnes étrangères à la société. Vainement invoquerait-on qu'en matière de lettres de patronage, l'inaliénabilité est limitée dans le temps. Etre prisonnier pour un temps limité et non à perpétuité, c'est malgré tout être prisonnier.*" Cette opinion n'est plus d'actualité dès lors que l'article 510 du Code des sociétés autorise expressément le contraire.

justifie l'examen [644], que nous axerons sur les particularités de la matière des lettres de patronage [645].

A. La limitation dans le temps

242.- Conformément à l'article 510 :

"*Les clauses d'inaliénabilité doivent être limitées dans le temps* (...).

Toutefois, lorsque la limitation résulte d'un clause d'agrément (...), *l'application de ces clauses ne peut aboutir à ce que l'incessibilité soit prolongée plus de 6 mois à dater de la demande d'agrément* (...)".

L'exigence est conforme au droit commun qui ne permet pas que des biens (mobiliers ou immobiliers) soient rendus totalement inaliénables [646]. Pourtant, force est de constater que, suivant la pratique des lettres de patronage dont nous avons connaissance, une limitation dans le temps ne semble que rarement prévue. Dans le but de garantir la validité (et, partant, l'efficacité) des clauses de maintien de participation ou de cession subordonnée à l'agrément du créancier bénéficiaire, les

---

[644] Ceci ne concerne en réalité que les clauses d'inaliénabilité et d'agrément. Nous n'avons pas connaissance de lettres de patronage ouvrant, dans le chef du créancier bénéficiaire, un droit de préemption sur la participation en capital de l'émetteur.

[645] Le cas échéant, il s'agirait aussi de tenir compte des dispositions du droit des sociétés en matière de cession de participation importante et d'offre publique d'acquisition. Ces questions sont cependant fort éloignées de notre sujet. A leur sujet, on consultera notamment : A. BRUYNEEL, "Les offres publiques d'acquisition", *J.T.*, 1990, pp. 141 et 165; G. KEUTGEN, G.- A. DAL, "La transparence de l'actionnariat", *J.T.*, 1989, pp. 449 à 457; R. WTTERWULGHE, *O.P.A. - L'offre publique d'acquisition, une analyse juridique*, Bruxelles, De Boeck, 2ème édition, 1998, 238 p.

[646] En ce sens, bien avant l'adoption de l'article 510 : P. VAN OMMESLAGHE, "Les conventions d'actionnaires (...)", *op. cit.*, p. 294, qui précise que la règle est d'ordre public. Elle est conforme aux articles 537 et 1598 du Code civil et aux conditions généralement retenues pour la validité des obligations *de ne pas faire. Cf. supra* n° 93.

parties à la lettre de patronage seront donc bien avisées de rencontrer cette condition [647].

Quelle durée prévoir ? A défaut de paramètre précis, on ne peut que s'en référer à la doctrine qui estime que "*La limitation dans le temps devra être raisonnable, ce qui s'analysera au cas par cas, en fonction de l'objet de la clause*" [648]. Pratiquement, aligner expressément la durée de la lettre sur celle de l'opération principale devrait dans de nombreux cas rencontrer l'exigence légale.

B. La justification par l'intérêt social

243.- Conformément à l'article 510 :

"*Les clauses d'inaliénabilité doivent* (...) *être justifiées par l'intérêt social à tout moment*".

L'examen de la conformité de la lettre de patronage à l'intérêt social a fait l'objet d'importants développements au paragraphe précédent [649]. Le contrôle qui est ici suggéré par application de l'article 510 ne peut cependant être confondu avec lui.

- Alors que c'est l'intérêt social de la société *émettrice* qui, dans notre paragraphe 2, entrait en ligne de compte, l'intérêt social ici pris en considération est celui de la société dont les titres voient leur libre négociabilité restreinte. Il s'agit de l'intérêt social de la société *patronnée*.

---

[647] A ce sujet, il paraît utile de rappeler la jurisprudence de la Cour de cassation suivant laquelle un engagement à durée déterminée renouvelable tacitement, ou pour un nombre de fois non précisé, doit être considéré comme étant stipulé sans limitation de durée : Cass., 10 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 30; Bruxelles, 28 septembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 15.

[648] B. FERON, "Les conventions d'actionnaires (...)", *op. cit.*, p. 685.

[649] *Cf. supra* n° 206 et s.

- Le contrôle de conformité à l'intérêt social de la société émettrice est *négatif* : il s'agit de vérifier dans quelle mesure la lettre de patronage ne lui est pas contraire. L'appréciation est raisonnable: seule la lettre *manifestement* contraire est sanctionnée.

  Le contrôle de conformité à l'intérêt social de la société patronnée, tel qu'imposé par l'article 510, est *positif* : la clause doit être justifiée par l'intérêt social. L'exigence semble plus forte et ne laisser que peu de place à l'appréciation [650].

- Conformément au droit commun, l'appréciation de la conformité de la lettre de patronage à l'intérêt social de la société émettrice a lieu en principe *a priori* - sans préjudice à nos précédents commentaires concernant l'exécution conforme à cet intérêt de le lettre qui n'est que de moyens [651].

  C'est une autre solution qu'impose le texte-même de l'article 510 suivant lequel toute clause d'inaliénabilité doit être justifiée par l'intérêt social (dans cette hypothèse, celui de la société patronnée) "*à tout moment*".

Au-delà de ces importantes différences, les commentaires que nous avons déjà consacrés à la notion d'intérêt social peuvent être ici renouvelés. Ceci concerne notamment le contexte de groupe susceptible d'être pris en considération comme élément d'interprétation de l'intérêt social de la société qui en fait partie. Le lecteur nous autorisera à le renvoyer à nos précédents commentaires [652].

---

[650] Cette sévérité accrue a d'ailleurs été critiquée. Voir : I. CORBISIER, "La société et ses associés", *op. cit.*, p. 145; B. FERON, "Les conventions d'actionnaires (...)", *op. cit.*, p. 688 et les références citées : "*Le législateur a donc introduit, sans raison valable et sans aucune utilité, une condition source d'une grande insécurité*".

[651] *Cf. supra* n° 219 à 223.

[652] *Cf. supra* n° 211 et s.

C. Les sanctions

244.- Conformément à l'article 551 du Code des sociétés:

"*Les conventions entre actionnaires qui sont contraires aux articles 510 et 511 sont nulles*".

La disposition ne concerne que les actionnaires, alors que nous avons vu que l'article 510 était susceptible de s'appliquer aux conventions entre actionnaires et tiers. Probablement s'agit-il d'un oubli du législateur [653] et faut-il admettre que la sanction de nullité s'applique à toute convention contraire à l'article 510, quelles qu'y soient les parties. La solution serait conforme à l'idée suivant laquelle, nonobstant les exceptions légales, la matière est restée d'ordre public [654].

La lettre de patronage contraire à l'article 510 est donc nulle de plein droit. L'affirmation devrait seulement être nuancée en ce qui concerne la clause d'agrément conduisant à une incessibilité prolongée plus de six mois à dater de la demande d'agrément. Dans cette hypothèse, l'article 510 *in fine* prévoit lui-même la sanction en stipulant que lorsqu'une telle clause prévoit un délai supérieur à six mois, "*Celui-ci est de plein droit réduit à six mois*".

245.- Indépendamment de ce qui précède il convient de s'interroger sur les droits des tiers, acquéreurs des titres de la société patronnée au mépris de la lettre contenant un engagement de maintien de participation ou de cession subordonnée à l'avertissement ou l'accord du créancier bénéficiaire :

---

[653] En ce sens : B. FERON, "Les conventions d'actionnaires (...)", *op. cit.*, p. 691.

[654] *Cf. supra* n° 241.

- Si, par application de ce qui précède, la lettre de patronage est nulle, aucun problème ne se pose : la nullité de la clause ne peut que consolider les droits acquis par le tiers [655].

- Si, au contraire, la lettre doit être tenue pour valable, force est en tout cas de constater que le tiers n'y était pas partie : ses droits ne sauraient être remis en cause pour un motif qui lui est étranger [656]. C'est l'application du principe de l'effet relatif des conventions, qui ne connaît pour exceptions que les règles de la fraude et de la tierce complicité. Nous avons déjà eu l'occasion d'aborder cette question à propos des garanties négatives, ce que sont effectivement les clauses d'inaliénabilité et d'agrément. Nous renvoyons le lecteur à nos précédents commentaires [657].

246.- Au moment de nous interroger sur la validité de la lettre de patronage, nous devons constater que l'application des règles spécifiques du droit des sociétés en matière de négociabilité des titres a pour effet de multiplier les aléas entourant cette forme de garantie lorsqu'elle concerne la participation de l'émetteur dans le capital de la société patronnée. La sévérité des conditions (et particulièrement une justification par l'intérêt social de la société patronnée à tout moment), la gravité de la sanction entre parties (une nullité de plein droit) et sa relativité à l'égard des tiers (sauf fraude ou tierce complicité), font que cette catégorie de lettres n'offre, comme telle, qu'une

---

[655] Le cas échéant, le créancier bénéficiaire de la lettre de patronage peut invoquer la responsabilité de l'émetteur, en faute d'avoir émis une lettre atteinte d'un vice de nullité. Si celui-ci résulte de la loi (exemple : absence de limitation dans le temps), le créancier est cependant lui aussi en faute de l'avoir acceptée. En outre, peut-on reprocher à l'émetteur la stipulation d'une clause qui cesserait d'être justifiée par l'intérêt social de la société patronnée (la clause, valable lors de son émission, a cessé de l'être) ? La mise en œuvre de cette responsabilité sera donc malaisée.

[656] Dans ce cas, le créancier bénéficiaire pourra invoquer la responsabilité contractuelle de l'émetteur, en faute de n'avoir pas respecté ses engagements résultant de la lettre. Mais la réparation ne pourra probablement avoir lieu que par équivalent.

[657] *Cf. supra* n° 96 à 100. Sur cette question, on consultera également B. FERON, "Les conventions d'actionnaires (...)", *op. cit.*, p. 691 et les références citées.

sécurité relative au créancier bénéficiaire. Pourtant, les clauses en ce sens sont très fréquentes : c'est que, tant que leur nullité ne peut être constatée ou leur violation consommée, elles sont indispensables aux effets pouvant être reconnus à d'autres clauses, et notamment celles qui ont trait à la gestion de la société patronnée.

247.- Les risques évoqués sont ceux qui s'attachent à toute convention d'actionnaires portant sur la négociabilité de titres et, de manière plus générale encore, à toute garantie négative. Ils ne sont donc pas exorbitants du droit commun. A notre sens, le créancier bénéficiaire dispose aussi de moyens d'anticiper ou d'atténuer le préjudice éventuel :

- Concernant la lettre de patronage

Au blocage pur et simple de la participation, le créancier bénéficiaire préfèrera la clause qui subordonne la cession de la participation à son accord et à la fourniture d'une nouvelle garantie (mieux vaut la préciser). Il réduira ainsi les risques d'une cession réalisée à son insu (l'émetteur aura peut-être cherché à obtenir son accord). Même si la voie de fait est réalisée, il disposera d'emblée du titre lui permettant d'exiger une nouvelle garantie.

- Concernant l'opération principale

Le créancier bénéficiaire sera bien inspiré de préciser que toute cession de la participation réalisée sans son accord entraînera d'office l'exigibilité immédiate des obligations de la société patronnée [658].

Ces conseils paraissent de nature à rencontrer les risques évoqués. En pratique, ces derniers ne semblent d'ailleurs susciter aucun contentieux [659].

---

[658] La pratique bancaire confirme que le conseil est déjà largement suivi.

[659] La jurisprudence dont nous avons pu prendre connaissance n'en fait pas mention.

3. LA LIBERTE DU VOTE (ART. 551 C. SOC.)

248.- Parmi les diverses lettres de patronage, on relève la catégorie de celles ont qui trait à la gestion de l'émetteur ou de la société patronnée, que ce soit par une déclaration sur la politique passée ou présente du groupe, de l'émetteur ou de la société patronnée, voire un engagement dans le même sens pour l'avenir, ou par une obligation d'assurer une assistance ou un contrôle sur la gestion de la société patronnée, avec ou sans mention du résultat à atteindre. De même, on remarque la catégorie des lettres de patronage par lesquelles l'émetteur s'engage à veiller à la bonne structure financière de la société patronnée, par un moyen précisé ou non (apport en capital, prêt, engagement de subordination ou tout autre moyen), avec ou sans mention du résultat à atteindre. Les lettres de patronage de ce type, dès lors qu'elles ont pour effet de créer un véritable engagement juridique [660], peuvent restreindre la liberté de vote de l'émetteur en sa qualité d'actionnaire de la société patronnée.

249.- La conception traditionnelle est de sanctionner de nullité la convention par laquelle un actionnaire renonce à sa liberté de vote en assemblée générale. Depuis longtemps, doctrine et jurisprudence acceptent cependant de tempérer une condamnation absolue de la convention de vote [661]. C'est cette tendance que consacre l'arrêt de la Cour de cassation du 13 avril 1989, déjà évoqué lors de notre examen de la capacité de la personne morale [662]. La Cour y admet la licéité d'une convention de vote (en l'espèce, un legs conditionnel permettant au légataire d'imposer à l'actionnaire majoritaire d'une société anonyme de voter en faveur de son élection aux fonctions rémunérées d'administrateur) dès lors qu'elle ne prive pas

---

[660] On devrait en effet écarter les hypothèses où la lettre est simplement informative ou ne contient qu'un engagement moral.

[661] Voir l'état de la question par J.M. NELISSEN-GRADE, "De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales", *op. cit.*, pp. 217 et s. Pour une critique de la conception traditionnelle, voir également P. VAN OMMESLAGHE, "Les conventions d'actionnaires en droit belge", *op. cit.*, pp. 309 et s.

l'actionnaire du droit de participer aux décisions sociales, est conforme à l'intérêt de la société et exempte de toute idée de fraude.

En annotation de cet arrêt, NELISSEN-GRADE indiquait que lui paraissait nulle la convention par laquelle un actionnaire s'engagerait pour une durée illimitée à voter dans le sens indiqué par un tiers : "*C'est le type même d'engagement général et permanent que la Cour de cassation juge illicite*" [663]. N'est-ce pas précisément le risque d'une lettre de patronage ?

250.- L'article 551 du Code des sociétés (introduit dans sa dernière version par la loi du 13 avril 1995, alors article 74ter des l.c.s.c.) va également en ce sens en énonçant les conditions auxquelles "*L'exercice du droit de vote peut faire l'objet de conventions entre actionnaires*". Contrairement à l'article 510 relatif aux conventions qui portent atteinte à la libre négociabilité des titres, l'article 551 ne mentionne pas qu'il s'applique à toutes conventions. Le libellé de son §1er semble au contraire limiter son champ d'application aux seules "*conventions entre actionnaires*".

Nous avons exposé au point 1 ci-dessus les motifs d'étendre la réglementation des conventions d'actionnaires - au sens large - aux conventions conclues avec les tiers [664]. Concernant plus particulièrement la liberté du vote, il apparaît que, par l'adoption de l'article 74ter - devenu l'article 551 - le législateur a entendu donner une consécration légale à l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 avril 1989. Or, il ne fait pas de doute qu'en y précisant les conditions de licéité des conventions de vote, la Cour de cassation n'a pas distingué suivant qu'elles étaient conclues exclusivement entre actionnaires ou impliquaient également des tiers [665].

---

[662] Cass., 13 avril 1989, *Pas*, 1989, I, p. 825.

[663] J.M. NELISSEN-GRADE, "De la validité et de l'exécution de la convention de vote (...)", *op. cit.*, p. 228, n° 25.

[664] *Cf. supra* n° 239 - 240.

[665] Voir d'ailleurs l'annotation de NELISSEN-GRADE reprise ci-dessus. L'auteur envisage précisément l'engagement de voter dans le sens indiqué par un tiers.

Exclure les conventions entre actionnaires et tiers du champ d'application de l'article 551 n'aurait pas pour effet de les affranchir des exigences de l'arrêt du 13 avril 1989 qui pose des conditions de licéité fort proches de celles de la disposition légale. Nous doutons que de telles nuances soient justifiées [666]. Enfin, l'alinéa 3 de l'article 551, §1er précise que sont nulles :

> "*2° les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage à voter conformément aux directives données par la société, par une filiale ou encore par l'un des organes de ces sociétés;*
>
> *3° les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage envers les mêmes sociétés ou les mêmes organes à approuver les propositions émanant des organes de la société*".

L'engagement d'un actionnaire envers la société, une filiale, ou l'un de leurs organes, n'est pas une "*convention entre actionnaires*" au sens strict. Nous y voyons un indice supplémentaire de ce que l'article 551 devrait s'appliquer à toute convention limitant la liberté du vote de l'actionnaire, même lorsque la convention n'est pas stipulée entre actionnaires exclusivement [667].

251.- Puisque notre propos est ici de mettre en évidence les éléments susceptibles de conforter la validité des lettres de patronage, il nous semble prudent de tenir compte de l'article 551 pour apprécier la validité des lettres qui restreignent la liberté de vote de l'émetteur, en sa qualité d'actionnaire. A l'appui de cette solution de prudence, on peut d'ailleurs invoquer le droit néerlandais qui retient trois catégories

---

[666] Ainsi, la convention de vote entre actionnaires devrait être "*justifiée par l'intérêt social à tout moment*" alors que celle conclue avec le tiers devrait seulement être "*conforme à l'intérêt de la société*". Les conditions de l'article 551 sont examinées ci-après.

[667] Et que penser de la convention entre actionnaire et *futur* actionnaire ? Au moment de la convention, ce dernier est *tiers* (en effet, il n'a pas encore acheté les actions) ce qui ne semble pourtant pas faire obstacle à la nécessité de prendre en compte *dès ce moment* les exigences légales. Voir les commentaires de K. GEENS, M. DENEF, F. HELLEMANS, R. TAS, J. VANANROYE, « Vennootschappen - overzicht van rechtspraak 1992-1998 », *T.P.R.*, 2000, p. 359, n° 331.

de conventions de vote suivant qu'elles sont conclues entre entre actionnaires exclusivement, entre actionnaires et la société ou entre actionnaires et des tiers [668]. Dans ce derniers cas, le droit néerlandais [669] ne retient pas la seule circonstance que la convention de vote aurait été conclue avec un tiers pour la soustraire de la réglementation mise en place.

En notre matière, la prudence paraît d'autant plus justifiée que la lettre peut résulter d'une déclaration unilatérale de volonté de l'émetteur : ce qu'il ne pourrait convenir avec un autre actionnaire, il ne devrait pas pouvoir s'y engager seul. Nous procédons ci-après à un examen de l'article 551 en y insistant sur les particularités de notre sujet.

A. La limitation dans le temps

252.- Conformément à l'article 551, §1er :

"L'exercice du droit de vote peut faire l'objet de conventions entre actionnaires.

Ces conventions doivent être limitées dans le temps (...)".

---

668 En ce sens : M. KOELEMEIJER, *Kapitaalvennootschappen - Beschouwingen rond aandeelhouders en bestuurders in rechtsvergelijkend perspectief*, Kluwer, Deventer, 1999, pp. 134 et 140.

669 En réalité les juges car, suivant nos recherches, la réglementation des conventions de vote ne fait pas l'objet de dispositions spécifiques mais est essentiellement l'œuvre de la jurisprudence. Pour un résumé de celle-ci, voir notamment J.B. HUIZINK, C.A. SCHWARZ, L. TIMMERMAN, *Rechtspersonen,* Titel 4. « Naamloze vennootschappen », Kluwer, Band 2, afdeling 4. En l'absence de dispositions spécifiques, les conditions de validité des conventions de vote sont fixées suivant les normes de la raison et de l'équité. Voir cependant les commentaires de J.M. BLANCO FERNANDEZ, « Vennootschpasrechtelijke werking van stemovereenkomsten », *Ondernemingsrecht,* 1999, p. 149 suivant qui : « *Het enkele beroep op de panacee van de redelijkheid en billijkheid geeft in werkelijkheid geen verklaring.* »

La condition est identique à celle que l'article 510, alinéa 2 pose pour la validité des clauses d'inaliénabilité, déjà examinée. Le lecteur nous autorisera à le renvoyer ici à nos précédents commentaires [670].

B. La justification par l'intérêt social

253.- Conformément à l'article 551, §1er :

"Ces conventions doivent être (...) justifiées par l'intérêt social à tout moment".

Ici aussi, le texte est identique à celui de l'article 510. Nous ne pouvons cependant nous contenter de faire référence à nos précédentes remarques. En effet, alors que l'article 551, §1er, alinéa 2 impose la justification par l'intérêt social à tout moment, son alinéa 3, 1° précise :

"Toutefois, sont nulles :

1° les conventions qui sont contraires aux dispositions du présent Code ou à l'intérêt social".

Le législateur semble ainsi suggérer l'application cumulative des appréciations positive (justification) et négative (absence de contrariété) de l'intérêt social [671]. La

---

[670] *Cf. supra* n° 242. En ce qui concerne les conventions de vote, voir les particularités du droit français qui semble admettre les conventions de vote à durée indéterminée, résiliables unilatéralement à tout moment. Comme le rélève la doctrine : « *Mais, bien entendu, dans ce cas, elles ne remplissent plus l'office attendu puisque toute partie peut s'en retirer à son gré* » ; Mémento Francis Lefebvre, *Groupes de sociétés 2000-2001*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2000, p. 235, n° 2856.

coexistence de ces deux textes a de quoi rendre perplexe Elle trouve probablement son origine dans un manque de coordination, l'alinéa 3 (datant de la réforme du 18 juillet 1991) n'ayant pas été adapté lors de la nouvelle formulation de l'alinéa 2 (adopté lors de la loi du 13 avril 1995). Devant ce qui apparaît comme un manifeste défaut de rédaction - non corrigé dans le Code des sociétés [672]- les réactions de la doctrine sont généralement de considérer que la justification (positive) par l'intérêt social de l'alinéa 2 ne peut être qu'une simple répétition de la condition figurant à l'alinéa 3, 1° [673], ou en tout cas de proposer de n'interpréter l'alinéa 2 qu'en ce sens [674].

Il n'entre pas dans nos intentions de participer au travail d'exégèse entamé par la doctrine à la suite du malheureux texte de l'article 551. Outre le fait que ceci nous éloignerait beaucoup de la matière des lettres de patronage, notre propos est ailleurs puisqu'il vise avant tout à écarter ce qui pourrait mettre en péril la validité de la garantie. Dans cette perspective, nous devons prendre note du texte de l'article 551, aussi critiquable qu'il soit. La condition qu'il pose quant à la justification (positive) par l'intérêt social étant plus sévère que la simple absence de contrariété, les parties à la lettre de patronage chercheront à rencontrer cette exigence accrue. Ceci leur permettra (dans la mesure du possible) de réduire le risque que la validité de leur garantie ne soit ultérieurement remise en cause.

---

[671] Nous avons déjà évoqué cette distinction. *Cf. supra* n° 243.

[672] Voir aussi G. KEUTGEN, Y. DE CORDT, « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », *Mélanges offerts à E. CEREXHE,* Bruxelles, Larcier , 1997, p. 207, n° 18, suivant qui « *Le législateur eût été mieux inspiré en se référant à la notion de bonne foi plutôt qu'à celle, indécise et tentaculaire, d'intérêt social (...)* » .

[673] En ce sens : B. FERON, "Les conventions d'actionnaires (...)", *op. cit.,* p. 699.

[674] I. CORBISIER, "La société et ses associés", *op. cit.,* p .180, n° 16.3, qui souligne opportunément que "*La réquisition d'une justification positive par l'intérêt social revient à procéder du postulat inexact d'une nature purement fonctionnelle du droit de vote de l'associé*". Quant à l'explication proposée de l'article 551,§1er, alinéa 2, soit une prétendue analogie entre les pactes de votation et les conventions d'inaliénabilité, cet auteur rappelle à juste titre "*Qu'il n'existe pas d'analogie entre les deux mécanismes contractuels*".

254.- En complément de ce qui précède, l'examen, sous l'angle de l'intérêt social, de la validité des lettres qui portent atteinte à la liberté de vote de l'actionnaire, nous permet d'insister sur le fait qu'en aucun cas ces lettres ne peuvent engager leur émetteur en qualité d'*administrateur*. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner la nature en principe strictement fonctionnelle du droit de vote de ce dernier [675]. C'est elle qui justifie la conception traditionnelle suivant laquelle toute convention de vote liant le conseil d'administration doit être tenue pour illicite et nulle. Comme l'exprime NELISSEN-GRADE, "*Le droit de vote de l'administrateur est en effet un droit-fonction qui doit être exercé dans l'intérêt exclusif de la société. Toute stipulation ou convention qui tendrait à supprimer ou restreindre la liberté d'appréciation des administrateurs aux délibérations du conseil serait donc frappée de nullité*" [676].

La nuance est souvent perdue de vue. Dans la matière des lettres de patronage, elle signifie que le créancier bénéficiaire n'est en principe pas autorisé à y puiser un droit à l'égard de l'émetteur en sa qualité d'administrateur de la société patronnée. Dans le souci d'éviter que la validité de la lettre ne puisse ultérieurement être mise en cause, émetteur et créancier seront bien avisés d'éviter la stipulation d'une obligation en ce sens. Très utilement, ils souligneront les fonctions spécialement dévolues aux actionnaires dans la mise en œuvre des garanties offertes, et leur justification par l'intérêt social de la société patronnée. Les mentions en ce sens pourront être insérées dans la lettre elle-même, ou à tout le moins dans le procès-verbal de la décision de l'émettre.

---

[675] *Cf. supra* n° 188 et 208.

[676] J-M. NELISSEN-GRADE, "De la validité et de l'exécution de la convention de vote (...)", *op. cit.*, p. 249, n° 60. Dans le même sens : P. VAN OMMESLAGHE, "Les conventions d'actionnaires en droit belge", *op. cit.*, p. 314 ; M. van der HAEGEN, « Les conventions entre actionnaires et les cessions d'actions », *op.cit.*, p. 33, n° 33.

C. Les conditions supplémentaires

255.- En complément des conditions reprises aux points A et B ci-dessus, l'article 551, §1er, alinéa 3 stipule (pour rappel) :

> "*Toutefois, sont nulles :*
>
> *1° les conventions qui sont contraires aux dispositions du présent Code ou à l'intérêt social;*
> *2° les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage à voter conformément aux directives données par la société, par une filiale ou encore par l'un des organes de ces sociétés;*
> *3° les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage envers les mêmes sociétés ou les mêmes organes à approuver les propositions émanant des organes de la société."*

Suivant cette disposition, certaines clauses même limitées dans le temps et justifiées par l'intérêt social à tout moment, restent inacceptables. Ces conditions ont déjà été évoquées ci-dessus [677]. On ne relève aucune particularité de notre matière pour leur examen. Nous le limitons donc à la seule référence au texte légal, dans le souci d'être complet.

D. Les sanctions

256.- Conformément à l'article 551, §1er, *alinéa 3* cité au point C qui précède, la sanction prévue est la nullité. La référence aux dispositions "*du présent Code*" permet d'étendre la sanction de nullité à toute convention de vote qui ne respecte pas le Code des sociétés, en ce compris la règle de l'article 551, §1, *alinéa 2* suivant laquelle les conventions doivent être limitées dans le temps et justifiées par l'intérêt social à

---

[677] *Cf. supra* n° 250 et 253.

tout moment. A noter que, même si on refusait d'étendre l'application de l'article 551 aux conventions entre actionnaires et tiers [678], il faudrait s'en remettre aux solutions proposées par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 avril 1989 [679], lequel n'envisage lui aussi que la sanction de nullité. Cette dernière ne semble dès lors faire aucun doute.

257.- Au moment d'examiner les règles applicables aux lettres de patronage portant atteinte à la libre négociabilité des titres, nous avons mis l'accent sur le principe de l'effet relatif des conventions qui conduit lui-même à la relativité des sanctions applicables [680]. En matière de liberté du vote, la conclusion est bien différente. Suivant l'article 551, § 3, les votes émis en vertu d'une convention nulle, sont nuls : *"Ces votes entraînent la nullité des décisions prises à moins qu'ils n'aient eu aucune incidence sur la validité du vote intervenu. L'action en nullité se prescrit six mois après le vote"*.

258.- Faut-il tenir compte ici de l'article 64 du Code des sociétés qui énumère, suivant les travaux préparatoires de manière limitative [681], les causes de nullité des décisions d'assemblée générale ? Parmi celles-ci figure au 3° l'excès ou le détournement de pouvoir. HORSMANS remarque que le caractère relativement imprécis de la disposition permettrait à la jurisprudence et à la doctrine de *"Poursuivre leurs analyses du contenu de ces théories et des conditions auxquelles il s'impose de les soumettre"* [682]. Et en effet, il existe de la doctrine qui considère que l'actionnaire qui ne respecte pas une convention de vote, se rend coupable d'un excès de pouvoir pouvant être sanctionné de nullité au sens de l'article 64 [683].

---

[678] La question a été discutée ci-dessus. *Cf. supra* n° 241 et note.

[679] *Cf. supra* n° 249.

[680] *Cf. supra* n° 245 - 246.

[681] Ch.Représ, Sess. ordinaire 1989-1990, n° 1214/1, pp. 33 et 88.

[682] G. HORSMANS, "Les nullités et les sanctions", *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, Academia, Louvain-La-Neuve, 1994, p. 245, n° 52.

[683] L. VAN CANEGHEM, "L'exécution forcée (...)", *op. cit.*, p. 48.

Nous ne sommes que peu convaincu par cette interprétation qui nous semble forcer la notion d'excès de pouvoir, certainement si on l'applique à la convention conclue entre un actionnaire et un tiers [684]. Nous préférons nous en référer au seul texte de l'article 551, § 3 suivant lequel la nullité du vote (conséquence de celle de la convention) est susceptible d'entraîner celle de la décision. Ecarter l'application de l'article 64 de cette hypothèse précise empêche le jeu de l'article 180 du Code des sociétés, en vertu duquel *"Lorsque la nullité est de nature à porter atteinte aux droits acquis de bonne foi par un tiers à l'égard de la société sur la base de la décision de l'assemblée, le tribunal peut déclarer sans effet la nullité à l'égard de ces droits, sous réserve du droit du demandeur à des dommages-intérêts s'il y a lieu."* La réserve ne devrait donc pas pouvoir être invoquée en notre matière, particulièrement par le bénéficiaire de la lettre de patronage quelle que soit la bonne foi qu'il pourrait démontrer.

De ce qui précède, il apparaît que la nullité de la lettre de patronage qui contient un engagement de vote illicite ne peut être couverte, ni en ce qui concerne son émission (la convention) ni en ce qui concerne ses conséquences (le vote et la décision sur laquelle il a eu une incidence).

259.- En revanche, lorsque la clause limitant la liberté de vote est valable, son bénéficiaire apparaît adéquatement protégé. Doctrine et jurisprudence s'accordent en effet pour l'application en la matière du principe de l'exécution forcée en nature [685], à tout le moins lorsque l'objet de l'obligation est suffisamment précisé [686]. Ils étendent l'exécution forcée non seulement au débiteur de l'obligation (en

---

[684] A noter que l'usage de la notion de détournement de pouvoir à l'article 64, 3° peut également surprendre dès lors que, comme déjà souligné, les droits de l'actionnaire ne sont pas seulement fonction mais aussi prérogative. Suivant les considérations du Conseil d'Etat citées par HORMANS, "Les nullités et les sanctions", *op. cit.*, p. 245, n° 52, le détournement de pouvoir désigne l'irrégularité d'une décision d'assemblée générale quant à son *but*, tandis que l'excès de pouvoir désigne une irrégularité quant à son *objet*, à la suite d'une violation de la loi ou des statuts.

[685] L. VAN CANEGHEM, "L'exécution forcée (...)", *op. cit., R.P.S.*, 1996, pp. 36 et s.

[686] J-M. NELISSEN-GRADE, "De la validité et de l'exécution de la convention de vote (...)", *op. cit.*, p. 252, n° 64.

matière de patronage, ce serait l'émetteur de la lettre, en sa qualité d'actionnaire) mais aussi à la société qui ne peut prétendre être étrangère à l'engagement de son actionnaire puisqu'elle n'agit que par ses organes [687] (ce serait la société patronnée dont l'émetteur serait actionnaire).

260.- Même si, pour des motifs étrangers à la lettre, la validité des décisions d'assemblée générale de la société patronnée devait être critiquée sur pied de l'article 64 du Code des sociétés, le bénéficiaire de la lettre aurait ici la possibilité de se prévaloir de la réserve de l'article 180, déjà examinée [688]. A notre sens, sa bonne foi (condition nécessaire à l'application de cette disposition) serait démontrée à suffisance par la validité de l'engagement de vote lui-même.

261.- En conclusion, il faut relever la rigueur des sanctions frappant les engagements de vote illicites : les nullités en cascade (celles de la convention, du vote et de la décision) leur suppriment tout effet. Pour autant que de besoin, ceci ne peut que légitimer la prudence qui nous avait suggéré d'apprécier la validité des lettres de patronage par référence aux conditions de l'article 551 du Code des sociétés.

Par contre, lorsque l'engagement de vote est licite, la protection de son bénéficiaire est bien assurée. La conclusion peut être transposée à la matière des lettres de patronage. Dès lors que les conditions ci-dessus sont respectées, les lettres qui ont pour objet de lier la liberté de vote des actionnaires de la société patronnée sont incontestablement des moyens de garantie efficaces. Les praticiens du droit ne s'y trompent d'ailleurs pas en recourant fréquemment à ce type d'engagement. Par

---

[687] *Ibidem*, p. 256, n° 71; B. FERON, "Les conventions d'actionnaires (...)", *op. cit.*, p. 701. Pour VAN CANEGHEM, "L'exécution forcée (...)", *op. cit.*, pp. 38 à 45, l'opposabilité à la société de la convention de vote (précisément de ses effets externes) permet au tribunal, non seulement d'annuler une décision de l'assemblée générale, mais aussi de prendre une décision qui s'y substitue.

[688] *Cf. supra* n° 258.

l'identification de leurs conditions de validité et de leurs sanctions, nos commentaires devraient leur permettre de consolider les lettres de patronage en ce sens.

262.- Au moment de clore ce chapitre consacré aux conditions de validité de la lettre de patronage, l'examen de la réglementation des conventions d'actionnaires nous a permis de constater que certaines lettres connaissent des restrictions que ne connaissent pas les autres sûretés personnelles. Ceci rappelle seulement que la lettre de patronage permet d'agir en des matières (la participation dans le capital de la société patronnée ; les décisions de son assemblée générale) où les contrats de cautionnement et de garantie autonome sont totalement inopérants. Les conditions de validité supplémentaires (non exorbitantes du droit commun) ne sont que les conséquences naturelles d'un domaine d'action élargi. Dès lors que sont démontrées la validité et l'efficacité des lettres de patronage ayant un tel objet, nos commentaires tracent le cadre de nouvelles hypothèses où il y aurait peut-être des motifs de les préférer aux autres sûretés. C'est bien une des idées-forces de notre travail.

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE:

- Sociétés - généralités

BENOIT-MOURY, A., " Conceptions nouvelles dans l'élaboration d'un droit des sociétés", *R.P.S.*, 1994, pp. 321 à 340.

CLEEREN, F., "Het orgaan van dagelijks bestuur", *R.W.*, 1996-1997, pp. 209 à 220.

COIPEL, M., "Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales", *Répertoire Notarial*, t. XII, L. II, Bruxelles, Larcier, 1993, 303 p.

DE WOLF, P., "Le Conseil d'administration: répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux", *J.T.*, 1998, pp.217 à 224.

GEELHAND, N., "De externe vertegenwoordigingsmacht van de organen van de vennootschap (art. 54, lid 3 en 130 , lid 3 venn.w.)", *T.R.V.*, 1994, pp. 63 à 84.

GOLDENBERG, Ph., *Guide to Company Law*, CCH New Law, 1999, 385 p.

HUIZINK, J.B., SCHWARZ, C.A., TIMMERMAN, L., *Rechtspersonen*, Titel 4. « Naamloze vennootschappen », Kluwer (ouvrage sur feuillets mobiles).

KEUTGEN, G., ANDRE-DUMONT, A.-P., « La société et son fonctionnement », *Droit de sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995*, Centre d'études Jean Renauld, Bruxelles, Bruyant, 1995, pp. 247 à 286.

KOELEMEIJER, M., *Kapitaalvennootschappen - Beschouwingen rond aandeelhouders en bestuurders in rechtsvergelijkend perspectief*, Kluwer, Deventer, 1999, 391 p.

LAGA, H., "De vertegenwoordiging van een vennootschap bij de uitoefening van een bestuursmandaat", *T.R.V.*, 1993, pp. 313 à 319.

SIMONART, V., "La contractualisation des sociétés, ou les aménagements contractuels des mécanismes sociétaires", *R.P.S.*, 1995, pp.75 à 130.

TILQUIN, Th., "La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes", *R.D.C.*, 1993, pp. 92 à 154; 708 à 793.

VAN RIJN, J., *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, 549 p.

VOLHARD, R., STENGEL, A., éd., *German Limited Liability Company,* Chichester, John Wiley & sons, 1997, 468 p.

- **Objet social et intérêt social**

BENOIT - MOURY, A., "Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social", note sous Cass., 12 novembre 1987, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 387 à 419.

BOUCKAERT, F., "Wettelijk specialiteitsbeginsel en doeloverschrijving", note sous Cass., 13 avril 1989, T.R.V., 1989, pp. 330 à 332.

FRANCOIS, A., *Het vennootschapsbelang in het belgische vennootschapsrecht. Inhoud & Gronslagen*, thèse, Antwerpen Groningen, INTERSENTIA Rechtswetenschappen, 1999, 795 p.

FRANCOIS, A., "Het wankele evenwicht tussen vennootschaps- en groepsbelang", *T.R.V.*, 1994, pp. 221 à 238.

FREYRIA, Ch., CLARA, J., « De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés », *J.C.P.*, Ed. E, 1993, n° 247, pp. 247 à 257.

HEENEN, J., "L'intérêt social", *Liber amicorum P. DE VROEDE*, Bruxelles, Kluwer, 1994, pp. 889 à 899.

LIEFSOENS, L., "Kan een wederpartij het doeloverschrijdend karakter inroepen van een handeling verricht door een orgaan namens een NV of een BVBA?", note sous Cass., 12 novembre 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 108 à 110.

MAQUET, S., DUPONT, C ., « Au cœur de la société, son objet social », *Le droit des sociétés - aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruyant, 1999, pp. 219 à 268.

MARECHAL, M., "Sur l'abus de majorité dans les groupes de sociétés", obs. sous Bruxelles, 9 octobre 1984, *R.P.S.*,1986, pp. 55 à 61.

THIRION, N., "Délocalisation d'une division de l'entreprise et intérêt social", *R.P.S.*, 1996, pp. 60 à 90.

van den INGH, F.J.P., « Intra-groepstransacties en de positie van minderheidsaandeelhouders », *N.V.*, 1994, pp. 15 à 23.

- **Conventions d'actionnaires**

BLANCO FERNANDEZ, J.M., « Vennootschpasrechtelijke werking van stemovereenkomsten », *Ondernemingsrecht*, 1999, pp. 148 à 151.

CORBISIER, I., "La société et ses associés", *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Bruylant, Academia, Louvain-la -Neuve, 1995, pp. 105 à 245.

FERON, B., "Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995", *R.D.C.*, 1996, pp. 674 à 709.

GEENS, K., "Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme", *R.P.S.*, 1989, pp. 323 à 342.

MATRAY, D., "Conventions d'actionnaires et dispositions statutaires. Quelques brèves observations", *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 525 à 550.

NELISSEN GRADE, J. M., "De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales", note sous Cass., 1ère ch., 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 229 à 257.

RALET, O., "Les conventions d'actionnaires", *DAOR*, 1987/4, pp. 369 à 380.

VAN CANEGHEM, L., "L'exécution forcée en nature des conventions de vote dans la société anonyme", *R.P.S.*, 1996, pp. 31 à 59.

van der HAEGEN, M., "Les conventions entre actionnaires et les cessions d'actions", *Evolution récente et perspectives du droit des sociétés commerciales et de l'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1996, pp. 5 à 43.

VAN GERVEN, D., "De draagwijdte van de nieuwe regeling inzake overdraagbaarheidsbeperkingen", *T.R.V.*, 1992, pp. 302 à 310.

VAN OMMESLAGHE, P., "Les conventions d'actionnaires en droit belge", *R.P.S.*, 1989, p. 289 à 322.

WEYTS, L., "De redactie van de aandeelhoudersovereenkomst", *Liber amicorum J. RONSE*, Bruxelles, E. Story-Scienta, 1986, pp. 413 à 431.

CHAPITRE 6 – LA LETTRE DE PATRONAGE ET LES AUTRES TEMPERAMENTS AU PRINCIPE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE DISTINCTE

SOMMAIRE :

La lettre de patronage est un tempérament *conventionnel* au principe de la personnalité juridique distincte des sociétés faisant partie d'un groupe. Il s'agit d'étudier ses effets sur les tempéraments *jurisprudentiels* au même principe : la responsabilité des fondateurs, des administrateurs, du dispensateur de crédit et, accessoirement, l'extension de faillite. En préambule, nous examinons les qualités de l'émetteur de la lettre que l'information sur la situation du débiteur, le professionnalisme et l'intérêt à la dette garantie caractérisent le plus souvent.

A l'égard des tiers, il apparaît que la lettre de patronage ne représente qu'un faible accroissement des risques liés aux tempéraments jurisprudentiels précités. Tout au plus faut-il constater que, dans certaines hypothèses, son incidence correspond à celle de toute sûreté et, au maximum, à celle d'un cautionnement.

A l'égard du créancier bénéficiaire, la lettre de patronage est le moyen de *formaliser* les obligations de l'émetteur. A ce titre, elle est susceptible d'écarter les effets de l'apparence. La lettre est aussi le moyen de *fixer* les obligations de l'émetteur. Par application des règles qui interdisent le cumul des responsabilités, celle de l'émetteur serait contractualisée. Dans ce cadre, la lettre pourrait aussi être un moyen de *limiter* les obligations de l'émetteur.

En raison de ses effets, non seulement dans le domaine contractuel mais aussi sur le plan extra-contractuel, la lettre de patronage tend ainsi à fixer l'intégralité des droits et des devoirs de l'émetteur à l'égard du créancier bénéficiaire : s'étant expressément engagé jusqu'à un certain point, l'émetteur peut valablement prétendre ne pas être tenu au-delà.

§ 1. LA PERSONNALITE JURIDIQUE DISTINCTE

1. CONSIDERATIONS GENERALES

A. Le principe

263.- Le groupe de sociétés a déjà fait l'objet de nombreuses définitions [689]. Elles ont en commun de mettre l'accent sur la centralisation - des objectifs, des décisions ou des moyens, que le groupe repose sur des liens structurels (participations en capital donnant le contrôle) ou contractuels (contrats d'union ou d'intégration réalisant la direction unique) [690]. Malgré la centralisation qui le caractérise, le groupe

---

[689] On les retrouvera dans les références reprises dans la bibliographie choisie, sous le V° Groupes de sociétés, en fin de ce chapitre.

[690] On remarquera les nouvelles dispositions du Code des sociétés qui, sans définir le groupe lui-même, définit, d'une part, la *« société mère »* et la *« filiale »* par référence au pouvoir de contrôle (article 6 renvoyant à l'article 5 et ses présomptions), et, d'autre part, le *« consortium »* par référence à la direction unique (article 10 et ses présomptions). Il s'agit là des deux types de groupes de sociétés pris en compte, comme le confirme la définition des *« petits groupes »* de l'article 16. A comparer avec la définition beaucoup plus simple de l'article 2 : 24b du *NBW* néerlandais: *« Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden »*. Sur le phénomène de la formation des groupes de sociétés en général, voir : G. KEUTGEN, *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE*, Bruxelles, Bruyant, Louvain, Vander, 1973, pp. 3 et s. ; J. VAN RIJN, "Les méthodes de groupement des sociétés en

n'a pas la personnalité juridique et le principe reste celui de la personnalité juridique distincte des sociétés qui le composent, *« Sans qu'il faille déduire des liens économiques unissant ces sociétés une disparition de leur identité juridique propre »* [691]. Pour KEUTGEN, ce sont précisément les particularités du groupe, en tant que technique de concentration des sociétés, que de réunir « *Le maintien de la personnalité juridique propre des sociétés et leur subordination à une direction unique qui oriente l'activité économique des sociétés groupées »* [692].

Le principe de la personnalité juridique distincte des sociétés n'a cependant rien d'absolu. HANNOUN relève à cet égard que "*L'autonomie des sociétés n'est admise que dans la mesure du but assigné à la règle qui l'exprime*" [693]. Sans faire du groupe de sociétés un nouveau sujet de droit [694], il propose d'ailleurs une théorie – celle de la *transparence* – pour tenter d'expliquer la prise en compte par le droit et les juges de la réalité économique des groupes de sociétés. Les tempéraments au principe de la personnalité juridique distincte peuvent être rangés dans deux catégories suivant qu'ils sont d'origine légale ou jurisprudentielle. Dans le premier cas, la loi attache certaines conséquences juridiques au regroupement des sociétés alors que, dans le second, ce sont les juges qui appliquent au groupe des normes à vocation générale [695] :

---

droit belge", *Rapport belge au VIIème Congrès international de droit comparé*, UPPSALA, Bruxelles, C.I.D.C. ,1966, pp. 151 à 167 ; Cl. CHAMPAUD, "Les méthodes de groupement des sociétés", *RTD com*, 1967, pp. 1003 à 1042.

[691] P. VAN OMMESLAGHE, "Rapport général", *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Anvers, Kluwer, 1985, p. 109, n° 73. Sur le principe, son évolution et ses tempéraments en général, voir K. BYTTEBIER, « Enige beshouwingen over de zin en onzin van de beperkte aansprakelijkheid », *DAOR,* 1994, n° 30, pp. 55 à 80.

