

# **Le cautionnement par des sociétés civiles ou commerciales dans les groupes familiaux**

## **Rapport de**

**Sophie SCHILLER, Nathalie DUCROCQ-PICARROUGNE et Laurent GAYET**

Dans les groupes familiaux, il est très fréquent que des sociétés civiles ou commerciales soient amenées à se porter caution. Pour des raisons principalement d'organisation patrimoniale et financière, les associés d'une société commerciale créent fréquemment et parallèlement une société civile immobilière (SCI) qui détient les locaux et les donne à bail à la société d'exploitation. A côté de ce montage classique, d'autres pratiques se sont développées récemment. Désormais, les membres de la famille choisissent d'apporter à la société des actifs de nature très variée, pas forcément immobiliers, par exemple sous forme de souscription à des contrats de capitalisation, afin que ce patrimoine conséquent constitue une garantie crédible. La société patrimoniale est parfois commerciale, pour bénéficier du régime fiscal alors appliqué. S'il s'agit d'une société anonyme, le cautionnement accordé devra faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration et il sera interdit s'il est consenti au bénéfice d'un membre du conseil d'administration ou de surveillance autre qu'une personne morale, d'un directeur général, d'un directeur général délégué, d'un membre du directoire ainsi que leurs conjoints, ascendants et descendants. Dans les sociétés par actions simplifiées, les mêmes interdictions s'appliquent au président et aux dirigeants et dans les SARL au gérant et aux associés personnes physiques ainsi que leurs conjoints, ascendants et descendants mais sans obligation d'autorisation dans les autres cas. Lorsque la société d'exploitation recherche un prêt bancaire, ses associés sont naturellement enclins à accepter que ce prêt soit garanti par la structure sociale qui détient les actifs. La garantie pourra également être sollicitée par des membres de la famille, à titre personnel, d'autant plus qu'ils risquent ne pas avoir les liquidités nécessaires à leurs besoins vu le poids de l'impôt en cas de distribution de dividendes. C'est sur ce schéma de garantie de l'endettement que la jurisprudence nous a apporté des enseignements récents conduisant à l'usage de ces mécanismes avec finesse.

## **I. Evolution de l'appréciation jurisprudentielle de la validité des cautionnements**

Les arrêts portent suivant les cas sur des cautionnements donnés par des sociétés civiles ou commerciales (arrêts cités en italique).

Selon la **chambre commerciale et la troisième chambre civile**, la sûreté donnée par une société doit, pour être valable,

- non seulement résulter du **consentement unanime des associés** (Cass. com. 8 nov. 2011, n° 10-24.438 SCI caution, Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 12 sept. 2012, n° 11-17.948, SCI caution)
  - o cet élément n'est pas suffisant : l'approbation par l'unanimité des associés ne suffit pas à lever les doutes sur la validité de la garantie (Cass. com. 8 nov. 2011, n° 10-24.438, SCI caution)
  - o cet élément n'est pas toujours nécessaire : une société peut accorder un cautionnement sans accord unanime des associés dès lors que l'opération se rattache même indirectement à **l'objet social** de la société (Cass. com. 13 déc. 2011, n° 10-26.968, SNC caution, Cass. Com. 23 sept. 2014, n°13-17.347, SCI caution)
- peu importe que soit établie l'existence d'une **communauté d'intérêts** entre l'associé garanti et la société garante (Cass. com. 3 juin 2008, n°07-11.785, SCI caution)
  - o mais le cautionnement qui n'entre pas directement dans l'objet social et qui n'a pas été **autorisé par l'ensemble des associés** peut être validé en présence d'une communauté d'intérêts (Cass. com. 13 déc. 2011, n°10-26.968, SNC caution)
- mais également être conforme à son **intérêt social** (Cass. com. 8 nov. 2011, n° 10-24.438, SCI caution Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 12 sept. 2012, n° 11-17.948, SCI caution)
  - o il faut rechercher si la cautionnement n'était pas contraire à l'intérêt social « dès lors que la valeur de son **unique bien immobilier** (...) était inférieure au montant de son engagement et qu'en cas de mise en jeu de cette garantie, son entier patrimoine devait être réalisé » (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 12 sept. 2012, n° 11-17.948, SCI caution)
  - o si le cautionnement a été accordé « **sans aucune contrepartie** » ou si la caution « ne tirait aucun avantage de son engagement », les juges peuvent en déduire sa « contrariété à l'intérêt social » (Cass. com. 13 nov. 2007, n° 06-15.826, forme sociale de la caution on précisée, Cass. Com. 23 sept. 2014, n°13-17.347, SCI caution)
  - o le risque de **mise en péril** de la société étant nécessairement contraire à l'intérêt social (Cass. com. 3 juin 2008, n°07-11.785, SCI caution, Cass. com. 8 nov. 2011, n° 10-24.438, SCI caution), la mise en péril s'entendant de l'engagement de la totalité des actifs pour garantir la dette ou tout acte de nature à « compromettre l'existence même de la société », (Cass. Com. 23 sept. 2014, n°13-17.347, SCI caution)

Elle a confirmé son raisonnement en le reprenant exactement dans les mêmes termes pour apprécier la validité d'un pacte de prêt consenti par une SCI à son gérant (Cass. com. 26 juin 2012, n°10-28.255, SCI caution).

