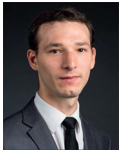


11 Les sanctions de la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties dans la société anonyme



François SAUVAGEOT,
avocat à la cour

À défaut d'autorisation de l'octroi d'une garantie par le conseil, la jurisprudence décide que celle-ci est inopposable à la société. En outre, le dirigeant peut voir sa responsabilité engagée en cas de faute détachable, c'est-à-dire en cas de faute intentionnelle, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice des fonctions sociales. Toutefois, en l'état actuel de la jurisprudence, le dépassement du plafond ne constitue pas une faute séparable de l'exercice de ses fonctions sociales et n'est par conséquent pas de nature à engager sa responsabilité.

Si les cautionnements, avals ou garanties ont été donnés pour un montant total supérieur à la limite globale fixée pour la période en cours, le dépassement ne peut pas être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède à lui seul l'une des limites (globale ou particulière) fixées par la décision du conseil d'administration (*C. com.*, art. R. 225-28, al. 5).

1 - Seront successivement évoqués le sort de la garantie et éventuellement celui de l'autorisation accordée (1), la responsabilité du dirigeant (2) et celle de la société ayant octroyé la garantie (3).

1. L'inopposabilité de la garantie à la société

2 - Les conséquences des irrégularités commises en matière de cautionnements, avals ou garanties diffèrent selon que les engagements ont été donnés sans autorisation préalable du conseil (A), que celle-ci était irrégulière (B) ou que les engagements excèdent les limites fixées par le conseil par leur montant (C) ou leur durée (D).

A. - La sanction de l'absence d'autorisation du conseil

3 - Si les cautionnements, avals ou garanties ont été consentis sans autorisation préalable du conseil, la jurisprudence décide que l'engagement est inopposable à la société¹ et ne peut faire peser sur elle aucune obligation².

Il en est de même lorsque la garantie accordée n'est pas conforme à l'autorisation donnée par le conseil³.

Par exemple, le cautionnement garantissant l'exécution d'un contrat de crédit-bail portant sur un véhicule industriel a été déclaré inopposable à une société dès lors que le conseil d'administration de celle-ci avait autorisé l'octroi d'une garantie pour l'achat d'un véhicule et que l'on ne pouvait l'étendre à un contrat

de crédit-bail, fût-il relatif au même véhicule⁴. De même, le conseil d'administration d'une société anonyme ayant autorisé son président à se porter caution auprès d'une banque en garantie d'un prêt contracté par une autre société, l'acte par lequel celui-ci avait engagé la société vis-à-vis d'une personne physique qui s'était portée caution du même prêt de se substituer à elle, en cas d'inexécution de la substitution de garantie, a été déclaré inopposable à la société⁵.

Les tiers ne peuvent pas invoquer l'existence d'un mandat apparent pour suppléer l'absence d'autorisation⁶; en effet, ils ne sauraient prétendre qu'ils ignoraient cette absence d'autorisation puisque, en application de l'article R. 225-28 du Code de commerce, il leur appartient de se renseigner sur le montant de la limite fixée par le conseil⁷.

L'autorisation n'est valable que si elle a fait l'objet d'une délibération formelle du conseil préalable à l'octroi de la garantie. L'irrégularité résultant de l'absence d'une telle délibération ne peut être couverte ni par une confirmation tacite⁸ ni même par une confirmation explicite, fût-elle donnée en connaissance de cause⁹.

L'inopposabilité s'applique même si le cautionnement a été donné en garantie des dettes d'une filiale à 100 %¹⁰ et même si le bénéficiaire du cautionnement est un étranger¹¹.

1. Cass. com., 15 oct. 1991 : RJDA 12/91, n° 1037. – Cass. com., 8 déc. 1998 : RJDA 3/99, n° 303. – Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-18.896 : RJDA 3/10, n° 259, jurispr. constante.

2. Cass. com., 15 janv. 2013, n° 11-27.648 : JurisData n° 2013-000320 ; RJDA 4/13, n° 338.

3. V. par ex. en ce sens CA Paris, 1^{re} ch. B, 17 déc. 2004, n° 03/7280.

4. Cass. com., 22 mai 2001 : RJDA 11/01, n° 1121 ; Bull. Joly Sociétés 2001, p. 1007, n° 231.

5. Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-14.824 : JurisData n° 2005-027785 ; RJDA 8-9/05, n° 998.

6. Cass. com., 24 sept. 2014, n° 13-21.352 : JurisData n° 2014-022312 ; Rev. sociétés 2014, obs. Prévost. – Cass. com., 6 mai 1986 : Bull. civ. IV, n° 86. – Cass. com., 24 févr. 1987 : Bull. civ. IV, n° 56. – Cass. com., 4 oct. 1988 : Bull. Joly 1988, p. 856, jurispr. constante.

