



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

UNIVERSITE PARIS II - PANTHEON-ASSAS  
MASTER 2 (RECHERCHE) - DROIT DES AFFAIRES

Année universitaire 2019 - 2020

**MEMOIRE DE RECHERCHE**

**CAUTIONNEMENT ET INTERET SOCIAL**

**Présenté par :**

Dylan ALLALI

**Sous la direction de :**

Monsieur le Professeur Philippe THERY

« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

Mes remerciements vont au Professeur Philippe Théry, qui, avec bienveillance, m'a permis de réaliser ce mémoire sous sa direction, m'a prodigué ses conseils et m'a encouragé à développer ma pensée critique.

Je remercie également toutes les personnes qui ont participé – par leurs conseils, leur relecture attentive, ou leurs encouragements – à la réalisation de la présente étude.

## Table des matières

<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>5</b>
<b>Partie 1 - Un régime protecteur de la société caution : de l'objet à l'intérêt social</b> .....	<b>11</b>
Chapitre 1 - Le contrôle jugé insuffisant par l'objet social.....	12
Section 1 - Les justifications du contrôle.....	12
§1. La teneur de la responsabilité des associés .....	12
§2. Le principe de spécialité .....	15
Section 2 - Les critères du contrôle.....	22
§1. Le principe : « L'entrée » du cautionnement dans l'objet social .....	22
§2. Les assouplissements : Le rattachement indirect à l'objet social.....	26
Chapitre 2 - Le contrôle renforcé par l'intérêt social.....	34
Section 1 - L'articulation de l'intérêt social et de l'objet social .....	34
§1. Le contexte d'utilisation de l'intérêt social : les conflits d'intérêts.....	35
§2. La hiérarchie entre l'intérêt social et l'objet social.....	38
§3. L'exclusion de l'intérêt social dans les sociétés à risque limité .....	43
Section 2 - Le contenu de l'intérêt social.....	47
§1. L'éviction des conceptions traditionnelles.....	48
§2. L'intérêt social « objectivisé » en droit du cautionnement .....	51
<b>Partie 2 - Un régime à équilibrer : la prise en compte des intérêts du créancier garanti</b> .....	<b>56</b>
Chapitre 1 - Un contrôle défavorable au créancier garanti .....	57
Section 1 - Un risque d'inefficacité de la sûreté circonscrit .....	57
§1. Des risques potentiels importants .....	57
§2. Des risques en pratique limités .....	61
Section 2 - Une sanction trop sévère.....	65
§1. Une nullité.....	65
§2. Une nullité absolue.....	68
Chapitre 2 – Le retour à l'équilibre : le contrôle de l'objet social légal .....	73
Section 1 - Une évolution attendue .....	73
§1. La loi PACTE du 22 mai 2019.....	73
§2. L'ordonnance du 10 février 2016 et la loi de ratification du 20 avril 2018.....	75
Section 2 - Un contrôle restreint de l'objet social légal.....	78
§1. Le contrôle limité de l'intérêt patrimonial de la caution.....	79
§2. Un régime cohérent et équilibré.....	82
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>86</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>88</b>

## INTRODUCTION

« Mon fils, si tu as cautionné ton prochain, Si tu t'es engagé pour autrui, Si tu es enlacé par les paroles de ta bouche, Si tu es pris par les paroles de ta bouche, Fais donc ceci, mon fils, dégage-toi, Puisque tu es tombé au pouvoir de ton prochain ; Va, prosterne-toi, et fais des instances auprès de lui. Ne donne ni sommeil à tes yeux, Ni assoupissement à tes paupières ; Dégage-toi comme la gazelle de la main du chasseur, Comme l'oiseau de la main de l'oiseleur. »<sup>1</sup>

L'Ancien Testament n'est pas avare en maximes sur l'acte de cautionner. Cette garantie, ancienne, repose sur un mécanisme des plus simples : c'est un service d'ami rendu à son « prochain », à charge de réciprocité<sup>2</sup>. Avec la possibilité de se porter garant, vont les mises en garde : ainsi, est-il recommandé de ne pas « être de ceux qui cautionnent des dettes »<sup>3</sup>, la caution étant « un homme dépourvu de sens »<sup>4</sup>. L'acte (car il n'est pas perçu alors comme un contrat) est conçu comme un acte dangereux, de sorte que la caution doit prendre toutes les précautions et est même encouragée à se défaire au plus vite de son engagement. Il ne faut pas s'y tromper, se « dégager » consiste d'abord à honorer son engagement. Apparaît un premier paradoxe, le cautionnement devrait permettre, au moins dans le sens commun, au créancier de bénéficier d'une garantie de paiement. Ce n'est pas le cas, le cautionnement est davantage conçu comme un service gratuit rendu débiteur, que comme une véritable garantie de l'impayé pour le créancier.

Aujourd'hui, la situation semble avoir changé. Le cautionnement est un contrat, qui, s'il est toujours considéré dans le code civil comme un service d'amis, ne se réduit plus à un schéma de type familial. Il s'est déployé, notamment dans la vie des entreprises. Pour preuve, le cautionnement bancaire s'est développé et est même, depuis la loi du 24 janvier 1984 qualifié d'opération de crédit. Le cautionnement est également abondamment pratiqué par les sociétés commerciales. En effet des cautionnements entre société mère et filiale, ainsi que des « cautionnements triangulaires » permettent aujourd'hui de sécuriser les emprunts entre ces sociétés<sup>5</sup>. Dans ce contexte, le cautionnement, constitue une sûreté, au sens premier, une sécurité, pour le créancier contre la défaillance de son débiteur.

---

<sup>1</sup> Livre des Proverbes, 6 :1-5.

<sup>2</sup> CASTALDO A., LEVY J-P, Histoire du droit commercial, Dalloz, 2010, V. 743.

<sup>3</sup> Livre des Proverbes, 22 : 26-27.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 17 : 18.

<sup>5</sup> SIMLER Ph., *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 5e édition, Lexis Nexis 2015 V. Not. 2.

Ce changement de perspective évince-t-il tout à fait les conceptions originelles ? L'affirmation mérite d'être réfléchie. Aujourd'hui la comparaison entre la caution, et « la gazelle » que vise le Livre des Proverbes reste pertinente. Si elle ne fait pas « d'instances » auprès de son créancier, c'est bien le plus souvent auprès du juge que le contentieux est largement porté. Arguant de la nullité de son engagement, la caution usant de - nombreux - moyens juridiques qui lui sont offerts, se dégage ainsi de son engagement, laissant le créancier - pourtant titulaire de sûreté - sans défense face au risque réalisé de non-paiement de son débiteur principal.

Ce constat, bien souvent vrai pour les personnes physiques, l'est également pour les personnes morales, et notamment les sociétés émettrices de cautionnements. Cela peut paraître étonnant. Le sens commun devrait conduire à penser que la « signature » d'une société devrait est plus sûre pour un créancier que celle d'une personne physique.

Cette bizarrerie résulte de la particularité des sociétés. A l'exclusion des établissements bancaires et des sociétés de cautions mutuelles dont l'objet est de fournir des cautionnements ; toute société, civile ou commerciale, doit être constituée en vue de partager un bénéfice ou de réaliser une économie pour ses associés<sup>6</sup>. La société poursuit ainsi un but lucratif<sup>7</sup> et doit permettre un enrichissement en principe de ses associés. La société doit rechercher dans tous ses actes un profit et tous les actes de la société doivent ainsi être motivés par l'obtention d'un intérêt<sup>8</sup>.

Or le cautionnement est « le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci »<sup>9</sup> ou encore une « sûreté personnelle accessoire créée par un contrat unilatéral qui oblige la caution à exécuter la dette du débiteur principal et lui donne un recours en remboursement contre ce dernier »<sup>10</sup>. Ce faisant, en cas de défaillance du débiteur principal, la société caution est amenée à payer la dette de ce dernier, sur son patrimoine personnel, qui a fictivement été adjoint au patrimoine du débiteur principal. Le contrat de cautionnement conduit donc par nature à un risque d'appauvrissement pour la caution - donc la société - inhérent au contrat lui-même. Conclure un cautionnement n'est ainsi pas neutre pour une société.

---

<sup>6</sup> Code civil, art. 1832.

<sup>7</sup> Cass., Ch. réunies, 11 mars 1914, *Caisse rurale de Manigod* - « Attendu que l'expression "bénéfices" [...] s'entend d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés ». Le législateur y ajoutera la possibilité de réaliser une économie par la loi du 1er juillet 1978.

<sup>8</sup> HOVASSE H., Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social, *Dr. et patr.* avr. 2001. 76.

<sup>9</sup> *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, Association Henri Capitant, art. 2288-1.

<sup>10</sup> CABRILLAC M., CABRILLAC S., MOULY C., PETEL Ph., *Droit des sûretés*, 10e édition, 2015.

Les rédacteurs du Code civil de 1804 ayant cependant en tête un service d'ami, point n'était besoin de prévoir de dispositions spécifiques au cautionnement des personnes morales. C'est pourquoi ces cautionnements sont soumis aux règles gouvernant la capacité des personnes morales et les pouvoirs des dirigeants de l'engager. Dès lors, comme tout acte conclu par la société, le cautionnement doit « entrer » dans l'objet social<sup>11</sup> pour être opposable aux tiers et éventuellement opposé par lui à la société, dans les sociétés à risque illimité. En revanche, dans les sociétés à risque limité, la validité de l'acte n'est pas subordonnée à son inclusion dans l'objet social. De telles sociétés sont ainsi engagées, en principe, peu important que l'acte entre ou non l'objet social<sup>1213</sup>

L'application de ces règles générales aurait pu suffire. En pratique, cela aurait conduit à un contrôle formel de l'objet social dans les sociétés à risque illimité et à un laisser faire dans les sociétés à risque limité sauf le cas exceptionnel de mauvaise foi du tiers. Cette solution est pour le crédit la solution la plus permissive et pour les sociétés la plus simple. En effet, il ne faut jamais perdre de vue que les sociétés ont besoin de crédit pour accomplir leur objet social et exercer leur activité. Or, le crédit (accordé notamment par les établissements bancaires) passe par les garanties. En effet, ce n'est que s'il bénéficie d'une sûreté, qu'elle soit réelle ou personnelle que le créancier acceptera de financer l'activité de la société. Le créancier exigera une sûreté, oui, mais une sûreté doit également être efficace, sans quoi le créancier n'accordera pas son crédit. Or, plus une sûreté est encadrée, plus les risques de la voir annuler pour un quelconque vice sont multipliés. Cela crée ainsi mécaniquement un risque important pour l'expansion de l'activité sociale.

Dans cette optique, le cautionnement est couramment exigé par les établissements bancaires. Ceci s'explique de par son assiette d'abord, car en cas de défaillance le créancier pourra saisir l'entier patrimoine de la caution pour être désintéressé (à la différence d'une sûreté réelle donc). Sa simplicité ensuite, puisqu'il s'agit d'un contrat solennel, mais qui n'a pas à être passé devant notaire. Le cautionnement est ainsi particulièrement récurrent en matière de groupes de sociétés, mais non en tant que sûreté personnelle mais en tant que sûreté dite réelle pour autrui. En effet, le cautionnement étant forcément émis pour le compte d'un créancier en garantie de la dette d'une tierce personne, le plus souvent une des sociétés du groupe se portera caution de la dette d'une autre ou d'un associé (lorsque la loi le permet). On la dira cependant « caution réelle » ou plutôt, garante d'une sûreté réelle pour autrui, si elle n'affecte pour cette garantie que l'un des immeubles dont elle est propriétaire. Apparaît donc ici un risque important pour la caution : au cas de défaillance du débiteur, la caution

---

<sup>11</sup> Code civil, art. 1849.

<sup>12</sup> Code de commerce, art. L.223-18, L.225-35, L.225-56 et L.225-64.

<sup>13</sup> A l'exception néanmoins du cas où le tiers aurait connaissance du dépassement de l'objet social.

pourra se voir privée d'une partie substantielle, voire de la totalité de son patrimoine ; ce qui semble aller à l'encontre de l'objectif de profit assigné par l'article 1832 du Code civil.

Ce contrôle limité dans son étendue, dangereux pour la société et donc ses associés n'a été que partiellement encadré. Un régime spécifique a effectivement été établi dans les sociétés à risque limité. Ainsi dans les Sociétés À Responsabilité Limitée (SARL ci-après) et les Sociétés par Actions Simplifiées (ci-après SAS), les cautionnements accordés par la société à ses associés ou dirigeants constituent des conventions interdites<sup>14</sup>, ceux étant accordés aux tiers étant, eux, libres. Concernant la Société Anonyme (ci-après SA), le régime est plus strict encore. Les interdictions précédentes sont reprises et élargies, même si sont exclus les associés<sup>15</sup>. Le législateur a également mis en place un régime de contrôle *ex ante* des cautionnements, avals et garanties octroyés par ce type de société, et qui peut être étendu aux SAS<sup>16</sup>. En substance, dans une société anonyme notamment, ces engagements sont soumis à une autorisation préalable du conseil d'administration de la société à peine d'inopposabilité du cautionnement à la société. Ce régime spécifique aux sociétés anonymes ne fera pas l'objet de cette étude puisqu'il est précisément dérogoratoire au droit commun et au contrôle classique de l'objet (voire de l'intérêt) social.

Ce régime spécifique aux sociétés de capitaux a, en tous cas, vocation à protéger les associés contre le dépassement de pouvoir, en réalité, du dirigeant habilité à engager la société hors de l'objet social. Il n'est pourtant applicable qu'à ce type de sociétés. Par conséquent, le régime des sociétés de personnes (donc les Sociétés Civiles (SC) et les Sociétés en Nom Collectif (ci-après SNC) ne relève lui -légalement - que du contrôle de l'objet social. Or ce sont ces sociétés qui courent le plus grand risque à cautionner les dettes d'un tiers. En effet les associés sont tenus à une responsabilité illimitée (*infra*) et ces sociétés sont les plus à même de fournir des sûretés réelles pour autrui, notamment les Sociétés Civiles Immobilières (SCI).

La jurisprudence n'est pas restée sourde à ce risque et a cherché à combler le mutisme du législateur, ce qui a justifié l'apparition en droit du cautionnement de la notion d'intérêt social.

---

<sup>14</sup> Code de commerce L.223-21 dans les SARL et art. L. 225-43 sur renvoi de l'art. L.227-12 dans les SAS - Ces cautionnements sont par ailleurs nuls de nullité absolue depuis un arrêt : Cass., com. 26 avril 2006 n°05-12734.

<sup>15</sup> Code de commerce art. L.225-43 et L.225-91 : « A peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. [...] La même interdiction s'applique au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. Elle s'applique également aux conjoint, ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée. »

<sup>16</sup> Code de commerce, art. L.225-35 et L.225-61.

Cette notion, dont l'utilisation n'est pas propre au droit du cautionnement, n'est pas définie par le législateur. La locution apparaît pourtant dans certaines législations spécifiques au droit des sociétés, notamment en droit répressif des sociétés<sup>17</sup>. Elle est également utilisée par la jurisprudence, pour stigmatiser des abus de majorité, de minorité ou d'égalité<sup>18</sup>. Cette notion brumeuse a toujours suscité des débats, pour la distinguer l'intérêt de l'entreprise, ou de l'intérêt commun des associés<sup>19</sup>. Faute de définition légale, il faut se tourner vers des recherches doctrinales. Il n'en ressort aucune définition unanime<sup>20</sup>. Ainsi considérer l'intérêt social comme l'intérêt des associés ou comme l'intérêt de la personne morale indépendante reviendra à des définitions radicalement différentes<sup>21</sup>. Ce pourquoi à ce stade nous ne tenterons pas de rechercher une définition générale à la notion d'intérêt social. Pour plusieurs raisons, d'abord, parce que la notion est utilisée d'une manière tellement différente dans des domaines si divers, qu'une définition englobante reviendrait forcément à nier certaines de ces facettes. Ensuite, parce que, le droit du cautionnement ne faisant pas exception à la règle, l'intérêt social en la matière aura une définition propre qu'il s'agira de déterminer.

Ce dont il est certain, c'est que l'intérêt social « vient tout à coup s'imposer dans un univers à trois dimensions que l'on croyait simple »<sup>22</sup>. La jurisprudence, jusque-là clémente quant à la condition relative à l'objet social (dans les sociétés à risque limité et au cas de mauvaise foi du tiers dans les sociétés à risque limité) durcit son contrôle par « le truchement de l'intérêt social ». Cette apparition ne doit pas être considérée comme un hasard. Elle est en réalité la résultante de deux constats qui ressortent de la jurisprudence de la Cour de cassation. Le premier, sans doute, que le contrôle formel de l'objet social tel que permis par le droit commun des sociétés était devenu insuffisant. Le second, étroitement lié au premier, que le choix de politique jurisprudentielle de la Cour de cassation s'est orienté vers la protection de la caution<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Voir par exemple, Code de commerce L.241-3, 4° : « Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ».

<sup>18</sup> Cass. Com, 18 avril 1961, *Schuman Picard*, Publié au bulletin.

<sup>19</sup> PIROVANO A., La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?, *Recueil Dalloz* 1997 p.189.

<sup>20</sup> GERMAIN M., Sur une jurisprudence de l'intérêt social, in *Mélange Paul le Cannu*, Dalloz-Litec 2014, p.289.

<sup>21</sup> SCHMIDT D., L'intérêt social, *Revue Droit bancaire et bourse*, 1995, p.130.

<sup>22</sup> GERMAIN M., *op. cit.*

<sup>23</sup> Ceci dans une sorte d'alignement du régime des personnes morales à celui des personnes physiques, celles-ci protégées notamment par les règles de la proportionnalité et les règles spéciales de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique (Dutreil).

Cette éclosion de l'intérêt social n'a fait l'unanimité ni dans la doctrine<sup>24</sup>, ni auprès des chambres de la Cour de cassation<sup>25</sup>. Cette construction s'est cependant ancrée sur la durée, et pourrait même devenir consensuelle aux diverses chambres de la Cour de cassation<sup>26</sup>. Elle n'en finit pourtant pas de susciter des interrogations<sup>27</sup>. L'entière construction de la Cour de cassation est en effet d'abord orientée vers un objectif de protection de la société caution contre un acte qui pourrait la conduire potentiellement à la ruine<sup>28</sup>. Cet objectif lui-même a pu être critiqué : une sûreté ne devrait-elle pas protéger en premier lieu son bénéficiaire ? Le crédit est indispensable au développement de l'activité économique, or celui-ci entraîne nécessairement un décalage dans le temps. Dans ce contexte la protection des créanciers requiert l'émission de garanties par les sociétés, d'autant plus du fait du traitement des créanciers chirographaires en cas de procédure collective<sup>29</sup>.

Tout le régime du cautionnement consenti par une société est empreint de cette dichotomie entre des intérêt antagonistes. D'un côté la nécessaire protection de la société caution d'actes pouvant l'appauvrir et ainsi violer l'objectif de profit dont le législateur affuble toutes les sociétés. De l'autre, la nécessaire efficacité de la sûreté pour le créancier garanti, et sans laquelle la société ne peut espérer obtenir de crédit, et donc exercer normalement son activité. Ce pourquoi il convient de se demander si le contrôle des cautionnements consentis par des personnes morales par le biais de la notion d'intérêt social permet effectivement de ménager un équilibre entre ces intérêts antagonistes ; que sont la protection de la société caution et la garantie de l'efficacité de la sûreté pour le créancier.

Cet objectif n'est aujourd'hui pas atteint. Si le contrôle par l'intérêt social a su renforcer la protection de la société caution (Partie 1) par rapport à la protection qu'apportait l'objet social et le principe de spécialité ; c'est au détriment de l'efficacité de la sûreté pour le créancier. Le créancier est dans une situation particulièrement défavorable, tout comme, donc, le crédit social. Ce pourquoi, ce régime doit être rééquilibré pour que soient davantage pris en compte les intérêts du créancier bénéficiaire de la garantie (Partie 2), et pour sécuriser le crédit des sociétés. L'évolution est d'ailleurs plus proche qu'il n'y paraît, les dernières réformes législatives ayant vocation à bouleverser l'actuel contrôle des cautionnements consentis par les personnes morales.

---

<sup>24</sup> V. Notamment pour une critique : LUCAS F-X, Cautionnement accordé par une société civile et conformité à l'objet et à l'intérêt social, *BJS* janv. 2008, n° 1, p. 23.

<sup>25</sup> En effet, encore aujourd'hui, la Première chambre civile semble ne pas faire de l'intérêt social une condition de validité du cautionnement consenti par une société de personne.

<sup>26</sup> STORCK M., Sûreté accordée par une SCI : l'exigence de non-contrariété à l'intérêt social, *Droit des sociétés* n° 1, Janvier 2015, étude 2. *Contra* SCHLUMBERGER E., Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société in *Mélange H.Hovasse*, Lexis Nexis, 2014.

<sup>27</sup> Très récemment COHEN D., Les garanties émises par les sociétés : un changement de perspective ? In *Mélange Laurent Aynès*, L.G.D.J décembre 2019.

<sup>28</sup> AYNES L., CROCQ P., AYNES A., *Droit des sûretés*, 13e édition, 2019, LGDJ, Collection Droit Civil.

<sup>29</sup> COHEN D. *Op. Cit.*

## **Partie 1 - Un régime protecteur de la société caution : de l'objet à l'intérêt social**

L'œuvre de la jurisprudence des vingt dernières années en matière de cautionnement consenti par des personnes morales a été toute entière consacrée à renforcer la protection de la société émettrice de cautionnement. Le régime en vigueur s'est construit sur la durée et cette protection n'a pu s'établir, qu'en partant des textes en vigueur. A défaut de textes relatifs au cautionnement des personnes morales, il a donc fallu appliquer le droit commun des sociétés<sup>30</sup> et plus particulièrement les règles gouvernant la capacité des sociétés. Il n'est pas étonnant dès lors que le régime se soit construit à partir de la notion d'objet social telle qu'inscrite à l'article 1833 du Code civil, et de son corollaire, le principe de spécialité. Les personnes morales, à la différence des personnes physiques, ne peuvent en effet participer à la vie juridique que dans la mesure de l'objet qui leur a été assigné<sup>31</sup>. La première étape a donc été pour la jurisprudence de rechercher, pour la validité des cautionnements consentis par les sociétés, si le contrat pouvait se rattacher à cet objet social. Ce dernier ayant été interprété largement par les cours, ce contrôle limité à l'objet social de la société s'est cependant révélé insuffisant au vu de la volonté protectrice des cautions de la Cour de cassation (Chapitre 1). Cette insuffisance a semblé justifier une évolution du contrôle des cautionnements consentis par les sociétés. La jurisprudence s'est affranchie de l'interprétation restrictive des textes pour passer du contrôle de l'objet social, à un contrôle renforcé de l'intérêt social (Chapitre 2).

---

<sup>30</sup> Code civil, Art. 1832 à 1868

<sup>31</sup> SORTAIS, J.-P., Constitution des sociétés – Conditions de fond de constitution des sociétés – Septembre 2004 (actualisation : Décembre 2019)

## Chapitre 1 - Le contrôle jugé insuffisant par l'objet social

Le contrôle des cautionnements consentis par les personnes morales est d'abord soumis au droit commun des sociétés, donc, dans toutes les sociétés, au contrôle de l'objet social. L'expression contrôle de l'objet social n'est cependant pas, par elle-même, évocatrice des modalités de ce contrôle. De ce fait, il faudra étudier les modalités du contrôle (Section 2), une fois qu'auront été mises à jour ses justifications (Section 1).

### **Section 1 - Les justifications du contrôle**

Les justifications politiques du contrôle ont déjà été évoquées, le cautionnement, de par le risque d'appauvrissement qu'il crée, pour la société caution et de son antinomie avec l'objectif que prescrit l'article 1832 du Code civil, doit être contrôlé. L'objet des développements subséquents ne sera pas celui-là, mais l'étude des justifications juridiques à ce qu'un contrôle des cautionnements soit mis en œuvre. Il est possible d'en décompter deux qui sont d'ailleurs complémentaires : la teneur de la responsabilité des associés (§1), et le principe de spécialité (§2).

#### **§1. La teneur de la responsabilité des associés**

La situation des associés diffère selon que ceux-ci le sont d'une société de personnes ou d'une société de capitaux. Si ces deux catégories sont doctrinales, elles sont parfaitement explicatives des distinctions de régimes à venir. La catégorie des sociétés de personnes est assez hétérogène<sup>32</sup>, elle inclut les Sociétés en Nom Collectif (SNC), les sociétés civiles, ainsi que la Société en Commandite Simple (SCS). Celles-ci se caractérisent par un caractère *intuitu personae* marqué. En revanche, dans les sociétés de capitaux, on retient généralement que les capitaux mis en commun apparaissent plus déterminants que la personnalité de l'associé qui s'associe avec les autres. La doctrine y classe généralement les Sociétés par Actions Simplifiées (SAS), les Sociétés Anonymes, les Sociétés en Commandite par Action (SCA) et la Société À Responsabilité Limitée (SARL) (malgré son régime hybride et l'importance de la personne des associés).

Ces deux catégories de sociétés sont soumises à des régimes distincts. Il n'est pas question de les développer ici, mais seulement de s'intéresser à l'une de leur caractéristique, la responsabilité des associés. Dans les sociétés de personnes, la responsabilité des associés est illimitée (A), tandis qu'elle est limitée dans les sociétés de capitaux (B).

---

<sup>32</sup> MONSERIE-BON M.-H., Synthèse, JCl. Notarial Formulaire, 13/05/2019.

## A. La responsabilité illimitée

Dans les sociétés de personnes la responsabilité des associés est dite illimitée. La situation de ces associés, est, par rapport à celles des associés d'autres formes sociales, plus dangereuses du fait de la « responsabilité patrimoniale lourde qui pèse sur eux »<sup>33</sup>. L'expression responsabilité illimitée renvoie à la responsabilité financière des associés et non à leur responsabilité civile ou leur responsabilité pénale. Elle est issue de l'article 1857 du Code civil qui dispose que « A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements ». Chaque associé est ainsi tenu du paiement des dettes sociales sur son patrimoine personnel, conjointement ou solidairement (respectivement pour les sociétés civiles et les SNC), les créanciers sociaux pouvant demander l'entier paiement de la dette sociale à un seul associé. Dans sa mise en œuvre, cette responsabilité est subsidiaire et subordonnée à l'exercice par le créancier social de vaines poursuites contre son débiteur, la société, en vertu de l'article 1858 du Code civil<sup>34</sup>.

Cette responsabilité est de nature à créer un véritable risque personnel pour l'associé d'une société de personnes. Il ne doit pas être surestimé pour autant. D'abord, il est possible d'aménager conventionnellement ce régime. Le tiers peut ainsi s'engager à ne pas poursuivre l'un des associés, les associés peuvent même décider dans les statuts que la répartition du paiement des dettes sociales ne sera pas proportionnelle à leur part de capital social, sous réserve du respect de la prohibition des clauses léonines<sup>35</sup>. Ensuite, la jurisprudence relative aux vaines poursuites semble plus favorable aux associés qu'au créancier poursuivant. Enfin, cette responsabilité fonctionne en commun avec d'autres éléments du régime des sociétés à risque limité. Ce régime de responsabilité patrimoniale, apparemment sévère pour les associés est corrélé à d'autres éléments de régime, cette fois plus protecteurs, et notamment l'application spécifique du principe de spécialité (*infra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 1).

---

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> La jurisprudence considère en général qu'est requis l'exercice de mesures d'exécution avant la poursuite de l'associé et qu'il faut prouver qu'elles sont restées vaines, et donc que le patrimoine social ne peut pas désintéresser le créancier social (Com. Civ. 3, 6 janv. 1999 n°97-10.645). Si la société est en procédure de liquidation judiciaire, la seule déclaration de créance suffit, et le créancier n'a pas à établir l'insuffisance du patrimoine social (Ch. Mixte, 18 mai 2007, n°05-10.413).

<sup>35</sup> Code Civil, art. 1844-1.

## B. La responsabilité limitée

Dans les sociétés de capitaux, la responsabilité patrimoniale, donc la contribution à la dette de la société, n'est pas la même que dans les sociétés de personne. Les associés sont donc responsables du passif social uniquement dans la limite de leurs apports. Cela signifie qu'en cas de pertes auxquelles la société ne pourrait plus faire face, les associés perdront seulement leur apport, mais ne contribueront pas directement au passif social sur leur patrimoine personnel.

C'est une protection majeure pour les associés de ces sociétés. Cette différence avec les associés de sociétés de personnes se comprend en réalité aisément. Le législateur prenant acte de l'idée que dans les sociétés de personnes la personnalité des associés prime, rend ces derniers responsables en cas de faillite de cette dernière. Or pour les sociétés de capitaux, dans la conception admise, l'apport prime. Il n'est ainsi pas étonnant que dans ces sociétés, l'associé qui s'engage et entend prendre le risque social, ne s'engage pas pour autant pleinement dans « l'aventure sociale », et soit tenu dans une moindre mesure.

