

Cautions, avals et garanties. Inopposabilité du cautionnement non autorisé
(Com. 8 déc. 1998, *Sté Nouvelle ACP c/ Sté d'avocats Cabinet Dugois*)

Bruno Petit, Professeur à la Faculté de droit de Grenoble

Yves Reinhard, Professeur à la faculté de droit de l'université Jean Moulin-Lyon III

Une autre irritante question suscitée par le regrettable article 98, alinéa 4 (ou 128, al. 2) de la loi de 1966 est celle de la sanction du défaut d'autorisation préalable. On sait que la Cour de cassation juge aujourd'hui avec constance et fermeté que celle-ci réside dans l'inopposabilité de l'engagement à la société et non dans la nullité de cet engagement. C'est cette solution que reprend, après beaucoup d'autres, un arrêt en date du 8 décembre 1998 : la chambre commerciale prononce en la circonstance une censure disciplinaire en cassant sans renvoi l'arrêt qui, après avoir retenu dans ses motifs l'inopposabilité d'un cautionnement non autorisé, n'en avait pas moins prononcé dans son dispositif l'annulation de celui-ci. Ainsi, la chambre commerciale manifeste, à l'égard de l'inopposabilité, un attachement dont la rigueur et la persévérance peuvent l'une et l'autre se discuter.

La rigueur de la solution est contestable, et vivement contestée par la doctrine majoritaire (pour une étude d'ensemble, V. R. Micha-Goudet, *Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable*, JCP 1998 éd. E. 841), qui adresse à l'inopposabilité trois séries d'objections.

Au regard de la technique juridique, le choix de l'inopposabilité apparaît comme inexact. D'une part celle-ci constitue en principe la sanction de la fraude ou du détournement de pouvoir et non celle de l'absence ou du dépassement de pouvoir, qui est source de nullité relative (Cf. not. E. Gaillard, note sous Cass. ass. plén., 28 mai 1982, Dalloz 1983. 349 ; D. Grillet-Ponton, note sous Com. 28 avril 1987, Dalloz 1988. 341 ; J.-F. Barbiéri, note sous Com. 8 nov. 1988, JCP 1989 éd. G. 21230 ; M. Falaise, *La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité)*, Petites affiches, 27 août 1997, spéc. n° 16 et s.). D'autre part et en toute hypothèse, il n'est pas possible de tirer argument de l'article 1998, alinéa 2, du code civil, relatif au dépassement de pouvoir du mandataire, les dirigeants de société, qui tiennent leurs pouvoirs de la loi, ne pouvant être assimilés à des représentants conventionnels (Cf. not. J. Honorat, *Sociétés et cautionnement*, Defrénois 1982. 1569, n° 23).

Au regard de ses conséquences pratiques, l'inopposabilité est en outre inopportune dans la mesure où son régime, qui s'oppose à toute consolidation de l'acte irrégulier, ne fait qu'amplifier l'insécurité juridique résultant, au préjudice des tiers créanciers, de la nécessité de l'autorisation préalable. L'inopposabilité est en effet non seulement imprescriptible mais aussi - la Cour de cassation l'a jugé à plusieurs reprises - insusceptible de confirmation (V. not. Com. 11 juill. 1988, Bull. Joly 1988. 666, note P. Le Cannu, *Rev. sociétés* 1989. 53, note P. Didier ; 8 oct. 1991, JCP 1992 éd. G. II. 21877, 1^{re} esp., note J.-F. Barbiéri ; 15 oct. 1991, JCP 1992 éd. G. I. 3583, n° 3, obs. P. Simler et II. 21877, 2^e esp., note J.-F. Barbiéri, *Dr. sociétés* 1992, n° 29, note H. Le Nabasque).

Enfin, l'inopposabilité n'a pas même le mérite, contrairement à ce qu'avaient pu penser certains auteurs (V. not. P. Didier, note préc. ; Y. Guyon, *Droit des affaires*, t. 1, n° 344), de faire peser la garantie non autorisée sur le dirigeant l'ayant consentie. Cette solution, qui n'a jamais été retenue en jurisprudence, se heurte en effet à une double objection décisive : d'une part l'inopposabilité constitue en réalité une « forme larvée d'inexistence » (E. Gaillard, note préc.) interdisant que l'acte produise effet à l'égard de quiconque ; d'autre part le

dirigeant, ayant agi ès qualité, n'a ni eu ni exprimé la volonté de s'obliger personnellement et ne saurait être tenu au titre d'un cautionnement qui ne se présume pas (Cf. not. J.-F. Barbiéri, notes préc. ; P. Simler, obs. préc.). A cet égard, « l'incongruité de la sanction » (P. Simler, obs., JCP 1999 éd. G. I. 116, n° 3) sort renforcée de l'arrêt ayant jugé que le dirigeant qui consent une garantie non autorisée ne commet pas une faute détachable de ses fonctions engageant sa responsabilité personnelle (Com. 20 oct. 1998, JCP 1998 éd. E. 2025, note A. Couret, Dalloz affaires 1999. 41, note V. A.-R., JCP 1999 éd. G. I. 116, n° 3, obs. P. Simler, cette Revue 1999. 143) : comme l'écrit Monsieur Simler, « comment un acte fautif, censé être le fait de la personne morale puisqu'il n'est pas détachable des fonctions du dirigeant, peut-il être dans le même temps inopposable à cette personne morale ? » (obs. préc.).

Quant à la persévérance de la Cour de cassation, elle semble révéler un certain manque de cohérence dans la politique jurisprudentielle relative à l'exigence de l'autorisation préalable. L'arrêt du 8 décembre 1998 doit en effet être rapproché de celui du 26 janvier 1999 ci-dessus commenté : tandis que ce dernier manifestait une volonté de limiter la nocivité de l'article 98, alinéa 4, en définissant restrictivement la notion de garantie, l'arrêt du 8 déc. 1998 persiste au contraire dans le choix de la sanction qui confère au texte sa portée maximale. Les deux décisions paraissent ainsi procéder de deux tendances opposées, ce qui incite à quelques conjectures.

Ou bien les deux arrêts expriment l'un et l'autre la doctrine de la Cour de cassation, et celle-ci est alors doublement critiquable : d'une part parce que chacune des deux solutions est en elle-même discutable ; d'autre part parce qu'il serait préférable que le nécessaire refoulement de l'article 98, alinéa 4, emprunte la voie d'un assouplissement de la sanction, que commandent la technique et la pratique, plutôt que celle d'une restriction du domaine d'application du texte oublieuse de la lettre de celui-ci.

Ou bien une évolution jurisprudentielle est en cours et la chambre commerciale, après avoir jeté un lest inattendu quant à la notion de garantie, cessera un jour prochain de se crisper sur l'inopposabilité pour substituer à celle-ci une nullité relative aux conséquences moins dévastatrices. Ce sera alors un opportun revirement.

Mots clés :

SOCIETE ANONYME * Conseil d'administration * Autorisation des cautions, avals et garanties
* Absence d'autorisation * Sanction * Inopposabilité du cautionnement non autorisé