7. CA Paris, 16^e ch. A, 19 févr. 2003, n° 01/19815 : JurisData n° 2003-207670 ; RJDA 5/04, n° 580.

8. Cass. com., 15 oct. 1991, préc. – Cass. com., 11 juin 2002, n° 00-11.592 : JurisData n° 2002-014774 ; RJDA 12/02, n° 1286.

9. CA Paris, 13 févr. 1991 : Bull. Joly 1991, p. 405, note Delebecque.

10. Cass. com., 28 avr. 1987 : Bull. civ. IV, n° 102.

11. Cass. com., 8 nov. 1988 : Bull. civ. IV, n° 302.

De même, l'appartenance à un groupe de sociétés ne dispense pas les dirigeants d'une filiale de demander l'autorisation du conseil d'administration de cette filiale, même si la société mère a donné son accord à l'octroi de la garantie par la filiale¹².

La loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés définitivement adoptée par le Sénat le 10 juillet 2019 a toutefois partiellement réformé la procédure d'autorisation des cautions, avals et garanties octroyés par le conseil d'administration et vise à faciliter l'octroi de garanties par une société mère à ses filiales contrôlées au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, dans les groupes de sociétés, en précisant :

- que le conseil peut donner cette autorisation **globalement et annuellement sans limite de montant pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce** ;

- que le conseil peut autoriser le directeur général à donner, globalement et sans limite de montant, des cautions, avals et garanties **pour garantir les engagements pris par les sociétés contrôlées au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce, sous réserve pour ce dernier d'en rendre compte au conseil au moins une fois par an**¹³.

L'objectif est, notamment, de permettre aux filiales de sociétés françaises à l'étranger de répondre plus rapidement à des appels d'offres internationaux, qui exigent souvent des garanties de la part des sociétés mères pour couvrir les obligations de leurs filiales dans le cadre de ces contrats.

Il conviendrait donc, à l'avenir, de distinguer selon que la société bénéficiaire de la garantie est ou non une filiale de la société désignant se porter garante de sa fille, ou, dit autrement mais ce qui revient au même, selon que la société garante est ou non une société mère qui contrôle la société bénéficiaire de la garantie au sens du II de l'article L. 233-16 du Code de commerce. Dans le premier cas, une autorisation globale et annuelle et par conséquent une garantie sans limite de montant pourrait être données ; dans le cas contraire, le régime actuel resterait applicable, ce qui veut dire que l'engagement devrait toujours pouvoir être chiffré et limité.

B. - La sanction de l'irrégularité de la procédure et/ou de l'autorisation : l'inopposabilité de la nullité (résultant de l'irrégularité) de l'autorisation du conseil au créancier de bonne foi bénéficiaire de la garantie

4 - L'irrégularité de l'autorisation donnée par le conseil est inopposable au bénéficiaire de la garantie dès lors que l'autorisation a bien fait l'objet d'une délibération du conseil dont le bénéficiaire ne pouvait pas subodorer l'irrégularité¹⁴.

La jurisprudence décide en effet que si la décision du conseil ayant autorisé le cautionnement a été prise dans des conditions irrégulières, la nullité en résultant est inopposable au créancier de bonne foi¹⁵.

Cette solution résulte de l'article L. 235-12 du Code de commerce qui dispose que « Ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi. ».

Dès lors qu'il a pu croire à l'existence de l'autorisation, le créancier est de bonne foi. S'il peut être exigé de lui qu'il sache qu'une autorisation du conseil est nécessaire en matière de cautionnements, avals ou garanties car nul n'est censé ignorer la loi, la société ne saurait lui imposer de vérifier la régularité de cette autorisation. Il est en effet de règle que ni la société ni les associés ne

peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi (C. com., art. L. 235-12).

Ainsi, par exemple, une société anonyme ne peut pas se prévaloir à l'égard d'une banque de la nullité du procès-verbal du conseil ayant autorisé un cautionnement car, même si la banque est spécialiste en matière de financement et doit vérifier qu'une autorisation a bien été accordée, il ne peut pas être exigé qu'elle vérifie la régularité de l'autorisation produite¹⁶.

C. - Le dépassement des limites fixées par le conseil

5 - Si les cautionnements, avals ou garanties ont été donnés pour un montant total supérieur à la limite globale fixée pour la période en cours, le dépassement ne peut pas être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède à lui seul l'une des limites (globale ou particulière) fixées par la décision du conseil d'administration (C. com., art. R. 225-28, al. 5).

Ainsi, les créanciers en faveur desquels la garantie est accordée agiront prudemment en se faisant communiquer la décision du conseil autorisant le directeur général à donner des garanties au nom de la société.

Si le montant de l'engagement dépasse l'une des limites (globale ou particulière) fixées par le conseil, la question se pose de savoir s'il faut considérer que cet engagement est inopposable à la société dans son ensemble ou que seul le montant du dépassement lui est inopposable, la société restant tenue dans la limite fixée par le conseil. La jurisprudence n'est pas clairement ni totalement fixée sur ce point. Certaines décisions ont pu sembler pencher pour la première solution¹⁷ tandis que les arrêts les plus récents sur la question ont retenu la seconde¹⁸, laquelle répondrait le mieux, selon la doctrine, aux exigences de sécurité juridique des relations contractuelles¹⁹. Il semble donc que la tendance de la jurisprudence, soutenue et appuyée par la doctrine, soit plutôt de ne sanctionner que le seul dépassement du montant de l'autorisation et de ne déclarer inopposable que le « surplus », la fraction de l'engagement dépassant le montant de l'autorisation, et non l'engagement en totalité.