Cette responsabilité est limitée dans toutes les sociétés de capitaux, en ce compris la SARL. Comme pour les sociétés à responsabilité illimitée, elle ne doit pas être pour autant surestimée. Elle supporte, au vrai, de lourdes exceptions. Il convient de citer les plus importantes, notamment la responsabilité pour insuffisance d'actifs. Cette exception concerne les dirigeants d'une société dont les associés ont une responsabilité li. Aux termes de l'article L.651-2 du Code de commerce, le tribunal peut décider que les dettes de la société seront supportées, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants, de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux ; ou même prévoir que le redressement judiciaire sera étendu à certains associés. Cette disposition a pour conséquence de mettre à la charge des dirigeants, voire des associés, le passif social, ce que la responsabilité limitée a pourtant pour but d'éviter. Le droit fiscal connaît une législation similaire à l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales, qui permet de rendre les dirigeants solidaires des impositions toutes natures ou des amendes fiscales dont la société était redevable, si leur recouvrement a été entravé par des manœuvres frauduleuses des dirigeants.

Surtout cette responsabilité limitée aux apports est largement entravée par la pratique des établissements bancaires qui consiste à demander aux dirigeants de se porter caution de leurs sociétés. Mécaniquement, l'écran de la responsabilité cède alors en cas de défaillance la société, du fait de l'adjonction au gage du créancier bénéficiaire du patrimoine personnel du dirigeant social.

Il était indispensable de brièvement rappeler ces distinctions de contribution à la dette sociale. En effet, les différences de traitement de ces associés rejaillissent sur le régime général applicable aux actes et contrats conclus par ces deux types de sociétés. Le législateur recherche dans chacune de ces formes sociales un équilibre entre, les intérêts des associés et leur protection, et les intérêts des tiers. En d'autres termes, dans les sociétés où les associés sont les plus protégés - ici de par leur responsabilité limitée par exemple - l'encadrement des actes pouvant être conclu par le dirigeant sera moindre, l'inverse se vérifiant également. En effet, les limites à la capacité de jouissance de la société - c'est-à-dire le principe de spécialité - est directement corrélée à la responsabilité, limitée ou non, de ses associés. Cette responsabilité constitue, aujourd'hui encore, un des éléments sous-jacents des raisonnements que mène la Cour de cassation en matière de cautionnement.

## **§2. Le principe de spécialité**

Le principe de spécialité constitue une limite de la capacité des personnes morales commune à toutes les sociétés (A), cependant ce principe se manifeste de manière divergente (B) dans les sociétés à risque limité, et dans les sociétés à risque illimité.

### **A. La définition du principe**

Le Code civil ne consacrait jusqu'en 1978 aucune partie et même expressément aucun article à la personnalité morale<sup>36</sup>. Il convenait donc, pour apprécier cette capacité de se tourner vers l'article 1123 du Code civil dans sa rédaction applicable jusqu'au 1er octobre 2016. Il disposait alors que « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. ». A défaut de distinction entre les personnes physiques et les personnes morales, jurisprudence et doctrine reconnaissent la capacité des personnes morales à être titulaires de droits<sup>37</sup>. Ainsi que le relèvent François Terré et Yves Lequette, « l'individualisme ne pouvait être poussé à l'extrême. On ne pouvait de manière absolue méconnaître l'existence d'intérêts collectifs »<sup>38</sup>. Le législateur reconnaitra par la suite expressément la capacité juridique des sociétés, conditionnant, néanmoins, l'octroi de leur personnalité morale à leur immatriculation<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e édition 2007, p. 137

<sup>37</sup> Voir not. Req. 23 février 1891, DP 91. 1. 337, S. 92. 1. 73, note Meynial : « Il est de l'essence des sociétés civiles, comme des sociétés commerciales, de créer au profit de l'individualité collective des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun de ses membres » et Req. 23 février 1891. - II. Civ., 2e sect. civ. 28 janvier 1954 : « la personnalité morale n'est pas une création de la loi ; elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être reconnus et protégés par la loi ». Cet arrêt constitue la consécration de la théorie dite de la réalité des personnes morales. Le législateur accorde cependant expressément la personnalité morale aux sociétés.

<sup>38</sup> F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Op. cit.*

<sup>39</sup> Code civil, art. 1842 - Code de commerce, art. L.210-6.

Les règles propres aux personnes physiques ne peuvent cependant être transposées sans adaptation aux personnes morales qui présentent des particularismes<sup>40</sup>. Leur capacité est en effet limitée. L'article 1145 du Code civil issu de la loi de ratification de la réforme des obligations du 20 avril 2018 traite spécifiquement de la capacité des personnes morales et en constitue ainsi le droit commun. Son alinéa second dispose que « La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles ». Dans sa version applicable au 10 février 2016 le même article disposait que la capacité des personnes morales est « limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leurs sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles ». Cette mention de l'utilité, ayant été vivement critiquée<sup>41</sup>, a été supprimée. Ce droit commun nouveau de la capacité est donc sans grande incidence ne faisant que renvoyer aux règles applicables à chaque forme de société.

Il est possible néanmoins d'y voir une consécration légale du principe de spécialité<sup>42</sup>. En inscrivant dans le Code civil que la capacité des sociétés est limitée aux règles qui leurs sont applicables, le législateur renvoie aux limites tenant à l'objet social des sociétés. Les personnes morales ne peuvent, en effet, participer à la vie juridique que dans la mesure de l'objet qui leur a été assigné<sup>43</sup> : Ce qu'on appelle le « principe de spécialité ». Ce principe, élaboré par la doctrine, est la résultante de la combinaison de certains textes. Notamment, les articles 1833, 1835 et 1844-7 du Code civil. La société doit avoir un objet social licite, son objet doit être inscrit dans ses statuts, et à défaut, la société prend fin par la réalisation ou la disparition de son objet. Il convient d'en tirer que l'existence de l'objet social constitue une condition d'existence de la société d'abord, et ensuite une condition de validité des actes qu'elle conclut.

S'est posée la question de savoir si ce principe de spécialité constitue une limitation de la capacité de jouissance des sociétés ou une simple limitation des pouvoirs des organes habilités à l'engager. Cette question qui peut paraître théorique, aura des incidences pratiques importantes sur le régime des sanctions applicables à certains actes, ce pourquoi il est indispensable de l'évoquer. D'éminents auteurs considèrent qu'en vertu du principe de spécialité, la personne morale ne dispose

---

<sup>40</sup> P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse, Nancy, 1950

<sup>41</sup> Voir not. DONDERO B, *Capacité et représentation des sociétés*, *Bull. Joly Sociétés* 2016, p. 510. Où L'auteur dénonce une « notion bien vague » et « difficile à circonscrire », qui ajouterait au critère du rattachement à l'objet social, la nécessité « de s'assurer » en plus de son utilité.

<sup>42</sup> En ce sens, WICKER G, *Personne morale*, Rép. civ., n° 75.

<sup>43</sup> SORTAIS J-P, *Rép. soc.*, Art. 2, *Principe de spécialité*.

que d'une « capacité de jouissance spéciale »<sup>44</sup>. Il convient de retenir cette analyse, le principe de spécialité vient limiter directement la capacité de jouissance de la société, son aptitude à être titulaire de droits, et ce doublement.

La capacité est enfermée d'abord dans les limites définies par le législateur, on parle de « spécialité légale ». Si le législateur octroie à la société la personnalité morale et partant la capacité juridique, il ne le fait que dans un but précis défini par l'article 1832 du Code civil, comme la recherche de bénéfices ou la réalisation d'économies pour ses associés. S'ajoute à cette limitation légale, une spécialité statutaire : « l'objet du contrat spécialise plus encore le groupement en définissant son périmètre économique »<sup>45</sup>. Dès lors les statuts de la société, en respectant la spécialité légale, précisent la mission qu'entend remplir la société.

Les textes du Code civil inclinent en faveur de la capacité de jouissance. A titre d'exemple, l'article 1849 dispose que « les dirigeants ne peuvent agir que dans la limite de l'objet social », ce principe général issu d'abord de l'article 1849 du Code civil est applicable à toutes les sociétés<sup>46</sup>. L'alinéa troisième ajoute que « Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers ». L'article mêle ici les deux questions de la capacité et du pouvoir. L'alinéa premier répond en somme à la question de savoir si l'objet social limite la capacité de la société. D'un autre côté, l'alinéa troisième conduit, lui, à se demander si les contrats passés par la personne morale pourraient être annulés pour défaut de pouvoir. Ainsi, le problème, premier, de la validité des actes dépassant l'objet social se pose principalement en termes de spécialité et de capacité<sup>47</sup>. Certains, pour considérer que le principe de spécialité n'est qu'une limitation aux pouvoirs des dirigeants d'engager la société invoquent sa sanction. Argument est pris de ce que, concernant les sociétés, la sanction édictée par la loi n'est pas la nullité, comme il est de coutume pour une incapacité de jouissance, mais une inopposabilité. En effet, dans les sociétés civiles (Code civil art. 1849, al. 1<sup>er</sup>) et les sociétés en nom collectif et en commandite simple (Code de commerce, art. L. 221-5, al. 1<sup>er</sup> et art. L. 222-2)

---

<sup>44</sup> En ce sens CATALA P. (sous la dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr., 2006, art. 1116-3 : « les personnes morales sont dotées d'une capacité de jouissance spéciale ». Voir également, REINHARD Y., Quels sont les points de convergence et de divergence entre la personne physique et la personne morale (aspects de droit des affaires) ? *Droit de la famille* n° 9, Septembre 2012, dossier 9.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> Code civil, art. 1849 pour les sociétés civiles - Code de commerce, art., L.221-5 pour les sociétés en nom collectif - Code de commerce, art. L.622-2 pour les sociétés en commandite simple, Code de commerce, art. L.223-18, pour les SARL - Code de commerce, art. L.225-35 et L.225-48, pour les SA avec conseil d'administration - Code de commerce, art. L.225-64 et L.225-66, pour les SA avec conseil d'administration - Code de commerce, art., L.227-6 pour les SAS - Code de commerce, art., L.226-7 pour les sociétés en commandite par actions.

<sup>47</sup> FAGES B. (sous la dir.), *Le Lamy Droit du contrat*, Collection Lamy Droit civil, Limitation de la capacité de jouissance par le principe de spécialité, §357, Wolters Kluwer, Juin 2019.

l'acte conclu en dehors de l'objet social est réputé inopposable à la société<sup>48</sup>. Pour les autres sociétés, celles-ci sont engagées même au-delà de leur objet (Code de commerce, art. L. 223-18, al. 5, pour les SARL et art. L. 225-35, al. 2, et L. 225-64, al. 2, pour les SA ; art. L. 226-7, al. 2, pour les sociétés en commandite par actions). Dans cette analyse, le principe de spécialité ne serait donc pas une véritable incapacité, tel qu'elle existerait pour les personnes physiques, ce pourquoi il faudrait y voir une simple limitation aux pouvoirs des dirigeants.

Cet argument nous semble devoir être réfuté. Le principe demeure que le principe de spécialité constitue une limite à la capacité de jouissance de la société, même si le législateur d'abord, ou la jurisprudence « soucieuse de la sécurité des transactions », ont en la matière par les aménagements de sa sanction, limité son efficacité<sup>49</sup>.

Néanmoins, les modalités d'application de ce principe diffèrent selon que la société est à risque limité ou à risque illimité.

## B. Les manifestations divergentes du principe

Le principe de spécialité n'a pas la même portée dans les sociétés à risque illimité (1) et dans les sociétés à risque limité (2). Il convient d'étudier brièvement sa teneur, puisqu'elle aura une incidence sur le régime de validité du cautionnement.

### 1. Dans les sociétés à risque illimité

« La règle de spécialité de l'objet social ne déploie donc son plein effet que pour les sociétés civiles et certaines formes de sociétés commerciales »<sup>50</sup>. Cela implique, que dans les sociétés de personnes (à l'exclusion de la SARL), la société ne peut être engagée par les actes de son dirigeant qui dépasseraient son objet social. L'article 1849 du Code civil répute ces actes inopposables à la société<sup>51</sup>. Ainsi pour qu'un acte juridique soit valable il faut qu'il « entre » dans l'objet social. Cette règle est de nature à protéger la société d'un éventuel dépassement de pouvoir de son dirigeant, qui ne lui est donc pas opposable.

---

<sup>48</sup> La formulation de ces articles le laisse à penser. Le Code ne dit pourtant pas expressément que l'acte est inopposable. D'ailleurs la jurisprudence hésite, par exemple un cautionnement conclu hors objet social sera nul.

<sup>49</sup> WICKER G, *Personne morale*, Rép. civ., n° 76.

<sup>50</sup> FAGES B. (sous la dir.), *Le Lamy Droit du contrat*, Wolters Kluwer, juin 2019 - Là encore, le texte ne parle pas d'inopposabilité, il semble qu'elle soit déduite du régime applicable aux sociétés de capitaux, qui lui, dit expressément que l'acte sera inopposable.

<sup>51</sup> C. com., art. L. 221-5, pour les SNC, auxquelles sont assimilées les SCS également.

Le verbe utilisé par l'article 1849 du Code civil ne permet cependant pas, à lui seul, de déterminer quel doit être le lien de l'acte avec l'objet social. Interprété à la lettre, l'acte devrait être expressément inclus, par une décision sociale, dans l'objet social statutaire (spécialité statutaire). Interprété largement un acte concourant à l'objet social légal, c'est-à-dire un acte participant à l'enrichissement de ses associés, pourrait être considéré comme entrant dans l'objet social (spécialité légale).

Le risque d'une interprétation stricte des textes, ne doit pas être minimisé. Précisément, en matière de cautionnement, une interprétation stricte du verbe « entrer » conduirait à devoir, pour la société inclure dans son objet social statutaire la possibilité pour elle d'octroyer des cautionnements (*infra* Part.1, chap. 1, Section 1, §2). Or une telle solution pourrait heurter de front le monopole bancaire. En effet, L'article L.511-5 du Code monétaire et financier interdit à toute personne n'ayant pas la qualité d'établissement de crédit d'effectuer à titre habituel des opérations de banque, ce qui inclut en vertu de l'article L.311-3 du même code, les opérations de crédit. Or constitue selon l'article L.313-13 du Code monétaire et financier une telle opération « un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie ». Ainsi un cautionnement, sous la réserve du moins qu'il soit consenti à titre habituel, tomberait sous le coup du monopole bancaire. Ainsi que le relèvent Anne-Sophie Barthez et Dimitri Houtchieff, « une société qui se porte caution méconnaît donc nécessairement son objet », puisqu'elle n'a pu « inscrire parmi ses activités la souscription de garanties »<sup>52</sup>. Ces auteurs empruntent donc une définition stricte de la locution « entrer dans l'objet social », selon eux, le cautionnement qui ne serait pas inscrit dans l'objet social statutaire n'entrerait pas dans son objet social.

Le principe de spécialité est donc de nature, dans les sociétés à risque illimité à restreindre de façon très importante la capacité de jouissance de la société et donc, en conséquence, le pouvoir des dirigeants d'octroyer des cautionnements. Ajoutons à cela que si le cautionnement est consenti par un dirigeant hors objet social, la conséquence sera pour le créancier de se retrouver sans garantie opposable, soit en pratique dépourvu de garantie tout court<sup>53</sup>. A ce niveau de l'étude s'il n'est pas nécessaire d'aller plus loin, mais il convient de signaler que ce risque de rigueur pour la société comme pour les créanciers sera à l'origine d'une appréciation plus lâche du principe de spécialité en la matière (*infra* Partie 1, chapitre 1, section 2).

---

<sup>52</sup> BARTHEZ A-S, HOUTCHIEFF D., *Traité de droit civil - Les sûretés personnelles* (coll. J. GHESTIN), L.G.D.J, 2013, §379

<sup>53</sup> *Ibid.*

## 2. Dans les sociétés à risque limité

Dans les sociétés à risque limité le régime est le parfait symétrique du précédent. Le principe est que l'acte qui n'entre pas dans l'objet social est valable, le dépassement de l'objet étant inopposable au tiers. L'exception est l'opposabilité du dépassement de l'objet social si la société parvient à prouver que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances<sup>54</sup>.

La loi du 24 juillet 1966, qui a créé le régime spécifique aujourd'hui applicable aux sociétés commerciales prévoyait une règle simple et absolue : la société est engagée même pour les actes accomplis par le gérant et n'entrant pas dans l'objet social<sup>55</sup>. Le texte disposait alors que « les dispositions des statuts limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers ». Il fallait en déduire que les limitations résultant du dépassement de l'objet social par un dirigeant ne pouvaient être opposées aux tiers. La règle sera cependant rénovée par l'ordonnance du 20 décembre 1969, transposant la directive européenne du 9 mars 1968 (68/151/CEE) applicable aux SA, aux sociétés en commandite par actions (SCA) et aux SARL. De la directive découlaient deux principes : le premier que, sauf exception, les pouvoirs de représentation ne sont pas limités par l'objet social ; le second que les limitations aux pouvoirs des organes de la société, qui résultent des statuts, sont en toute hypothèse, inopposables aux tiers, quand bien même elles seraient publiées. Ces principes sont à l'origine d'une formulation intangible depuis et applicable dans toutes les sociétés de capitaux<sup>56</sup> : « Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de 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, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ». Le législateur européen a, pour les sociétés commerciales, entendu protéger moins la société et ses associés et davantage le tiers cocontractant.

Cette règle d'airain posée, puis transposée, le principe de spécialité en est sorti largement tempéré. Dans ce type de société, la nécessité qu'un acte entre dans l'objet social, n'en est finalement

---

<sup>54</sup> Code de commerce, art. L.223-18 al. 5 pour les SARL; L.225-35 et L.225-64, pour les SA; L.227-6 pour les SAS

<sup>55</sup> Loi du 24 juillet 1966 - Pour les sociétés anonymes par exemple : Art. 98 : « Le conseil d'administration est investi des pouvoirs de gestion les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ; il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la loi aux assemblées d'actionnaires. Les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du conseil d'administration sont inopposables aux tiers ».

<sup>56</sup> Code de commerce : Pour la SNC, art. L. 221-5 [L. 24 juillet 1966, art. 14] ; pour les sociétés en commandites, L. 222-2 [L. 24 juillet 1966, art. 24] ; pour la SARL, art. L. 223-18 [L. 24 juillet 1966, art. 49] ; pour la SA à conseil d'administration, art. L. 225-35 [L. 24 juillet 1966, art. 98] ; pour la SA à directoire et conseil de surveillance L. 225-64, L. 225-66 [L. 24 juillet 1966, art. 124 et 126]. Depuis, le législateur a poursuivi cette politique pour la SAS, Code de commerce, art. L. 227-6 [L. 24 juillet 1966, art. 262-7].

plus une. Le dépassement de l'objet social est alors relégué aux relations internes entre associés et dirigeants, où il pourrait conduire à l'engagement de la responsabilité de ce dernier. L'objectif premier de protection de la société cède ici, et la règle entend davantage protéger le tiers cocontractant contre le risque de perdre l'engagement qui a été mis à jour précédemment.

La directive de 1968 est cependant moins stricte que la loi du 24 juillet 1966. Cette dernière avait évité de distinguer les tiers de bonne et mauvaise foi. Or il faut relever qu'une telle protection offerte aux tiers contractant avec les sociétés à risques limités, au détriment de ces sociétés, ne peut se justifier que pour le tiers de bonne foi. Ce pourquoi, la Directive européenne (Dir. n° 68/151, 9 mars 1968, art. 9-1), a conditionné cette protection à la bonne foi du tiers cocontractant, en réservant cependant la nullité.

La société est ici cependant d'autant moins protégée que la démonstration de la mauvaise foi du tiers, lui incombe et que la jurisprudence est sévère dans son appréciation<sup>57</sup>, le texte excluant lui-même que cette mauvaise foi soit constituée par la mention de l'objet social dans les statuts publiés.

Dans l'abstrait que donne ce principe de spécialité tempéré appliqué au cautionnement ? Le cautionnement en tant que contrat est normalement soumis au principe de spécialité et donc doit pour être valable entrer dans la capacité de jouissance de la société c'est-à-dire entrer dans son objet social, légal et statutaire. S'il n'entre pas dans l'objet social, dans ce type de société il n'en est pas moins opposable à la société qui devra donc honorer son engagement en cas de défaillance du débiteur principal, sauf, pour elle à prouver que le créancier était de mauvaise foi.

Il convient de lier les deux développements qui viennent d'être menés. Le régime de responsabilité des associés dans les sociétés à risque illimité est peu protecteur des associés, tandis que la responsabilité limitée crée elle un écran, protecteur des associés. Dans ces circonstances, une application différente du principe de spécialité dans les sociétés à risque limité n'étonne pas. En effet, la protection du tiers, par le principe de spécialité est corrélée à la (moindre) protection des associés dans ces sociétés. En d'autres termes, la responsabilité limitée des associés, et donc le risque pour les créanciers sociaux en cas de défaillance de la société, justifie une protection accrue de ceux-ci dans leurs relations avec la société (de capitaux), qui ne peut donc se défaire de son engagement en invoquant un dépassement de l'objet social.

---

<sup>57</sup> Pour un exemple récent voir Cass. com. 19 sept. 2018, n° 17-17.600 : Dans une SAS « La preuve du dépassement ne pouvant résulter du seul fait que l'administration fiscale aurait exigé que soit remis, lors de la signature de l'acte de cautionnement, le procès-verbal de l'assemblée générale de la société les autorisant son président à se rendre caution de la société ».

Il conviendra pour la suite de se souvenir de la *ratio legis* de ces règles : la législation volontairement distingue les régimes des sociétés de capitaux et des sociétés de personnes. Le législateur a choisi en conscience de protéger davantage les sociétés de personnes que les sociétés de capitaux. Même si les textes ne doivent être interprétés à la lumière de leur *ratio legis* que s'ils sont obscurs, celle-là permet d'orienter bien souvent les décisions jurisprudentielles. Cette différence dès l'origine dans le principe de spécialité sera au fondement des distinctions actuelles dans le régime de validité du cautionnement consenti par des sociétés de personnes ou par des sociétés de capitaux.

## **Section 2 - Les critères du contrôle**

Le contrôle des contrats conclus par les sociétés est donc soumis au contrôle de la conformité de celui-ci à l'objet social de la société, la teneur de ce contrôle étant par ailleurs liée à la nature de la responsabilité des associés. Il convient alors d'examiner comment ce contrôle, par l'objet social se manifeste spécifiquement en matière de cautionnement. Comme tout contrat, le contrat de cautionnement doit être soumis selon la forme sociale, aux variantes du principe de spécialité qui ont été évoquées.

La question des rapports entre l'objet social et le cautionnement n'est pas nouvelle. Ainsi que le relève le professeur Hovasse, « il n'y a pas lieu de s'en étonner », puisque « Toutes les personnes morales et, parmi elles, les sociétés, sont soumises à un principe de spécialité, dont l'objet social est l'expression »<sup>58</sup>. Il convient ici d'adopter une approche à la fois thématique et chronologique. Le principe veut que le cautionnement entre dans l'objet social (§1), la jurisprudence y apporte cependant des tempéraments et allège la rigueur de ce principe acceptant que, même en dehors de l'objet social, les cautionnements demeurent valables s'ils sont consentis à l'unanimité des associés ou s'il existe entre la caution et le débiteur principal une communauté d'intérêts (§2).

### **§1. Le principe : « L'entrée » du cautionnement dans l'objet social**

S'il est certain que le cautionnement doit « entrer » ou « relever » de l'objet social, selon les formules consacrées par le Code civil et le Code de commerce, reste à savoir ce que recouvrent ces locutions, il faut l'avouer mystérieuses. Il convient d'envisager ici, de façon classique, d'abord l'appréciation de l'objet légal (A), avant d'examiner l'objet statutaire (B).

---

<sup>58</sup> HOVASSE H., Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social, *Dr. et patr. avr.* 2001. 76.

## A. L'inclusion du cautionnement dans l'objet légal

Le premier obstacle que rencontre le contrat de cautionnement dans sa quête de validité est celui de l'objet social légal. Cela a été dit, la recherche d'un bénéfice ou du partage d'économie entre associés commande que les actes accomplis par la société soient orientés vers un intérêt. S'il n'est pas encore question de parler d'intérêt social, il faut comprendre que de manière négative, si l'intérêt que doit poursuivre la société n'est pas précisé, celle-ci ne peut accomplir d'actes désintéressés. Un arrêt ancien est topique de cette nécessité<sup>59</sup>. Une société mère avait constitué une SCI dont elle détenait les parts et assurait la gérance. Un prêt avait été conclu par la mère gérante pour le compte de la SCI filiale avec un établissement de crédit. Ce prêt était garanti par l'affectation hypothécaire de l'immeuble de la SCI filiale. Un différend mis à jour, la SCI a assigné l'établissement du crédit et la société mère en nullité du cautionnement réel (sûreté réelle pour autrui), et en mainlevée des inscriptions. En l'espèce, le cautionnement est annulé. L'attendu de la Cour de cassation doit retenir l'attention : la troisième chambre civile relève d'abord que « chacune des deux sociétés a conservé sa personnalité et que « ces circonstances n'autorisaient pas pour autant le gérant [de la filiale, donc la mère] en invoquant les statuts d'accroître de 200.000 francs le passif privilégié de cette société » avant d'ajouter que « en constituant la société la mondiale Paron [la filiale] caution hypothécaire pour une dette qui ne la concernait pas, elle a agi frauduleusement et contrairement aux intérêts de la société gérée ». La Cour de cassation caractérise ici la fraude du créancier et du gérant (la société mère) en constatant la connaissance de la situation financière de la société, mais surtout - c'est ce qui nous intéresse davantage pour l'instant - en constatant que la dette en garantie de laquelle le cautionnement avait été consenti, était une dette personnelle de la mère. En d'autres termes, la société caution n'avait aucun intérêt à consentir une telle garantie hypothécaire désintéressée. Dit encore autrement, et même si la Cour ne l'explique pas, un tel cautionnement contraire à l'intérêt de la société caution était contraire à son objet social légal, ce qui, en plus de la fraude, justifie la nullité.

Ici, la seule parenté mère-filiale n'avait pas suffi à retenir un intérêt patrimonial pour la société au sens de l'article 1832 du Code civil. Cependant avec un auteur, il faut reconnaître que « il n'y a nulle difficulté à admettre qu'une société mère cautionne les engagements d'une filiale ou l'inverse », notamment si la société mère « draine » des capitaux pour sa filiale<sup>60</sup>. La relation mère filiale doit constituer ici un indice de l'intérêt de la caution, mais ne peut de par sa seule constatation caractériser

---

<sup>59</sup> Cass., Civ 3, 22 mai 1975, 73-14.483

<sup>60</sup> HOVASSE H., Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social, *Dr. et patr.* avr. 2001. 76.

la conformité à l'objet social légal<sup>61</sup>. En règle générale l'existence de relations financières doit participer à la caractérisation de l'intérêt patrimonial de la caution, mais les seules qualités respectives du débiteur et de la caution ne suffisent pas. Ainsi a-t-il été jugé que « les qualités de bailleresse et de locataire des sociétés en cause ne leur conféraient pas nécessairement une identité d'intérêts »<sup>62</sup>.

De la même manière, la qualité d'associé du débiteur ne doit pas permettre de caractériser un intérêt pour la société caution. Dans les sociétés à risque limité de tels cautionnements sont tout bonnement interdits, mais, le raisonnement doit valoir pour les sociétés à risque illimité également<sup>63</sup>.

L'objet social légal est donc le premier maillon du contrôle de la validité du cautionnement consenti par une société, reste qu'il doit secondement aussi être conforme à l'objet statutaire de la société.

#### B. L'inclusion du cautionnement dans l'objet statutaire

Le cautionnement en plus d'entrer dans l'objet social légal, doit, « entrer » dans l'objet social statutaire. Il s'agit de l'activité que se propose d'accomplir la société. Il s'agit d'une limite aux pouvoirs des dirigeants sociaux puisqu'ils ne peuvent accomplir d'actes qu'en vue de la réalisation de l'objet statutaire<sup>64</sup>.

On l'a dit, le cautionnement selon certains ne pourrait être inclus dans l'objet social statutaire sous peine de constituer une violation du monopole bancaire<sup>65</sup>. Cette crainte peut néanmoins être tempérée puisque ne sont concernés par le monopole bancaire que les crédits consentis à titre onéreux et à titre « habituel ». D'ailleurs, si le cautionnement de la société doit être intéressé il n'en est pas moins gratuit le plus souvent. Or l'onérosité de l'article L.511-5 du Code monétaire et financier semble postuler que les deux parties soient tenues à une prestation. Au cas du cautionnement, la société caution s'engage à payer le créancier en cas de défaillance du débiteur, le contrat de cautionnement ne lie pas le débiteur et la caution, mais la caution et le créancier, il ne doit donc pas poser problème quant à la prohibition en ce sens. Au sein des groupes cependant, les cautionnements

---

<sup>61</sup> Cass., Civ. 1, du 15 mars 1988, 85-18.312 : C'est notamment la communauté d'intérêt qui aidera à manifester cet intérêt de la mère ou de la filiale.

<sup>62</sup> Cass. 3ème civ., 25 mars 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 635, note COURET A. Cet arrêt a pu cependant paraître isolé.

<sup>63</sup> Cass. com., 26 janv. 1983, *Bull. Joly* 1993, p. 482, note LE CANNU P.

<sup>64</sup> HOVASSE H., Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social, *Dr. et patr.* avr. 2001. 76.