Selon la **première chambre civile**, la sûreté donnée par la société est valable,

- soit si elle entre directement dans **l'objet social** de la société garante (Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 8 nov. 2007, n°04-17.893, SCI caution)
- soit s'il existe une **communauté d'intérêts** entre la société et les débiteurs de l'obligation garantie (Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 8 nov. 2007, n°04-17.893, SCI caution)
- soit être **acceptée par l'ensemble des associés** (Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 8 nov. 2007, n°04-17.893, SCI caution)

## **II. Conséquences de l'évolution jurisprudentielle de l'appréciation de la validité des cautionnements**

Ces différentes jurisprudences ont été intégrées dans le BOFIP. Aujourd'hui, si le cautionnement accordé par une société était considéré comme contraire à l'intérêt social, l'acte pourrait être frappé de nullité et encourt des sanctions fiscales. Afin de garantir un intérêt pour la société qui donne sa garantie, il est possible d'envisager une contrepartie du cautionnement. La contrepartie peut être quelconque. Elle pourra être non financière par exemple : si un bail à construction a été conclu entre les deux sociétés, la contrepartie pourra prendre la forme d'une récupération de la construction en fin de bail ; ou si la société civile est nu-propriétaire et cautionne les dettes de la société d'exploitation usufruitière, elle recevra une contrepartie lorsqu'elle redeviendra plein propriétaire en fin d'usufruit. Elle sera plus facile à admettre lorsque la société mère cautionne les actes de sa filiale car un associé tire profit de la prospérité de la société dont il détient des parts ou actions. Néanmoins, même lorsque c'est la filiale qui cautionne la mère, la Cour de cassation a pu refuser la qualification d'acte à titre gratuit en raison de l'existence d'une contrepartie au motif que « la filiale a un intérêt à favoriser le financement de sa société mère, laquelle pourra ainsi participer à son propre développement »<sup>1</sup>. Elle a donc confirmé l'absence d'annulation de cet acte consenti en période suspecte. La contrepartie pourra être directe ou indirecte, actuelle ou future et elle sera le plus souvent financière, prenant alors la forme d'une rémunération. Les conséquences sont donc à envisager en présence (A) et en l'absence d'une rémunération (B).

### **A. Conséquences en présence d'une rémunération**

#### **1. Risque fiscal**

Si la structure qui a accordé la caution est une société civile, elle risque de se voir appliquer de plein droit une taxation à l'impôt sur les sociétés en présence d'une rémunération en contrepartie de son cautionnement. En effet, en vertu de l'article 206, 2 du CGI, les sociétés civiles réalisant des actes de nature commerciale sont soumises de plein droit à l'impôt sur les sociétés. Néanmoins, ce risque doit être nuancé car l'administration fiscale tolère que l'exercice d'activités de nature commerciale de façon accessoire n'impacte pas la translucidité fiscale de la SCI. Ainsi, elle permet aux sociétés civiles (n'ayant pas une activité principale à caractère agricole) de percevoir des recettes de nature commerciale dans la limite de 10% du total de leurs recettes HT. En cas de dépassement occasionnel de ce plafond, elle permet aux SCI de conserver le bénéfice du régime fiscal des sociétés de personnes lorsque la moyenne des recettes commerciales réalisées au cours de l'année en cause et des trois années antérieures n'excède pas elle-même 10% de la moyenne des recettes totales correspondantes<sup>2</sup>. En pratique, le risque sera très faible que les recettes dépassent des revenus fonciers, excepté en l'absence de revenus fonciers.

#### **2. Risque d'atteinte au monopole bancaire**

---

<sup>1</sup> Cass. Com. 19 nov. 2013, n°12-23020.

<sup>2</sup> BOI-IS-CHAMP-10-30 n°320 et suiv.

Le monopole bancaire interdit d'accorder des garanties à titre onéreux, faute d'encourir des sanctions pénales. Il est donc essentiel de vérifier si la rémunération constitue une atteinte au monopole bancaire.