Un argument textuel peut également être relevé au soutien de la seconde interprétation puisque le cinquième alinéa de l'article R. 225-28 du Code de commerce mentionne uniquement et ne sanctionne explicitement que le simple et seul « dépassement ». Le texte dispose en effet que « Si les cautions, avals ou garanties ont été données pour un montant total supérieur à la limite fixée pour la période en cours, **le dépassement ne peut être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède, à lui seul, l'une des limites fixées par la décision du conseil d'administration prise en application du premier alinéa.** ».

Mais, du moment que l'engagement est inférieur aux limites fixées par le conseil, la garantie accordée sur la seule signature du

12. CA Paris, 24 avr. 1990 : D. 1990, IR p. 130.

13. L. n° 2019-744, 19 juill. 2019, art. 14 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés.

14. CA Riom, 29 janv. 2003, n° 01/2690 : RJDA 6/04, n° 722.

15. Cass. com., 11 févr. 1986, n° 84-13.959 : JurisData n° 1986-700314 ; Rev. sociétés 1986, p. 243, note Daigne. – Cass. com., 28 juin 2005, n° 04-11.543 : JurisData n° 2005-029188 ; RJDA 11/05, n° 1242.

16. CA Paris, 15^e ch. B, 15 févr. 2007, n° 05/12824 : JurisData n° 2007-333669 ; RJDA 6/07, n° 630.

17. CA Paris, 12 mai 1976 : Rev. sociétés 1977, p. 96, note Guilbertain. – CA Paris, 17 déc. 2004, n° 03/7280 : RJDA 7/05, n° 832 qui relève certes que « cette autorisation limitée ne pouvait être étendue au-delà des termes dans lesquels elle avait été expressément donnée » mais où la sanction retenue (l'inopposabilité du cautionnement souscrit dans sa totalité) pourrait sembler-t-il également/d'avantage s'expliquer par le fait que le cautionnement solidaire octroyé et la renonciation de la société au bénéfice de discussion n'était pas conforme aux termes de l'autorisation du conseil et que celle-ci « ne permettait pas au président, es qualites, de renoncer au bénéfice de discussion, ni de contracter au nom de la société un cautionnement solidaire pour un montant dépassant la limite prévue par l'autorisation. » – V. à rapp. dans le même sens : Cass. com., 22 mai 2001 : RJDA 11/01, n° 1121 aux termes duquel la garantie doit être conforme à l'autorisation donnée par le conseil d'administration.

18. CA Paris, 15^e ch. B, 15 févr. 2007, n° 05/12824 : JurisData n° 2007-333669 ; RJDA 6/07, n° 630. – V. déjà auparavant en ce sens : CA Paris, ch. 3, 14 mars 2003, n° 2002/9740, Sté Tyare c/ CEPME.

19. Mémento Lefebvre Sociétés Commerciales 2015, n° 40923.

directeur général ou de son délégué sera valable même si, compte tenu des autres garanties déjà données à des tiers, le total des engagements consentis par le directeur général dépasse le « crédit » ouvert par le conseil d'administration.

Il est, en effet, pratiquement impossible pour les tiers de connaître le montant total des garanties accordées par le directeur général et de savoir si ce dernier est ou non en contravention avec la décision du conseil. Cependant, un dépassement non autorisé par le conseil serait opposable aux créanciers si la société pouvait prouver qu'ils avaient eu connaissance de ce dépassement.

D. - Le dépassement du délai d'un an

6 - Le cautionnement accordé par le directeur général plus d'un an après qu'il a été autorisé par le conseil est inopposable à la société²⁰.

2. La sanction du dirigeant ayant souscrit la garantie

7 - Si en principe la responsabilité du dirigeant social envers les tiers est une responsabilité délictuelle et quasi délictuelle fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, elle peut parfois être recherchée en matière contractuelle dans certaines hypothèses.

A. - L'éventuel engagement du dirigeant

8 - Outre l'application de la théorie de la faute détachable, il advient en effet que des mécanismes de droit commun, issus du droit privé ou du droit spécial des sociétés, permettent une mise en cause directe de la responsabilité du dirigeant, notamment lorsque la personne morale n'a pas été engagée par les actes passés par le dirigeant à titre individuel. Ainsi, selon la doctrine, le dirigeant devient le débiteur direct et personnel du tiers lorsqu'il néglige de lui faire connaître qu'il agit au nom d'une société²¹.