[692] G. KEUTGEN, *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE, op. cit.*, p. 16.

[693] Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupe de sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 281, n° 422.

[694] Nous avons déjà abordé cette question à l'occasion de l'examen de l' « *intérêt de groupe* » que nous proposons de prendre en compte en tant qu'élément d'interprétation de l'intérêt social des sociétés qui le composent. *Cf. supra* n° 211 - 212.

[695] En utilisant la distinction entre tempéraments légaux et judiciaires, nous reprenons deux catégories déjà dégagées par J. RONSE et J. LIEVENS dans leur étude "De doorbraakproblematiek – Les limites de la personnalité juridique distincte", *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Anvers, Kluwer, 1985, pp. 133 à 189. Cependant, nous n'y rangeons pas de la même

B. Les tempéraments légaux

264.- En droit belge l'exemple le plus évident est celui de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises, ayant instauré dans le chef des sociétés mères l'obligation d'établir des comptes consolidés. La *consolidation* consiste à substituer à la valeur comptable des titres de participation figurant à l'actif de la société mère, leur valeur réelle [696]. Les dispositions en ce sens figurent désormais aux articles 108 et suivants du Code des sociétés.

265.- La réglementation des conflits d'intérêts des articles 60 et 60*bis* des lois coordonnées sur les sociétés commerciales a aussi été perçue comme une tentative de réglementation partielle des opérations intra-groupe [697]. L'appréciation se vérifie sans

---

manière que ces auteurs les règles pouvant être prises en compte dans le cadre de la *doorbraakproblematiek*.

[696] A cet égard, on mentionnera A. BENOIT-MOURY, "Conceptions nouvelles dans l'élaboration d'un droit des sociétés", *R.P.S.*, 1994, p. 329, n° 5, qui estime pouvoir constater que le droit comptable "S'*est insinué dans le droit des sociétés au point d'en infléchir les normes*". Elle précise, p.331, n° 7 : "C'*est vers le droit comptable que le législateur s'est tourné pour définir des notions essentielles comme celles de société mère, de filiale, de contrôle; l'adéquation n'est peut-être pas parfaite compte tenu de la différence des objectifs poursuivis*".

[697] Voir A. FRANCOIS, *Het vennootschapsbelang in het belgische vennootschapsrecht. Inhoud & Gronslagen*, thèse, Antwerpen Groningen, INTERSENTIA Rechtswetenschappen, 1999, p. 712, n° 525 qui évoque à ce propos une « *zeer partiële en al even onvolmaakte wettelijke regeling voor belangenconflicten in groepsverband* ». Voir aussi E. WYMEERSCH, « L'article 60 et le droit belge des groupes de sociétés », *Hommage à Jacques HEENEN*, Bruxelles, Bruyant, 1994, pp.633 à 655 ; Th. TILQUIN, « La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes », *R.D.C.*, 1993, spéc. pp. 712 à 721 ; L. SIMONT, « Conflits d'intérêt : les implications des nouveaux articles 60 et 60*bis* », *R.P.S.*, 1996, pp. 369 à 393, et spéc. 391 : « *La plupart des critiques qu'appelle l'article 60bis résultent de ce que le législateur a essayé de réglementer les seules questions dont traite cet article, au lieu de tenter de les résoudre dans le cadre d'une réglementation générale des groupes de sociétés* ». Voir cependant G. KEUTGEN, A.-P. ANDRE-DUMONT, « La société et son fonctionnement », *Droit de sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995*, Centre d'études Jean Renauld, Bruxelles, Bruyant, 1995, p. 266, qui relèvent, en cours d'élaboration du texte, un glissement des intentions du législateur vers des

doute en ce qui concerne l'article 60*bis* qui vise la décision du conseil d'administration « *Pouvant donner lieu à un avantage patrimonial direct ou indirect à un actionnaire détenant une influence décisive ou notable sur la désignation des administrateurs de cette société* ». La réglementation fait désormais l'objet des articles 523 et 524 du Code des sociétés.

266.- Enfin, on peut également citer la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, en raison de la transparence qu'elle tend à assurer à l'actionnariat des plus grandes entreprises et de l'importance qu'elle accorde aux notions de *contrôle* et de *contrôle conjoint* [698]. Ces notions sont elles-mêmes au cœur des définitions de société mère, de filiale et de filiale commune que proposent désormais les articles 5 et suivants du Code des sociétés [699].

267.- Ces exemples sont très éloignés de ceux qu'offre le droit allemand qui, par l'adoption d'une loi du 6 septembre 1965, est un des rares pays à s'être doté d'une réglementation spécifique des groupes de sociétés (§§ 291 et suivants de l'*Aktiengesetz*, livre 3 « *Recht der verbundenen Unternehmen* »). De manière très résumée, on peut présenter ce corps de règles originales comme reposant sur l'idée que les relations de groupes se caractérisent non seulement par une direction unique, mais aussi par un conflit d'intérêts (« *der Konzernkonflikt* ») entre sociétés juridiquement indépendantes [700]. Le droit allemand en déduit que le décalage possible entre les intérêts de la société

---

concepts plus généraux du droit des sociétés (règles du marché, égalité entre actionnaires, intérêt social). Ils concluent d'ailleurs, p. 276, par la constatation suivant laquelle « *L'article 60bis ne s'inscrit pas (...) dans une perspective de facilitation du fonctionnement des groupes de sociétés* ».

[698] Pour les commentaires de cette loi, voir G. KEUTGEN, G.-A. DAL, « La transparence de l'actionnariat », *J.T.*, 1989, pp. 449 à 457 ; J.-M. GOLLIER, P. VANDEPITTE, « Les notions d'action de concert, de contrôle et de contrôle conjoint dans le cadre de la loi du 2 mars 1989 tendant à assurer la transparence de l'actionnariat », *R.P.S.*, 1990, pp. 81 à 115. Sur la notion de contrôle conjoint, voir notamment Bruxelles, 6 août 1992, *R.P.S.*, 1992, p. 248.

[699] On mentionnera également l'article 16 qui énonce les critères du « *petit groupe* » dispensé de l'obligation d'établir des comptes consolidés suivant l'article 112.

[700] L.G.H.J. HOUWEN, « Aansprakelijkheid in concernverhoudingen naar duits recht », *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen* , Kluwer, Deventer, 1993, p. 60. Voir aussi L. DABIN,

et ceux de sa direction ne garantit pas aux actionnaires minoritaires et aux créanciers la protection suffisante : celle-ci doit alors être assurée par des dispositions spécifiques [701].

Le droit allemand retient une définition large des groupes de sociétés qu'il distingue entre groupes *contractuels* (ceux qui reposent sur la conclusion d'accords de domination) et groupes *de fait* (tels ceux qui reposent sur la détention d'une participation majoritaire dans le capital). Concernant les premiers, les solutions du droit allemand sont notamment [702] de prévoir l'obligation de la société dominante de compenser le déficit annuel de la société dominée (§ 302 AktG) [703], voire d'organiser dans certains cas [704] la responsabilité directe et solidaire de la société dominante pour les dettes de la société dominée (§ 322 AktG). Pour les seconds, le droit allemand organise un système permettant de compenser et de neutraliser le préjudice éventuel de la filiale (§ 311, II AktG).

Suivant DABIN, ces dispositions [705] auraient pour effet « *De réconcilier 'société' et 'entreprise' et de situer les responsabilités là où s'exerce effectivement le pouvoir de décision*

« Evolutions doctrinales dans le cadre du Konzernrecht », *op. cit.*, p. 217, n° 25 : « *Dans le cadre des groupes, l'homogénéité d'intérêts est un leurre* ».

[701] U. IMMENGA, « The Law of Groups in the Federal Republic of Germany », *Groups of Companies in the EEC,* Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1993, p. 102.

[702] Pour une présentation détaillée et en français de cette réglementation, voir G. KEUTGEN, *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE, op.cit.*, pp. 29 à 66.

[703] Dans ce cas, la responsabilité est *indirecte* en ce sens que le droit d'exiger le comblement du passif n'appartient qu'aux organes de la société dominée et les créanciers ne peuvent en principe pas s'en prévaloir directement. WEIL compare cette responsabilité à celle qui résulterait de la possession d'une succursale ; K. WEIL, « Responsabilité de la société mère vis-à-vis des engagements d'une S.A.R.L. filiale. Le droit positif allemand après l'arrêt du 29 mars 1993 de la Cour fédérale de justice », *Rev. Soc.*, 1993, pp. 770 et 780.

[704] Il s'agit notamment de l'hypothèse de *l'intégration* de la société dominée à la société dominante qui détient toutes les actions représentatives de son capital (§ 319 AktG).

[705] A noter que le régime légal du droit allemand ne concerne que les sociétés anonymes. Cependant, les juges s'en sont inspirés pour développer une jurisprudence appliquant des solutions comparables aux *GmbH.* Sur cette question, voir notamment: R. VOLHARD, « The GmbH in a

économique » [706]. C'est surtout dans la façon de lier le pouvoir de *contrôle de la société mère* - pouvoir qu'elles légitiment et légalisent - à la nécessaire *protection des créanciers* que ces dispositions nous paraissent remarquables. « *One cannot understand one without the other* » [707]. Force est de constater que telle est aussi la meilleure façon de comprendre une lettre de patronage.

268.- Dans la situation décrite ci-dessus, on peut légitimement s'interroger sur le rôle des sûretés intra-groupe, et en particulier celui des lettres de patronage émises par une société dominante. Ont-elles encore un intérêt ? La réponse ne peut qu'être affirmative si l'on se souvient que la responsabilité directe et solidaire [708] de la société dominante n'est prévue que dans des cas précis et limités. Dans les autres hypothèses subsiste l'intérêt que les créanciers de la société dominée peuvent trouver dans une garantie contractuelle dépassant la seule garantie légale. Il en est d'autant plus ainsi que les solutions du droit allemand ne s'appliquent pas aux filiales étrangères. Ceci amène une doctrine autorisée à considérer que la lettre de patronage est précisément le moyen de combler les vides laissés par la réglementation allemande des groupes de sociétés [709].

---

group », *German Limited Liability Company,* Chichester, John Wiley & sons, 1997, pp. 253 à 267 ; J.-G. RECQ, A. SCHRÖDER, « La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne (Arrêt du Bundesgerichthof du 23 sept. 1991), *Rev. soc.*, 1992, pp. 707 à 716.

[706] L. DABIN, « Evolutions doctrinales dans le cadre du Konzernrecht », *Aspects des groupes d'entreprises*, H. BIRON, C. DAUW, éd., Anvers, Kluwer, 1989, p. 201, n° 6.

[707] J. ENGRACIA ANTUNES, *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law. An International and Comparative Perspective*, Deventer.Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 319.

[708] Hypothèse de forte garantie dans laquelle il faut effectivement considérer qu'une sûreté complémentaire risque d'être de peu d'intérêt.

[709] L.G.H.J. HOUWEN, « Aansprakelijkheid in concernverhoudingen naar duits recht », *op. cit.*, p. 327 : « *Dat er toch hiaten zijn te bespeuren welke door middel van patronaatsverklaringen - met als inhoud bijvoorbeeld een garantie voor de continuering van de beheersovereenkomst gedurende de looptijd van het verstrekte krediet, ofwel een meldingsplicht van de moedervennootschap bij beëindiging van de beheersovereenkomst - wellicht enigzins kunnen worden gedicht. Voor eenvoudige feitelijke concernverhoudingen geldt dit nog in versterkte mate. Een en ander voert tot de conclusie dat patronaatsverklaringen, ondanks een heel scala van specifieke concernrechtelijke*

On devine la pertinence de cette dernière remarque pour notre thèse dont la troisième idée-force est de démontrer que la lettre de patronage est un moyen efficace - et parfois le meilleur - de compenser l'absence de droit des groupes de sociétés. L'utilité de la lettre, constatée en présence et par rapport à la réglementation allemande des groupes de sociétés [710], ne peut qu'être plus forte en droit belge où une telle réglementation fait carrément défaut. C'est ce que nos commentaires auront pour objet d'établir.

On soulignera enfin que c'est l'exemple du droit allemand qui a partiellement inspiré le projet de neuvième directive européenne d'harmonisation du droit des groupes [711]. Ce projet semble aujourd'hui abandonné [712], ce qui ne peut relancer

---

beschermingsmaatregelen, voor banken en andere financieringsinstellingen, nog zeer wel een rol van betekenis kunnen vervullen in het kader van de concernfinanciering. »

[710] La pratique le confirme puisque, comme déjà souligné en introduction, les lettres de patronage sont fréquentes en Allemagne et concerneraient près de 10 % des opérations de crédit importantes.

[711] Pour une critique (sévère !) de ce projet, on lira R. RODIERE, « Réflexions sur les avants-projets d'une directive de la commission des communautés européennes concernant les groupes de sociétés », *D.*, Chron., 1977, pp. 137 à 144, spéc. 144 : *« Des mesures ponctuelles que n'essaierait pas d'assembler et de composer un rhétoricien ou un utopiste seraient préférables à cette fringale de réformes théoriques qui, à la suite de l'Allemagne, emporte les écrivains de la C.E.E. ».*

[712] L'opinion désormais dominante est de considérer qu'une telle réglementation n'est plus souhaitable ni nécessaire. Voir en ce sens S. VAN CROMBRUGGE, *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Kluwer, Anvers, 1984, p. 197, n° 173 ; M.J.G.C. RAAIJMAKERS, « Analyse de droit comparé (y compris la neuvième directive) », *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Anvers, Kluwer, 1985, pp. 197 à 301, qui termine lui aussi son analyse par la constatation suivant laquelle une harmonisation européenne du droit des groupes n'est pas indispensable sauf peut-être pour les cas de faillite. *Contra* : E. WYMEERSCH, « Le droit belge des groupes de sociétés », *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 644, n° 22, qui conclut par le souhait d' *« une intervention législative de préférence au niveau européen ».* G. KEUTGEN, *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE, op. cit.*, p. 243, notait pour sa part que *«La consécration du groupe et de ses modes d'action devrait être conçue de pair avec une amélioration du fonctionnement de la société commerciale prise comme telle».* Il semble finalement que seule cette dernière optique ait été suivie par le législateur européen.

l'intérêt d'un aménagement contractuel des groupes de sociétés. Nos commentaires s'inscrivent résolument dans cette perspective.

C. Les tempéraments jurisprudentiels

269.- La participation dans le capital de la société filiale confère la qualité d'actionnaire et, au départ, celle de fondateur. Celle d'administrateur y est souvent associée. Peut s'y ajouter, dans des conditions qui seront examinées ci-après, la qualité de dispensateur de crédit [713]. Les règles organisant de manière générale la responsabilité des fondateurs, des administrateurs ou du dispensateur de crédit justifient des dérogations au principe de la personnalité juridique distincte.

Lorsque ces règles concernent des sociétés groupées, elles sont susceptibles de faire l'objet d'une application spécifique. HANNOUN croit pouvoir constater « *Une forte tendance en droit positif à reconnaître une notion d'unité économique et commerciale permettant d'infléchir, dans l'intérêt du groupe, un ensemble de règles conçues pour des sociétés autonomes* » [714]. C'est, à titre d'exemple, ce que nous avons pu relever lors de l'examen de la conformité de la lettre de patronage à l'intérêt social de la société émettrice : l'intérêt y est interprété en fonction du groupe [715]. La mesure dans laquelle le groupe permet d'infléchir des règles conçues pour des sociétés autonomes, dépend très logiquement de l'intensité des liens entre les sociétés. HOVASSE reconnaît ainsi que « *Des atténuations à l'autonomie patrimoniale sont concevables, mais elles doivent emprunter leur mesure à l'intégration des sociétés au groupe dont elles relèvent* » [716].

---

[713] Une doctrine reconnaît même un lien *nécessaire* entre la participation majoritaire et le crédit. *Cf. supra* n° 196.

[714] Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p. 85, n° 122.

[715] *Cf. supra* n° 211 et s.

[716] H. HOVASSE, *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale*, thèse, Université de Rennes, 1974, p. 77, n° 74. En matière de crédit, D. OHL, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Paris, Librairies Techniques, 1982, p.

270.- Il apparaît ainsi que le groupe et les tempéraments jurisprudentiels évoqués ci-dessus s'inscrivent dans une relation de double réciprocité :

- des règles de droit commun influencent le fonctionnement du groupe où c'est le principe de la personnalité juridique distincte qui devrait normalement prévaloir,

- dans le même temps, ces règles reçoivent une application particulière précisément parce qu'elles concernent des sociétés groupées [717].

L'importance de ces influences réciproques dépend, d'une part, de l'objectif poursuivi par les règles prises en compte et, d'autre part, de l'intensité des liens entre les sociétés concernées. On ne peut donc que constater la *relativité* du regroupement des sociétés [718] et de ses conséquences.

22, n° 16, souligne que plus l'intégration du groupe est forte, plus facilement il faut admettre que chaque société aille au secours d'une autre.

[717] Voir la citation de J. ENGRACIA ANTUNES, *Liability of Corporate Groups, op.cit.*, p. 109: «*In the group everything is different (WIEDEMANN, 1988)* ».

[718] Voir Com. Prés. Bruxelles, 27 mai 1986, *R.P.S.*, 1986, p. 228 : « *La personnalité morale, en matière de groupe de sociétés, est un concept éminemment relatif* ». Bien que cela sorte de notre matière, on peut illustrer cette relativité par des exemples tirés des droits fiscal et social belges :

- en droit fiscal, les relations de groupe ne font pas l'objet de dispositions spécifiques : tantôt elles sont prises en considération afin d'éviter l'utilisation du groupe à des fins de fraude ou d'évasion fiscale, tantôt elles sont niées afin de rapprocher la situation du groupe de celle d'une entreprise unique. S. VAN CROMBRUGGE, *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen,* Kluwer, Anvers, 1984, pp. 379 et s.; Anvers, 4 décembre 1984, *F.J.F.*, n° 85/66; Cass., 27 février 1987, *F.J.F.*, n° 87/68; Anvers, 10 mai 1994, *F.J.F.*, 1994, n° 94/163.
- en droit social, doctrine et jurisprudence acceptent de tenir compte des contrats de travail conclus avec des employeurs successifs exploitant la même entreprise, pour calculer l'ancienneté des travailleurs. La règle est appliquée à l'égard des sociétés se succédant à l'intérieur d'un même groupe. Voir M. TAQUET, C. WANTIEZ, "L'ancienneté et la notion de même employeur", *J.T.T.*, 1972, pp. 129 à 137. Par contre, il a été considéré que, dans les relations individuelles de travail, une société filiale ne pouvait pas se voir imposer des obligations résultant d'engagements qui n'avaient été pris que par la société mère. Voir : Cass.,

271.- En Belgique, la jurisprudence qui, sur le fondement de règles de droit commun, tempère le principe de la personnalité juridique distincte, reste limitée [719]. Cependant, les risques de son développement ne peuvent être sous-estimés. C'est ce que suggère une analyse du droit néerlandais dont on sait qu'il véhicule souvent des solutions en avance sur celles des autres états de l'Union européenne. Il s'agit en particulier d'y relever les arrêts *Osby* [720] et *Albada Jelgersma* [721] par lesquels le Hoge Raad a clairement admis la responsabilité de la société mère en raison de son rôle dans l'administration ou l'apparence de solvabilité de la filiale. On remarque en particulier cet attendu de l'arrêt *Osby* suivant lequel :

> *« Het is juist dat een aandeelhouder aan de vennootschap niet méér kan verliezen dan zijn kapitaaldeelneming, maar dit staat er niet aan in de weg dat een aandeelhouder jegens een schuldeiser van de vennootschap tot een groter bedrag aansprakelijk kan zijn uit hoofde van een door hem jegens die schuldeiser gepleegde onrechtmatige daad.»* [722]

---

2 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 658, dont l'arrêt repose sur une application des articles 1119 et 1165 du Code civil.

[719] Parmi les décisions récentes, nous avons relevé : Anvers, 12 décembre 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 62 (distinction entre deux sociétés étrangères jugée artificielle en vue de la compensation) ; Com. Nivelles, 29 septembre 1994, Com. Verviers, 12 janvier 1995, *R.P.S.*, 1995, p. 243 avec obs. J.-F. van DROOGHENBROECK (jonction des masses en cas de faillites); Anvers, 1er février 1994, *T.R.V.*, 1996, p. 64 (saisies et « *one-ship company* ») ; Bruxelles, 5 février 1992, *J.T.*, 1993, p. 130 (*culpa in contrahendo* imputée à la société mère) ; Gand, 2 octobre 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 1196 avec la note H. COUSY (apparence quant à l'interruption d'une prescription).
Pour d'autres références, voir E. WYMEERSCH, « Le droit belge des groupes de sociétés », *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 615 à 644, et aussi ses nombreuses références à la jurisprudence française.

[720] Hoge Raad, 25 septembre 1981, *N.J.*, 1982, n° 443, avec la note Ma.

[721] Deux arrêts : Hoge Raad, 13 septembre 1985, *N.J.*, 1987, n° 98, avec la note CJHB ; Hoge Raad, 19 février 1988, *N.J.*, 1988, n° 487, avec la note G.

[722] Hoge Raad, 25 septembre 1981, *N.J.*, 1982, n° 443, p. 1526.

La solution, fondée sur le droit commun de la responsabilité extra-contractuelle, a été confirmée à de nombreuses reprises dans le cadre d'une jurisprudence multipliant les motifs de retenir la responsabilité de la société mère, que ce soit en qualité d'administrateur (de droit ou de fait ; pour la poursuite d'activités déficitaires, un paiement sélectif [723] ou refusé [724]) ou d'actionnaire (faute dans une distribution de dividendes ou rupture fautive de l'égalité des créanciers de la filiale) [725].

Même s'il paraît exclu de déduire de cette jurisprudence un principe général de responsabilité [726], elle illustre la détermination, sinon du législateur [727], en tout cas des juges (dont ceux d'une Cour suprême [728]) de sanctionner juridiquement la réalité économique des groupes de sociétés - même (surtout ?) en l'absence de réglementation spécifique en ce sens.

272.- L'importance des tempéraments jurisprudentiels n'a d'égale que celle des liens que la lettre de patronage entretient avec eux. C'est ce que nous nous attacherons à démontrer tout au long de ce chapitre. Celui-ci sera également l'occasion de constater que la *sécurité* juridique de la lettre de patronage (sécurité dont

---

[723] La société mère sélectionne les créanciers de la société filiale qu'elle va honorer.

[724] La société filiale est en mesure de payer un créancier mais ses administrateurs s'y opposent.

[725] Pour une description détaillée de cette jurisprudence, voir M.L. LENNARTS, *Concernaansprakelijkheid*, Kluwer, Deventer, 1999, pp. 173 à 243 ; J.R. GLASZ, H. BECKMAN RA, J.A.M. BOS, *Bestuur en toezicht*, Kluwer, Deventer, 1994, pp. 211 et s. Voir également la note de jurisprudence au n° 273*bis* ci-après.

[726] Concrètement, la seule centralisation des objectifs, des décisions et des moyens ne suffit pas. Il appartient chaque fois au juge de décider sur le fondement des circonstances du cas d'espèce. En ce sens également l'annotation de l'arrêt *Albada Jelgersma II* à la *Nederlandse Jurisprudentie*, 1988, p. 1818.

[727] Voir cependant le *Nieuw Burgelijk Wetboek*, dont les articles 2 : 403 et 2 : 404 permettent à une société faisant partie d'un groupe d'alléger ses obligations comptables moyennant une intégration de ses données financières dans des comptes consolidés et une déclaration de responsabilité solidaire par la société consolidante (article 403, f. et g.).

[728] Voir aussi la jurisprudence allemande ayant étendu aux *GmbH* un régime comparable à celui des société anonymes. *Cf. supra* n° 267 et note.

nous avons fait un des objectifs de notre travail) est aussi un moyen efficace - sinon le meilleur - d'écarter les inconvénients de *l'insécurité* juridique de la jurisprudence. Cette dernière manque en effet de principes directeurs au moment d'appréhender les groupes de sociétés par le seul biais des règles de droit commun [729] - et alors que la règle reste celle de la personnalité juridique distincte [730]. L'incertitude qui en découle ne peut qu'encourager l'aménagement contractuel des relations intra-groupe. Ainsi, on évaluera les motifs de préférer la lettre de patronage, non seulement aux autres sûretés, mais aussi aux hypothèses où la situation de groupe est laissée à l'application jurisprudentielle des seules règles de droit commun.

273.- Une dernière remarque nous permet d'insister sur la différence d'objet qui sépare fondamentalement les tempéraments légaux et les tempéraments jurisprudentiels au principe de la personnalité juridique distincte, tels que nous les avons présentés ci-dessus. En droit belge, les tempéraments légaux règlent certains aspects des groupes de sociétés en l'absence d'une réglementation générale. Ils ne

---

[729] Voir J. ENGRACIA ANTUNES, *Liability of Corporate Groups, op.cit.*, p. 476 : « *Intragroup liability cases (...) are being decided according to guidelines that defy any possibility of rational systematization or predictability* ». L. DABIN, « Evolutions doctrinales dans le cadre du Konzernrecht », *op. cit.*, p. 208, n° 14, écrivait en 1989 : « *L'apport des tribunaux judiciaires, voire des organismes administratifs, permettrait de dire que 'le droit des groupes se fait en marchant'.(...). On ne peut s'empêcher cependant d'en relever les limites : l'insécurité manifeste devant certains flottements fort compréhensibles de la jurisprudence de même que l'incohérence de règles disparates enfouies dans des législations particulières, d'un soi-disant régime des groupes, fait de bric et de broc, qui rend la gestion des entreprises aussi laborieuses que périlleuses. (...). L'action ponctuelle du juge comme celle du législateur pèche chaque fois par insuffisance dès lors qu'une conception d'ensemble fait défaut* ». En 1973, G. KEUTGEN, *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE, op. cit.*, p.238 notait déjà : « *En fait, la difficulté surgit d'une inadaptation du droit classique des sociétés au regard tant du besoin de protection des intérêts représentés dans l'entreprise dominée que des nécessités économiques de la vie des groupes* ».

[730] Voir aussi la thèse de V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruyant, 1995, p. 578, n° 664, qui conclut notamment sur les incertitudes de la doctrine et de la jurisprudence n'ayant pu trouver un fondement satisfaisant à la théorie de la levée du voile social : « *Ainsi, la domination et la sous-capitalisation ne constitueraient des motifs de levée du voile social que lorsqu'elles sont qualifiées, mais la jurisprudence et la doctrine ne permettent pas de déterminer ce que recouvre ce terme* ».

prétendent pas instaurer une quelconque responsabilité des sociétés mères pour les obligations de leurs filiales.

Tel est précisément l'objet des tempéraments jurisprudentiels. Tel est aussi celui – convenu entre l'émetteur et le créancier bénéficiaire – de la lettre de patronage (suivant les modalités qui y sont précisées). Ceci explique que la question du lien entre la lettre de patronage et les tempéraments au principe de la personnalité juridique distincte ne se pose qu'en ce qui concerne les tempéraments jurisprudentiels: seuls ces derniers seront analysés.

273*bis*.-NOTE DE JURISPRUDENCE:

Un arrêt du Hoge Raad du 12 juin 1998 [731] (appelé « arrêt STALT») est une autre illustration de cette tendance de la jurisprudence, déjà évoquée, à sanctionner juridiquement la réalité économique des groupes de sociétés en retenant la responsabilité d'une société mère dans l'exécution de la créance d'une des ses filiales. Comme souvent en ce genre de litiges, les faits sont complexes. Nous pensons pouvoir les résumer comme suit :

A la suite de l'annulation d'une convention de charter, la société de droit texan CORAL NAVIGATION COMPANY INC (ci-après « CORAL ») devient titulaire d'une créance sur la société FORSYTHE INTERNATIONAL N.V. établie à Curaçao (ci-après « FORSYTHE »). A défaut de paiement, CORAL entame une procédure d'arbitrage au terme de laquelle sa créance est reconnue pour un montant en principal de USD 454.681. Cependant, en cours de procédure, l'arrêt des activités de FORSYTHE a été décidé. Dans le cadre de sa liquidation, cette société a revendu à sa société mère, la société de droit néerlandais STALT HOLDING B.V. (ci-après « STALT »), les 100 % d'actions qu'elle détenait dans le capital de sa filiale FORSYTHE INTERNATIONAL CYPRUS Ltd. Le prix des actions a été affecté en paiement de la créance d'une autre société du groupe, rendant impossible la paiement ultérieur de la créance de CORAL. Celle-ci porte le litige devant les tribunaux néerlandais, assignant SALT en raison de son rôle prétendument fautif dans la cessation des activités

---

731 Hoge Raad, 12 juin 1998, *N.J.*, 1998, n° 727, avec les conclusions de l'Avocat général MOK et la note PvS.

de sa filiale FORSYTHE.

Parmi les diverses questions examinées dans le cadre de ce litige, il en est deux que nous souhaitons plus particulièrement évoquer ici. La première concerne l'égalité de traitement des créanciers lorsqu'il y en a parmi eux qui appartiennent au même groupe que le débiteur. La seconde porte sur le degré d'information pouvant être reconnu entre sociétés liées.

A. L'égalité des créanciers

Si l'on peut effectivement concevoir qu'en dehors de tout concours, le paiement soit le prix de la course, la jurisprudence du Hoge Raad suggère qu'il ne peut en être question lorsqu'un paiement préférentiel a pour but la satisfaction d'une créance intra-groupe - au détriment des créanciers ordinaires. En l'espèce, le Hoge Raad estime sur base des considérations de fait qui lui sont soumises que FORSYTHE a commis une faute en subordonnant à la créance d'une société liée celle de CORAL; que STALT, à son tour, a commis une faute à l'égard de cette dernière en contribuant ou autorisant cette manière de procéder (« *Door de handelwijze van Forsythe in de hand te werken of toe te staan* »):

> « *In het midden kan blijven welke omstandigheden in het algemeen kunnen meebrengen dat een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, onrechtmatig handelt door zijn schuldeisers ongelijk te behandelen. In ieder geval kan met betrekking tot een vennootschap die, zoals Forsythe, tot een groep van vennootschappen behoort, niet de regel worden aanvaard dat deze vennootschap, wanneer zij heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, in beginsel de vrijheid zou hebben om de tot haar groep behorende crediteuren - anders dan op grond van door de wet erkende redenen van voorrang - te voldoen met voorrang boven niet tot haar groep behorende crediteuren. In het hier omschreven geval handelt die vennootschap slechts dan niet in strijd met hetgeen haar naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, indien de voorkeursbehandeling van tot de groep behorende crediteuren op grond van bijzondere, door de vennootschap te stellen en bij betwisting te bewijzen omstandigheden kan worden gerechtvaardigd.* »

Il est intéressant de constater que la dynamique de groupe joue de manière contradictoire, tantôt dans l'intérêt du groupe tantôt contre lui. Nous avons vu qu'elle permet d'interpréter l'intérêt social avec souplesse par référence à l'intérêt du groupe. Nos commentaires ci-après seront l'occasion de

relever un degré « *d'immixtion légitime* » de la société mère dans les affaires de la filiale, suggérant une appréciation plus favorable des critères de l'administration de fait. Dans le même temps, force sera d'y constater une application probablement plus sévère des règles de la responsabilité. C'est cette sévérité qu'annonce la rigueur de la décision ici commentée puisqu'on peut penser que l'inégalité de traitement subie par la société CORAL n'aurait sans doute pas été jugée fautive si sa créance avait été subordonnée à la créance d'un autre créancier ordinaire. Dans les circonstances l'espèce, et au vu de la motivation retenue par le Hoge Raad, on peut relever ce paradoxe que c'étaient les autres sociétés du groupe qui, à défaut de cause de préférence, avaient le moins de chances d'être valablement payées [732].

B. L'information

La seconde question que nous souhaitons aborder est celle de l'information qui caractérise les relations intra-groupe. En l'espèce, il ne semble pas que STALT avait la qualité d'administrateur de FORSYTHE. C'est elle cependant qui avait conclu au nom de cette dernière la convention d'annulation donnant naissance à la créance litigieuse - sachant *ou devant savoir* que FORSYTHE ne pourrait l'exécuter. Le Hoge Raad en déduit :

> *« Dat (...) Stalt en Forsythe geacht moeten worden op het tijdstip respectievelijk de tijdstippen waarom Forsythe uit de opbrengst van de Cyprus-aandelen betalingen in mindering op schulden aan groepsmaatschappijen verrichtte, over dezelfde gegevens beschikten en gelijkelijk in staat waren aan de hand daarvan te beoordelen of al dan niet ernstig rekening moest worden gehouden met de mogelijkheid dat Coral onvoldaan zou blijven.»*

Suivant l'annotateur de la décision à la *Nederlandes Jurisprudentie* [733], il s'agirait de la première reconnaissance en droit de la preuve d'une *fiction* consistant à traiter comme un ensemble société mère et filiale sur les plans de l'information et des décisions prises en conséquence : « *Een toepassing in het bewijsrecht van de in concernverhoudingen wel verdedigde 'identificatie', 'vereenzelviging', of 'terzijdestelling van rechtspersoonlijkheid'. Bij mijn weten is het niet eerder voorgekomen dat*

---

[732] Voir d'ailleurs M.L. LENNARTS, *Concernaaansprakelijkheid,* Kluwer, Deventer, 1999, p. 207, n° 147, qui reconnaît ne pas voir quel contenu donner à la réserve du Hoge Raad quant aux circonstances autorisant le paiement préférentiel des sociétés appartenant au même groupe.

[733] PvS, note sous Hoge Raad, 12 juin 1998, *N.J.,* 1998, p. 4235.

de Hoge Raad in een bewijsrechtelijke kwestie deze weg bewandelde ». S'agit-il vraiment d'une *fiction* ? En matière d'information, la dynamique de groupe suggére le contraire. Fiction ou réalité, nos commentaires ci-après seront l'occasion de constater sa pertinence pour l'appréciation des tempéraments au principe de la personnalité juridique distincte.

A noter que la matière de la lettre de patronage permet aussi de constater un degré élevé d'information dans le chef du créancier bénéficiaire - ne serait-ce qu'en raison de son implication dans l'opération principale garantie et des renseignements repris dans la lettre. L'arrêt du Hoge Raad du 12 juin 1998 était le prétexte d'annoncer et de justifier l'importance que nous accorderons à l'*accès à l'information* chaque fois qu'il pourra être constaté - ou légitimement présumé.

2. L'INCIDENCE DE LA LETTRE DE PATRONAGE

274.- C'est précisément parce qu'il faut reconnaître la *relativité* du regroupement de sociétés, au sens où nous l'avons évoquée ci-dessus [734], qu'il y a lieu d'examiner l'incidence de la stipulation d'une lettre de patronage. Celle-ci apparaît comme un tempérament *conventionnel* au principe de la personnalité juridique distincte [735]. La lettre ne témoigne pas seulement des liens entre l'émetteur et la société patronnée [736]. Dès sa stipulation, elle en modifie elle-même la teneur puisque l'émetteur accepte d'y fournir une garantie à un ou plusieurs créanciers de la société patronnée.

La question de l'incidence de la lettre de patronage se situe en amont de celles mentionnées en introduction de ce chapitre. Elle se résume à l'examen de ses effets sur la relation de double réciprocité entre le groupe et les tempéraments apportés par

---

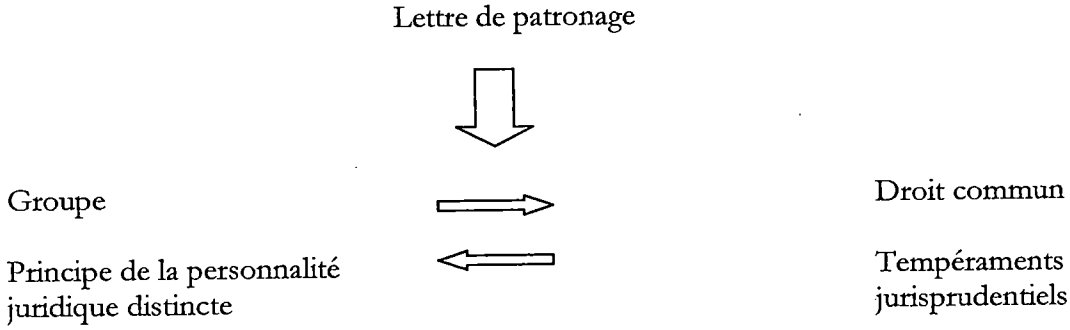
[734] *Cf. supra* n° 270.

[735] A l'instar de toutes les sûretés, opérations de trésorerie ou de crédit intra-groupe. Voir : J. RONSE, J. LIEVENS, "De doorbraakproblematiek (...)", *op. cit.*, pp. 137 à 140.

[736] Ces liens font en effet partie de la cause de la lettre, comme nous pensons l'avoir démontré ci-dessus. *Cf. supra* n° 142 à 147.

la jurisprudence au principe de la personnalité juridique distincte. La réflexion peut être schématisée comme suit :

Fig. 1



La question mériterait sans doute d'être posée pour toute forme de sûreté conventionnelle. Elle revêt une acuité particulière en ce qui concerne les lettres de patronage puisque, comme déjà mentionné [737], ce type de garantie est caractéristique des groupes de sociétés. D'ailleurs, lorsque HANNOUN s'interroge sur le principe de la personnalité juridique distincte, il reconnaît ne pouvoir admettre que le contrôle lui-même soit la source d'une règle de responsabilité. En même temps, il relève une tendance en jurisprudence à définir des situations inédites de responsabilité de la société mère, « *Situations que l'ordre juridique choisit de recevoir sur le fondement du droit commun mais qui révèlent l'existence de normes et de pratiques standardisées générées par le monde des affaires* » [738]. Le premier exemple qu'il donne est précisément celui de la lettre de patronage.

---

[737] *Cf. supra* n° 8 - 9, 74 - 75.

[738] Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés, op. cit.*, p. 125, n° 156.

On devine la structure de notre analyse puisque, après avoir identifié les règles de droit commun susceptibles de s'appliquer au sein des groupes de sociétés, dérogeant au principe de leur personnalité juridique distincte, il s'agira de mesurer l'incidence, sur l'application de ces règles au sein des groupes, de la stipulation d'une lettre de patronage.

3. LA QUALITE DE L'EMETTEUR

275.- En préalable à notre étude, il paraît souhaitable de caractériser davantage l'émetteur de la lettre de patronage. La question a déjà été abordée dans notre Chapitre 2 où, à l'occasion de l'introduction de nouveaux critères pour distinguer les lettres de patronage, nous avons indiqué en quoi la qualité de l'émetteur avait des conséquences importantes sur les plans de leur validité et de leur efficacité [739]. Il s'agit ici de mettre l'accent sur l'accès à l'information (A), le professionnalisme (B) et l'intérêt à la dette garantie (C) qui souvent caractérisent l'émetteur.

A. Accès à l'information de l'émetteur

276.- Si l'émetteur (personne physique ou morale) a la qualité d'actionnaire de la société patronnée, il a d'office accès à une importante quantité d'informations la concernant. Il en est d'autant plus ainsi lorsque, à sa qualité d'actionnaire, s'ajoute celle d'administrateur. En défendant la conception dualiste de la cause dans la matière des sûretés [740], nous admettons que les relations entre la société patronnée et le créancier bénéficiaire font partie des mobiles déterminants de l'engagement de l'émetteur. Ce constat est renforcé chaque fois que la lettre contient une clause ayant précisément pour objet l'information dont il dispose (déclaration de connaissance de

---

[739] *Cf. supra* n° 76 à 83.

[740] *Cf. supra* n° 142 à 147.

l'existence de la convention de crédit; déclaration de confiance dans les organes de gestion de la société patronnée; déclaration sur sa politique passée ou présente; déclaration concernant la structure financière de la société patronnée).

Pour ces multiples raisons, il faut presque toujours reconnaître, dans le chef de l'émetteur, l'accès à l'information le plus élevé [741]. Les conséquences en sont que :

- d'une part, l'émetteur ne peut que difficilement invoquer, pour quelque raison que ce soit, l'ignorance de la situation de la société patronnée [742],

- d'autre part, l'éventuelle obligation « d'informer » à charge des tiers (et on songe en particulier au bénéficiaire de la lettre lui-même) est réduite en proportion de l'information à laquelle l'émetteur a déjà accès.

Dans la matière des sûretés, la question se pose le plus souvent à propos de l'évolution de la dette principale. Doctrine et jurisprudence se montrent peu disposées à reconnaître, dans le chef du banquier bénéficiaire de la garantie, une obligation d'en informer le garant [743]. A l'égard de l'émetteur de la lettre de

---

[741] J. RONSE, J. LIEVENS, « De doorbraakproblematiek (...) », *op. cit.*,p. 189, n° 48, évoquent à ce propos la « parfaite » connaissance que la société mère aura le plus souvent de la situation de ses filiales. En ce sens, voir aussi l'arrêt du Hoge Raad du 12 juin 1998 que nous avons commenté ci-dessus. *Cf. supra* n° 273*bis*.

[742] Ceci a déjà été expressément relevé dans la matière des lettres de patronage à propos d'une aggravation de la situation de l'émetteur du fait du créancier (extension des crédits à la société patronnée; perte de sûretés dans le chef de cette dernière). Voir Y. POULLET, "Questions liées à l'exécution de la lettre de patronage", *Les lettres de patronage*, Namur, Société d'Etudes Morales, Sociales et Juridiques, Paris, Feduci, 1984, p. 175, n° 254.

[743] D. VAN GERVEN, "De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietverlener ten aanzien van de schuldeisers van de onderneming in moeilijkheden", *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Vlaams Pleitgennootschap bij de balie te Brussel, 1994, p. 79, n° 9, relève qu'aucun texte de loi ne permet de justifier une obligation d'informer dans le chef du créancier bénéficiaire. En matière de cautionnement, F. T'KINT, *Sûretés, op. cit.*, p. 378, n° 762, souligne aussi qu'"*Aucun texte de portée générale (...) - et c'est peut-être regrettable - n'oblige le*

patronage parfaitement informé de la situation de la société patronnée, nul doute qu'une quelconque obligation d'information de l'évolution de la dette garantie ne soit que rarement retenue.

B. Professionnalisme de l'émetteur

277.- Indépendamment de l'accès à l'information, il faut aussi tenir compte du professionnalisme qui caractérise l'émetteur de la lettre de patronage. La pratique révèle qu'il s'agit le plus souvent de la société mère d'un groupe, dont c'est le « métier » de l'animer et qui dispose pour ce faire de l'assistance de nombreux

---

créancier à un devoir spécifique d'information envers la caution". FORIERS rappelle opportunément que l'étendue de l'obligation de renseignement et de conseil du banquier bénéficiaire d'une sûreté "*Dépend pour une partie non négligeable de la qualité et des connaissances de son cocontractant*", "Les sûretés personnelles traditionnelles - Développements récents", *Le droit des sûretés,* Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1992, p. 177, n° 64. Suivant E. DIRICKX, "Borgtocht. Recente ontwikkelingen", *Borgtocht en garantie - Persoonlijke zekerheden – Actualia,* Voorrechten en hypotheken - Grondige studies, Anvers, Kluwer, 1997, p. 27, n° 34, le fait que la relation entre débiteur et caution serait la cause de l'engagement de cette dernière, devrait dispenser le bénéficiaire – banquier de toute obligation d'information. Il n'en irait autrement qu'en cas de caution *pour toutes sommes* où la bonne foi pourrait obliger à l'informer quant à l'évolution de la dette. En ce sens également, mais avec prudence : J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruyant, 2000, p. 869. De manière générale, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Les obligations : les sources (1985-1995)", *J.T.,* 1996, p. 711, n° 59, estiment qu'il n'existe pas d'obligation générale de renseignement qui obligerait toute personne à mettre à la disposition d'une autre partie les informations dont elle dispose. Pour une application de ce qui précède, voir Com. Gand, 11 avril 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 832, avec observations ; Com. Bruxelles, 31 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1588. En France, on peut mentionner l'obligation faite au créancier d'informer la caution, soit comme préalable à une opération de crédit (loi du 10 janvier 1978, article 5; loi du 13 juillet 1979, article 7), soit pendant la durée d'une opération de financement (loi du 1er mars 1984, article 48). En Belgique, on en trouve l'équivalent que dans la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation (articles 34 et suivants visant le cautionnement "*Et, le cas échéant, toute autre forme de sûreté personnelle*"). On pourrait *a contrario* en déduire que l'obligation d'information n'existe pas de droit. Avec la réserve de la bonne foi, la solution devrait probablement être étendue à toute la matière des sûretés.

conseils internes et externes. Les conséquences de ce professionnalisme, lorsqu'il est vérifié [744], peuvent être les suivantes :

- L'émetteur est lui-même tenu à une obligation spécifique « d'informer » son cocontractant [745]. On songe aux initiatives qui devraient être prises dans la rédaction de la lettre de patronage lorsque celle-ci a précisément pour objet de fournir des renseignements sur la gestion ou la structure financière de la société patronnée [746]. De manière générale, on considère que la qualité de professionnel a pour conséquence d'alourdir les obligations qui résultent de la seule entrée dans le processus contractuel [747].

- La responsabilité de l'émetteur est appréciée plus sévèrement, que ce soit en raison de l'information fournie [748] ou de la faute commise dans l'exécution du contrat [749].

---

[744] Voir l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 15 novembre 1994, déjà annoté, où la Cour reconnaît que les signataires de la lettre n'avaient et ne pouvaient pas avoir conscience de la portée de leur engagement. Il s'agissait en l'espèce d'actionnaires personnes physiques. Sur cette question, on relèvera la particularité du droit néerlandais dont le NBW a innové en consacrant légalement la distinction entre la caution professionnelle et celle qui ne l'est pas, et en accordant une protection particulière à cette dernière (« *Borgtocht, aangegaan buiten beroep of bedrijf* » ; Boek 7, Titel 14, Afd. 2).

[745] Suivant S.STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, "Les obligations : les sources (1985-1995)", *op. cit.*, p. 702, n° 35, le juge peut, sur le fondement de la fonction complétive de la bonne foi, imposer à des parties cocontractantes des obligations additionnelles telles que le devoir de conseil ou d'information. Ce serait particulièrement le cas dans le chef des professionnels.