<sup>65</sup> En ce sens, STORCK M. Validité d'un cautionnement souscrit par une SCI, *Revue Lamy Droit civil*, N° 47, 1er mars 2008.

sont souvent stipulés pour le débiteur moyennant une commission versée par ce dernier. Cette commission ne doit pas non être considérée comme une contre-prestation, équivalente au risque, assumée par la caution<sup>66</sup>. Concernant l'habitude, la prohibition ne devrait pas s'appliquer davantage. En effet, la Cour de cassation même si sa jurisprudence est singulière, considère avec constance que pour tomber sous le coup du monopole bancaire, les opérations de crédit doivent être consenties, plusieurs fois, mais en plus, à plusieurs personnes<sup>67</sup>. Souvent les cautionnements consentis par des sociétés sont épisodiques, mais surtout, ils sont consentis à la même personne (le plus souvent au dirigeant, ou encore à la filiale ou la mère).

Pour éviter ce risque malgré tout, un auteur préconise de modifier l'objet social spécialement afin d'y inclure le cautionnement qui sera sollicité par le créancier, ainsi ne pourrait en aucun cas être caractérisée l'habitude dans les statuts<sup>68</sup>.

Les statuts doivent donc pouvoir comporter des dispositions concernant les garanties personnelles. La jurisprudence les interprète néanmoins strictement<sup>69</sup>. Par exemple Il a été jugé que l'octroi d'un cautionnement réel n'entre pas dans l'objet social d'une SCI, dont l'objet est « l'acquisition, la propriété, l'administration, l'exploitation, la mise en valeur des droits immobiliers d'un appartement et de tous autres droits immobiliers et immeubles bâtis ou non bâtis, dont elle pourrait devenir propriétaire »<sup>70</sup>. De la même façon, une cour d'appel ne peut déclarer valable un cautionnement conclu par le président, mais qui relevait d'après les statuts du président d'une coopérative en invoquant le mandat apparent de ce dernier<sup>71</sup>. Surtout, il nous faut ici mentionner un arrêt important du 8 novembre 2007<sup>72</sup>, en ce qu'il donne des indications concernant l'objet social. Un cautionnement avait été conclu par une SCI pour garantir un prêt conclu pour les besoins de l'activité personnelle de son gérant. La société devenue défailante, le gérant invoquait la nullité du cautionnement conclu. La Cour d'appel avait rejeté cette demande en retenant que la SCI ne pouvait mettre en cause l'engagement consenti pour les besoins de l'activité commerciale personnelle de son gérant. La première remarque ici est qu'il est difficile de comprendre en quoi un tel engagement serait conforme à l'objet social légal, l'intérêt pour la SCI étant difficile à caractériser. Surtout, la première chambre civile annule le cautionnement et rappelle le principe : « le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il

---

<sup>66</sup> HOVASSE H, *Op. cit.*

<sup>67</sup> Cass. Crim. 2 mai 1994 n° 93-83.512 et Cass. 3 décembre 2000, Cass. Com. 28 mai 2002 n°00-16.857.

<sup>68</sup> JEANTIN M, ALFANDRI E., Limite des pouvoirs du gérant dans une société civile, RTD com. 1993. 333.

<sup>69</sup> AYNES L., DUPICHOT Ph., Droit et Patrimoine, N° 174, 1er octobre 2008, Novembre 2007-août 2008 : sécurité, efficacité.

<sup>70</sup> CA Colmar, 18 nov. 1987, D. 1989, somm., p. 293, obs. Aynès L.

<sup>71</sup> Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11.941.

<sup>72</sup> Cass., Civ.1, 8 novembre 2007, 04-17.893, Publié au bulletin.

entre directement dans son objet social ». La Cour ne rappelle que la lettre de l'article 1849 du Code civil. Mais elle y ajoute cependant un mot « directement ». La Cour d'appel aurait donc dû regarder si effectivement le cautionnement entrainait directement dans l'objet social de la SCI. Ce terme nous semble corroborer la possibilité pour une société d'inscrire dans son objet social l'octroi de garanties personnelles sans heurter le monopole bancaire (*a minima* cela permet d'inclure un cautionnement occasionnel comme le préconise le professeur Jeantin).

Notons bien que cette exigence pour le cautionnement de relever directement de l'objet social, est également nécessaire dans les sociétés de capitaux, même si elle ne constitue pas une condition de validité du cautionnement puisque le dépassement de l'acte ne permettra pas d'annuler le dit acte. (L'utilité du contrôle de l'objet social est donc particulièrement limitée, mais l'acte doit en principe pour autant y figurer, puisque si le tiers est de mauvaise foi, l'acte pourra être annulé)<sup>73</sup>.

Du reste, des quelques arrêts cités, il faut retenir une chose. La nécessité que le cautionnement entre dans l'objet social est, dans son principe, assez stricte, et la jurisprudence l'a appliqué comme tel. Ce nécessaire respect de l'objet social qui manifeste le principe de spécialité, et est le corollaire de la responsabilité des associés, pourrait avoir le travers de « faire fi des tiers, qui ignorant tout de la violation du principe de spécialité comptaient pourtant sur l'engagement de la société »<sup>74</sup>.

D'ailleurs dans les espèces citées, il faut bien voir qu'à chaque fois, la société entendait se défaire de son engagement : le même gérant qui avait trouvé utile de se faire cautionner son emprunt, trouvait embêtant de devoir l'honorer (via sa société civile) une fois sa défaillance avérée.

Ce pourquoi, dans un but de renforcement de la protection des cocontractants, mais aussi de la parole de la société, la jurisprudence a entrepris de tempérer la rigueur du principe de spécialité.

## **§2. Les assouplissements : Le rattachement indirect à l'objet social**

Deux voies ont été entreprises simultanément pour tempérer le risque de voir un cautionnement annulé, comme n'entrant pas dans l'objet social. Le professeur Hovasse a parfaitement synthétisé la critique de cette jurisprudence : « les associés apprécient leurs intérêts et sont maîtres de

---

<sup>73</sup> Cass. com. 19 sept. 2018 n° 17-17.600 F-D, Un cautionnement conclu par une SARL n'est pas annulé, mais était argué la nullité du cautionnement du fait de la mauvaise foi du créancier, ce faisant les juges du fond avaient dû opérer un contrôle de l'objet social - Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-16.013, *BJS* 2018 p. 412, note E. Schlumberger, cette fois, la connaissance de l'objet social par le créancier est caractérisée et le cautionnement est annulé. Si le cautionnement n'a pas dans les sociétés de capitaux à entrer dans l'objet social à peine de validité, le risque d'annulation n'est donc pas négligeable.

<sup>74</sup> BARTHEZ A-S., HOUTCHIEFF D., *Traité de droit civil - Les sûretés personnelles* (coll. J. GHESTIN), L.G.D.J., 2013, §379.

leurs droits dans la société, surtout si celle-ci fait place à une large liberté contractuelle »<sup>75</sup>. Le contrôle strict de l'objet social, avait mis au ban le caractère contractuel de la société et la liberté de gestion des dirigeants des affaires sociales. Il n'est pas étonnant que les deux tempéraments qu'a mis en place la jurisprudence empruntent à cette philosophie contractuelle. Ainsi, la décision d'octroyer une garantie personnelle à l'unanimité des associés suffit à la considérer conforme à l'objet social (A) dans les sociétés civiles, de même que l'existence d'une communauté d'intérêts entre la caution et le débiteur (B).

#### A. L'infléchissement légal dans les sociétés civiles : l'unanimité des associés

L'article 1852 du Code civil dispose que « Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés ». L'article 1844 du même Code ajoute que « Les décisions peuvent encore résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte. ». Le premier texte a trait au dépassement de pouvoir des dirigeants de sociétés civiles. En cela il n'est applicable qu'à ces sociétés - mais donc à la majeure partie du contentieux, qui concerne des sociétés civiles immobilières<sup>76</sup>. Il constitue un palliatif légal à la rigidité du principe de spécialité dans les sociétés de personnes. En effet, si tout acte doit être conforme à l'objet social, la volonté unanime des associés doit permettre de réputer un acte valable quoique non conforme à l'objet social. Cette règle peut paraître paradoxale, car le principe de spécialité s'il limite la capacité de jouissance a pour effet dans les sociétés à risque illimité de limiter également les pouvoirs des gérants. Or, ici, cette règle, qui ne permet que d'étendre les pouvoirs du gérant permet là aussi, de fait ; en faisant entrer un acte dans l'objet social, d'étendre la capacité de la société.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a appliqué depuis longtemps ces articles au cautionnement<sup>77</sup>. La chambre juge que le fait que le cautionnement soit contraire à l'objet social, voire à l'intérêt social, n'est pas une cause de nullité du cautionnement si celui-ci a été consenti à l'unanimité des associés.

---

<sup>75</sup> HOVASSE H., *Op. cit.*

<sup>76</sup> Une hésitation s'est faite jour concernant le cas des SNC. La Cour de cassation avait d'abord jugé que l'unanimité ne pouvait purger le vice consistant pour un cautionnement de ne pas entrer dans l'objet social (Cass., com., 26 janvier 1993, *Bull. Civ. 1993, IV, n°34*). Cette solution contraire à l'article L.221-6 du Code de commerce selon lequel « Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés », a cependant été abandonnée. La SNC suit donc le régime applicable aux sociétés civiles, l'unanimité permettant de valider un cautionnement consenti en dehors de l'objet social (Cass. com. 18 mars 2003 n° 00-20.041).

<sup>77</sup> Cass., Civ 3, 4 févr. 1971, *Bull. Civ III n°92*, puis Cass. civ. 3e, 1er déc. 1993, *Droit des sociétés*, juill. 1994, p. 12, note LE NABASQUE H.

Que penser juridiquement de cette solution ? On peut considérer que l'autorisation donnée par l'unanimité des associés « vaut extension provisoire de l'objet social »<sup>78</sup>, même si la disposition ne concerne que le pouvoir des gérants. Cependant, une telle solution laisse dubitatif le « juriste-théoricien »<sup>79</sup>. En effet, Elle constitue une limitation très importante du principe de spécialité. Il ne peut plus jouer son rôle protecteur des associés puisque l'acte est ici validé sans même que ne soit modifié l'objet social statutaire. L'unanimité laisse l'illusion d'une modification statutaire mais qui n'aura jamais eu lieu. Cette jurisprudence semble néanmoins justifiée par la finalité du principe de spécialité. Ce n'est que parce que les associés ont tous consenti au cautionnement que la protection que leur offrait le principe de spécialité doit céder. Or il n'est pas extravagant de penser que les associés sont les mieux à même de juger de leur intérêt ou de l'intérêt de leur société, notamment civile.

Même si juridiquement la solution pourrait être discutée, elle remplit parfaitement la volonté d'assouplissement de la rigueur de l'objet social évoquée. En effet, les sociétés civiles le plus souvent comportant un nombre réduit d'associés, l'unanimité ne sera pas difficile à obtenir. D'ailleurs les incertitudes quant à l'inclusion ou non du cautionnement dans l'objet social de la société seront évitées (notamment donc, l'intérêt patrimonial et les pouvoirs du gérant de consentir une telle garantie). En la forme, cette solution est également souple, puisque la décision peut résulter du consentement de tous les associés exprimée directement dans le contrat de cautionnement.

La jurisprudence se montre par ailleurs particulièrement (trop ?) clémente. Par exemple a été cassée pour manque de base légale une décision qui avait déclaré nul un engagement de caution donné par une SCI hors son objet social. Ce dernier avait en effet été autorisé postérieurement à la date de l'acte lui-même aux termes d'un procès-verbal irrégulier. La cour de cassation censure cette analyse, indiquant qu'il fallait rechercher si, en signant l'engagement de caution, les deux associés de la SCI n'avaient pas donné leur consentement à cet acte<sup>80</sup>. Ce faisant la troisième chambre civile laisse entendre que ce consentement unanime peut même être tacite, ou ici dépasser la conscience des associés de l'avoir donné unanimement. Il s'agit donc là d'un tempérament majeur au principe de spécialité.

---

<sup>78</sup> JEANTIN M., Cautionnement consenti par une société civile au profit d'une société commerciale, RTD Com. 1995 p.149.

<sup>79</sup> En ce sens JEANTIN M., ALFANDRI E., Limite des pouvoirs du gérant dans une société civile, RTD com. 1993. 333.

<sup>80</sup> Cass. 3e civ., 25 sept. 2002, n° 00-22.362.

C'est peut-être ce pourquoi la chambre commerciale a été réticente à admettre l'unanimité pour compenser le dépassement de l'objet social<sup>81</sup>. La même chambre a même prévu un garde-fou : en présence d'une collusion frauduleuse entre le créancier, le cautionnement, même donné à l'unanimité des associés, peut être annulé<sup>82</sup>. Cette méfiance n'est pas anodine, l'unanimité est bien facile à réunir, et donc le contrôle par l'objet social alors potentiellement inopérant.

Le tempérament légal est donc particulièrement important dans les sociétés civiles. Pour le reste des sociétés, la jurisprudence a d'elle-même créé un tempérament prétorien via la notion de communauté d'intérêts entre la caution et le débiteur.

#### B. L'infléchissement prétorien dans toutes les sociétés : la communauté d'intérêts

L'hypothèse d'unanimité doit normalement être cantonnée aux sociétés civiles auxquelles s'applique seul l'article 1852 du Code civil. En dehors de ces cas, le principe de spécialité devrait donc s'appliquer de manière stricte<sup>83</sup>. Dans sa volonté de libéralisation, la Cour de cassation a donc - et c'est une création prétorienne - prévu une « échappatoire » : la « communauté d'intérêts »<sup>84</sup>.

La communauté d'intérêt n'est pas définie par la Cour de cassation, mais il s'agit pour elle de permettre à la société un rattachement indirect du cautionnement à l'objet social. Cette notion est apparue en jurisprudence dans un arrêt Volvo France. Une SCI avait cautionné l'emprunt contracté par une SA sans qu'il n'ait été autorisé par une décision de l'assemblée. Le capital de la SCI était détenu à 90% par son gérant, également dirigeant de la SA, le reste des parts étant détenu par la soeur de ce dernier. Après la faillite de la SA concessionnaire, la SCI a été appelé pour honorer sa garantie. La Cour de cassation approuve la cour d'appel qui, « par une interprétation nécessaire des statuts, exclusive de la dénaturation alléguée, a estimé que le cautionnement souscrit se rattachait

---

<sup>81</sup> Ce qu'elle admettra pourtant : Cass. com., 28 mars 2000, n° 96-19.260.

<sup>82</sup> Cass. com., 14 déc. 1999, n° 97-15.554, Dr. sociétés 2000, comm. 51, obs. Bonneau Th. En l'espèce le gérant d'une SCI avait fait cautionner ses dettes personnelles par la SCI qu'il gérait. Ce gérant et son épouse disposant de la totalité des parts de SCI, le cautionnement avait été donné à l'unanimité. Or à la conclusion du contrat, le gérant était largement défaillant et ne remboursait déjà plus les échéances du prêt, « il était donc quasiment certain dès ce jour, que la garantie des cautions serait amenée à jouer, ce qui établit la collusion frauduleuse entre la banque et le débiteur pour opérer un transfert des charges de l'emprunt sur les sociétés civiles ». La SCI était ici instrumentalisée par son dirigeant.

<sup>83</sup> Il faut relever tout de même que pour sécuriser les transactions, les cautionnements sont consentis unanimement même dans les sociétés à risque limité. Voir not. Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28.504, n° 429 P + B pour une SARL. Cependant l'unanimité ne devrait pas être examinée, ainsi une Cour d'appel ne donne pour alternative pour la validité d'un cautionnement que l'entrée directe dans l'objet social ou la communauté d'intérêts (dans une SAS) : CA Versailles, 12 janvier 2016, RG n°14/02657, RTD Com. 2016 p.143 obs. B. Dondero. La pratique est cependant bien établie, mais lorsque dans une société de capitaux, l'unanimité a été remplie, la Cour de cassation ne s'y réfère pas pour caractériser le critère de l'objet social rempli. V. Not. Cass., com., 14 février 2018, 16-16.013, note E. Schlumberger, déjà citée.

<sup>84</sup> BARTHEZ A-S, HOUTCHIEFF D., *Traité de droit civil - Les sûretés personnelles* (coll. J. GHESTIN), L.G.D.J., 2013, §379.

indirectement à l'objet social de la société civile immobilière en raison de la communauté d'intérêts unissant cette société à la société débitrice principale »<sup>85</sup>.

L'arrêt se fonde sur la notion d'objet social. Un auteur s'en étonne remarquant que le fondement de l'intérêt social aurait été plus attendu<sup>86</sup>. Sans présumer de ce que constitue cet intérêt social, l'affirmation est ici à discuter. En effet, il faut se rappeler que l'objet social inclut l'objet social légal, qui est précisément la recherche d'un intérêt pour la société. Or cette communauté d'intérêt que recherche la Cour de cassation relève bien de l'intérêt patrimonial, puisqu'ici le cautionnement est validé du fait, notamment de la situation de preneuse à bail de la SA (qui versait donc à la SCI caution un loyer), et des liens capitalistiques unissant les deux sociétés. La communauté d'intérêts constituée, ainsi, non pas une exception au principe de spécialité, mais un tempérament au rattachement normalement direct à l'objet social. Cette communauté d'intérêt caractérisée, le cautionnement doit être réputé valable<sup>87</sup>.

Différents arrêts permettent de mettre à jour certains critères de cette communauté : notamment un contrat de bail dont la société caution tire ses revenus, l'identité d'associés entre les deux sociétés, et leur appartenance à la même famille<sup>88</sup>. Le lien capitalistique pourrait aussi jouer, mais, peut-être cela créerait-il aussi un effet de seuil qui n'est pas souhaitable (par exemple dans l'affaire Volvo, peut-être qu'un capital inférieur à 90% aurait été un indice pour écarter la communauté d'intérêt).

Un arrêt récent permet de faire ici le point<sup>89</sup>. Une SAS, s'était engagée pour son fournisseur à garantir les obligations d'une société de son groupe par un cautionnement auquel s'ajoutait un engagement de cession de créances à première demande. Conformément aux stipulations du contrat, la caution a été appelée à payer une certaine somme au titre de la cession de créances. La caution ayant été placée en liquidation judiciaire, les organes de la procédure ont obtenu l'annulation du contrat de cautionnement et, corrélativement de la cession de créance. La Cour d'appel a confirmé l'annulation du cautionnement et est suivie par la Cour de cassation. Il faut remarquer la motivation de la Cour d'appel. Elle a apprécié l'engagement de la SAS au regard de son intérêt social (sur ce fondement voir *infra* Partie 1, chapitre 2). Mais ce faisant, elle a jugé qu'il existait un intérêt commun

---

<sup>85</sup> Cass., Civ 1, 15 mars 1988, n° 85-18.312, Bull. civ. I, n° 75, Defrénois 1988, art. 34275, p. 850, note L. Aynès

<sup>86</sup> GARÇON J-P., La validation atypique du cautionnement non directement conforme à l'objet social, JCP éd. N 2000, p. 1404.

<sup>87</sup> Cass. Civ 1, 1er février 2000, *Bull. Civ I*, n°34.

<sup>88</sup> Cass., Civ 1, 1er févr. 2000: Bull. civ. I, n° 34; Bull. Joly 2000, § 105, note A. COURET ; Rev. Sociétés 2000, p. 301, note Y. GUYON et Cass., com., 28 mars 2000 : Bull. civ. IV, n° 69 ; Bull. Joly 2000, § 106, note A. COURET.

<sup>89</sup> Cass. Com., 14 février 2018, 16-16.013.

entre la garante et la société débitrice, qui était son associé unique, à ce que les approvisionnements par le fournisseur se poursuivent (on retrouve le lien capitalistique). Le pourvoi critiquait que la nullité ait été fondée sur la contrariété à l'intérêt social dans une société par action. La Cour de cassation, elle, semble se fonder uniquement sur l'objet social et la communauté d'intérêt. La Cour de cassation paraît valider la Cour d'appel d'avoir caractérisé un intérêt commun : « les sociétés Iso Plas et Iso Sud étaient liées, au sein du groupe dont elles faisaient partie, par un *intérêt commun* à voir se poursuivre les approvisionnements, par la société Deceuninck, de la société Iso Plas, permettant ainsi à celle-ci de poursuivre sa production conditionnant l'activité de vente de la société Iso Sud », pour autant, « l'intérêt commun des deux sociétés au maintien des approvisionnements de la société Deceuninck en faveur de la société Iso Plas n'avait pas fait entrer le cautionnement litigieux dans l'objet social de la société Iso Sud ». Le cautionnement est ainsi annulé, le tiers ayant été reconnu de mauvaise foi, du fait de sa connaissance du dépassement de l'objet social (article L.227-6 Code de commerce). Plusieurs remarques doivent ici être formulées :

- La communauté d'intérêt est ici caractérisée par un faisceau d'indices : l'appartenance de la caution et du débiteur à un même groupe, et le fait que la caution tire ses revenus des relations entre le débiteur et son créancier (le fournisseur ici). La situation est donc proche de celle du bailleur et du locataire assez classique en matière de SCI.
- Surtout, dans cet arrêt - que la doctrine reconnaît volontiers confus<sup>90</sup> - la Cour même si la communauté d'intérêt est caractérisée, considère que le cautionnement n'est pas inclus dans l'objet social et que du fait de la connaissance par le tiers du dépassement, il doit être annulé. Cela va à rebours de tout ce qui a été dit jusque-là. Même dans une société à risque limité le cautionnement se doit d'entrer dans l'objet social. Certes la nullité là nécessite la connaissance du tiers du dépassement. Mais en suivant sa jurisprudence la Cour de cassation aurait dû considérer que la communauté d'intérêt (qu'elle caractérise) suffit à considérer que le cautionnement relève de l'objet social.
- Cet arrêt pourrait être de nature, interprété strictement, à remettre en cause la construction ici étudiée, à savoir supprimer la communauté d'intérêts comme palliatif à l'absence de conformité directe à l'objet social. Ce n'est pourtant pas certain, puisque comme l'ont relevé des auteurs<sup>91</sup>, le fond de la justification pourrait être la non-conformité à l'*intérêt* social. Du reste cet arrêt devrait être limité *a minima* aux sociétés de capitaux, et *a maxima* aux SAS. Le critère de la communauté

---

<sup>90</sup> E. SCHLUMBERGER, Invalidité d'un cautionnement intragroupe pour dépassement de l'objet social... ou contrariété à l'intérêt social ? *BJS* juill. 2018, n° 7-8, p. 412.

<sup>91</sup> *Ibid.* Et ROUSILLE M., Garantie consentie par une société commerciale : le dépassement de l'objet social est source de nullité, si le tiers en avait connaissance, *Gazette du Palais* - n°23 - page 82.

d'intérêts devrait donc demeurer pour caractériser l'entrée dans l'objet social du cautionnement dans les sociétés de personnes.

En tout état de cause, il est certain que l'arrêt du 14 février 2018 témoigne de la perméabilité de la notion de communauté d'intérêts avec celle d'intérêt social, ainsi que de sa souplesse. Remplir ce critère paraît simple puisqu'ici le lien capitalistique et l'existence d'un groupe sont prépondérants. Dans un groupe avec une SARL, une SAS, ou une SCI, des montages dans lesquels la caution tire ses revenus des relations entre sa sœur et le créancier/fournisseur est d'ailleurs particulièrement fréquent<sup>92</sup>. Ce critère de la communauté d'intérêts est donc tout à la fois particulièrement, flou, distendu, mais aussi, en pratique, assez simple à caractériser au vu du dernier arrêt de la Cour de cassation. Ceci laisse dire au professeur Viandier que « la notion de communauté d'intérêts, outre qu'elle va au-delà des prescriptions du code civil, est d'une ductilité telle que cela devrait en déconseiller l'emploi ».

Le critère de l'unanimité des associés est tout aussi simple à remplir. En effet le plus souvent, lorsqu'une société civile immobilière se porte caution, il s'agit, soit, d'une société de gestion, soit d'une SCI familiale. Or dans les deux cas, cette société n'aura que très peu d'associés (une société mère et une sœur, par exemple, ou encore deux époux, dont l'un sera gérant).

La chambre commerciale ne s'y est pas trompée et une a ouvert une voie de contestation du cautionnement, même donné à l'unanimité des associés : le cas où celui-ci ne serait pas conforme à l'intérêt social. Dans un arrêt du 18 mars 2003<sup>93</sup> elle a ainsi jugé que « les cautionnements avaient été donnés avec l'accord unanime de tous les associés lors d'une assemblée générale extraordinaire et dès lors qu'il n'était pas allégué que ces garanties étaient contraires à l'intérêt social, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ». A contrario, il fallait donc penser qu'une contestation relevant de l'intérêt social pouvait permettre d'annuler un cautionnement. L'unanimité des associés ne créerait alors qu'une présomption de conformité du cautionnement à l'intérêt social. Remarquons dès maintenant le paradoxe de cette construction. L'unanimité des associés, qui constitue pourtant une « modification implicite des statuts » et donc de l'objet social, permet de présumer qu'un acte est conforme à l'intérêt social, et que cet acte est valable, alors que la

---

<sup>92</sup> Par exemple, Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-11.163, où il est jugé que « le gérant de la SCI, M. X..., était aussi le président-directeur général de la société DEF, et que non seulement celui-ci, mais également sa mère et sa sœur, étaient associées de la SCI ; qu'en l'état de ces constatations, et abstraction faite des motifs surabondants critiqués par la première branche, la cour d'appel a exactement décidé qu'il existait une communauté d'intérêts entre cette société et la société cautionnée, qui rendait valable le cautionnement litigieux ».

<sup>93</sup> Cass. com., 18 mars 2003, n° 00-20.041.

seule condition de validité légale des cautionnements est la conformité à l'objet social. L'objet social fait donc présumer l'intérêt social. Ce faisant l'intérêt social constituerait une condition de validité du cautionnement que la conformité à l'objet social ne ferait que présumer.

Cette jurisprudence encore isolée, a cependant fait des petits. En effet l'intérêt social est aujourd'hui - au moins dans les sociétés à risque illimité - le critère de validité prépondérant du cautionnement. La condition mécanique de l'unanimité est d'ailleurs largement inopérante (en pratique il est systématiquement rempli, ce qui n'empêche aucunement l'annulation des cautionnements). Cela est finalement la résultante d'un mouvement. En synthétisant ce qui a été dit jusqu'à présent, le premier mouvement a été la rigueur : l'objet social au sens strict, puis, les assouplissements, à travers l'unanimité et la communauté d'intérêts. Mais ces assouplissements ont finalement rendu le contrôle largement restreint du fait de la facilité pour les sociétés à remplir ces critères. En conséquence, le contrôle du cautionnement et donc partant, la protection des associés - son but premier – se sont vus réduits drastiquement. Ce pourquoi le troisième mouvement est à nouveau au durcissement, ce qu'illustre le contrôle de l'intérêt social.

Avec les assouplissements que sont l'unanimité des associés et la communauté d'intérêts, la jurisprudence avait voulu favoriser l'idée selon laquelle « les associés apprécient leurs intérêts et sont maîtres de leurs droits dans la société »<sup>94</sup>. Ce libéralisme dans le contrôle des cautionnements s'est montré insuffisant. L'objectif du contrôle des cautionnements à l'objet social doit toujours être gardé en tête, il s'agit de prémunir les associés contre les risques que présentent pour eux, mais surtout la société, les cautionnements potentiellement désintéressés. Or par le truchement de la communauté d'intérêts et de l'unanimité, ces risques se sont trouvés multipliés. En somme, la jurisprudence, par rapport à l'objectif originel du principe de spécialité s'est montrée par trop clémente. Cela explique que la Cour ait cherché un autre fondement pour apprécier la validité du cautionnement consenti par une société, plus strict. Il aurait été possible de revenir à un contrôle de l'objet social sans ses assouplissements. Ce n'a pas été le cas. Comme dans l'arrêt précité du 18 mars 2003, c'est l'intérêt social qui va être utilisé pour apprécier plus strictement la validité des cautionnements. La démarche est claire, par un jeu de vase communicant, et s'il fallait reprendre l'expression du professeur Hovasse, les associés apprécieront moins leurs intérêts et seront moins maîtres de leurs droits dans la société, cette appréciation étant reportée alors *ex post* sur un juge contentieux. Ce contrôle par l'intérêt social a créé un très important contentieux et surtout soulève d'innombrables questions. La plus importante est naturellement de savoir ce que recouvre l'intérêt social en la matière, son contenu (Section 2), mais tout aussi épineuse est la question de savoir comment il s'articule avec la construction étudiée concernant l'objet social (Section 1).

### **Section 1 - L'articulation de l'intérêt social et de l'objet social**

Il est impératif de déterminer les liens qu'entretiennent l'objet et l'intérêt social dans le contrôle des cautionnements. Pour les déterminer, il convient d'observer dans quel contexte particulier le critère de l'intérêt social est utilisé (§1), car celui-ci ne l'est que lorsque le contrôle de l'objet social est effectivement rendu inopérant. Par ailleurs se pose la question de l'éventuelle hiérarchie de ces deux critères de contrôle (§2). Enfin, devra être porté un regard attentif sur l'exclusion spécifique du critère de l'intérêt social dans les sociétés à risque limité (§3).

---

<sup>94</sup> HOVASSE H., *Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social*, Dr. et patr. avr. 2001. 76.