Une autre hypothèse concerne le dépassement des limites de ses pouvoirs par l'intéressé. Ce dernier est alors personnellement tenu d'exécuter le contrat, car la société n'est pas engagée. Selon un auteur, l'hypothèse classique est celle du président du conseil d'administration qui a consenti la caution, l'aval ou la garantie de la société à un tiers, sans que ceux-ci aient été autorisés par le conseil d'administration dans les conditions prescrites par l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce²². La caution, l'aval ou la garantie sont alors inopposables à la société.

Le fait que la garantie ainsi souscrite soit considérée comme inopposable, et non pas nulle, devrait en principe avoir des répercussions importantes sur le sort du dirigeant qui est à l'origine de cet engagement. Le cautionnement, bien qu'inopposable aux tiers et à la société, demeurerait valable dans les rapports entre le signataire et les créanciers. Autrement dit, le dirigeant se trouverait personnellement engagé²³. Mais la Cour de cassation n'a jamais énoncé pareille solution et la doctrine, dans sa très grande majorité, la rejette. En effet, le président ne s'engage pas personnellement. Il intervient en sa seule qualité de représentant de la société. La faute du président a dès lors été commise en sa qualité d'organe social et non à titre personnel. Il y aurait dès lors deux obstacles majeurs à un engagement du président : la théorie de la personnalité morale et le principe selon lequel un cautionnement ne se présume pas (il est incontestable que le président n'a pas entendu s'engager à titre personnel ; un tel engagement est certes possible,

mais il est alors généralement expressément mentionné que le président s'engage en son nom propre)²⁴.

Cependant, et bien que divisée sur cette question, une autre partie de la doctrine considère que, bien qu'inopposable à la société, la garantie n'en est pas moins valable et devrait donc, en vertu du principe applicable en cas de semblable dépassement de pouvoir accompli par un mandataire social, être assumée personnellement par le dirigeant s'étant dispensé de l'autorisation précédemment mentionnée²⁵. Néanmoins, il semble, dans les faits, que cette possibilité ne soit que rarement exploitée par les créanciers ou, à tout le moins, qu'elle ne fasse pas l'objet d'un contentieux significatif en jurisprudence²⁶. La nullité, tout comme l'inopposabilité de la garantie, laissent donc, en principe, subsister les engagements pris par le signataire de l'acte.

Mais ainsi que le relèvent les auteurs précités, cette solution est toutefois susceptible d'être remise en cause par la solution retenue par la Cour de cassation s'agissant de la responsabilité du dirigeant social envers les tiers et la conception restrictive de la faute détachable qu'elle retient. Elle considère en effet que le dirigeant qui a engagé la société sans autorisation ne commet pas de faute détachable de ses fonctions et que par conséquent il n'engage pas sa responsabilité envers le tiers²⁷. À cela, certains auteurs ajoutent que l'on ne peut considérer le dirigeant comme engagé contractuellement contre sa volonté, *a fortiori* s'agissant d'un cautionnement qui ne peut être qu'express²⁸. Mais sur ce dernier point, il en irait toutefois différemment s'agissant des autres sûretés (garanties autonomes et lettres d'intention notamment).

Cependant, dans l'hypothèse où le signataire de l'acte a pris soin de préciser qu'il agissait en sa seule qualité de représentant social, la majorité de la doctrine et des auteurs²⁹, considèrent que le représentant de la personne morale s'étant, dans cette hypothèse et bien que sans habilitation, exprimé *ès qualités*, en qualité de représentant de la personne morale et non en son nom personnel et le consentement de l'une des parties à l'acte faisant défaut, la nullité ou l'inopposabilité de la garantie pour défaut ou dépassement de pouvoir n'est pas de nature à engendrer une obligation contractuelle personnelle à la charge du dirigeant dans cette hypothèse, puisque le signataire n'entendait pas s'engager lui-même.

24. *JCl. Commercial, Lexis Nexis, Cautionnement – formation*, n° 85-86, par D. Legeais.

25. En ce sens, P. Didier, note ss *Cass. com.*, 6 mai 1986 : *Rev. sociétés* 1987, p. 257. – *JCl. LexisNexis, fasc. 131-10, Le Conseil d'administration*, n° 45, par J.-Ch. Pagnucco. – V. également en faveur de l'existence d'un recours du créancier garanti contre le président ayant signé un cautionnement au nom de la société sans y être autorisé : *CA Paris*, 1^{er} avr. 1992 : *Rev. sociétés* 1992, p. 558, obs. Y. Guyon. – M. Cozian, A. Viandier et F. Boissy : *Dr. sociétés*, 20^e éd., n° 577. – M.-H. de Laender : *D.* 1999, p. 639. – Contra : Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés : La publicité foncière* ; *JCP G* 1999, I, 116. – Ph. Delebecque et Fr.-J. Pansier, *Conseil d'administration : Rép. sociétés Dalloz* qui estime qu'« on voit mal cependant comment le dirigeant pourrait être lui-même engagé, car le cautionnement ne se présume pas ». – G. Piette : *Rép. civ. Dalloz*, V^o *Cautionnement*, n° 79 qui considère que « ne pouvant être considéré lui-même comme caution, le dirigeant ne peut davantage voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'absence d'autorisation. En effet, la Cour de cassation estime qu'aucune faute séparable de ses fonctions ne peut lui être reprochée » (*Cass. com.*, 20 oct. 1998, n° 96-15.418 : *JurisData* n° 1998-003908).