[746] Le cas échéant, ceci devrait être combiné avec le devoir de discrétion qui incombe également aux administrateurs des sociétés commerciales. Voir sur cette question O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 108, n° 76 ; B. TILLEMAN, « L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs de sociétés », *J.T.*, 1993, pp.549 et s.

[747] F. T'KINT, « Négociation et conclusion du contrat », *Les obligations contractuelles,* Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1984, p.17, n°18.

[748] E. DIRICKX, "Gentleman's agreements en andere afspraken met onzekere rechtsgevolgen", *R.W.*, 1985-1986, col. 2145, n° 39, souligne que la fourniture d'information n'a en principe pas de conséquence juridique, sauf quand elle émane d'un professionnel agissant dans le cadre de ses activités professionnelles. Dans le chef du dispensateur de crédit, on retiendra particulièrement la

Parfois, le professionnalisme de l'émetteur de la lettre de patronage est contrebalancé par celui de son bénéficiaire (cette question est reprise ci-après [750]). Les deux étant ainsi à niveau, il n'y a pas de raison d'être plus sévère à l'égard de l'un ou de l'autre. Tel n'est pas toujours le cas, notamment lorsque la lettre produit des effets juridiques vis-à-vis de tiers - l'exemple le plus évident étant celui de l'annonce de patronage adressée à tous les créanciers de la société patronnée.

---

jurisprudence allemande qui a distingué 3 types d'obligations (informer, enquêter, organiser), allant même jusqu'à sanctionner la banque restée en défaut d'informer son client de la manière de réaliser une économie d'impôts. Voir R. HOFFMANN, « Bankers'Liability under German Law », *Bankers'Liability : Risks and Remedies* », Deventer. Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, p. 227.

[749] En matière de responsabilité du dispensateur de crédit : Y. SCHOENTJES-MERCHIERS, "La responsabilité civile du donneur de crédit", note sous Cass., 19 mars 1976, *R.C.J.B.*, p. 52, n° 6 : "*La responsabilité du banquier n'est autre que celle du professionnel. Elle doit donc s'apprécier selon les critères du droit commun, par comparaison avec la conduite du professionnel normalement avisé et prudent placé dans les mêmes circonstances extrinsèques*". Dans le même sens : L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening", *T.P.R.*, 1986, p. 369, n° 18.

En matière de responsabilité d'administrateur : J.RONSE, J. LIEVENS, "L'administration des sociétés – La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite", *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1985, p. 191, n° 7 : "*Dans leur appréciation, les tribunaux tiennent bien sûr compte du caractère professionnel de la responsabilité des administrateurs et gérants*". Dans le même sens : I. CORBISIER, "Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", *R.P.S.*, 1994, p. 58 : "*Plus précisément, à l'encontre de ce que commande l'abstraction de la référence au bon père de famille, l'examen de la jurisprudence révèle que les supériorités physiques ou intellectuelles de l'auteur du comportement prétendu fautif sont bel et bien prises en considération. Dans le domaine, qui nous intéresse, des responsabilités professionnelles, la nature de l'activité exercée et le niveau de spécialisation sont ainsi déterminants*".

[750] *Cf. infra* n° 309.

C. Intérêt à la dette de l'émetteur

278.- Dans la matière des lettres de patronage, l'intérêt de l'émetteur à la dette garantie résulte à l'évidence de sa participation dans le capital de la société patronnée, et éventuellement de sa qualité d'administrateur . Il peut également être déduit de la conception dualiste de la cause suivant laquelle les relations entre la société patronnée et l'émetteur font partie des mobiles déterminants de l'engagement de ce dernier.

L'intérêt à la dette a déjà été évoqué, notamment pour vérifier la conformité de la lettre à l'objet ou l'intérêt social de la société émettrice [751]. Il doit à nouveau être pris en compte lorsqu'on examine l'application des règles de droit commun – en particulier celles de la responsabilité – au sein des groupes de sociétés. A l'instar de l'accès à l'information (point A ci-dessus) et du professionnalisme (point B ci-dessus), il justifie une plus grande sévérité dans l'appréciation d'une éventuelle responsabilité de l'émetteur [752]. L'intérêt à la dette a même pour effet de réduire ses propres possibilités de recours, en particulier contre le bénéficiaire de la lettre de patronage qui aurait subordonné à son émission le concours à la société patronnée (l'hypothèse est celle de la mise en cause de sa responsabilité pour octroi fautif de crédit) [753].

---

[751] *Cfr supra* n° 196 et 217.

[752] En ce sens en matière de responsabilité d'administrateur : J. RONSE, J. LIEVENS, "L'administration des sociétés (...)", *op. cit.*, p. 190, n° 6. Lorsque DONY analyse la responsabilité des pouvoirs publics au titre de dispensateurs de crédit, elle souligne que la qualité d'actionnaire prépondérant de l'entreprise en difficulté ferait peser une obligation de surveillance plus étendue encore; "La responsabilité des pouvoirs publics en cas d'intervention dans une entreprise en difficulté", *J.T.*, 1990, p. 673.

[753] Lorsque T'KINT évoque le droit de la caution de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle du créancier (par exemple, un banquier ayant consenti des avances au débiteur garanti alors qu'il savait qu'il n'avait guère de chances de les recouvrer et ne comptait que sur la caution pour se rembourser), il réserve l'hypothèse où la caution a elle-même été consciente de la faute commise, voire y a participé. Il précise alors : "*Tel serait le cas fréquent du dirigeant qui s'oblige en qualité de caution de la société emprunteuse : si les avances consenties sont excessives – et donc fautives –, grief en sera fait autant au bailleur de fonds qu'au dirigeant qui les a sollicitées.*

Même dans l'hypothèse où le comportement du bénéficiaire serait reconnu fautif, il est probable que l'intérêt à la dette de l'émetteur justifie à tout le moins un partage des responsabilités [754].

279.- En conclusion de ce paragraphe, nous pouvons constater que la qualité de l'émetteur justifie souvent une plus grande sévérité dans l'application, à sa situation, des règles de droit commun. Cette sévérité sera-t-elle accentuée par la stipulation de la lettre de patronage ? C'est à la résolution de cette question que sont consacrés les deux paragraphes qui suivent. Nous y faisons la distinction suivant que cela concerne les tiers (§2) ou le créancier bénéficiaire de la lettre (§3).

Et il serait difficile de permettre à ce dernier de se dégager de son obligation de caution en plaidant l'abus de crédit. L'observation vaut, avec plus ou moins de pertinence, pour toute caution 'intéressée' *à la dette"*; F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3ème édition, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 384, n° 774.

[754] En ce sens en matière de cautionnement : P.A. FORIERS, "Les sûretés personnelles traditionnelles – Développements récents", *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1992, p. 178, n° 65. Ces commentaires peuvent être transposés en notre matière.

§ 2. A L'EGARD DES TIERS

280.- L'examen des lettres de patronage qui contiennent des obligations de ne pas faire et constituent de ce fait des garanties négatives, nous a déjà permis de préciser la portée qu'il convient de réserver au principe de l'effet relatif des conventions [755]. Pour rappel, le contenu de la convention ne concerne que les parties contractantes et les obligations qu'elle fait naître ne contraignent qu'elles. Il n'en reste pas moins que la convention est un fait dont l'existence s'impose à tous et que tous peuvent invoquer [756].

C'est dans ce cadre que, tout en identifiant les tempéraments que certaines règles de droit commun – telles qu'appliquées au sein des groupes de sociétés – apportent au principe de la personnalité juridique distincte, nous tenterons de mesurer les conséquences juridiques de la lettre de patronage, non seulement comme convention, mais aussi comme fait s'imposant aux tiers et dont ces derniers peuvent se prévaloir. A cet égard, il faut constater que la situation du ou des créanciers bénéficiaires de la lettre apparaît dérogatoire à celle des autres créanciers de la société patronnée. C'est à ces derniers que sont consacrés nos premiers commentaires, parce qu'il nous paraît logique d'exposer le général avant le particulier.

Les tempéraments au principe de la personnalité juridique distincte qui seront examinés sont, dans l'ordre, la responsabilité des fondateurs (1), celle des administrateurs (2), celle du dispensateur de crédit (3) et, accessoirement, l'extension de faillite (4). C'est à dessein que nous n'examinerons pas d'autres notions, telles que le prête-nom ou la société de fait, parfois évoquées pour expliquer certaines

---

[755] *Cf. supra* n° 96 à 99.

[756] C'est d'ailleurs ce qui explique qu'une faute *contractuelle* puisse également constituer une faute *extra-contractuelle* engageant la responsabilité d'une partie à la convention vis-à-vis des tiers. *Cf. infra* n° 315.

atténuations au principe de la personnalité juridique distincte [757]. La portée de ces notions en la matière est imprécise [758], ce qui ne pourrait que rendre aléatoire l'examen des effets d'une lettre de patronage à leur égard. On doit aussi constater que les hypothèses qu'elles visent sont très éloignées de ce que peut être l'objet d'une lettre de patronage [759], au contraire des règles analysées ci-après. Quant à l'apparence, envisagée en-dehors du domaine d'application de ces règles où elle peut effectivement jouer (le cas le plus évident étant celui de l'apparence de solvabilité pour laquelle le dispensateur de crédit peut être tenu responsable), ses effets ne semblent pouvoir concerner que le créancier bénéficiaire [760]. Pour ce motif, c'est dans le cadre du § 3 qu'elle sera spécifiquement examinée.

---

[757] Voir les commentaires de J. RONSE, J. LIEVENS, "De doorbrakproblematiek (...)", *op. cit.*, pp. 133 et s. ; S. VAN CROMBRUGGE, *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling (...), op.cit.*, pp. 308 et s.

[758] Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, pp. 57 et s., considère d'ailleurs qu'elles ne peuvent avoir de valeur explicative de la responsabilité d'une société mère pour certaines dettes d'une de ses filiales. M. COIPEL, *Répertoire notarial*, t. XII, L. II, "Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales", Bruxelles, Larcier, 1993, examine la société prête-nom comme justification possible de l'extension de faillite (étudiée ci-après). Il en écarte aussi la pertinence.

[759] Dans le même sens: M. COIPEL, *Les lettres de patronage, op. cit.*, p. 234, n° 337: "*Est-il besoin de souligner que les lettres de patronage n'établissent aucune confusion des activités qui permettrait de considérer que la société-mère et sa filiale constituent une société en nom collectif irrégulière ? Le fait même qu'une des deux sociétés emprunte et que l'autre patronne atteste une séparation des rôles et des activités. Il n'y a donc pas non plus création d'une apparence d'unité d'entreprise* ".

[760] Pour des exemples où elle est rejetée dans le chef d'un créancier d'une société filiale, voir Cass. com., 2 décembre 1997, *RJDA*, 4/98, p. 319 avec note ; CA Versailles, 9 janvier 1997, *D.*, 1997, p.450.

1. LA RESPONSABILITE DES FONDATEURS

A. Les fondements

281.- Conformément à l'article 456 du Code des sociétés:

> "*Les fondateurs sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire :*
> (...)
> *4° des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite, prononcée dans les trois ans de la constitution, si le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins (...)*".

Il paraît utile de rappeler que, dans les sociétés anonymes, tout comparant à l'acte constitutif reçoit d'office la qualité de fondateur, sauf mention contraire conformément à l'article 450, alinéa 2 en vertu duquel "*Si les actes (de constitution de société) désignent comme fondateurs un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble au moins un tiers du capital social, les autres comparants, qui se bornent à souscrire des actions contre espèces sans recevoir, directement ou indirectement, aucun avantage particulier, seront tenus pour simples souscripteurs*" [761].

B. L'incidence de la lettre de patronage

282.- Suivant WYMEERSCH, ce n'est qu'exceptionnellement que les règles relatives à la responsabilité des fondateurs devraient s'appliquer dans les groupes de

---

[761] Sur la question de la qualité de fondateur, voir F. HELLEMANS, « Oprichtersaansprakelijkheid is persoons- en niet aandelengebonden », *T.R.V.*, 1997, pp. 502 à 506.

sociétés. Pour cet auteur, la centralisation, au niveau du groupe, des moyens financiers et des décisions (notamment quant à la rentabilité des filiales) rendent peu probable la mise en cause d'une telle responsabilité [762]. L'explication ne semble valable que dans la mesure où chaque société peut effectivement s'appuyer sur un groupe fortement intégré et dont la situation financière globale est saine. Les moyens du groupe permettent alors de prévenir ou au moins de compenser une insuffisance de capital. A notre sens, tel n'est pas toujours le cas, de même que ne peut être écartée l'hypothèse dans laquelle une société mère décide de laisser tomber une de ses filiales.

La mise en cause d'une responsabilité de fondateur au sein d'un groupe de sociétés ne pouvant être totalement exclue, il nous paraît intéressant de mettre l'accent sur la doctrine et la jurisprudence qui suggèrent d'apprécier l'insuffisance du capital par référence non seulement au capital statutaire, mais aussi à l'ensemble des moyens financiers mis à disposition de la société constituée : les crédits bancaires et fournisseurs, les prêts des actionnaires, leur caution, d'éventuels subsides [763].

De ce point de vue, le mécanisme de la lettre de patronage confirme sa grande originalité : non seulement parce qu'elle est *dès son émission* une garantie susceptible d'être prise en compte pour apprécier le capital de la société patronnée, mais aussi parce que, dans de nombreux cas, son *exécution* aura précisément pour

---

[762] E. WYMEERSCH, "Enkele techieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid", *Liber amicorum F. DUMON*, Anvers, Kluwer, 1983, p. 321, n° 9.

[763] E. SMIT, « Le capital social et la responsabilité des fondateurs », *DAOR*, 1991, n° 18, p. 13. Les prêts de la société mère sont précisément un des exemples cités par J. RONSE, J. LIEVENS, « De doorbraakproblematiek (...) », *op.cit.*, p. 143, n° 12. Voir aussi C. PARMENTIER, "La responsabilité des dirigeants d'entreprise en cas de faillite", *R.D.C.*, 1986, p. 764, n° 31, cité par Liège, 5 mai 1995, *Rev. rég. dr.*, 1995, p. 314. Dans le même sens Mons, 17 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1361; Liège, 5 mai 1994, *R.D.C.*, 1996, p. 196 ; Bruxelles, 31 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 201, avec observations Cl. PARMENTIER. Pour la doctrine et la jurisprudence néerlandophones, voir : B. VAN BRUYSTEGEM, "Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal", *R.D.C.*, 1982, p. 140, n° 5 ; Gand, 5 octobre 1994, *R.D.C.*, 1996, p. 210.

objet de contraindre l'émetteur à mettre à la disposition de la société patronnée les moyens financiers lui permettant de faire face à tout ou partie de ses obligations [764].

283.- Déjà peu probable dans un contexte de groupe, la responsabilité de fondateur dans le chef de l'émetteur d'une telle lettre de patronage devrait donc être exclue. Le mécanisme présenterait aussi l'avantage pour le fondateur – émetteur de ne devoir mobiliser qu'un capital moindre pour la constitution de la société patronnée, tout en écartant le risque d'une éventuelle responsabilité du fait de cette constitution [765].

L'analyse ne vaut surtout que dans la mesure où la lettre fait naître de véritables engagements *juridiques* dans le chef de l'émetteur (les simples déclarations ou engagements *moraux* semblent moins susceptibles d'être pris en compte). Sous cette réserve, elle fournit incontestablement un argument supplémentaire en faveur de l'utilisation de la lettre de patronage, même en comparaison avec les autres sûretés.

2. LA RESPONSABILITE DES ADMINISTRATEURS

A. Les fondements

284.- La responsabilité des administrateurs de société anonyme peut être mise en cause sur le fondement des articles 527 (faute commise dans l'exécution de leur mandat), 528 (infraction au Code ou aux statuts), 530 (faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite – action dite "*en comblement de passif*") et 1382 du Code civil

---

[764] L'hypothèse est autre que celle d'un contrat de cautionnement où la caution s'engagerait seulement à payer, à la place du débiteur, un ou plusieurs créanciers déterminés (par définition).

[765] De ce point de vue, la lettre s'inscrirait dans la logique du « *zero balance system* » suivant lequel une filiale ne dispose pas de réserves financières propres et voit son financement dépendre exclusivement de la société mère. Sur cette question, voir J.W. WINTER, *Concernfinanciering*, Kluwer, Deventer, 1992, pp. 268 et s.

(devoir général de prudence) [766]. Ces dispositions se complètent les unes les autres (notamment quant à ceux qui peuvent s'en prévaloir : la société, les tiers ou le curateur), parfois se superposent [767] : elles n'en demeurent pas moins autonomes quant à leurs conditions d'application et leurs effets [768].

Il ne peut être dans nos intentions d'étudier ici le régime général de la responsabilité des administrateurs. Une doctrine très abondante lui a déjà été consacrée, à laquelle le lecteur nous autorisera à le renvoyer [769]. Nos commentaires seront d'abord limités à un bref examen de la notion d'administrateur de fait (B), ce qui nous permettra ensuite de mieux mesurer les incidences, sur la responsabilité des administrateurs, du groupe (C) et de la lettre de patronage (D).

---

[766] F. T'KINT, "Les responsabilités en cas de faillite et de liquidation volontaire", *DAOR*, 1995, n° 34, p. 12, doit être approuvé lorsqu'il relève que l'article 62, alinéa 2 - devenu l'article 528 du Code des sociétés - n'est qu'une application de l'article 1382 du Code civil : "*Méconnaître la loi ou les statuts est une faute aquilienne. Les administrateurs ont l'obligation de respecter le devoir général de prudence qui s'impose à tous*".

[767] Suivant TILQUIN, "*La bonne foi doit également animer les organes dans leurs relations avec les tiers : cette notion permet, en particulier, d'expliquer les cas où est retenue une faute de gestion* 'aquilienne'"; "La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes", *R.D.C.*, 1993, p. 110, n° 12. En ce sens notamment Anvers, 3 mars 1992, *R.P.S.*, 1993, p. 310, avec observations I. CORBISIER.

[768] La citation reprise ci-dessus doit ainsi être complétée de la remarque suivant laquelle "*Toute faute de gestion n'est évidemment pas une faute aquilienne*"; F. T'KINT, "Les responsabilités (...)", *op. cit.*, p. 13. Dans le même sens : I. CORBISIER, "Quelques réflexions (...)", *op. cit.*, pp. 32 à 36, qui démontre également que "*La faute aquilienne de l'administrateur ne consiste pas nécessairement en une faute de gestion*".

[769] Voir notamment la bibliographie choisie reprise en fin de ce chapitre.

285.- Deux remarques terminent cette brève introduction :

1° La possibilité pour une personne morale d'être administrateur de société anonyme n'est plus discutée [770] (reste seule controversée la question de la *représentation* de la personne morale ayant la qualité d'administrateur [771]). La remarque a son importance dès lors qu'on s'interroge sur l'éventuelle responsabilité de l'émetteur d'une lettre de patronage, émetteur dont on a déjà souligné qu'il pouvait être personne physique ou morale.

2° La responsabilité civile de l'administrateur de société peut être mise en cause indépendamment de tout élément intentionnel [772]. Peu importe qu'il ait voulu la faute, voire en ait seulement eu conscience. Si cet élément entre en ligne de compte pour l'appréciation d'une éventuelle responsabilité *pénale* [773], il

---

[770] Désormais, l'article 517 du Code des sociétés l'autorise expressément. En illustration de l'ancienne controverse, voir : J. HEENEN, "De la possibilité pour une personne morale d'être l'organe d'une société ou d'une association ayant la personnalité juridique", *R.P.S.*, 1954, pp. 81 à 87. Pour une référence plus récente : H. LAGA, "De uitoefening van een bestuurdersmandaat door een vennootschap", *DAOR*, n° 27, 1993, pp. 19 à 24.

[771] Sur cette question : O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés,* Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 63 et s. Voir aussi l'avant-projet de loi modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition , dont l'article 2 vise à modifier l'article 61 du Code des sociétés. Suivant le premier exposé des motifs de l'avant-projet, l'intention est que la personne physique qui représente une personne morale désignée comme administrateur, gérant ou membre du comité de direction soit dorénavant « *Sur le plan de la responsabilité, assimilée aux administrateurs, gérants ou membres du comité de direction et (...) de ce fait tenue personnellement et solidairement des obligations qui en découlent* ».

[772] P. VAN OMMESLAGHE, X. DIEUX, "Les sociétés commerciales – examen (1979-1990)", *R.C.J.B.,* 1993, p. 770, n° 124, qui font référence à Bruxelles, 9 octobre 1984, *R.P.S.*, 1986, p. 50 avec la note M. MARECHAL, "Sur l'abus de majorité dans les groupes de sociétés". L'arrêt de la Cour se prononce surtout sur le profit retiré de l'abus de majorité, considérant "*Qu'il n'est pas nécessaire pour étayer une action fondée sur l'abus de majorité que les actionnaires majoritaires tirent eux-mêmes directement profit de l'abus*".

[773] Voir Cass., 13 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 533, avec la note B. SPRIET, « Elk misdrijf - ook dat uit het bijzonder strafrecht - vereist een moreel of schuldbestanddeel ».

est en principe sans pertinence pour les commentaires qui ne visent que les aspects *civils* de la responsabilité [774]. Ceci ne saurait être négligé dès lors qu'on examine les conséquences indirectes (voire inattendues) de la stipulation d'une lettre de patronage.

B. L'administrateur de fait

286.- La règle est que l'administrateur *de fait* est tout autant responsable que l'administrateur *en titre* [775]. Mais comment l'appliquer dès lors que VAN OMMESLAGHE et DIEUX admettent eux-mêmes que la notion d'administrateur de fait demeure "*singulièrement floue*" ? Selon ces auteurs, l'administrateur de fait serait celui qui, prenant les décisions ressortissant de l'article 522 du Code des sociétés, et suivant toute autre circonstance à relever par le juge, a *en fait* la véritable maîtrise des affaires sociales [776].

L'administrateur de fait est expressément visé par l'article 530 du Code des sociétés (anciennement article 63*ter* des lois coordonnées sur les sociétés commerciales) qui s'applique à tout administrateur ou ancien administrateur, "*Ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société*". Suivant RALET, la disposition (introduite dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par la loi du 4 août 1978) irait plus loin que la notion d'administrateur de fait telle que développée par la jurisprudence, notamment parce qu'elle ne ferait plus référence aux

---

[774] Voir cependant les nuances apportées par CORBISIER, "Quelques réflexions (...)", *op. cit.*, p. 77, qui rappelle que " *L'influence qu'est susceptible d'exercer la gravité ou le caractère intentionnel de la faute sur la rétention du lien causal a été soulignée de longue date par le Professeur J. Dabin, au titre de l'intensité accrue du pouvoir causal qui pourrait être reconnue à la faute grave ou intentionnelle*".

[775] J. RONSE, J. LIEVENS, "L'administration des sociétés (...)", *op. cit.*, p. 215., n° 23 et les références citées.

[776] P. VAN OMMESLAGHE, X. DIEUX, "Les sociétés commerciales – examen (1979-1990)", *op. cit.*, p. 791, n° 130.

notions de *souveraineté* et *d'indépendance* que cette dernière utilise traditionnellement[777]. Faut-il y voir un nouveau critère de l'administration de fait, applicable à toutes les règles de responsabilité ? Ou bien l'élargissement de la notion ne concernerait-il que l'action en comblement de passif ? C'est en faveur de cette seconde solution que RALET semble se prononcer.

Pour notre part, si nous devons effectivement reconnaître que l'article 530 a un champ d'application spécifique, notamment en ce qu'il ne vise que la "*faute grave et caractérisée* [778] *ayant contribué à la faillite*", il nous semble délicat d'étendre cette spécificité à la notion d'administrateur de fait elle-même. La nuance, qui consisterait à apprécier différemment l'administration de fait suivant qu'on se situe dans le cadre de l'article 530 ou dans celui des articles 527, 528 du Code des sociétés ou 1382 du Code civil, semble bien peu praticable, notamment lorsqu'on se souvient que ces dispositions sont appelées à se compléter, voire à se superposer (la faute de gestion peut être une faute extra-contractuelle, mais pas nécessairement, et inversement ... [779]). Aussi nous rallions-nous à la doctrine qui voit seulement dans le texte de l'article 530 la consécration légale d'une position déjà prise par la jurisprudence pour l'application des règles de responsabilité aux administrateurs de société [780].

---

[777] O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, *op. cit.*, p. 181, n° 126. Voir notamment Com. Bruxelles, 30 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 524 qui renvoie seulement au pouvoir "*de décider du sort commercial et financier de la société faillie*".

[778] Une autre notion dont il faudrait également admettre qu'elle demeure "*singulièrement floue*" ...

[779] *Cf. supra* n° 284 et notes.

[780] J. RONSE, J. LIEVENS, "L'administration des sociétés (...)", *op. cit.*, p. 215, n° 23. Dans le même sens : J-L., JASPAR, A. DE SMETH, "La notion de gérant de fait", *J.T.*, , 1984, pp. 645 à 648, qui commentent l'article 63*ter* par référence aux jurisprudences belge et française antérieures à son adoption. Cette solution est à comparer avec celle du droit néerlandais où la responsabilité d'administrateur ne peut être étendue à celui qui a détenu le pouvoir de diriger en fait la société que dans les hypothèses légalement organisées. En ce sens Hoge Raad, 28 avril 2000, *N.J.*, 2000, n° 411 ; *Ondernemingsrecht,* 2000, p. 296, avec la note M. L. LENNARTS (affaire MONTEDISON).

287.- L'examen de cette jurisprudence permet de constater que la notion d'administration *de fait* n'est reçue qu'en référence aux critères suivants, appliqués de manière cumulative :

- une activité positive (prise de position dépassant le simple conseil) [781],
- une activité de gestion (susceptible d'orienter le sort de l'entreprise) [782],
- une activité exercée en pleine indépendance et liberté (comme l'expriment de manière heureuse JASPAR et DE SMET : "*En dehors ou en dépit des organes légaux institués*" [783]).

Ces conditions sont sévères [784]. Elles ne sont rencontrées que lorsque l'administrateur de fait a agi *en se substituant* aux organes sociaux, soit parce qu'ils n'existaient pas, soit parce qu'ils étaient inactifs, soit encore parce qu'il leur a imposé ses décisions [785]. La responsabilité de l'administrateur de fait – si elle est retenue –

---

[781] Liège, 1er décembre 1969, *R.P.S.*, 1971, p. 280 avec la note Cl. LEMPEREUR, écartant la responsabilité des membres d'un Comité de direction dont "*Les interventions extérieures se placent uniquement dans le cadre de* 'bons offices', *et non pas d'une délégation de pouvoirs*".

[782] La prise en charge d'une mission de surveillance technique ne répond pas à ce critère. En ce sens Com. Bruxelles, 3 avril 1984, *R.P.S.*, 1984, p. 184.

[783] J-L. JASPAR, A. DE SMETH, "La notion de gérant de fait", *op. cit.*, p. 645, et les références citées.

[784] La remarque vaut aussi pour l'article 530, dont les cas d'application restent rares (en ce sens : F. T'KINT, "Les responsabilités en cas de faillite et de liquidation volontaire", *op. cit.*, p. 19). Preuve s'il en est que des concepts "*flous*" – susceptibles pour ce motif de recevoir une application extensive – peuvent conduire à l'effet exactement inverse.

[785] J-L. JASPAR, A. DE SMETH, "La notion de gérant de fait", *op. cit.*, p. 648. Dans le même sens à propos des groupes de sociétés : S. VAN CROMBRUGGE, *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling (...), op.cit.*, p. 269, n° 216. Ce sont des critères similaires que l'on retrouve en droit néerlandais : voir J.B. HUIZINK, C.A. SCHWARZ, L. TIMMERMAN, *Rechtspersonen,* Titel 4 « Naamloze vennootschappen », Kluwer, Band 2, artikel 138, p. 52, qui relèvent judicieusement que l'administrateur de fait se trouve parfois dans une position plus favorable que

n'est pas élisive de celle des administrateurs en titre [786]. Dans certains cas (et notamment lorsque l'action en responsabilité est fondée sur l'article 528), il faudra même conclure à leur responsabilité solidaire [787].

C. L'incidence du groupe de sociétés

288.- CORNELIS a livré une contribution de 82 pages sur la question de l'incidence du groupe sur la responsabilité des administrateurs. Après avoir constaté que la question ne semble pas se poser en pratique [788], il conclut par le fait qu'elle doit en tous cas être réglée conformément aux règles de droit commun : "*Het bestaan en de werking van een vennootschapsgroep kunnen bij de toepassing van de aansprakelijkheidsregels een rol spelen, maar kunnen de inhoud en de draagwijdte van de, op de vennootschap toepasselijke rechtsregels (o.m. wat de aansprakelijkheid van bestuurders betreft) niet wijzigen*" [789]. On nous autorisera à nous sentir frustré par une telle conclusion :

---

l'administrateur en titre, seul concerné par certaines présomptions de responsabilité. Voir également l'intéressante nuance du droit allemand qui semble imposer que l'administrateur de fait soit aussi celui qui agit avec le consentement des actionnaires; H.-J. FREUND, « Germany », *Directors' Liabilities in Case of Insolvency*, The Hague - London - Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 279.

[786] O. RALET, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, *op. cit.*, p. 71, n° 46.

[787] La solidarité reste une faculté dans le cadre de l'article 530. A noter que l'action en responsabilité contre l'administrateur de fait ne saurait être fondée sur l'article 527 : n'ayant – par définition – reçu aucun mandat, il ne saurait commettre de faute dans son exécution. La même disposition pourra cependant justifier une responsabilité *individuelle* des administrateurs en titre, pour la faute ayant précisément consisté à se laisser substituer par l'administrateur de fait. Sur cette question, voir : L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband", *Aspekten van ondernemingsgroepen*, Anvers, Kluwer, 1989, p. 166, n° 32.

[788] Il relève qu'au moment de son étude (1989), la jurisprudence publiée n'en contiendrait aucune trace; L. CORNELIS, "De aanpsrakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband", *op. cit.*, 1989, p. 178, n° 38.

[789] *Ibidem*, p. 193, n° 48.

- d'une part, parce qu'elle semble omettre le contentieux relatif à l'intérêt social, tel qu'interprété par référence aux groupes de sociétés. Pour les motifs expliqués ci-dessus, il s'agit d'un problème de responsabilité d'administrateur [790],

- d'autre part, parce qu'elle ne dit finalement pas grand'chose sur la manière avec laquelle les règles de responsabilité doivent être interprétées dans le contexte de groupe.

289.- Nous sommes dès lors tenté de rejoindre l'opinion d'HOIR-LAUPRÊTRE suivant qui « *S'il est juridiquement exact (et souhaitable économiquement) que les filiales demeurent des personnes morales distinctes, on ne peut nier que leur autonomie se trouve amoindrie au bénéfice d'une direction centralisée au niveau de la société mère, ce qui amène à envisager une application spécifique des règles classiques de la responsabilité* » [791]. Mais quel peut être le sens de cette application spécifique ? L'auteur n'y répond à notre sens que partiellement lorsqu'il se borne à relever « *Un certain degré d'immixtion légitime dans les affaires de sa filiale à toute société mère comme corollaire de son pouvoir de direction des intérêts du groupe* » [792]. Concrètement, la question nous semble devoir être traitée sur deux niveaux. Il est remarquable que l'incidence du groupe s'y manifesterait de manière contradictoire [793] :

---

[790] *Cf. supra* n° 224 et s. Il faut probablement constater que c'est le plus souvent par le biais des administrateurs, et non par une décision d'assemblée générale, qu'une société mère impose sa volonté à sa filiale. En ce sens : E. WYMEERSCH, "Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid", *op. cit.*, p. 329, n° 21.

[791] C. d'HOIR-LAUPRÊTRE, "L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés", *D.*, Chr. LXVI, 1993, p. 250.

[792] *Ibidem*, p. 250.

[793] Nous avons déjà mentionné l'absence de principes directeurs de la jurisprudence lorsqu'elle appréhende les groupes des sociétés par le biais des règles de droit commun. *Cf. supra* n° 272.

- Concernant la qualité d'administrateur

Il paraît exclu que la seule centralisation des objectifs, des décisions et des moyens qui caractérise le groupe soit le siège de nouvelles responsabilités de la société mère, sauf à mettre en péril le principe même de la personnalité juridique distincte. C'est le « *degré d'immixtion légitime* » mentionné ci-dessus [794]. Ce n'est que dans la mesure où la direction unique répond effectivement aux critères de l'administration de fait qu'elle peut être le fondement d'une responsabilité d'administrateur. A notre sens, le « *degré d'immixtion légitime* » suggère qu'entre sociétés liées, l'administration de fait ne puisse être constatée qu'à des conditions particulièrement strictes. L'existence du groupe se traduirait ainsi par un assouplissement des règles de responsabilité [795].

- Concernant les devoirs de l'administrateur

Dès lors que la qualité d'administrateur de la société mère est établie (que ce soit comme administrateur en titre ou aux conditions d'une administration de fait appréciée sévèrement pour les motifs précités), l'incidence du groupe se manifeste à nouveau. Cette fois, ce serait dans le sens d'une application plus sévère des règles de responsabilité. C'est en effet ce que suggèrent l'accès à l'information et le professionnalisme - voire l'intérêt à la dette lorsqu'il s'agit d'une opération de garantie - que nous avons évoqués au paragraphe qui précède [796].

---

[794] Dans le même sens J.W. WINTER, *Concernfinanciering*, Kluwer, Deventer, 1992, p. 272 : « *Dat de invloed van de moedermaatschappij op het beleid van de dochtervennootschap op zichzelf niet voldoende is voor aansprakelijkheid* ».

[795] C'est d'ailleurs ce que nous avons déjà pu constater lors de l'examen de la conformité des actes d'administration avec l'intérêt social, ce dernier pouvant être interprété avec souplesse par référence à « l'intérêt du groupe ». *Cf. supra* n° 211 et s.

[796] Voir cependant le contexte de groupe qui, comme nous l'avons déjà évoqué, permettrait aussi d'accentuer l'appréciation *raisonnable* et *a-priori* de l'éventuelle responsabilité des administrateurs. *Cfr supra* n° 228 - 229. Ceci illustre particulièrement la *relativité* du regroupement

Une analyse de la jurisprudences belge et étrangère semble confirmer cette analyse. Tout en acceptant le principe et le fonctionnement d'une centralisation des décisions, les juges témoignent aussi d'une plus grande sévérité à l'égard de l'administrateur lorsqu'il est également l'associé dominant et détient, à ce titre, la totale maîtrise de la société administrée. En particulier, l'accès à l'information que permet cette seule circonstance justifierait que soient imposés à l'administrateur et associé dominant des devoirs plus étendus, en matière de charge de la preuve, que ceux qui incombent à l'administrateur ordinaire [797].

D. L'incidence de la lettre de patronage

290.- Nous pouvons maintenant examiner l'incidence de la lettre de patronage sur les règles qui viennent d'être rappelées. Nous le ferons suivant la structure jusqu'à présent utilisée et distinguerons la situation de l'administrateur de fait (incidence des règles du droit commun de la responsabilité sur le groupe; *Fig. 1*)

---

des sociétés que nous avons déjà mentionnée (*Cfr supra* n° 270) et la difficulté de principes directeurs pour l'appréhender par le seul biais des règles de droit commun (*Cfr supra* n° 272). Nous y voyons un argument supplémentaire à l'appui de la sécurité juridique que la lettre de patronage peut amener dans la relation particulière entre l'émetteur et le créancier bénéficiaire.

[797] Voir à ce sujet les savants commentaires de I. CORBISIER, "Quelques réflexions (...)", *op. cit.*, pp. 67 à 75 et les références citées . A propos de l'arrêt du BGH du 23 septembre 1991 (arrêt VIDEO), J.-G. RECQ, A. SCHRÖDER, « La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne (...), *op. cit.*, p. 713, soulignent un véritable *renversement* de la charge de la preuve. Dans le même sens : Hoge Raad, 20 novembre 1998, *Ondernemingsrecht*, 1999, p. 22 (sommaire), avec la note L. TIMMERMAN. A noter qu'indépendamment de la qualité d'actionnaire, le rôle particulier joué par les administrateurs dans les groupes de sociétés - rôle qui se traduit parfois par une plus grande indépendance vis-à-vis de l'assemblée générale que dans une société « ordinaire » - serait lui aussi de nature à justifier une appréciation plus sévère des règles de responsabilité. En ce sens : J. ENGRACIA ANTUNES, *Liability of Corporate Groups, op.cit.*, p. 91.

et celle de l'administrateur en titre (incidence du groupe sur les règles du droit commun de la responsabilité; *Fig.* 2).

Fig. 1

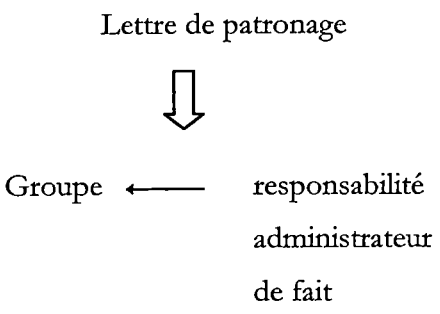
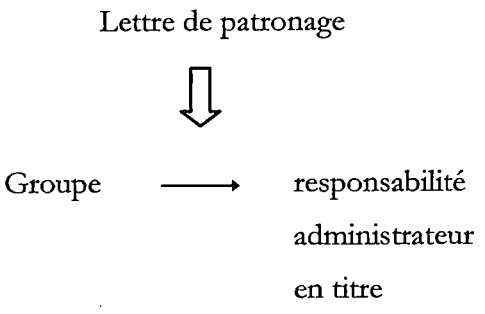


Fig. 2



1. L'administrateur de fait

291.- L'objet de la lettre de patronage peut être l'engagement de l'émetteur d'assurer une assistance ou un contrôle sur la gestion de la société patronnée, de veiller à sa bonne structure financière, de maintenir ou commencer une politique de gestion bien précise (celle du groupe, de l'émetteur ou une autre encore). On ne peut nier que de tels engagements (et même de simples déclarations concernant le crédit garanti ou la politique de gestion suivie ou envisagée) peuvent créer les indices d'une administration de fait, par l'émetteur, de la société patronnée [798].

A diverses reprises, la doctrine a déjà eu l'occasion d'insister sur les risques en ce sens attachés à la stipulation des garanties négatives [799]. On trouve la même mise en garde en ce qui concerne les conventions d'actionnaires relatives à la gestion de la

---

[798] Les réflexions qui vont suivre n'ont leur intérêt que dans la mesure où l'émetteur n'a pas déjà la qualité d'administrateur *en titre* de la société patronnée.

[799] A. VERBEKE, I. PEETERS, "Negatieve zekerheden", *DAOR*, 1996, p. 43, n° 26; F. DIERCKX, "Juridische kanttekeningen bij enkele nieuwe financiërings-en zekerheidstechnieken", *Rev. Banque*, 1987/2-3, p .148.

société [800]. Nous avons déjà souligné la parenté entre ces conventions et les lettres de patronage [801]. Enfin, dans la matière des groupes de sociétés, une doctrine autorisée reconnaît que la centralisation des décisions en matière de projets d'investissements ou de tenue de la comptabilité, peut parfois établir l'administration en fait dans le chef de la société mère [802].

292.- Bien que, dans la matière des lettres de patronage, le risque ait également été souligné [803], nous pensons démontrer ci-après qu'il ne peut être exagéré. Nos arguments sont les suivants :

1. Conformément à la jurisprudence, l'administration de fait ne peut être constatée qu'à de strictes conditions [804]. En particulier, le simple conseil ou l'assistance ne suffit pas. Quant au pouvoir de gestion, il ne devrait être pris en compte que s'il est *effectivement* [805] et *habituellement* [806] exercé.

---

[800] B. FERON, "Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995", *R.D.C.*, 1996, p. 705; O. RALET, "Les conventions d'actionnaires", *DAOR*, 1987/4, p. 379.

[801] *Cf. supra* n° 232.

[802] E. WYMEERSCH, "Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid", *op. cit.*, p. 333, n° 25. Voir cependant S. VAN CROMBRUGGE, *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling* (...), *op.cit.*, p. 268, n° 216, pour qui les objectifs communs et la direction unique, envisagés seuls, ne suffisent pas à établir l'administration de fait. Nous partageons cette opinion.

[803] M. COIPEL, "Lettres de patronage et droit des sociétés", *Les lettres de patronage, op. cit.*, p. 233.

[804] *Cf. supra* n° 287.

[805] Lorsque Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés, op. cit.*, p. 81, n° 117, fait référence à la jurisprudence européenne ayant parfois imputé le comportement d'une filiale à sa société mère, il insiste sur le fait que la Commission et la Cour paraissent bien avoir pris position quant au fait que la faculté d'exercer un pouvoir de contrôle ne suffit pas : il doit être exercé concrètement. Voir notamment C.J.C.E., 14 juillet 1972, *Commercial Solvents*, 48/68, *Rec.*, 1972, p. 619 ; *Rev. trim.dr.eur.*, 1972, p.776, avec les conclusions de M. l'Avocat général H. MAYRAS. Dans le même sens : G. VANDERSANDEN, « Communautés européennes - examen de jurisprudence (1993 à 1998) », *R.C.J.B.*, 1999, p. 578, n° 88 : « *La théorie de l'unité économique permet d'envisager un groupe de sociétés comme une entreprise unique aux fins du droit de la concurrence, pour autant que la société mère exerce un contrôle effectif sur le comportement de*

2. La lettre de patronage est le plus souvent la garantie accessoire d'une opération principale. Dans cette hypothèse, elle suppose à tout le moins l'intervention de trois parties, et notamment celle de la société patronnée à l'opération principale garantie. Dans un tel contexte, l'inexistence ou la totale passivité des administrateurs en titre de la société patronnée est moins probable [807]. Très utilement, la lettre de patronage devrait mentionner que l'émetteur n'entend en aucun cas se substituer aux organes de la société patronnée [808].

3. Suivant RALET, "*La qualification d'administrateur de fait suppose en outre que l'immixtion dans la gestion intervienne sans aucun fondement légal ou contractuel*"[809]. Outre qu'on peut concevoir que le groupe constitue précisément ce fondement (dans sa conception structurelle – liens de capital [810] ou dans sa conception contractuelle – accords de direction), on peut en tout état de cause envisager que la lettre de patronage elle-même soit le fondement contractuel qui ferait obstacle à la qualification d'administrateur de fait. Pour être concret, nous pensons que la

---

la filiale ». Pour un exposé du droit européen de la concurrence en ce sens, voir aussi J. ENGRACIA ANTUNES, *Liability of Corporate Groups, op.cit.,* pp. 414 et s.

[806] D. OHL, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, op. cit.,* p. 265, n° 369, estime que ce sera rarement le cas des sociétés mères et des sociétés holding, tout en admettant que les opérations de financement seront de celles qui permettront d'établir la direction de fait.

[807] La situation paraît autre que celle où seulement deux parties contractantes devraient intervenir. Dans cette hypothèse, on conçoit plus facilement qu'un administrateur de fait se substitue à des administrateurs en titre passifs ou inexistants.

[808] Dans certains cas, on pourrait aussi concevoir que la société patronnée soit partie à la lettre, cette intervention étant un indice du fonctionnement de ses organes sociaux auxquels l'émetteur n'entend pas se substituer.

[809] O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés, op. cit.,* p. 69, n° 46, évoque notamment le mandat qui serait donné par la société administrée.

[810] On peut rappeler ici la référence d'HOIR-LAUPRETRE, déjà citée, suivant laquelle "*Il faudrait admettre un certain degré d'immixtion légitime dans les affaires de sa filiale à toute société mère comme corollaire de son pouvoir de direction des intérêts du groupe : il appartiendrait aux juges d'apprécier cette légitimité au cas par cas eu égard aux caractéristiques propres au groupe considéré.*"; "*L'émergence d'un droit des obligations* (...)", *op. cit.,* p. 250.

lettre de patronage entre l'émetteur et le créancier bénéficiaire, fixant le cadre contractuel des interventions du premier, est de nature à réduire les risques de la qualification d'administration de fait qui, peut-être, pourrait être constatée en l'absence de document [811] .

4. Enfin, il est nécessaire de rappeler que nous n'envisageons ici que la mise en cause de la responsabilité de l'émetteur *par les tiers* (les droits du créancier bénéficiaire étant examinés au paragraphe suivant). Par conséquent, même si, malgré ce qui précède, il fallait admettre que lettre elle-même constitue, en fonction des circonstances, l'indice d'une administration de fait, encore faudrait-il que les tiers en aient connaissance. Ce risque devrait lui aussi être réduit par la stipulation d'une clause de confidentialité [812].

293.- En conclusion de ce qui précède, il apparaît que les risques que la stipulation d'une lettre de patronage soit à l'origine d'une responsabilité supplémentaire dans le chef de l'émetteur – en qualité d'administrateur de fait de la société patronnée – sont très réduits. Dans certaines circonstances, nous pensons au contraire que l'émetteur trouverait un avantage à la lettre de patronage, par la précision des modalités de son intervention (et notamment la mention qu'il n'entendrait pas se substituer aux organes de la société patronnée) et le fait que la lettre serait précisément le fondement contractuel faisant obstacle à la qualification d'administrateur de fait.

---

[811] Le cas échéant, ceci devrait être combiné avec la confidentialité que nous suggérons au point suivant.

[812] Ceci étant dit sans préjudice à l'obligation de mentionner l'existence de la lettre de patronage dans les annexes aux comptes annuels, dans les conditions examinées ci-dessus. *Cf. supra* n° 16, 31 - 32.

