

Chronique de droit des sociétés



Michel Storck
Professeur



Isabelle Riassetto
Docteur en Droit

Centre de droit des affaires
de l'Université Robert Schuman (Strasbourg III)

1. Cautionnement donné sans autorisation préalable du conseil d'administration. Responsabilité personnelle du dirigeant. Faute séparable des fonctions de dirigeant (non)

Comment une faute le directeur général qui ne vérifie pas s'il détient toujours le pouvoir de consentir un cautionnement au nom de la société ; toutefois, cette faute n'est pas séparable des fonctions de dirigeant social : la responsabilité personnelle du dirigeant n'est pas engagée envers le créancier.

Cass. com. 20 oct. 1998, Sté Outinord c/M. Fischer, Juris-Data n° 003908 ; Droit sociétés janv. 1999, p. 11 note T. Bonneau ; Bull. Joly 1999, p. 88, note J.-F. Barbiéri ; JCP 1998, éd. G, IV, 3373 ; RJDA 1999-1 n° 58.

Lorsqu'un acte irrégulièrement accompli par un dirigeant social est frappé d'inopposabilité à la société, à raison d'un dépassement ou d'un détournement de pouvoirs, le partenaire de la société qui ne peut en réclamer l'exécution auprès de la société, peut-il se retourner contre le dirigeant en invoquant la faute commise par ce dernier et en réclamant réparation du préjudice subi ?

Cette question intéresse notamment les créanciers qui bénéficient d'un cautionnement donné par le dirigeant d'une société anonyme sans autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance : ce cautionnement est inopposable à la société (1). Perdant ainsi le bénéfice de la sûreté escomptée, le créancier peut-il se retourner contre le dirigeant social ou contre la société en invoquant la faute commise par le non-respect de la procédure imposée par les articles 98 ou 128 de la loi du 24 juillet 1966 ?

Il serait paradoxal de mettre en jeu la responsabilité de la société sur le fondement des articles 1382 ou 1384 du code civil : une condamnation pécuniaire de la société à raison d'une faute commise par son représentant légal ou par son préposé aurait pour effet de mettre à la charge de la société les conséquences d'un acte censé lui être inopposable (2). L'acte frappé d'inopposabilité à l'égard d'une partie doit être privé de tout effet direct ou indirect envers cette partie.

En revanche, une responsabilité personnelle du dirigeant permettrait au partenaire de la société d'obtenir réparation du préjudice causé par cette inopposabilité : si l'acte inoppo-

sable est un cautionnement, cela ne reviendrait-il pas à étendre le droit de poursuite du créancier à la personne du dirigeant de la société ?

Les juges du fond sont favorables à une condamnation à titre personnel du dirigeant fautif à raison du préjudice causé au créancier bénéficiaire du cautionnement invalidé (3) ; la responsabilité du dirigeant peut toutefois n'être que partiellement engagée s'il apparaît que le créancier a pour sa part commis une imprudence en ne vérifiant pas les pouvoirs du dirigeant (4).

La Cour de cassation a une approche différente du problème, qui remet en cause le mouvement amorcé par les juges du fond. La haute juridiction, qui ne s'était pas encore prononcée sur cette question de la responsabilité personnelle du dirigeant ayant conclu un cautionnement sans autorisation préalable (5), introduit dans un arrêt du 20 octobre 1998 le critère de la faute séparable des fonctions de dirigeant.

En cette espèce, M. Fischer, directeur général d'une société par actions, a conclu un cautionnement à la charge de cette société plus d'un an après l'autorisation qui lui avait été donnée par le conseil d'administration et sans que cette autorisation ait été renouvelée. La haute juridiction relève que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que si M. Fischer avait commis une faute en ne vérifiant pas qu'il détenait toujours le pouvoir de consentir des cautionnements au nom de la société, cette faute n'était pas séparable de ses fonctions de directeur général et qu'il n'est ainsi pas établi que sa responsabilité personnelle était engagée.

Bien que cet arrêt de rejet ne puisse permettre de proposer un critère général d'appréciation de la faute séparable des fonctions de dirigeant (I), des enseignements s'en dégagent pour les cocontractants qui redoutent que l'opération conclue avec le dirigeant d'une société soit invalidée pour cause de dépassement ou de détournement de pouvoirs de ce dirigeant (II).

I Pour la jurisprudence, la responsabilité personnelle du dirigeant est engagée envers les tiers sur le fondement des articles 52 ou 244 de la loi du 24 juillet 1966, dès lors qu'il est établi que la faute commise n'est pas une faute de service, mais qu'il s'agit d'une faute séparable des fonctions de dirigeant : «la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement» (6). Cette

notion de faute détachable des fonctions est une transposition au droit des sociétés de la notion de faute de services du droit administratif (7).