## **§1. Le contexte d'utilisation de l'intérêt social : les conflits d'intérêts**

Avant de s'intéresser au contenu de l'intérêt social, il faut expliciter les conditions dans lesquelles la jurisprudence y a recours. En effet, l'utilisation de l'intérêt social, si elle n'est pas conditionnée à des circonstances spécifiques semble être au moins réservée à des cas particuliers, notamment dans lesquels le contrôle par l'objet social est inopérant. Les conflits d'intérêts sont ainsi une terre d'élection du contrôle de l'intérêt social. Le droit des sociétés a toujours été vigilant quant aux éventuels conflits d'intérêts qui pourraient exister au sein d'une société. Ainsi certaines conventions entre certaines sociétés et par exemple un de ses associés peuvent ainsi être réglementées, tout comme l'octroi d'une rémunération à un dirigeant. Au cas particulier du consentent consenti par la société, de tels conflits peuvent se révéler également. La preuve la plus évidente est la réglementation spécifique dans certaines sociétés de capitaux des cautionnements consentis aux associés ou dirigeants. Ceux-ci sont tout simplement interdits comme constituant conventions interdites<sup>95</sup>. Dans les sociétés de personnes, et notamment les sociétés civiles, il n'existe aucune interdiction de ce type. L'intérêt social constitue ainsi un palliatif à ce manque, que n'a donc pas pu constituer l'objet social. Si l'idée n'est pas d'interdire ces engagements, il faut vérifier que ceux-ci servent bien l'intérêt social. L'enjeu ici n'est pas de dresser une liste d'arrêts, mais de remarquer la récurrence de deux situations : d'abord le cas des cautionnements intergroupes (§1) ensuite, le cautionnement par la société de son associé gérant (§2).

### A. Le cautionnement intragroupe

Un arrêt du 13 novembre 2007<sup>96</sup> retiendra particulièrement l'attention pour présenter parfaitement le montage qui occupe bien souvent l'intérêt social. En l'espèce, une banque avait consenti à une société un prêt destiné à lui permettre de prendre le contrôle d'une autre société, devenant sa filiale. Celle-ci consentait alors une sûreté réelle pour autrui, en garantie du prêt consenti à sa mère. La filiale ayant été placée en redressement judiciaire puis en liquidation, la banque déclara sa créance privilégiée. Le juge commissaire avait cependant considéré que le cautionnement était nul comme contraire à l'intérêt social de la filiale. La Cour de cassation juge effectivement que la garantie en l'espèce était contraire à l'intérêt social.

---

<sup>95</sup> Par exemple dans les sociétés anonymes L.225-42 interdit aux associés de se faire cautionner ou avaliser leurs engagements.

<sup>96</sup> Cass., Com., 13 nov. 2007, pourvoi n° 06-15.826, RTD Com. 2008 p.354 obs. C. CHAMPAUD, Dr. sociétés févr. 2008, n° 32, p. 28, note Hovasse.

En l'espèce, la filiale garantissait le prêt de la mère, les deux étant deux entités d'un même groupe. Pour apprécier la validité de cette garantie, il aurait s'agit alors, à défaut de précision concernant l'objet social de regarder s'il existe entre la caution et le débiteur une communauté d'intérêt dont les liens capitaux peuvent constituer un indice, mais pas la caractériser, seuls. L'intérêt de la mère est ici évident, mais quel était celui de la filiale caution ? Le pourvoi essayait de démontrer que l'opération était inscrite dans une politique commune de groupe, il relevait que : « Le prêt consenti à l'une et cautionné par l'autre avait été accordé par la banque après une étude globale de la situation économique et financière du groupe, ce dont il résultait qu'il existait entre les deux sociétés une communauté d'intérêts ». Certes, le créancier avait étudié la situation du groupe, mais seulement sa situation patrimoniale et non l'existence d'une unité de direction. Ainsi que l'explique Claude Champaud, « Le montage imaginé et mis en œuvre par le cessionnaire du contrôle et la banque finançant l'opération revenait à permettre à un acquéreur incapable de fournir une garantie sur son propre patrimoine de réaliser l'opération en s'appuyant sur l'actif immobilier de la société convoitée »<sup>97</sup>. Selon l'auteur il serait exagéré d'en déduire une communauté d'intérêts. Mais il faut bien voir ici que le fondement de la nullité est l'intérêt social, preuve de l'insuffisance, et de l'inconsistance précise de la communauté d'intérêts.

Surtout, il existe effectivement un conflit d'intérêts. En effet, la SCI est ici instrumentalisée par son actionnaire devenu majoritaire, puisque celle-ci consent la garantie uniquement dans l'intérêt de celui-ci. Sans cette garantie, le prêt n'aurait sans doute pas été accordé par la banque. En cela on comprend que l'intérêt social est utilisé pour venir au secours de la société, comme pour faire respecter l'autonomie patrimoniale de la société et l'autonomie de sa personne morale, l'intérêt social devant se comprendre ici comme l'intérêt de la personne juridique distincte des associés de la société caution.

Cet exemple est loin d'être isolé, et de tels montages se rencontrent en pratique souvent, avec des SCI toujours<sup>98</sup>, des SARL<sup>99</sup>, ou encore des SAS<sup>100</sup>.

Les cautionnements intergroupes sont ainsi une terre d'élection de l'intérêt social. Il y en a une autre.

---

<sup>97</sup> CHAMPAUD C., DANET D, Groupe de sociétés. Cession de contrôle. Cautionnement de la société mère par la filiale, *RTD Com.* 2008 p.354.

<sup>98</sup> Cass. com., 10 févr. 2015, n° 14-11.760.

<sup>99</sup> Cass. com., 12 mai 2015, n°s 13-28.504 et 14-11.028 où une SARL avait consenti une sûreté réelle pour autrui à une banque pour garantir le remboursement du prêt consenti par cette dernière à la société mère du groupe.

<sup>100</sup> Cass. Com., 14 février 2018, 16-16.013.

## B. Le cautionnement consenti en garantie de la dette du dirigeant

Il ne s'agit pas, là non plus, de dresser une liste d'arrêts, mais simplement de témoigner d'une situation récurrente. Dans cette optique, l'étude d'un arrêt<sup>101</sup> paraît parfaitement adéquat. Le gérant d'une société civile s'était fait consentir un prêt par un établissement de crédit pour les besoins d'une activité commerciale qu'il exerçait à titre personnel. La société civile avait garanti cette dette personnelle de son gérant-associé en constituant une sûreté réelle pour autrui sur le seul immeuble de son patrimoine. Or un peu avant ces événements, l'objet social avait été modifié pour inclure la faculté pour la société « de se porter caution solidaire en faveur d'un associé et de conférer toutes garanties sur les immeubles sociaux ». Le gérant-débiteur principal défaillant, la banque exerce son droit sur l'immeuble donné en garantie et en entreprend la saisie. La société civile classiquement contestait donc la validité de son cautionnement en invoquant la nullité. Le cautionnement sera annulé, jugé contraire à l'intérêt social.

Le conflit d'intérêt saute ici aux yeux. Comme dans le cas des cautionnements intragroupes, ici les intérêts du gérant débiteur et de la société caution sont divergents. Or ici le gérant ne s'était soucié que de son intérêt personnel, puisqu'ainsi que le souligne justement un auteur, « le cautionnement de la société visait ici à garantir la dette personnelle d'un associé »<sup>102</sup>.

Cette situation est en pratique la plus fréquente. Ainsi le célèbre arrêt du 8 novembre 2007 de la première chambre civile - qui sera étudié en détail ultérieurement - a été rendu dans une telle situation, de garantie consentie par un gérant en garantie de sa dette personnelle.

A noter que si dans le cas des cautionnements intragroupes, le recours à l'intérêt social permettait d'éviter que ne soit caractérisée une communauté d'intérêts trop facilement ; cette fois, le recours par l'intérêt social permet d'éviter que la condition d'unanimité ne soit remplie trop facilement. Par exemple dans des arrêts du 12 septembre 2012<sup>103</sup>, et du 23 septembre 2014<sup>104</sup>, les statuts avaient été spécialement modifiés pour y faire entrer l'octroi de cautionnement.

Cette inclusion mécanique et récurrente du cautionnement dans les statuts pour s'assurer de sa validité et donc pour assurer au créancier une sécurité accrue, n'est pas un hasard. Cela est la

---

<sup>101</sup> Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347, obs. ANSAULT J.-J., *Revue Lamy Droit civil*, N° 120, 1er novembre 2014

<sup>102</sup> ANSAULT J.-J., La protection de la société caution assurée par le truchement de l'intérêt social, *Revue Lamy Droit civil*, N° 120, 1er novembre 2014.

<sup>103</sup> Cass. Civ 3, 12 sept. 2012, n° 11-17.948.

<sup>104</sup> Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347, obs. ANSAULT J.-J., déjà cité.

conséquence d'un arrêt qu'avait rendu l'a première chambre civile de la Cour de cassation<sup>105</sup>. Dans un attendu succinct et singulier, elle avait entendu résumer les conditions de validité du cautionnement consenti par une société, rien d'étonnant au vu de ce qui a été dit : « 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 ». Cet arrêt avait semblé être un coup d'arrêt au contentieux en la matière, comme le résumait Renaud Mortier, « Toutes les conditions sont réunies pour que le contentieux se tarisse : jurisprudence constante, nourrie et non ambiguë »<sup>106</sup>.

L'avenir lui donnera pourtant tort, l'énumération de la Cour de cassation, si elle demeure en partie valable connaît une nouvelle inconnue, l'intérêt social. La question reste de savoir si une hiérarchie doit s'établir entre les critères de l'objet et de l'intérêt social, et si oui laquelle.

## **§2. La hiérarchie entre l'intérêt social et l'objet social**

Puisque le critère de l'intérêt social est chronologiquement plus récent que les critères de l'objet social et ses ersatz, il est impératif de se demander comment ces deux critères doivent s'articuler. Autrement dit, la question est de savoir si un cautionnement valable comme conforme à l'objet social peut néanmoins être annulé s'il n'est pas conforme à l'intérêt social. A cette question la jurisprudence semble aujourd'hui répondre par l'affirmative, l'intérêt social semble donc être un critère de validité cumulatif au contrôle de l'objet social (A), il ne doit pas pour autant être considéré comme un critère alternatif autonome (B), la conformité à l'objet social devant demeurer nécessaire.

### **A. Un critère cumulatif**

Si la tendance semble être à voir dans l'intérêt et l'objet social, deux critères de validité cumulatifs, il existe une divergence entre la chambre commerciale et la troisième chambre civile (1) et la première chambre civile (2).

---

<sup>105</sup> Cass., com., Civ 1., 8 novembre 2007, 04-17.893.

<sup>106</sup> MORTIER R., Rappel des conditions de validité du cautionnement hypothécaire donné par une société, *Droit des sociétés* n° 2, Février 2008, comm. 26.

## 1. La position de la chambre commerciale et de la troisième chambre civile

Le critère de l'intérêt social est apparu au moins implicitement concernant les gardes-fous de la communauté d'intérêts au début des années 2000<sup>107</sup> (*supra* Partie 1, chapitre 1, Section 2). Deux arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 juin 2006<sup>108</sup> et 8 novembre 2011 ont constitué un tournant. Dans le premier, la Cour pour valider un cautionnement émis par une SCI explique « la SCI avait donné, à l'unanimité, par délibération de l'assemblée générale le 20 novembre 1996, tous pouvoirs à son gérant pour accorder son cautionnement hypothécaire, que les deux sociétés avaient les mêmes associés et des intérêts communs et que la contrariété à l'intérêt social de la SCI de l'engagement souscrit n'était pas démontrée ». Ainsi la Cour de cassation, si elle n'invalidait ici pas l'acte, posait une alternative semble-t-il entre d'une part l'objet social (y incluant l'unanimité et la communauté d'intérêts), et d'autre part, l'intérêt social, l'acte semblant valable à condition de se conformer à ce triple test.

Surtout, dans le second arrêt, une banque avait consenti un prêt à une société, qui avait été garanti par un cautionnement hypothécaire consenti par une SCI (une fois de plus). La société contestait alors la validité de son engagement arguant de sa contrariété à l'intérêt social. L'attendu de la chambre commerciale doit être reproduit tel quel : est censurée la Cour d'appel d'avoir retenu la validité du cautionnement alors que « la sûreté donnée par une société doit, pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés, mais également être conforme à son intérêt social ». A n'en pas douter, il s'agit d'une inversion par la chambre commerciale des principes de sa jurisprudence. D'un garde-fou, l'intérêt social est élevé en condition de validité de l'engagement, à côté de l'objet social, ce que traduit sans ambiguïté la locution « non seulement ».

Cet arrêt a été accueilli de manière très divergente en doctrine. Sans préjudice des avis personnels sur le recours à cette notion, l'articulation des critères a interrogé, puisque « La multiplicité des critères mis en œuvre et le problème de leur combinaison ne favorisent guère la limpidité du sujet »<sup>109</sup>. Au commentaire de cet arrêt, le professeur Jean-Pierre Garçon a préconisé une méthode d'analyse : se rattacher d'abord à un critère positif « conformité à l'objet ou à l'intérêt social, ou signature à l'unanimité des associés », et ensuite vérifier *in concreto* que rien n'invalidé le cautionnement : « absence d'atteinte manifeste à l'intérêt social, absence d'abus de majorité (l'intervention de tous les

---

<sup>107</sup> Et plus récemment Cass. com., 3 juin 2008 : BJS 2008, p. 883, obs. J.-Fr. Barbieri, la Cour n'invitait cependant qu'à rechercher si « le cautionnement n'était pas contraire à l'intérêt de la SCI », ce qui pouvait laisser penser qu'il s'agissait classiquement de l'objet légal.

<sup>108</sup> Cass., Com., 27 juin 2006, n°04-19.239.

<sup>109</sup> GARÇON J.-P., Le consentement unanime des associés ne suffit pas forcément à valider une hypothèque pour la dette d'autrui, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 24, 15 Juin 2012, 1259.

associés à l'acte d'affectation rend évidemment ce dernier grief sans objet) ». Cette analyse, est remarquable en ce qu'elle manifeste parfaitement le double contrôle qu'a voulu mettre en place la Cour de cassation. En effet il faut raisonner en deux temps pour examiner la validité d'un cautionnement :

- Vérifier sa conformité à l'objet social, ceci implique trois éléments : un intérêt patrimonial pour la société (ce que Jean-Pierre Garçon appelle ici, dans la première branche de son analyse, un intérêt social), que le cautionnement entre dans l'objet statutaire, ou à défaut de ces deux critères, que le cautionnement ait été unanimement consenti, ou qu'il existe une communauté d'intérêts entre la caution et le débiteur.
- Ensuite, *en l'espèce*, vérifier qu'il n'existe pas une atteinte manifeste à l'intérêt social (qu'il conviendra de définir), comme un critère négatif.

Le problème résulte ici de ce que les critères sont largement interdépendants, puisque l'intérêt de la société intervient dans la caractérisation de l'objet social, à travers l'intérêt patrimonial de la société ou la communauté d'intérêts, et au stade concret pour vérifier la validité du cautionnement.

La troisième chambre civile s'est ralliée à cette position dans un arrêt du 12 septembre 2012<sup>110</sup>, reprenant mot pour mot l'attendu de 2011 : « alors que le cautionnement même accordé par le consentement unanime des associés n'est pas valide s'il est contraire à l'intérêt social ».

Dans ces deux affaires, il convient de noter que n'était pas en cause la communauté d'intérêts, il n'est donc pas certain qu'en présence d'une communauté d'intérêts caractérisée, un cautionnement puisse être annulé comme contraire à l'intérêt social. Il faut cependant pour nous, penser que la communauté d'intérêts telle qu'elle a été pensée par la Cour de cassation doit être soumise au même régime que l'unanimité pour plusieurs raisons :

- D'une part, parce que le régime jurisprudentiel déjà étudié s'est élaboré comme cela, la communauté d'intérêts et l'unanimité constituant deux palliatifs de même titre du défaut d'entrée dans l'objet social. Il a d'ailleurs été jugé que la communauté d'intérêts constitue un rattachement indirect à l'objet social, donc au même titre que l'unanimité. Ainsi ce critère doit se rattacher à l'objet social, ce qui implique qu'il soit à distinguer de l'intérêt social et donc que la seule caractérisation de cette communauté ne suffise pas à considérer la garantie conforme à l'intérêt social.

---

<sup>110</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 sept. 2012, n° 11-17948, *BJS* déc. 2012, p. 831, n° 474, note PORACCHIA D.

- D'autre part, parce qu'un arrêt de la chambre commerciale a laissé entendre que cette communauté d'intérêts ne suffisait pas. Une Cour d'appel avait validé un cautionnement du seul fait de l'existence d'une communauté d'intérêts entre la société émettrice et le débiteur principal. Cette argumentation est censurée. La cour d'appel a privé sa décision de base légale « sans rechercher, comme elle y était invitée, si le cautionnement n'était pas contraire à l'intérêt de la SCI »<sup>111</sup>.

Il nous semble donc que, comme pour l'unanimité, la communauté d'intérêts ne peut plus, aujourd'hui suffire seule, à valider un cautionnement, puisque l'objet social lui-même ne garantit pas cette validité, même si les deux notions sont évidemment très liées. En cela l'intérêt social constitue un critère de validité cumulatif à l'objet social, au moins pour la troisième chambre civile et la chambre commerciale.

## 2. La position de la Première chambre civile

La première chambre civile était déjà dans son contrôle de l'objet social plus libérale que la chambre commerciale. Ce constat se vérifie toujours en matière d'intérêt social. Depuis l'arrêt précité du 8 novembre 2007, la première chambre civile a une position stable. Un cautionnement « consenti par une société » - à responsabilité limitée ou à responsabilité illimitée (sous les réserves qui ont déjà été rappelées) - 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 ».

La première chambre civile est fidèle au contrôle classique de l'objet social et donne à la pratique les moyens de le remplir à travers une triple alternative, qui a déjà été étudiée. Précisons seulement qu'il ne faut pas voir ici une alternative trop simpliste. La première chambre civile distingue l'objet social de la communauté d'intérêts et de l'unanimité. Mais ces trois possibilités participent de l'objet social au sens large, car le premier terme de l'alternative spécifie bien « directement ». Il ne faudrait pas ici comprendre que l'unanimité ou la communauté d'intérêts constituent des « à côté » de l'objet social ; ce n'est pas le cas, ils y participent. L'intérêt social n'est pourtant pas nécessairement absent de la jurisprudence de la première chambre civile. L'intérêt social est en réalité présent ici aussi, déduit des critères, très probablement parce que la chambre commerciale considère que cet intérêt est apprécié directement par les associés.

---

<sup>111</sup> Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11.785.

Un arrêt pourrait cependant laisser entrevoir un ralliement<sup>112</sup>. La première chambre civile se prononce sur le caractère absolu que revêt la nullité pour contrariété à l'intérêt social ou l'objet social. Un cautionnement avait été consenti à l'unanimité des associés d'une société, mais la chambre laisse prospérer l'action en nullité. À suivre sa jurisprudence classique, le cautionnement aurait dû être valable, car consenti à l'unanimité, pourtant l'action en nullité est ici ouverte. La première chambre civile en ce sens se rallierait - ou s'est ralliée - semble-t-il à ses deux homologues.

Si cette divergence continuait à prospérer au sein de la Cour de cassation, cela pourrait conduire – un jour - à la réunion d'une chambre mixte ou une assemblée plénière, les positions antagonistes des chambres étant inconciliables et vecteur d'insécurité juridique, notamment pour les créanciers.

Le critère de l'intérêt social semble donc être un critère autonome, au moins égal à celui qu'est l'objet social dans l'examen de la validité de la garantie émise par une société. Ceci à tel point que le fondement de l'intérêt social a pu être utilisé de manière si autonome qu'il a pu paraître éclipser l'objet social. En cela il faut se demander s'il pourrait être un critère alternatif.

#### B. Un critère alternatif ?

Un auteur a pu relever que dans certains arrêts, n'est visé que l'intérêt social pour apprécier la validité du cautionnement<sup>113</sup>. Est cité l'arrêt du 23 septembre 2014, où la Cour avait jugé que « n'est pas valide la sûreté accordée par une société civile en garantie de la dette d'un associé dès lors qu'étant de nature à compromettre l'existence même de la société, elle est contraire à l'intérêt social », mais cet arrêt précise par la suite que le fait que le cautionnement entre directement dans l'objet social ne suffisait donc pas. D'autres arrêts ne font réellement aucune référence à l'objet social. Dans un arrêt du 2 novembre 2016<sup>114</sup>, la chambre commerciale a pu juger qu'un « cautionnement litigieux a permis à la SCI d'acquérir un patrimoine immobilier et de percevoir les revenus tirés du bail commercial exploité par le débiteur cautionné ou par les exploitants ultérieurs et retient que, sans ce cautionnement, elle n'aurait pu se doter ni d'immeubles, ni de revenus fonciers ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche, dès lors inopérante, du risque pouvant peser sur l'existence même de la société en raison du possible

---

<sup>112</sup> Cass. 1re civ., 18 oct. 2017, n°16-17.184, *BJS* 2018, p. 286, note SCHLUMBERGER E.

<sup>113</sup> COHEN D., Les garanties émises par les sociétés : un changement de perspective ? *In Mélanges Laurent Aynès*, L.G.D.J décembre 2019.

<sup>114</sup> Cass., Com., 2 novembre 2016, 16-10.363.

engagement de son entier patrimoine en cas de réalisation de la sûreté, a pu déduire que le cautionnement litigieux n'était pas contraire à l'intérêt social de la SCI ». Dans ce long attendu, n'est nullement visé l'objet social de la société mais uniquement son intérêt social. L'intérêt social est-il pour autant devenu un critère unique, alternatif à l'objet social ?

Il faut penser que non. Certes, la chambre commerciale ne mentionne parfois, pour valider le cautionnement que l'intérêt social. Mais les arrêts ne se résument cependant pas à leur solution. En effet dans ces deux affaires, il s'agissait de cautionnements qui avaient été consentis à l'unanimité des associés, le critère de l'objet social était donc rempli, ce qui explique que la Cour ne prenne pas la peine de revenir sur l'objet social. En effet, lorsque la Cour ne vise pas l'objet social, c'est qu'il est pratique évident que ce critère est rempli, ce qui renforce encore l'idée que l'intérêt social est un palliatif au contrôle trop lâche de l'objet social.

L'intérêt social est donc un critère de validité, mais pas un critère unique alternatif à l'objet social. Les deux critères sont donc cumulatifs. Une garantie personnelle consentie par une personne morale doit donc pour être valable être conforme à son objet social (i), et dans un second temps à son intérêt social (ii). Cela ne vaut pourtant pas - ou plus - aujourd'hui dans toutes les sociétés.

### **§3. L'exclusion de l'intérêt social dans les sociétés à risque limité**

Le recours à l'intérêt social s'observe dans des conditions bien souvent particulières concernant les garanties intragroupes et notamment le cautionnement de la dette du dirigeant. La seconde hypothèse ne peut se rencontrer dans les sociétés à risque limité, puisque la loi répute pour toutes ces formes sociales, l'aval ou la caution des engagements du dirigeant convention interdite<sup>115</sup>. La première de ces situations, peut, elle, en théorie, se rencontrer pour toutes les sociétés, ainsi une SARL, une SA<sup>116</sup> ou une SAS<sup>117</sup>, pourraient-elle vouloir cautionner une société de son groupe. Dans un tel schéma, le risque (notamment d'abus du crédit d'une filiale par la mère) pour la société est donc le même que dans une société à risque illimité. En plus du contrôle par l'objet social, le contrôle par l'intérêt social serait donc envisageable.

Il convient ici de se souvenir, néanmoins, de ce qui a été dit à propos du principe de spécialité dans ces sociétés. Celles-ci sont engagées même pour les actes dépassant l'objet social. L'acte conclu

---

<sup>115</sup> Code de commerce, dans les SA, art. L.225-35, dans les SARL art. L.223-21, dans les SAS art. L. 225-43 sur renvoi de l'art. L.227-12.

<sup>116</sup> Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826, Dr. sociétés 2008, p. 113, note PARIENTE A.

<sup>117</sup> Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-17.600.

en dépassement de l'objet social ne peut donc en principe pas être annulé, sauf si le tiers connaissait le dépassement de l'objet social. Le contrôle par l'objet social est donc limité, mais nécessaire puisqu'il permet de déterminer effectivement les limites de l'engagement de la société et la mauvaise foi du tiers<sup>118</sup>.

Dans ce schéma l'adjonction de l'intérêt social comme motif de nullité est-il possible ? La chambre commerciale avait répondu par l'affirmative en annulant un cautionnement consenti par une SA en garantie de la dette d'une société filiale<sup>119</sup>. Cette solution pouvait se targuer de l'argument de certains auteurs selon lequel l'exigence de conformité à l'intérêt social des actes de la société « concerne(r) tous les actes sociaux accomplis par toutes les sociétés, quelle que soit leur forme sociale »<sup>120</sup>.

Ce régime indifférencié était-il justifié ? Ce n'est pas certain. En effet, nous avons mis en lumière la relation qu'entretiennent l'objet social et l'intérêt social. Dans toute la construction de la chambre commerciale notamment, l'intérêt social est apparu comme un palliatif au contrôle trop lâche de l'objet social. Mais dans quel but ? Dans un but de protéger la société, mais aussi les associés. Or, seuls les associés dont le risque est illimité sont exposés à la contribution à la dette sociale si leur société est amenée à payer la dette d'autrui, et non les associés de sociétés à risque limité. Pour le cas de ces dernières, le contrôle de l'objet social lui-même n'opère qu'en de rares circonstances où la mauvaise foi du tiers permet de donner une consistance au contrôle de l'objet social, ainsi il paraît étrange qu'il faille lui adjoindre un critère supplémentaire, qui permettrait, lui, d'apprécier directement la validité cautionnement consenti par la société, et le cas échéant de l'annuler. De plus, cette solution atteindrait l'équilibre du régime des sociétés à risque limité. En effet l'intérêt social protège la société et les associés, alors que l'inopposabilité du dépassement protège normalement les tiers. Permettre d'annuler les cautionnements contraires à l'intérêt social créerait une protection trop grande des associés et de la société. En plus de ne supporter qu'une responsabilité limitée, un associé-gérant, pourrait en plus tenter de défaire sa société de son engagement de caution et rendant en pratique opposable un dépassement de pouvoir à travers la notion d'intérêt social.

---

<sup>118</sup> Cass., com. 14 février 2018, n°16-16.013, la Cour de cassation confirme en effet que dans une SAS, le dépassement de l'objet social est une cause de nullité si le tiers en a connaissance.

<sup>119</sup> Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826, *Dr. sociétés* 2008, p. 113, note PARIENTE A., les faits ne laissent pas ressortir que la caution était une SA, mais l'utilisation de l'article L.225-56-1 le laisse à penser.

<sup>120</sup> COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY FL., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 26<sup>e</sup> éd., n° 292.

Un arrêt important du 12 mai 2015<sup>121</sup> a mis un coup d'arrêt à cette jurisprudence. Il s'agissait de garanties intra groupes. En l'espèce, une SA et une SARL, avaient consenti des cautionnements hypothécaires à une banque en garantie de la dette de leur société mère. Ils portaient sur un hôtel et un terrain, unique actif du patrimoine de chacune des deux sociétés. Les deux cautions ayant été ensuite placées en redressement judiciaire, l'administrateur judiciaire avait invoqué la nullité des actes de cautionnement, ce à quoi avait consenti la Cour d'appel au motif de la contrariété de cet acte avec l'intérêt social. La Cour de cassation censura alors la Cour d'appel dans un attendu resté célèbre : « serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social de la sûreté souscrite par une société à responsabilité limitée en garantie de la dette d'un tiers n'est pas, par elle-même, une cause de nullité de cet engagement ». Cette solution repose explicitement sur la directive précitée 68/151/CEE du 9 mars 1968, et implicitement sur le régime spécifique des garanties dans les sociétés de capitaux. Il était question d'interpréter l'article L.223-18 du Code de commerce, qui pose la solution classique depuis 1968 selon laquelle le dépassement de l'objet social est inopposable sauf mauvaise foi du tiers. En effet, la Cour d'appel avait annulé le cautionnement comme contraire à l'intérêt social, après avoir caractérisé néanmoins une communauté d'intérêt. Sa motivation annulait pourtant le cautionnement (semble-t-il d'après le pourvoi) sur le fondement de l'objet social, et non de l'intérêt social, ce pourquoi était argué une violation de L.223-18. La Cour de cassation aurait pu se contenter de censurer relevant qu'une violation de l'objet social seule ne peut, dans les sociétés de capitaux permettre d'annuler un acte. Elle se fonde néanmoins sur la directive et l'intérêt social, ce qui a permis de dire que la cour confondait intérêt et objet social<sup>122</sup>. L'article 10 de la directive consolidée en 2009 interdirait de sanctionner un acte contraire à l'intérêt social. Ce n'est pas certain, cet article ne fait que répéter la règle prévue à l'article L.223-18 et l'article 12 ne traite que des nullités des sociétés, qui, elles, sont effectivement limitées<sup>123</sup>. Avoir ici recours à la directive n'était donc peut-être pas justifié, d'autant plus que L.223-18 ne peut pas être interprété à la lumière de la directive concernant l'intérêt social, puisque la directive n'y fait aucunement mention. Seule l'invocation du préambule qui dispose que « la protection des tiers doit être assurée par des dispositions limitant, autant que possible, les causes de non-validité des engagements pris au nom de la société » pourrait incliner vers une exclusion de l'intérêt social, puisque précisément cette nullité irait à l'encontre des intérêts des tiers.