2. L'administrateur en titre

294.- Dans l'hypothèse ici envisagée, l'émetteur a la qualité d'administrateur *en titre* de la société patronnée. Nous avons vu que le contexte de groupe et ses corollaires justifient une application plus sévère de certaines règles de responsabilité (notamment sous l'angle de la preuve) [813]. Quelle peut encore être l'incidence de la stipulation d'une lettre de patronage ? Suivant notre analyse, ses effets sont certainement de confirmer l'incidence que le groupe pourrait avoir sur l'application des règles du droit commun de la responsabilité, d'une part, en formalisant l'existence et le fonctionnement du groupe [814], et d'autre part, en confirmant expressément l'accès à l'information, le professionnalisme ou l'intérêt à la dette de l'émetteur (que la lettre ait pour objet une simple déclaration ou un engagement précis). Dans certains cas, il faut bien admettre que la lettre ne pourrait qu'aggraver l'*effet de groupe*.

295.- Cependant, on ne saurait exagérer l'effet de groupe (qui existe indépendamment de toute lettre de patronage [815]), ni la portée de son aggravation (celle qui résulterait de la stipulation d'une lettre) :

1. C'est notamment sous l'angle de la charge de la preuve que le contexte de groupe semble aggraver la responsabilité des administrateurs. De ce point de vue, il est loin d'être évident que la lettre de patronage, les déclarations ou engagements qu'elle contient, justifient une plus grande sévérité à l'égard de l'émetteur. On ne

---

[813] *Cf. supra* n° 288 - 289.

[814] Voir la citation de BELLIS en introduction à notre étude : "*La lettre de patronage tend à* 'conforter' *son bénéficiaire en formalisant au profit de celui-ci, de manière plus ou moins pénétrante et avec une force contraignante plus ou moins grande, les conséquences obligationnelles s'attachant à la détention d'une participation significative*"; *Les lettres de patronage*, *op. cit.*, p. 17, n° 20. Pour rappel, notre point de vue est également de considérer que les relations entre l'émetteur et la société patronnée font partie de la cause de la lettre de patronage. *Cf. supra* n° 142 à 147.

[815] Nous avons vu par ailleurs que l'incidence du groupe opérait en sens divers. *Cf. supra* n° 228 - 229, 289 et notes.

peut exclure que ce dernier se retranche précisément derrière la garantie pour établir, avoir eu accès à certaines informations, mais non à d'autres, avoir expressément décliné certains engagements quant à la gestion ou la structure financière de la société patronnée [816], etc... La formalisation que représente la lettre de patronage, et la sécurité juridique qui en est le corollaire, pourraient au contraire faciliter la preuve mise à charge de l'administrateur-émetteur.

2. La responsabilité des administrateurs de société ne génère qu'un contentieux relativement restreint [817]. Cela se vérifie dans les groupes de sociétés [818]. Par conséquent, même s'il fallait admettre que la lettre de patronage est susceptible d'aggraver l'éventuelle responsabilité de l'émetteur, en sa qualité d'administrateur en titre d'une société liée, encore conviendrait-il de constater le caractère essentiellement théorique du risque accru. La remarque est formulée sous la réserve de ce que pourrait décider la jurisprudence à la suite d'un développement de la pratique des lettres de patronage.

3. Enfin, il est (ici aussi) nécessaire de rappeler que ce paragraphe n'examine que la mise en cause de la responsabilité de l'émetteur *par les tiers* [819]. L'aggravation de la responsabilité de l'émetteur supposerait que le demandeur à l'action ait pu prendre connaissance de l'existence de la lettre et de son contenu. Le risque pourrait être réduit par la stipulation d'une clause de confidentialité.

296.- A l'instar de ce que nous avons pu constater à propos de l'administration de fait, nous pouvons donc conclure à une relative neutralité de la

---

[816] Ce serait par exemple le cas de la déclaration ou de l'engagement purement moral. Bien entendu, aucune clause de la lettre n'autoriserait l'émetteur à échapper à ses devoirs d'administrateur.

[817] En ce sens, en 1994 : I. CORBISIER, "Quelques réflexions (...)", *op. cit.*, p. 8, n° 2. Nos recherches nous amènent à le confirmer.

[818] *Cf. supra* n° 288 - 289.

lettre de patronage pour l'application des règles de responsabilité dans les groupes de sociétés. Si nous avons effectivement pu constater que ces règles et les groupes s'influencent mutuellement, l'incidence de la stipulation d'une lettre de patronage paraît mineure en comparaison. Dans certaines circonstances, on pourrait même considérer que la lettre sert les intérêts de son émetteur.

3. LA RESPONSABILITE DU DISPENSATEUR DE CREDIT

A. Les fondements

297.- Contrairement à la responsabilité des administrateurs, celle du dispensateur de crédit ne fait pas l'objet de dispositions légales. Elle est une création de la jurisprudence qui a entendu sanctionner les fautes commises à l'occasion de l'octroi, du maintien ou de la rupture d'un crédit : imprudence ou fausse apparence de solvabilité dans les deux premiers cas [820]; résiliation abusive dans le troisième. A ces trois séries d'hypothèses s'en ajoute une quatrième visant la participation du créditeur à la gestion du crédité. Dans ce dernier cas, c'est la faute commise dans une administration de fait en violation du principe de « non-ingérence » [821] qui fonde

---

[819] Remarque identique à celle précédemment formulée à propos de l'administrateur de fait. *Cf. supra* n° 292.

[820] Sur l'apparence de solvabilité, voir en particulier les solutions du droit néerlandais dans le cadre de la *« Erba-leer »*, ainsi dénommée par référence à l'arrêt du Hoge Raad du 28 juin 1957, *N.J.*, 1957, n° 514. Les solutions y sont très semblables à celles du droit belge. On y remarque cependant l'importance accordée au devoir de diligence des créanciers eux-mêmes. Dans leurs commentaires, A.A.M. DETERINK et L.L.M. PRINSEN, « De aansprakelijkheid van de bank en de Erba-leer », *Bank & Aansprakelijkheid*, Kluwer, Deventer, 1996, p. 167, font eux aussi la comparaison entre la situation de l'établissement de crédit et celle de la société mère d'un groupe (et ce par référence aux arrêts *Osby* et *Albada Jelgersma* déjà cités).

[821] Pour une application de ce principe, voir Bruxelles, 6 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 703 : *« Que le banquier n'a pas à se substituer à son client dans la conduite de ses affaires »*.

l'éventuelle responsabilité [822]. La responsabilité du dispensateur de crédit peut être contractuelle ou extra-contractuelle suivant qu'elle est invoquée par le crédité lui-même ou les tiers. Seuls les droits d'action de ces derniers sont ici examinés.

Il ne peut être question pour nous d'entrer dans le détail d'une matière à l'examen de laquelle les meilleurs auteurs se sont déjà consacrés [823]. A l'instar de ce que nous avons fait pour la responsabilité des administrateurs, nos commentaires seront exclusivement consacrés à la situation de groupe de sociétés (B) et à l'incidence de la lettre de patronage (C). Nous n'examinerons pas davantage la question de la prise en compte des sûretés pour l'évaluation des possibilités réelles de remboursement des crédits [824]. Il s'agirait en effet d'une question touchant

---

[822] Les critères utilisés sont ceux de l'administrateur de fait, tels que nous les avons identifiés ci-dessus. A noter la situation particulière du banquier qui, sans pouvoir s'immiscer dans la gestion du crédité, est néanmoins tenu de surveiller la bonne exécution de la convention de crédit et, lorsque son remboursement semble définitivement compromis, d'y mettre fin, "*Avec pour conséquence que la continuité de l'entreprise dépend en fait du banquier*" (J-P. BUYLE, "La responsabilité du banquier face aux entreprises en difficulté", *La banque face aux entreprises en difficulté*, Association belge des banques, 13 mai 1997, p. 23). Sur ce qui est parfois appelé le "*dilemme du banquier*", voir: P. VAN OMMESLAGHE, L. SIMONT, "De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het Belgisch recht", *T.P.R.*, 1986, p. 1111, n° 29; L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening", *T.P.R.*, 1986, p. 389, n° 36; D. VAN GERVEN, "De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietverlener ten aanzien van de schuldeisers van de onderneming in moeilijkheden", *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Bruxelles, Vlaams Pleitgenootschap, 1994, p. 100, n° 35.

[823] Voir la bibliographie choisie reprise en fin de ce chapitre. Voir aussi E. WYMEERSCH, M. DAMBRE, « Privaat bankrecht - overzicht van rechtspraak 1992-1998 », *T.P.R.*, 1999, pp. 1797 à 1813 et les références citées.

[824] Suivant une abondante doctrine, il faut, pour apprécier si l'octroi d'un crédit (créant une apparence de solvabilité) est fautif, tenir compte des possibilités réelles de remboursement du crédité, et non des sûretés. Nous en avons déjà discuté à propos de la clause suivant laquelle le crédit n'a été émis qu'en considération de la lettre. *Cf. supra* n° 36 et note. Suivant Y. SCHOENTJES MERCHIERS, "La responsabilité civile du donneur de crédit", note sous Cass., 19 mars 1976, *R.C.J.B.*, 1977, p. 55, n° 10, de fortes sûretés pourraient faire planer un doute quant à la bonne foi du banquier. Le problème est loin d'être simple car on considère aussi qu'un crédit est fautif quand il n'est pas suffisamment couvert. En ce sens : L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van de bankier (...)", *op.cit.*, p. 377, n° 25.

éventuellement à la responsabilité du créancier bénéficiaire de la lettre de patronage, qui aurait subordonné à celle-ci son soutien à la société patronnée. Dans la mesure où ce sont les tempéraments au principe de la personnalité juridique distincte qui font l'objet de ce chapitre, c'est la responsabilité de l'émetteur qui doit seule être examinée.

B. La situation du groupe de sociétés

298.- La notion de *dispensateur de crédit* est particulièrement large : elle vise le banquier, mais aussi les pouvoirs publics, le fournisseur, l'assureur crédit ... Dans une des premières études consacrées à la question, ZENNER et HENRION ne manquaient pas d'évoquer les groupes de sociétés en écrivant que "*Les affiliations – souvent confuses – dont se prévalent certaines sociétés avec d'autres du même groupe, peuvent aussi être la source d'un crédit factice*" [825]. En raison de l'aide qu'elle accorde à l'une de ses filiales, il ne fait aucun doute qu'une société mère peut recevoir la qualité de dispensateur de crédit [826]. La question est donc de voir si, en raison du contexte de groupe, les règles de responsabilité lui sont appliquées de manière spécifique.

Il paraît normal qu'une société mère vienne en aide à ses filiales [827], même lorsqu'elles sont déficitaires [828]. Alors que ceci devrait justifier une application moins sévère des règles de responsabilité – en comparaison avec celle réservée à un banquier indépendant – c'est en sens inverse que se prononce la doctrine :

---

[825] A. ZENNER, R. HENRION, "La responsabilité du banquier (...)", *op. cit.*, p. 471.

[826] Pour un bel exemple de responsabilité à ce titre (confiance dans le fait que la dette serait payée par la société mère), voir Hoge Raad, 18 novembre 1994, *N.J.*, 1995, n° 170, avec la note Ma (arrêt SECURICOR).

[827] En ce sens : D. OHL, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, *op. cit.*, p. 126, n° 183, déjà cité ci-dessus à propos de l'objet social : "*La mission de financer le groupe apparaît comme le prolongement* nécessaire *de l'objet d'une société dominante* (...)".

[828] E. WYMEERSCH, "Enkele technieken (...)", *op. cit.*, , p. 322, n° 11.

- d'une part, en raison de l'accès à l'information qui caractérise la société mère [829] (on peut y ajouter son professionnalisme lorsque ce dernier est vérifié [830]),

- d'autre part, pour le motif que le soutien de la société mère a souvent, aux yeux des tiers, un poids plus important que celui du banquier indépendant [831].

C. L'incidence de la lettre de patronage

299.- Contrairement à ce que suggérait notre analyse des règles relatives à la responsabilité des administrateurs, il est difficile de prétendre ici à une neutralité de la lettre de patronage. En effet, dès son *émission*, la lettre contribue au crédit de la société patronnée. L'émetteur doit éventuellement en répondre [832]. L'apparence de solvabilité qu'offre la lettre et le fait que le créancier bénéficiaire en a plus que probablement fait la condition de son concours à la société patronnée, sont autant de circonstances qui entrent en ligne de compte. Ces premiers commentaires valent pour toute lettre de patronage. La question doit aussi être examinée en fonction de la grande variété de son contenu.

Il arrive que la lettre ne produise d'effets qu'au moment de sa signature : c'est le cas lorsqu'elle ne contient que des informations mises à disposition du créancier au

---

[829] *Cf. supra* n° 276. Dans le même sens ici : D. OHL, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, *op. cit.*, pp. 273 et s.

[830] *Cf. supra* n° 277.

[831] P. VAN OMMESLAGHE, "Rapport général", *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, *op. cit.*, p. 119, n° 86. A noter que le point de vue contraire a été défendu pour les pouvoirs publics, par référence à leur fonction politique qui peut les amener à chercher à préserver la vie des entreprises. Pour M. DONY, "La responsabilité des pouvoirs publics en cas d'intervention dans une entreprise en difficultés", *op. cit.*, p. 674, les pouvoirs publics peuvent ainsi être amenés à prendre des risques plus importants que dans le privé.

moment de conclure l'opération principale. Le plus souvent - à l'instar des autres garanties - la lettre est destinée à produire des effets futurs. Ces derniers sont éventuels si leur mise en œuvre n'est envisagée que dans l'hypothèse d'une défaillance du débiteur principal [833]. D'autres effets, bien que futurs, sont certains en ce sens qu'ils devront en tout état de cause être fournis par l'émetteur [834]. Ainsi, l'émission de la lettre est dans de nombreux cas suivie d'une *exécution* constituant un nouveau crédit dont l'émetteur devra également répondre. Il en est particulièrement ainsi lorsque, suivant un critère que nous avons déjà utilisé pour caractériser la lettre qui est une sûreté personnelle, la lettre a pour objet une obligation de somme [835] (augmentation de capital, mise à disposition de fonds).

Alors que, suivant nos précédentes analyses, la qualification de sûreté ne concerne que les obligations juridiques, force est de reconnaître que l'exécution de toute obligation de somme - même celle qui n'aurait été prise que sur le plan de la morale - a ici sa pertinence. Sans doute est-il même permis d'affirmer que l'exécution de l'obligation morale doit *a fortiori* être prise en compte - tant il est vrai qu'elle manifeste une volonté *renouvelée* de l'émetteur de soutenir la société patronnée en-dehors de toute obligation juridique dont un créancier aurait pu exiger l'exécution en droit.

300.- Les incidences de la stipulation d'une lettre de patronage sur une éventuelle responsabilité de l'émetteur, en qualité de dispensateur de crédit, sont donc bien réelles. Les commentaires ci-après établissent cependant, d'une part, qu'elles ne sont pas exorbitantes du droit commun et que, d'autre part, l'émetteur conserve une importante marge de contrôle dans la mise en œuvre de la garantie.

---

[832] En ce sens : J. TERRAY, "La lettre de confort", *op. cit.*, p. 337; L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van de bankier", *op. cit.*, p. 356, note 27, qui la cite parmi les diverses garanties pouvant constituer le crédit.

[833] Exemple : la mise à disposition des sommes permettant au débiteur de faire face à ses engagements échus à l'égard du créancier bénéficiaire.

[834] Exemple : l'assistance et le contrôle dans la gestion du débiteur.

Les conséquences de l'*émission* de la lettre de patronage sont celles qui s'attachent à la fourniture de toute sûreté, lorsque le créancier bénéficiaire en a fait une condition de son contrat avec le débiteur principal. Le fait qu'il s'agit d'une lettre de patronage ne modifie rien à cet égard, sinon la possibilité dont disposent les parties à la lettre de stipuler une garantie de moindre portée qu'une sûreté plus classique. Le cas échéant, cela pourrait résulter en une atténuation du crédit attaché à l'émission de la lettre, réduisant d'autant l'éventuelle responsabilité de l'émetteur [836].

Les conséquences de l'*exécution* de la lettre restent quant à elles sous le contrôle de l'émetteur. Dans l'hypothèse où la lettre conduirait ce dernier à maintenir artificiellement en vie la société patronnée alors que ses activités apparaîtraient irrémédiablement compromises, VERBEKE et BLOMMAERT suggèrent que l'émetteur n'exécute pas ses obligations. La responsabilité (contractuelle) qui en résulterait à l'égard du créancier bénéficiaire leur paraît préférable à la responsabilité (extra-contractuelle) à l'égard des tiers pour apparence de solvabilité [837]. Nous approuvons cette solution [838] : ni le contexte de groupe, ni l'exécution d'une lettre de patronage ne devraient amener l'émetteur à créer une apparence de crédit fautive dans le chef de la société patronnée [839]. En n'exécutant pas ses obligations à l'égard

---

[835] *Cf. supra* n° 26.

[836] Nous pensons aux hypothèses où l'émetteur ne s'engagerait que sur l'honneur, où la lettre mentionnerait expressément que ses obligations ne sont que de moyens, etc...

[837] A. VERBEKE, D. BLOMMAERT, "Patronaatsverklaringen", *Voorrechten en hypoteken – Grondige studie II*, Anvers, Kluwer, 1996, p. 35.

[838] Sauf à constater que le dommage contractuel du créancier bénéficiaire est plus important que l'éventuel dommage extra-contractuel dans le chef des tiers.

[839] Suivant D. OHL, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, op. cit.*, p. 273, n° 378, la faute consisterait justement "*à avoir fait passer la solidarité entre sociétés groupées avant la nécessaire protection des tiers*". En 1984, M. COIPEL, "Lettres de patronage et droit des sociétés", *op. cit.*, p. 212, n° 301, se demandait : "*On peut se demander si l'analogie avec le banquier est pertinente, du moins en ce qui concerne la prolongation de la survie de la filiale. Cette prolongation n'est-elle pas conforme à la fonction du groupe et à la pratique fréquente des sociétés-mères qui considèrent de leur devoir d'aider leur filiale ? L'intérêt du groupe et sa*

du créancier bénéficiaire, l'émetteur engage sa responsabilité contractuelle, mais seulement à concurrence du dommage subi par ce dernier - et non celui (peut-être plus lourd) des tiers fautivement induits en erreur.

Le dommage du créancier bénéficiaire est le dommage prévu ou prévisible résultant de l'inexécution contractuelle de l'émetteur (sauf hypothèse de dol ; article 1150 du Code civil). Dans certains cas, le dommage correspond à la perte d'une chance de paiement [840]; dans d'autres, son maximum ne peut être que celui du montant de la créance restée impayée [841]. On aperçoit que, dans cette dernière hypothèse, le risque de la lettre (en réalité, celui de son inexécution) est tout au plus celui d'un cautionnement. Tel semble également être le cas si, pour éviter le risque extra-contractuel précité, l'émetteur décide finalement [842] de payer directement le créancier bénéficiaire et s'accorde avec ce dernier sur l'extinction des obligations résultant de la lettre [843].

---

réputation ne commandent-ils pas de soutenir chacun de ses membres le plus longtemps possible?" Suivant nos recherches, la réponse est négative.

[840] Par exemple, lorsque l'émetteur ne s'est engagé qu'à fournir des moyens sans assumer aucune obligation de résultat quant au paiement de la dette principale.

[841] C'est le cas s'il apparaît que, sans vouloir se substituer au débiteur, l'émetteur a effectivement assumé une obligation de résultat quant au paiement de la dette principale. Sur ces nuances, voir nos précédents commentaires. *Cf. supra* n° 66 à 68.

[842] L'hypothèse est distincte de celle où - dès le départ - l'émetteur s'est engagé à se substituer au débiteur principal.

[843] S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, « Les obligations : le régime général de l'obligation - Chronique de jurisprudence (1985 - 1995) », *J.T.*, 1999, p. 835, n° 43, rappellent le principe suivant lequel des tiers, qu'ils soient ou non intéressés, peuvent acquitter la dette du débiteur « *Car seul importe, en définitive, le fait que le créancier reçoive bien une satisfaction conforme à l'objet de l'obligation* ». En principe, l'accord du créancier sur l'extinction des obligations résultant de la lettre ne devrait être recherché que dans la mesure où l'extinction ne pourrait pas être déduite avec suffisamment de certitude du seul paiement de la dette principale.

301.- La doctrine a déjà eu l'occasion de souligner que la mise en cause de la responsabilité du dispensateur de crédit reste exceptionnelle [844]. Dans la matière des groupes de sociétés, ceci est confirmé même s'il faut y admettre – en théorie – des circonstances qui justifient une plus grande sévérité. L'incidence de la stipulation d'une lettre de patronage ne saurait être contestée. Force est cependant de constater qu'elle correspond à celle de toute sûreté et, au maximum, à celle d'un cautionnement.

4. L'EXTENSION DE FAILLITE

302.- L'extension de faillite est le dernier tempérament jurisprudentiel [845] au principe de la personnalité juridique distincte que nous examinons en rapport avec la matière de la lettre de patronage. D'emblée, on peut annoncer que l'incidence de cette dernière n'y est que très limitée. Même si l'action dite « *en comblement de passif* » n'est pas élisive de celle visant l'extension de la faillite [846], force est de constater que les cas d'application, tant de l'une que de l'autre, sont rares. En ce qui concerne l'extension de la faillite au véritable maître de l'affaire, la Cour de cassation a entendu marquer un coup d'arrêt aux excès des premières décisions de jurisprudence en ce sens, en posant la règle suivant laquelle la faillite du maître de l'affaire est une faillite *distincte* dont

---

[844] D. VAN GERVEN, "De aansprakelijkheid van de kredietinstelling (...)", *op. cit.*, p. 102, n° 37. Dans le même sens : J. VAN RIJN, J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2è édition, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 542, n° 673, qui évoquent les difficultés du métier de banquier pour appeler à une certaine "*clémence*". *Contra* : Liège, 24 octobre 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 996 : « *Attendu que le banquier dispensateur de crédit doit répondre de sa faute la plus légère (...)* ».

[845] Suivant P. VAN OMMESLAGHE, "Rapport général", *op. cit.*, p. 109, n° 72, le mot "*tempérament*" serait d'ailleurs inexact. Par rapport aux tempéraments déjà examinés, qui permettent de mettre en cause la responsabilité de la société mère ou d'une autre société, l'extension de faillite se caractériserait par une mise en cause de la personnalité juridique distincte elle-même; les autres procédés conserveraient le principe d'autonomie, mais en l'atténuant seulement.

[846] P. VAN OMMESLAGHE, X. DIEUX, "Les sociétés commerciales – examen (1979 à 1990)", *op. cit.*, p. 788, n° 129; J.L. JASPAR, A. DE SMETH, "La notion de gérant de fait", *op. cit.*, p. 645, et les nombreuses références citées.

toutes les conditions légales doivent être réunies dans son chef [847]. Dans le contexte des groupes de sociétés, les faillites sont exceptionnelles et il ne peut forcément qu'en être ainsi de l'extension de la faillite d'une filiale à sa société mère [848].

303.- Les critères généralement utilisés pour justifier l'extension sont, d'une part, la mainmise *totale* du maître de l'affaire sur la société et, d'autre part, la confusion des avoirs, des activités et des comptes révélant une immixtion occulte dans la gestion de la société [849]. A ces conditions, la doctrine considère que cette dernière peut être dénaturée, "*violée dans ses structures internes et externes*", devenant la "*chose*" du maître de l'affaire [850]. Ce sont ces circonstances qui, le cas échéant, justifieront une extension de faillite.

304.- Ce n'est que de façon marginale que l'émission ou l'exécution d'une lettre de patronage pourrait contribuer à la réunion de ces critères. Certes, les avances de trésorerie ou les engagements de caution figurent parmi les indices pris en compte

---

[847] Cass., 1er juin 1979, Pas., 1979, I, p. 1129 ; *R.C.J.B.*, 1981, p. 49 avec la note F. 'T KINT, "L'extension de faillite". Voir aussi P.-A. FORIERS, « Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillites », *J.T.*, 1980, pp. 417 à 424, critiquant la jurisprudence fondant l'extension de faillite sur la théorie du prête-nom. Suivant O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, *op. cit.*, p. 197, n° 140, le législateur aurait implicitement condamné le recours trop fréquent à l'extension de faillite en adoptant l'article 63*ter* des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (article 530 du Code des sociétés) ; M. COIPEL, *Répertoire notarial*, *op.cit.*, p. 254, n° 417, souligne quant à lui qu'"*Il serait opportun de renoncer à cette construction jurisprudentielle*". En ce sens Liège, 20 octobre 1994, *R.P.S.*, 1995, p. 131 qui, plutôt que l'extension de faillite, applique la sanction plus commune de la responsabilité aquilienne ; Liège, 28 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 961.

[848] F. T'KINT, "L'extension de faillite", note sous Cass., 1er juin 1979, *R.C.J.B.*, 1981, p. 53, n° 2, p. 54, n° 3, note que c'est la structure de la sprl qui semble essentiellement se prêter à une situation d'extension de faillite au maître de l'affaire, personne physique. L'extension de la faillite d'une société à une autre société est déjà plus rare.

[849] Pour la manière avec laquelle les critères sont appliqués, voir : O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés, op. cit.*, p. 192, n° 136; P. VAN OMMESLAGHE, X. DIEUX, "Les sociétés commerciales – examen (1979-1990), *op. cit.*, pp. 633 et s.

[850] F. T'KINT, "L'extension de faillite", *op. cit.*, p. 86, n° 43.

en la matière [851]. De là à en déduire une mainmise *totale* de l'émetteur sur la société patronnée et la confusion de leurs avoirs, activités et comptes, il y a un pas que le contexte de groupe de sociétés (et le *« degré d'immixtion légitime »* que nous avons déjà évoqué) [852] et la nature des lettres de patronage (celles-ci n'amènent *pas* l'émetteur à se substituer à la société patronnée [853]: la confusion est écartée) ne permettent pas de franchir.

Il apparaît finalement que ce n'est qu'en tant qu'elle ferait naître dans le chef de l'émetteur une dette exigible qu'il ne pourrait exécuter, que la lettre serait de nature à contribuer à sa déclaration de faillite. Ceci justifie cependant les trois remarques suivantes:

1. Il ne s'agit plus, comme tel, d'un problème d'extension de faillite.

2. Au moment d'examiner la conformité de la lettre à l'intérêt social de l'émetteur, nous avons suggéré que - lorsqu'elle est de moyens – elle ne puisse être interprétée comme contenant des obligations susceptibles de compromettre sa survie [854]. Nous renouvelons ici ce point de vue.

3. L'incidence de la lettre ne serait que celle attachée à tout engagement contracté par l'émetteur, dans le cadre d'une opération de garantie ou autre.

---

[851] *Ibidem,* p. 53, n° 2.

[852] F. T'KINT admet expressément que "*Le cautionnement des dettes de la société n'est pas non plus la preuve d'une immixtion personnelle occulte du* maître de l'affaire *dans l'exploitation sociale. Elle est la conséquence naturelle des exigences traditionnelles des banquiers*"; *ibidem*, p. 80, n° 36, et les références citées: Liège, 28 février 1967, *R.P.S.*, 1968, p. 18; Gand, 9 février 1971, *R.P.S.*, 1972, p. 303; Arr. Bruxelles, 24 février 1971, *R.P.S.*, 1972, p. 306. La constatation se vérifie certainement entre sociétés groupées où on admet que l'assistance de la société dominante fait partie de son objet social. *Cf. supra* n° 196.

[853] *Cf. supra* n° 11 - 12.

[854] *Cf. supra* n° 219 à 223.

305.- La conclusion de ce paragraphe est que, tant en application des règles relatives à l'extension de faillite que de celles qui ont trait à la responsabilité des fondateurs, administrateurs ou dispensateurs de crédit, lettre de patronage ne créée - vis-à-vis des tiers – quasiment pas de risque supplémentaire dans le chef de l'émetteur. Tout au plus faut-il constater que, dans certains cas, son incidence correspond à celle de toute sûreté et, au maximum, à celle d'un cautionnement. Au contraire, nous avons pu identifier des hypothèses dans lesquelles l'émetteur puiserait un intérêt dans l'émission de la lettre. Ceci se vérifie à l'égard du créancier bénéficiaire dont la situation est examinée au paragraphe 3 ci-après.

§ 3. A L'EGARD DU CREANCIER BENEFICIAIRE

306.- L'objet de ce chapitre est de s'interroger sur les liens entre la lettre de patronage et les tempéraments qui sont apportés au principe de la personnalité juridique distincte, tels que ces tempéraments peuvent justifier une responsabilité de l'émetteur dans les affaires de la société patronnée. Lorsqu'en 1983, WYMEERSCH s'interrogeait sur les diverses techniques de responsabilité intra-groupe, il concluait notamment par la remarque suivante : "*Doch ook preventief optreden kan nut opleveren : het juiste voorlichten van de schuldeisers van de dochter vennootschap m.b.t. de financiële weerslag van het groepseffect zou als alternatief kunnen worden overwogen*" [855].

C'est bien dans cette perspective que nous comptons inscrire notre réflexion : après avoir examiné les effets de la stipulation d'une lettre à l'égard des tiers – et en particulier la masse des créanciers de la société patronnée - il s'agit d'étudier la situation particulière du ou des créanciers bénéficiaires de la lettre. Le point de départ de nos commentaires est de considérer que cette dernière pourrait constituer à l'égard d'un ou de plusieurs créanciers de la société patronnée (les créanciers bénéficiaires), le moyen de canaliser dans la voie contractuelle la responsabilité de l'émetteur dans les affaires de la société patronnée. Il s'agirait ensuite de vérifier si, sous le couvert d'un engagement déterminé, la lettre de patronage pourrait limiter cette responsabilité. La réflexion paraît ainsi devoir être menée sur trois registres, par ailleurs complémentaires :

- L'exclusion de l'apparence : la lettre *formalise* les obligations de l'émetteur (point 1);

- La contractualisation de la responsabilité de l'émetteur : la lettre *fixe* les obligations de l'émetteur (point 2);

– La limitation de la responsabilité de l'émetteur, tant dans les domaines contractuel qu' extra-contractuel : la lettre *limite* les obligations de l'émetteur (point 3).

1. EXCLUSION DE L'APPARENCE

307.- Au moment d'examiner les effets à l'égard des tiers des tempéraments jurisprudentiels au principe de la personnalité juridique distincte, nous avons évoqué le rôle de l'apparence. C'était particulièrement le cas en ce qui concerne la responsabilité du dispensateur de crédit et la fausse apparence de solvablilité dont il peut être tenu responsable. L'apparence intervient également pour la constatation d'une administration de fait. Notre point de vue est de considérer que, dans la plupart des hypothèses, la participation du créancier à l'émission de la lettre de patronage qui lui est personnellement adressée [856], exclut qu'il puisse se prévaloir de l'apparence et de ses conséquences éventuelles.

Dans le chef du créancier bénéficiaire, ceci concerne, non seulement les tempéraments examinés au paragraphe 2 ci-dessus, mais aussi tous les droits et obligations qui résultent du processus contractuel (la lettre) dans lequel il est engagé. Conformément au droit commun, l'apparence sert parfois à compléter, voire amender les droits résultant du contrat [857]. Au risque de compromettre le principe de la convention-loi, une telle correction ne peut cependant qu'être exceptionnelle. La réserve nous paraît particulièrement s'imposer dans la matière des lettres de patronage. L'accès à l'information du créancier bénéficiaire (A), son

---

[855]E.WYMEERSCH,"Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid", *Liber amicorum F.DUMON*, Kluwer, Anvers, 1983, p. 336, n° 28.

[856] Nous pensons avoir démontré au Chapitre 3 ci-dessus que, dans cette hypothèse, la lettre est un contrat reposant sur un concours de volontés. *Cf. supra* n° 124 à 127.

[857] Nous avons déjà abordé cette question lors de l'examen des tempéraments au droit des parties à la lettre de patronage de rester en-dehors du droit. *Cf. supra* n° 50 à 52.

professionnalisme (B) et, éventuellement, l'obligation de s'informer qui pourrait être retenue dans son chef (C) fondent la solution.

A. Accès à l'information du créancier bénéficiaire

308.- Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner à propos des engagements moraux [858], le droit ne protège que la confiance légitime. Quant à l'apparence, elle n'est prise en compte que dans la mesure où son contraire surprend [859]. Aussi admet-on que celui qui connaît la véritable situation ou doit la connaître ne peut se prévaloir de l'apparence. KRUITHOF en déduit notamment que l'apparence ne joue qu'un rôle subsidiaire, "*Complémentaire par rapport à la volonté commune des parties contractantes*" [860].

Dans pareil contexte, on ne peut que reconnaître et souligner l'importance de la stipulation d'une lettre de patronage pour l'appréciation de toute apparence dont tenterait de se prévaloir le créancier qui se l'est fait stipuler. C'est ce qu'illustrent les exemples suivants :

- La lettre simplement déclarative a pour but l'information expresse du créancier bénéficiaire. Sauf démonstration de mauvaise foi de l'émetteur [861], il paraît peu probable que l'apparence puisse encore être invoquée pour les informations faisant précisément l'objet de la lettre [862].

---

[858] *Cf. supra* n° 50 à 52.

[859] P.-A. FORIERS, "L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi", *J.T*, 1989, p. 546.

[860] R. KRUITHOF, "La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase", note sous Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 86, n° 34. Voir également l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 2000, *R.D.C.*, 2000, p. 483, ayant en outre précisé une condition d'imputabilité de l'apparence à celui que l'on prétend responsable.

[861] Voir les exemples déjà cités. *Cf. supra* n° 51.

[862] Par exemple, la seule *déclaration* sur la politique *actuelle* du groupe ne permet pas au créancier

- La lettre par laquelle l'émetteur s'engage expressément à assister la société patronnée dans sa gestion témoigne *a contrario* de sa volonté de ne pas s'y substituer. Le créancier n'est pas autorisé à qualifier l'intervention de l'émetteur - en exécution de la lettre - d'administration de fait. Le refus de cette qualification n'aurait pas de quoi le surprendre.

- La lettre par laquelle l'émetteur ne s'engage qu'à des obligations (intermédiaires) de moyens au profit de la société patronnée, établit qu'il ne prétend pas garantir, au titre de résultat, le paiement effectif de la créance - ni par la société patronnée, ni *a fortiori* par lui-même. Il nous semble que, pour l'appréciation du crédit de la société patronnée auprès du créancier bénéficiaire, la qualification d'obligation de moyens rend autant compte d'une apparence de solvabilité que d'un risque d'insolvabilité, et en tout cas de non paiement.

- La lettre par laquelle les parties se sont *expressément* engagées sur le plan de la morale témoigne à suffisance de leur volonté de rester en-dehors du droit. S'agissant d'un mécanisme qui puise précisément son originalité et une partie de ses avantages dans cette possible absence de juridicité, le créancier bénéficaire ne saurait raisonnablement invoquer la seule apparence de garantie pour tenter de l'y réintégrer [863].

Il ressort de ce qui précède que l'accès à l'information du créancier bénéficiaire, qui résulte de sa seule participation à la lettre de patronage qui lui est personnellement adressée [864], réduit considérablement le nombre des hypothèses

---

de se prévaloir de (faux) espoirs quant à une modification de cette politique *dans le futur*.

[863] Sans préjudice aux tempéraments à l'autonomie des volontés que nous avons identifiés lors de l'examen des obligations morales. *Cf. supra* n° 47 et s.

[864] Pour autant que de besoin, ceci confirme encore la nécessité des analyses qui nous conduit à

dans lesquelles il pourrait se prévaloir d'une apparence à l'égard de l'émetteur. Ce constat peut être renforcé par son professionnalisme et l'obligation « de s'informer » que doctrine et jurisprudence reconnaissent aussi en matière contractuelle.

B. Professionnalisme du créancier bénéficiaire

309.- Nous avons déjà eu l'occasion de souligner l'importance du professionnalisme de l'émetteur [865]. Pour rappel, cette qualité suggère, d'une part, une obligation « d'informer » la contrepartie, d'autre part, une appréciation plus sévère des règles de responsabilité. Ces commentaires peuvent être renouvelés à propos du créancier bénéficiaire qui - peut-être plus souvent encore que l'émetteur - est lui aussi un professionnel. En pratique, il s'agit presque systématiquement d'un établissement de crédit rompu aux affaires internationales [866].

La qualité de professionnel de l'émetteur et du créancier bénéficiaire, et la réciprocité des obligations « d'informer » qui peuvent en être déduites, ne laissent que très peu de place à l'apparence [867]. Il doit d'autant plus en être ainsi si, en complément de l'obligation « d'informer », on reconnaît une obligation « de s'informer » dans le chef du créancier bénéficiaire.

---

reconnaître la nature contractuelle de la lettre lorsqu'elle est adressée à un créancier déterminé. *Cf. supra* n° 124 à 127.

[865] *Cf. supra* n° 277.

[866] Pour une application, voir Liège, 14 janvier 1998, *R.G.D.C.*, 1999, p. 466, avec la note S. HEERINCKX, « De informatieplicht van de kredietverleners ». Voir aussi cette circonstance telle qu'elle est évoquée dans *Kleinworth Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corporation Berhard* [1989] 1 W.L.R 394. La Cour y relève, parmi les éléments justifiant sa décision, la qualité d' « *experienced bankers* » des créanciers bénéficiaires. *Cf. supra* n° 42 à 45.

[867] En marge de cette « rencontre » des qualités, voir les commentaires de G. DE GEEST, B. DE MOOR, « Misverstanden tussen partijen over wat is afgesproken : aanzet tot een *least cost avoider*-doctrine », *T.P.R.*, 1999, pp. 701 à 769. La *least cost avoider* doctrine est celle qui sanctionne la partie qui, de manière la moins coûteuse, aurait pu éviter un malentendu.

C. Obligation de s'informer du créancier bénéficiaire

310.- Indépendamment de l'obligation « d'informer », telle qu'elle pourrait êttre constatée sur le fondement (réciproque) de la qualité de professionnel de l'émetteur er du créancier bénéficiaire, il y a aussi l'obligation « de s'informer ». En matière contractuelle [868], certains auteurs considèrent que seule cette seconde obligation serait de règle et qu'elle y serait encore renforcée dans le chef des professionnels [869]. Il est peut-être inutile de se prononcer sur la pertinence de ce dernier point de vue :

- d'une part, parce qu'il apparaît qu'en matière de droit et d'obligation d'information, les exceptions sont aussi fréquentes que les règles auxquelles elles sont rattachées [870];

- d'autre part, parce que les exigences de la bonne foi rendent peu probable que la seule reconnaissance d'une obligation « de s'informer » dans le chef d'une des parties justifie de déroger à l'obligation

---

[868] Et on peut y ajouter tout ce qui concerne la matière pré-contractuelle.

[869] D. FRERIKS, "Onderzoeks – en mededelingsverplichting in het contractenrecht", *T.P.R.*, 1992, p.1193, n° 5, p. 1231, n° 46, p. 1233, n° 48 ; A. VERBEKE, « Informatie over andermans vermogen. Belangenafweging tussen het recht op privacy van de schuldenaar en het recht op informatie van de schuldeiser », *R.W.*, 1993-1994, p.1135. Voir également J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, op.cit.*, p. 862, qui ne reconnaît d'ailleurs qu'à des conditions strictes l'existence d'une obligation d'information. La même solution semble défendue aux Pays-Bas : J.B.M. VRANKEN, "Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in het Nederlandse overeenkomstenrecht", *T.P.R.*,1997, pp. 1825 et s., et en particulier 1845 et s. Elle y serait même radicalisée, certains auteurs considérant que la vie des affaires repose sur la prise consciente de risques et le seul respect du contrat. En France, voir Ch. PAGNON, "L'apparence face à la réalité économique et sociale", *D.*, 1992, p. 290, suivant qui "*L'apparence ne protège ni les négligents, ni l'imprudent et tout particulièrement lorsqu'il s'agit de professionnels avertis*".

[870] A titre d'illustration, on se reportera à l'arrêt WISKEMAN que nous avons déjà commenté. *Cf. supra* n° 231*bis*. La Cour y procède en effet à des lectures à notre sens contradictoires de l'obligation « de s'informer ».

« d'informer » qui aurait été établie, sur base de ce qui précède, dans le chef de l'autre.

311.- Constatons seulement que lorsque la lettre de patronage est un contrat (et nous avons vu que telle est la conception à suivre lorsqu'elle est personnellement adressée à un créancier déterminé), la situation de son créancier bénéficiaire a ceci de particulier qu'il est engagé dans un mécanisme contractuel où, pour des raisons diverses tenant essentiellement à la qualité des deux parties, de fortes obligations « d'informer » et éventuellement « de s'informer » sont amenées à se croiser et se compléter. La connaissance qui devrait en résulter rend peu probable la légitimité de l'erreur que le créancier bénéficiaire invoquerait à l'appui d'une action fondée sur l'apparence. Un tel recours ne pourrait qu'être exceptionnel [871].

312.- La conclusion se vérifierait en matière d'administration de fait des sociétés où on considère parfois que "L*a qualification d'administrateur suppose que l'immixtion dans la gestion intervienne sans aucun fondement légal ou contractuel*" [872]. A l'égard

---

[871] *Contra* : M. de GAUDEMARIS, "Théorie de l'apparence et sociétés", *Rev.soc.* , 1991, p. 484, n° 38, suivant qui : "*Ce second type de lettre d'intention exprime donc un simple 'engagement moral' témoignant d'une politique de solidarité entre société mère et filiale. Il peut ainsi contribuer à une apparence de société créée de fait. Se dégage alors un fondement à l'action en paiement contre la société mère. D'autant qu'il est difficile d'imposer une obligation de vérification quelconque à l'établissement de crédit. Ce dernier doit contrôler les informations financières fournies par une société mère sur sa filiale. Il n'a pas à s'assurer de la réalité de la société créée de fait que des éléments précis et concordants, dont une lettre d'intention, font apparaître. (...). Au moment d'émettre la lettre d'intention, le groupe de sociétés est effectivement très soudé. Confronté à une mise en commun des ressources du groupe et à une centralisation de la gestion financière, l'établissement bancaire ne peut qu'accorder foi à la lettre d'intention. Ce n'est qu'ensuite que la société mère décide de ne plus soutenir sa filiale. Le banquier devrait pouvoir bénéficier de la théorie de l'apparence trompeuse.*"
Adopter un tel point de vue revient presque à enlever toute possibilité à l'émetteur de s'engager sur le plan de la morale. Ceci ne nous paraît pas fondé, pour les motifs déjà exposés dans le Chapitre 2. *Cf. supra* n° 38 à 41.

[872] O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés, op.cit.*, p. 69, n° 46.

du créancier destinataire de la lettre de patronage, celle-ci serait précisément le fondement contractuel qui devrait l'empêcher de prétendre que l'émetteur est intervenu comme administrateur de fait. Ceci ne vaudrait cependant que dans la mesure où les interventions de l'émetteur correspondent effectivement à l'exécution des obligations convenues dans le cadre de la lettre [873].

313.- Une analyse du droit néerlandais confirme le caractère exceptionnel des effets de l'apparence qui pourraient être reconnus dans ou à l'occasion de la stipulation d'une lettre de patronage. Alors que le droit néerlandais accorde à la notion de confiance légitime (*vertrouwensbeginsel ;* le terme est proche de celui d'apparence que nous avons utilisé) un rôle particulièrement important dans la résolution de nombreuses questions juridiques [874], il n'en est précisément pas ainsi dans la matière des lettre de patronage où, dans le chef du créancier bénéficiaire, doctrine et jurisprudence ont tendance à s'en remettre exclusivement au texte de la garantie donnée, sans prendre en compte la confiance qu'elle aurait suscitée. Les caractéristiques du mécanisme et la qualité des parties semblent suggérer cette solution particulière. Concernant le créancier bénéficiaire, BERTRAMS et GRAAF

---

[873] La remarque est identique à celle déjà faite à l'égard des tiers. *Cf. supra* n° 292.

[874] Ces questions concernent tous les aspects du processus contractuel : les effets des négociations ou de leur rupture, l'identité des parties au contrat, la possibilité pour les tiers de s'en prévaloir, les causes de nullité, etc... Suivant J.B.M. VRANKEN, "Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in het Nederlandse overeenkomstenrecht", *T.P.R.*, 1997, p. 1842, n° 14 : « *Zowel bij het oordeel of rechtshandelingen tot stand zijn gekomen en tot gebondenheid hebben geleid als bij de uitleg van de inhoud van rechtshandelingen speelt redelijk vertrouwen een prominente rol* ». Sur cette question en général, voir : J.M. SMITS, *Het vertrouwenbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Gouda Quint BV, Arnhem, 1995, 363 p. La *vertrouwensleer* joue également un rôle important en matière extra-contractuelle. Elle est d'ailleurs au cœur de l'arrêt *Albada Jelgersma I* (Hoge Raad, 13 septembre 1985, *N.J.*, 1987, n° 98, avec la note CJHB) que nous avons déjà cité au moment d'évoquer les tempéraments jurisprudentiels au principe de la personnalité juridique distincte. *Cfr supra* n° 271. A comparer avec le droit belge où la réception du principe de confiance légitime par la jurisprudence reste plus mesurée. Voir notamment F. GLANSDORFF, « Erreur invincible ou croyance légitime », note sous Cass., 18 janvier 1999, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 729 à 743.

relèvent ainsi, non sans sévérité : « *Ook bestaat er niet de minste reden om banken met al hun interne en externe juristen een zekere bescherming te verlenen. Banken zijn geen kleine jongens* » [875].

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, les qualités le plus souvent attribuées au créancier bénéficiaire (accès à l'information; professionnalisme) concernent également l'émetteur [876]. On ne peut qu'y voir une raison supplémentaire d'écarter en ce domaine - à tout le moins entre parties contractantes - les arguments qui reposeraient sur l'apparence (ou la confiance légitime).

2. CONTRACTUALISATION DE LA RESPONSABILITE DE L'EMETTEUR.

A. Prohibition du cumul des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle

314.- Nous ne pouvons entrer dans le détail d'une controverse alimentée par de nombreux arrêts de cassation et une doctrine très abondante.[877] Ceci dit, l'objet de ce chapitre est de s'interroger sur les liens entre la lettre de patronage – mécanisme contractuel – et les tempéraments au principe de la personnalité juridique distincte dont le fondement est extra-contractuel. Partant, la question du cumul des responsabilités ne peut être contournée.

