



LE CAUTIONNEMENT DES DETTES SOCIALES PAR LE DIRIGEANT

publié le 17/02/2010, vu 102832 fois, Auteur : [Maître Joan DRAY](#)

Le cautionnement est toujours une sûreté conventionnelle, la loi ne saurait obliger quelqu'un à se porter caution de la dette d'autrui. Dans le monde des affaires et plus particulièrement dans les petites et moyennes entreprises, il n'est pas rare de voir des dirigeants s'engager auprès d'un créancier à honorer les dettes sociales sur son propre patrimoine au cas où la société ne pourrait satisfaire, à honorer, ses propres engagements. Le plus souvent, les banques n'accepteront de participer au financement de l'activité de la société que sous la condition que le dirigeant et/ ou certains associés engagent leur patrimoine personnel en garantie du paiement de la société., c'est ce que l'on appelle « cautionnement omnibus ». Aujourd'hui le cautionnement donné par les gérants de société ainsi que par les associés de celle-ci, apparaît comme un moyen de détourner la limitation de responsabilité résultant de la technique sociétaire. En effet, dans la pratique, lorsqu'une Banque accorde du crédit à une société, celle-ci demande à ce que le gérant ou/et les associés se portent cautions de la dette de la société, en cas d'acceptation, le gérant ou/et les associés sont responsables indéfiniment du passif de la société. Nous verrons dans un premier temps les généralités du cautionnement (I), les conditions de validité du cautionnement donné par le Gérant d'une société (II);

I. GENERALITES SUR LE CAUTIONNEMENT.

Cette sûreté se trouve définie à ***l'article 2288 du Code Civil*** qui énonce que « *celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ».

Il existe différents types de cautionnement :

Cautionnement personnel : la caution s'engage personnellement, sur l'ensemble de son patrimoine, à payer à la place d'autrui en cas de défaillance du débiteur principal.

Cautionnement réel : la caution ne s'engage pas personnellement, mais affecte un de ses biens à la garantie de la dette du débiteur principal. De ce fait elle n'est tenue que sur ce bien et non pas sur l'ensemble de son patrimoine comme peut être le cas de la « caution personnelle ».

Cautionnement simple : la caution ne prend qu'un engagement subsidiaire. C'est-à-dire, qu'elle ne sera tenue de payer que si le créancier s'est adressé au débiteur principal et que ce dernier est insolvable (*bénéfice de discussion*). Par ailleurs s'il existe plusieurs personnes que se sont portées cautions, le créancier devra diviser les poursuites en autant des cautions existantes (*bénéfice de division*).

Cautionnement solidaire : très souvent les créanciers, ne souhaitant pas être limités par les contraintes d'un cautionnement simple, prévoient des clauses de solidarité. De ce fait, la caution est tenue dans les mêmes termes que le débiteur principal et le créancier pourra lui demander exécution du paiement sans avoir discuté préalablement sur les biens du débiteur principal.

Le cautionnement est en principe un acte civil. Cela dit, il peut devenir commercial selon que celui qui l'accorde est un commerçant agissant dans le cadre de son activité commerciale (caution donnée par des établissements de crédit). Néanmoins depuis les années 80, la jurisprudence de la Cour de Cassation assimile aussi au cautionnement commercial, le cautionnement donné par une personne physique pour garantir une dette commerciale (exemple : dirigeant social).

Or, on observe un dépassement de cette distinction, par une action conjointe du législateur et du pouvoir créateur de droit de la Cour de Cassation. En effet, d'autres distinctions plus importantes ont pris le pas :

- **La distinction entre caution avertie et caution profane** : Le dirigeant d'entreprise qui cautionne la dette de sa société est considéré comme caution avertie. La principale conséquence étant qu'il se verra appliquée d'une façon « très atténuée » les règles protectrices de la caution intéressée et notamment en ce qui concerne les vices du consentement et l'étendu du contrôle de proportionnalité de l'engagement pris^[1].

II. CONDITIONS DE VALIDITE DU CAUTIONNEMENT DONNE PAR LE GERANT D'UNE SOCIETE.

Cette article ne traite pas des conditions de fond nécessaires à la validité du cautionnement et qui sont visés par l'article 1108 du code civil.

En ce qui concerne le pouvoir d'engager des biens par un cautionnement ;

Il ne faut pas confondre les cas suivants :

- Lorsque c'est la société qui se porte caution par l'intermédiaire de son dirigeant.
- Lorsque le dirigeant, personne physique, se porte personnellement caution des engagements de sa société.

a) Cautionnement donné par la société personne morale.

Le cautionnement est soumis au principe de spécialité, selon lequel une personne morale ne peut cautionner la dette d'autrui que lorsque la capacité de passer de tels actes figure dans son objet social. Cependant, ce principe est limité par la théorie de l'apparence puisque si un tiers de bonne foi, se fiant aux apparences, a cru que l'acte rentrait dans l'objet social de la société l'acte sera considéré comme étant régulier.