Il semble donc que ce soit davantage la cohérence du régime qui justifie que l'intérêt social, dans une société de capitaux, ne puisse justifier d'annuler un cautionnement et donc qu'il ne constitue pas une

---

<sup>121</sup> Cass. com., 12 mai 2015, nos 13-28.504 et 14-11.028, P+B.

<sup>122</sup> ROUSSILLE M., Cautionnement hypothécaire souscrit par une SARL : certitudes et incertitudes quant à la portée d'un acte contraire à l'intérêt social...*Droit des sociétés* n° 8-9, Août 2015, comm. 147.

<sup>123</sup> Directive 2009/ 101/ CE, article 12.

condition de validité de l'engagement. Il aurait ainsi été paradoxal « qu'un acte dépassant l'objet social de la société ne soit pas nul alors que la simple contrariété avec l'intérêt social, plus difficile à apprécier, remettrait en cause l'existence d'actes pourtant conformes à l'objet social »<sup>124</sup>.

Quelle portée faut-il donner à cette solution ? D'abord, puisque son fondement est la directive de 1968, elle devrait pouvoir être appliquée à toutes les sociétés concernées. La jurisprudence de 2007 concernant les SA est donc en principe aujourd'hui caduque. Cette jurisprudence doit donc également s'appliquer, en plus des SARL, aux SAS. La chambre commerciale a d'ailleurs récemment réitéré cette solution pour une SARL<sup>125</sup>.

Ensuite, il convient de se demander si la contrariété à l'intérêt social pourrait néanmoins permettre d'annuler un cautionnement, en ce qu'il ne constitue pas « par lui-même » la cause de la nullité. Certains auteurs considèrent que cela est possible. Marie-Pierre Dumont explique ainsi que « si le gérant avait conscience de conclure un engagement sans intérêt pour sa société, ne présentant d'utilité que pour son bénéficiaire et que le tiers contractant avait pleinement connaissance de cette situation ou ne pouvait l'ignorer, la sanction pourrait assurément être celle de la nullité du cautionnement constituant un véritablement détournement de pouvoir ». Ce à quoi le professeur Barbieri ajoute que la mauvaise foi du tiers dans l'appréciation du dépassement de l'objet social « serait d'autant plus facilement établie que l'acte, non expressément mentionné dans l'objet, serait de surcroît non susceptible d'être considéré comme conforme à l'intérêt social en raison, par exemple, d'un risque menaçant, sans contrepartie réelle, la pérennité du groupement »<sup>126</sup>.

Il est vrai que l'incise « par elle-même », laisse à penser que la Cour de cassation se garde d'exclure tout bonnement de contrôler l'intérêt social, même dans les sociétés de capitaux. Rien n'aurait été plus simple que de dire, que *l'intérêt social ne constitue pas une cause de nullité*, ce n'est pourtant pas ce qu'a dit la Cour. Avec ces auteurs on ne saurait donc y voir une erreur de plume. Cependant pour éviter les incertitudes et se conformer à l'objectif de protection des tiers du principe de spécialité dans les sociétés de capitaux, seule l'interprétation du professeur Barbieri semble devoir être retenue. Rien ne permet en effet d'annuler, même si le tiers est de mauvaise foi, un acte contraire à l'intérêt social cette règle étant réservée à l'objet social (ce qui est donc différent). Cependant il est certain que les juges du fond pourraient se préoccuper de l'intérêt social pour caractériser

---

<sup>124</sup> DALMAU R., Le cautionnement contraire à l'intérêt social de la SARL n'est pas nul, *Revue Lamy Droit civil*, N° 130, 1er octobre 2015.

<sup>125</sup> Cass. com., 16 oct. 2019, no 18-19.373, Obs. DUMONT M-P, *Gaz. Pal.* 18 févr. 2020, n° 370n7, p. 33.

<sup>126</sup> Sur le même arrêt, BARBIERI J-F, *BJS* janv. 2020, n° 120j4, p. 32.

effectivement cette bonne foi (notamment à travers la communauté d'intérêts, d'ailleurs c'est dans la dernière affaire, ce qu'a fait la Cour d'appel).

En plus des justifications théoriques avancées, l'exclusion de l'intérêt social paraît ici justifiée. En effet, dans les sociétés de capitaux les cautionnements sont contrôlés autrement, notamment via, dans les sociétés anonymes, voire les S.A.S, l'autorisation préalable des cautions avals et garanties. Y ajouter le contrôle *a posteriori*, de l'intérêt social multiplierait les possibilités de paralysie du cautionnement ce qui n'est pas souhaitable.

Cette solution crée cependant un paradoxe. La SARL est considérée par cette jurisprudence comme une société de capitaux, les cautionnements qu'elle conclue ne peuvent donc être soumis au contrôle de l'intérêt social. Elle n'est donc pas non plus soumise au contrôle renforcé de l'objet social, puisque sauf mauvaise foi du tiers, le cautionnement n'a pas à entrer dans l'objet social pour être valable. Cette société peut donc être engagée plus facilement que toutes les autres<sup>127</sup>. La jurisprudence a cependant permis un correctif, au cas où une clause du prêt exigerait une décision des associés pour la conclusion du cautionnement, la Cour de cassation y voit une condition de validité de la garantie, qui permettrait d'annuler le cautionnement peu important qu'il soit conforme à l'objet social<sup>128</sup>. Cette solution qui peut se comprendre du fait de la carence législative en matière de SARL, demeure cependant dangereuse pour le créancier, qui regrettera certainement d'avoir été « trop prudent »<sup>129</sup>.

Le champ d'application du critère de l'intérêt social établi, reste à déterminer son contenu.

## **Section 2 - Le contenu de l'intérêt social**

Il est régulièrement question de critiquer le flou qui entoure la notion d'intérêt social. Loin d'être propre au droit du cautionnement, cette notion est diversement utilisée en droit des sociétés. L'intérêt social tel que conçu pour le contrôle des cautionnements aurait donc pu se fondre dans une des acceptions existantes, il n'en est cependant rien, les conceptions traditionnelles semblant être évitées (§1) au profit d'une conception objective propre au droit du cautionnement (§2).

---

<sup>127</sup> AYNES L., CROCQ P., AYNES A., *Droit des sûretés*, 13e édition, 2019, LGDJ, Collection Droit Civil, §217, Il n'y a ainsi pas besoin d'une décision unanime pour que la société soit engagée.

<sup>128</sup> Cass., com., 8 mars 2017, n°15-19.787, D. 2017, p. 2004, obs. CROCQ P.

<sup>129</sup> CROCQ P. *Ibid.*

## §1. L'éviction des conceptions traditionnelles

Deux conceptions majeures de l'intérêt sociale ont opposé la doctrine. Soit il s'agirait de l'intérêt commun des associés (A), soit il s'agirait de l'intérêt de la société envisagée de manière autonome (B).

### A. Intérêt de la société à cautionner et intérêt des associés

La première vision classique est d'assimiler l'intérêt social à l'intérêt commun des associés. L'article 1832 impose que la société soit constituée dans le but pour ses associés de réaliser des bénéfices ou des économies. Par conséquent, l'intérêt de la société résiderait dans la recherche par ses associés d'un profit. L'article 1833 ajoute que « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ». Un auteur en conclut donc que « Comme ceux-ci recherchent le plus grand profit, à court ou à long terme, la société a pour objet la réalisation du plus important bénéfice social dans le seul intérêt des associés »<sup>130</sup>.

Cette vision *a minima* de l'intérêt social laisse formuler des critiques. Le professeur Schmidt voit dans l'intérêt commun des associés l'intérêt social de la société au cours de la vie sociale. Les termes de l'article 1833 du Code civil ne visent pourtant, eux, que la constitution de la société. Il n'est ainsi pas certain que cet intérêt commun que vise effectivement l'article 1833 doive continuer à orienter les décisions sociales au-delà de la constitution de la société.

Surtout depuis la loi Pacte, l'article 1833 précise que « La société est gérée dans son intérêt social ». Les deux alinéas semblent alors se répondre, l'un s'applique à la constitution, l'autre s'applique à la gestion pendant la vie sociale, ce qui laisse, contre l'analyse de Dominique Schmidt, penser que l'intérêt commun et l'intérêt social doivent être distingués. Ce qui n'empêcherait pas que l'intérêt social vise pour autant un intérêt des associés.

L'intérêt social qu'a la société dans un cautionnement, tel qu'il a jusque-là été présenté, peut-il être considéré comme étant l'intérêt des associés ? A n'en pas douter, en aucun cas. L'objectif de l'intérêt social sert bien l'intérêt des associés, en ce qu'il permet de minimiser leur risque de contribution à la dette en permettant d'annuler un cautionnement dès l'origine contraire à l'intérêt social. Cependant, il ne s'agit pas de cet intérêt à notre avis. En effet, les associés devraient être seuls à pouvoir juger de leur intérêt commun. Or un cautionnement peut être annulé pour non-conformité

---

<sup>130</sup> SCHMIDT D., L'intérêt social, *Revue Droit bancaire et bourse*, 1995, p.130.

à l'intérêt social et ce même s'il a été consenti à l'unanimité des associés. Ainsi, même si l'acte ne leur procure pas un intérêt patrimonial immédiat, on ne peut considérer qu'en s'accordant à l'unanimité, les associés n'y auraient pas trouvé un intérêt quelconque.

Considérer que l'intérêt social qui permettrait d'annuler des cautionnements consentis par des sociétés est l'intérêt commun des associés ne nous semble donc pas pertinent. Reste à déterminer s'il s'agit de l'intérêt propre de la société.

#### B. Intérêt de la société à cautionner et intérêt de la société

À la thèse de l'intérêt commun des associés s'oppose celle de l'intérêt de l'entreprise. Selon ces doctrines dites sociales et l'école de Rennes, l'intérêt social serait celui de l'entreprise exploitée par la société. Il regrouperait alors, à la fois, l'intérêt commun des associés, mais également celui d'autres parties prenantes de la structure, à commencer par les salariés et les cocontractants. Cette conception a fait des émules et avait semblé être consacrée dans les années 1960 et l'historique arrêt *Fruehauf*<sup>131</sup>. On a soutenu que la Cour avait reconnu dans l'intérêt social l'intérêt des travailleurs et partant l'intérêt de l'entreprise envisagée dans son ensemble. C'était sous-estimer la conception classique de l'intérêt social et de la société commerciale, que la Cour de cassation rappellera vite<sup>132</sup>, ainsi que le relève Bruno Oppetit « on ne saurait prôner la préséance des intérêts de l'entreprise sur ceux des apporteurs de capitaux ». Cet intérêt de l'entreprise, pourrait cependant avoir pénétré définitivement le droit des sociétés à travers la modification de l'article 1833 du Code civil, mais à côté de l'intérêt social, puisque « la société doit être gérée dans son intérêt social en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Prise en compte certes, mais également donc différenciation de l'intérêt social. D'ici à voir dans cette formulation une hiérarchisation (l'intérêt social étant le premier cité), il n'y a qu'un pas.

En matière de cautionnement, l'intérêt de l'entreprise n'est pas non plus l'intérêt social. En effet, la jurisprudence n'impose en aucun cas de prendre en compte l'intérêt de certaines parties prenantes, mais seulement l'intérêt patrimonial propre de la société caution.

Reste un intérêt intermédiaire, l'intérêt dit de la personne morale. Cette conception est dite institutionnelle, l'intérêt social serait celui de la personne morale qu'est la société et distinct de ses associés. Ses penseurs le définissent comme « l'intérêt propre de la société en tant que personne

---

<sup>131</sup> *Fruehauf*, Paris, 22 mai 1965, *JCP* 1965, II, 14274 bis, concl. NEPVEU ; D. 1968. 147, CONTIN R.

<sup>132</sup> Cass. com., 21 janv. 1970, *JCP* 1970, II, n° 16541, note OPPETIT B.

morale, en tant que communauté dans laquelle associés et dirigeants ne sauraient agir en négligeant l'intérêt commun et supérieur qui les domine »<sup>133</sup>. Le centre de gravité de la définition semble être l'idée d'intérêt supérieur, l'intérêt social serait transcendant de l'intérêt commun des associés, sans pour autant aller jusqu'à l'intérêt de l'entreprise. Cette conception au demeurant a eu le vent en poupe. Ainsi la loi Macron avait envisagé en 2014 d'inscrire dans le Code civil que la société « doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental »<sup>134</sup>, mais la proposition sera abandonnée, au profit donc de la formule connue d'intérêt social. Cette thèse institutionnelle semble la plus à même de synthétiser l'utilisation actuelle de l'intérêt social en droit des sociétés. Les cas le plus fréquent d'utilisation de la notion d'intérêt social, en dehors du droit fiscal sont naturellement les délits d'abus de biens et du crédit de la société et l'abus de droits sociaux. Dans la construction de l'abus de majorité, la non-conformité à l'intérêt social ajouté à une rupture d'égalité entre associés permet d'annuler des résolutions pourtant votées dans le respect des règles normales de quorum et majorité. L'exemple topique est le cas de la mise en réserve systématique des bénéfices. En substance, lorsque les dividendes ne sont pas distribués systématiquement et les profits thésaurisés, et que cela entraîne également un avantage, (le plus souvent un accroissement de la rémunération des gérants majoritaires), un abus de majorité sera caractérisé<sup>135</sup>. Le critère de l'intérêt social est également une condition de l'abus de minorité, ainsi est-il jugé contraire à l'intérêt social le fait pour les minoritaires, de voter contre une augmentation de capital indispensable à la survie de la société<sup>136</sup>.

Le professeur Jacques Mestre déduit de ces utilisations que « l'intérêt social est-il incontestablement aujourd'hui la pièce centrale d'un arsenal judiciaire mis au service de l'entreprise sociétaire, perçue comme une entité économique et sociale distincte de la personne même de ses associés »<sup>137</sup>. S'agissant de l'abus de minorité, cette percée est incontestable, concernant son pendant majoritaire, il convient d'être plus mesuré, le critère majeur semblant être définitivement la rupture d'égalité entre associés même si la Cour a très récemment continué de viser l'intérêt social.

Le contrôle des cautionnements consentis par des sociétés via l'intérêt social se revendique-t-il de cet intérêt de la personne morale ? A n'en pas douter il s'en rapproche, c'est la protection de la société comme entité personnifiée et disposant d'un patrimoine propre qu'entend d'abord protéger l'intérêt social au cas du cautionnement, même si indirectement il est question de protéger, notamment l'associé dont le risque est illimité. Cependant l'assimilation totale semble impossible.

---

<sup>133</sup> COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 30<sup>e</sup> éd., 2017, n° 491.

<sup>134</sup> Art. 83 du projet de loi sur la croissance et l'activité.

<sup>135</sup> Pour un exemple récent voir Cass. com., 20 févr. 2019, n° 17-12.050, RJDA 2019, n° 503, p. 621.

<sup>136</sup> Cass. com., 18 juin 2002, n° 98-21.967, Bull. Joly Sociétés 2002, p. 1197, note GODON L.

<sup>137</sup> MESTRE J., Intérêt social, *Revue Lamy Droit civil*, N° 174, 1er octobre 2019.

En effet, au cas des abus de biens sociaux, ou des abus de droits de vote, l'intérêt social est utilisé entre associés. Il est utilisé par un associé contre un associé ou un dirigeant afin de stigmatiser un comportement abusif afin d'en tirer le cas échéant des conséquences. En cela, l'intérêt social est une arme donnée au juge pour régler des conflits internes entre associés. Or dans le cas du contrôle de la garantie personnelle consentie par la société, certes, se profile l'idée du dépassement de pouvoir, mais il n'y a pas là de conflit interne entre associés. En effet, l'intérêt social sert finalement la société (et uniquement) contre le conflit d'intérêt que peut avoir son dirigeant. En cela, l'intérêt social en droit des garanties personnelles accordées par les sociétés sert une protection semblable de la société, mais pas face aux mêmes errements. D'ailleurs, l'intérêt de la personne morale semble bien celui à protéger, et les critères utilisés se rapprochent de ceux de l'abus de minorité (la survie notamment).

## **§2. L'intérêt social « objectivisé » en droit du cautionnement**

Le contentieux pléthorique qu'a suscité le recours à la notion d'intérêt social dans le contrôle des cautionnements accordés par des sociétés a été amplement critiqué pour être « une notion floue que chacun remplira à sa guise »<sup>138</sup>, mais au fil de ses arrêts, au moins en la matière, la notion s'est vue largement précisée, et même « objectivée ». L'intérêt social concrètement sera positivement respecté si la sûreté remplit des critères objectifs : ne pas grever excessivement le patrimoine de la société garante (A), ou être corrélé à une contrepartie suffisante (B).

### **A. La corrélation de la garantie au patrimoine de la société garante**

Il apparait à l'examen de la jurisprudence que le cautionnement consenti par une société est conforme à l'intérêt social – ou au moins n'y est pas contraire - s'il ne fait pas peser un risque sur l'existence de cette dernière. En d'autres termes, l'intérêt social est caractérisé lorsque la garantie est proportionnée au patrimoine de la société garante et ne lui fait pas prendre un risque de disparition. Selon Michel Germain, l'analyse est donc binaire : si l'engagement de la société est trop important et fait courir à la société un risque de disparition, il sera annulé, au contraire, à défaut de ce risque, « l'appréciation par le juge de l'intérêt social sera positive »<sup>139</sup>.

L'examen de la jurisprudence doit permettre de confronter cette affirmation. Le recours à « l'existence de la société » est hérité d'un arrêt déjà ancien du 25 mars 1998<sup>140</sup> de la troisième chambre civile. Il s'agissait pour une SCI caution de garantir la dette personnelle d'une société du

---

<sup>138</sup> COURET A., L'intérêt social, *Cah. Dr. entr.* 1996. 1.

<sup>139</sup> GERMAIN M., Sur une jurisprudence de l'intérêt social, in *Mélanges Paul le Cannu*, Dalloz-Litec 2014, p.289.

<sup>140</sup> Cass., Civ 3., 25 mars 1998, n°96-17.307.

groupe, en affectant au remboursement de ce prêt son unique immeuble. La Cour après avoir constaté que le cautionnement n'était ni consenti unanimement et ni en vertu d'une communauté d'intérêts ajoute pour l'annuler que « le cautionnement hypothécaire avait été donné sans contrepartie immédiate pour la SCI et pouvait avoir pour conséquence d'anéantir la totalité de son patrimoine ». Elle se rangera simplement derrière la caractérisation de la Cour d'appel. Mais ce motif est depuis continuellement repris. Ainsi dans un arrêt 3 juin 2008, une cour d'appel est-elle censurée pour n'avoir pas recherché si un cautionnement était contraire à l'intérêt social. C'est-à-dire, si, en cas de défaillance du débiteur, aurait été réalisé l'entier patrimoine de la société caution, ce qui aurait menacé son existence. Solution confirmée le 8 novembre 2011, où une cour d'appel est confirmée d'avoir annulé un cautionnement qui « grevait lourdement le patrimoine de la société caution », l'immeuble étant le seul du patrimoine de la caution. L'arrêt précité du 23 mars 2014 est dans le même sens, un cautionnement consenti étant annulé motif pris que, réalisé, il compromettrait l'existence de la société.

Sur ce critère la jurisprudence est donc apparemment stable. Le cautionnement (réel en réalité) ne peut être jugé conforme à l'intérêt social si l'immeuble affecté à la garantie est l'immeuble unique de la caution, car cela affecterait son existence. Ce faisant, la Cour a une appréciation patrimoniale et objective de l'intérêt social selon une vision somme toute assez logique : il ne peut être dans l'intérêt d'une société qui doit rechercher du profit, de consentir une garantie qui aurait vocation à l'anéantir. Une société ne saurait en ce sens « s'immoler au profit d'une autre ».<sup>141</sup>

Pourquoi la réalisation de la garantie de l'immeuble unique de la caution est-elle de nature à affecter son « existence même » ? La Cour de cassation considère que l'anéantissement de l'entier patrimoine d'une société équivaut à un risque pour sa survie. Cette affirmation doit être vérifiée. Le propre d'une SCI, qu'elle soit constituée dans un but de location, de transmission, est de posséder un immeuble. Si cet immeuble est affecté en garantie pour autrui, et que le débiteur devient défaillant, le créancier saisira cet immeuble, qui sortira donc totalement du patrimoine de la société si la dette garantie dépasse la valeur de l'immeuble gagé. Il existe ainsi effectivement un risque de réalisation de l'objet social si l'objet est limité à cet immeuble déterminé en vertu de l'article 1844-7, 2° du Code civil. Cependant cette limitation de l'objet social n'est pas systématique, puisqu'il est possible d'affecter l'objet social à l'acquisition de tout immeuble. D'autre part la Cour ayant appliqué ce critère de l'existence à la société anonyme, il est possible de douter que ce risque soit limité à la réalisation de l'objet social. La chambre commerciale a davantage une vision patrimoniale, et économique de

---

<sup>141</sup> HOVASSE H., Sûreté donnée par une société filiale en garantie des engagements de sa société mère, *Droit des sociétés* n° 2, Février 2008, comm. 32.

l'existence de la société, la contrariété à l'intérêt social consistant finalement à la priver de tous ses actifs<sup>142</sup>.

Ce critère du risque de réalisation de l'entier patrimoine de la société est-il pour autant un critère autonome et automatique pour annuler ou valider les cautionnements selon le modèle du « tout ou rien »<sup>143</sup>? Un arrêt le laisse à penser<sup>144,145</sup>. Une SCI s'était portée caution hypothécaire solidaire de deux prêts personnels consentis à des personnes physiques. Celle-ci ayant été placée en liquidation judiciaire, le liquidateur a contesté les créances de la banque et invoqué la nullité de la garantie. Le cautionnement est considéré valable par la Cour d'appel, comme conforme à l'objet social car consenti à l'unanimité. La Cour de cassation infirme sans surprise l'arrêt d'appel jugeant que la garantie était de nature à compromettre l'existence de la société la garantie du bien dont « la valeur de l'immeuble, évaluée à 133 000 euros était inférieure au montant de son engagement ». L'application semble ici mécanique, le montant de la garantie étant supérieur à la valeur de l'immeuble, elle fait peser un risque de « disparition » de la société et est donc contraire à l'intérêt social. Cet arrêt, avec d'autres ne doit pourtant pas laisser penser que le critère de la disparition potentielle de la société est unique. Une éventuelle contrepartie au cautionnement peut en effet permettre de caractériser l'intérêt social même si la garantie est disproportionnée.

#### B. La nécessaire contrepartie suffisante

Le cautionnement qui fait peser un risque sur l'existence de la société peut-il néanmoins être jugé conforme à l'intérêt social ? La jurisprudence y semble favorable, ce dont témoigne un arrêt du 10 février 2015<sup>146</sup>. Plusieurs sociétés d'un même groupe avaient été placées en sauvegarde. L'une des sociétés sœurs avait convenu avec ses créanciers de certaines modalités de remboursement de créances. Pour garantir la créance née de ces règlements, une SCI sœur donc, avait consenti (via un consentement unanime de ses associés donné en assemblée générale) une sûreté réelle pour autrui au profit du créancier. Les mêmes sociétés ayant par la suite été placées en redressement judiciaire, la SCI, appelée en paiement, avait invoqué la nullité de l'accord dont était issue la garantie. La Cour d'appel avait refusé et considéré valable la garantie. Habilement le pourvoi soulevait que le

---

<sup>142</sup> PORACCHIA D., Chronique de jurisprudence de droit des sociétés : entre flexibilité et rigueur, *Droit et Patrimoine*, No 284, 1er octobre 2018.

<sup>143</sup> GERMAIN M. *Op.Cit.*

<sup>144</sup> Cass. Com., 12 sept. 2012, n°11-17.948.

<sup>145</sup> En ce sens également SCHLUMBERGER E., Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société in *Mélange H.Hovasse*, Lexis Nexis, 2016.

<sup>146</sup> Cass. com., 10 févr. 2015, n° 14-11760.

cautionnement était contraire à son intérêt social puisque l'immeuble affecté était l'unique immeuble de la SCI.

Cette fois, la Cour de cassation use de l'intérêt social pour valider la garantie octroyée. Retranché derrière les investigations de la Cour d'appel, la chambre commerciale juge en substance que l'accord permettait la survie du débiteur cautionné. En effet, le paiement du créancier permettait le réapprovisionnement rapide des sociétés du groupe en sauvegarde, l'accord ayant été en outre validé par le juge commissaire. Comme le résume un auteur, « il fallait sauver la sauvegarde du groupe de sociétés auquel appartenait la SCI garant hypothécaire à première demande ! »<sup>147</sup>.

Les faits de cet arrêt étaient tout particuliers, tout comme la garantie elle-même. Qu'en déduire ? La Cour se livre ici à un contrôle de la contrepartie. Le cautionnement même exposant la société à la perte de son existence, doit être validé, puisque la société en tire une contrepartie suffisante. Précisément, ici sans le cautionnement, la survie du groupe était en jeu, et la survie de la SCI également. En permettant de sauver les sociétés du groupe, auquel elle appartenait, de la disparition (si l'accord de financement n'était pas conclu) et de contribuer ainsi à la survie de ce groupe, elle assurait par là-même sa propre survie<sup>148</sup>. Cette solution est à l'évidence une solution d'opportunité qu'il convient d'approuver ici du point de vue pratique et économique.

Deux interrogations demeurent : est-ce que l'inclusion de la sûreté dans un montage particulier dont la société tire des avantages peut permettre, à coup sûr, de considérer que la garantie est conforme à l'intérêt social ? Ensuite, est-ce qu'une contrepartie suffisante peut permettre de compenser un risque patrimonial excessif dans toutes les situations ? Et le cas échéant quelle hiérarchie ce critère entretient-il avec la mise en jeu de l'existence de la société ?

Il est certain que la contrepartie constitue un élément pris en compte au même titre que l'ampleur du patrimoine de la caution pour attester de son intérêt social. En effet les arrêts précités de 2008 et de 2012 en faisaient déjà mention. Le présent arrêt incline vers un caractère cumulatif des deux critères lorsqu'il s'agit de caractériser négativement la *contrariété* à l'intérêt social, c'est-à-dire rechercher s'il n'existe pas de contrepartie suffisante ou si le poids de la sûreté pour le patrimoine de la caution est trop important. En effet la sûreté si elle grève lourdement le patrimoine de la caution mais qu'elle bénéficie d'une contrepartie suffisante sera conforme à l'intérêt social, et la sûreté sans contrepartie suffisante pourra l'être également si elle ne grève pas trop lourdement le patrimoine social.

---

<sup>147</sup> DUPICHOT Ph., Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ?, *BJS* mai 2015, n° 5 p. 260.

<sup>148</sup> DANOS, F. Sûreté pour autrui et intérêt social, *BJS* mai 2015, n° 5, p. 234.

Pour caractériser positivement la conformité à l'intérêt social, il faut, là, remarquer avec un auteur que là, les critères pourront être alternatifs<sup>149</sup>. Autrement dit, si la sûreté est affublée d'une contrepartie suffisante, il n'y a pas lieu de rechercher si elle grève trop lourdement le patrimoine social, et inversement. Ainsi, dans un arrêt du 26 juin 2007<sup>150</sup>, la chambre commerciale a pu juger conforme à l'intérêt social d'une SCI un cautionnement hypothécaire en relayant qu'elle avait intérêt à la souscription de ce prêt qui devait permettre un remboursement intégral de ses engagements.

Un auteur a une interprétation moins circonstanciée et considère que depuis l'arrêt du 10 février 2015, le critère de la contrepartie prime celui de l'ampleur de la garantie. Les arrêts ne permettent pourtant pas de tendre en ce sens. D'abord parce que l'arrêt de 2015 est une espèce très particulière, et ensuite parce qu'il est plus isolé, les arrêts visant le plus souvent le risque pour l'existence de la société aux cotés de la contrepartie. D'ailleurs une contrepartie insuffisante, ne suffirait probablement pas à valider un cautionnement mettant en péril l'existence de la société. En tout état de cause, il est certain que ces deux critères sont des critères exclusifs. Ils suffisent à eux seuls à la Cour de cassation et aux juridictions du fond pour caractériser ou non l'intérêt social.

Le critère de l'intérêt social, a ainsi quoi qu'en juge la première chambre civile en pratique largement supplanté le critère de l'objet social. Il faut rendre à la jurisprudence ce qui lui revient, ce critère sert bien mieux l'objectif affiché de protection de la société caution par rapport au risque de son engagement que n'a pu le faire le critère (trop souple du fait de ses tempéraments) de l'objet social.

Cette protection accrue de la caution ne doit cependant pas masquer la nature du cautionnement. Il s'agit d'une sûreté qui devrait en cela également - et d'abord ? - protéger le créancier. Ce pourquoi, le critère de l'intérêt social est critiqué pour faire peu de cas de la sécurité des transactions et du crédit. Cette jurisprudence fait peser sur le créancier un risque majeur de voir sa garantie anéantie, au moment où il en aura le plus besoin, c'est-à-dire quand sa créance contre le débiteur principal défaillant ne sera pas payée. En cela, un équilibre entre l'intérêt de la société caution et l'intérêt du créancier garanti doit être activement recherché.

---

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-10.766.