Les dispositions relatives au monopole bancaire, issues de la loi n°84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, et codifiées aux articles L.313-1 et L.511-1 et suivants du Code monétaire et financier, réservent certaines activités de prêt et de garantie aux établissements bancaires ou aux établissements agréés. L'article L.511-5 dispose qu'il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel, ainsi qu'à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement.

La notion d'établissement de crédit est définie par l'article L.511-1, I. 1 du CMF : « *les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1.* » Les établissements de crédit sont les banques, les banques mutualistes ou coopératives, les caisses de crédit municipal, les sociétés financières ou les institutions financières spécialisées. L'article L 511-5 précise que toutes les autres institutions seraient soumises à l'interdiction de réaliser des opérations de crédit à titre habituel. Par exception, l'article L 511-6 énonce une liste d'institutions et autres organismes non soumis aux interdictions relatives aux opérations de crédit. Il s'agit d'entreprises très spécialisées, notamment celles régies par le Code des assurances, les sociétés de réassurance, les organismes agréés soumis aux dispositions du livre II du Code de la mutualité pour les opérations visées au e du 1° de l'article L.111-1 dudit code, les entreprises d'investissement, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement.. Ces établissements pourraient donc réaliser des opérations de crédit sans encourir les sanctions prévues par le code monétaire et financier en cas de violation du monopole bancaire. En outre, selon cet article, l'interdiction relative aux opérations de crédit ne s'appliquerait pas non plus aux organismes sans but lucratif qui, dans le cadre de leur mission et pour des motifs d'ordre social accordent des prêts à conditions préférentielles dans certains cas, aux organismes qui consentent des crédits aux personnes physiques accédant à la propriété le paiement différé du prix des logements acquis ou souscrits par elles, à titre accessoire à leur activité de constructeur ou de prestataire de services et pour des opérations définies à l'article L.411-1 du Code de la construction et de l'habitation, aux entreprises qui consentent des avances sur salaires ou des prêts de caractère exceptionnel consentis pour des motifs d'ordre social à leurs salariés et aux personnes morales pour les prêts participatifs qu'elles consentent en vertu des articles L.313-13 à L. 313-17 et aux personnes morales mentionnées à l'article L. 313-21-1 pour la délivrance des garanties prévues par cet article. Aucune de ces exceptions ne s'applique à la situation du cautionnement rémunéré accordé par une société civile ou commerciale dans un groupe familial.

Le terme « opérations de crédit » est défini par l'article L.313-1 du CMF comme « *tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* ». Bien entendu, toutes les opérations de crédit ne sont pas soumises aux dispositions relatives au monopole bancaire. En effet, seules les opérations répondant aux critères énoncés par l'article L.511-5 du même code relèvent de la compétence exclusive des établissements bancaires. Les opérations concernées sont la réalisation des opérations de crédit à

titre habituel (article L.511-5 al 1 du CMF), la réception à titre habituel de fonds remboursables au public et la fourniture des services bancaires de paiement (article L.511-5 al 2 du CMF). Pour entrer dans le champ d'application du monopole bancaire, les opérations de crédit doivent donc être réalisées à titre habituel. Cette notion fait l'objet d'une interprétation stricte par la jurisprudence qui reconnaît le caractère habituel d'une opération dès le second acte<sup>3</sup>. En outre, la Cour de cassation ne retient l'habitude qu'en présence d'opérations réalisées au profit de bénéficiaires différents. Si les opérations de crédit avaient été effectuées au profit des mêmes bénéficiaires, la violation du monopole bancaire ne pourrait pas être invoquée<sup>4</sup>. Il ressort également de la jurisprudence que l'opération réalisée en contravention du monopole bancaire doit avoir été effectuée à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant une contrepartie<sup>5</sup>.