315.- Par un arrêt du 7 décembre 1973, la Cour de cassation a posé le principe suivant lequel "L*a responsabilité quasi délictuelle du préposé ou de l'agent d'exécution, qui intervient pour exécuter une obligation contractuelle d'une partie, ne peut être engagée que si la faute à lui imputée constitue la violation, non de l'obligation contractuelle, mais d'une obligation qui*

---

[875] R.I.V.F. BERTRAMS, F.G.B. GRAAF, « Letters of comfort en rechtspraak », *N.V.*, 1990, p. 82.

[876] *Cf. supra* n° 276, 277.

[877] Voir la bibliographie choisie reprise en fin de chapitre.

s'impose à tous, et si cette faute a causé un autre dommage que celui résultant seulement de la mauvaise exécution du contrat." [878] Malgré les critiques, la Cour de cassation a confirmé cet enseignement ultérieurement [879]. Elle a eu l'occasion d'y apporter deux tempéraments, contribuant à de nombreuses discussions dans l'interprétation de sa jurisprudence :

1. Le premier tempérament tient à la protection des tiers. Dans un arrêt du 11 juin 1981 [880], la Cour de cassation a reconnu que la prohibition du cumul n'empêche pas que le responsable (sur le plan contractuel) encourt une responsabilité *extra-contractuelle* pour le dommage causé *aux tiers* avec lesquels il n'a pas contracté [881]. Pour l'appréciation de cette responsabilité, il n'est pas nécessaire que la faute et le dommage soient étrangers au contrat [882]. C'est ce qu'on appelle la *coexistence* des responsabilités [883].

---

[878] Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*,1974, I, p. 376. L'arrêt n'envisageait expressément que la situation de l'agent d'exécution ou du préposé du débiteur. La solution s'applique *a fortiori* au débiteur lui-même, ce que la Cour a confirmé dans un arrêt du 14 octobre 1985, *Pas.* , 1986, I, p. 155.

[879] Voir encore: Cass., 28 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 856.

[880] Cass., 11 juin 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1559.

[881] La solution s'applique également en droit néerlandais. Elle s'y singularise par l'effet qui est parfois reconnu - à l'égard des tiers - à la clause exonératoire de responsabilité (notion de *doorwerking*). J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, Deventer, Kluwer, 1995, p. 15.

[882] P. WERY, "Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente", *R.G.D.C.*, 1998, p. 101. La solution est admise en matière de responsabilité des administrateurs. Voir : L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband", *op.cit.*, p. 153, n° 24; J. VAN RIJN, X. DIEUX, "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers", *op.cit.*, p. 402. Voir les éléments de discussion exposés par I. CORBISIER, "Quelques réflexions (...)", *op.cit.*, pp. 32 et s. En matière de responsabilité du dispensateur de crédit, voir D. VAN GERVEN, "De aansprakelijkheid van de kredietinstelling (...)", *op.cit.*, p.74, n° 2.

[883] Pour une application relativement récente, voir Cass., 20 juin 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 435. En matière de responsabilité des administrateurs, voir Ph. COLLE, "De la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de sociétés", *R.G.A.R.*, 1986, n° 11076, n° 8.

2. Le second tempérament tient à l'ordre public. Par un arrêt du 26 octobre 1990 [884], la Cour de cassation a admis que le créancier peut opter pour la responsabilité extra-contractuelle lorsque le manquement à l'obligation contractuelle est une infraction pénale [885].

B. Enjeux

316.- La plupart des auteurs insistent sur la nécessité de ne pas exagérer les différences entre les responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. DALCQ, en particulier, souligne que les fautes contractuelle et extra-contractuelle doivent être appréciées de la même façon, et qu'il en est de même sur les plans de la capacité, de la preuve et de la *forme* de la réparation.[886] Quant à l'*étendue* de la réparation, elle est en principe plus large en matière extra-contractuelle : les articles 1150 et 1151 du Code civil limitent, en matière contractuelle, les dommages et intérêts à ceux "*Qui ont été prévus ou que l'on a pu prévoir lors du contrat*" (sauf hypothèse du dol) et à "*Ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*" (même dans l'hypothèse du dol). Encore faut-il constater que la différence est atténuée par l'extension donnée par la jurisprudence à la notion de dommage "*prévu et prévisible*" [887].

317.- Il ressort de ce qui précède, conformément à la doctrine la plus récente, que l'interdiction du cumul des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle (et même de l'option entre ces deux ordres de responsabilités) ne revêt

---

[884] Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 216.

[885] P. WERY, "Les rapports (...)", *op.cit.*, p. 92, remarque que, ce faisant, la Cour de cassation entérinait une thèse défendue depuis longtemps par la doctrine et les juges du fond.

[886] R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile,* t. I "Les causes de responsabilité", Bruxelles, Larcier, 1959, pp. 104 et s. Dans une note plus récente, il s'interrogeait d'ailleurs sur l'opportunité de supprimer la distinction entre responsabilités contractuelle et délictuelle, comme c'est le cas en matière de responsabilité du fait des produits ; "Restrictions à l'immunité de responsabilité de l'agent d'exécution", note sous Cass., 25 octobre 1990, *R.C.J.B.*, 1992, p. 507.

[887] R.O. DALCQ, *Traité* , t. I, *op.cit.*, p. 107, n° 67.

une incidence que sur un nombre limité de points. Leur importance pratique ne saurait toutefois être négligée. Tels sont les enjeux de notre réflexion [888]:

1. Assigner sur base extra-contractuelle permet dans certains cas d'échapper à un délai de prescription propre à la créance contractuelle [889].

2. L'action extra-contractuelle échappe aux exceptions qui ne peuvent être soulevées que sur le plan contractuel : celles qui ont trait à la validité des conventions (vices de consentement, incapacité, objet ou cause illicite ; articles 1108 et suivants du Code civil) ou celles qui se fondent sur leur inexécution (exception d'inexécution, résolution ; article 1184 du Code civil) [890].

3. L'intentement de l'action extra-contractuelle est le moyen souvent imaginé pour échapper aux effets des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité [891]. Ce dernier point – à notre sens le plus important – est développé au point 3 ci-après [892].

Le débiteur d'une obligation conserve tous ces moyens de défense si, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation rappelée ci-dessus, il parvient à "*canaliser*" son éventuelle responsabilité dans le domaine exclusivement contractuel. Tel pourrait être l'intérêt de la stipulation d'une lettre de patronage. Tel est l'objet de la discussion que nous suggérons au point suivant.

---

[888] Pour une vue d'ensemble des différences entre responsabilités contractuelle et extra-contractuelle, voir aussi J.H. HERBOTS, "Quasi-delictuele aansprakelijkheid en overeenkomsten", *T.P.R.*, 1980, pp. 1057 à 1064.

[889] P. WERY, "Les rapports (...)", *op.cit.*, p. 84.

[890] R.O. DALCQ, *Traité*, t. I, *op.cit.*, p. 110, n° 84.

[891] J.L. FAGNART, M. DENEVE, "La responsabilité civile – chronique de jurisprudence (1976 – 1984)", *J.T.*, 1985, p. 457; P. WERY, "Les rapports (...)", *op.cit.*, p. 83.

[892] *Cf. infra* n° 322 et s.

C. Discussion

318.- Comme déjà évoqué, la jurisprudence de la Cour de cassation a fait l'objet de nombreuses controverses, entre ceux qui ont vu dans ses arrêts un affinement des conditions d'admissibilité du cumul des responsabilités, et ceux qui y ont vu la condamnation non seulement de tout cumul, mais aussi de toute option des responsabilités [893]. A noter que la question ne se pose qu'en ce qui concerne les manquements du débiteur qui sont à la fois une faute contractuelle et une faute extra-contractuelle. On devine son importance dans la matière des lettres de patronage où de nombreuses obligations de *moyens* pourraient être confondues avec l'obligation générale de prudence qui s'impose à tous en vertu de l'article 1382 du Code civil [894].

319.- Sous les deux réserves déjà évoquées (la responsabilité à l'égard des tiers et l'ordre public), nous sommes partisans de ceux qui, à la lumière de la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation [895], voient dans ses arrêts l'interdiction de principe de tout cumul et de toute option des responsabilités. Suivant WERY, "*La Cour n'admet, en effet, la responsabilité extra-contractuelle que si la faute reprochée au débiteur constitue* 'la violation non de l'obligation contractuelle, mais d'une obligation qui s'impose à tous'. *Ne faut-il pas* a contrario *en déduire que si le manquement du débiteur est tout à la fois une faute contractuelle et la méconnaissance d'une obligation qui s'impose à tous, cette condition fait défaut et que, dès lors, seule la voie de la responsabilité contractuelle peut encore s'ouvrir au créancier ?*" [896].

---

[893] Nous ne pouvons entrer dans le détail de ces controverses qui sont largement commentées par R.O. DALCQ, *Traité,* t. I, *op.cit.,* pp. 119 et s., et plus récemment par P. WERY, "Les rapports (...)", *op.cit.*, pp. 84 et s.

[894] En ce sens à propos des obligations de moyens en général : R.O. DALCQ, *Traité*, t. I, *op.cit,* p. 132, n°180.

[895] En particulier son arrêt du 28 septembre 1995, *Pas.* ,1995, I, p. 856.

[896] P.WERY, "Les rapports (...)", *op.cit.*, p. 88.

Le droit français, qui reconnaît la règle du « non-cumul », semble lui aussi suivre cette interprétation. Commentant la jurisprudence en ce sens, VINEY remarque pour sa part que « *Les tribunaux ont pris très fermement parti contre les tentatives d'intrusion des articles 1382 et suivants dans le domaine soumis à l'empire de la responsabilité contractuelle, non seulement lorsque cette immixtion risquait de modifier directement ou indirectement le contenu ou la portée des obligations contractuelles, mais aussi lorsqu'elle menaçait le particularisme du régime de l'action en responsabilité contractuelle* » [897]. (c'est nous qui soulignons)

Le *refoulement* de la responsabilité extra-contractuelle revêt d'autant plus de pertinence que la faute *contractuelle* fait l'objet d'une conception *extensive* [898], tant par référence à la convention et ses obligations accessoires (articles 1134 et 1135 du Code civil : l'exécution de bonne foi et les suites de l'équité, de l'usage ou de la loi) qu'en exécution des règles d'interprétation (articles 1156 et suivants du Code civil : recherche de la commune intention des parties contractantes, principe de l'effet utile des convention, référence à l'usage) [899].

La *contractualisation* de la responsabilité est accentuée par la conception *extensive* dont fait également l'objet le dommage *contractuel* (seconde condition d'application de l'enseignement de la Cour de cassation). Si, conformément à l'article 1150 du Code civil, seul le dommage *prévu ou prévisible* est pris en compte, la Cour de cassation reconnaît que cela ne concerne que l'existence du dommage, non son importance [900]. Quant à la suite *immédiate et directe* de l'inexécution conformément à l'article 1151 du

---

[897] G. VINEY, *Traité de droit civil*, « Introduction à la responsabilité », 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1995, p. 407, n° 219. Voir aussi ses commentaires sur l'éventuelle obligation du juge de requalifier l'action portée devant lui, *ibidem*, pp. 417 et s.

[898] P. WERY, « Les rapports (...) », *op. cit.*, p. 88 ; R.O. DALCQ, *Traité*, t. I, *op.cit.*, p. 116, n° 113.

[899] Sur cette question, voir également Cass., 15 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 57, suivant qui "*La constatation que la faute est grave ne suffit pas à lui conférer un caractère quasi délictuel*".

[900] Cass., 11 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 986; *R.C.J.B.*, 1990, p. 79 avec la note L. CORNELIS, "*Le sort imprévisible du dommage prévisible*". Sur cette question - notamment sous l'angle du droit

Code civil, doctrine et jurisprudence acceptent de ne retenir que la condition d'une suite *nécessaire.*[901]

320.- En application de ce qui précède, notre point de vue est de considérer que, dans de nombreuses hypothèses (sauf celles qui toucheraient à l'ordre public), la lettre de patronage est le moyen de canaliser dans le domaine exclusivement *contractuel* la responsabilité de l'émetteur. Bien sûr, ceci ne concerne pas les tiers avec lesquels l'émetteur n'a pas contracté, ni les hypothèses dans lesquelles il serait sorti du cadre tracé par la lettre. Sous ces réserves, il nous semble possible de faire de la lettre le seul lieu d'appréciation à partir duquel évaluer l'exécution - et surtout l'éventuelle inexécution - des obligations de l'émetteur.

Nos précédentes analyses nous ont déjà permis d'insister sur l'importance du travail de rédaction de la lettre et de la qualité des parties. Aux conditions résumées ci-dessus, il semble permis d'affirmer que la règle du « non-cumul » - avec les prolongements que nous lui reconnaissons ici - est probablement celle qui respecte le mieux la volonté des parties lorsqu'elles se sont accordées sur le contenu et la portée de leur garantie. La solution est conforme à celle applicable dans d'autres domaines [902]. Elle est originale dans la matière des sûretés, et ne s'y explique qu'en raison de la

---

comparé, voir D. PHILIPPE, « A propos du dommage indirect et imprévisible et des clauses s'y rapportant », *R.D.A.I.*, 1995, pp. 171 à 197, spéc. 176 et s.

[901] Cass., 14 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 155; *R.C.J.B.*, 1988, p. 341 avec la note M. VAN QUICKENBORNE, "*Réflexions sur le dommage purement contractuel*". Voir aussi S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, "*Les obligations : les sources (...)*", *op.cit.*, p. 726, n° 107 et les références citées.

[902] Ainsi, la responsabilité des administrateurs *vis-à-vis de la société* est canalisée dans le domaine *contractuel* : la société ne peut agir sur pied de l'article 1382 du Code civil que s'il est satisfait aux conditions posées par la jurisprudence interdisant le concours des responsabilités. Voir J. RONSE, J. LIEVENS, "*L'administration des sociétés (...)*", *op.cit.*, p. 210, n° 20. En faisant de l'abus de droit un manquement à l'obligation de bonne foi, la Cour de cassation a écarté la voie extra-contractuelle à ce sujet pour canaliser la responsabilité dans le domaine exclusivement contractuel. Voir Cass., 19 septembre 1983, *Pas.* 1984, I, p. 55; *J.T.*, 1985, p. 56 avec les observations S.

nature de la lettre de patronage et de la diversité des engagements qui peuvent y être repris. Elle s'y impose avec d'autant plus de force que, comme nous l'avons vu au point 1, le risque que d'autres recours soient encore tentés sur le fondement de l'apparence apparaît très réduit [903].

321.- Par référence aux hypothèses examinées au paragraphe qui précède, on peut illustrer nos commentaires des exemples suivants :

- L'éventuelle responsabilité de l'émetteur qui a fourni assistance et contrôle dans l'administration de la société patronnée doit être appréciée à la lumière de la lettre par laquelle l'émetteur s'est engagé en ce sens. Le créancier destinataire ne peut en principe plus porter le débat dans le domaine extra-contractuel [904].

DUFRENE; *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, avec la note J.L. FAGNART, "L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion", *R.W.*, 1983-1984, col. 1480 avec note.

[903] *Cf. supra* n° 307 et s.

[904] A partir du moment où il est constaté que l'existence d'un contrat à pour effet de "*refouler*" la responsabilité extra-contractuelle, non seulement entre cocontractants mais aussi à l'égard des "*agents d'exécution*" (R.O. DALCQ, F. GLANSDORFF, "Prohibition du concours de responsabilités et irresponsabilité des préposés et agents d'exécution", note sous Cass., 3 décembre 1976, Cass., 15 septembre 1977, *R.C.J.B.*, 1978, p. 438, n° 8), il faut se demander si les administrateurs de société ont cette qualité. Certains auteurs se sont vivement opposés à toute assimilation en ce sens : J. VAN RIJN, X. DIEUX, "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers", *J.T.*, 1988, p. 403. D'autres se sont plutôt prononcés en sa faveur mais avec des réserves variables : L. CORNELIS, "De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband", *op.cit.*, p. 140, n° 15 ; R.O. DALCQ, "La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle - examen de jurisprudence (1980-1986)", *R.C.J.B.*, 1987, p. 604, n° 3; Ph. COLLE, "De la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de sociétés", *op.cit.*, n° 11 et 21, qui invoque l'assimilation pour condamner la tendance de la jurisprudence à déclarer les administrateurs de sociétés faillies personnellement responsables sur base d'une responsabilité aquilienne ; I. CORBISIER, "Quelques réflexions (...)", *op.cit.*, p. 25, qui considère que l'assimilation n'est pas condamnable mais est avant tout une question de politique juridique.

La Cour de cassation semble avoir tranché le problème en faveur de l'assimilation de l'organe à l'agent d'exécution par son arrêt du 7 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 153, rendu à propos du gérant d'une S.P.R.L. Cette jurisprudence est critiquée, à juste titre selon nous. Voir V. SIMONART, " La quasi-immunité des organes de droit privé", *R.C.J.B.*, 1999, pp. 732 à 774. Voir

– L'éventuelle responsabilité de l'émetteur comme dispensateur de crédit à la société patronnée doit être appréciée à la lumière de la lettre par laquelle l'émetteur s'est engagé à la soutenir financièrement, suivant les modalités qui y étaient éventuellement précisées. Le raisonnement est identique : vis-à-vis du créancier bénéficiaire, le litige est porté sur un plan exclusivement contractuel [905].

Nous avons déjà exposé les enjeux de la discussion, en pointant les différences touchants aux modalités et aux effets des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle [906]. Il apparaît que, de manière générale, l'émetteur a intérêt à ce que seule sa responsabilité *contractuelle* soit mise en œuvre. Mais le créancier bénéficiaire peut également y trouver son compte, par la précision contractuelle des obligations de l'émetteur et des moyens de constater leur violation. Ceci est de nature a convaincre émetteur ou créancier de l'utilité de reprendre certains engagement précis dans la lettre que le premier adresse au second. Le conseil se vérifie certainement – dans le chef de l'émetteur – en ce qui concerne les moyens par lesquels il peut limiter sa responsabilité.

---

aussi G. HORSMANS, « La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes », *Liber amicorum W. VAN GERVEN*, Deurne, Kluwer, 2000, p. 563, qui relève que l'assimilation de l'organe à l'agent d'exécution affaiblit la théorie de l'organe : *« L'assimilation (...) méconnaît assurément l'ampleur et la portée du rôle et de la fonction de l'organe et procède d'une vision étriquée du statut de l'organe ».*

[905] Ce dernier exemple est évident car le créancier bénéficiaire ne saurait raisonnablement prétendre fautif le crédit (la garantie) qu'il a lui-même sollicité, ou affirmer une apparence de solvabilité à la suite d'un contrat qu'il a lui-même négocié. Nos premiers commentaires relatifs à l'apparence peuvent ici être renouvelés.

[906] *Cf. supra* n° 316 - 317.

3. LIMITATION DE LA RESPONSABILITE DE L'EMETTEUR

A. Précision des obligations de l'émetteur *v.* Limitation des obligations du débiteur

322.- La convention qui *précise* les obligations du débiteur (et c'est en ce sens que nous avons compris la lettre de patronage au point 2 qui précède, lorsqu'elle canalise la responsabilité de l'émetteur dans le domaine contractuel) ne peut être confondue avec la convention qui *limite* ses obligations. Comme l'explique KRUITHOF," *Les clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité n'ont pas pour objet d'agir sur les conditions d'existence de l'obligation; elles ont pour objet de modifier les conséquences juridiques d'un fait qui constitue une inexécution de l'obligation incombant au débiteur*" [907].

On devine la complémentarité de nos précédents commentaires et de ceux qui vont suivre, complémentarité d'autant plus évidente qu'on admet que le "*refoulement*" de la responsabilité extra-contractuelle au profit de la contractuelle peut être le moyen d'invoquer une clause limitative autrement inapplicable [908].

323.- En droit belge, la validité d'une clause limitative de responsabilité est subordonnée à quatre conditions qui peuvent être résumées comme suit (elles sont cumulatives) [909] :

---

[907] R. KRUITHOF, "Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité – Rapport belge", *In memoriam J. LIMPENS*, Kluwer, Anvers, 1984, p. 167, n° 3. Sur la nuance, voir aussi E. DIRIX "Exoneratiebedigen", *T.P.R.*, 1988, p. 1173, n° 2.

[908] *Cf. supra* n° 317.

[909] L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 12 septembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 352, souligne le strict respect de ces conditions.

1. La clause doit avoir été acceptée. Elle résulte en principe d'un échange de consentement entre débiteur et créancier [910]. L'acceptation est appréciée souverainement par le juge [911].

2. La clause ne peut détruire l'objet du contrat. Généralement, la condition est justifiée par référence à l'article 1174 du Code civil qui interdit les obligations contractées sous une condition potestative [912]. Le fondement de la règle en pose aussi la limite : si on admet que la clause limitative ou exonératoire peut aussi jouer en matière extra-contractuelle (cette question est reprise ci-après), la condition liée à l'objet du contrat disparaît [913].

---

[910] Voir cependant P. VAN OMMESLAGHE, "Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit belge", *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences,* Bruxelles, Bruylant, Paris, Dalloz, 1994, p. 208, n° 18, qui admet qu'en s'engageant par déclaration unilatérale, on peut non seulement déterminer le contenu de l'obligation, mais encore en limiter l'étendue par une clause exonératoire ou restrictive de responsabilité.

[911] R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II *"Le lien de causalité – Le dommage et sa réparation"*, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 784, n° 4290, p. 786, n° 4293.

[912] *Ibidem,* p. 793, n° 4318; L. CORNELIS, *"Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation"*, note sous Cass., 22 mars 1979, *R.C.J.B.,* 1981, p. 209, n° 14. *Contra :* R. KRUITHOF, *"Les clauses d'exonération totale ou partielle (...)", op.cit.,* p. 188, qui estime qu'il faudrait prendre comme fondement l'article 6 du Code civil et retenir comme critère l'*"essence du contrat que les parties ont conclu"*. A comparer avec la solution plus sévère du droit anglais qui refuserait la clause qui ne respecte pas la seule condition de *reasonableness* : *Unfair Contract Terms act 1977*, Section 2. En ce sens en matière de responsabilité du dispensateur de crédit : W. FOWLER, R. BUTLER, « Bankers'Liability in England and Wales », *Bankers' Liability : Risks and Remedies*, Deventer, Boston, Kluwer, 1993, p. 164. Voir aussi l'article 6.5.2a du Code civil néerlandais sur le caractère raisonnable des clauses d'irresponsabilité. Suivant l'arrêt du Hoge Raad du 12 mai 2000, *N.J.*, 2000, n° 412, ce caractère raisonnable doit être apprécié tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. On verra ci-après que le droit belge autorise l'exonération de la faute même lorsqu'elle est lourde. On peut se demander si cela est bien raisonnable.

[913] Voir les références à la note qui précède. On ne peut que s'étonner de la réflexion de P. VAN OMMESLAGHE, *"Les clauses limitatives ou exonératoires (...)", op.cit.,* p. 197, n° 11, qui estime que *"La règle concerne également les clauses relatives à la responsabilité extra-contractuelle"*. L'auteur n'indique pas à quoi cela peut correspondre. Nous avouons ne pas comprendre comment

3. La clause doit être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Ceci concerne essentiellement l'interdiction de l'exonération des conséquences du dol auquel, depuis un arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 1959 [914], ne peut être assimilée la faute lourde. La condition est interprétée strictement puisque, suivant le même arrêt, on peut néanmoins s'exonérer du dol des personnes dont on répond [915].

4. La clause reste soumise aux réserves de la loi. Pour nous, la question se pose essentiellement en ce qui concerne les règles relatives à la responsabilité des administrateurs de sociétés. Bien qu'une doctrine autorisée ait défendu l'idée suivant laquelle cette matière serait d'ordre public [916], de telle sorte que les clauses limitatives n'y seraient pas valables [917], la plupart des auteurs sont d'avis que la responsabilité des administrateurs de sociétés peut faire l'objet de clauses en ce

---

une condition liée à l'objet du contrat serait applicable à la situation où le contrat fait précisément défaut.

[914] Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 113; *R.C.J.B.*, 1960, p. 5 avec la note J. DABIN, "De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle couvrant 1° la faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés". Suivant cet auteur, la faute *volontaire* suffit à constituer le dol alors que la faute lourde, fût-elle la plus lourde, reste *involontaire* puisque le manquement à l'obligation n'a pas été voulu. Et d'ajouter, *ibidem*, p. 20 : "*Dans le doute, la balance doit pencher du côté de la* 'bêtise' *et non du côté de la méchanceté*".
La question de savoir si l'intention s'apprécie par rapport à l'acte ou à ses conséquences dommageables reste controversée. Sur cette question, voir P. VAN OMMESLAGHE, "Les clauses limitatives ou exonératoires (...)", *op.cit.*, pp. 188 et s.

[915] Sont visé les préposés (article 1384, al. 3 du Code civil) et autres *"agents d'exécution"*(P. VAN OMMESLAGHE, "Les clauses limitatives ou exonératoires (...), *op.cit.*, p. 192, n° 9). Suivant nos précédents commentaires, l'exonération resterait donc possible dans le chef d'une société pour le dol de ses administrateurs ! *Cf. supra* n° 321 et note.

[916] Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes,* 3ème. éd., revue et mise à jour par A. BENOIT –MOURY, A. GREGOIRE, t. II, 1982, p. 186, n° 941.

[917] Voir E. DIRIX, "Exoneratiebedigen", *op.cit.*, p. 1187, n° 17, qui à propos de cette quatrième condition, citait l'article 62 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales ; Ph. COLLE, "Over vrijwaringsregelingen ten gunste van vennootschapsbestuurders", *T.R.V.*, 1994, p. 8, n° 16, qui se prononce incidemment sur la question à propos des clauses de garantie.

sens [918]. Nous partageons cette opinion : les articles 527 et 528 du Code des sociétés (ancien article 62 des lois coordonnées des sociétés commerciales) ne devraient pas faire obstacle à la validité d'une clause qui aurait pour effet, entre ceux qui y sont parties, de limiter la responsabilité d'administrateur. Sauf très hypothétique application de dispositions spécifiques à des domaines particuliers (et fort éloignés de notre sujet : responsabilités de l'architecte, du transporteur, du réviseur d'entreprises [919]), il ne nous semble pas qu'il y ait de disposition légale empêchant l'effet limitatif de responsabilité qui pourrait être attribué à la stipulation d'une lettre de patronage.

B. Enjeux

324.- Les enjeux de la réflexion sont importants, non seulement parce que la limitation de responsabilité peut affecter les conséquences de la faute lourde [920] (et même du dol des personnes dont on répond), mais aussi parce qu'elle peut être étendue aux effets de l'éventuelle responsabilité extra-contractuelle. En droit belge, on considère en effet que l'article 1382 du Code civil n'est pas d'ordre public [921] de telle sorte que les conventions qui y dérogent sont valables [922]. La solution semble identique aux Pays-Bas [923].

---

[918] L. CORNELIS, "Les clauses d'exonération (...)", *op.cit.*, p. 205, n° 11 ; B. FERON, J-Fr. GOFFIN, "La protection des administrateurs de sociétés contre la mise en cause de leur responsabilité civile", *J.T.*, 1996, p. 384, dont l'opinion ne concerne cependant que les clauses entre la société et ses administrateurs. Sur cette question, voir également B. VAN BRUYSTEGEM, "Afwentelen van beheerdersaansprakelijkheid op derden", *R.W.*, 1980-1981, col. 971-980.

[919] Voir les exemples et références donnés par P. VAN OMMESLAGHE, "Les clauses limitatives ou exonératoires (...)", *op.cit.*, pp. 200 et s. A noter qu'il n'y reprend pas (non plus) les dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs de société.

[920] Avec R. KRUITHOF, "Les clauses d'exonération totale ou partielle (...)", *op.cit.*, p. 178, n° 12, il faut remarquer que la Belgique est un des rares pays où on admet l'exonération de la faute lourde.

[921] Cass., 21 février 1907, *Pas.*, 1907, I, p. 135 ; Cass., 29 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 124.

[922] Suivant J.L. FAGNART, M. DENEVE, "La responsabilité civile (...)", *op.cit.*, p. 457, la convention limitative couvre normalement, selon la volonté des parties, aussi bien la responsabilité

Elle ne pourrait par contre être transposée en France ou, par un arrêt du 17 février 1955, la Cour de cassation française a clairement énoncé le principe suivant lequel « *Sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, les articles 1382 et 1383 c. civ. étant d'ordre public et leur application ne pouvant être paralysée d'avance par une convention* » [924]. Bien que critiquée par la doctrine, cette jurisprudence semble applicable aujourd'hui encore [925] . Elle est de nature à faire obstacle à la limitation de responsabilité qui serait stipulée à l'égard d'une faute détachée de son contexte extra-contractuel pour avoir été *canalisée* dans le domaine purement contractuel (voir notre analyse au point 2 ci-dessus) [926].

Au contraire, la possibilité offerte par certains droits - tel le droit belge - d'une limitation même en matière extra-contractuelle est un argument qui permet d'envisager d'autant plus facilement qu'une responsabilité, par application des règles du cumul, ne soit examinée que dans le domaine contractuel. Reconnaître que l'article 1382 du Code civil n'est pas d'ordre public permet en effet de légitimer le *refoulement* de la responsabilité extra-contractuelle - le cas échéant avec les limitations de responsabilité qui y auront été stipulées [927]. On ne peut que remarquer les

---

extra-contractuelle que la responsabilité contractuelle. *Contra :* Bruxelles, 15 mai 1975, *R.G.A.R,* 1977, n° 9694.

[923] S.C.J.J. KORTMANN, "Exoneratiebedigen", *T.P.R.*, 1988, p. 1223, n°17 et les références citées.

[924] Cass. civ., 17 février 1955, *D.*, 1956, p. 17 avec la note P. ESMEIN. Voir aussi Cass. civ., 11 décembre 1952, *D.*, 1953, p. 317 avec la note R. SAVATIER.

[925] Voir G. VINEY, « Les conventions d'irresponsabilité - Droit français », *In memoriam J. LIMPENS*, Anvers, Kluwer, 1984 p. 116, n° 2 : *«Nous pencherions, en ce qui nous concerne, pour une distinction entre les clauses qui tendent à éluder totalement un chef de responsabilité délictuelle et celles qui se contentent de plafonner l'indemnisation. Alors que les premières nous paraissent difficilement compatibles avec l'ordre public, nous estimons que les secondes devraient être admises en principe (...).»*

[926] Sauf à faire la distinction entre exonération de responsabilité et limitation de l'obligation d'indemnisation dans le sens suggéré par VINEY à la note qui précède.

[927] Comme déjà souligné, l'analyse serait autre en France où la responsabilité quasi-délictuelle ne peut faire l'objet de conventions. Le fait que l'article 1382 du Code civil y est d'ordre public renforce les conditions auxquelles on admet que la responsabilité est exclusivement contractuelle.

nombreuses perspectives que le droit belge ouvre en ce sens, ce que confirme la souplesse des conditions auxquelles il soumet les clauses limitatives de responsabilité en général .

325.- Les enjeux de la réflexion sont divers car le contenu des clauses limitatives de responsabilité peut considérablement varier. Les différents types de clauses évoqués par la doctrine [928] peuvent être rangés en trois catégories :

- Clauses relatives à la *faute* : nature de la faute (contractuelle ou extra-contractuelle), ampleur de la faute (lourde, légère ou habituelle), définition de la force majeure et modification de la théorie des risques.

- Clauses relatives au *dommage* : nature du dommage (direct et indirect, prévisible ou imprévisible, matériel ou commercial), ampleur du dommage (chiffres minima ou maxima, forfait), règlement des intérêts.

- Clauses relatives à la *mise en œuvre* de la responsabilité : délai pour agir, exigence de mise en demeure, charge de la preuve, sanctions annexes (exception d'inexécution, résolution).

Cette diversité explique que la notion de clause limitative de responsabilité doit être entendue dans un sens très large. Il serait d'ailleurs erroné de prétendre que la stipulation d'une telle clause opère systématiquement au détriment du créancier de

---

Ce n'est le cas que lorsque l'inexécution contractuelle n'est *pas* un manquement à l'obligation de prudence qui s'impose à tous. A comparer avec la situation de droit belge où le fait que l'inexécution contractuelle soit *aussi* un manquement à l'obligation de prudence, n'empêche pas l'application des règles qui interdisent le concours des responsabilités.

[928] Notre classification s'inspire de R. KRUITHOF, "Les clauses d'exonération totale ou partielle (...)",*op.cit.*, p. 166, et de P. VAN OMMESLAGHE, "Les clauses limitatives ou exonératoires (...)", *op.cit.*, pp. 184 et s.

l'indemnisation. Dans certains cas, la définition contractuelle de la force majeure, l'évaluation forfaitaire du dommage couvert ou le règlement de la charge de la preuve, peuvent lui être favorables [929]. En ce sens, il faut reconnaître que les termes "*clause limitative de responsabilité*" sont parfois inappropriés.

C. Discussion

326.- Nous sommes conscient du paradoxe que recèle l'affirmation suivant laquelle la lettre de patronage pourrait aussi être un moyen de limiter la responsabilité de son émetteur. Juridiquement rien ne semble pourtant y faire obstacle :

1. Au moment d'examiner les lettres qui ne contiennent que des engagements moraux, nous avons vu que la liberté de contracter suppose que l'on reconnaisse en même temps celle de ne pas contracter [930]. Qui peut le plus, peut le moins : tout en acceptant de s'engager en droit, l'émetteur d'une lettre de patronage conserve indéniablement le droit d'agir sur les conséquences juridiques du fait qui

---

[929] Ce serait particulièrement le cas de l'évaluation forfaitaire du dommage donnant lieu à indemnisation, dispensant le créancier de la charge de l'établir, et alors même que le dommage réel serait inférieur. Sur les conditions auxquelles on admet désormais la validité de ces clauses dites "*pénales*", voir P. WERY, "La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires : fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes ?", *R.G.D.C.*, 1999, pp. 222 à 238; Chr. BIQUET-MATHIEU, "La loi du 23 novembre 1998 et le nouveau régime des clauses pénales", *J.T.*, 1999, pp. 709 à 716. Pour un cas d'application récent : Liège, 7 octobre 1999, *J.T.*, 2000, p. 87. Voir également l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 181, suivant lequel "*Ne saurait (...) être une clause pénale au sens de cet article 1229 [du Code civil] la stipulation conventionnelle d'une somme d'argent qui ne constitue pas la réparation d'un dommage mais la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale prévue par le contrat*".

[930] *Cf. supra* n° 38 à 41.

constituerait une inexécution de ses obligations. C'est précisément la définition de la clause limitative de responsabilité [931].

2. Il en est d'autant plus ainsi qu'on admet que la clause limitative de responsabilité peut être déguisée [932] . La clause dite "*de remplacement*" dans un contrat de vente, la clause pénale qui – parce qu'elle ne prévoit qu'un montant faible – est en réalité une exonération, ou encore celle qui oblige à agir dans un délai court [933], sont autant d'exemples cités par la doctrine. Rien n'empêche que des limitations similaires soient reconnues dans la matière des lettres de patronage [934].

3. Pour être valable, la clause limitative de responsabilité doit avoir été acceptée. La condition s'applique aussi à la clause "*déguisée*". Elle peut cependant être interprétée avec souplesse puisque, suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, l'acceptation peut n'être que tacite [935], du moment qu'elle soit certaine [936]. Sur cette question, nous ne pouvons que rappeler les précédents

---

[931] Voir la définition de KRUITHOF reprise ci-dessus. *Cf. supra* n° 322.

[932] E. DIRIX, "Exoneratiebedigen", *op.cit.*, p. 1179, note 32 : "*Een aantal contractuele aansprakelijkheidsbedigen komen inderdaad bij nader toezien neer op een beperking van der aansprakelijkheid* ".

[933] J.H. HERBOTS, "De exoneratiebedingen in het gemeen recht", *Exoneratiebedingen*, Brugge, die keure, 1993, p. 4, n° 3.

[934] De tous les auteurs que nous avons consultés, nous n'en avons trouvé qu'un seul exemple, celui de la clause qui stipulerait qu'un ou plusieurs événements, bien que ne présentant pas les caractères de la force majeure, serait néanmoins libératoire ; exemple cité par S. PIEDELIEVRE, « L'efficacité des lettres de confort », *Droit & Patrimoine*, 1996, p. 63.

[935] Cass., 11 décembre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 347; Cass., 3 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 759; *R.C.J.B.*, 1982, p. 176, avec la note M. VANWIJCK – ALEXANDRE, "L'aménagement du rôle et de la responsabilité des architectes en raison de l'intervention croissante des spécialistes dans la construction". En matière de cautionnement, voir Mons, 26 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1703, où la Cour a admis le silence valant acceptation des conditions restrictives à un contrat de cautionnement. En l'espèce, ces conditions restrictives figuraient dans une lettre envoyée par les cautions le même jour que le contrat de cautionnement.

[936] L. CORNELIS, "Les clauses d'exonération (...)", *op.cit.*, p. 203, n° 9 : "*On examine soigneusement et en fait si le cocontractant avait connaissance de la clause d'exonération, ou, tout au moins, s'il a eu la possibilité d'en prendre connaissance*". Nous renouvelons ici nos

commentaires du Chapitre 3 où nous pensons avoir démontré la nature contractuelle de la lettre de patronage sur le fondement notamment d'une présomption de l'acceptation tacite du créancier bénéficiaire [937].

Lorsque la lettre contient des obligations et précise les conséquences juridiques de leur éventuelle inexécution, nous n'apercevons pas comment le créancier bénéficiaire (à qui elle est spécialement adressée) pourrait prétendre ne pas les avoir acceptées, même si elles vont dans le sens d'une limitation de la responsabilité de l'émetteur. Le fait que le bénéficiaire est le plus souvent un professionnel [938] ne peut que renforcer la certitude de son acceptation.

327.- Ce qui précède ne permet pas de faire l'impasse sur les règles d'interprétation. A cet égard, il faut souligner l'unanimité de la doctrine suivant laquelle les clauses limitatives de responsabilité doivent être interprétées strictement parce qu'elles dérogent au droit commun [939]. Sous cette seule réserve (à apprécier en

---

commentaires quant à l'accès à l'information, l'éventuelle obligation de s'informer et, le plus souvent, le professionnalisme du créancier bénéficiaire.

[937] *Cf. supra* n° 124 à 127.

[938] *Cf. supra* n° 309.

[939] R.O. DALCQ, *Traité*, t. II, *op.cit.*, p. 785, n° 4292 ; E. DIRIX, "Exoneratiebedingen", *op.cit.*, p. 1179, n° 10, R. KRUITHOF, "Les clauses d'exonération totale ou partielle (...)", *op.cit.*, p. 175, n° 9 ; P. VAN OMMESLAGHE, "Les clauses limitatives ou exonératoires (...)", *op.cit.*, p. 212, n° 20. C'est en ce sens qu'il faut également comprendre la jurisprudence suivant laquelle l'exonération de la faute lourde ne peut être qu'*expresse*. Voir Cass., 22 mars 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 863; *R.C.J.B.*, 1981, p. 189 avec la note L. CORNELIS; P. VAN OMMESLAGHE, "Les clauses limitatives ou exonératoires (...)", *op.cit.*, p. 214, n° 20, relève le paradoxe : "*D'après l'arrêt du 22 mars 1979, cité, pour les besoins de l'application de l'article 1162 du Code civil, celui qui bénéficie de la clause d'exonération de responsabilité est celui qui a stipulé, tandis que la partie qui doit subir la clause, quoique créancière de la réparation, est considérée comme étant le débiteur en faveur duquel le texte doit s'interpréter en cas de doute. La Cour a confirmé sa jurisprudence dans un arrêt du 7 septembre 1979.*" A noter que L. CORNELIS, "Les clauses d'exonération (...)", *op.cit.*, p. 218, n° 26, désapprouve plutôt l'interprétation de la Cour de cassation et considère que l'article 1162 du Code civil ne doit pas s'appliquer clause par clause,

fait), il faut admettre (en droit) que la lettre de patronage peut aussi être le moyen de limiter la responsabilité de l'émetteur.

4. CONCLUSION A L'EGARD DU CREANCIER BENEFICIAIRE

328.- Nous l'annoncions en début de paragraphe : nos commentaires relatifs à l'apparence, à la contractualisation de la responsabilité de l'émetteur et à son éventuelle limitation, sont complémentaires. Il sont les trois niveaux d'un travail visant à déterminer – de la manière la plus complète possible (c'est-à-dire dans les domaines contractuel et extra-contractuel) – l'ensemble des droits et obligations de l'émetteur vis-à-vis d'un créancier déterminé : celui qui s'est fait stipuler la lettre de patronage. Les effets concrets d'une telle analyse peuvent être illustrés des exemples suivants :

- La lettre mentionne que l'émetteur est informé de l'opération principale (elle ne précise pas que son accord a aussi été sollicité) et que l'opération n'a été conclue qu'en considération de la lettre, à la demande du créancier bénéficiaire.

  Avec une telle lettre, le créancier peut difficilement prétendre à la confusion de l'émetteur et de la société patronnée qui est seule intervenue à l'opération principale. Quant à l'apparence de crédit, elle devrait être exclue dans le chef du créancier qui l'a lui-même sollicité.

- L'émetteur s'engage à veiller à la bonne structure financière de la société patronnée, sans engagement de résultat en ce qui concerne le remboursement effectif du crédit principal.

---

mais pour l'ensemble de la convention. Le suivre ne ferait que renforcer le droit de l'émetteur d'une lettre de patronage (envisagée dans son ensemble) de limiter les conséquences juridiques d'une

A contrario, on peut déduire d'une telle lettre que l'émetteur n'y prend aucun engagement quant à la *gestion* de la société patronnée : aucune responsabilité ne devrait en principe pouvoir être retenue de ce chef, ni sur le plan contractuel, ni sur le plan extra-contractuel. La responsabilité – canalisée dans le domaine contractuel – s'apprécie par rapport à la structure financière : c'est elle qui permet de constater une éventuelle inexécution des obligations de l'émetteur. Le dommage qui en serait la conséquence (contractuel également) n'équivaut pas nécessairement au montant du crédit non-remboursé : il correspond plutôt à la perte d'une chance de remboursement en raison d'une mauvaise structure financière.

– L'émetteur s'engage à subordonner toute cession de sa participation dans le capital de la société patronnée à l'avertissement du créancier bénéficiaire et, si ce dernier le demande dans le mois, à la fourniture d'une nouvelle garantie.

Le devoir d'avertissement de l'émetteur est contractuellement limité à la *cession* de la participation : il ne peut pas être étendu à d'autres circonstances telles que la *politique* passée, présente ou future de l'émetteur en matière de gestion ou de participation. Le cas échéant, c'est au créancier bénéficiaire (engagé dans un mécanisme contractuel) de s'informer.

Quant au délai d'un mois, il apparaît comme un délai préfixe à l'issue duquel le créancier ne devrait plus être autorisé à exiger quoi que ce soit de l'émetteur, ni sur le plan contractuel, ni même sur le plan extra-contractuel. En effet, confronté à une action en responsabilité extra-contractuelle du créancier, l'émetteur pourra probablement soutenir avec succès que le créancier aurait pu éviter son dommage si, conformément à la lettre de patronage émise en sa faveur, il avait exigé en temps utile la nouvelle garantie.

éventuelle inexécution contractuelle.

Les exemples précités ne sont valables que dans la mesure où l'émetteur reste effectivement dans le cadre de la lettre de patronage qu'il a signée. Ils sont bien évidemment subordonné aux exigences de la bonne foi de chacune des parties [940]. Pour autant que de besoin, rappelons également qu'ils ne concernent que le créancier à qui la lettre a été adressée [941]. A ces conditions, nul doute que de nombreuses autres hypothèses peuvent être imaginées.

329.- Le plus remarquable est évidemment le fait que, suivant les solutions du droit belge [942], la lettre de patronage produit des effets, non seulement dans le domaine *contractuel*, mais aussi sur le plan *extra-contractuel*. En ce sens, elle tend véritablement à fixer l'intégralité des *devoirs* de l'émetteur à l'égard du créancier bénéficiaire. Mais, du fait que la lettre peut aussi être interprétée comme une limitation de responsabilité, elle en arrive aussi à préciser ses *droits* : s'étant expressément engagé jusqu'à un certain point, l'émetteur peut valablement prétendre ne pas être tenu au-delà. Nous avons également exposé les motifs de penser

---

[940] *Cf. supra* n° 50 à 52.

[941] C'est l'application en matière de limitation de responsabilité de l'effet relatif des conventions, auquel on peut cependant apporter les tempéraments et exceptions traditionnels (opposabilité des effets externes et stipulation pour autrui). En ce sens : P. VAN OMMESLAGHE, "Les clauses limitatives ou exonératoires (...)", *op.cit.*, p. 217, n° 23 ; R. KRUITHOF, "Les clauses d'exonération totale ou partielle" (...)", *op.cit.*, p. 198, n° 30, qui fait notamment référence à Cass., 22 avril 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 860. Le droit néerlandais va plus loin en acceptant parfois l'opposabilité d'une clause d'exonération de responsabilité à une partie non-contractante (notion de *doorwerking*). Voir : J.L.P. CAHEN, *Overeenkomst en derden*, Deventer, Kluwer, 1995, pp. 16 et s., les références citées, et en particulier Hoge Raad, 7 mars 1969, *N.J.*, 1969, n° 249, note G.J.S. Il nous paraît audacieux de soutenir que l'effet limitatif de responsabilité d'une lettre de patronage - que déjà certains ne manqueront pas de nous discuter - pourrait être appliqué à d'autres créanciers que celui auquel elle a été adressée.

[942] Nous avons vu que la solution serait autre dans les droits qui n'autorisent pas de limiter la responsabilité extra-contractuelle. Tel serait notamment le cas du droit français, avec les réserves exprimées. *Cf. supra* n° 324 et notes.

qu'aucune apparence ne devrait normalement permettre de lui contester cette prétention.