Le dirigeant agit en effet au nom et pour le compte de la personne morale qui l'a investi de sa mission de représentation. Dès lors que le dirigeant accomplit un acte juridique en sa qualité de représentant de la personne morale, les fautes qu'il peut commettre sont réputées être celles de la société : les tiers doivent donc se retourner contre la société, sur le fondement des articles 52 ou 244 de la loi de 1966 ; c'est la société qui doit réparer le préjudice causé par la faute du dirigeant dans l'exercice de ses fonctions. La société peut pour sa part réclamer réparation à son mandataire social des conséquences des actes fautifs accomplis. Des dispositions spéciales peuvent déroger à ces principes : ainsi lorsqu'il apparaît que le dirigeant a commis une faute de gestion qui a contribué à l'insuffisance d'actif de la société mise en redressement ou en liquidation judiciaire, une action en comblement de passif peut être engagée dans les conditions prévues par l'article 180 de la loi de 1985 ; la jurisprudence considère à cet égard que les dispositions de l'article 180 ne peuvent être cumulées avec celles des articles 1382 et 1383 du code civil, ni avec celles des articles 52 et 244 de la loi de 1966 (8).

En revanche, lorsque le dirigeant a commis une faute qui est séparable de ses fonctions de dirigeant et qui lui est imputable personnellement, l'écran de la personnalité morale ne peut plus s'interposer.

L'appréciation de la faute séparable des fonctions de dirigeant doit dès lors se faire sur la base de cette seule distinction de ce qui rentre ou non dans la mission dévolue au représentant de la société, et non sur d'autres critères, tels que la gravité de la faute commise (9).

La Cour de cassation refuse en effet d'assimiler aux fautes séparables des fonctions de dirigeant, les fautes graves : prétextant la non-conformité du produit livré, un gérant d'une SARL avait déversé le pétrole commandé dans les cuves d'une propriété voisine en voie de démolition, sans l'accord du fournisseur, sans lui laisser la possibilité de récupérer le pétrole et sans le payer ; l'arrêt ayant retenu la responsabilité personnelle du gérant pour faute grave est cassé : « *en statuant ainsi, sans relever aucune circonstance d'où il résulterait que M. V. ait commis une faute qui soit séparable de ses fonctions de gérant et lui soit imputable personnellement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (10).

En l'espèce, M. Fischer, qui a signé l'acte de cautionnement au nom de la société en sa qualité de directeur général sans vérifier si l'autorisation donnée par le conseil d'administration était encore valable, a commis une faute, mais cette faute n'est pas séparable de ses fonctions de directeur général.

II Le créancier bénéficiaire du cautionnement invalidé n'a pu en l'espèce se retourner ni contre la société, puisque le cautionnement était frappé d'inopposabilité, ni à titre personnel contre le directeur général, puisque le contrat de cautionnement a été conclu en sa qualité de dirigeant, dans l'exercice de ses fonctions.

Pour éviter de se trouver dans une telle situation, le créancier est bien évidemment incité à vérifier scrupuleusement, lors de la conclusion du cautionnement, non seulement l'étendue des pouvoirs conférés par le conseil d'administration au dirigeant, mais aussi la date à laquelle l'autorisation a été donnée par le conseil. En l'espèce, le dirigeant avait obtenu une autorisation préalable du conseil d'administra-

tion, mais cette autorisation était limitée à un an aux termes de l'article 89 du décret de 1967 ; il a certes été jugé que cette disposition n'est pas prescrite à peine de nullité et que la société mandante peut être engagée sur le fondement du mandat apparent (11), mais en sens contraire, des décisions ont refusé l'application en cette situation de la théorie du mandat apparent (12).

Nonobstant les vérifications effectuées par le créancier lors de la conclusion du cautionnement, une invalidation de l'opération est toujours à craindre : le seul moyen de se préserver contre une impossibilité de mettre en jeu la responsabilité personnelle du dirigeant pour faute, est d'exiger un engagement personnel de ce dirigeant. L'objet de cet engagement ne porte pas sur le paiement, à titre de garant, de ce qui est dû par le débiteur principal : ce n'est pas un second cautionnement qui est requis du dirigeant, en plus du cautionnement donné par la société. Le dirigeant atteste uniquement que l'opération réalisée pour le compte de la société est régulièrement accomplie, et que la société est valablement engagée ; si l'acte est privé d'effet à l'égard de la société, par le jeu d'une nullité ou d'une inopposabilité, la responsabilité du dirigeant est encourue pour non-réalisation de la promesse ainsi faite. Un tel résultat peut être atteint par la stipulation d'une promesse de porte-fort : le dirigeant se porte-fort que le cautionnement est valablement donné au nom et pour le compte de la société et qu'il sera opposable à celle-ci. A défaut, le porte-fort engage sa responsabilité pour violation de la promesse souscrite, dans les conditions prévues par l'article 1120 du code civil. La promesse de porte-fort ne joue pas alors un rôle comparable à un cautionnement (13) et n'implique pas un engagement de garantie de paiement de la part du dirigeant (14) ; cette stipulation a pour seul but de lever toute incertitude sur les conditions dans lesquelles un dirigeant fautif peut engager sa responsabilité, en faisant naître à la charge de ce dirigeant une obligation de résultat : rendre l'acte conclu pour le compte de la société opposable à celle-ci.