En matière de cautionnement donné par des personnes morales il existe un ensemble de règles spéciales, notamment l'interdiction faite aux sociétés de se porter caution des engagements de leurs dirigeants personnes physiques.

Le droit des sociétés a prévu une interdiction précise en matière de SARL et SA : pour les **SARL**, l'article L223-21 dispose que « à peine de nullité du contrat, il est interdit au gérant ou associé personne physique de contracter des emprunts ou de se faire consentir par elle un cautionnement ou un aval de leur engagement avec les tiers ». La même règle est posée par

l'article L225-43 du Code de Commerce en matière des SA, ce qui n'est pas le cas pour les SAS puisque l'interdiction n'est pas reprise.

L'article L225-35 alinéa 4 du code de commerce énonce, dans le cadre des **SA**, que « *Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers doivent être autorisés par le conseil* ». Les prévisions du décret se sont versées dans l'article 89 du décret de 1967 : le conseil d'administration doit soit autoriser spécialement la garantie soit donner une autorisation plafonnée d'engagement pour l'année. A cet instant le dirigeant de la société peut sans formalité supplémentaire engager la société dans la limite de ce plafond.

La sanction pour le créancier est assez sévère puisque dans le cas où la garantie a été donnée sans autorisation du conseil, **elle est de ce fait inopposable au garant** et le dirigeant qui a consenti l'acte ne pourra pas être poursuivi pour sa responsabilité civile car ce n'est pas une faute détachable de ses fonctions.

En ce qui concerne les Sociétés civiles, une décision de 2007^[2] a affirmé dans quelles hypothèses le cautionnement donné par un gérant de société civile avait été valablement consenti : La Haute juridiction affirme que « *le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social, ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée, ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés* ».

- **Il faut donc que l'objet social mentionne expressément que le gérant peut conclure des contrats de cautionnement.** C'est ainsi qu'en principe la constitution de garanties pour les dettes des associés n'entre pas dans l'objet social d'une société. Un tel acte excède les pouvoirs du gérant, il est donc nul et n'engage pas la société.

- **Le cautionnement donné par le gérant de la société est valable même s'il ne rentre pas dans l'objet social de la société, s'il existe une communauté d'intérêts entre la société et la personne cautionnée.** Cette communauté d'intérêts peut être justifiée si le gérant indique dans le préambule de l'acte de cautionnement les éléments que selon lui justifie l'existence d'une telle communauté d'intérêts.

- **Le cautionnement donné par la société est valable, même s'il ne rentre pas dans l'objet social de la société, lorsqu'il résulte du consentement unanime des associés.** Cette possibilité se fonde sur les articles 1852 à 1854 du code civil. Par ailleurs, une décision de 2002^[3] a admis la validité d'un cautionnement hypothécaire consenti au nom d'une société civile, dès lors que les associés ont donné leur accord à l'unanimité. Cependant la jurisprudence décide que si la décision prise à l'unanimité l'a été en fraude des droits des créanciers la décision pourra être contestée par la société^[4].

b) cautionnement donné par le gérant, en tant que personne physique, pour les dettes de sa société.

L'article 2292 du code civil énonce que « *le cautionnement ne se présume pas, il doit être exprès et ne saurait être étendu au delà des limites dans lequel il a été contracté* ». La caution s'engage

strictement et uniquement à payer ce que doit le débiteur. La caution ne doit que la dette déterminée dans le cautionnement.

Par ailleurs, la caution n'est pas tenue des dommages et intérêts complémentaires. En effet, ce ne sont pas des accessoires à la créance, à moins que la caution ne se soit engagée à garantir toutes les dettes sans détermination.

Nonobstant, le gérant pourrait être tenté d'engager la responsabilité de la banque du fait qu'elle aurait accepté un cautionnement disproportionné. Une décision de la Cour de Cassation de 2007^[5] a précisément interdit au gérant qui s'est porté caution de sa société envers une banque de mettre en cause la responsabilité de cette dernière pour avoir accepté un cautionnement disproportionné à sa situation de fortune dès lors qu'il ne démontre pas que la banque aurait eu sur ses revenus, sur son patrimoine et ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles au regard de l'opération entreprise, des informations que lui-même aurait ignorées. La banque ne peut être tenue dans ces conditions à un devoir de mise en garde à l'égard de cette caution.