## Partie 2 - Un régime à équilibrer : la prise en compte des intérêts du créancier garanti

La jurisprudence qui vient d'être étudiée a été dénoncée par de nombreux auteurs, et qualifiée « d'hostile aux banques comme étant infondée, aventureuse, incertaine, immorale, et inopportune »<sup>151</sup>. Protéger efficacement la société caution et les associés à risque illimité via l'intérêt social a créé un régime déséquilibré. Il a été montré qu'au départ, le principe de spécialité dans les sociétés à risque illimité impliquait une limitation importante de la capacité de jouissance de la personne morale et des pouvoirs des dirigeants sociaux du fait notamment de la responsabilité illimitée des associés. Le législateur était donc à la recherche d'un équilibre. Mais l'intérêt social a déséquilibré la balance, son contrôle, ajouté au principe de spécialité déjà ferme a créé un appel d'air pour la société caution au détriment des créanciers garantis. Avec l'intérêt social, les associés ou gérants souhaitant se défaire de leur engagement disposent d'une arme de poids contre le créancier social pourtant légitime à exercer sa garantie. Ce créancier social se trouve dans une situation fragile qui ne concourt pas à la sécurité du crédit, qui rappelons-le, est nécessaire également à la survie de l'entreprise (sans garantie consentie par le créancier, la société ne bénéficiera pas de crédit bancaire). Le régime actuel est en effet défavorable aux créanciers (chapitre 1) et partant au crédit, ce pourquoi, un retour à un régime équilibré est souhaitable, ce qui pourrait passer par un contrôle limité à l'objet social légal (chapitre 2).

---

<sup>151</sup> MORTIER R., Nullité de sûretés pour contrariété à l'intérêt social : cantonnement aux seules sociétés à risque illimité, *BJS* déc. 2015, n° 12, p. 650 citant MORTIER R, Hypothèque consentie par une société en garantie de la dette d'autrui : la troisième chambre civile se rallie à la chambre commerciale, *Droit des sociétés* n° 11, Novembre 2012, comm. 178

La sévérité du régime pour un créancier social pourrait ne pas poser de problème. Or ici précisément, un problème se pose pour deux raisons. D'abord car le but premier d'une sûreté, est, et doit être, la garantie de paiement du créancier, et ensuite car la sûreté profite à la fois au créancier, mais également au débiteur principal garanti. Or ainsi que nous l'avons vu, les intérêts du débiteur et de la caution sont bien souvent très proches du fait de leur appartenance à un même groupe ou de leur identité de dirigeant. « Sûreté traquée crédit détraqué » a-t-on pu écrire<sup>152</sup>. Il ne faut cependant, à notre sens, pas fleurir la caricature. Le risque observé d'insécurité juridique marqué de la jurisprudence relative à l'intérêt social peut être tempéré (Section 1), tandis que le risque d'annulation du cautionnement est lui considérablement renforcé (Section 2), ce qui est bien de nature à entraver le crédit.

### **Section 1 - Un risque d'inefficacité de la sûreté circonscrit**

Le travers majeur que la doctrine prête le plus souvent à la jurisprudence relative à l'intérêt social est celui de l'insécurité juridique qu'elle crée pour les créanciers, et l'efficacité de leur sûreté<sup>153</sup>. Ces critiques ne sont pas infondées et le risque potentiel existe (§1), mais une lecture attentive de la jurisprudence permet en pratique de limiter les risques d'inefficacité du cautionnement pour le créancier (§2).

#### **§1. Des risques potentiels importants**

Le mérite du contrôle par l'intérêt social est d'affirmer que l'intérêt de la personne morale qu'est la société échappe à celui de ses associés et partant de sanctionner l'éventuel détournement de pouvoir de ceux-ci, qui auraient consenti unanimement un acte qui lui serait contraire. Mais « les inconvénients attachés à cette solution l'emportent sur ses mérites »<sup>154</sup>. Les plus gros inconvénients qu'il convient d'exposer sont l'effet d'aubaine généralement attribué au contrôle de l'intérêt social (A) et surtout le risque qu'il crée pour le crédit social (B).

<sup>152</sup> L.-M. Martin, Sûretés traquées, crédit détraqué, *Banque* 1975. 1138.

<sup>153</sup> En ce sens ANSAULT J.-J., Droit des sûretés et droit des sociétés, *Revue Lamy Droit civil*, N° 110, 1er décembre 2013.

<sup>154</sup> Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24438 : BJS avr. 2012, p. 295, n° 177, note LUCAS, F-X.

#### A. L'effet d'aubaine de l'intérêt social ?

Les professeurs Henri Hovasse, Renaud Mortier, et François-Xavier Lucas ont pointé du doigt le caractère immoral de la jurisprudence de la Cour de cassation. Le raisonnement est le suivant : lorsque les associés d'une société de personnes ont consenti un cautionnement à l'unanimité, ils se sont engagés en connaissance de cause du risque que court leur société. Ces associés sont d'ailleurs en quelque sorte les garants de leurs sociétés puisqu'en cas de défaillance, c'est sur leur patrimoine personnel qu'ils seront responsables. Dès lors, il est raisonnable de penser qu'ils sont les mieux à même d'apprécier l'intérêt social. Or en la matière, c'est le juge, plusieurs années après que la sûreté aura été consentie qui sera rétrospectivement amené à apprécier de l'intérêt social. Même si la critique d'un gouvernement des juges n'est pas pertinente à notre sens (au vu de « l'objectivisation » de l'intérêt social, et du fait que le juge était déjà amené à porter son regard sur l'objet social), il est certain que cette appréciation *ex post* est de nature à favoriser les contentieux dilatoires.

Surtout la critique se focalise sur l'effet d'aubaine que crée le fondement de l'intérêt social. Le professeur Henri Hovasse l'explique très bien « La solution adoptée par la chambre commerciale de la Cour de cassation est immorale : elle permet aux associés qui ont consenti l'hypothèque de renier purement et simplement leur consentement »<sup>155</sup>. Effectivement, ainsi que cela s'est rencontré dans des arrêts évoqués, c'est au moment de la liquidation judiciaire du débiteur ou même de la caution elle-même, que le gérant de la caution qui avait lui-même fait consentir la garantie à l'unanimité des associés arguera de sa contrariété à l'intérêt social. Cette tendance à la contestation de son engagement est-elle pour autant congénitale à l'avènement de l'intérêt social ? Ce n'est pas certain. Les sociétés cautions trouvaient déjà avant des moyens de contester leur engagement. Si ce n'était pas l'intérêt social c'était l'objet social. Ainsi, le dépassement de pouvoir du gérant, l'irrégularité de la décision prise en assemblée, ou encore et surtout l'absence de communauté d'intérêts étaient autant de moyens invoqués par les cautions pour se soustraire à leurs engagements.

Là où il convient de rejoindre la critique de ces auteurs, c'est que les chances de voir pour la caution son engagement annulé se sont, là, multipliées. Cela n'est cependant pas dû au fondement de l'intérêt social, mais à son appréciation par les juges. Ils y voient un intérêt distinct, supérieur à l'intérêt commun des associés, or il est évident que cela multiplie les risques de déconnexion entre la volonté des associés et l'intérêt pour la société. Mais il est évident que la conception des auteurs précités est, elle, différente : l'intérêt commun des associés devrait constituer l'intérêt social. Il est

---

<sup>155</sup> HOVASSE H., *Hypothèque consentie par une société civile en garantie de la dette d'autrui*, Droit des sociétés n° 1, Janvier 2012, comm. 6.

vrai que pour le cas d'une SCI de gestion l'argument est séduisant. Bien souvent en effet, le montage, est construit sur la séparation d'une société d'exploitation du fonds de commerce (souvent une société de capitaux) et d'une société civile immobilière propriétaire des locaux, laquelle les louera son bien à la société commerciale. Le plus souvent, les deux sociétés auront d'ailleurs, les mêmes associés ou dirigeants. Ainsi que le relève Alain Viandier, « il paraît naturel aux associés - sinon à l'unique associé - qu'étant propriétaires de l'ensemble rien ne s'oppose à ce que la main droite, qui possède les immeubles, cautionne la main gauche, qui exploite l'entreprise »<sup>156</sup>. Certes, les associés seront peu familiers à l'argument tiré de l'autonomie de la personne morale, mais il n'est pas de ce point de vue blâmable que la Cour de cassation entende faire respecter ce principe d'autonomie de la personne morale, même si c'est à travers (le critiqué) intérêt social.

Cette jurisprudence produit un effet d'aubaine et est un prétexte important au contentieux ouvert aux dirigeants, mais cette critique ne peut qu'être tempérée, en l'absence du fondement de l'intérêt social les dirigeant indéliques tentaient déjà de se soustraire de leurs engagements. Par ailleurs, la Cour de cassation doit en principe faire respecter le droit, or l'autonomie de la personne morale est un principe cardinal du droit des groupements, il n'est pas étonnant donc que la cour soit vigilante quant à son respect. Une critique plus dirimante concerne néanmoins le risque que fait peser cette jurisprudence sur le crédit social.

#### B. Le danger pour le crédit social

Le dernier terme d'une énumération - presque d'une accumulation ici - est souvent le plus important. Ainsi Le professeur Mortier donne-t-il cette place au caractère « inopportun » de l'intérêt social. Inopportun pour « la vitalité du crédit ».

Le critère majeur pour annuler une garantie comme contraire à l'intérêt social de la caution est que celle-ci menace son existence même, notamment lorsque la société (civile) engage en garantie son seul actif immobilier. Or cette situation est de loin la plus fréquente lorsqu'est consentie une garantie par une société. Cette circonstance est « banale »<sup>157</sup> car le plus souvent, la garantie sera constituée sur l'unique immeuble d'une société (puisque le montage consiste précisément à isoler cet actif). « C'est donc un risque non négligeable que fait peser cette construction prétorienne sur les sûretés consenties par les sociétés, ce qu'il faut regretter dans une matière, celle du droit des sûretés,

---

<sup>156</sup> VIANDIER A., Sûreté et intérêt social, *Revue des sociétés* 2012 p.238.

<sup>157</sup> LUCAS F-X., note prec.

où la sécurité juridique et la prévisibilité de la règle sont particulièrement recherchées par le créancier en quête d'une garantie ».

Cette prévisibilité de la règle faisant défaut, la pratique des banques a évolué, celles-ci se tournant vers d'autres sûretés. Appliquant l'adage selon lequel « les bonnes sûretés chassent les mauvaises », les banques à défaut de demander des cautionnements aux sociétés en ont demandé aux dirigeants, ou encore aux associés, notamment dans les sociétés de personnes (cela étant impossible dans les SA par exemple). Ainsi que le révèle un auteur, la jurisprudence relative à l'intérêt social a donc créé un paradoxe puisque « sous prétexte de protéger l'intérêt social, et donc l'existence même de la société, on expose en réalité les associés à un plus fort risque »<sup>158</sup>. Paradoxe d'autant plus qu'on sait que le régime des cautionnements consentis par les personnes physiques aux prises avec un créancier professionnel, (comme c'est ici le cas), est lui aussi particulièrement contentieux et instable.

Le détournement vers d'autres sûretés pourrait se manifester également vers le nantissement ou le pacte comissoire<sup>159</sup>. En effet au lieu d'un cautionnement, les prêteurs pourraient exiger un nantissement sur les parts sociales, ou encore un pacte comissoire. A défaut de paiement par la société emprunteuse, le créancier pourra alors demander l'attribution judiciaire des parts nanties ou l'exécution du pacte comissoire. Devenant propriétaire des parts sociales, il pourra donc les vendre pour être payé sur leur prix. Devenant associé, il pourrait même dissoudre la société pour récupérer l'immeuble. Un tel procédé n'est pourtant pas sans risque. Ainsi si l'état financier de la société est mauvais, en devenir associé perdra une grande partie de son intérêt, d'ailleurs, le créancier-associé sera primé par les autres créanciers sociaux. Surtout, si la société constituante du nantissement est placée en procédure collective, le créancier nanti sera soumis aux affres de la procédure et notamment la déclaration de créances et l'arrêt des poursuites. D'autant que, sauf liquidation judiciaire, il ne pourra se faire attribuer judiciairement son bien<sup>160</sup>, ni même réaliser son pacte comissoire<sup>161</sup>. Pour le créancier se voir consentir une telle sûreté semble donc tout aussi dangereux qu'un cautionnement, mais surtout plus compliqué.

---

<sup>158</sup> FEUNTEUN C., Point de nullité pour une contrariété à l'intérêt social d'une société à risque limité !, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 3, 16 Janvier 2020, 1007.

<sup>159</sup> En ce sens DALMAU R., « La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier », *Rev. Sociétés* 2018, p. 487, 36.

<sup>160</sup> Code de commerce, Art. L. 642-20-1. L'attribution judiciaire du gage ou du nantissement n'est ouverte qu'en liquidation judiciaire.

<sup>161</sup> Code de commerce, Art. L. 622-7.

Les critiques concernant le risque que fait peser cette jurisprudence sur le crédit accordé aux entreprises sont donc parfaitement légitimes. C'est un élément important qui permet de militer contre son maintien sans amodiations.

Du reste, il ne faudrait pas surestimer les risques du contrôle par l'intérêt social, en effet, il semble qu'il soit en pratique possible de *sécuriser* le créancier.

## **§2. Des risques en pratique limités**

La jurisprudence nourrie a permis de distinguer sur le plan théorique les critères de l'intérêt social (*supra* Partie 1, chapitre 2, section 2), il est effectivement ardu sur ce plan d'être parfaitement certain de la validité ou non de la sûreté. Reste qu'en pratique il semble possible de minimiser ce risque et ainsi prémunir le créancier diligent contre un anéantissement rétroactif de ses chances de remboursement. En effet, les critères balisés permettent de penser que le créancier qui aura prévu à son cautionnement une contrepartie (A) et qui aura veillé à créer une proportionnalité entre la dette du débiteur et l'engagement de la caution ne devrait pas être inquiété (B).

### **A. La proportionnalité**

Il n'a pas échappé aux commentateurs que le critère de l'existence de la personne morale conduit les juges du fond à un contrôle de la proportionnalité des cautionnements émis par les sociétés<sup>162</sup> de personne.

En effet, la société ne risquera l'inexistence et la réalisation de son objet au sens de cette jurisprudence, que si effectivement la dette garantie (celle du débiteur principal) excède le montant du cautionnement (réel). Puisque la valeur de l'immeuble sera insuffisante, une fois celui-ci saisi et vendu il ne restera plus rien à la société caution, qui pourrait voir réaliser son objet social. Ce risque ne se réalisera en principe, cependant que si effectivement la valeur de l'immeuble est inférieure à la dette garantie. Dans le cas contraire, la société pourrait continuer à bénéficier d'actifs qui lui reviendraient une fois que le prix de vente de l'actif saisi désintéressera le créancier (à supposer que donc son objet social ne soit pas trop étroit pour ne pas être réalisé, voir *supra* Partie 1, chapitre 2, section 2).

---

<sup>162</sup> Voir notamment pour une comparaison des deux régimes, CROCQ P., L'accord unanime des associés ne peut pallier le défaut d'intérêt social résultant d'un cautionnement réel susceptible d'absorber totalement l'actif de la société, *RTD Civ.* 2012 p.754.

Cette mise en place est similaire au régime des cautionnements des personnes physiques contactant avec un créancier professionnel. L'article L. 341-4 du Code de la consommation énonce que : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». La disproportion s'apprécie ici à la date de conclusion du contrat, et si elle est caractérisée devant le juge, la caution est déchargée *a posteriori* (on parle de déchéance du cautionnement).

Cette règle de proportionnalité impose donc au créancier de rechercher avant la conclusion d'un cautionnement avec une personne physique si le cautionnement est en adéquation avec ses biens et revenus. Selon un auteur, un examen du même type devrait être réalisé par le créancier qui accepte le cautionnement d'une société patrimoniale pour éviter qu'il soit plus tard remis en cause comme contraire à l'intérêt social<sup>163</sup>. Un arrêt récent permet de penser que cette voie pourrait effectivement sécuriser le créancier<sup>164</sup>. Une SCI avait consenti une sûreté réelle pour autrui à une banque en garantie de la dette de ses associés. Ceux-ci n'ayant pas remboursé le prêt, la banque engage la saisie immobilière de l'immeuble. La société s'y oppose invoquant la contrariété à l'intérêt social du cautionnement et ainsi sa nullité. La Cour de cassation valide pourtant le cautionnement au moyen d'un contrôle de proportionnalité du cautionnement. Les juges du fond, avec de l'audace, avaient décidé que la garantie, même portant sur le seul immeuble, de la société était valable en ce que la disparition de la société n'était pas en jeu, « la SCI pouvant réinvestir les sommes lui revenant après la vente conformément à son objet ». Ils sont approuvés, « ayant souverainement retenu que la valeur de l'immeuble donnée en garantie par la SCI excédait le montant de son engagement, de telle sorte que la mise en jeu de la garantie ne pourrait pas entraîner la disparition de son entier patrimoine, la SCI pouvant réinvestir les sommes lui revenant après la vente conformément à son objet, la cour d'appel a pu en déduire que cet engagement, n'était pas de nature à compromettre son existence ».

Le contrôle de la proportionnalité de la garantie a donc permis ici de maintenir le cautionnement. Comme l'a relevé Didier Poracchia, « de manière pragmatique et si cette analyse était

---

<sup>163</sup> SCHILLER S., DUCROCQ-PICARROUGNE N., GAYET L., Cautionnement - Le cautionnement par des sociétés civiles ou commerciales dans les groupes familiaux, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 12, 20 Mars 2015, 1100.

<sup>164</sup> Cass. 3e civ., 21 déc. 2017, n° 16-26.500, *BJS* 2018, p. 287, note SCHLUMBERGER E.

confirmée par la Cour de cassation, la sécurité juridique des tiers concluant des opérations avec les sociétés civiles serait largement renforcée »<sup>165</sup>.

Le créancier devra donc toujours veiller à ce que la valeur de l'immeuble excède la dette garantie. À ce titre, il semble qu'une simple égalité de montant ne suffise pas. La Cour de cassation a en effet annulé des cautionnements réels d'un montant égal à la totalité du patrimoine de la caution<sup>166</sup>, ou qui grevaient « lourdement son patrimoine »<sup>167</sup>. En cela le régime est plus sévère que pour les personnes où la déchéance suppose une disproportion manifeste, ce qui peut apparaître paradoxal. En tout état de cause, le créancier par sa diligence n'anéantira pas le risque d'annulation. Il sera néanmoins largement amoindri, ce d'autant plus que les deux valeurs, de la dette garantie et du patrimoine social, seront éloignées.

S'assurer de l'existence d'une contrepartie au cautionnement pourra également atténuer les risques pour le créancier.

## B. La contrepartie

Le second critère de l'intérêt social selon la chambre commerciale et la troisième chambre civile, est l'existence d'une contrepartie au cautionnement.

A la suite de l'arrêt du 8 novembre 2011, Henri Hovasse, tentait déjà de trouver une parade au risque d'annulation pour les créanciers. Il était question de créer une contrepartie au cautionnement. Selon lui, la jurisprudence actuelle est « aisée à contourner. La société civile emprunte et consent une hypothèque, puis elle re-prête les fonds à la société qu'elle entendait garantir. C'est dans cette voie que les banques s'engageront »<sup>168</sup>. L'idée est simple, faire contracter le prêt directement à la SCI, qui serait alors garanti par une hypothèque conventionnelle. À charge pour la SCI de rétrocéder les fonds prêtés au véritable bénéficiaire du prêt. Cette solution sécuriserait le créancier tout en permettant le financement de la société normalement cautionnée. On ne peut s'empêcher cependant de voir dans ce stratagème, une volonté délibérée de contourner le contrôle par la jurisprudence de l'octroi de cautionnement par une société. Or tenter de contourner la règle peut s'avérer risqué.

---

<sup>165</sup> PORACCHIA D., Chronique de jurisprudence de droit des sociétés : entre flexibilité et rigueur, *Droit et Patrimoine*, No 284, 1er octobre 2018.

<sup>166</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 12 sept. 2012, n° 11-17.948, *D.* 2012. 2166, obs. LIENHARD A.

<sup>167</sup> Com. 13 nov. 2007, n° 06-15.826, *Rev. Sociétés* 2008. 113, note PARIENTE M.

<sup>168</sup> HOVASSE H., Hypothèque consentie par une société civile en garantie de la dette d'autrui, *Droit des sociétés* n° 1, Janvier 2012, comm. 6.

Mieux vaut, à notre sens, se fondre dans la règle. La sécurité consiste alors à vérifier pour le créancier que le cautionnement est affublé d'une contrepartie pour la caution. La jurisprudence a une conception très restreinte de cette contrepartie, qui est notamment reconnue pour la survie du groupe. Cependant la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur cette contrepartie. Ainsi un cautionnement a-t-il été validé car il permettait à une SCI « d'acquérir un patrimoine immobilier et de percevoir les revenus tirés du bail commercial exploité par le débiteur cautionné ou par les exploitants ultérieurs », lui permettant également de « se doter d'immeubles et de revenus fonciers »<sup>169</sup>. Dans une autre affaire semblable, cependant<sup>170</sup>, la cour de cassation a déclaré nul un cautionnement consenti par une SCI bailleuse en garantie de la dette de sa locataire dont elle tirait pourtant ses revenus. Le professeur Hovasse approuve cette solution et perçoit mal « quel avantage le bailleur peut trouver à soutenir le crédit de son locataire : si celui-ci défaille, on en cherche un autre pour le remplacer », ce dont on comprend aisément que les associés doutent dans une configuration de groupe familial...D'autant qu'on se souvient que la cour de cassation voyait au début des années 2000 une communauté d'intérêt dans de telles circonstances.

Il n'est pas aisé de se prémunir contre le risque d'annulation en s'intéressant à la contrepartie du cautionnement. Reste que le créancier devra malgré tout rechercher cette éventuelle contrepartie avant d'accepter un cautionnement. D'aucuns indiquent qu'il pourrait s'agir des participations certes minoritaires dans les investissements de leurs associés cautionnés de telle sorte que les garanties qu'elles octroieront soient conformes à leur intérêt<sup>171</sup>. Il est flagrant que cette exigence de contrepartie ne pouvant être aisément remplie, c'est à la proportionnalité que le créancier devra être le plus vigilant. À noter néanmoins la position de la Fédération nationale du patrimoine selon laquelle, « Dès lors que le cautionnement est rémunéré ou que le créancier a pris ses précautions précontractuelles (recherche de contrepartie et proportionnalité) de base, le comité juridique de la FNDP considère que le juge ne doit pas considérer qu'il y a atteinte à l'intérêt social »<sup>172</sup>.

Le créancier n'est donc pas totalement démuné face au risque de contrariété à l'intérêt social. Si cela réduit le risque d'annulation, cette annulation demeure possible, la nullité d'ailleurs absolue étant la sanction du cautionnement contraire à l'intérêt social, sanction particulièrement sévère pour le créancier.

---

<sup>169</sup> Cass. com., 2 nov. 2016, n°16-10.363.

<sup>170</sup> Cass. com., 14 févr. 2018, no 16-19.762, Dr. sociétés 2018, comm. 81, note. H. Hovasse.

<sup>171</sup> SCHILLER S. *Op.Cit.*

<sup>172</sup> *Ibid.*

## **Section 2 - Une sanction trop sévère**

Certes l'attitude du créancier pourra le cas échéant permettre de limiter les risques que soit caractérisée une contrariété à l'intérêt social, mais lorsque cette contrariété sera caractérisée, la sanction est extrêmement sévère pour le créancier. Il s'agit d'une nullité (§1) qui plus est absolue (§2).

### **§1. Une nullité**

La sanction qu'a choisi la jurisprudence pour sanctionner un cautionnement contraire à l'intérêt social est la nullité (B), ce choix n'était pourtant pas évident, plusieurs options étant possibles (A), notamment déclarer l'acte inopposable.

#### **A. L'hésitation entre la nullité et l'inopposabilité**

La Cour de cassation vise l'article 1849 du Code civil pour annuler un acte contraire à l'objet social de la société ou à l'intérêt social de cette dernière, sans clairement distinguer les deux fondements. L'alinéa premier de ce texte permet, dans les rapports avec les tiers, au gérant d'engager la société par les actes entrant dans l'objet social. À contrario, un acte de la société conclu hors objet social n'engageait pas cette dernière. Il a déjà été l'occasion d'en discuter, le texte semble matérialiser une inopposabilité de l'acte à la société. En effet, l'acte est conclu mais la société ne peut être engagée avec le tiers (ce qui laisse penser à certains que l'objet social est une incapacité d'exercice).

En matière de cautionnement, un acte contraire à l'objet social (donc n'y entrant pas directement, n'étant pas consenti à l'unanimité et hors communauté d'intérêt) devrait pouvoir être considéré inopposable à la société, puisque le texte semble créer une fiction : *ab initio*, la société n'a jamais été engagée. Or la nullité postulerait, elle, que l'acte ait été conclu, mais entaché d'irrégularité. D'ailleurs l'inopposabilité semble, en plus de s'accorder avec la lettre du texte, s'accorder avec son objectif, protégeant le plus efficacement possible les intérêts de la société et des associés, sans que ceux-ci n'aient donc à agir en justice.

La nullité serait-elle pour autant infondée ? Des arguments laissent à penser que non. Le principe de spécialité limite la capacité de jouissance de la société. Lorsque l'acte n'entre pas dans l'objet social, la société est incapable de s'engager, or la sanction d'une incapacité est la nullité. Le fait que les associés puissent modifier l'objet social de la société laisse dire à certain qu'il ne peut

s'agir d'une incapacité de jouissance<sup>173</sup>. Concernant l'objet statutaire, l'argument semble fonctionner. Mais concernant l'objet légal, nous ne le croyons pas. Ainsi, un acte qui contreviendrait à l'objet social légal, et en cela serait désintéressé devrait très certainement être annulé, et de nullité absolue.

En faveur de la nullité, ajoutons que le principe de spécialité vient limiter en plus de la capacité de la société, les pouvoirs du dirigeant social. Or la sanction du défaut de pouvoir du dirigeant social est la nullité (relative) de la convention selon la jurisprudence<sup>174</sup>.

À noter que la réforme du droit des obligations rebat aujourd'hui les cartes. En effet l'article 1156 du Code civil fait de l'inopposabilité la sanction du dépassement de pouvoir, tandis que l'article suivant permet au représentant d'invoquer la nullité de la convention conclue à son insu et avec un tiers de mauvaise foi. (*Infra* Partie 2, chapitre 2).

Le choix de la sanction de l'acte à la fois contraire à l'objet social, mais donc également dépassant les pouvoirs du dirigeant de société à risque limité demeurerait donc ouvert. La Cour de cassation opte néanmoins de longue date pour la nullité.

## B. Le choix d'une nullité

A n'en pas douter, la cour de cassation considère que le cautionnement conclu par une société en dehors de son objet social doit être annulé. Selon le parti pris, c'est-à-dire, selon que l'on considère que le principe de spécialité bride la capacité de la personne morale ou seulement les pouvoirs des dirigeants, cette solution pourra être saluée, ou critiquée.

Reste que par mimétisme, la Cour de cassation transpose la sanction de la nullité à l'intérêt social. En vertu de l'article 1844-10 alinéa final, « La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ».

---

<sup>173</sup> DALMAU R., « La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier », *Rev. Sociétés* 2018, p. 487.

<sup>174</sup> Cass. 1re civ., 12 nov. 2015, n°14-23340, FS-PB, à propos d'un bail consenti par un dirigeant sans pouvoir.

Dans ce système de nullités virtuelles, pour qu'un acte (ce qui inclut les contrats) conclu par la société soit annulé, il doit violer, soit, une disposition impérative du présent titre (Le titre IX relatif aux sociétés en général), soit, une cause de nullité des contrats en général.

A n'en pas douter, l'intérêt social n'était, avant la loi Pacte, visé directement par aucune disposition du Code civil<sup>175</sup>, et ne peut *a fortiori*, constituer une disposition impérative - à supposer qu'il soit possible d'établir précisément ce dont il s'agit<sup>176</sup>. Reste donc l'hypothèse de la cause de nullité des contrats. Deux fondements pourraient ici être proposés : la cause illicite, ou le défaut de capacité.

Sur le défaut de capacité, il s'agit d'une cause de nullité du contrat qui pour être valable doit répondre au triptyque capacité, consentement, cause. La contrariété à l'intérêt social ne peut pourtant pas être rattaché à la capacité, celle-ci concerne la nullité pour non-conformité à l'objet social. Reste alors la cause. Selon le professeur Alain Viandier « La nullité encourue l'est au nom du caractère illicite de la cause de l'engagement, laquelle, on le sait, n'exige pas la violation d'un texte de loi et présente une souplesse telle, qu'elle permet de remédier aux abus »<sup>177</sup>. Le raisonnement séduit : la cause, aujourd'hui le but licite, constitue une cause de nullité des contrats en général dont l'auteur insiste également sur ses bienfaits. Cependant, il est ici question de juger d'un contrat de cautionnement, or, depuis l'arrêt *Lempereur* du 8 novembre 1972, il est admis que dans la cause de l'obligation de la caution réside dans l'ouverture de crédit consentie au débiteur par le créancier. Or dans l'analyse du professeur Viandier la cause de l'engagement résiderait dans l'intérêt que pourrait en tirer la caution. De deux choses l'une, soit la conception de l'arrêt *Lempereur* est aujourd'hui dépassée, soit, elle ne s'applique pas - ou ne devrait pas s'appliquer- aux personnes morales, mais rien ne permet d'aller en ce sens. Un auteur incline vers la première proposition, relevant que « ni la chambre commerciale ni la troisième chambre civile ne s'arrêtent au contrôle désincarné de la cause du cautionnement résultant de l'arrêt *Lempereur*. L'intérêt social masque la véritable boussole du contrôle judiciaire : sous couvert d'intérêt social, c'est à une vérification de l'existence d'un avantage économique pour la société caution - inédite en matière de contrats unilatéraux - que se livrent les juges. À l'instar de Monsieur Jourdain, ils font de la cause sans le savoir... »<sup>178</sup>. Cette supposée

---

<sup>175</sup> A l'exception de celles relatives au droit pénal des sociétés dont il n'est pas ici question.