Au moment de conclure sa thèse consacrée à la responsabilité dans les groupes de sociétés, ENGRACIA ANTUNES constatait une relative inadéquation des solutions légales et jurisprudentielles en vigueur : « *The solution of liability issues in corporate groups should not be linked rigidly and automatically with formal models of group organization given* a priori *by the law and based on a unilateral image of group nature (condemned as they are to lag behind realty in every case), but should instead be linked flexibly and opportunistically with the particular organizational patterns in force in the concrete parent-subsidiary relationship* » [943]. A notre sens, les commentaires qui précèdent établissent que la lettre de patronage est, à l'égard du créancier bénéficiaire, une solution contractuelle pouvant rencontrer ces préoccupations [944].

Sur le schéma qui a, à un extrême, la solidarité de l'émetteur et de la société patronnée et, à l'autre, leur complète autonomie, la lettre de patronage apparaît comme un moyen de fixer l'intégralité des droits et devoirs de l'émetteur à l'égard du créancier bénéficiaire. Peuvent seuls l'expliquer la spécificité de la lettre de patronage, la diversité des clauses qui peuvent y figurer et les effets, dans les domaines contractuel et extra-contractuel, qui peuvent lui être reconnus.

---

[943] J. ENGRACIA ANTUNES, *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law. An International and Comparative Perspective*, Deventer.Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 493.

[944] Pour une réflexion plus générale sur la contractualisation des normes juridiques, voir notamment V. SIMONART, "La contractualisation des sociétés, ou les aménagements contractuels des mécanismes sociétaires", *R.P.S.*, 1995, pp. 75 à 130 ; J. M. MOUSSERON, « La renaissance (prolongée) du phénomène contractuel », *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires,* Bruxelles, Bruyant, 1998, pp. 663 à 680.

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE:

- Groupes de sociétés

BARBIERI, J.-F., "Comment rénover le droit français des groupes de sociétés?", *Les petites affiches*, 1997, n° 133, pp.6 à 11.

BIRON, H., DAUW, C., (éd.), *Aspects des groupes d'entreprises - Aspecten van de ondernemingsgroepen*, Anvers, Kluwer, 1989, 466 p.

BIRON, H. (éd.), *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars 1985, Anvers, Kluwer, 1986, 501 p.

BYTTEBIER, K., « Enige beshouwingen over de zin en onzin van de beperkte aansprakelijkheid », *DAOR*, 1994, n° 30, pp. 55 à 80.

d'HOIR-LAUPRETRE, C., « L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés », *D.*, chr. LXVI, 1993, pp. 248 à 250.

ENGRACIA ANTUNES, J., *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law. An International and Comparative Perspective*, Deventer.Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, 549 p.

HANNOUN, Ch., *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1991, 321 p.

HOUWEN, L.G.H.J., SCHOONBROOD-WESSELS, A.P., SCHREURS, J.A.W., *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland*, Kluwer, Deventer, 1993, 1197 p.

KEUTGEN, G., *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE*, Bruxelles, Bruylant, Louvain, Vander, 1973, 315 p.

LAGA, H., TAS, R., "Enkele bijzondere problemen met betrekking tot het sluiten van (samenhangende) overeenkomsten met een vennootschap die deel uitmaakt van een groep", *L'interdépendance des contrats*, Conférence du jeune barreau de Bruxelles, Vlaams pleitgenootschap bij de balie te Brussel, 1997, pp. 133 à 162.

LENNARTS, M.L., *Concernaansprakelijkheid*, Kluwer, Deventer, 1999, 412 p.

Mémento Francis Lefebvre, *Groupes de sociétés 2000-2001 juridique fiscal social*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2000, 1099 p.

OHL, D., *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Paris, Librairies techniques, 1982, 360 p.

RECQ, J.-G., SCHRÖDER, A., « La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne (Arrêt du Bundesgerichthof du 23 sept. 1991), *Rev. soc.*, 1992, pp. 707 à 716.

RONSE, J., LIEVENS, J., "De doorbraakproblematiek - Les limites de la personnalité juridique distincte", *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Anvers, Kluwer, 1985, pp. 133 à 189.

VAN CROMBRUGGE, S., *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Kluwer, Anvers, 1984, 547 p.

VAN OMMESLAGHE, P., "Rapport général", *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Anvers, Kluwer,1985, pp. 59 à132.

WEIL, K., « Responsabilité de la société mère vis-à-vis des engagements d'une SARL filiale. Le droit positif allemand après l'arrêt du 29 mars 1993 de la Cour fédérale de justice », *Rev. Soc.*, 1993, pp. 767 à 782.

WINTER, J.W., *Concernfinanciering*, Kluwer, Deventer, 1992, 329 p.

WYMEERSCH, E., (éd.), *Groups of companies in the EEC. A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1993, 334 p.

WYMEERSCH, E., « Le droit belge des groupes de sociétés », *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 615 à 644.

WYMEERSCH, E., « Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid », *Liber amicorum F. DUMON*, Kluwer, Anvers, 1983, pp. 313 à 336.

- **Responsabilité des administrateurs**

COLLE, Ph.,"Over vrijwaringsregelingen ten gunste van vennootschapsbestuurders", *T.R.V.*, 1994, pp. 3 à 8.

COLLE, Ph., "De la responsabilité quasi délictuelle des administrateurs de sociétés", *R.G.A.R.*, 1986, n° 11076.

CORBISIER, I., "Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", *R.P.S.*, 1994, pp. 5 à 118.

CORNELIS, L., "De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband", *Aspects des groupes d'entreprises*, BIRON, H. en DAUW, C. (éd.), Anvers, Kluwer, 1989, pp. 109 à 193.

FAGNART, J.L., "La responsabilité des administrateurs de la société anonyme", *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1991, pp. 1 à 56.

FCIS, M. B., *Ribts and Duties of Directors,* London, Edinburgh and Dublin, Butterworths, 1999, 375 p.

FERON, B., GOFFIN, J.- Fr., "La protection des administrateurs de sociétés contre la mise en cause de leur responsabilité civile", *J.T.*, 1996, pp. 377 à 385.

HORSMANS, G., « La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes », *Liber amicorum W. VAN GERVEN*, Deurne, Kluwer, 2000, pp. 553 à 571.

JASPAR, J.L., DE SMETH, A, "La notion de gérant de fait", *J.T.*, 1981, pp. 645 à 648.

GLASZ, J.R., BECKMAN RA, H., BOS, J.A.M., *Bestuur en toezicht*, Kluwer, Deventer, 1994, 426 p.

RALET, O., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, 396 p.

RONSE, J. LIEVENS, J., "L'administration des sociétés - La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite", *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1985, pp. 183 à 257.

SORENSEN, A., (éd.), *Directors' Liabilities in Case of Insolvency*, The Hague - London - Boston, Kluwer Law International, 1999, 439 p.

T'KINT, Fr., "Les responsabilités en cas de faillite et de liquidation volontaire", *DAOR*, 1995, n° 34, pp. 9 à 20.

VAN RIJN, J., DIEUX, X., "La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers", *J.T.*, 1988, pp. 401 à 404 ; « Observations complémentaires », *R.P.S.*, 1989, pp.93 à 113.

- **Responsabilité du dispensateur de crédit**

CAMPBELL, D., MERONI, R., *Bankers' Liability : Risks and Remedies*, Deventer. Boston, Kluwer, 1993, 426 p.

CORNELIS, L., "Aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening", *T.P.R.*, 1986, pp. 349 à 404.

DE BOEK, A., "De aansprakelijkheid van de bank jegens de borg n.a.v. de kredietverlening aan een insolvabele consument", noot na Vred. Kortrijk, 7 février 1995, *R.W.*, 1994-1995, pp. 1448 à 1451.

DESTERBECQ-FOBELETS, H., "La responsabilité des organismes et pouvoirs publics dispensateurs de crédit", *J.C.B.*, 1982, pp. 86 à 107.

DONY, M., "La responsabilité des pouvoirs publics en cas d'intervention dans une entreprise en difficulté", *J.T.*, 1990, pp. 669 à 674.

HAELTERMAN, A., "De zaak Bodart-Fittings als toepassing van art.63ter Venn. W. - De kennelijke grave fouten van de staat", *Jura Falc.*, 1982-1983, pp. 373 à 384.

SCHOENTJES - MERCHIERS, Y., "La responsabilité civile du donneur de crédit", note sous Cass., 19 mars 1976, *R.C.J.B.*, 1977, pp. 48 à 63.

SIMONT, L., BRUYNEEL, A.(éd.), *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, Paris, FEDUCI, 1984, 256 p.

TJITTES, R.P.J.L., BLOM, M.A., (éd.), *Bank & Aansprakelijkheid*, Kluwer, Deventer, 1996, 217 p.

VAN GERVEN, D., "De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietverlener ten aanzien van de schuldeisers van de onderneming in moeilijkheden", *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1994, pp. 71 à 102.

VAN OMMESLAGHE, P., "La responsabilité du dispensateur de crédit en droit belge", *Cahiers de la Rev. Banque*, 1979, pp.4 à 76.

VAN OMMESLAGHE, P., SIMONT, L., "De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het Belgisch recht", *T.P.R.*, 1986, pp. 1091 à 1134.

ZENNER, A., HENRION, R., "La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge", *J.T.*, 1984, pp. 469 à 484.

- **Apparence et confiance légitime**

de GAUDEMARIS, M., "Théorie de l'apparence et sociétés", *Rev. Soc.*, 1991, pp. 465 à 498.

DIEUX, X., *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 286 p.

FRERIKS, D., "Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractentecht", *T.P.R.*, 1992, pp. 1187 à 1252.

GLANSDORFF, F., « Erreur invincible ou croyance légitime », note sous Cass., 18 janvier 1999, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 729 à 743.

KRUITHOF, R., "La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase", note sous Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 51 à 92.

PAGNON, Ch., "L'apparence face à la réalité économique et sociale", *Recueil Dalloz-Sirey*, 1992, n° 38, pp. 285 à 290.

SMITS, J.M., *Het vertrouwenbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Arnhem, Gouda Quint BV, 1995, 363 p.

STORME, M.E., "Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het Belgisch verbintenissenrecht", *T.P.R.*, 1997, pp. 1861 à 1935.

STORME, M.E., « Het misverstand : de vertrouwensleer geldt ook tussen partijen », note sous Bruxelles, 26 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 336 à 340.

VRANKEN, J.B.M., "Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in het Nederlandse overeenkomstenrecht", *T.P.R.*, 1997, pp. 1825 à 1860.

- **Responsabilité - généralités**

BRUN, A., *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931, 390 p.

CORNELIS, L., "Le sort imprévisible du dommage prévisible", note sous Cass, 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 81 à 105.

DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile* , t. I « Les causes de responsabilité », Bruxelles, Larcier, 1959, 667 p.

DALCQ, R.O., "Restrictions à l'immunité de responsabilité de l'agent d'exécution", note sous Cass., 25 octobre 1990, Cass. 26 octobre 1999, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 503 à 508.

DALCQ, R., GLANSDORFF, Fr., "Prohibition du concours de responsabilités et irresponsabilité des préposés et agents d'exécution", note sous Cass., 3 décembre 1976, Cass., 15 septembre 1977, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 431 à 439.

PHILIPPE, D., « A propos du dommage indirect et imprévisible et des clauses s'y rapportant », *R.D.A.I.*, 1995, pp. 171 à 197.

SCHAMPS, G., "La prévisibilité du dommage en responsabilité civile - De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité", *Rev. dr. pén.*, 1994, pp. 375 à 395.

SIMONART, V., "La quasi-immunité des organes de droit privé", note sous Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, pp. 732 à 774.

VAN QUICKENBORNE, M., ,"Réflexions sur le dommage purement contractuel", note sous Cass., 14 octobre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 344 à 370.

VAN RIJN, J., "Responsabilité aquilienne et contrats", *J.T.*, 1975, pp. 505-506.

VINEY, G., *Traité de droit civil*, « Introduction à la responsabilité », 2ème éd., Paris L.G.D.J., 1995, 471 p.

VINEY, G., JOURDAIN, P., *Traité de droit civil*, « Les conditions de la responsabilité », 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1998, 1226 p.

WERY, P., "Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente" , *R.G.D.C.*, 1998, pp. 81 à 108.

- **Clauses limitatives de responsabilité**

CORNELIS, L., "Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation", *R.C.J.B.*, 1981, pp. 196 à 219.

DABIN, J., "De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle, couvrant 1° la faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés", note sous Cass., 25 septembre 1959, *R.C.J.B.*, 1960, pp. 10 à 30.

DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, t. II « Le lien de causalité – le dommage et sa réparation », Bruxelles, Larcier, 1962, 821 p.

DIRIX, E., "Exoneratiebedingen", *T.P.R.*, 1988, pp. 1171 à 1202.

HERBOTS, J.-H., "De exoneratiebedingen in het gemeen recht", *Exoneratiebedingen*, Brugge, die keure, 1993, pp. 1 à 20.

KORTMANN, S.C.J.J., « Exoneratiebedingen », *T.P.R.*, 1988, pp. 1205 à 1252.

KRUITHOF, R., "Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité - Rapport belge", *In memoriam J. LIMPENS*, Anvers, Kluwer, 1987, pp. 165 à 203.

VANDENBERGHE, H., "Exoneratie- en vrijwaringsbeding bij onrechtmatige daad. Samenloop en coëxistentie", *Exoneratiebedingen*, Brugge, die keure, 1993, pp. 69 à 100.

VAN OMMESLAGHE, P., "Les clauses limitatives ou exonératives de responsabilité en droit belge", *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Dalloz, Paris, 1994, pp. 181 à 222.

VINEY, G., "Les conventions d'irresponsabilité – Droit français", *In memoriam J. LIMPENS*, Anvers, Kluwer, 1984, pp. 115 à 140.

CONCLUSIONS GENERALES

330.- A première vue, la lettre de patronage est un lieu de paradoxes. Création de la pratique, elle suscite le malaise des praticiens [945]. La souplesse, qui lui offre l'avantage d'être une garantie sur mesure négociée entre des partenaires de force économique souvent comparable [946], est souvent perçue comme une marque de faiblesse [947]. Les clauses les plus fréquentes, celles qui tendent à figer les relations de capital entre l'émetteur et la société patronnée, sont aussi celles qui, d'un point de vue strictement juridique, justifient le plus de réserves [948]. Alors qu'un tel contexte devrait marginaliser la pratique de la lettre de patronage, on constate que ses applications sont fréquentes et que le contentieux qui la concerne reste faible.

---

[945] *Cf. supra* n° 3 et notes.

[946] L'exemple le plus fréquent est celui où l'émetteur occupe une place prépondérante dans le groupe de sociétés dont relève la société patronnée. Les partenaires de cette dernière – et en particulier le créancier destinataire de la lettre – ne sont donc pas nécessairement en position de force. On est loin du schéma où la caution – personne physique est en nette position de faiblesse par rapport au banquier, créancier de la société cautionnée.

[947] On connaît pourtant les avantages et inconvénients respectifs du chêne et du roseau (Jean de LA FONTAINE, *Fables*, Beograd, Editions Prosveta, 1989, p. 36).

[948] Du point de vue de la *validité* – par la nécessaire prise en compte des exigences que le droit des sociétés pose pour toute convention réduisant la négociabilité des titres d'une société anonyme – et du point de vue de l'*efficacité* – en raison de la relativité à l'égard des tiers de toute convention ayant un tel objet. Nous avons exposé des moyens de tempérer ces inconvénients. *Cf. supra* n° 247.

331.- Ces contradictions ne sont qu'apparentes. Elles sont révélatrices des trois idées-forces qui ont guidé notre réflexion :

a. Contrairement à ce que l'on pense généralement, la souplesse qui caractérise la lettre de patronage n'empêche pas la sécurité juridique

332.- Le faible contentieux s'explique en partie par la qualité des intervenants: la lettre de patronage est le plus souvent une garantie de luxe [949] convenue entre des sociétés bien conseillées [950] et, en cas de problème, soucieuses de préserver leur réputation. Nous pensons que le faible contentieux s'explique *aussi* en raison du fait que la lettre de patronage – malgré son caractère hybride – peut être rattachée à de nombreuses règles du droit des sûretés, du droit des obligations et du droit des sociétés, dont la portée est finalement bien connue. Généralement, les (rares) contestations ne portent que sur des questions très précises, variant d'ailleurs d'un pays à l'autre : au Royaume-Uni, cela concerne la distinction entre droit et morale [951] alors qu'en Belgique, c'est la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat [952]. En France, c'est surtout la question de l'autorisation préalable du conseil d'administration qui explique le contentieux [953].

b. Dans de nombreuses hypothèses, il y a des motifs de préférer la lettre de patronage aux autres sûretés personnelles

333.- Dans les groupes de sociétés, la lettre de patronage est un mécanisme fréquemment utilisé. Comment l'expliquer, sinon par le fait que – malgré le sentiment

---

[949] Il s'agit notamment du luxe du "*sur –mesure*" par rapport au "*prêt-à-porter*".

[950] Que l'on songe aux départements juridiques dont sont équipées les banques et autres grandes sociétés holding. Voir aussi nos commentaires sur le professionnalisme de l'émetteur et du créancier bénéficiaire. *Cf. supra* n° 277 et 309.

[951] *Cf. supra* n° 42 à 45.

[952] *Cf. supra* n° 59 et notes.

d'incertitude évoqué au point précédent – la pratique y voit un moyen de combler certaines préoccupations que ne rencontrent pas les autres sûretés personnelles ?

Bien sûr, le seul engagement de maintien de participation en capital ou l'obligation d'assistance dans la gestion, n'offrent pas la sécurité d'un paiement intégral en lieu et place du débiteur (cautionnement), voire un paiement à première demande (garantie autonome). Dans sa comparaison avec les autres sûretés personnelles, la lettre de patronage justifie sa faveur dans les hypothèses où elle peut être fournie alors que les premières ne le peuvent pas - ou plus :

- soit que des restrictions statutaires ou conventionnelles à la fourniture d'une *sûreté* [954], voire des exigences purement commerciales (nécessité de ne pas réduire la capacité de crédit, telle qu'elle pourrait être entamée par des engagements figurant au bilan [955]), obligent l'émetteur à recourir à des mécanismes de garantie de moindre portée,

- soit que l'émetteur – qui se trouve dans une position de force par rapport au créancier bénéficiaire – n'accepte pas de s'engager davantage (il en fait peut-être une question de politique commerciale).

La lettre de patronage a la préférence chaque fois qu'elle autorise un compromis que la formule "*tout ou rien*" des autres sûretés personnelles ne permet pas [956]. Suivant les cas, la souplesse joue en faveur de l'émetteur (qui, en qualité de

---

[953] *Cf. supra* n° 32*bis*.

[954] *Cf. supra* n° 14.

[955] *Cf. supra* n° 16.

[956] Dans la recherche de pareils compromis, on peut aussi concevoir que les engagements de caution ou de garantie autonome ne soient fournis que pour une partie de la dette principale. La pratique semble cependant peu encline à suivre cette voie qui suscite des difficultés pratiques (liées notamment à l'imputation des paiements du débiteur principal) et, en tout état de cause, n'offre pas

caution ou de garant, serait lié davantage) ou en faveur du créancier bénéficiaire (qui, à défaut de lettre, ne bénéficierait d'aucune autre garantie) [957].

c. La lettre de patronage compense partiellement l'absence de droit des groupes de sociétés

334.- Les groupes de sociétés sont le lieu de rencontre d'affirmations contradictoires entre la réalité *économique* du groupe et l'autonomie *juridique* des sociétés qui en font partie [958]. Une filiale ne s'engage le plus souvent qu'au su, voire avec l'accord de sa société mère; elle bénéficie de son assistance (et probablement aussi de son contrôle !) pour l'exécution de ses engagements. En l'absence de réglementation des groupes de sociétés [959], la lettre de patronage est une des rares traductions juridiques de cette réalité économique [960]. De ce point de vue, elle correspond certainement à un besoin de la pratique et c'est probablement ce qui explique l'importance que cette dernière accorde aux clauses qui fixent la relation de capital entre société mère et société fille (entre émetteur et société patronnée).

Même si ce ne l'est qu'à l'égard d'un créancier déterminé, la lettre de patronage est une réponse efficace – et parfois la meilleure – aux préoccupations qui animent toute réflexion sur les relations entre sociétés liées. Les apparentes contradictions évoquées en début de ces conclusions le suggèrent. Les nombreuses

---

la souplesse de la lettre de patronage: les obligations de la caution ou du garant restent des obligations juridiques de payer au créancier bénéficiaire. Il n'y a de marge de manœuvre qu'en ce qui concerne le montant et les conditions de son paiement (exceptions, documents, etc...).

957 C'est « *ça ou rien* ».

958 *Cf. supra* n° 263.

959 *Cf. supra* n° 264 à 268.

960 Les autres formes de sûretés personnelles sont en principe sans incidence sur l'assistance et le contrôle de la société mère en amont et en aval des engagements de la société filiale. En cela aussi, la lettre de patronage offre une raison d'être préférée, en certaines circonstances, aux contrats de cautionnement et de garantie autonome – conformément à la deuxième idée-force de la thèse.

questions examinées dans les 6 chapitres constituant le corps de ce travail (et que nous reprenons ci-après) le confirment.

335.- Au moment de conclure, il nous paraît adéquat de rappeler le caractère inévitablement pratique de toute réflexion sur les lettres de patronage. En la matière, la réglementation est absente, la jurisprudence relativement rare et la doctrine peu abondante. On est bien obligé de s'en référer à la pratique – c'est quand même elle qui est à l'origine du mécanisme. Ceci explique la place que nous avons du lui réserver. C'est d'ailleurs à propos des lettres de patronage que le Professeur SCHOORDIJCK terminait un de ses articles en reconnaissant que «*Theorie en praktijk moeten elkaar veel meer vinden* » [961] .

1. TOUTE LETTRE DE PATRONAGE N'EST PAS SOUMISE AU REGIME PLUS CONTRAIGNANT DES SURETES

336.- Les contrats de cautionnement et de garantie autonome sont incontestablement des sûretés. Contrairement à ce que suggèrent de nombreux auteurs, la qualification doit être réservée aux seules lettres de patronage qui contiennent une *obligation juridique de somme* (c'est-à-dire portant sur une somme ou une chose appréciable en argent) [962]. Dans les autres hypothèses, le fait que la qualification de sûreté ne doit pas être retenue simplifie considérablement le régime applicable :

---

[961] H.C.F. SCHOORDIJCK, « Naschrift bij de reacties van Akkermans, Moojen, De Rooy en Spier », *N.J.B.*, 1990, p. 787. Lu aussi dans *Le Monde* du 25 octobre 2000, sous la plume de Yvon LE MAHO, à l'occasion de la séance publique annuelle des cinq Académies : *« Le chercheur d'aujourd'hui ne peut plus être un pur esprit se désintéressant des retombées économiques de ses découvertes ».* Une telle perspective ne pouvait que suggérer l'intérêt pour les enjeux pratiques de nos recherches.

[962] *Cf. supra* n° 21 à 28.

1. La lettre est alors le moyen de contourner valablement des dispositions statutaires ou conventionnelles entravant la liberté de l'émetteur de constituer des « *sûretés* » [963].

2. La lettre ne doit pas être mentionnée dans l'annexe aux comptes annuels de l'émetteur [964].

3. La lettre émise par une personne physique (hypothèse marginale) n'est pas susceptible d'être remise en cause sur pied de l'article 224 du Code civil [965].

4. Son respect ou son exécution n'ouvre aucun recours de l'émetteur contre la société patronnée. La question du traitement fiscal d'un tel recours – notamment s'il n'est pas effectivement exercé – ne se pose pas [966].

Sur ces différents points [967], la lettre de patronage – parce qu'elle ne doit pas être systématiquement qualifiée de sûreté – connaît un régime juridique plus favorable que celui des contrats de cautionnement et de garantie autonome. Comme expliqué ci-dessus, cette "faveur" peut jouer tant au bénéfice de l'émetteur [968] que du créancier bénéficiaire [969]. C'est elle qui est à l'origine du mécanisme dont, à défaut, on

---

[963] *Cf. supra* n° 14.

[964] *Cf. supra* n° 16, 31 - 32.

[965] *Cf. supra* n° 17, 29.

[966] *Cf. supra* n° 18 à 20, 30.

[967] On pourrait y ajouter, en droit français, une interprétation restrictive de l'article 98 de la loi française du 24 juillet 1966 (autorisation préalable du conseil d'administration pour la fourniture d'une garantie) qui, à notre sens, ne devrait lui aussi s'appliquer qu'aux obligations juridiques de somme. On a vu cependant que, par un arrêt du 26 janvier 1999, la Cour de cassation française semble s'être engagée dans une voie plus étroite encore. *Cf. supra* n° 32*bis*.

[968] Par exemple : l'émission d'une garantie dont le créancier parvient à se satisfaire mais qui ne doit pas figurer en annexe des comptes annuels de l'émetteur.

[969] Par exemple : l'obtention d'une garantie de la part de l'émetteur pourtant interdit, statutairement ou contractuellement, de fournir une sûreté.

ne pourrait expliquer le développement en marge des autres sûretés. Parmi les raisons de leur préférer la lettre de patronage, il faut donc retenir un intérêt "*en creux*" : la possibilité de stipuler une garantie dont les parties parviennent à se satisfaire mais qui n'est *pas*, à proprement parler, une sûreté.

2. LA SOUPLESSE DES LETTRES DE PATRONAGE N'EMPECHE PAS LA SECURITE JURIDIQUE

337.- Les premiers travaux de la doctrine en la matière ont essentiellement eu pour objet d'analyser la diversité des lettres de patronage. Des typologies ont été proposées [970]. Nous avons indiqué en quoi elles pouvaient être améliorées, notamment par une nouvelle lecture des catégories habituellement utilisées :

- d'une part, en démontrant qu'il ne s'agit pas tant, en la matière, d'opposer les lettres purement informatives et celles qui contiennent des obligations (morales ou juridiques).

  La nuance fondamentale est plutôt celle qui permet d'isoler les lettres où les parties manifestent sans équivoque leur volonté de se situer en dehors du droit: déclarations et engagements moraux [971]. Nous avons démontré comment et pourquoi cette volonté devait être respectée [972]. En pratique, cette catégorie correspond à des lettres qui ne sont pas des sûretés – conformément à nos commentaires au point 1 ci-dessus. La cohérence devrait conforter les analyses.

- d'autre part, en soulignant le fait que la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat doit être réalisée à deux niveaux : celui des

---

[970] *Cf. supra* n° 33 - 34 et notes.

[971] *Cf. supra* n° 56 - 57.

[972] *Cf. supra* n° 38 à 41, 47 à 55.

obligations intermédiaires à charge de l'émetteur et celui de la garantie quant au paiement de la dette principale [973].

Cette nouvelle approche permet notamment de reconnaître les lettres où les parties conviennent que les obligations intermédiaires à charge de l'émetteur sont *de résultat* (il n'en sera libéré que s'il démontre la force majeure), tout en acceptant que ces obligations ne sont que *des moyens* de garantir le paiement de la dette principale (même la correcte exécution des obligations intermédiaires de l'émetteur ne garantit pas le paiement effectif de la dette principale par la société patronnée, indépendamment de toute force majeure).

En complément de cette nouvelle lecture des catégories habituelles, nous avons introduit en notre matière de nouveaux critères (mais faisant référence à des catégories juridiques éprouvées) permettant d'affiner l'analyse juridique de la lettre de patronage. Il a ainsi été fait référence à la qualité de l'émetteur [974], à la forme de la lettre [975] ainsi qu'à l'objet de l'obligation souscrite lorsqu'elle est "*de ne pas faire*" [976].

338.- A l'issue de ce travail d'analyse des lettres de patronage - à l'occasion duquel nous avons notamment proposé un tableau systématique des combinaisons possibles [977] – nous espérons avoir démontré que la souplesse qui caractérise le

---

[973][973] *Cf. supra* n° 66 à 68. Pour rappel, la lettre qui obligerait l'émetteur à se *substituer* à la société patronnée dans l'exécution de la dette principale devrait être requalifiée en cautionnement. *Cf. supra* n° 11-12, 67, 71 - 72, 118, 125.

[974] *Cf. supra* n° 74 à 83.

[975] *Cf. supra* n° 84 à 90.

[976] *Cf. supra* n° 91 à 100.

[977] *Cf. supra* n° 36.

mécanisme n'empêche pas la sécurité juridique, comprise comme l'identification précise des effets juridiques attachés à la garantie donnée [978].

La lettre de patronage est souvent présentée comme pouvant être "*tout et n'importe quoi*". Il s'agit peut-être de sa chance : celle d'une garantie sur mesure que les parties peuvent choisir de faire entrer ou non dans le droit, dont l'objet peut considérablement varier et dont les causes d'exonération peuvent être fixées à tous niveaux. Expression la plus aboutie de l'autonomie des volontés dans le domaine des garanties, la lettre de patronage est rarement "*n'importe quoi*". Le plus souvent, elle exprime – avec des nuances qui n'ont pas d'équivalent en droit des sûretés – ce dont l'émetteur et le créancier bénéficiaire (lorsqu'il est déterminé) ont pu convenir en garantie de la dette principale. En ce sens, elle est "*tout*" [979].

Une telle souplesse ne se retrouve pas dans les contrats de cautionnement et de garantie autonome où la volonté des parties ne se manifeste qu'à propos du montant garanti et des exceptions dont peut se prévaloir le garant. Il ne semble pas qu'il y ait de latitude quant à l'objet et la nature des obligations souscrites qui devront le plus souvent être qualifiées d'obligations juridiques [980] de résultat [981].

---

[978] Une autre question est celle de savoir si ces effets contribueront effectivement à l'exécution parfaite de la dette garantie. De ce point de vue, voir nos commentaires en introduction sur les avantages des sûretés personnelles par rapport aux sûretés réelles, et ci-dessus quant aux avantages de la lettre qui n'est pas une sûreté. *Cf. supra* n° 3 en note, et la synthèse au n° 336.

[979] Nos commentaires au point 6 ci-après auront notamment pour objet de le confirmer. *Cf. infra* n° 347 et s.

[980] Nous n'avons pas connaissance d'exemples de cautionnement moral ou de garantie bancaire sur l'honneur...

[981] Ce résultat doit être apprécié au niveau de la dette principale puisque les contrats de cautionnement et de garantie autonome visent le paiement *direct* du créancier bénéficiaire. *Cf. supra* n° 59.

339.- Si la souplesse des lettres de patronage [982] n'empêche pas la sécurité juridique, force est cependant de reconnaître que cela a un prix : celui de la rédaction minutieuse d'un document exprimant l'exacte portée de la garantie voulue et acceptée. A cet égard, la nature contractuelle de la lettre (lorsqu'elle est adressée à un créancier déterminé), suggérant notamment que son contenu soit fixé par référence à la volonté *commune* des parties, arrive à point nommé [983].

3. LA LETTRE DE PATRONAGE ADRESSEE A UN CREANCIER DETERMINE EST UN CONTRAT

340.- La question de la nature unilatérale ou contractuelle d'un acte juridique n'a rien d'original. Ce qui l'est, c'est de l'examiner en profondeur à propos de la lettre de patronage. Par comparaison avec les contrats de cautionnement [984] et de garantie autonome [985], nous pensons avoir démontré que la lettre adressée à un créancier déterminé est, elle aussi, un contrat [986]. La qualification contribue à l'élaboration de solutions juridiques jusqu'à présent non fixées :

1. Les effets de la lettre de patronage sont subordonnés, quant au fait et à la date de leur naissance, à la démonstration de l'acceptation du créancier bénéficiaire [987].

---

[982] Souplesse qui peut la rendre préférable aux contrats de cautionnement et de garantie autonome : voir notamment au point 1 ci-dessus les avantages d'une garantie personnelle qui ne doit pas être qualifiée de sûreté. *Cf. supra* n° 336.

[983] Il en est de même de la nature en principe autonome de la lettre de patronage, suggérant son interprétation littérale. *Cf. supra* n° 153. C'est également l'importance de la rédaction qui nous a convaincu de l'opportunité d'annexer à notre travail des modèles et des recommandations de ce point de vue.

[984] *Cf. supra* n° 114 à 118.

[985] *Cf. supra* n° 119 à 123.

[986] *Cf. supra* n° 124 à 127.

[987] *Cf. supra* n° 105 - 106.

2. Quant à leur contenu, ces effets doivent être fixés par référence aux intentions *communes* aux parties contractantes [988]. La remarque prend toute sa pertinence à la lumière de nos commentaires au point 2 ci-dessus puisque c'est essentiellement sur le fondement de la volonté des parties que la souplesse des lettres et la sécurité juridique peuvent être conciliés.

3. Démontrer la nature contractuelle de la lettre écarte l'irrévocabilité des actes unilatéraux et ouvre un droit de résiliation unilatéral de la lettre à durée indéterminée [989].

4. Sous l'angle du droit international privé, la nature contractuelle de la lettre lui rend applicable les solutions de la convention de Rome du 19 juin 1980 [990]. On ne peut à nouveau qu'y remarquer la prééminence de la volonté des parties.

5. Dans certains cas, la lettre de patronage pourrait être interprétée comme une stipulation pour autrui dont la société patronnée elle-même peut se prévaloir [991]. Le plus souvent, l'émetteur sera bien inspiré de régler expressément cette question [992].

---

[988] *Cf. supra* n° 107 à 109.

[989] *Cf. supra* n° 110 - 111. La solution n'a rien d'exorbitant du droit commun. Elle est conforme à celle applicable en matière de cautionnement. A noter que le droit de résiliation est écarté par la stipulation d'une lettre à durée *déterminée,* ce qui est d'ailleurs nécessaire à la validité des clauses qui portent sur le blocage de la participation dans le capital de la société patronnée ou l'exercice du droit de vote à son assemblée générale. *Cf. supra* n° 242, 252.

[990] *Cf. supra* n° 112 - 113.

[991] *Cf. supra* n° 128 à 140.

[992] Ce le sera probablement dans le sens de l'exclusion de tout droit propre de la société patronnée à son égard. A notre connaissance, une telle précaution ne se retrouve pas dans la pratique actuelle.

La démonstration de la nature contractuelle de la lettre de patronage, et surtout l'exposé de ses conséquences, contribuent à la sécurité juridique dont nous faisons un des objectifs de notre travail. Ils permettent notamment (et à tout le moins) d'aligner de nombreux aspects du régime juridique de la lettre sur celui des autres sûretés personnelles [993]. La participation du créancier bénéficiaire est également un élément déterminant des analyses que nous reprenons ci-après.

4. SAUF DISPOSITION EXPRESSE, LA LETTRE DE PATRONAGE EST EN PRINCIPE AUTONOME

341.- A l'instar de la question de la nature unilatérale ou contractuelle, celle du caractère accessoire ou autonome est classique. Cependant, elle aussi n'a (à notre connaissance) jamais fait l'objet d'un examen approfondi dans la matière des lettres des patronage, les auteurs se contentant d'y affirmer des solutions variées et parfois contradictoires [994]. Après analyse des fondements des caractères accessoire du cautionnement et autonome de la garantie [995], nous espérons avoir démontré que la lettre de patronage [996] est – sauf stipulation contraire – un engagement autonome. La qualification détermine principalement les solutions juridiques suivantes [997]:

1. L'exécution de la lettre qui contient une obligation juridique autonome n'est pas subordonnée à la preuve de la défaillance de la société patronnée. On imagine facilement le poids d'un tel argument en cas de conflit.

---

[993] Sans préjudice à ses spécificités telles que soulignées au point 1. *Cf. supra* n° 336.

[994] *Cf. supra* n° 161 - 162.

[995] *Cf. supra* n° 148 à 151.

[996] La question ne se pose qu'à propos de celles qui contiennent des obligations juridiques.

[997] *Cf. supra* n° 163 à 165.

2. L'émetteur n'a pas la possibilité de se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette principale, sous la seule réserve de l'appel manifestement abusif [998].

Ces règles sont applicables sauf stipulation contraire. C'est une nouvelle occasion de souligner l'importance des volontés, d'autant plus remarquable qu'elles se manifestent ici à propos d'obligations au contenu très variable. Les contrats de cautionnement et de garantie permettent de régler (avec de nombreuses nuances il est vrai [999]) le caractère accessoire ou autonome d'une obligation qui ne peut avoir pour objet qu'un paiement dans les mains du créancier bénéficiaire. La lettre de patronage offre l'avantage de pouvoir imprimer ce caractère à toutes sortes d'obligations : les parties peuvent ainsi modaliser, par référence à l'exécution du contrat principal, les conditions d'un blocage de participation, d'une augmentation de capital, de la fourniture d'une nouvelle garantie, de la mise à disposition de liquidités [1000], etc...

342.- Dans les cas où l'obligation résultant de la lettre est autonome, on peut penser que cette autonomie compense le caractère éventuellement peu contraignant de l'obligation souscrite [1001]. Ainsi, tenu de veiller à un bon ratio de fonds propres dans la société patronnée, l'émetteur pourrait être sommé de s'exécuter par le créancier bénéficiaire sans pouvoir lui opposer des incidents liés à l'exécution du contrat principal. C'est la règle du "*Payer d'abord, discuter ensuite*" dont l' efficacité – bien connue dans le commerce international - serait étendue à un domaine beaucoup plus large que celui des seules obligations de paiement dans les mains des créanciers. L'autonomie de principe de la lettre de patronage, par la place

---

[998] *Cf. supra* n° 154 à 156 et notes.

[999] On peut sans doute les résumer comme suit (du plus accessoire au plus autonome) : cautionnement simple, cautionnement solidaire, garantie documentaire, garantie à première demande.

[1000] Dans ce cas particulièrement, il est probable que le montant exigé de l'émetteur au profit de la société patronnée sera aligné sur celui que doit cette dernière au créancier bénéficiaire. Mais ce n'est pas nécessairement le cas.

[1001] *Cf. supra* n° 166.

qu'elle réserve à la volonté des parties et l'efficacité qu'elle leur permet d'imprimer à la garantie, est un argument solide en sa faveur.

5. LES CONDITIONS DE VALIDITE SONT CONFORMES AU DROIT COMMUN

343.- La sécurité juridique – telle qu'elle peut être déduite des commentaires qui précèdent – n'est acquise que si la validité de la lettre n'est pas susceptible d'être remise en cause. En droit des sûretés, les parties conviennent de mécanismes qui ne sont normalement appelés à produire leurs effets que de manière future et éventuelle. L'examen des conditions de validité n'y revêt que plus d'importance. Généralement, l'excès de prudence y est la règle et le risque, l'exception.

344.- En notre matière, la question se pose sous l'angle du droit civil par référence aux conditions essentielles à la validité des conventions [1002]. Sauf stipulation contraire, la nullité du contrat principal, avec ou sans effet rétroactif, n'est pas susceptible de toucher à la validité de la lettre de patronage en principe autonome [1003]. L'objectif de sécurité juridique est atteint [1004].

345.- La question se pose surtout sous l'angle des conditions générales du droit des sociétés, essentiellement par référence à la nécessaire conformité de la lettre

---

[1002] *Cf. supra* n° 170 à 174.

[1003] *Cf. supra* n° 175 à 177. Nous avons vu cependant que cette nullité peut conditionner l'appel à l'exécution de la lettre de patronage lorsqu'il est, dans ces conditions, manifestement abusif. La solution est identique à celle applicable en matière de garantie autonome.

[1004] Il en va de même avec les lettres de patronage émises par des personnes physiques. Contrairement aux contrats de cautionnement et de garantie autonome, elles ne sauraient être remises en cause sur pied de l'article 1326 du Code civil (règle du "*Bon pour*"). *Cf. supra* n° 180 à 182. Quant à l'article 224 du Code civil (protection des intérêts de la famille), il ne concerne que les lettres qui peuvent être qualifiées de *sûretés*. *Cf. supra* n° 17, 29. Sur ces questions, le régime de la lettre de patronage se révèle également moins contraignant que celui des autres sûretés personnelles.

à l'objet et à l'intérêt social de l'émetteur [1005]. A cet égard, on ne peut manquer de relever les nombreuses circonstances qui, tenant au contenu des lettres et au contexte dans lequel elles sont le plus souvent émises, contribuent à un régime juridique favorable :

1. Dans le chef d'une société qui s'engage à garantir les obligations d'une autre, la conformité à l'objet social et à l'intérêt social de la société garante est facilement admise si cette dernière peut se prévaloir d'un "*effet de groupe*" où les engagements souscrits sont présentés comme les conséquences naturelles d'un statut de société dominante [1006].

   Force est de reconnaître que la lettre de patronage peut non seulement illustrer et établir cet "*effet de groupe*", mais aussi y contribuer, d'une part, par la description des liens entre émetteur et société patronnée ou des politiques de gestion suivies (par la société patronnée, l'émetteur ou le groupe), d'autre part, par les engagements pris à leur sujet [1007]. Le plus souvent, la lettre de patronage définit elle-même l'"*effet de groupe*" qui la légitime [1008].

2. La légitimité paraît d'autant plus assurée que la diversité des clauses pouvant figurer dans la lettre permet de mesurer et d'obtenir leur adéquation avec l'objet et l'intérêt de l'émetteur. Dans certains cas, ce dernier ne s'engage effectivement qu'à maintenir une participation en capital ou à surveiller une structure financière. Dans les cas où les obligations sont juridiques et de somme, cette adéquation est facilitée par le droit de recours après paiement de

---

[1005] Voir aussi nos commentaires concernant les compétences. La lettre est normalement une décision du conseil d'administration. Nous avons vu que la sécurité des transactions y est privilégiée. *Cf. supra* n° 184 à 192.

[1006] *Cf. supra* n° 196.

[1007] Rappelons que ce sont les objectifs communs et la direction unique qui caractérisent le groupe de sociétés. *Cf. supra* n° 263.

[1008] *Cf. supra* n° 215 à 218.

l'émetteur contre la société patronnée – conséquence de la qualification de sûreté qui doit alors être retenue [1009].

3. Les contrats de cautionnement et de garantie autonome font en principe naître, dans le chef de la caution ou du garant, une obligation de résultat : le paiement de la dette du débiteur principal ou d'un montant déterminé. Lorsque la dette devient exigible (parce que le débiteur principal ne s'exécute pas ou parce qu'il est fait appel à la garantie), son non-paiement peut constituer un état de cessation et contribuer à la déclaration de faillite de la caution ou du garant.

De telles conséquences peuvent être évitées dans la matière des lettres de patronage où l'émetteur a incontestablement la possibilité de ne s'engager qu'à des obligations *de moyens*. C'est précisément par référence à l'intérêt social de l'émetteur que ces derniers nous paraissent devoir être interprétés. La chute de l'émetteur est (en principe [1010]) contraire à son intérêt social : en s'engageant à faire "*son possible*", il nous semble qu'il ne peut pas avoir accepté son sacrifice. Dans certains cas, la nécessité de sa survie devrait autoriser l'émetteur à mettre fin aux obligations (de moyens) que la lettre met à sa charge [1011].

La prise en compte de l'intérêt social de l'émetteur pour la détermination de ses obligations plaide fortement en faveur du recours à la lettre de patronage. Sur ce point, les autres sûretés personnelles ne peuvent rivaliser.

[1009] *Cf. supra* n° 18 à 20, 30, 203.

[1010] On réserve les hypothèses où il pourrait être de l'intérêt de l'émetteur de se mettre en faillite. Mais il faudrait alors relancer tout le débat quant à la consistance de l'intérêt social : actionnaires, créanciers, travailleurs ? *Cf. supra* n° 207 à 210.

[1011] *Cf. supra* n° 219 à 223.

Les analyses auxquelles nous venons de procéder sont autant de raisons de préférer – dans des situations à examiner au cas par cas – la lettre de patronage aux autres formes de sûretés. On précisera encore que même la violation de l'objet social ou de l'intérêt social ne remet en principe pas en question la validité de l'acte qui leur est contraire [1012] . Ceci vaut tant pour la lettre de patronage que pour les autres sûretés et contribue seulement à la sécurité juridique légitimement attendue en la matière.

346.- La question de la validité de la lettre de patronage se pose enfin sous l'angle des conditions spécifiques que le droit des sociétés pose pour la validité des conventions d'actionnaires. On constate en effet une grande similitude entre les mécanismes [1013]. Il apparaît que les conditions auxquelles le Code des sociétés subordonne la validité des conventions portant sur la négociabilité des titres s'appliquent aussi aux lettres de patronage qui ont un tel objet [1014]. Il nous semble (ne serait-ce que par prudence) que le même raisonnement doit être tenu en ce qui concerne la liberté du vote [1015].

Le rapprochement n'a, à notre connaissance, jamais été systématisé. Il a essentiellement pour objet de soumettre ces types de lettres à une limitation dans le temps [1016] et à la justification "*à tout moment*" par l'intérêt social de la société patronnée [1017]. Sur le plan de la sanction, on doit en théorie constater la force relative des engagements qui portent sur le blocage des participations [1018]. La constatation

---

[1012] *Cf. supra* n° 204 - 205, 224 à 231. Pour rappel, on doit réserver les hypothèses de fraude ou l'application de dispositions spécifiques sanctionnées de nullité.

[1013] *Cf. supra* n° 232.

[1014] *Cf. supra* n° 241. Ceci ne vaut bien sûr que dans la mesure où la société patronnée est soumise au droit belge.

[1015] *Cf. supra* n° 248 à 251.

[1016] *Cf. supra* n° 242, 252.

[1017] *Cf. supra* n° 243, 253 - 254.

[1018] *Cf. supra* n° 244 à 246. Les risques évoqués sont ceux qui s'attachent à toute convention d'actionnaires portant sur la négociabilité des titres et, de manière générale, à toute garantie

étonne car en pratique ces clauses sont très fréquentes - sans pour autant susciter de contentieux. Au contraire, on ne peut que souligner le poids des engagements qui restreignent la liberté de vote de l'émetteur en sa qualité d'actionnaire de la société patronnée [1019].