Par ailleurs, le gérant peut aussi se croire dessaisi de son obligation de cautionnement du seul fait qu'il a abandonné ou qu'on a mit fins à ses fonctions au sein de la société : La Chambre commerciale a rappelé dans une décision du 8 janvier 2008 une règle souvent oubliée par les cautions dirigeants : **le simple fait de quitter ses fonctions n'entraîne pas automatiquement résiliation du contrat de cautionnement conclu par l'ancien dirigeant envers un créancier.** En l'espèce, le dirigeant de la société avait consenti un cautionnement dit « omnibus ^[6] » envers une banque créancière de la société Y. Après le départ du gérant, la société Y contracte un nouveau prêt envers cette même banque. Celle-ci appelle ensuite l'ex-gérant en garantie de cette dette. M. X reproche alors à la banque de n'avoir pas respecter son obligation de « bonne foi » en ne le prévenant pas de ce nouveau prêt. La Cour de Cassation, suivant l'argument de la Cour d'appel d'Orléans, répond qu'il importe peu que la banque n'ait pas prévenu M. X et donc que son engagement de caution envers celle-ci reste valable.

Le cautionnement à durée indéterminée d'un dirigeant envers sa société ne peut être résilié qu'expressément, la fin des fonctions n'ayant aucune influence sur celui-ci. En d'autres termes, lorsque le dirigeant quitte ces fonctions, il lui faut **impérativement résilier** les contrats de cautionnement qu'il avait conclus envers sa société, sous peine de mauvaises surprises. Néanmoins, la résiliation de ces contrats ne vaut que pour le **futur** : l'obligation de couverture disparaît, mais **l'obligation de règlement des dettes cautionnées déjà nées subsiste.**

1. Les conditions de forme.

En principe le contrat de cautionnement est un contrat consensualiste qui n'était soumis pour sa validité à aucune condition de forme. En effet, aux termes de l'article 2292 « *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* » il suffit qu'il ait mentionné pour être valable. Cependant, la jurisprudence de la Cour de Cassation a complètement changé la donne et a créé au tour de la caution un formalisme protecteur.

A. Le formalisme jurisprudentiel.

La Cour de Cassation a combiné les articles 2015^[7] et 1326^[8] du code civil. Les formes à respecter sont différentes selon que le montant que s'engage à payer la caution est connu ou non ou moment de la conclusion du contrat. Toutefois, les récentes interventions du législateur ont fait en sorte que le formalisme jurisprudentiel ne s'applique qu'aux cautionnements donnés par les

personnes morales et aux cautionnements donnés aux créanciers non professionnels.

Néanmoins, le sujet ne concerne pas notre sujet puisque l'article 1326 du code civil ne s'applique pas en matière commerciale, par conséquent ne sont concernés par le formalisme jurisprudentiel, que les cautionnements donnés par les personnes physiques non commerçantes.

B. Le formalisme Légal.

a) Cautionnement donné par une personne physique.

L'intervention législative du 1^{er} août 2003 (*sur l'initiative économique*) a considérablement modifié le cautionnement donné par les personnes physiques au profit des créanciers professionnels. En effet, désormais tous les cautionnements conclus par des personnes physiques, quelque soit leur nature, est soumis à des exigences formelles. Cette réglementation se trouve aux articles L341-2 et suivants du code de la consommation alors même qu'il s'applique au cautionnement fourni par un dirigeant social pour garantir la dette de sa société.

- La caution doit écrire de sa propre main, à peine de nullité, un certain nombre des mentions dont le contenu est précisé par les articles L341-2 et L341-3[9] du code de la consommation.

- L'indication précise du montant global couvert par la caution.

- La durée de l'engagement (*et de ce fait le législateur interdit les cautionnements effectués sous seing privé sans limitation de montant ou de durée*).

Il faut tout de même préciser que ces mentions ne sont pas nécessaires si le cautionnement a été passé par acte authentique.

Il faut également envisager la cas où c'est la caution qui est soumise à une procédure collective, dans ce cas, la Cour de Cassation a jugé dans un arrêt du 16 novembre 2010 que le cours des intérêts est arrêté à l'égard de la caution en redressement judiciaire quelle que soit la durée du prêt garanti et il n'est pas dérogé à cette règle en présence d'une décision de condamnation du débiteur à payer la créance assortie des intérêts au taux contractuel.

Nous avons vu que le cautionnement est un acte important et qu'avant de s'engager pour les dettes d'une société qui peut se trouver en déconfiture, le gérant, associé ou dirigeant doit mesurer son engagement.

Je me tiens à votre disposition pour tous renseignements complémentaires.

Maître Joan DRAY

Avocat à la Cour

joanadray@gmail.com

[1] En ce sens Cass 1^{ère} Civil, 10 mai 2005 : Bull. civ I, N°200 et Chambre commerciale 13 février 2007.

[2] 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 8 novembre 2007.

[3] 3^{ème} Civ 25 septembre 2002.

[4] Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 8 novembre 2007 (pourvoi n°04-17.893) - Revue banque et droit n°117.

[5] *Chambre commerciale, 13 février 2007, pourvoi n° 04-19.727.*

[6] Cautionnement de toutes les dettes présentes et futures de cette société.

[7] Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.

[8] L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres.

[9] Cet article vise le cautionnement solidaire.