<sup>176</sup> En ce sens LUCAS F-X., Nullité du cautionnement consenti par une SCI pour contrariété à son intérêt social : *ite missa est*, *BJS* févr. 2015, n° 2, p. 75.

<sup>177</sup> VIANDIER A., Sûreté et intérêt social, *Revue des sociétés* 2012 p.238.

<sup>178</sup> DUPICHOT Ph., Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ?, *BJS* mai 2015, n° 5 p. 260.

inconscience des juges n'est peut-être pas une, notamment lorsqu'ils annulent le cautionnement de nullité absolue.

Ces analyses doivent être approuvées en ce qu'effectivement au fond c'est de l'intérêt de la société dont il est question. En cela, le vocable de cause utilisé, pourrait selon nous se rapprocher de l'objet social légal de la société dont la violation serait donc de nature à justifier la nullité.

Malgré un fondement discuté, la Cour de cassation a été plus loin et jugé du caractère absolu de cette nullité, ce qui implique un risque d'annulation encore renforcé pour le créancier.

## **§2. Une nullité absolue**

La Cour de cassation a fait le choix de faire de la nullité pour contrariété à l'objet social ou à l'intérêt social une nullité absolue. Le choix de ce caractère absolu pose question (A), notamment quant à ses effets sur les créanciers garantis par un cautionnement (B).

### A. Le choix de la nullité absolue

Pendant longtemps le caractère de la nullité n'avait pas été évoqué en jurisprudence. La première chambre civile a eu à se prononcer sur la question le 18 octobre 2017<sup>179</sup>. Une société civile avait garanti auprès d'une banque le remboursement d'un prêt contracté par un de ses associés, en affectant (à l'unanimité des associés) l'immeuble dont elle était propriétaire. À défaut pour l'associé d'avoir remboursé les échéances, la banque diligenta une saisie de l'immeuble, la société l'assigna donc en nullité de la sûreté réelle pour autrui. D'une manière inédite, s'est posée la question du caractère de la nullité éventuelle. Il était argué que l'action en nullité était prescrite, de par la prescription triennale de l'article 1844-10. Se posait dès lors la question de savoir quelle prescription était applicable à la nullité entre la prescription triennale, ou la prescription quinquennale pour une nullité relative, voire trentenaire (pour une nullité absolue avant l'ordonnance du 17 juin 2008). La Cour d'appel avait déclaré prescrite l'action en nullité. Elle relevait qu'affectant l'objet social, et non la décision d'assemblée, la prescription triennale était inapplicable, mais que la société ayant été victime d'une « erreur quant au caractère et à la portée du cautionnement souscrit », la prescription quinquennale de droit commun devait s'appliquer à cette nullité, qualifiée de relative. Ce raisonnement est censuré par la Cour de cassation puisque « l'action en nullité d'une sûreté accordée

---

<sup>179</sup> Cass. civ 1., 18 oct. 2017, n°16-17.184, *BJS* 2018, p. 286, note SCHLUMBERGER E.

par une société civile en garantie de la dette d'un associé, qui vise à faire constater une nullité absolue, était soumise à la prescription trentenaire de l'article 2262 (trentenaire), laquelle n'était pas acquise au jour de l'entrée en vigueur de cette loi ». Le cautionnement est donc annulé.

L'expression « L'action en nullité d'une sûreté accordée par une société civile » ne témoigne pas de la précision qu'on pourrait attendre de la Haute cour. En effet, la Cour répond à la question du caractère de la nullité en ne s'intéressant qu'à sa conséquence (la prescription ou non), sans s'intéresser à son fondement. En effet dans un raisonnement parfaitement orthodoxe, il aurait fallu déterminer le fondement de la nullité, donc la personne que la nullité protège, pour en déduire son caractère absolu ou non. Or ici la Cour de cassation assène - d'aucuns diraient de manière péremptoire - qu'il s'agit d'une nullité absolue. La parole du droit étant performative, il s'agit donc d'une vérité générale. Il convient néanmoins de s'interroger sur son bien-fondé.

La première carence de la motivation concerne la justification de la nullité : était-ce l'intérêt social ou l'objet social ? La Cour d'appel se fondait sur l'objet social et caractérisant une erreur sur la substance de la garantie. Ce raisonnement semble infondé, en effet la cour reconnaissait ici une erreur de la caution sur la substance de son engagement. Or, la première chambre civile juge que la seule appréciation erronée par la caution des risques que lui fait produire son engagement n'est pas une erreur sur la substance de nature à vicier son consentement, sauf à être entré dans le champ contractuel<sup>180</sup>. Le raisonnement d'appel semblait donc voué à l'échec. Reste que la Cour en choisissant une nullité absolue ne distingue pas entre l'intérêt social et l'objet social. Il convient certainement d'en déduire que peu importe et que la nullité est absolue dès qu'est en cause l'annulation d'une sûreté pour autrui consentie par une société civile (en application de l'adage *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

Reste qu'à notre sens l'intérêt social pouvant difficilement être érigé comme cause autonome de nullité, la nullité absolue paraît a fortiori difficilement concevable. Concernant l'objet social, il faut là être plus mesuré, puisque le principe de spécialité constituant à notre sens une incapacité de jouissance, il est envisageable de faire de la nullité du cautionnement consenti hors objet social une nullité absolue. D'ailleurs ici l'objet statutaire étant rempli (par l'unanimité), il s'agissait bien d'une non-conformité à l'objet social légal, ou à l'intérêt social.

Reste que l'appréciation du caractère d'une nullité doit normalement se faire à l'aune de la partie que la nullité entend protéger, ce qu'a confirmé l'ordonnance du 10 octobre 2016. Selon

---

<sup>180</sup> Civ.1re, 11 févr. 1986, n° 84-11.117 P : D. 1987. 446, obs. AYNES L.

l'article 1179 du code civil « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ». La dichotomie entre la nullité absolue et la nullité relative dépend donc de l'intérêt qu'entend sauvegarder la règle violée.

Ainsi qu'il a été montré, la nullité pour contrariété à l'objet social, ou à l'intérêt social protègent toutes deux la société caution, et son intérêt particulier. Cela peut justifier un traitement unitaire, mais en principe devrait permettre de prononcer une nullité relative.

Un auteur a cherché un fondement à la nullité absolue<sup>181</sup>. Selon lui la règle (selon laquelle un cautionnement consenti hors objet social ou non conforme à son intérêt est nul de nullité absolue) pourrait être vue comme « le choix de politique générale fait par le législateur permettant la création d'un acteur économique, la société, pour que celle-ci agisse en vue de créer de la valeur. De la sorte, le législateur a institué un acteur économique destiné à la promotion non seulement de son intérêt particulier, mais plus largement de l'intérêt général ; la réalisation de son intérêt par chaque société permettant un accroissement général de valeur au sein de la société. On pourrait alors comprendre qu'une société ne puisse agir contre son intérêt et que la sanction d'un tel acte soit la nullité absolue puisque cet acte heurterait directement l'intérêt général dans la fonction qu'il a attribuée à la société ». Cette analyse nous paraît pertinente, mais seulement si la nullité était prononcée pour contrariété de la sûreté à l'objet social légal (intérêt ici), précisément puisqu'ici serait alors violé l'article 1832 du code civil, or la spécialité légale d'une société ou d'un groupement étant d'ordre public de par la loi, on peut considérer qu'elle protège l'intérêt général. À reprendre les analyses des professeurs Viandier et Dupichot, dire que la nullité est prononcée pour cause illicite pourrait également justifier son caractère absolu. Du reste l'intérêt social tel qu'il est conçu par la Cour de cassation (c'est à dire l'absence de contrepartie ou le risque de disparition) protège seulement la société et ne peut justifier selon nous une nullité absolue.

Reste qu'indépendamment du fondement, la nullité absolue la véritable critique qu'il faut lui adresser, est qu'elle renforce encore les risques pour le créancier de voir sa sûreté annulée.

---

<sup>181</sup> PORACCHIA D. Op cit.

## B. Les effets de la nullité absolue

La nullité étant qualifiée d'absolue, il conviendra d'appliquer son régime. L'article 1180 nouveau du Code civil prévoit que la « nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public. Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat ». En comparaison pour une nullité relative, l'article 1181 dispose lui que « La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger. Elle peut être couverte par la confirmation ». Le nombre des personnes habilitées à invoquer une nullité absolue est donc largement accru. Ainsi dans le cas d'une nullité relative, la société, seule personne ayant intérêt à agir, puisque seule protégée par la règle violée (la conformité à l'objet ou l'intérêt social) aurait pu agir, par l'intermédiaire de son représentant, à l'exclusion des associés (sauf à voir que du fait de leur responsabilité illimitée, ils auraient un intérêt personnel à agir). Or, ainsi que cela a été observé, le dirigeant est souvent le bénéficiaire indirect du cautionnement qui couvre généralement un engagement personnel, ce qui conduirait à une exclusion quasi systématique de la nullité selon certain<sup>182</sup>. Cet argument n'est en réalité pas dirimant, l'intégralité des arrêts et des contentieux cités prouvant que les sociétés invoquent le plus souvent la nullité (par leur dirigeant donc), du fait du risque de responsabilité illimitée justement. La nullité absolue élargit, elle, la liste des demandeurs potentiels en nullité. Elle permet donc aux associés d'agir en nullité, fait rare puisque les cautionnements sont le plus souvent accordés à l'unanimité. Cela pourrait pourtant s'avérer possible et permettre aux associés a posteriori de se rendre compte de la teneur de leur engagement. En plus des associés, la nullité absolue devrait permettre aux autres créanciers sociaux d'invoquer la nullité, ce qui précarise encore la situation du créancier bénéficiaire du cautionnement. Il faudrait toutefois pour eux démontrer d'un intérêt à agir.

De plus, le second effet de l'alinéa 2 de l'article 1180 est d'empêcher la confirmation/ratification de l'acte. L'article 1180 ne précise pas, mais elle n'est possible que pour la partie qui pourrait se prévaloir de la nullité, au cas présent, il s'agirait de la société. Ainsi si un dirigeant conclut une garantie hors objet social ou contraire à l'intérêt social, les associés ne pourront pas à *posteriori* ratifier l'acte. Cela a-t-il réellement une portée pratique ? Ce n'est pas certain, car le plus souvent les garanties sont consenties à l'unanimité des associés. Un auteur relève cependant un effet protecteur des associés puisqu'il ne sera plus possible au dirigeant « de forcer quelque peu la main aux associés pour soustraire la garantie souscrite à tout risque de remise en cause ultérieure »<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> SCHLUMBERGER E., Nullité absolue de la garantie de la dette d'un associé souscrite par la société, *BJS*, févr. 2018, n° 117h7, p. 76.

<sup>183</sup> *Ibid.*

Reste qu'il n'est pas certain que la confirmation aurait en toutes hypothèses mis le créancier à l'abri de la nullité sachant que la Cour cassation considère que la garantie consentie à l'unanimité ne suffit pas à concrétiser un respect de l'intérêt social.

A noter que dans sa défaveur envers le créancier titulaire de sûreté, la Cour de cassation refuse de faire jouer la règle selon laquelle la nullité est inopposable au tiers de bonne foi<sup>184</sup> (sur les justifications voir *infra*).

Au résultat, la nullité et son caractère absolu profite à la société, les titulaires du droit d'agir en nullité sont multipliés, et en plus, il est impossible pour les associés de sécuriser l'acte (éventuellement annulable) à posteriori.

Ajouté au contrôle de l'intérêt social parfois incertain, cette nullité absolue est défavorable au créancier, mais aussi au crédit social. Le régime est ainsi largement déséquilibré. Ce déséquilibre n'est ni souhaitable, ni légitime. En effet, le contrôle des actes consentis par la société et son gérant était à l'origine équilibré, tel était le vœu du législateur, aujourd'hui largement contredit. Dans toutes situations, les associés - surtout à risque illimité - ne courent plus que trop rarement le risque de responsabilité, au détriment du créancier pourtant titulaire d'une sûreté, ce qui peut n'être qu'insatisfaisant. Ce régime pourrait néanmoins être amené à évoluer, du fait d'évolutions législatives récentes.

---

<sup>184</sup> Cass. Com., 9 décembre 2014, n°13-25.219, Inédit.

Le contrôle du cautionnement tel qu'il a été présenté ne laisse pas penser que la Cour de cassation prévoit de le faire évoluer. En effet le régime est stable, au moins sur le plan jurisprudentiel. Cependant l'évolution pourrait venir - et c'est sûrement souhaitable - du législateur, absent jusque-là, en la matière. Ce dernier n'a pas et ne réglementera semble-t-il pas la question du cautionnement consenti par les sociétés. Mais deux réformes législatives d'importance devraient avoir des effets incidents, et d'importance, sur les cautionnements consentis par les sociétés : la loi PACTE du 22 mai 2019<sup>185</sup>, et la loi de ratification de l'ordonnance de 10 octobre 2016<sup>186</sup>. L'évolution devrait se mettre en marche (Section 1), et limiter la nullité. Le contrôle de l'intérêt social fragilisé, l'occasion se présente de revenir à un régime à la fois plus orthodoxe et plus cohérent, à travers un contrôle du cautionnement limité à l'objet social légal (Section 2), qui, sans renier les vingt dernières années d'œuvre jurisprudentielle, permettrait d'équilibrer la protection de la société par le principe de spécialité et celle du créancier par sa sûreté personnelle.

### **Section 1 - Une évolution attendue**

L'évolution est attendue par les praticiens, mais semble surtout proche. La loi Pacte (§1), et la loi de ratification du 20 avril 2018 (§2) devraient en effet avoir une influence majeure sur la sanction à appliquer au cautionnement contraire à l'objet social, voire à l'intérêt social.

#### **§1. La loi PACTE du 22 mai 2019**

La loi pacte a consacré textuellement la notion d'intérêt social (A), mais en a limité la sanction, ce qui devrait avoir une influence en matière de cautionnement (B).

##### **A. Les nouveaux articles 1833 et 1844-10 du Code civil**

A la suite du rapport Notat-Sénard, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », et de la promulgation de la loi Pacte, l'intérêt social est entré dans le Code civil. Spécialement à l'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil qui dispose aujourd'hui que « *la société est gérée dans son intérêt social,*

---

<sup>185</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

<sup>186</sup> LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

*en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Cette « grande entrée »<sup>187</sup> valant dans toutes les sociétés, commerciales comme civiles.

Mais l'intérêt social plus discrètement s'invite aussi à l'article 1844-10 du Code civil dont l'alinéa premier dispose que « La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions de l'article 1832 et du premier alinéa des articles 1832-1 et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général », l'alinéa troisième poursuivant « La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ». Grande entrée pour petits effets ? Peut-être. L'intérêt social est consacré dans sa fonction de boussole dans les relations internes et pour les dirigeants, mais à lire l'article 1844-10, il ne peut constituer une cause de nullité ni de la société, ni de ses actes ou délibérations.

L'intérêt social ne semble donc, après la loi PACTE, plus permettre d'annuler une décision sociale, ou un contrat conclu par la société, du fait en réalité d'un compromis politique le législateur ayant tenté de ménager des intérêts antagonistes (entre les partisans de l'Entreprise, et ceux de la liberté de gestion). Cela ne peut être sans conséquence pour le contrôle des cautionnements consentis par des sociétés.

## B. L'incidence sur le cautionnement

Ainsi qu'il a été observé, les cautionnements consentis par des sociétés, notamment les sociétés de personne, peuvent être annulés, s'ils n'entrent pas dans l'objet social, ou s'ils sont contraires à l'intérêt social. La loi PACTE est donc sans incidence sur l'objet social. Mais l'intérêt social comme cause de nullité sera la victime collatérale de l'indécision législative. Le texte interdit de manière expresse d'annuler un acte pour contrariété à l'intérêt social. Le législateur n'avait certainement pas pensé à son influence en matière de cautionnement ou d'abus de droits sociaux. En effet pour caractériser un abus de majorité, de minorité ou d'égalité, la décision doit être contraire à l'intérêt social. Cependant, avec un auteur<sup>188</sup>, il faut remarquer que l'abus de majorité exige également une rupture d'égalité entre associés, ce qui pourrait permettre de maintenir la nullité. Ce n'est pas le cas pour l'intérêt social ! L'intérêt social étant un critère autonome de validité aujourd'hui (cumulatif ou alternatif à l'objet social), lorsqu'une nullité est prononcée pour contrariété à l'intérêt social, il

---

<sup>187</sup> MESTRE J., Intérêt social, Revue Lamy Droit civil, N° 174, 1er octobre 2019.

<sup>188</sup> COHEN D., Les garanties émises par les sociétés : un changement de perspective ? *In Mélanges Laurent Aynès*, L.G.D.J décembre 2019.

s'agit de son fondement exclusif. Depuis vingt ans, la cour de cassation annule les cautionnements consentis par des sociétés pour contrariété à l'intérêt social en dépit d'un fondement largement incertain, mais « notre droit des sociétés, jusqu'à présent, n'affirmait pas que la sanction de la nullité était expressément exclue en cas de contrariété à l'intérêt social... »<sup>189</sup>.

Trois voies s'offrent ainsi à la Cour de cassation. La première serait de faire évoluer son fondement pour contrôler les cautionnements (solution souhaitable au demeurant). La seconde, de sanctionner la contrariété à l'intérêt social autrement que par la nullité (par une inopposabilité à la société par exemple, qui n'apparaît pas aberrante s'agissant d'un dépassement de pouvoir). Ou encore, maintenir une nullité, voire une nullité absolue, pour non-conformité à l'intérêt social, mais en ne la fondant pas directement sur l'intérêt social mais sur une cause de nullité des contrats (notamment la cause, le but illicite ainsi que l'a préconisé Alain Viandier).

La nullité pourrait donc voir son champ restreint à l'avenir, voire être supplanté par une autre sanction du fait des effets qu'aura à n'en pas douter la loi PACTE sur l'intérêt social.

## **§2. L'ordonnance du 10 février 2016 et la loi de ratification du 20 avril 2018**

L'ordonnance du 10 février 2016 a créé un régime de droit commun applicable à la représentation (A), dont certaines dispositions pourraient avoir des incidences en matière de cautionnement (B).

### **A. Le nouveau régime de la représentation**

L'ordonnance du 10 octobre 2016 a introduit un droit commun de la représentation afin de « de définir un régime général de la représentation, quelle que soit sa source (conventionnelle, légale ou judiciaire) »<sup>190</sup>. Son champ d'application pourrait donc s'appliquer aux relations entre la société et son « mandataire social », à en suivre le rapport, peu important qu'on considère qu'il s'agit d'un mandat conventionnel ou légal.

Il convient de mentionner les articles 1156 et 1157 nouveaux du Code civil. Le premier prévoit (pour ce qui nous intéresse) une inopposabilité au représenté des actes accomplis par le représentant en *dépassement* de pouvoir. Le second qu'en cas de *détournement* de pouvoir du représentant au

---

<sup>189</sup> DONDERO B., *La loi empêche-t-elle de sanctionner les abus de majorité ?*, Option finance, CMS Francis Lefebvre avocats, 11 juin 2019/

<sup>190</sup> JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

détriment du représenté, le représenté peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer.

Ces articles viennent donc encadrer les sanctions du dépassement ou du détournement de pouvoir par un mandataire. Au cas d'une société, cela conduit à considérer que l'acte conclu par le dirigeant social en dépassement de son pouvoir de représentation est inopposable à la société. Mais que la société ne pourra invoquer le cas échéant une nullité que si le mandataire a commis un détournement de pouvoir et si le tiers est de mauvaise foi.

Si elles venaient à s'appliquer aux sociétés ces règles modifieraient radicalement les sanctions aujourd'hui applicables en matière de cautionnement, puisque l'annulation du cautionnement serait limitée au *détournement* si le tiers cocontractant est de mauvaise foi.

#### B. L'incidence sur le cautionnement

En matière de cautionnement, le principe de spécialité limite la capacité de jouissance de la société mais également les pouvoirs du dirigeant social. En conséquence un cautionnement conclu hors objet social peut être considéré comme nul car n'entrant pas dans la capacité mais aussi être considéré comme un acte consenti en dépassement de pouvoir. Il pourrait donc se voir appliquer les articles 1156 et 1157 du Code civil.

En conséquence, si le cautionnement n'est pas inclus dans l'objet social (largement entendu communauté d'intérêt et unanimité inclus), il devrait être considéré comme inopposable à la société représentée. Cependant, si la société parvient à prouver que le dirigeant a agi dans son intérêt propre, c'est à dire dans un intérêt qui n'est pas celui de la société (ce qui revient encore à apprécier l'intérêt social...), là, la société pourra invoquer la nullité *relative* mais seulement si le créancier est de mauvaise foi. La nullité est alors soumise à un double obstacle, la preuve du détournement de pouvoir par la société, et ensuite la preuve de la mauvaise foi du créancier. L'action en nullité serait donc largement limitée, ce qu'il faut saluer.

Cette solution trancherait avec le régime actuel pour plusieurs raisons. D'abord, elle modifierait la sanction de principe qui ne serait plus la nullité mais l'inopposabilité. Ensuite parce que pour le cas où la société demanderait la nullité, celle-ci, serait à la fois relative, facultative, et surtout conditionnée à la bonne foi du créancier (qui est aujourd'hui indifférente).

Faudrait-il pour autant s'en réjouir ? L'exemple du régime d'autorisation préalable, dans les sociétés anonymes permet d'entrevoir les avantages ou inconvénients d'une telle solution. En la matière, un

cautionnement doit à peine de validité être soumis à une autorisation préalable du conseil d'administration. A défaut, celui-ci est inopposable à la société. Or cette sanction est très critiquée par la doctrine, en ce qu'elle est excessivement protectrice de la société et sévère pour le créancier. En effet, frappé d'inopposabilité l'acte est considéré comme n'existant pas pour la société et ne peut faire l'objet d'une confirmation. Elle soustrait également la société à toute action en responsabilité de la part du créancier, puisque précisément aucune faute ne peut lui être reprochée, l'acte lui étant indifférent. De plus l'inopposabilité de l'acte à la société perturbe pour le créancier le jeu de la prescription<sup>191</sup>. Le créancier garde certes la possibilité d'agir contre un dirigeant social tenu personnellement, le contrat demeurant entre les parties. On peine pourtant à voir comment le gérant pourrait être tenu à garantie dans la mesure où le plus souvent la garantie consentie par une société (à l'exclusion des SA pour notre sujet), est le plus souvent une sûreté réelle pour autrui. Comment le gérant pourrait-il honorer un engagement sur un bien dont il n'est pas propriétaire ?

La nullité relative, elle, serait plus favorable au créancier, précisément parce qu'elle permettrait une confirmation, et qu'elle limiterait l'action à la société protégée par le principe de spécialité ou l'intérêt social. Mais là encore, la nullité relative n'est qu'un moindre mal. Le critère de l'intérêt social tel qu'il est interprété maintiendra le risque d'annulation nonobstant la diligence du créancier. Il n'est pas certain que ce régime non spécifique au cautionnement permettrait de rééquilibrer le rapport entre créancier et société caution.

De plus, il est loin d'être certain que ce régime de représentation s'applique aux sociétés. Quoiqu'en dise le rapport au président de la République, les articles 1156 et 1157 sont consacrés à la « représentation conventionnelle »<sup>192</sup>. Or si les « mandataires sociaux » sont qualifiés comme tels, ils tiennent pour autant leur pouvoir de la loi, ce qui permet à la Cour de cassation de juger que « le dirigeant social d'une société détient un pouvoir de représentation de la société, d'origine légale, l'arrêt retient, à bon droit, que les dispositions spécifiques du code civil régissant le mandat n'ont pas vocation à s'appliquer dans les rapports entre la société et son dirigeant »<sup>193</sup>. Il s'agissait en l'espèce des articles 1982 et suivants du Code civil. Le droit commun de la représentation issu de l'ordonnance du 10 octobre 2016 est-il par la même exclu ? Il est possible de le penser en application de l'adage *Specelia generalibus derogant*, et de cet arrêt. Chaque fois qu'une règle spéciale existera, ce droit commun ne devrait alors pas être applicable.

---

<sup>191</sup> Sur ces questions voir ANSAULT J.-J., L'autorisation des garanties octroyées par les sociétés anonymes : un dispositif à rafraîchir, *Revue Lamy Droit civil*, N° 105, 1er juin 2013.

<sup>192</sup> DANIS-FATOME A., Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant, *Revue des contrats* 2017 - n°01 - page 177.

<sup>193</sup> Cass. com., 18 sept. 2019, n° 16-26.962, obs. BARILLON C., *Gaz. Pal.* 17 déc. 2019, n° 44 p. 74.

La question reste de savoir si des règles de droit spécial des sociétés y dérogent ? M. Clément Barillon<sup>194</sup> considère que oui s'agissant du dépassement de l'objet social. Autrement dit l'article 1849 (que vise la Cour de cassation pour annuler les cautionnements contraires à l'objet social et à l'intérêt social) dérogerait aux articles 1156 et 1157. Ce n'est pas certain. L'article 1849 en précisant que la société n'est engagée que par les actes entrant dans son objet social, ne précise pas la sanction applicable au dépassement de pouvoir de son dirigeant (qui est donc une question différente, même si elle en est la conséquence), d'ailleurs, seule la règle sur les clauses limitatives de pouvoirs des dirigeants a réellement traité à la représentation. Pour les sociétés de capitaux le problème se pose différemment, puisque là les textes précisent que l'acte est opposable à la société sauf mauvaise foi du tiers, ce qui laisse penser qu'il s'agit bien d'une règle dérogatoire aux principes des nouveaux articles 1156 et 1157 du Code civil.

L'arrêt de la Cour de cassation est cependant plus général, semblant exclure tout simplement l'application des règles de représentation conventionnelle. Il n'est donc pas certain que ces articles 1156 et 1157 du Code civil puissent un jour s'appliquer aux cautionnements consentis par des sociétés. Les créanciers ne devraient pourtant pas manquer d'invoquer ces dispositions. A terme la Cour de cassation pourrait y être sensible.

Ce dont il est certain, c'est que le régime des cautionnements consentis par des personnes morales sera amené à évoluer. A n'en pas douter sur le fondement de l'intérêt social comme cause de nullité, mais avec des incertitudes quant à cette sanction et à l'applicabilité effective du droit commun de la représentation. Il nous semble dès lors qu'il est temps de s'interroger sur une refonte - modeste - de l'actuel contrôle des cautionnements émis par des sociétés.

## **Section 2 - Un contrôle restreint de l'objet social légal**

Le retour au contrôle de l'objet social légal, en tant qu'intérêt patrimonial de la société, pourrait permettre de revenir à un contrôle ayant une base légale établie, sans pour autant renier l'actuelle jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, l'intérêt social doit pouvoir être contrôlé comme l'intérêt patrimonial de la société en vertu de l'article 1832 du Code civil (§1). Un tel contrôle de l'objet social légal permettrait également au régime de retrouver une cohérence globale (§2).

---

<sup>194</sup> BARILLON C. *Op. Cit.*

## §1. Le contrôle limité de l'intérêt patrimonial de la caution

Le contrôle par l'objet légal doit permettre de vérifier l'intérêt de la société à la conclusion du cautionnement. L'on se rapprocherait ici d'un contrôle de ce qui a déjà été appelé la cause subjective du contrat. Mais cela serait la conséquence non pas de règles du cautionnement mais des principes du droit des sociétés. Cette solution n'est pas radicale mais semble bienvenue (B), certaines propositions semblant irréalisables (A).

### A. L'impossible suppression du contrôle des cautionnements

Un éminent auteur propose l'abandon du critère de l'intérêt l'objet social, et de l'autorisation préalable dans les sociétés anonymes (qui ne nous concernait pas au premier chef)<sup>195</sup>, dans un double objectif, renforcer l'efficacité de la sûreté, et renforcer les possibilités de crédit pour la société. Quant aux objectifs, il ne fait pas de doute que c'est ce vers quoi il faut tendre (*supra* Partie 2, chapitre 1, Section 1). La solution paraît pour le moins radicale. La suppression du contrôle de l'objet social nous paraît inenvisageable tant il est ancré en droit français, et tant il est légitime, au moins dans les sociétés de personnes où les tiers doivent vérifier que le cautionnement est inclus dans l'objet social pour être sûr que l'acte conclu avec la société soit opposable. Il est argué que cet objet constitue le but de la société, et qu'il ne saurait inclure de cautionnements. La jurisprudence a pourtant admis qu'il était possible d'y inclure des cautionnements, mais surtout, il faut se souvenir que l'objet social est aussi - et surtout - l'objet social légal, qui précisément sous-tend qu'un acte doit profiter à la société émettrice (autrement ils ne profiteraient pas aux associés). Il faut néanmoins, comme cet auteur le suggère d'ailleurs, revenir à un contrôle différent de l'entrée dans l'objet social (*infra*).