26. V. pourtant, pour une décision condamnant effectivement le président d'une société anonyme, signataire d'un acte de cautionnement qui n'était pas conforme à l'autorisation qu'il avait reçue du conseil d'administration, à supporter personnellement au profit du créancier le paiement du montant de la dette cautionnée, mais en justifiant sa décision par la faute délictuelle qui aurait ainsi été commise : *CA Paris*, 14 oct. 1997 : *Dr. sociétés* 1998, comm. 12, obs. D. Vidal.

27. *Cass. com.*, 20 oct. 1998, n° 96-15.418 : *JurisData* n° 1998-003908 ; *RJDA* 1/99, n° 58.

28. V. en ce sens P. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes : Litec*, 2^e éd., 1991, n° 169, p. 146. – M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés : Litec*, 4^e éd., 1997, n° 124-1, p. 113.

29. V. en ce sens S. Jambort, *Cautions, avals et garanties : Bull. Joly Sociétés, étude n° S-EC030*. – V. cependant les opinions qui ont été soutenues, avec diverses nuances, par Y. Guyon, P. Didier et P. Le Cannu, qui font peu de cas de l'absence de volonté personnelle du représentant social de s'engager.

20. *Cass. com.*, 20 oct. 1998 : *RJDA* 1/99, n° 58.

21. *JCl. Commercial, fasc. 1053*, n° 30, par D. Gibirila, *Dirigeants sociaux, responsabilité civile*. – B. Le Bars, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux : Rép. sociétés Dalloz*, n° 60.

22. *JCl. Commercial, fasc. 1053*, n° 30, par D. Gibirila, *Dirigeants sociaux, responsabilité civile*.

23. V. ; not. en ce sens *JCl. Commercial, Lexis Nexis, Cautionnement – formation*, n° 85-86, par D. Legeais.

Mais, même dans le cas où le dirigeant ne serait pas engagé personnellement, il peut dans ce cas avoir commis une faute (détachable) susceptible d'engager sa responsabilité envers le tiers. Encore faut-il que cette faute soit détachable (ou séparable) de ses fonctions sociales.

B. - La responsabilité du dirigeant

9 - Le dirigeant qui consent une garantie à un tiers sans autorisation du conseil commet une faute, mais cette faute ne peut permettre au bénéficiaire de la garantie d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant dès lors que ce dernier a agi dans l'exercice de ses fonctions et que la faute commise n'est pas détachable (ou séparable) de celles-ci³⁰.

Aboutissant à une quasi-impunité à l'égard des tiers, la théorie de la faute détachable a été très critiquée par la doctrine³¹, les magistrats semblant accepter de promouvoir une conception restrictive de la notion de faute détachable sans pour autant exposer le critère à retenir en pratique. Par un arrêt du 20 mai 2003, la Cour de cassation a indiqué que la faute détachable ou séparable des fonctions « est une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »³². Depuis cet arrêt, la notion de faute détachable est définie au moyen de deux critères principaux et cumulatifs : d'une part, la notion de faute intentionnelle, ce qui semble impliquer que le dirigeant social ait conscience de causer un dommage à autrui ; d'autre part, la notion de faute d'une particulière gravité. Il résulterait de ces deux critères que la faute est incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales et que celle-ci peut donc être qualifiée de détachable (des fonctions sociales). Un autre auteur estime, quant à lui, que la faute séparable résulte d'un triple critère. Il s'agirait d'une faute : intentionnelle ; d'une particulière gravité ; incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales³³, ce qui implique que soit démontré, cumulativement, qu'elle a été commise délibérément, présente une particulière gravité, et qu'elle est incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales, sans qu'il soit besoin toutefois, que le dirigeant ait été mû par des mobiles personnels³⁴.

Quelle que soit l'analyse finalement retenue, cette condition semble renvoyer à l'hypothèse de la faute lourde. Si l'un de ces deux (ou trois) critères fait défaut, la faute commise ne pourra pas être considérée comme incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. Par conséquent, les tiers ne pourront alors rechercher que la responsabilité de la société. Poursuivant leur analyse de cet arrêt, la majorité des auteurs ont relevé qu'il permettrait sans doute de considérer que la notion de faute détachable ne se réduirait pas à la faute intentionnelle d'une particulière gravité. En effet, dans son arrêt, la Cour de cassation, après avoir indiqué que la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux ne peut être retenue qu'en cas de faute détachable, précise « qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions ». La formule « il en est ainsi » conduit à estimer que la faute intentionnelle d'une particulière gravité n'est qu'une espèce ou une catégorie de faute séparable et suggère, par conséquent, qu'il peut y avoir d'autres types de fautes séparables que celle identifiée par l'arrêt du 20 mai 2003. L'arrêt donnerait une

illustration d'espèce, mais ne permettrait pas de définir le genre, la notion elle-même³⁵.