La lettre de patronage connaît ici des restrictions que ne connaissent pas les autres sûretés personnelles, ce qui va à l'encontre de la *faveur* pour ce mécanisme que la thèse tente par ailleurs de démontrer. Ces restrictions, dont l'importance ne saurait être niée, rappellent seulement que la lettre de patronage permet d'agir en des matières (la participation dans le capital de la société patronnée ; les décisions de son assemblée générale) où les contrats de cautionnement et de garantie autonome sont totalement inopérants. Les conditions de validité supplémentaires sont conformes au droit commun. Elles ne sont finalement que les conséquences naturelles d'un domaine d'action élargi. Leur prise en considération permet à tout le moins de prévenir les contestations et de consolider la sécurité juridique que nos autres commentaires ont permis d'établir.

6. LA LETTRE DE PATRONAGE PEUT FIXER L'INTEGRALITE DES DROITS ET DES DEVOIRS, Y COMPRIS SUR LE PLAN EXTRA-CONTRACTUEL

347.- Suivant le principe de la personnalité juridique distincte applicable aux sociétés groupées, ces dernières conservent une identité juridique propre et restent seules titulaires de leurs droits et obligations [1020]. La réalité économique des groupes de sociétés suggère cependant que le principe soit tempéré. Quelques rares pays connaissent une réglementation spécifique ayant pour objet d'instaurer, suivant des

---

négative. *Cf. supra* n° 97 à 99. Pour rappel, nous avons aussi exposé des moyens d'anticiper ou d'atténuer le préjudice éventuel. *Cf. supra* n° 247.

[1019] *Cf. supra* n° 256 à 261.

[1020] *Cf. supra* n° 263.

modalités variables, une relative solidarité entre la société mère et ses sociétés filiales [1021]. Ailleurs – et ce serait le cas de la Belgique – ce résultat n'est atteint que ponctuellement par des juges qui, appliquant aux groupes des normes à vocation générale, retiennent parfois la responsabilité de la société mère pour tout ou partie des dettes d'une de ses filiales [1022].

348.- Notre réflexion a consisté ici à mesurer l'impact sur une telle situation de la stipulation d'une lettre de patronage [1023]. La question se pose tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du créancier bénéficiaire de la lettre lorsqu'il est déterminé.

A l'égard des tiers, il apparaît que la lettre ne représente qu'un faible accroissement des risques [1024]. Dans certaines hypothèses, son incidence correspond à celle de toute sûreté et, au maximum, à celle d'un cautionnement [1025]. Nous avons même identifié des cas où la lettre servirait les intérêts de l'émetteur [1026].

A l'égard du créancier bénéficiaire, l'impact de la lettre de patronage est beaucoup plus important. Quoi de plus normal puisque émetteur et créancier sont alors engagés dans un véritable processus contractuel (voir nos commentaires au point 3 ci-dessus). Dans cette situation particulière, trois circonstances nous

---

[1021] *Cf. supra* n° 264 à 268.

[1022] *Cf. supra* n° 269 à 273.

[1023] *Cf. supra* n° 274. Dans cette perspective, il a paru nécessaire de consacrer une attention particulière aux qualités de l'émetteur que l'accès à l'information, le professionnalisme et l'intérêt à la dette caractérisent le plus souvent. *Cf. supra* n° 275 à 279.

[1024] Pour rappel, la question a été étudiée sous les angles suivants : responsabilité des fondateurs (*Cf. supra* n° 281 à 283), responsabilité des administrateurs (*Cf. supra* n° 284 à 296), responsabilité du dispensateur de crédit (*Cf. supra* n° 297 à 301), extension de faillite (*Cf. supra* n° 302 à 305).

[1025] C'est le cas lorsque, pour échapper à la responsabilité d'une apparence fautive de solvabilité qui résulterait de l'exécution de la lettre, l'émetteur décide de ne *pas* l'exécuter. Il engage alors sa responsabilité *contractuelle* à l'égard du créancier bénéficiaire (s'il est déterminé), à concurrence d'un montant correspondant au maximum à la créance de ce dernier. Le risque est effectivement comparable à celui d'un contrat de cautionnement. *Cf. supra* n° 300.

[1026] Notamment sous l'angle de la preuve. *Cf. supra* n° 289, 295.

persuadent que la lettre de patronage est de nature à partiellement compenser l'absence de droit des groupes de sociétés :

1. En formalisant les obligations de l'émetteur dans le cadre d'un processus contractuel, la lettre écarte le risque de *l'apparence* [1027]. Destinataire d'un document écrit que l'émetteur lui adresse à l'occasion et en garantie de l'exécution d'un contrat distinct avec la société patronnée, le créancier bénéficiaire peut difficilement plaider l'ignorance ou la confusion [1028]. Sont ainsi évacués de nombreux risques pouvant rendre souhaitable une réglementation de la situation de groupe.

2. Conformément à la jurisprudence qui prohibe le cumul des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle [1029], la lettre de patronage serait (sauf dans les hypothèses touchant à l'ordre public) le moyen de canaliser dans le domaine exclusivement *contractuel* la responsabilité de l'émetteur. Suivant ce schéma, la lettre deviendrait le moyen unique de mesurer la responsabilité de l'émetteur dans l'exécution des dettes de la société patronnée à l'égard du créancier bénéficiaire [1030]. Ici aussi, on aperçoit comment la lettre compenserait partiellement l'absence de réglementation de la situation de groupe.

3. Lorsque la lettre contient des obligations et précise les conséquences juridiques de leur éventuelle inexécution, le créancier bénéficiaire est présumé

[1027] *Cf. supra* n° 307 à 313.

[1028] Il le peut d'autant moins que, pour rappel :
- la nature contractuelle de la lettre suggère qu'elle a fait l'objet d'un concours de volontés;
- la nature en principe autonome de la lettre suggère une application littérale de ses termes;
- le fait que le créancier soit engagé dans un processus contractuel ne lui permet en principe pas de rester passif : en cas de doute, c'est peut-être à lui de s'informer. *Cf. supra* n° 310 - 311.

[1029] Il nous paraît inutile de rappeler les nombreuses critiques que cette jurisprudence a suscitées : nous avons vu que la Cour de cassation l'a encore récemment confirmée. *Cf. supra* n° 314 à 319.

[1030] *Cf. supra* n° 320 - 321.

les avoir acceptées [1031]. Juridiquement, rien ne semble faire obstacle à ce que la précision de ces conséquences aille dans le sens d'une *limitation* de la responsabilité de l'émetteur, que ce soit dans la détermination des moyens de la mettre en œuvre ou dans la fixation du dommage couvert [1032].

Parce qu'elle écarte le risque de l'apparence (voir le point 1 ci-dessus) et produit ses effets dans les domaines contractuel et extra-contractuel (voir le *refoulement* de la responsabilité extra-contractuelle par la responsabilité contractuelle conformément au point 2 ci-dessus), la lettre de patronage tend ainsi à fixer l'intégralité non seulement des devoirs, mais aussi des droits de l'émetteur à l'égard du créancier bénéficiaire. Expressément obligé jusqu'à un certain point, l'émetteur peut valablement se prévaloir de la lettre pour prétendre ne pas être tenu au-delà [1033]. Une fois encore, la lettre de patronage compense partiellement l'absence de réglementation de la situation de groupe dont l'objet ne pourrait être que le même.

Sur ce dernier point, les trois idées-forces de notre thèse se rejoignent en une combinaison que nous pensons idéale. En compensant partiellement l'absence de droit des groupes de sociétés, la lettre de patronage apporte – dans une situation particulière (celle du créancier bénéficiaire) – une sécurité juridique que la seule application des règles de droit commun (telles que les juges les appliquent parfois aux sociétés groupées) ne permet pas d'approcher. Cette sécurité, la lettre l'apporte en outre suivant des modalités inaccessibles aux autres sûretés personnelles que sont les contrats de cautionnement et de garantie autonome.

[1031] Pour autant que de besoin, ceci souligne encore l'importance des développements que nous avons consacrés à la nature contractuelle de la lettre de patronage.

[1032] Les conditions de validité des clauses limitatives de responsabilité doivent bien évidemment être respectées. Rappelons que le droit belge les accepte de manière assez large. *Cf. supra* n° 322 à 327.

[1033] Voir les exemples que nous donnons en conclusion. *Cf. supra* n° 328 - 329.

7. CONSIDERATIONS FINALES

349.- Nous avons commencé ces conclusions générales en invoquant des paradoxes [1034]. A la réflexion, il y a plutôt lieu de constater la cohérence d'un mécanisme issu de la volonté des praticiens et qui doit logiquement privilégier l'autonomie des volontés. La cohérence est aussi celle d'une garantie dont la seule complexité est empruntée aux entreprises qu'elle concerne et aux domaines où elle agit. Les solutions y sont souvent dictées par le « *bon sens* » (celui des affaires) ; le juridisme n'y a pas sa place (en droit, il ne devrait jamais l'avoir).

350.- Et ça fonctionne plutôt bien ! L'autonomie des volontés y est effectivement privilégiée à tous les stades :

- naissance : un concours de volontés (lorsque la lettre est adressée à un créancier déterminé) ; le choix le plus large quant à la nature de la garantie (droit – morale, moyens - résultat, etc...) et son objet (la participation dans le capital, la gestion, la mise à disposition de sommes, etc...) ; l'obligation de principe de respecter ce choix ; l'absence de tout formalisme et, souvent, de toute publicité;

- exécution : le droit pour les deux parties de modaliser l'appel à la garantie en fonction de l'opération principale (subsidiaire, accessoire, autonome) ; dans de nombreux cas, le droit pour l'émetteur de choisir les moyens à mettre en œuvre [1035] ; de manière plus générale, la possibilité pour l'émetteur d'y contractualiser non seulement ses obligations, mais aussi ses droits à l'égard du créancier bénéficiaire;

[1034] *Cf. supra* n° 330.

[1035] Avec, il faut le reconnaître, un risque de contestation du créancier bénéficiaire quant à l'importance des moyens fournis. De la jurisprudence, il ressort en tout cas que les moyens exigés ne peuvent mettre en péril la survie de l'émetteur. *Cf. supra* n° 219 à 223.

- extinction : le droit de s'opposer à un appel manifestement abusif, même lorsque l'engagement est autonome; lorsque la lettre est de moyens, le droit de l'émetteur de limiter ceux-ci à ceux qui ne compromettent pas sa survie ; dans certains cas, le droit de l'émetteur de « sortir » du mécanisme (en engageant sa seule responsabilité contractuelle à l'égard du créancier bénéficiaire) pour éviter que l'exécution de la lettre n'engage sa responsabilité extra-contractuelle à l'égard des tiers [1036].

La cohérence se retrouve au niveau des conditions posées pour que les volontés se manifestent valablement : elles sont conformes au droit commun. Lorsque la lettre présente des similitudes avec une convention d'actionnaires, elle est logiquement soumise aux mêmes exigences. Souvent, la lettre forge elle-même les conditions de sa validité.

351.- Non seulement la lettre de patronage fonctionne bien, parfois elle fonctionne mieux que les autres sûretés. Nous avons indiqué dans quels cas et pour quels motifs elle pouvait être préférée aux contrats de cautionnement et de garantie autonome. Nous avons conscience que cette prétendue préférence suscitera parfois le scepticisme. Pourtant, comment expliquer à défaut le développement des lettres de patronage en marge des autres sûretés personnelles ? Certainement, la pratique a elle aussi sa cohérence. Nous en avons indiqué les raisons et pensons avoir démontré que ces dernières pouvaient jouer au profit tant de l'émetteur que du créancier bénéficiaire.

C'est dans la même perspective que nous pensons aussi avoir exposé certains motifs de préférer la lettre de patronage, non seulement aux autres sûretés, mais aussi

---

[1036] *Cf. supra* n° 300.

aux hypothèses où la situation de groupe est laissée à l'application jurisprudentielle des seules règles de droit commun [1037].

352.- Dans le contexte décrit ci-dessus, il serait par contre peu cohérent de formuler une quelconque proposition de réglementation des lettres de patronage. Légiférer serait compromettre la liberté que la lettre offre aujourd'hui dans le domaine des garanties, et qui est son atout. Au contraire, ce mécanisme innommé est susceptible de partiellement compenser – dans une situation particulière (celle du créancier à qui la lettre est personnellement adressée) – l'absence de droit des groupes de sociétés. Il fixe en effet avec une précision inégalée en droit des sûretés la responsabilité de l'émetteur (société mère) dans l'exécution des dettes de la société patronnée.

353.- A l'avenir, il s'agira de voir dans quelle mesure un développement de la pratique des lettres de patronage influencera une éventuelle volonté de réglementer les groupes de sociétés. Pour l'heure, nos analyses nous permettent d'affirmer que la lettre de patronage est, à l'égard du créancier bénéficiaire, lorsque l'émetteur et la société patronnée sont des sociétés groupées, un moyen efficace – et parfois le meilleur – de fixer la place de l'émetteur sur le schéma qui a, à un extrême, l'autonomie des sociétés du groupe et, à l'autre extrême, leur solidarité.

[1037] Et ce, au vu notamment de l'incertitude entourant l'application de certaines règles de droit commun aux groupes de sociétés. *Cf. supra* n° 272.

ANNEXE

MODÈLES ET RECOMMANDATIONS

La souplesse qui caractérise la lettre de patronage ne permet pas la proposition d'une formule unique.

Un effort de standardisation peut cependant avoir pour objet la présentation des clauses susceptibles d'y figurer.

Ce sont celles qui sont proposées au point 1 ci-après. Il s'agira pour les parties d'y puiser les termes correspondant à la garantie qu'elles souhaitent constituer.

Quelles que soient les clauses choisies, l'efficacité et la validité de la lettre dépendront de diverses précautions.

Celles-ci font l'objet des recommandations que nous suggérons au point 2.

Les commentaires qui suivent partent du point de vue qu'il n'est pas dans l'intérêt des parties de stipuler des contrats obscurs ou ambigus.

1. Modèles

Les modèles sont proposés suivant le tableau que nous avons déjà commenté dans le Chapitre 2 [1038]. La structure ici utilisée et complétée peut être résumée comme suit :

	Information / Obligation morale	Obligation juridique, de moyens ou résultat[1039]
A. Concernant la convention de crédit		
B. Concernant la participation dans le capital		
C. Concernant la gestion		
D. Concernant la structure financière		

A. Concernant la convention de crédit

Nous avons pris connaissance de la convention [référence] *que vous avez conclue le* [date] *avec* [la société patronnée] (*ci-après la "Convention"*)

EVENTUALITE 1

... et du fait que la Convention a été conclue

à la condition de l'émission de la présente lettre.

[1038] *Cf. supra* n° 36.

[1039] Pour rappel, cette distinction s'apprécie elle-même à deux niveaux : celui des obligations intermédiaires à charge de l'émetteur et celui de la garantie quant au paiement de la dette principale.

*et/*ou

en considération de notre participation dans le capital de [la société patronnée].

EVENTUALITE 2

Nous vous confirmons que la Convention a reçu notre approbation.

B. Concernant la participation dans le capital

Pour autant que de besoin, nous vous confirmons que notre participation [directe et indirecte] *dans le capital de* [la société patronnée] *s'élève à* [à compléter]

EVENTUALITE 1

... *et que nous* [veillerons à, sans cependant nous y obliger juridiquement/ ferons notre possible / tout le nécessaire (sauf force majeure) [1040] pour] *la maintenir à ce niveau.*

EVENTUALITE 2

La cession de [tout ou partie] *de cette participation* [1041]

vous sera expressément notifiée,

[1040] En faisant référence à la réserve de la force majeure, on indique que l'obligation souscrite est bien une obligation de résultat, et pas seulement de moyens.

[1041] Ayant le choix des modalités qui accompagnent la cession de la participation, l'émetteur ne nous paraît pas devoir encore préciser que la mise en œuvre de ces modalités constitue dans son chef une obligation morale, juridique, de moyens ou de résultat. De telles précisions peuvent en théorie se concevoir.

ou

fera l'objet d'un avertissement à votre attention,

ou

sera nécessairement subordonnée à votre accord préalable [1042],

*et/*ou

donnera lieu à l'émission d'une nouvelle garantie [à préciser de préférence] *en votre faveur,*

*et/*ou

sera nécessairement subordonnée à l'exécution par [la société patronnée] *de toutes ses obligations à votre égard résultant de la Convention.*

EVENTUALITE 3

La politique [de notre société/du groupe] *en matière de participations*

a toujours été de [à compléter].

ou

est de [à compléter].

[1042] Cette formule aura évidemment la préférence du créancier bénéficiaire.

EVENTUALITE 4

Nous [veillerons à, sans cependant nous y obliger juridiquement/ferons notre possible/tout le nécessaire (sauf force majeure) pour] *que cette politique soit maintenue à l'avenir* [1043].

C. Concernant la gestion

Nous vous confirmons l'entière confiance que nous avons dans les organes de [la société patronnée] *auxquels nous n'entendons à aucun moment nous substituer* [1044].

EVENTUALITE 1

Nous [veillerons à, sans cependant nous y obliger juridiquement/ferons notre possible/tout le nécessaire (sauf force majeure) pour] *assurer une assistance dans et/ou un contrôle de la gestion de* [la société patronnée].

EVENTUALITE 2

... afin qu'elle puisse exécuter à leur échéance [1045] *toutes ses obligations à votre égard résultant de la Convention* [, sans cependant que cette exécution elle-même ne représente une quelconque obligation de résultat dans notre chef] [1046] [1047].

[1043] On ne peut que constater la relativité des engagements qui sont pris dans le chef du groupe, qui ne peut pas être confondu avec l'émetteur lui-même. Juridiquement, on ne pourrait que conseiller les engagements pris dans le chef de l'émetteur.

[1044] L'absence de toute substitution est opportune car elle exclut une administration de fait. Dans le même sens, on pourrait songer à faire participer la société patronnée à la lettre elle-même, ce qui serait peut-être un indice du fonctionnement de ses organes sociaux.

[1045] Parfois, les conventions de sûreté prévoient que le débiteur doit "*en tous temps*" être en mesure d'exécuter les obligations garanties. Une telle prudence ne devrait qu'exceptionnellement s'imposer.

EVENTUALITE 3

La politique de gestion de [la société patronnée/de notre société/du groupe]

a toujours été de [à compléter].

ou

est de [à compléter].

EVENTUALITE 4

Nous [veillerons à, sans cependant nous y obliger juridiquement/ferons notre possible/tout le nécessaire (sauf force majeure) pour] *que cette politique soit maintenue à l'avenir.*

D. Concernant la structure financière

Pour autant que de besoin, nous vous confirmons la bonne structure financière [à préciser éventuellement] *dont jouit actuellement* [la société patronnée].

[1046] La mention ne s'envisage – éventuellement – que dans la mesure où il a été fait usage des mots "*tout le nécessaire (sauf force majeure)*" à l'alinéa qui précède.

[1047] L'émetteur n'entend pas se substituer au débiteur principal pour payer directement le créancier. A défaut, il s'engagerait en réalité comme caution et la lettre de patronage devrait, à notre sens, être requalifiée.

EVENTUALITE 1

Nous [veillerons à, sans cependant nous y obliger juridiquement/ferons notre possible/tout le nécessaire (sauf force majeure) pour] *que cette situation soit maintenue à l'avenir.*

EVENTUALITE 2

... en particulier

> *en souscrivant à toute augmentation du capital* [de la société patronnée] *qui s'avérerait nécessaire,*
>
> *et/*ou
>
> *en mettant à la disposition de* [la société patronnée], *sous forme de prêt ou autre, toute somme qui lui serait nécessaire,*
>
> *et/*ou
>
> *en subordonnant à l'exécution par* [la société patronnée] *de toutes ses obligations à votre égard résultant de la Convention, le paiement de toute créance que nous aurions nous-mêmes à charge de* [la société patronnée].

EVENTUALITE 3

... et ce afin qu'elle puisse exécuter à leur échéance toutes ses obligations à votre égard résultant de la Convention [, sans cependant que cette exécution elle-même ne représente une quelconque obligation de résultat dans notre chef].

2. Recommandations

I. La doctrine et la jurisprudence tendent à reconnaître *une présomption de juridicité* en matière commerciale.

Si les parties entendent ne s'engager que sur le plan de la morale, elles ont intérêt à le mentionner expressément. Ceci peut justifier l'utilisation des mots "*Nous veillerons, sans cependant nous y obliger juridiquement*" [1048].

II. La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat doit être gardée à l'esprit en ce qui concerne les engagements souscrits par l'émetteur.

Sur le fondement des principes généraux, nous suggérons de faire référence à la réserve de la force majeure lorsqu'il s'agit d'une obligation de résultat.

Cette précaution ne doit pas être prise en compte lorsque l'obligation souscrite ne l'est que sur le plan de la morale.

III. La lettre de patronage peut exceptionnellement être émise par une personne physique.

Si celle-ci est mariée, il paraît adéquat (si c'est une *sûreté* qui est donnée et si le droit belge est applicable à son statut personnel) de faire cosigner le conjoint qui, sans prendre personnellement une quelconque obligation, reconnaît par

---

[1048] L'usage d'une telle formule est peu répandu en droit continental. Il semble en être autrement en droit anglais.

une signature "*Pour accord*" que la sûreté "*Ne met pas en péril les intérêts de la famille*" (article 224 du Code civil belge).

IV. Lorsque la lettre de patronage est adressée à un créancier déterminé, il est opportun que celui-ci signe également « *Pour acceptation* » la lettre reçue.

Moyennant cette mention, la nature contractuelle de la lettre de patronage semble difficilement contestable. En outre, l'acceptation expresse fixe avec précision la date de prise d'effet de la lettre.

V. Il peut y avoir une discussion quant au fait que la lettre de patronage ferait naître des droits dans le chef de la société patronnée - et ce au titre de stipulation pour autrui.

L'émetteur soucieux d'éviter un tel effet mentionnera expressément qu'il n'entend pas faire naître de droit dans le chef de la société patronnée qui, à aucun titre, directement ou indirectement, ne pourra se prévaloir elle-même de la lettre.

VI. Utilement – pour l'émetteur - la lettre précisera le caractère accessoire, éventuellement subsidiaire, des obligations en résultant.

La lettre pourrait donc être complétée de la manière suivante:

"*Il est expressément convenu que les obligations résultant de la présente lettre ne pourront être mises en œuvre que dans la mesure et/ou à concurrence des obligations dont* [la société patronnée] *vous serait redevable en exécution de la Convention.* »

EVENTUALITE

... et que toute demande sur le fondement de la présente lettre sera nécessairement précédée d'un demande d'exécution – restée infructueuse – contre [la société patronnée] [1049]".

VII. Sur le plan de la validité, les parties veilleront à ce que la lettre de patronage, ou de préférence le procès-verbal de la décision de l'émettre, confirme que la lettre est conforme à l'objet social, et à tout le moins à l'intérêt social de l'émetteur.

Eventuellement, la lettre pourrait évoquer le recours dont disposerait, après exécution, l'émetteur contre la société patronnée [1050].

La mention pourrait utilement figurer par référence à une subordination du droit de recours de l'émetteur aux droits du créancier bénéficiaire [1051] :

"*Nous vous confirmons suspendre tout recours contre* [la société patronnée], *en suite de l'exécution d'une quelconque obligation résultant de la présente lettre, tant que* [la société patronnée] *n'aura pas entièrement exécuté toutes ses obligations à votre égard résultant de la Convention.*"

[1049] Eventuellement, la lettre pourrait préciser à partir de quand on considérera que l'action contre la société patronnée est restée infructueuse: après mise en demeure, après lancement d'une procédure, après décision judiciaire définitive, etc...

[1050] Pour rappel, un tel recours n'existe que si la lettre peut être qualifiée de sûreté. Attention au traitement fiscal de ce recours, en particulier dans l'hypothèse où il n'est pas effectivement exercé.

[1051] En effet, le recours de l'émetteur contre la société patronnée est en principe une question étrangère au créancier bénéficiaire.

VIII. En ce qui concerne les clauses portant sur la participation dans le capital de la société patronnée ou l'exercice du droit de vote de l'émetteur en sa qualité d'actionnaire [1052], il est opportun que la lettre de patronage, ou de préférence le procès-verbal de la décision de l'émettre, fasse référence à une justification par l'intérêt social (« *à tout moment* ») de la société patronnée.

La précaution ne vaudrait que dans la mesure où les articles 510 et 551 du Code belge des sociétés sont applicables (la société patronnée est régie par le droit belge).

On peut songer à une clause suivante laquelle, les obligations résultant de la lettre étant également justifiées par l'intérêt social de la société patronnée, il est expressément convenu qu'elles ne peuvent être exécutées qu'à la même condition.

IX. En application des mêmes dispositions que celles évoquées au point VIII, il est souvent nécessaire de prévoir une limitation dans le temps de la lettre de patronage.

La formulation suivante nous semble rencontrer les exigences légales:

« Les obligations résultant de la lettre se termineront automatiquement, au plus tôt, dès la complète exécution par [la société patronnée] *de toutes ses obligations à votre égard résultant de la Convention et, au plus tard*

[1052] La lettre ne pourrait restreindre le droit de vote de l'administrateur. Le cas échéant, elle pourrait préciser le rôle de l'assemblée générale dans la mise en œuvre des garanties.

à l'échéance de la Convention, quel qu'en soit le motif.

ou

le [date].

X. Dans certains cas, il peut être utile que la lettre de patronage mentionne expressément l'information dont l'émetteur dispose – ou ne dispose *pas* – à propos de la société patronnée.

La précision de l'information disponible pourrait en effet s'avérer utile à la détermination de l'obligation « de s'informer» éventuellement à charge du créancier bénéficiaire. En tout état de cause, elle contribuera à écarter les effets de l'apparence.

A cette occasion, il peut s'avérer adéquat que les parties conviennent de la confidentialité de la lettre et de ses mentions [1053].

XI. Les parties peuvent organiser la sanction de l'inexécution des obligations juridiques contenues dans la lettre.

Une appréciation forfaitaire du dommage contractuel (*clause pénale*) contribuera à alléger la charge de la preuve du créancier préjudicié. Selon les cas, elle sera aussi un moyen de limiter l'éventuelle responsabilité de l'émetteur [1054].

[1053] Sans préjudice aux éventuelles obligations de publicité comptable de l'émetteur.

[1054] C'est l'hypothèse du dommage forfaitaire indemnisé qui se révèle inférieur au dommage réel.

XII. Enfin, des préoccupations de droit international privé seront utilement prises en compte, et ce tant en ce qui concerne le droit applicable que la juridiction compétente.

Nous suggérons la clause suivante:

"*La présente lettre et les droits et obligations en résultant sont exclusivement régis par le droit* [pays] [1055]. *Tout litige les concernant sera soumis à la compétence exclusive des tribunaux de* [lieu]" [1056].

[1055] Pourquoi pas le droit belge puisque nous espérons avoir démontré que le contexte juridique y est plutôt favorable à la lettre de patronage ?

[1056] Par prudence, des auteurs déconseillent dans certains cas la désignation d'un droit applicable et d'une juridiction compétente qui pourraient, selon eux, donner l'apparence d'un engagement juridique à des obligations purement morales. Nous ne partageons pas cette opinion. Même la question de l'attribution de la valeur morale à une obligation peut être réglée par référence à un droit et devant une juridiction (une convention non juridique reste une convention). Le cas échéant, la clause pourrait être complétée de la mention suivant laquelle la désignation du droit applicable et de la juridiction compétente a lieu "*Sans préjudice à la nature et au contenu des clauses qui précèdent*".

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

La bibliographie générale reprend notamment les bibliographies choisies qui figurent en fin de chaque chapitre.

ANTOINE, M.F., POULLET, Y., "La lettre de patronage: un nouvel 'être' juridique", note sous Com. Dinant, 26 mai 1987, *J.T.*, 1988, pp. 394 à 398.

ANTONMATTEI, P.-H., « Ouragan sur la force majeure », *JCP*, 1996, Ed. G, n° 7, 3907, pp. 83-84.

BAILLOD, R., "Les lettres d'intention", *RTD com.*, 1992, pp. 547 à 578.

BARBIERI, J.-F., "Comment rénover le droit français des groupes de sociétés?" *Les petites affiches*, 1997, n° 133, pp. 6 à 11.

BARRE, X., *La lettre d'intention. Technique contractuelle et pratique bancaire*, Paris, Economica, 1995, 410 p.

BEFEC - PRICE WATERHOUSE, *IASC. Normes comptables internationales*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 1995, 769 p.

BENOIT-MOURY, A., " Conceptions nouvelles dans l'élaboration d'un droit des sociétés", *R.P.S.*, 1994, pp. 321 à 340.

BENOIT - MOURY, A., "Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social", note sous Cass., 12 novembre 1987, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 387 à 419.

BERTRAMS, R.I.F.V., *Bank Guarantees in International Trade*, 2d ed., Paris-New York, ICC Publishing S.A., 1996, 428 p.

BERTRAMS, R.I.F.V., GRAAF, F.G.B., «Letters of comfort en rechtspraak », *N.V.*, 1990, pp. 75 à 83.

BIQUET-MATHIEU, Ch., "La loi du 23 novembre 1998 et le nouveau régime des clauses pénales", *J.T.*, 1999, pp. 709 à 716.

BIRON, H., DAUW, C. (éd.), *Aspects des groupes d'entreprises - Aspecten van de ondernemingsgroepen*, Anvers, Kluwer, 1989, 466 p.

BIRON, H. (éd.), *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Actes du colloque organisé à Bruxelles les 7 et 8 mars 1985, Anvers, Kluwer, 1986, 501 p.

BLANCO FERNANDEZ, J.M., « Vennootschpasrechtelijke werking van stemovereenkomsten », *Ondernemingsrecht*, 1999, pp. 148 à 151.

BLOMKWIST, J.W.H., *Borgtocht*, Deventer, Kluwer, 1998, 76 p.

BOUCKAERT, F., "Wettelijk specialiteitsbeginsel en doeloverschrijving", note sous Cass., 13 avril 1989, *T.R.V.*, 1989, pp. 330 à 332.

BRAECKMANS, H., ERNST, Ph., «Persoonlijke zekerheidsrechten : borgtocht, garantie, bankgaranties op eerste verzoek, patronaatsverklaringen, escrow account », *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, pp. 367 à 414.

BROWN, I., «The Letter of Comfort : Placebo or Promise ? », *Journal of Business Law*, 1990, pp. 281 à 291.

BRUN, A., *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931, 390 p.

BRUNNER, C.J.H., de JONG, G.T., *Verbintenissenrecht. Algemeen*, Kluwer, Deventer, 1999, 290 p.

BYTTEBIER, K., « Enige beshouwingen over de zin en onzin van de beperkte aansprakelijkheid », *DAOR*, 1994, n° 30, pp. 55 à 80.

CABRILLAC, M., MOULY, Ch., *Droit des sûretés*, 4ème éd., Paris, Litec, 1997, 794 p.

CAHEN, J.L.P., *Overeenkomst en derden*, Deventer, Kluwer, 1995, 63 p.

CAMPBELL, D., MERONI, R., *Bankers' Liability : Risks and Remedies*, Deventer. Boston, Kluwer, 1993, 426 p.

CLEEREN, F., "Het orgaan van dagelijks bestuur", *R.W.*, 1996-1997, pp. 209 à 220.

COIPEL, M., *Elements de théorie générale des contrats*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1999, 205 p.

COIPEL, M., « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », note sous Cass.,

18 décembre 1974, *R.C.J.B.*, 1980, pp. 65 à 92.

COIPEL, M., "Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales", *Répertoire Notarial*, t. XII, L. II, Bruxelles, Larcier, 1993, 303 p.

COLLE, Ph., "Over vrijwaringsregelingen ten gunste van vennootschapsbestuurders", *T.R.V.*, 1994, pp. 3 à 8.

COLLE, Ph., "De la responsabilité quasi délictuelle des administrateurs de sociétés", *R.G.A.R.*, 1986, n° 11076.

COPPENS, P., *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, thèse, Louvain, Librairie René Fonteyn, 1947, 267 p.

COPPENS, P., T'KINT, F., « Les faillites, les concordats et les privilèges - examen de jurisprudence (1991 à 1996), *R.C.J.B.*, 1997, pp. 149 à 255, 361 à 446.

CORBISIER, I., "La société et ses associés", *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Bruylant, Academia, Louvain- la -Neuve, 1995, pp. 105 à 245.

CORBISIER, I., "Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale", *R.P.S.*, 1994, pp. 5 à 118.

CORNELIS, L., "Le sort imprévisible du dommage prévisible", note sous Cass, 11 avril 1986, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 81 à 105.

CORNELIS, L., "De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband", *Aspects des groupes d'entreprises*, BIRON, H. en DAUW, C. (éd.), Anvers, Kluwer, 1989, pp. 109 à 193.

CORNELIS, L., "Aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening", *T.P.R.*, 1986, pp. 349 à 404.

CORNELIS, L., « Het aanbod bij het tot stand komen van overeenkomsten », *R.D.C.*, 1983, pp. 6 à 47.

CORNELIS, L., "La faute lourde et la faute intentionnelle", *J.T.*, 1981, pp. 513 à 516.

CORNELIS, L., "Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute

personnelle et leur interprétation", *R.C.J.B.*, 1981, pp. 196 à 219.

COURET, A., "Vers un nouveau droit des groupes?", *Les petites affiches*, 1997, n° 47, pp. 4 à 9.

DABIN, J., *La théorie de la cause*, thèse, Bruxelles, Van Fleteren, 1919, 334 p.

DABIN, J., "De la validité des clauses d'exonération de responsabilité en matière contractuelle, couvrant 1° la faute lourde du débiteur, 2° la faute lourde ou intentionnelle des préposés", note sous Cass., 25 septembre 1959, *R.C.J.B.*, 1960, pp. 10 à 30.

DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, t. I « Les causes de responsabilité », Bruxelles, Larcier,1959, 667 p. ; t. II « Le lien de causalité – le dommage et sa réparation », Bruxelles, Larcier ,1962, 821 p.

DALCQ, R.O., "Restrictions à l'immunité de responsabilité de l'agent d'exécution", note sous Cass., 25 octobre 1990, Cass. 26 octobre 1990, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 503 à 508.

DALCQ, R., GLANSDORFF, Fr., "Prohibition du concours de responsabilités et irresponsabilité des préposés et agents d'exécution", note sous Cass., 3 décembre 1976, Cass., 15 septembre 1977, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 431 à 439.

DAUNIZEAU, J.-M., « La pratique des lettres d'intention dans un contexte international », *Banque & Droit*, 1995, pp. 3 à 8.

DE BOEK, A., "De aansprakelijkheid van de bank jegens de borg n.a.v. de kredietverlening aan een insolvabele consument", noot na Vred. Kortrijk, 7 février 1995, *R.W.*, 1994-1995, pp. 1448 à 1451.

de FRANCQUEN, V., « Quand le cautionnement consenti par un seul des conjoints est-il annulable ? », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 155 à 166.

de GAUDEMARIS, M., "Théorie de l'apparence et sociétés", *Rev. Soc.*, 1991, pp. 465 à 498.

DE GEEST, G., DE MOOR, B., « Misverstanden tussen partijen over wat is afgesproken : aanzet tot een *least cost avoider*- doctrine », *T.P.R.*, 1999, pp. 701 à 769.

DE KEUSTER, D., "De waarborg van de overheid : een onbekende, maar geen

ongekende rechtsfiguur, een theoretische benadering", *T.B.P.*, 1995, pp. 179 à 184.

DE KLUIVER, H.J., *Onderhandelen en privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 1992, 446 p.

DE LAT, J., DE COCK, Y., *De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening*, Bruxelles, Bruylant, 1982, 188 p.

DELVAUX, M.A., COIPEL, M., « Le code des sociétés », *J.T.*, 2000, pp. 545 à 555.

DE MAREZ, D., « Garantieformalisme als eerste maatstaf bij de beoordeling van een beroep op een bankgarantie en de toepassing van deze regel bij de beoordeling van een 'extend or pay' - verzoek », *DAOR*, 2000, n° 56, pp. 304 à 344.

den TONKELAAR, J.D.A., *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1982, 95 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3ème éd., Bruxelles, Bruyant, 1964, 1196 p. ; t. III, 3ème éd., Bruxelles, Bruyant, 1967, 1185 p.

DE WOLF, P., "Le Conseil d'administration: répartition, délégation de pouvoirs et mandats spéciaux", *J.T.*, 1998, pp. 217 à 224.

DESTERBECQ-FOBELETS H., "La responsabilité des organismes et pouvoirs publics dispensateurs de crédit", *J.C.B.*, 1982, pp. 86 à 107.

d'HOIR-LAUPRETRE, C., "L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés, *D.*, chr. LXVI, 1993, pp. 248 à 250.

DIERCKX, F., "Juridische kanttekeningen bij enkele nieuwe financierings- en zekerheidstechnieken", *Rev. Banque*, 1987, pp. 141 à 152.

DIEUX, X., *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui - Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 1995, 286 p.

DIRIX, E., "Exoneratiebedingen", *T.P.R.*, 1988, pp. 1171 à 1202.

DIRIX, E., "Nieuwe overeenkomsten tot zekerheid", *T.P.R.*, 1988, pp. 323 à 355.

DIRIX, E., "Gentlemen's agreements en andere afspraken met onzekere rechtsgevolgen", *R.W.*, 1985-1986, col. 2219 à 2146.

DONY M., "La responsabilité des pouvoirs publics en cas d'intervention dans une entreprise en difficulté", *J.T.*, 1990, pp. 669 à 674.

ELLAND-GOLDSMITH, M., «Comfort Letters in English Law and Practice », *R.D.A.I.*, 1994, pp. 527 à 541.

ENGRACIA ANTUNES, J., *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law. An International and Comparative Perspective*, Deventer.Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, 549 p.

FAGNART, J.L., "La responsabilité des administrateurs de la société anonyme", *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1991, pp. 1 à 56.

FAGNART, J.-L., "L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion", note sous Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B*, 1986, pp. 285 à 316.

FCIS, M. B., *Rihts and Duties of Directors*, London, Edinburgh and Dublin, Butterworth, 1999, 375 p.

FERON, B., "Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995", *R.D.C.*, 1996, pp. 674 à 709.

FERON, B., GOFFIN, J.- Fr., "La protection des administrateurs de sociétés contre la mise en cause de leur responsabilité civile", *J.T.*, 1996, pp. 377 à 385.

FERRY, C., « Les sûretés personnelles en droit international privé », *Droit et patrimoine*, 1995, pp. 42 à 46.

FISHER, J.S., «Comfort Letters and their Legal Status », *Journal of Int. Bank. Law*, 1988, pp. 215 à 221.

FONTAINE, M., GHESTIN, J. (éd.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers - Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1992, 464 p.

FONTAINE, M., «La formation des contrats. Codifications récentes et besoins de la pratique », *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, 1998, Bruxelles, Bruylant, pp. 681 à 695.

FONTAINE, M., « Pratique des contrats internationaux et droit des contrats », *DAOR*, 1991, n° 18, pp. 45 à 54.

FORIERS, P.-A., *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, thèse, Bruxelles, Bruyant, 1998, 236 p.

FORIERS, P.-A., « La caducité revisitée - A propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000», *J.T.*, 2000, pp. 676 à 679.

FORIERS, P.-A., « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », note sous Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 74 à 113.

FORIERS, P.-A., « Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillites », *J.T.*, 1980, pp. 417 à 424.

FORIERS, P.-A., « Le cautionnement et la responsabilité du banquier donneur de crédit», note sous Bruxelles, 27 septembre 1978, *R.D.C.*, 1979, pp. 281 à 286.

FRANCOIS, A., *Het vennootschapsbelang in het belgische vennootschapsrecht. Inhoud & Gronslagen*, thèse, Antwerpen, Groningen, INTERSENTIA Rechtswetenschappen, 1999, 795 p.

FRANCOIS, A., "Het wankele evenwicht tussen vennootschaps- en groepsbelang", *T.R.V.*, 1994, pp. 221 à 238.

FRANKEN, P., « The force of comfort letters under German law », *Int. Fin. Law Rev.*, 1985, vol. IV n° 6, pp. 14 -15.

FRERIKS, D., "Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractentecht", *T.P.R.*, 1992, pp. 1187 à 1252.

FREYRIA, Ch., CLARA, J., « De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés », *J.C.P.*, Ed. E, 1993, n° 247, pp. 247 à 257.

FROSSARD, J., *La distinction des obligations de moyen et des obligations de résultat*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1965, 319 p.

GEELHAND, N., "De externe vertegenwoordigingsmacht van de organen van de vennootschap (art. 54, lid 3 en 130, lid 3 venn.w.)", *T.R.V.*, 1994, pp. 63 à 84.

GEENS, K., "Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme", *R.P.S.*,1989, pp. 323 à 342.

GEORTAY, P., "Réaffirmation du caractère accessoire du cautionnement: un arrêt en trompe-l'œil?", note sous Cass., 16 décembre 1994, *J.T.*, 1996, pp. 853 à 862.

GHESTIN, J., *Traité de droit civil*, «Introduction générale », 4ème éd., Paris, L.G.D.J., 1994, 891 p. ; «Les obligations - Le contrat: formation », 3ème éd., Paris, L.G.D.J., 1993, 976 p.

GHESTIN, J., «La qualification en droit français des garanties données par une société mère au profit de sa filiale », *Mélanges P. VAN OMMESLAGHE*, Bruxelles, Bruyant, 2000, pp. 427 à 445.

GHESTIN, J., "L'utile et le juste dans les contrats", *D.S.*,1982, Chron. I, pp. 1 à 10.

GLANSDORFF, B., "Interventions nouvelles du juge en droit des sociétés", *DAOR*, 1989, n° 10, pp. 21 à 30.

GLANSDORFF, F., « Erreur invincible ou croyance légitime », note sous Cass., 18 janvier 1999, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 729 à 743.

GLASZ, J.R., BECKMAN RA, H., BOS, J.A.M., *Bestuur en toezicht*, Kluwer, Deventer, 1994, 426 p.

GOLDENBERG, Ph., *Guide to Company Law*, CCH New Law, 1999, 385 p.

GOLLIER, J.-M., VANDEPITTE, P., « Les notions d'action de concert, de contrôle et de contrôle conjoint dans le cadre de la loi du 2 mars 1989 tendant à assurer la transparence de l'actionnariat », *R.P.S.*, 1990, pp. 81 à 115.

HAELTERMAN, A., "De zaak Bodart-Fittings als toepassing van art.63ter Venn. W. - De kennelijke grave fouten van de staat", *Jura Falc.*, 1982-1983, pp. 373 à 384.

HANNOUN, Ch., *Le droit et les groupes de sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1991, 321 p.

HARTKAMP, A.S., *Verbintenissenrecht*, Deel II « Algemene leer der overeenkomsten », Deventer, Tjeenk Willink, 1997, 575 p.

HEENEN, J., "L'intérêt social", *Liber amicorum P. DE VROEDE*, Bruxelles, Kluwer, 1994, pp. 889 à 899.

HELLEMANS, F., « Oprichtersaansprakelijkheid is persoons- en niet aandelengebonden », *T.R.V.*, 1997, pp. 502 à 506.

HERBOTS, J.H., PAUWELS, C., DEGROOTE, E., « Overzicht van rechtspraak - Bijzondere overeenkomsten 1988 - 1994 », *T.P.R.*, 1997, pp. 647 à 1281.

HERBOTS, J.-H., "De exoneratiebedingen in het gemeen recht", *Exoneratiebedingen*, Brugge, die keure, 1993, pp. 1 à 20.

HEREMANS, S., « Le bouleversement de l'économie contractuelle », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 477 à 503, 572 à 589.

HONDIUS, E.H., "Les conventions et déclarations d'irresponsabilité d'après le droit néerlandais", *In memoriam J. LIMPENS*, Kluwer, Anvers, 1984, pp. 157 à 164.

HORSMANS, G., « La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes », *Liber amicorum W. VAN GERVEN*, Deurne, Kluwer, 2000, pp. 553 à 571.

HORSMANS, G., « La société : notion et codification », *Droit des sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Bruylant, Louvain-la-Neuve, Academia, 1995, pp. 7 à 43.

HORSMANS, G., « Les nullités et les sanctions », *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, Louvain-La-Neuve, Academia, 1994, pp. 215 à 261.

HOUWEN, L.G.H.J., SCHOONBROOD-WESSELS, A.P., SCHREURS, J.A.W., *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland*, Kluwer, Deventer, 1993, 1197 p.

HOVASSE, H., *La validité des sûretés consenties entre sociétés groupées et le principe d'autonomie patrimoniale*, thèse, Université de Rennes, 1974, 318 p.

HUIZINK, J.B., SCHWARZ, C.A., TIMMERMAN, L., *Rechtspersonen*, Titel 4. « Naalomze vennootschappen », Kluwer (ouvrage sur feuillets mobiles).

JASPAR, J.L., DE SMETH, A, "La notion de gérant de fait", *J.T.*, 1981, pp. 645 à 648.

JESTAZ, Ph., « L'engagement par volonté unilatérale », *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruyant, Paris, Dalloz, 1994, pp. 3 à 16.

KEUTGEN, G., *Le droit des groupes de sociétés dans la CEE*, Bruxelles, Bruylant, Louvain, Vander, 1973, 315 p.

KEUTGEN, G., DE CORDT, Y., « La loyauté et la bonne foi dans le droit des sociétés », *Mélanges offerts à E. CEREXHE*, Bruxelles, Larcier , 1997, pp. 191 à 209.

KEUTGEN, G., ANDRE-DUMONT, A.-P., "La société et son fonctionnement", *Droit des sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Bruylant, Academia, Louvain-la -Neuve, 1995, pp. 247 à 286.

KEUTGEN, G., DAL, G.-A., « La transparence de l'actionnariat », *J.T.*, 1989, pp. 449 à 457.

KOELEMEIJER, M., *Kapitaalvennootschappen - Beschouwingen rond aandeelhouders en bestuurders in rechtsvergelijkend perspectief*, Kluwer, Deventer, 1999, 391 p.