Quant à la suppression du critère de l'intérêt social, il convient de rejoindre l'opinion du professeur Cohen, c'est la source des maux du cautionnement consenti par une personne morale, notamment des risques accrus d'annulation du cautionnement et le caractère impraticable de la notion. Les inconvénients de la notion ont déjà été évoqués, comme sa probable évolution.

Il ne nous paraît cependant pas possible d'en finir définitivement avec l'intérêt social. Pour deux raisons. D'abord, parce que l'intérêt social n'est pas forcément illégitime. En effet, l'intérêt social, comme la communauté d'intérêts d'ailleurs sont tous deux empreints de la nécessité que les actes consentis par une société servent un intérêt patrimonial et soient orientés vers un profit certain. En cela l'intérêt social, même s'il devrait être absorbé par l'objet légal (*infra*) ne pourrait, et ne devrait pas, être totalement supprimé. Ensuite, parce que l'avènement de l'intérêt social s'est fait petit à petit

---

<sup>195</sup> COHEN D., Les garanties émises par les sociétés : un changement de perspective ? In *Mélange Laurent Aynès*, L.G.D.J décembre 2019.

par la jurisprudence, dès lors, il n'est certainement pas réaliste de penser qu'un abandon pur et simple soit possible, sans manquer de réalisme.

Il a été également proposé de supprimer purement et simplement « toute sanction (ou tout risque) de nullité des garanties émises ». Là encore, l'idée est séduisante en ce qu'elle permettrait, de sécuriser davantage les créanciers et de redonner sa vigueur au cautionnement. Mais là encore, cela paraît irréalisable. En effet, le principe de spécialité commande que soit attachée une sanction au dépassement de l'objet social (et dans les sociétés à risque limité, si le tiers en avait connaissance), il serait bien étrange de supprimer dès lors toute sanction *ex post* d'un acte, n'entrant pas dans la capacité de la société et en plus, conclu sans pouvoir... On ne peut d'ailleurs pas penser que la seule menace de responsabilité du dirigeant suffirait à le raisonner, d'autant plus dans un contexte de SCI familiale par exemple. D'ailleurs, il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici de protéger la caution (*infra*, Partie 1, chapitre 2). Certes il s'agit d'une société, mais il est évident, que la Cour de cassation dont la politique est à la protection accrue de ce garant jugé fragile, ne saurait se contenter de tels remèdes rétrospectifs. Dès lors seule, une évolution moins ambitieuse, nous paraît envisageable.

#### B. L'objet social légal, solution de compromis

Actuellement, le cautionnement doit pour être valable pour une société de personnes notamment entrer dans l'objet social et être conforme à son intérêt social. L'objet et l'intérêt social sont donc des critères de même rang. On ne peut pourtant s'empêcher de penser que l'intérêt social tel que l'envisage la Cour de cassation, fait partie de l'objet social, l'objet social légal. Ainsi qu'il a été vu, cet objet social légal, selon l'article 1832 et l'analyse « pénétrante »<sup>196</sup> du professeur Hovasse, implique que « Le partage d'un bénéfice entre les associés ou la réalisation d'une économie en leur faveur ne sont concevables que si la société, à travers chacun de ses actes, recherche un avantage économique pour elle. Tous les actes accomplis par une société doivent être justifiés par l'obtention d'un intérêt ». Certes, l'article 1832 concerne le profit pour les associés, mais on comprend aisément qu'il soit conditionné du fait du mécanisme de distribution à un profit pour la société. Or ainsi que l'a relevé Henri Hovasse, et bien avant le contrôle de l'intérêt social comme cause autonome de validité, c'est ce qui requiert que le cautionnement soit conforme à un intérêt « social de la société ».

Cet intérêt social doit pourtant être inclus dans l'objet social dont il est alors une composante. Ainsi si le contrôle de l'intérêt social semble difficile à fonder *per se*, il semble au contraire bien-

---

<sup>196</sup> DUPICHOT Ph, *Op.cit.*

fondé s'agissant de l'intérêt de la société au sens de l'article 1832 du Code civil. Sa première version a été la communauté d'intérêts, l'intérêt de la société caution étant garanti par le fait qu'elle tirait un profit à cautionner le débiteur, profit que tirait également ce dernier. S'y est ajouté, mais sans supprimer l'intérêt social, qui ne s'apprécie cette fois plus que dans la caution, mais de manière objective dans une contrepartie ou un engagement proportionnel à son patrimoine. Si les auteurs ont pu critiquer justement cette construction, c'est finalement parce que ces notions ne sont que divers moyens pour la Cour de cassation d'apprécier l'objet social légal de la société. Cela est d'autant plus étrange que cet intérêt peut donc être apprécié deux fois par les juges, d'abord dans l'objet social par la communauté d'intérêts et ensuite dans le critère autonome de l'intérêt social. Ce qui laisse penser qu'un cautionnement apparemment contraire à l'objet social légal, pourrait néanmoins lui être finalement conforme en passant l'obstacle de l'intérêt social. Une telle imbrication n'est pas satisfaisante. Ce pourquoi il convient pour les juges de limiter leur contrôle au seul objet social de la société.

Il faudrait de plus simplement vérifier que le cautionnement *se rattache* à l'objet social (légal et statutaire) et non qu'il « *entre directement* » dans celui-ci. Cela éviterait les incertitudes quant à la violation du monopole bancaire et éviterait l'effet mécanique de la jurisprudence actuelle, c'est à dire soit recourir systématiquement à l'unanimité, soit affubler par tous moyens une contrepartie au cautionnement donné à une entité du groupe. Cela permettrait en outre à la jurisprudence de continuer malgré tout d'apprécier l'intérêt qu'a la société à la conclusion du cautionnement et ce au cas par cas. En ce sens, cela n'empêcherait pas la cour de cassation de maintenir un contrôle de la contrepartie ou de la proportionnalité (ce qu'elle maintiendra à notre sens de toute manière).

Le cautionnement devrait-il alors être conforme à la fois à l'objet social légal et à l'objet social statutaire ? Autrement dit, l'objet social légal et l'objet social statutaire sont-ils des critères cumulatifs ? Il faut considérer que oui. En effet, l'objet social légal doit constituer la boussole de tous les actes sociétaires alors que l'objet social statutaire doit lui prévoir les activités de la société, mais dans ces limites. En cela les deux critères doivent être cumulatifs. Quel intérêt alors de supprimer l'intérêt social pour lui substituer une autre cause de nullité du contrat de cautionnement ? L'intérêt réside principalement dans la cohérence de ce nouveau fondement et de ses effets sur les conditions d'annulation du contrat.

## §2. Un régime cohérent et équilibré

Un régime fondé sur le contrôle à la fois de l'objet social légal et de l'objet statutaire, s'il permettrait toujours un contrôle relativement important du juge sur les cautionnements n'est pas dépourvu d'avantages. Fondé sur l'article 1832 du Code civil (A), il bénéficierait d'un fondement certain, qui permettrait en outre de limiter la nullité (B) et partant de rééquilibrer le régime au bénéfice du créancier garanti.

### A. Le fondement : l'article 1832 du Code civil

Quel pourrait être le fondement d'un contrôle par l'objet social légal ? L'hypothèse est la suivante, un cautionnement est conclu, il se rattache à l'objet social statutaire, mais la société n'en tire aucun intérêt, par exemple il grève lourdement son patrimoine. Celle-ci en demande la nullité. Puisque la société ne tire aucun avantage de ce cautionnement, entièrement désintéressé, il peut être annulé comme contraire à son objet social légal et sur quel fondement ?

L'article 1832 semble ici bienvenu. Il est admis que la société ne peut poursuivre d'actes qui ne concourent pas pour elle à la création de valeur, sans laquelle ses associés ne pourraient être en mesure de partager des bénéfices. Or cette exigence est prévue par l'article 1832 du Code civil. L'article 1832 du Code civil est par ailleurs une disposition impérative à n'en pas douter au sens de l'article 1844-10 du Code civil applicable à toutes les sociétés. En cela, contrôler les cautionnements sur ce fondement permettrait donc d'appliquer la sanction de la nullité, sans qu'elle ne puisse être contestée.

Ce fondement devrait pouvoir permettre, par ailleurs, d'admettre que cette nullité ne soit pas opposable au tiers (créancier) de bonne foi en application de l'article 1844-16 du Code civil. En effet, actuellement, la Cour de cassation est indifférente à la bonne foi du créancier<sup>197</sup>. Précisément il a été jugé que « les dispositions de l'article 1844-16 du code civil ne [concernant] que les nullités relatives aux conditions de fonctionnement de la société, la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions, en a déduit à bon droit que la nullité de l'engagement de caution était opposable [au créancier de bonne foi]. Il semble que la nullité soit actuellement inopposable parce que fondée, non pas sur une cause de droit des sociétés, mais sur une cause de nullité des contrats en général (probablement donc sur la

---

<sup>197</sup> Cass. Com., 9 décembre 2014, n°13-25.219, Inédit.

cause illicite). Cela expliquerait que la Cour refuse d'appliquer l'article 1844-16 et réserve le droit commun en jugeant que la bonne foi du tiers créancier est indifférente<sup>198</sup>.

Faire de l'article 1832 le fondement de la nullité permettrait de n'annuler le cautionnement que si le créancier était de mauvaise foi. Ceci serait de nature à renforcer l'efficacité du cautionnement pour le créancier et donc à en limiter les risques d'annulation, en plus de donner un fondement certain au contrôle et à la nullité. Le risque de nullité serait cependant plus grand que la solution que postulent les articles 1156 et 1157 du Code civil, puisqu'ici il n'y a pas à avoir recours à la notion de détournement par le représenté. Mais la conséquence serait pourtant proche empêchant surtout la société d'annuler un acte alors que le créancier était de bonne foi.

Cette solution serait dans son principe également, bienvenue. En effet, rendre la nullité inopposable au tiers de bonne foi permettrait de rompre avec la critique formulée de l'immoralité de l'actuel contrôle des cautionnements de la Cour de cassation. En effet, la faculté offerte aux dirigeants sociaux de se dédire serait largement circonscrite, car conditionnée à un élément extrinsèque qu'ils ne peuvent contrôler, à savoir la bonne ou mauvaise foi du créancier bénéficiaire de la garantie.

Reste à déterminer le caractère que revêtirait cette nullité fondée sur la violation de l'article 1832 du Code civil.

#### B. La sanction : une nullité relative

Actuellement, la nullité pour contrariété du cautionnement à l'objet ou l'intérêt social est une nullité absolue. L'article 1832 laisserait certainement lui aussi place à une nullité absolue. L'article 1832 est d'ordre public et ainsi qu'il a été observé, il est possible de voir dans la spécialité légale une protection de l'intérêt général (*infra* Partie 2, chap.1, Sect.1). Mais cette interprétation semble la plus complexe. Le plus simple est de dire qu'ici la règle (l'objet social légal) protège la société, puisque celle-ci ne doit pas conclure un acte contraire à son intérêt financier et patrimonial, ni à celui de ses associés.

---

<sup>198</sup> En ce sens, PORACCHIA D., Nullité d'un cautionnement contraire à l'intérêt social, malgré le consentement unanime des associés, *BJS* déc. 2012, n° 12, p. 831.

En application de l'article 1179 du Code civil il faudrait voir dans la protection de l'objet social légal la protection d'un intérêt privé, celui de la société, ce qui justifierait que la nullité soit relative.

Une nullité absolue pourrait cependant être possible dans la mesure où l'objet social légal et le principe de spécialité limitent la capacité de jouissance de la société. Une nullité absolue n'est pourtant pas souhaitable (*supra* Partie 2, chap. 1). En toute état de cause, si la nullité absolue était choisie, elle serait fondée sur la contrariété à l'article 1832 et l'objet social légal, ce qui éviterait au moins une incohérence.

Reste enfin, à savoir si ce nouveau contrôle de l'objet social légal devrait s'appliquer aux sociétés de capitaux. Le droit commun de la représentation leur semblait inapplicable, les règles du Code de commerce concernant le principe de spécialité pouvant être vues comme dérogeant au droit commun. Là, il est certain que l'article 1832 leur est applicable. Un contrôle de l'objet légal qui s'ajouterait au contrôle de l'objet statutaire et remplacerait l'éventuelle communauté d'intérêt paraît envisageable. Il n'est pas souhaitable de le généraliser pour autant. Il pourrait être évité dans les sociétés anonymes en considérant que l'article L.225-35 et l'autorisation préalable des cautionnements constitue un régime dérogatoire au droit commun de la validité des cautionnements. Invoquer la directive qui limite (en son principe) la multiplication des causes de nullité des actes conclus par une société, pourrait également être dirimant pour exclure dans ces sociétés ce contrôle nouveau. Du reste, il est certain que pour les mêmes raisons que la non-conformité à l'intérêt social ne peut justifier une nullité dans le régime actuel, la non-conformité à l'objet social ne devrait pas pouvoir permettre de rendre inopposable à la société le contrat, sauf peut-être donc à ce que le tiers soit de mauvaise foi.

Pour finir, il convient d'ajouter un mot sur la nouvelle sanction du cautionnement disproportionné conclu par une personne physique. Il est impossible de prendre appui sur l'avant-projet de réforme du droit des suretés pour envisager des évolutions certaines du régime applicable aux sociétés, puisque l'avant-projet n'en traite pas. Cela dit il pourrait avoir une influence. L'article 2301 de l'avant-projet dispose que « Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation. ». Un tel cautionnement est donc sanctionné par une « réduction » de l'engagement, sanction évinçant la déchéance que prévoit l'article L.332-1 du Code de la

consommation, à la suite de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>199</sup>, en cas de cautionnement disproportionné. Cet article ne serait bien sûr applicable qu'aux personnes physiques avec d'ailleurs tout créancier. Il n'a cependant pas échappé aux observateurs, que le contrôle des cautionnements des sociétés et notamment la caractérisation de l'intérêt social étaient largement inspirés du contrôle de la disproportion des cautionnements de personnes physiques (*supra* Partie 2, Chapitre 1, Section 1, §2). Empruntant le même mimétisme, il n'est dès lors pas impossible que la jurisprudence, à l'avenir, au lieu de prononcer l'annulation des cautionnements consente seulement à leur réduction. Cette solution serait évidemment favorable au créancier, mais aussi à la caution, et en cela serait tout à fait souhaitable en tant que solution d'équilibre. L'avant-projet n'étant cependant pas adopté, cet éventuel changement de jurisprudence n'est ici que spéculation.

Il est certain que l'évolution vers un tel régime serait souhaitable mais n'est qu'une hypothèse. Cependant l'intérêt social devant être banni des causes de nullité des actes de la société, le contrôle par l'objet social légal paraît un bon compromis, pour retrouver une certaine cohérence et rééquilibrer le régime en protégeant davantage le créancier garanti, sans pour autant laisser désarmée la société caution.

---

<sup>199</sup> Cass. Com., 8 octobre 2002, *Nahoum*, n° 99-18.619; *D.* 2003. 414, obs. C. Koering ; *RTD civ.* 2003. 125, obs. P. Crocq ; *LPA.* 18 juill. 2003, note C. Brenner.

## CONCLUSION

La société et le cautionnement entretiennent des relations tumultueuses. L'intérêt social, au gré d'une évolution de la jurisprudence dans le sens de la protection toujours renforcée de la société caution, est devenu le fossoyeur de l'intérêt des tiers à réclamer des sociétés un cautionnement. En effet pour ces créanciers pourtant titulaires de sûretés, les risques de voir impayée leur créance sont multipliés. Ceux-ci ne seront payés en cas de défaillance du débiteur principal que si leur cautionnement est considéré valable. Épreuve compliquée, dans les sociétés à risque illimité, puisque celui-ci devra être entré dans l'objet social de la société caution, sauf à avoir été consenti à l'unanimité des associés de cette société, ou s'il existe une communauté d'intérêts entre le débiteur et la caution. Mais pas seulement – dommage pour le créancier - puisque le cautionnement devra, en plus être jugé conforme à l'intérêt social de la caution, soit pour le dire vite, ne pas grever trop lourdement son patrimoine immobilier, ou faire bénéficier la société d'une contrepartie à son cautionnement. Ce n'est qu'à ce prix que le créancier pourra valablement voir sa garantie efficace, à défaut celle-là sera annulée, de nullité absolue. Dans les sociétés à risque limité le créancier sera lui, doublement épargné, même en dehors de l'objet social, s'il n'est lui-même pas de mauvaise foi, le cautionnement demeurera opposable à la société, l'intérêt social ne pouvant, par ailleurs, fonder aucune annulation.

Une telle sévérité pour le créancier garanti par une sûreté, qui devrait être des deux parties au contrat la partie protégée, ne peut qu'être insatisfaisante car comme le disaient Aristote et les Anciens *In medio stat virtus*. La loi PACTE pourrait être la clé pour permettre un salut (relatif) de ce créancier en empêchant toute nullité fondée sur la non-conformité à l'intérêt social. De même que la réforme du droit des contrats qui pourrait elle aussi jouer un rôle dans l'évolution du contrôle des cautionnements consentis par une société de personnes. Il paraît d'ailleurs souhaitable de se saisir de cette opportunité pour retrouver une cohérence dans ce contrôle. Celle-ci pourrait passer par une absorption par l'objet social légal de l'intérêt social ce qui éviterait un contrôle fractionné de l'intérêt de la société. Cela permettrait de redonner de l'air au créancier, plus serein à demander des cautionnements à des sociétés. De nature à redonner de l'air aux sociétés également qui ne sont que trop tributaires des crédits accordés par des opérateurs dans une économie d'endettement.

Résoudre le problème du cautionnement conclu par une personne morale serait une étape importante dans la résolution de la « crise du cautionnement ». Car le contentieux relatif aux cautionnements conclus par les personnes morales ne peut se targuer d'être plus lisible que celui des personnes physiques. D'ailleurs, les problématiques sont finalement bien (trop ?) proches, à savoir la protection de la « faible caution » (mention manuscrite, disproportion), face au créancier réputé partie

forte. De ce point de vue, l'évolution est également en marche puisque l'article 60, I, de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 PACTE autorise le gouvernement à « prendre par voie d'ordonnance, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants ». Dommage que l'avant-projet de réforme de droit des sûretés n'ait pas jugé bon d'inclure des dispositions concernant le cautionnement consenti par des sociétés !

## BIBLIOGRAPHIE

- **Textes nationaux et européens**

- Droit de l'Union européenne

- Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.
  - Directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

- Droit français

- Articles du Code civil : 1833, 1849, 1852, 1844-7, 1844-10
  - Articles du code de commerce : L.223-18, L.223-21, L.225-35, L.225-56 et L.225-64 L.225-68, L.227-12, L.235-1.

- **Avant-projets de réforme**

- *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, Association Henri Capitant
  - *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Doc. fr.

- **Dictionnaires**

- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 2018, 12<sup>e</sup> éd.
  - GUINCHARD S., DEBARD Th, *Lexique des termes juridiques 2019 – 2020*, Dalloz, 2019, 27<sup>e</sup> éd.

- **Ouvrages généraux**

- AYNES L., CROCQ P., AYNES A., *Droit des sûretés*, 13<sup>e</sup> édition, 2019, L.G.D.J., Collection Droit Civil
  - COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 32<sup>e</sup> ed., LexisNexis, 2019, V. 482 et s.
  - LE CANNU P., DONDERO B., *Droit des sociétés*, 7<sup>e</sup> ed., L.G.D.J., 2018, V. 125 et s.
  - SIMLER Ph, DELEBECQUE Ph., *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 2016

- **Ouvrages spéciaux et traités**

- BARTHEZ A-S, HOUTCHIEFF D., *Traité de droit civil - Les sûretés personnelles* (coll. J. GHESTIN), L.G.D.J, 2013
- FAGES B. (sous la dir.), *Le Lamy Droit du contrat*, Collection Lamy Droit civil, , Wolters Kluwer, Juin 2019
- GERMAIN M., MAGNIER V., *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales.*, Tome 2, 22<sup>e</sup> ed., L.G.D.J., 2017, V. 2521
- RIPERT G., ROBLOT R., *Traité de droit commercial*, Tome 1, 17<sup>e</sup> ed., L.G.D.J., 1998
- SIMLER Ph., *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 5e édition, Lexis Nexis 2015

- **Encyclopédies, études et articles de Mélange**

- COHEN D., Les garanties émises par les sociétés : un changement de perspective ? in *Mélange Laurent Aynès*, L.G.D.J décembre 2019.
- GERMAIN M., Sur une jurisprudence de l'intérêt social, in *Mélange Paul le Cannu*, Dalloz-Litec 2014, p.289
- PIETTE G., Cautionnement, Répertoire de droit civil, Dalloz
- SCHLUMBERGER E., Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société in *Mélange H.Hovasse*, Lexis Nexis, 2016
- SCHULZ Ph., L'associé cautionné pas sa société et l'intérêt social, in *Mélange Philippe Simler*, Dalloz-Litec 2006, p.429

- **Articles et notes de doctrine**

- ANSAULT J.-J., Droit des sûretés et droit des sociétés, *Revue Lamy Droit civil*, N° 110, 1er décembre 2013
- ANSAULT J.-J., L'autorisation des garanties octroyées par les sociétés anonymes: un dispositif à rafraîchir, *Revue Lamy Droit civil*, N° 105, 1er juin 2013
- ANSAULT J.-J., La protection de la société caution assurée par le truchement de l'intérêt social, *Revue Lamy Droit civil*, N° 120, 1er novembre 2014
- BARBIERI J-F, Validité du cautionnement, par une société civile, d'un prêt participatif consenti à une société d'exploitation : communauté d'intérêts ou conformité à l'intérêt du groupe ?, *BJS* févr. 2004, n° 2, p. 358
- BARBIERI J-F, Cautionnement et sociétés : dix ans de Jurisprudence, *LPA*, 28 février 1992, p.4
- CABRILLAC S., Cautionnement par une SCI : exigence de conformité à l'intérêt social et définition de la société par la loi PACTE, *Deffrénois*, 20 juin 2019, n° 25 p. 33
- CAFFIN-MOI M., Intérêt social et engagement du gérant de SARL, *L'essentiel du droit des contrats*, juin 2015, n°6, p. 7

- COURET A., Cautionnement et sociétés, *Revue de Droit bancaire et financier* n° 4, Juillet 2002, étude 100036
- CROCQ P., L'accord unanime des associés ne peut pallier le défaut d'intérêt social résultant d'un cautionnement réel susceptible d'absorber totalement l'actif de la société, *RTD Civ.* 2012 p.754
- DANOS F., Sûreté pour autrui et intérêt social, *BJS* mai 2015, n° 5, p. 234
- DONDERO B., La loi empêche-t-elle de sanctionner les abus de majorité?, *Option finance*, CMS Francis Lefebvre avocats, 11 juin 2019
- DUMONT-LEFRAND M-P., Cautionnement souscrit par une SAS au bénéfice d'une autre société dirigée par la même personne physique, *Gaz. Pal.* 13 nov. 2018, n° 39 p. 26
- DUPICHOT Ph., Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ?, *BJS* mai 2015, n° 5 p. 260
- GARÇON J-P., La validation atypique du cautionnement non directement conforme à l'objet social, *JCP éd. N* 2000, p. 1404
- GARÇON J-P., Le consentement unanime des associés ne suffit pas forcément à valider une hypothèque pour la dette d'autrui, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 24, 15 Juin 2012, 1259
- HONORAT H., Société et cautionnement, *Defrénois* 1982, art 3270, n°24
- HOVASSE H., Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social, *Dr. et patr.* avr. 2001. 76
- HOVASSE H., Sûreté donnée par une société filiale en garantie des engagements de sa société mère, *Droit des sociétés* n° 2, Février 2008, comm. 32
- HOVASSE H., Hypothèque consentie par une société civile en garantie de la dette d'autrui, *Droit des sociétés* n° 1, Janvier 2012, comm. 6
- LEPELTIER D., Validité du cautionnement hypothécaire consenti au nom d'une société civile, par l'unanimité des associés, *BJS* déc. 1992, n° 12 p. 1311
- LUCAS F-X., Cautionnement accordé par une société civile et conformité à l'objet et à l'intérêt social, *BJS* janv. 2008, n°1, p. 23
- LUCAS F-X., Nullité du cautionnement consenti par une SCI pour contrariété à son intérêt social : *ite missa est*, *BJS* févr. 2015, n° 2, p. 75
- MORTIER R., Rappel des conditions de validité du cautionnement hypothécaire donné par une société, *Droit des sociétés* n° 2, Février 2008, comm. 26
- MORTIER R., Hypothèque consentie par une société en garantie de la dette d'autrui : la troisième chambre civile se rallie à la chambre commerciale, *Droit des sociétés* n° 11, Novembre 2012, comm. 178
- MORTIER R., Nullité de sûretés pour contrariété à l'intérêt social : cantonnement aux seules sociétés à risque illimité, *BJS* déc. 2015, n° 12, p. 650
- PIETTE G., Cautionnement et intérêt social, Les implications réciproques, *JCP G*, 2004, I, p. 42
- PIEDELIEVRE S., Cautionnement et SCI, *L'essentiel Droit bancaire* avril 2018, n°4, p. 6
- PIROVANO A., La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?, *Recueil Dalloz* 1997 p.189

- PORACCHIA D., Nullité d'un cautionnement contraire à l'intérêt social, malgré le consentement unanime des associés, *BJS* déc. 2012, p. 831
- ROUSILLE M., Société commerciale et cautionnement : preuve de la connaissance par le tiers du dépassement de l'objet social, *Gaz. Pal.* 18 déc. 2018, n° 44, p. 81
- SCHILLER S., DUCROCQ-PICARROUGNE N., GAYET L., Cautionnement - Le cautionnement par des sociétés civiles ou commerciales dans les groupes familiaux, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 12, 20 Mars 2015, 1100
- SCHMIDT D., L'intérêt social, *Revue Droit bancaire et bourse*, 1995, p.130
- STORCK M., Sûreté accordée par une SCI : l'exigence de non-contrariété à l'intérêt social, *Droit des sociétés* n° 1, Janvier 2015, étude 2
- SCHLUMBERGER E., Invalidité d'un cautionnement intragroupe pour dépassement de l'objet social... ou contrariété à l'intérêt social ? *BJS* juill. 2018, n° 7-8, p. 412
- THERON J., De la « communauté d'intérêts », *RTD Civ.* 2009 p.19
- VIANDIER A., Sûreté et intérêt social, *Revue des sociétés* 2012 p.238

- **Chroniques**

- PORACCHIA D., *Droit et Patrimoine*, N° 284, 1er octobre 2018, chronique de jurisprudence de droit des sociétés - entre flexibilité et rigueur
- AYNES L., DUPICHOT Ph., *Droit et Patrimoine*, N° 174, 1er octobre 2008, Novembre 2007, août 2008 : sécurité, efficacité

- **Jurisprudences citées (dans l'ordre chronologique)**

- Cass., Ch. réunies, 11 mars 1914, *Caisse rurale de Manigod*
- Cass. Com, 18 avril 1961, *Schuman Picard*, Publié au bulletin
- Cass. com., 21 janv. 1970, JCP 1970, II, n° 16541
- Cass., Civ. 3, 4 févr. 1971, *Bull*, Civ III n°92
- Cass., Civ. 3, 22 mai 1975, 73-14.483
- Cass. com., 26 janv. 1983, *Bull Joly* 1993, p. 482
- Cass., Civ. 1, 15 mars 1988, 85-18.312
- Cass. civ. 3e, 1er déc. 1993, *Droit des sociétés*, juill. 1994, p. 12
- Cass. Crim. 2 mai 1994 n° 93-83.512
- Cass. 3ème civ., 25 mars 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 635
- Cass. com., 14 déc. 1999, n° 97-15.554, *Dr. sociétés* 2000, comm. 51
- Cass. Civ 1, 1er février 2000, *Bull*, Civ I, n°34
- Cass. com., 28 mars 2000, n° 96-19.260
- Cass. com., 18 juin 2002, n° 98-21.967
- Cass. Com. 28 mai 2002 n°00-16.857

- Cass. 3e civ., 25 sept. 2002, n° 00-22.362
- Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-11.163
- Cass. com., 18 mars 2003, n° 00-20.041
- Cass., Com., 13 nov. 2007, pourvoi n° 06-15.826
- Cass., Com., 27 juin 2006, n°04-19.239
- Cass. Com. 26 avril 2006 n°05-12734
- Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-10.766
- Cass., Civ.1, 8 novembre 2007, 04-17.893
- Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826
- Cass. com., 3 juin 2008 : BJS 2008, p. 883
- Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11.941
- Cass. Civ 3, 12 sept. 2012, n°11-17.948
- Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347
- Cass. Com., 9 décembre 2014, n°13-25.219
- Cass. com., 10 févr. 2015, n° 14-11.760,
- Cass. com., 12 mai 2015, n° 13-28.504
- Cass., Com., 2 novembre 2016, 16-10.363
- Cass., com., 8 mars 2017, n°15-19.787
- Cass. 1re civ., 18 oct. 2017, n°16-17.184
- Cass. 3e civ., 21 déc. 2017, n° 16-26.500
- Cass. com., 14 févr. 2018, no 16-16.013
- Cass. com. 19 sept. 2018, n° 17-17.600
- Cass. com., 16 oct. 2019, no 18-19.373
- Cass. com., 20 févr. 2019, n° 17-12.050
- Cass. com., 18 sept. 2019, n° 16-26.962