En définitive, et malgré leur plus grande fréquence, les tentatives d'engagement de la responsabilité des dirigeants par des tiers sont d'autant plus difficiles que la jurisprudence décide que leur faute n'est pas nécessairement séparable de leurs fonctions, même lorsqu'ils ont excédé leurs pouvoirs reconnus par la loi³⁶.

Ainsi, il a par exemple été jugé que la signature d'un acte par un dirigeant non habilité ne démontre pas le caractère délibéré de la faute, qui ne peut résulter que de la volonté de méconnaître les pouvoirs du conseil d'administration et/ou celle de porter atteinte aux droits du cocontractant³⁷.

La Cour de cassation a de même estimé que « le fait pour un dirigeant de prendre au nom de sa société l'engagement de garantir le paiement de dettes contractées par une société filiale et de ne pas révéler à un tiers la situation économique précaire de sa société ne caractérise pas une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions sociales. »³⁸.

Selon certains auteurs, cette solution serait toutefois susceptible d'être remise en cause lorsque le dirigeant consent une garantie en sachant qu'elle est inopposable à la société car il y a faute séparable dès lors que le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales³⁹. Mais, d'une part, la difficulté résiderait alors dans la nécessité pour le tiers ainsi lésé de devoir rapporter la preuve de ce que le dirigeant avait conscience de la gravité de la faute ainsi commise, voire celle de son intention de nuire au tiers. D'autre part, il n'est pas certain que la simple conscience du dépassement de ses pouvoirs suffise à caractériser l'existence d'une faute détachable du dirigeant qui, même dans ce cas, agirait néanmoins toujours dans l'exercice de ses fonctions sociales et non en son nom personnel ni pour son propre compte.

Toutefois, si l'octroi d'une garantie inopposable à la société ne paraît plus *a priori*, en l'état actuel de la jurisprudence, constituer une faute séparable des fonctions, il n'en demeure pas moins que le non-respect d'une procédure d'autorisation légalement imposée constitue, pour le directeur général, une variété de faute de gestion ou, à tout le moins, un fait générateur de sa responsabilité envers le groupement qu'il est chargé de représenter⁴⁰. Pourtant, dans la mesure où il est difficile d'envisager qu'une garantie irrégulièrement conférée par la société, et déclarée inopposable à cette

30. Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-15.418 : *JurisData* n° 1998-003908 ; *Bull. civ. IV*, n° 254, p. 211 ; *RJDA* 1/99, n° 58. – Cass. com., 18 déc. 2001 : *RJDA* 5/02, n° 510. – Cass. com., 9 juin 2004, n° 00-19.773 : *JurisData* n° 2004-031643 ; *RJDA* 8-9/04, n° 1003. – Cass. com., 9 juin 2004, n° 00-19.773 : *JurisData* n° 2004-031643 ; *Bull. Joly*, § 272, p. 1370, note P. Le Cannu. – Cass. com., 8 nov. 2017, n° 16-10.626 : *JurisData* n° 2017-022469.

31. V. Wester-Ouisse, *Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant séparable de ses fonctions* : *D. affaires* 1999, p. 782.

32. Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 : *JurisData* n° 2003-019081 ; *D.* 2003, p. 2623, note B. Dondero ; *JCP E* 2003, 1398, note S. Hadji-Artinian ; *Bull. Joly* 2003, p. 786, note H. Le Nabasque ; *JCP* 2003, II, 10178, note Reiférgerste.

33. B. Dondero, note préc., *D.* 2003, p. 2624.

34. V. en ce sens S. Jambort, *Cautions, avals et garanties* : *Bull. Joly Sociétés*, étude n° S-EC030, n° 540.

35. B. Le Bars, *Responsabilité civile des dirigeants sociaux* : *Rép. sociétés Dalloz*, n° 58.

36. Cass. com., 20 oct. 1998, n° 96-15.418 : *JurisData* n° 1998-003908 ; *JCP E* 1998, n° 51, p. 2025, note A. Couret ; *Defrénois* 1999, p. 240, obs. P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1999, p. 111, note B. Saintourens ; *D.* 1999, p. 639, note H. de Laender. – V. aussi, Cass. com., 9 juin 2004 : *RJDA* 8-9/2004, n° 1003 ; *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1370, note P. Le Cannu, gérant de SARL. – Et Cass. com., 25 janv. 2005 : *RJDA* 5/2005, n° 584 ; *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 599, note B. Le Bars, président de SA, rejetant la responsabilité en l'absence de fautes séparables des fonctions de dirigeant.

37. CA Paris, pôle 5, ch 6, 20 oct. 2011, n° 09/22558.

38. Cass. com., 20 juin 2006, n° 05-10.052 : *JurisData* n° 2006-034374 ; *BJS janv.* 2007, n° 8, p. 84, note Dondero ; *LPA* 22 nov. 2006, p. 18, 1^{re} esp., note J.-F. Barbiéri ; *BRDA* 18/06, p. 2.