M. S.

- (1) L. 24 juill. 1966, art. 98 et décr. 23 mars 1967, art 89 ; v. Cass. com. 29 janv. 1980, *Rev. Sociétés* 1981, 83, note Y. Guyon ; Cass. com. 6 mai 1986, *Bull. civ.* IV, n° 86 ; *Rev. Sociétés* 1987, 257, note P. Didier ; v. R. Micha-Goudet, «Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critique», *JCP* 1998, éd. E, com. p. 840.
- (2) CA Paris 25 juin 1996, D. 1997, somm. 261, obs. Cabrillac ; *RJDA* 1996, n° 1348.
- (3) CA Paris 3 avr. 1998, *JCP* 1998, éd. E, p. 875 *JCP* 1999, éd. G, I, 118, obs. Viandier et Caussain ; *RJDA* 1998/7, n° 873 ; *Bull. Joly* 1998, p. 1162, note P. Le Cannu ; CA Lyon, 13 nov. 1996, *JCP* 1997, IV, 2579 ; D. 1998, p. 250, note Y. Reinhard et R. Micha-Goudet ; *RTD Com.* 1998, p. 176, obs. B. Petit et Y. Reinhard ; CA Paris 1er avr. 1992, *Rev. Sociétés* 1992, 558, obs. Y. Guyon ; CA Paris 9 mai 1990, *Rev. Sociétés* 1990, 475, obs. Y. Guyon ; *JCP* 1991, éd. E, I, 22, § 5 obs. Viandier et Caussain ; *RTD Com.* 1990, p. 417, n° 7, note Y. Reinhard ; D. 1990, ir p. 150.
- (4) CA Paris 3 av. 1998 préc. ; trib. com. Nancy 1^{er} juill. 1996, *Rev. Dr. Bancaire* 1996, 204, obs. Contamine-Raynaud ; *JCP* 1997, I, 4033, n° 11, obs. Simler.
- (5) Rapp., à propos d'une intervention forcée du président du conseil d'administration afin de se prononcer sur sa responsabilité, Cass. com. 5 mars 1996, *RJDA* 1996/8, n° 1061.
- (6) Cass. com. 28 av. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 808, note P. Le Cannu ; *JCP* 1998, éd. E, p. 1258, note Y. Guyon ; *JCP* 1998, éd. G, II, n° 10177, note D. Ohl ; D. affaires 1998, p. 1008, obs. A.L. ; Cass. com. 22 janv. 1991, *RJDA* 1992, n° 152 ; Cass. com. 4 oct. 1988, *Rev. Sociétés* 1989, 213, note A. Viandier ; *RTD Civ.* 1989, 86, obs. P. Jourdain et p. 306, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1989, 557, obs. J. Honorat.
- (7) V. Cozian et Viandier, *Droit des sociétés, Litec* 10^e éd. n° 373.
- (8) V. M.-C. Piniot, «Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Non-cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives», *RJDA* 1995/7 p. 639.
- (9) V. G. Auzerro, «L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé», *D. Affaires* 1998, p. 502, qui propose de retenir la responsabilité personnelle des dirigeants en cas de faute lourde.
- (10) Cass. com. 27 janv. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 535, note P. Le Cannu.
- (11) CA Aix en Provence 31 janv. 1979, *Rev. Sociétés* 1980, 497, note Guilberteau.
- (12) CA Paris 12 mai 1976 *Rev. Sociétés* 1977, 96, note Guilberteau.
- (13) V. Ph. Simler, «De la substitution de la promesse de porte fort à certaines lettres d'intention comme technique de garantie», *Dr. Sociétés, Actes pratiques*, 1997/10, p. 3.
- (14) Sur la pratique des promesses de porte-fort, v. G. Tillement, «Promesse de porte fort et droit des sociétés», *Rev. Sociétés* 1993, p. 51 ; A. Joinville, «Pratique de la promesse de porte-fort», *Dr. et patrimoine* fév. 1998, p. 28 ; *J. Cl. civil*, Fasc. 1120, Promesse de porte-fort par M. Storck.