KORTMANN S.C.J.J., « Exoneratiebedingen », *T.P.R.*, 1988, pp. 1205 à 1252.

KRUITHOF, R., "La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase", note sous Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 51 à 92.

KRUITHOF, R., "Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité - Rapport belge", *In memoriam J. LIMPENS*, Anvers, Kluwer, 1987, pp. 165 à 203.

LAGA, H., "De vertegenwoordiging van een vennootschap bij de uitoefening van een bestuursmandaat", *T.R.V.*, 1993, pp. 313 à 319.

LAGA, H., "Het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk toegepast op de schending van statutaire aanvaardings- en voorkoopclausules", note sous Com. Namur, 22 février 1990, *T.R.V.*, 1991, pp. 241 à 243.

LAGA, H., TAS, R., "Enkele bijzondere problemen met betrekking tot het sluiten van (samenhangende) overeenkomsten met een vennootschap die deel uitmaakt van een groep", *L'interdépendance des contrats*, Conférence du jeune barreau de Bruxelles, Vlaams pleitgenootschap bij de balie te Brussel, 1997, pp. 133 à 162.

LANOYE, L., «La Cash deficiency clause », *Bull. Droit et Banque*, 1998, n° 27, pp. 17 - 18.

LENNARTS, M.L., *Concernaansprakelijkheid*, Kluwer, Deventer, 1999, 412 p.

LIEFSOENS, L., "Kan een wederpartij het doeloverschrijdend karakter inroepen van een handeling verricht door een orgaan namens een NV of een BVBA?", note sous Cass., 12 novembre 1987, *T.R.V.*, 1988, pp. 108 à 110.

LOOYENS, M. « Toepasselijke wet(ten) bij grensoverschrijdende borgtocht- en garantieovereenkomsten », *R.D.C.*, 1996, pp. 867 à 882 .

MALHERBE, J., DE WOLF, M., SCHOTTE, Ch., *Droit fiscal. L'impôt des sociétés,* Bruxelles, Larcier, 1997, 453 p.

MAQUET, S., DUPONT, C ., « Au cœur de la société, son objet social », *Le droit des sociétés - aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruyant, 1999, pp. 219 à 268.

MARECHAL, M., "Sur l'abus de majorité dans les groupes de sociétés", obs. sous Bruxelles, 9 octobre 1984, *R.P.S.*, 1986, pp. 55 à 61.

MARRAU, R., "Un paradoxe permanent du groupe de sociétés: indépendance contre unité économique de ses sociétés", *Les petites affiches*, 1996, n° 94, pp. 4 à 7.

MARTIN, C., DELIERNEUX, M., *Répertoire pratique du droit belge*, V° "Garanties bancaires autonomes" Complément t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 552 à 607.

MARTY, R., «Lettre d'intention entre sociétés : une garantie en clair-obscur », *R.F.C.*, 1999, n° 311, pp. 67 à 74.

MATRAY, D., "Conventions d'actionnaires et dispositions statutaires. Quelques brèves observations", *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 525 à 550.

MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., *Répertoire pratique du droit belge*, V° "Cautionnement", Complément t. V, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 128 à 201.

MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., « Le cautionnement partiel : un accessoire gênant », *R.D.C.*, 1998, pp. 719 à 723.

MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., "Les engagements de ne pas faire", *Les sûretés*

issues de la pratique, Centre de droit privé et de droit économique de l'U.L.B., 1983, n° L, 23 p.

Mémento Francis Lefebvre, *Groupes de sociétés 2000-2001. juridique fiscal social*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2000, 1099 p.

MICHALSKI, L., « Die Patronatserklärung », *Wertpapier Mitteilungen*, 1994, pp. 1229 à 1240.

MIJNSSEN, F.H.J., BOLL, J.M., *De bankgarantie*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1984, 142 p.

MOOJEN, W.E., «De ongemakkelijke comfort letter », *N.J.B.*, 1990, pp. 779 à 782.

MOREAU- MARGREVE, I., "Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative quelles seraient les grandes orientations d'une révision", *Mémoriales F.LAURENT*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, pp. 581 à 604.

MOUSSERON, J. M., « La renaissance (prolongée) du phénomène contractuel », *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruyant, 1998, pp. 663 à 680.

NELISSEN GRADE, J. M., "De la validité et de l'exécution de la convention de vote dans les sociétés commerciales", note sous Cass., 1ère ch., 13 avril 1989, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 229 à 257.

O'DONOVAN, J., PHILLIPS, J., *The Modern Contract of Guarantee*, 3d ed., North Ryden, LBC Informations Services, 1996, 866 p.

OHL, D., *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Paris, Librairies techniques, 1982, 360 p.

OPPETIT, B., "L'engagement d'honneur", *D.S.*, 1979, pp. 107 à 116.

PABBRUWE, H.J., *Bankgarantie*, 4de vermeerderde druk, Deventer, Kluwer, 2000, 90 p.

PAGNON, Ch., "L'apparence face à la réalité économique et sociale", *D.S.*, 1992, n° 38, pp. 285 à 290.

PARTSCH, Ph.-E., LEBBE, I., « Principe de proportionnalité et droit des sociétés », *J.T.*, 1996, pp. 609 à 615.

PHILIPPE, D.-M., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, thèse, Bruxelles, Bruyant, 1986, 730 p.

PHILIPPE, D., « Autonomie et contrôle des clauses contractuelles dans les relations entre professionnels », *Le droit des affaires en évolution*, A.B.J.E., Bruxelles, Bruyant, 1997, pp. 209 à 262.

PHILIPPE, D., «Rapport belge », *La bonne foi*, Travaux des journées louisianaises Association H. CAPITANT, Paris, Litec, 1992, pp. 61 à 76.

PHILIPPE, D., « A propos du dommage indirect et imprévisible et des clauses s'y rapportant » *R.D.A.I.*, 1995, pp. 171 à 197.

PIEDELIEVRE, S., «L'efficacité des lettres de confort », *Droit & Patrimoine*, 1996, pp. 56 à 63.

POULLET, Y., "La garantie à première demande: un acte unilatéral abstrait?", *Mélanges J. PARDON*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 409 à 441.

RALET, O., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier,1996, 396 p.

RALET, O., "Les conventions d'actionnaires", *DAOR*, 1987/4, pp. 369 à 380.

RAUCENT, L., *Les libéralités*, Maison du Droit de Louvain, Académia, Bruyant, 1991, 320 p.

RAUCENT, L., « La disparition de la cause dans les donations : à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre1989 », *R.G.D.C.*, 1990, pp. 261 à 268.

RECQ, J.-G., SCHRÖDER, A., « La responsabilité sans faute de l'associé majoritaire en Allemagne (Arrêt du Bundesgerichthof du 23 sept. 1991), *Rev. soc.*, 1992, pp. 707 à 716.

RIJKEN, G.J., *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer, Kluwer, 1994, 84 p.

RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1949, 421 p.

RODIERE, R., « Réflexions sur les avants-projets d'une directive de la commission des communautés européennes concernant les groupes de sociétés », *D.*, Chron.,

1977, pp. 137 à 144.

ROGER FRANCE, E., « La répression des abus de biens sociaux : le nouvel article 492*bis* du Code pénal », *J.T.*, 1996, pp. 533 à 538.

ROMAIN, J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, thèse, Bruxelles, Bruyant, 2000 ,1023 p.

ROMAIN, J.-F., « Principes d'interprétation et de qualification des garanties indépendantes 'à première demande' », *R.G.D.C.*, 1989, pp. 429 à 447.

RONSE, J., LIEVENS, J., "De doorbraakproblematiek - Les limites de la personnalité juridique distincte", *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Anvers, Kluwer, 1985, pp. 133 à 189.

RONSE, J., LIEVENS, J., "L'administration des sociétés - La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite", *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1985, pp. 183 à 257.

SCHAMPS, G., "La prévisibilité du dommage en responsabilité civile - De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité", *Rev. dr. pén.*, 1994, pp. 375 à 395.

SCHNEIDER, U.H., « Patronatserklärungen gegenüber der Allgemeinheit », *ZIP*, 1989, pp. 619 à 625.

SCHOENTJES - MERCHIERS, Y., "La responsabilité civile du donneur de crédit", note sous Cass., 19 mars 1976, *R.C.J.B.*, 1977, pp. 48 à 63.

SCHOORDIJCK, H.C.F., «Letters of Comfort. Een opmerkenswaardige Engelse uitspraak over een zogenaamde patronaatsverklaring (letter of comfort) », *N.J.B.*, 1989, pp. 1676 à 1678.

SCHOORDIJCK, H.C.F., «Enige opmerkingen over zogenaamde patronaatsverklaringen », *Offerhauskring vijfentwintig jaar*, Deventer, Kluwer, 1987, pp.149 à 160.

SCHUT, W.S.M., *Letters of intent*, Zwolle, Tjeenk Willink,1986, 108 p.

SHRIMPTON , C., « Comfort Letters. Cross-Border Study », *European Counsel*, 1998, vol. II n° 10, pp. 17 à 26.

SIMLER, Ph., *Cautionnement et garanties autonomes*, 3ème éd., Paris, Litec, 2000, 983 p.

SIMONART, V., *La personnalité morale en droit privé comparé*, thèse, Bruxelles, Bruyant, 1995, 670 p.

SIMONART, V., "La quasi-immunité des organes de droit privé", note sous Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, pp. 732 à 774.

SIMONART, V., "La contractualisation des sociétés, ou les aménagements contractuels des mécanismes sociétaires", *R.P.S.*, 1995, pp. 75 à 130.

SIMONART, V., « L'ordre public et le droit des sociétés », *R.D.C.*, 1994, pp. 96 à 130.

SIMONT, L., "L'engagement unilatéral", *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruyant, Paris, Dalloz, 1994, pp. 17 à 46.

SIMONT, L., "Les garanties indépendantes", *Rev. Banque*,1983, pp. 579 à 611.

SIMONT, L., BRUYNEEL, A.., (éd.), *La responsabilité extra-contractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, Paris, FEDUCI, 1984, 256 p.

SIMONT, L., BRUYNEEL, A., "Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier", note sous Cass., 7 janvier 1972, Bruxelles, 23 février 1973, *R.C.J.B.*, 1974, pp. 211 à 237.

SMIT, E., « Le capital social et la responsabilité des fondateurs », *DAOR*, 1991, n° 18, pp. 9 à 17.

SMITS, J.M., *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Arnhem, Gouda Quint BV, 1995, 363 p.

SORENSEN, A., (éd.), *Directors' Liabilities in Case of Insolvency*, The Hague - London - Boston, Kluwer Law International, 1999, 439 p.

SPRIET, B., « Elk misdrijf - ook dat uit het bijzonder strafrecht - vereist een moreel of schuldbestanddeel », note sous Cass., 13 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, pp. 533 à 537.

STEMPNIERWSKY, Y., « Le processus menant à la qualification comptable - Approches pratiques et exemples », *Nouvelles orientations en droit comptable*, Séminaire

organisé par la Commission droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruyant, 1994, pp. 53 à 86.

STIJNS, S., VAN GERVEN, D., WERY, P., « Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 689 à 752.

STIJNS, S., VAN GERVEN, D., WERY, P., « Les obligations : le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 à 853.

STORCK, J.P., "La validité des conventions extra-statutaires", *D.*, 1989, chr., pp. 267 à 270.

STORME, M.E., "Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het Belgisch verbintenissenrecht", *T.P.R.*, 1997, pp. 1861 à 1935.

STORME, M.E., « Het misverstand : de vertrouwensleer geldt ook tussen partijen », note sous Bruxelles, 26 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1993, p. 336 à 340.

TERRAY, J., "La lettre de confort", *Banque*, 1980, pp. 329 à 338.

THIRION, N., "Délocalisation d'une division de l'entreprise et intérêt social", *R.P.S.*, 1996, pp. 60 à 90.

TILLEMAN, B., "De plicht tot geheimhouding en discretie van bestuurders", *T.R.V.*, 1992, pp. 277 à 289; "L'obligation au secret et à la discrétion des administrateurs de sociétés", *J.T.*, 1993, pp. 549 à 555.

TILQUIN, Th., "La société privée et la société faisant ou ayant fait publiquement appel à l'épargne. Evolutions récentes", *R.D.C.*, 1993, pp. 92 à 154, 708 à 793.

TJITTES, R.P.J.L., BLOM, M.A., (éd.), *Bank & Aansprakelijkheid*, Deventer, Kluwer, 1996, 217 p.

T'KINT, F., *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 3ème édition, Bruxelles, Larcier, 2000, 469 p.

T'KINT, F., "Les responsabilités en cas de faillite et de liquidation volontaire", *DAOR*, 1995, n° 34, pp. 9 à 20.

T'KINT, F., «Négociation et conclusion du contrat », *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1984, pp. 9 à 51.

T'KINT, F., "L'extension de faillite", note sous Cass., 1er juin 1979, *R.C.J.B.,* 1981, pp. 52 à 86.

T'KINT, F., CORBISIER, I., « La transmission des contrats et la protection des créanciers », *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés,* Bruxelles, Bruyant, Académia, Louvain-la-Neuve, 1994, pp. 161 à 213.

T'KINT, F., DERIJCKE,W., « Exposé des principaux points de droit à propos desquels le régime de la faillite a évolué au cours des dernières décennies », *Ann. dr. Louvain,* 1997, pp. 73 à 94.

T'KINT, F., DERIJCKE,W., "La garantie indépendante à l'ombre des apparences", *Hommage à J. HEENEN,* Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 429 à 467.

TUNC, A., "La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence", *J.C.P.*, 1945, I, n° 449.

VAN BRUYSTEGEM, B., "Oprichtersaansprakelijkheid wegens kennelijk ontoereikend kapitaal", *R.D.C.*, 1982, p. 139 à 145.

VAN CANEGHEM, L., "L'exécution forcée en nature des conventions de vote dans la société anonyme", *R.P.S.*, 1996, pp. 31 à 59.

VAN CROMBRUGGE, S., *Juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen,* Kluwer, Anvers, 1984, 547 p.

VAN CROMBRUGGE, S., "Het voorontwerp van negende richtlijn. De wenselijkheid van een specifieke groepwetgeving in de Belgische rechtsorde", *Aspects des groupes d'entreprises,* BIRON, H., DAUW, C., (éd.), Kluwer, Anvers, 1989, pp. 435 à 452 .

VANDENBERGHE, H., "Exoneratie- en vrijwaringsbeding bij onrechtmatige daad. Samenloop en coëxistentie", *Exoneratiebedingen*, Brugge, die keure, 1993, pp. 69 à 100.

van den INGH, F.J.P., « Intra-groepstransacties en de positie van minderheids-aandeelhouders », *N.V.*, 1994, pp. 15 à 23.

van der HAEGEN, M., "Les conventions entre actionnaires et les cessions d'actions", *Evolution récente et perspectives du droit des sociétés commerciales et de l'entreprise en*

difficulté, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1996, pp. 5 à 43.

VAN DUNNE, J. M., *Verbintenissenrecht*, Deel 2 « Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen », Deventer, Kluwer, 1997, 689 p.

VAN GERVEN, D., "De draagwijdte van de nieuwe regeling inzake overdraagbaarheidsbeperkingen", *T.R.V.*, 1992, pp. 302 à 310.

VAN GERVEN, D., "De aansprakelijkheid van de kredietinstelling als kredietverlener ten aanzien van de schuldeisers van de onderneming in moeilijkheden", *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1994, pp. 71 à 102.

VAN OMMESLAGHE, P., "Les clauses limitatives ou exonératives de responsabilité en droit belge", *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, Dalloz, Paris, 1994, pp. 181 à 222.

VAN OMMESLAGHE, P., "Les conventions d'actionnaires en droit belge", *R.P.S.*, 1989, pp. 289 à 322.

VAN OMMESLAGHE, P., "L'exécution de bonne foi, principe général de droit ?", *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 à 110.

VAN OMMESLAGHE, P., "Rapport général", *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales*, Anvers, Kluwer, 1985, pp. 59 à132.

VAN OMMESLAGHE, P., "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *J.T.*, 1982, pp. 144 à 149.

VAN OMMESLAGHE, P., "La responsabilité du dispensateur de crédit en droit belge", *Cahiers de la Rev. Banque*, 1979, pp. 4 à 76.

VAN OMMESLAGHE, P., "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et la doctrine moderne", note sous Cass., 13 novembre 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 328 à 367.

VAN OMMESLAGHE, P., DIEUX, X., « Les sociétés commerciales - examen de jurisprudence (1979 à 1990), *R.C.J.B.*, 1992, pp. 573 à 705, 1993, pp. 639 à 824, 1994, 733 à 820.

VAN OMMESLAGHE, P., SIMONT, L., "De aansprakelijkheid van de bankier-

kredietverlener in het Belgisch recht", *T.P.R.*, 1986, pp. 1091 à 1134.

VAN QUICKENBORNE, M., « Réflexions sur le dommage purement contractuel », note sous Cass., 14 octobre 1985, *R.C.J.B.*, 1988, pp. 344 à 370.

VAN RIJN, J., *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, 549 p. ; VAN RIJN, J., HEENEN, J., t. IV, 2ème éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, 885 p.

VAN RIJN, J., "L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial", *J.T.*, 1984, pp. 129 à 132.

VAN RIJN, J., « Les grands courants du droit commercial contemporain », *J.T.*, 1982, pp. 160 à 164.

VAN RIJN, J., "Responsabilité aquilienne et contrats", J.T., 1975, pp. 505-506.

VAN RIJN, J., DIEUX, X., "La bonne foi dans le droit des obligations", *J.T.*, 1991, pp. 289 à 292.

VAN RIJN, J., DIEUX, X., « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, pp. 401 à 404 ; « Observations complémentaires », *R.P.S.*, 1989, pp. 93 à 113.

VANDENBERGHE, H., "Exoneratie- en vrijwaringsbeding bij onrechtmatige daad. Samenloop en coëxistentie", *Exoneratiebedingen*, Brugge, die keure, 1993, pp. 69 à 100.

VERBEKE, A., "Informatie over andermans vermogen. Belangenafweging tussen het recht op privacy van de schuldenaar en het recht op informatie van de schuldeiser", *R.W.*, 1993-1994, pp.1129 à 1155.

VERBEKE, A., BLOMMAERT, D., "Patronaatsverklaringen", *Voorrechten en hypotheken - Grondige studies 2*, Anvers, Kluwer, 1996, 76 p.

VERBEKE, A., PEETERS, I., « Negatieve zekerheden », *DAOR*, 1996, n° 39, pp. 39 à 53.

VINEY, G., *Traité de droit civil*, « Introduction à la responsabilité », 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1995, 471 p. ; VINEY, G., JOURDAIN, P., « Les conditions de la responsabilité », 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1998, 1226 p.

VINEY, G., "Les conventions d'irresponsabilité – Droit français", *In memoriam J.*

LIMPENS, Anvers, Kluwer, 1984, pp. 115 à 140.

VOLHARD, R., STENGEL, A., (éd.), *German Limited Liability Company*, Chichester, John Wiley & sons, 1997, 468 p.

VRANKEN, J.B.M., "Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in het Nederlandse overeenkomstenrecht", *T.P.R.*, 1997, pp. 1825 à 1860.

WAUTELET, F., « De patronaatsverklaring in het Internationale Privaatrecht », *Jura Falconis*, 1996 – 1997, pp. 317 à 341.

WEIL, K., « Responsabilité de la société mère vis-à-vis des engagements d'une SARL filiale. Le droit positif allemand après l'arrêt du 29 mars 1993 de la Cour fédérale de justice », *Rev. Soc.*, 1993, pp. 767 à 782.

WERY, P., "La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires : fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes ?", *R.G.D.C.*, 1999, pp. 222 à 238

WERY, P., "Les rapports entre responsabilité aquilienne et responsabilité contractuelle, à la lumière de la jurisprudence récente", *R.G.D.C.*, 1998, pp. 81 à 108.

WERY, P., « L'article 1142 du Code civil et les condamnations à l'exécution en nature, en matière d'obligations contractuelles de faire et de ne pas faire », *R.R.D.*, 1996, pp. 211 à 222.

WESSELS, B., *Borgtocht in het nieuwe vermogensrecht,* NIBE - Bankjuridische Reeks, n° 19, 1994, 33 p.

WESSELS, B., *Gentlemen's agreements*, Arnhem, Gouda Quint BV, 1984, 174 p.

WEYTS, L., "De redactie van de aandeelhoudersovereenkomst", *Liber amicorum J. RONSE*, Bruxelles, E. Story-Scienta, 1986, p. 413 à 431.

WINTER, J.W., *Concernfinanciering*, Deventer, Kluwer, 1992, 329 p.

WOOD, Ph., *Comparative Law of Security and Guarantees*, London, Sweet & Maxwell, 1995, 575 p.

WYCKAERT, M., "De geldigheid van stemovereenkomsten betreffende de besluitvorming ter algemene vergadering – De ad nutum herroepbaarheid van het

bestuursmandaat ", note sous Cass., 13 avril 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 326 à 330.

WYMEERSCH, E. (éd.), *Groups of companies in the EEC. A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States* , Berlin. New York, Walter de Gruyter, 1993, 334 p.

WYMEERSCH, E., « Le droit belge des groupes de sociétés », *Liber amicorum Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 615 à 644.

WYMEERSCH, E., « Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid », *Liber amicorum F. DUMON*, Anvers, Kluwer, 1983, pp. 313 à 336.

WYVEKENS, A., "Observations sur l'obligation de ne pas faire", *Ann. dr. Louvain*, 1995, pp. 319 à 349.

X., Dossier : Lettres d'intention - De l'engagement d'honneur au cautionnement déguisé, *Droit & Patrimoine*, 1999, pp. 45 à 63.

X., *Les garanties de financement*, Travaux de l'Association H. CAPITANT, Journées portugaises, Paris, L.G.D.J., 1998, 861 p.

X., « Borgtocht & Garantie – Persoonlijke zekerheden - Actualia », *Voorrechten en hypotheken – Grondige studies*, Anvers, Kluwer, 1997, 269 p.

X., *Les obligations en droit français et en droit belge - Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruyant, Paris, Dalloz, 1994, 349 p.

X., *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Editions du jeune barreau, 1992, 509 p.

X., *Les lettres de patronage*, Namur, Sociétés d'Etudes Morales, Sociales et Juridiques, Paris, Feduci, 1984, 434 p.

X., *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983 sous la direction scientifique de A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART, Paris, Feduci, 1984, 595 p.

ZENNER, A., HENRION, R., "La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge", *J.T.*, 1984, pp. 469 à 484.

INDEX ALPHABETIQUE

Les numéros ci-après renvoient aux paragraphes.

Administration des sociétés :
voir aussi *Responsabilité des administrateurs*
- compétences et gestion journalière : 184 à 188
- droit de vote de l'administrateur : 188, 208, 254
- le dilemme de l'administrateur : 228
- sanctions : 189 à 192

Annonce de patronage : 87 à 90

Apparence :
voir aussi *Information*
- à propos des engagements moraux : 50 à 52
- l'apparence fautive de solvabilité : 297 à 299
- exclusion de l'apparence : 307 à 313

Autonomie des garanties :
- notion de cause : 77, 142 à 147
- critères: 148 à 151
- enjeux : 152 à 159, 164 à 166
- discussion à propos de la lettre de patronage: 160 à 163

Bon pour (règle du « ... ») (art. 1326 C. civ.) : 180 à 182

Bonne foi (exigences de la):
- à propos des engagements moraux : 50 à 52

Cause :
- notion : 77, 142 à 147
- abstraction de la cause : 148 à 151
- condition pour la validité des conventions : 174 à 177

Cautionnement :
- acceptation du créancier bénéficiaire : 114 à 118
- objet de l'obligation accessoire : 152
- opposabilité des exceptions inhérentes à la dette : 154 - 155
- cession de l'obligation principale : 158
- extinction par voie accessoire : 159
- requalification de la lettre en cautionnement : 11-12, 67, 71 - 72, 125

Cession de l'obligation principale : 158
Compétences :
voir *Administration des sociétés*
Conditions pour la validité des conventions (art. 1108 et s. C. civ.) :
voir aussi *Cause*
- consentement : 171
- capacité : 172
- objet : 173
- cause : 174 à 177
Confiance légitime :
voir *Apparence*
Contractualisation de la responsabilité de l'émetteur : 314 et s.
voir aussi *Limitation de la responsabilité de l'émetteur*
- prohibition du cumul des responsabilités : 314 - 315
- enjeux : 316 - 317
- discussion à propos de la lettre de patronage : 318 à 321
Convention d'actionnaires : 232 et s.
voir aussi *Négociabilité des titres, Liberté du vote*
- nature statutaire ou extra-statutaire : 236 à 238
- conclusion entre actionnaires ou avec des tiers : 239 - 240

Déclaration unilatérale de volonté : 101 et s.
voir aussi *Nature contractuelle de la lettre de patronage*
- émission : 105 - 106
- effets : 107 à 109
- résiliation : 110 - 111
- droit international privé : 112 - 113
Définitions de la lettre de patronage : 8 - 9, 167 - 168
Droit international privé : 112 - 113

Emetteur :
voir *Qualité de l'émetteur*
Emission : 105 - 106
Exceptions inhérentes à la dette : 154 à 156, 164 à 166
Extension de faillite : 302 à 305
voir aussi *Faillite de l'émetteur*
Extinction par voie accessoire : 159

Faillite de l'émetteur : 219 à 223
voir aussi *Extension de faillite*
Forme de la lettre de patronage :
- contrat de patronage : 85 - 86
- annonce de patronage : 87 à 90
- inapplication de la règle du « Bon pour » : 180 à 182

Garantie autonome :
- nature contractuelle : 119 à 123
- objet de l'obligation autonome : 153
- inopposabilité des exceptions inhérentes à la dette : 156
- cession de l'obligation principale : 158
- extinction par voie accessoire (non) : 159
- nullité ou résolution du contrat principal : 175 à 176
Groupe de sociétés :
voir aussi *Objet social, Intérêt social, Responsabilité des fondateurs, Responsabilité des administrateurs, Responsabilité du dispensateur de crédit, Extension de faillite*
- notion et principe de la personnalité juridique distincte : 263
- tempéraments légaux : 264 à 268
- tempéraments jurisprudentiels : 269 à 273
- droits et obligations de la filiale : 139 - 140
- incidence de la lettre de patronage : 140, 274

Information :
- information *v.* obligation : 35-36, 56-57
- accès à l'information de l'émetteur : 276
- accès à l'information du créancier bénéficiaire : 308
- devoir d'information dans le chef de l'émetteur : 100
- obligation de s'informer dans le chef du créancier bénéficiaire : 310
Intérêt social : 206 et s.
voir aussi *Responsabilité des administrateurs*
- notion : 207 à 210
- incidence du statut de société dominante : 80
- un intérêt de groupe (?) : 211-212
- rapports intérêt social et intérêt de groupe : 213 à 223
- le dilemme de l'administrateur : 228
- la faillite de l'émetteur : 219 à 223
- sanctions : 224 à 231

Intérêt à la dette de l'émetteur: 196, 217, 278
Intérêts de la famille (mise en péril des) (art. 224 C. civ.): 17, 29
Interprétation : 107 à 109, 153

Liberté du vote (convention portant sur la) (art. 551 C. soc.)**:** 248 et s.
voir aussi *Convention d'actionnaires*
- limitation dans le temps : 252
- justification par l'intérêt social : 253 - 254
- sanctions : 256 à 261
Limitation dans le temps de la lettre de patronage : 93, 242, 252
Limitation de la responsabilité de l'émetteur : 322 et s.
voir aussi *Contractualisation de la responsabilité de l'émetteur*
- généralités : 322 - 323
- enjeux : 324 - 325
- discussion à propos de la lettre de patronage : 326 à 329

Nature contractuelle de la lettre de patronage :
voir aussi *Stipulation pour autrui*
- enjeux : 104 à 113
- discussion: 124 à 127
Négociabilité des titres (convention portant sur la) (art. 510 C. soc.) : 241 et s.
voir aussi *Convention d'actionnaires*
- limitation dans le temps : 242
- justification par l'intérêt social : 243
- sanctions : 244 à 247
Nullité ou résolution du contrat principal : 175 à 177

Objet de l'obligation de garantie : 152 - 153, 164, 173
Objet social : 193 et s.
- notion : 194 à 197
- incidence du statut de société dominante : 80
- l'acte désintéressé : 198 à 203
- sanctions : 204 - 205

Obligation morale *v.* Obligation juridique : 37 et s.
- principe de l'autonomie des volontés : 38 à 41
- tempéraments : 47 à 55
- assimilation des engagements moraux et des lettres informatives : 56 - 57

Obligation de moyens *v.* Obligation de résultat : 58 et s.
- l'obligation de résultat final médiatisé : 60 à 65
- la reconnaissance de deux niveaux d'obligations : 66 à 68
- critères de distinction: 69, 94
- incidence de la qualité de l'émetteur : 78 - 79
- incidence sur l'éventuelle faillite de l'émetteur : 219 à 223
- incidence sur la qualification de la lettre: 71-72

Obligation de ne pas faire : 91 et s.
- en droit des obligations : 92 à 95
- les garanties négatives : 96 à 100

Obligation de somme : 26
voir aussi *Sûreté*

Personnalité juridique distincte :
voir *Groupe de sociétés*

Professionnalisme :
- de l'émetteur : 277
- du créancier bénéficiaire : 309

Publicité comptable : 16, 31-32

Qualification :
voir *Requalification de la lettre de patronage*

Qualité de l'émetteur :
voir aussi *Groupe de sociétés*
- hypothèses : 74 - 75
- accès à l'information : 276
- professionnalisme : 277
- intérêt à la dette : 278
- conséquences : 76 à 83, 279

Recours contre le débiteur principal : 18 à 20, 30
Relativité des conventions :
- les garanties négatives : 96 à 100
- les restrictions à la négociabilité des titres : 245 à 247
Requalification de la lettre de patronage : 11-12, 67, 71 - 72, 118, 125
Résiliation : 110 - 111
Responsabilité de l'émetteur :
voir *Contractualisation de la responsabilité de l'émetteur, Limitation de la responsabilité de l'émetteur*
Responsabilité des administrateurs :
voir aussi *Administration des sociétés*
- fondements : 284 - 285
- administration de fait : 286 - 287, 291 à 293, 312
- incidence du groupe de sociétés : 288 - 289
- incidence de la lettre de patronage : 290 à 296
- titulaires et conditions de mise en œuvre des actions : 225 à 231
Responsabilité des fondateurs :
- fondements : 281
- incidence de la lettre de patronage : 282 - 283
Responsabilité du dispensateur de crédit :
- fondements : 297
- situation du groupe de sociétés : 298
- incidence de la lettre de patronage : 299 à 301
Restrictions à la constitution des sûretés : 14 - 15

Sûreté : 21 et s.
- notion : 21 à 26
- enjeux de la qualification : 13 à 20
- discussion quant à la lettre de patronage : 27 - 28
Stipulation pour autrui : 128 et s.
- conditions : 129 à 131
- effets : 132 à 133
- discussion quant à la lettre de patronage : 134 à 140

Tempéraments au principe de la personnalité juridique distincte :
voir *Groupe de sociétés, Responsabilité des fondateurs, Responsabilité des administrateurs, Responsabilité du dispensateur de crédit, Extension de faillite*
Terminologie : 7, 86
Typologies des lettres de patronage : 33-34
voir aussi *Information, Obligation morale v. Obligation juridique, Obligation de moyens v. Obligation de résultat, Qualité de l'émetteur, Forme de la lettre de patronage, Obligation de ne pas faire*

Validité :
voir *Conditions pour la validité des conventions, Administration des sociétés, Objet social, Intérêt social, Convention d'actionnaires*

TABLE DES MATIERES

Les numéros ci-après renvoient aux pages.

INTRODUCTION 2

PREMIERE PARTIE : LES MULTIPLES FACETTES DE

LA LETTRE DE PATRONAGE 14

CHAPITRE 1 - LA LETTRE DE PATRONAGE ET LE DROIT DES SURETES 15

§ 1. CONSIDERATIONS GENERALES 16
§ 2. ENJEUX 22
1. LES RESTRICTIONS STATUTAIRES OU CONVENTIONNELLES A LA CONSTITUTION DES SURETES *22*
2. LA PUBLICITE COMPTABLE *23*
3. L'ARTICLE 224 DU CODE CIVIL *25*
4. LE RECOURS CONTRE LE DEBITEUR PRINCIPAL *26*
§ 3. LA NOTION DE SURETE 30
§ 4. APPLICATION AUX LETTRES DE PATRONAGE 35

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE: *45*
- Sûretés 45
- Lettre de patronage 46

CHAPITRE 2 - LA LETTRE DE PATRONAGE : ELOGE DE LA DIFFERENCE 48

§ 1. IMPRECISION DES TYPOLOGIES JUSQU'A PRESENT PROPOSEES 49
1. INFORMATION V. OBLIGATION *51*
2. OBLIGATION MORALE V. OBLIGATION JURIDIQUE *59*
A. Le principe de l'autonomie des volontés 60
B. Les tempéraments au principe de l'autonomie des volontés 68
C. Assimilation quant à leurs effets des engagements moraux et des lettres purement informatives 75

3. OBLIGATION DE MOYENS V. OBLIGATION DE RESULTAT ... *76*
A. L'obligation de résultat final médiatisé ... 78
B. Un travail de qualification à deux niveaux: celui des obligations *intermédiaires* et celui de la garantie quant au paiement de la dette *principale* ... 82
C. Une précision du travail de qualification à chaque niveau ... 85
D. La mention des moyens ou du résultat et la requalification de la lettre ... 88
§ 2. NECESSITE D'INTRODUIRE DE NOUVEAUX CRITERES ... 93
1. LA QUALITE DE L'EMETTEUR ... *94*
A. Hypothèses ... 94
B. Conséquences ... 96
2. LA FORME DE LA LETTRE DE PATRONAGE ... *100*
A. Le contrat de patronage ... 101
B. L'annonce de patronage ... 102
3. L'OBLIGATION DE NE PAS FAIRE ... *105*
A. L'obligation de ne pas faire en droit des obligations ... 105
B. Les garanties négatives ... 107

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE: ... *113*
- Obligations - généralités ... 113
- Obligations non juridiques et exigences de la bonne foi ... 114

DEUXIEME PARTIE : LA LETTRE DE PATRONAGE DANS LE REFLET DES SURETES PERSONNELLES ... 116

CHAPITRE 3 - L'ANALYSE CONTRACTUELLE DE LA LETTRE DE PATRONAGE . 117

§1. LA DECLARATION UNILATERALE DE VOLONTE ... 118
§2. ENJEUX ... 121
1. EMISSION ... *122*
2. EFFETS ... *123*
3. RESILIATION ... *124*
4. DROIT INTERNATIONAL PRIVE ... *125*
§3. L'ANALYSE CONTRACTUELLE DES SURETES PERSONNELLES ... 128
1. SI LE CAUTIONNEMENT EST EXPRES, L'ACCEPTATION DU CREANCIER BENEFICIAIRE PEUT ETRE TACITE ... *128*
2. LA CONTROVERSE EXISTE EN MATIERE DE GARANTIE AUTONOME ... *131*
3. LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'ANALYSE CONTRACTUELLE DE LA GARANTIE AUTONOME SONT APPLICABLES A LA LETTRE DE PATRONAGE ... *138*

§4. LA LETTRE DE PATRONAGE CONSTITUTIVE DE STIPULATION POUR AUTRUI 141
1. CONDITIONS *141*
A. Un intérêt dans le chef du stipulant (le créancier bénéficiaire de la lettre de patronage ?) 141
B. Un contrat entre le promettant (l'émetteur de la lettre de patronage ?) et le stipulant 142
C. Un tiers bénéficiaire (un autre créancier; la société patronnée ?) 142
2. EFFETS *143*
A. Un droit direct dans le chef du tiers bénéficiaire 143
B. Un droit d'action dans le chef du stipulant (le créancier bénéficiaire de la lettre de patronage) 144
3. ENJEUX *145*
4. DISCUSSION ET CONCLUSION *146*

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE: *154*
- Cautionnement 154
- Déclaration unilatérale de volonté 154

CHAPITRE 4 - L'AUTONOMIE DE PRINCIPE DE LA LETTRE DE PATRONAGE 156

§1. NOTIONS : ACCESSOIRE, AUTONOME, ABSTRAIT 157
1. LA CAUSE *157*
A. La cause entendue des seules relations entre le garant et le débiteur principal 160
B. La cause entendue des seules relations entre le débiteur principal et le créancier (l'obligation principale) 161
C. La conception dualiste de la cause 162
2. LE DOUBLE DEGRE D'ABSTRACTION: CRITERE DE L'ACCESSOIRE ET DE L'AUTONOME *163*
A. A titre principal : l'autonomie des volontés 165
B. A titre subsidiaire : l'objet de l'obligation de garantie 166
§2. ENJEUX 169
1. OBJET DE L'OBLIGATION DE GARANTIE *169*
2. OPPOSABILITE DES EXCEPTIONS INHERENTES A LA DETTE *170*
3. VALIDITE DU CONTRAT *173*
4. SORT DE LA GARANTIE EN CAS DE CESSION DE L'OBLIGATION PRINCIPALE .. *173*
5. EXTINCTION PAR VOIE ACCESSOIRE *174*
§3. SAUF MANIFESTATION EXPRESSE D'UNE VOLONTE CONTRAIRE, LA LETTRE DE PATRONAGE EST UN CONTRAT AUTONOME 178
1. DISCUSSION *178*
2. CONCLUSION *181*

§ 4. DEFINITION DE LA LETTRE DE PATRONAGE 187

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE: *189*
- Garantie autonome 189
- Cause 190

TROISIEME PARTIE : LA LETTRE DE PATRONAGE A LA LUMIERE DU DROIT DES CONTRATS, DES SOCIETES ET DES GROUPES DE SOCIETES **191**

CHAPITRE 5 - LA VALIDITE DE LA LETTRE DE PATRONAGE **192**

§ 1. DROIT CIVIL 195
1. LES CONDITIONS ESSENTIELLES POUR LA VALIDITE DES CONVENTIONS (ART. 1108 ET S. C. CIV.) *195*
A. Le consentement de la partie qui s'oblige 195
B. La capacité de contracter 196
C. Un objet certain qui forme la matière de l'engagement 198
D. Une cause licite dans l'obligation 198
2. DISPOSITIONS SPECIFIQUES DU CODE CIVIL *201*
A. La protection des « intérêts de la famille » (art. 224 C. civ.) 201
B. La règle du « Bon pour » (art. 1326 C. civ.) 201
§2. CONDITIONS GENERALES DU DROIT DES SOCIETES 205
1. LES COMPETENCES *205*
A. Administration et gestion journalière 206
B. Les sanctions 210
2. L'OBJET SOCIAL *213*
A. La notion 214
B. L'acte désintéressé 217
C. Les sanctions 221
3. L'INTERET SOCIAL *225*
A. La notion 225
B. L'intérêt de groupe 230
C. Les rapports entre l'intérêt social et l'intérêt de groupe 232
D. Les sanctions 242
§ 3. CONDITIONS SPECIFIQUES DU DROIT DES SOCIETES : LA REGLEMENTATION DES CONVENTIONS D'ACTIONNAIRES 255
1. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA REGLEMENTATION DES CONVENTIONS D'ACTIONNAIRES *257*
A. La nature statutaire ou extra-statutaire de la convention d'actionnaires importe peu 258
B. La convention dite "*d'actionnaires*" peut être conclue entre actionnaires et tiers 263

2. LA NEGOCIABILITE DES TITRES (ART. 510 C. SOC.) *265*
A. La limitation dans le temps 267
B. La justification par l'intérêt social 268
C. Les sanctions 270
3. LA LIBERTE DU VOTE (ART. 551 C. SOC.) *273*
A. La limitation dans le temps 276
B. La justification par l'intérêt social 277
C. Les conditions supplémentaires 280
D. Les sanctions 280

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE: *285*
- Sociétés - généralités 285
- Objet social et intérêt social 286
- Conventions d'actionnaires 287

CHAPITRE 6 – LA LETTRE DE PATRONAGE ET LES AUTRES TEMPERAMENTS AU PRINCIPE DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE DISTINCTE 289

§ 1. LA PERSONNALITE JURIDIQUE DISTINCTE 290
1. CONSIDERATIONS GENERALES *290*
A. Le principe 290
B. Les tempéraments légaux 292
C. Les tempéraments jurisprudentiels 297
2. L'INCIDENCE DE LA LETTRE DE PATRONAGE *305*
3. LA QUALITE DE L'EMETTEUR *307*
A. Accès à l'information de l'émetteur 307
B. Professionnalisme de l'émetteur 309
C. Intérêt à la dette de l'émetteur 312
§ 2. A L'EGARD DES TIERS 314
1. LA RESPONSABILITE DES FONDATEURS *316*
A. Les fondements 316
B. L'incidence de la lettre de patronage 316
2. LA RESPONSABILITE DES ADMINISTRATEURS *318*
A. Les fondements 318
B. L'administrateur de fait 321
C. L'incidence du groupe de sociétés 324
D. L'incidence de la lettre de patronage 327

3. LA RESPONSABILITE DU DISPENSATEUR DE CREDIT *334*
A. Les fondements 334
B. La situation du groupe de sociétés 336
C. L'incidence de la lettre de patronage 337
4. L'EXTENSION DE FAILLITE *341*
§ 3. A L'EGARD DU CREANCIER BENEFICIAIRE 345
1. EXCLUSION DE L'APPARENCE *346*
A. Accès à l'information du créancier bénéficiaire 347
B. Professionnalisme du créancier bénéficiaire 349
C. Obligation de s'informer du créancier bénéficiaire 350
2. CONTRACTUALISATION DE LA RESPONSABILITE DE L'EMETTEUR. *353*
A. Prohibition du cumul des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle 353
B. Enjeux 355
C. Discussion 357
3. LIMITATION DE LA RESPONSABILITE DE L'EMETTEUR *362*
A. Précision des obligations de l'émetteur *v.* Limitation des obligations du débiteur 362
B. Enjeux 365
C. Discussion 368
4. CONCLUSION A L'EGARD DU CREANCIER BENEFICIAIRE *371*

BIBLIOGRAPHIE CHOISIE: *375*
- Groupes de sociétés 375
- Responsabilité des administrateurs 377
- Responsabilité du dispensateur de crédit 378
- Apparence et confiance légitime 379
- Responsabilité - généralités 380
- Clauses limitatives de responsabilité 381

CONCLUSIONS GENERALES 383

1. TOUTE LETTRE DE PATRONAGE N'EST PAS SOUMISE AU REGIME PLUS CONTRAIGNANT DES SURETES *387*
2. LA SOUPLESSE DES LETTRES DE PATRONAGE N'EMPECHE PAS LA SECURITE JURIDIQUE *389*
3. LA LETTRE DE PATRONAGE ADRESSEE A UN CREANCIER DETERMINE EST UN CONTRAT *392*
4. SAUF DISPOSITION EXPRESSE, LA LETTRE DE PATRONAGE EST EN PRINCIPE AUTONOME *394*
5. LES CONDITIONS DE VALIDITE SONT CONFORMES AU DROIT COMMUN *396*

6. LA LETTRE DE PATRONAGE PEUT FIXER L'INTEGRALITE DES DROITS ET DES DEVOIRS, Y COMPRIS SUR LE PLAN EXTRA-CONTRACTUEL *400*
7. CONSIDERATIONS FINALES *404*

ANNEXE *407*
BIBLIOGRAPHIE GENERALE *421*
INDEX ALPHABETIQUE *442*
TABLE DES MATIERES *449*
LISTE DES NOTES DE JURISPRUDENCE *456*
REMERCIEMENTS *458*

LISTE DES NOTES DE JURISPRUDENCE

Les numéros ci-après renvoient aux paragraphes.

- **Cass. com. (fr.), 26 janvier 1999 :** 32*bis*
  Lettre de patronage – obligation de moyens
  – notion de *garantie* au sens de l'article 98
  de la loi du 24 juillet 1966

- **Com. Dinant, 26 mai 1987 :** 36*bis*
  Lettre de patronage – exemples de clauses

- **Gand, 15 novembre 1994 :** 72*bis*
  Lettre de patronage – obligation de *résultat*
  – nature contractuelle – Interprétation
  – requalification en obligation *de moyens*

- **Bruxelles, 15 octobre 1987 :** 123*bis*
  Garantie autonome – caractère *unilatéral*

- **Cass., 16 décembre 1994 :** 159*bis*
  Cautionnement – caractère *accessoire*
  – disparition de l'objet - extinction

- **Bruxelles, 15 septembre 1992 :** 231*bis*
  Sûreté intra-groupe – violation de l'*intérêt social*
  – devoir d'investigation du créancier bénéficiaire
  – responsabilité du créancier bénéficiaire

- **Hoge Raad, 12 juin 1998 :** 273*bis*
  Groupe de sociétés - égalité des créanciers
  - cause de préférence de la société filiale (non)
  - information - *identification* de la société mère
  et de la société filiale pour l'application
  des règles de preuve

REMERCIEMENTS

Aux promoteurs, les Professeurs François T'KINT et Guy HORSMANS ;
Aux autres membres du comité d'encadrement, les Professeurs Denis PHILIPPE et Guy KEUTGEN ;

Pour avoir bien voulu partager leur expérience professionnelle, nous tenons également à remercier Mesdames et Messieurs Laurie LANOYE (FORTIS), Martine DELIERNEUX (B.B.L.), Ingrid D'HAYER (K.B.C.), Johan LEON (DEUTSCHE BANK), Philippe MARCHANDISE et François VINCKE (TOTALFINA), Edouard SOUBRY (TRACTEBEL), Christian GAUDIN (RENAULT CREDIT INTERNATIONAL), Jacques TERRAY (GIDE LOYRETTE NOUEL Paris), Christopher K. ROBERTS (ALLEN & OVERY London), Erik HAMMERSTEIN (ALLEN & OVERY Amsterdam) ;

Mention spéciale à Michèle DAVISON (l'esprit frappeur).