39. V. not. en ce sens *Mémento Lefebvre Sociétés Commerciales* 2015, n° 40921 qui citent Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 : *JurisData* n° 2003-019081 ; *RJDA* 8-9/03, n° 842. – V. également en ce sens Cass. com., 31 mars 2015, n° 14-14.575 : *JurisData* n° 2015-007241 ; *Rev. sociétés* 2016, p. 102, note E. Nicolas : « vers une « normalisation » de la faute séparable des fonctions sociales ? ». – Contra : *Bull. Joly Sociétés* 2013, p. 186, note J.-F. Barbiéri qui relève qu'« outre l'incertitude née des fluctuations jurisprudentielles sur l'application de la notion, l'assurance de cette faute séparable pose problème. – V. également du même auteur : *Recul ou progression de la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux* ? : *Journ. sp. Sociétés*, 2012, p. 47.

40. V. en ce sens, *JCI. LexisNexis*, fasc. 131-10, *Le Conseil d'administration*, n° 46, par J.-Ch. Pagnucco, qui citent C. com., art. 225-251, al. 1^{er} qui dispose que « Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. ».

dernière, occasionne au groupement un véritable préjudice, il n'est même pas certain qu'en interne, le dirigeant en question puisse voir sa responsabilité engagée par la voie de l'action sociale⁴¹.

De même, si le signataire de la garantie est un salarié agissant pour le compte d'un mandataire social, le bénéficiaire de cette garantie ne peut invoquer la responsabilité personnelle du salarié que si ce dernier a agi en dehors de la mission qui lui a été confiée⁴².

En toute hypothèse, si une responsabilité personnelle est retenue, il faudra apprécier en fonction de chaque espèce le montant de la réparation selon le préjudice infligé au créancier et selon la participation de celui-ci à la cause de son préjudice. Selon la doctrine, l'appréciation de la responsabilité devra tenir compte de l'imprudence ou de la négligence du créancier qui aura omis de vérifier la réalité et l'étendue des pouvoirs du dirigeant, sans que cela puisse être de nature, *a priori*, à effacer la faute commise par le représentant social (sous réserve qu'elle soit qualifiée de « séparable »). Il devrait donc être exceptionnel que la réparation du préjudice subi par le créancier soit alignée sur le montant irrégulièrement garanti ; le plus souvent, le partage de responsabilité retenu entre le dirigeant et son cocontractant devrait conduire, au mieux, à une indemnisation partielle de ce dernier⁴³.

L'ensemble de la doctrine considère cependant que cette solution est peu satisfaisante dans la mesure où elle conduit en pratique à une impasse, le tiers étant privé de tout recours : contre la société, en raison de l'inopposabilité de l'engagement à la société, et contre le dirigeant en raison de l'exigence d'une faute détachable. Or, selon les auteurs, de deux choses l'une : soit la faute est détachable, auquel cas le dirigeant devrait avoir à en répondre personnellement ; soit elle ne l'est pas, auquel cas ce devrait être à la société de répondre des actes de son dirigeant mandataire social qui a agi en son nom et pour son compte dans l'exercice normal de ses fonctions sociales. En effet, la règle est en principe que la faute commise dans l'exercice des fonctions sociales, qu'elle oblige ou non son auteur, engage en tout cas celui pour le compte et dans l'intérêt duquel les fonctions sont exercées (en l'occurrence la société)⁴⁴.

3. La responsabilité éventuelle de la société

10 - La responsabilité de la société (mère ou *holding*) pourrait également être engagée sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile délictuelle (*C. civ.*, art. 1382) si elle a eu un comportement fautif ayant induit en erreur le cocontractant, par exemple en lui faisant croire à la solvabilité de sa filiale alors que la situation de celle-ci était déjà compromise⁴⁵.

De même, certains auteurs considèrent qu'il devrait en aller ainsi dans le cas où le créancier aurait été victime d'une fraude ourdie dans l'intérêt de la société, le dirigeant ayant sciemment consenti un cautionnement dont il savait qu'il n'obligerait pas la personne morale⁴⁶.

Certains auteurs considèrent même qu'à défaut de pouvoir poursuivre le dirigeant, le tiers lésé devrait pouvoir mettre en cause la

responsabilité de la société au motif que même si la garantie n'engage pas la société en tant qu'acte juridique, il n'en reste pas moins que les conditions de sa conclusion révèlent une faute dans le fonctionnement social qui devrait permettre la mise en œuvre de la responsabilité de la personne morale à défaut de celle de son représentant. Toutefois, le créancier ayant commis une négligence en s'abstenant de vérifier les pouvoirs du dirigeant, sa propre faute devrait aboutir à réduire, voire à supprimer, son droit à réparation⁴⁷.

Toutefois, la jurisprudence ne semble pas en ce sens.

Il a ainsi été jugé, s'agissant d'un aval irrégulier d'un billet à ordre, donné par un préposé, secrétaire général, que la responsabilité de la société employeur ne peut être retenue ni sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, ni sur celui de l'article 1384 du Code civil en raison du caractère spécial des dispositions de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 par rapport au Code civil⁴⁸. Tout aval irrégulier impliquant la commission d'une faute soit de la part d'un dirigeant social soit de la part d'un salarié, la mise en jeu de la responsabilité de la société suppose donc des manœuvres frauduleuses ou au moins un dol spécial distinct de la simple émission d'un aval irrégulier, dol que l'émission d'une longue série d'avaux irréguliers ne suffit pas à caractériser. Par ailleurs, la société bénéficiaire de l'aval était supposée connaître le droit des sociétés et pouvait à tout moment vérifier la régularité des avaux qu'elle devait d'autant plus y être incitée lors de l'opération litigieuse que la signature était différente de celle des avaux précédents.

Dans le même sens, il a également été jugé que la responsabilité de la société n'est pas engagée (pas plus que celle de son dirigeant mandataire social) dès lors qu'il n'est pas rapporté la preuve qu'elle « ait fait accroire » au bénéficiaire de la garantie qu'elle apporterait à la société garantie un soutien dépassant ses simples engagements contractuels envers cette dernière⁴⁹.

En l'espèce, la banque délégataire avait pourtant pris le soin de faire insérer, dans la convention portant délégation de création, mention expresse de ce que « le délégué déclare et garantit qu'il a obtenu de tout organe ou de toute personne habilitée toute autorisation requise pour la validité, la conclusion, l'exécution et la réalisation de la présente convention », ce qui explique que la solution retenue soit souvent critiquée par la doctrine⁵⁰.

La plupart des auteurs expliquent et pour certains d'entre eux justifient la solution au motif que l'acte irrégulier lui étant inopposable, la société ne peut encourir aucune responsabilité et que la solution contraire reviendrait à lui rendre de fait opposable l'engagement souscrit mais non autorisé⁵¹.

La conséquence est qu'en l'absence de faute détachable du dirigeant (hypothèse très rare et donc peu probable en pratique étant donné la conception étroite qu'en retient la jurisprudence), le tiers se trouve actuellement totalement démuné et privé de tout recours, que ce soit contre la société ou contre son dirigeant. ■

Mots-Clés : Société anonyme - Cautions, avals et garanties - Procédure d'autorisation - Sanctions

41. V. toutefois une hypothèse marginale, dans laquelle la société a été, malgré l'inopposabilité, condamné à réparer le préjudice subi par le tiers bénéficiaire, ayant été estimé que celui-ci provenait d'un dysfonctionnement sociétairer dont elle devait répondre sur le terrain délictuel : *CA Paris*, 15^e ch. A, 25 juin 1996 : *JurisData* n° 1996-021673.

42. *Cass. ass. plén.*, 25 févr. 2000 : *RJDA* 5/00, n° 614.

43. V. en ce sens *S. Jambort*, *Cautions, avals et garanties* : *Bull. Joly Sociétés*, étude n° S-EC030, n° 550.

44. V. par ex. en ce sens *Br. Petit* : *RTD com.* 1999, p. 142.

45. V. not. en ce sens *Mémento Lefebvre Sociétés Commerciales* 2015, n° 81190.

46. V. *Br. Petit* : *RTD com.* 1999, p. 142 (qui cite en ce sens *CA Lyon*, 13 nov. 1996. – Et *CA Paris*, 25 juin 1996) mais pour qui, dans cette hypothèse, la sanction devait logiquement consister dans l'inefficacité de la manœuvre frauduleuse,

c'est-à-dire dans l'efficacité et donc l'opposabilité de la garantie, et non dans la responsabilité délictuelle de la société.

47. *M. Cozian*, *A. Viandier et F. Boissy* : *Dr. sociétés*, 20^e éd., n° 577.

48. *CA Paris*, 17 déc. 2004, ch. & sect. B : *JurisData* n° 2004-264821 ; *BRDA* n° 5/2005, p. 3.

49. *CA Paris*, pôle 5, ch. 6, 20 oct. 2011, n° 09/22558, *SA Banque Safra*.

50. Pour une critique de cet arrêt V. *S. Jambort* : *Bull. Joly Sociétés* 2012, p. 126.

51. V. ainsi not. *Br. Petit* : *RTD com.* 1999, p. 142, *préc.*, pour qui « le mécanisme, cependant, serait peu satisfaisant puisque le dirigeant, privé de son pouvoir de représentation au titre de l'acte juridique conclu sans autorisation, n'en resterait pas moins, dans cette même hypothèse, apte à représenter la personne morale par son fait juridique. Le résultat, surtout, serait peu cohérent si le créancier pouvait systématiquement obtenir sur le fondement de la responsabilité ce qui lui est refusé sur le fondement du contrat ». – V. également en ce sens *Ph. Simler et Ph. Delebecque*, *obs ss Cass. com.*, 20 oct 1998 : *JCP G*, I, 116.