La violation du monopole bancaire expose son auteur à une peine de trois ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende (article L.571-3 al 1 du CMF). Le tribunal pourrait également ordonner l'affichage ou la diffusion de la sanction pénale prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal (article L.571-3 al 2 du CMF). En revanche, les juges ne pourraient pas ordonner l'annulation de l'acte réalisé en violation du monopole bancaire<sup>6</sup>. Néanmoins, un autre article, L511-7,1,3 du Code monétaire et financier, autorise une société à « *Procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres* ». Dès lors que la société exploitante bénéficiaire de la garantie et la celle qui cautionnent son dans le même groupe, la Code Monétaire et financier prévoit une exception expresse à la prohibition du monopole bancaire pour les autoriser à réaliser des « opérations de trésorerie ». Pour caractériser leurs relations, un lien en capital est nécessaire. Le groupe ne doit être appréhendé qu'à travers l'existence de relations financières directes ou indirectes, qui donnent à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres. Peu importe que la participation du contrôleur soit inférieure à 50 %, dès lors qu'aucun autre actionnaire ne détient une participation supérieure susceptible de lui conférer cette domination. Contrairement aux définitions retenues pour la notion de contrôle par les autres articles, des relations purement contractuelles sont insuffisantes et le contrôle ne peut être exercé par des contrats, y compris de coopération et d'assistance<sup>7</sup>. Cette **appréciation spécifique de l'application du monopole bancaire dès lors que des sociétés appartiennent au même groupe** peut supposer que les juges n'appliqueront pas avec un grande rigueur les sanctions en cas de réalisation d'un ou de même de plusieurs cautionnements rémunérés. Certes, le cautionnement accordé par une société civile ou commerciale dans un groupe familial serait considéré comme une opération de crédit interdit par le monopole bancaire dès lors qu'il a été réalisé plus qu'une fois au profit de bénéficiaires différents et à titre onéreux. En théorie, les sanctions encourues sont alors très lourdes. En pratique, il est peu probable que ces éléments soient révélés, le principal risque étant qu'ils soient relevés par le commissaire aux comptes et le juge pénal ne prononcera a priori pas des sanctions si sévères. Un

<sup>3</sup> Par exemple : rejet de qualification pour défaut de caractère habituel, Cass.com., 20 nov.2001, n°99-11.419, RJDA 2002, n°4, n°431, Cass. Com., 4 juin 2002, n°00-16.915, et Cass. Crim., 5 février 2003, n°01-87.052 inédit.

<sup>4</sup> Cass. Com., 3 décembre 2002, jurisdata n°2002-016639, JCP E, n°23, 853, B. Dondero

<sup>5</sup> Par exemple : CA Paris, 5<sup>e</sup> ch., sect. A, 14 avr. 1999, Cah. D. aff. 2000, p. 456, obs. H. Synvet, la qualification de cautionnement en présence d'une garantie consentie par un fournisseur à l'un de ses clients a été refusée en l'absence de commission au profit du fournisseur.

<sup>6</sup> Ex : Ass. plén., 4 mars 2005 : Bull. civ. ass. plén. 2005, n° 2 ; JCP G 2005, II, 10062, concl. de Gouttes ; JCP E 2005, p. 766, note Th. Bonneau ; RD bancaire et fin. 2005, n° 118, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Banque et droit 2005, n° 101, p. 69, obs. Th. Bonneau.

<sup>7</sup> J. Mestre, D. Velardocchio et A.S. Mestre-Chami, Lamy sociétés commerciales, 2013, § 2109.

cautionnement rémunéré serait donc moins risqué qu'un cautionnement gratuit car le risque pénal moins prégnant que le risque fiscal.

## **B. Conséquences en l'absence de rémunération**

### 1. Risque juridique

En l'état du droit positif, la plupart des cautionnements ne sont pas rémunérés et le créancier peut être dans une situation très délicate. De nombreuses garanties octroyées dans le passé sont aujourd'hui contestables. Ceux qui les ont proposées et qui ont obtenu l'engagement d'un créancier au vu de ce cautionnement peuvent demander la nullité a posteriori, alors que c'est eux qui ont profité du financement et que la nullité ne nuira qu'au créancier. La stricte application des solutions de la Cour de cassation est susceptible de remettre en cause les nombreuses cautions hypothécaires accordées par des sociétés patrimoniales, qui étaient pourtant conformes à des solutions légales et à la jurisprudence alors applicables. Les directions juridiques des banques doivent procéder à la revue des dossiers de crédit en cours et modifier si nécessaire les garanties en place.

Lorsqu'il souhaitera se prévaloir de la caution, le créancier risque de se heurter à une demande de nullité d'autant plus dangereuse que le juge devra apprécier la validité du cautionnement à l'aune de l'intérêt social. La démarche aura un résultat incertain compte tenu de l'imprécision de la notion et de la difficulté à apprécier pour un juge saisi longtemps après la conclusion de l'acte. Face à ce risque, le créancier a deux solutions. Soit il choisit de ne plus réclamer le cautionnement à une société patrimoniale, ce qui soit va entraîner une réduction des capacités d'endettement de la société d'exploitation, faute de sûreté satisfaisante disponible, et obligera à accroître encore le recours aux sûretés personnelles octroyées par des personnes physiques. Soit il prend des précautions lors de l'octroi de cette garantie afin de s'assurer de sa conformité à l'intérêt social.

### 2. Risque fiscal

Alors que la rémunération du cautionnement fait courir un risque d'assujettissement à l'IS, l'absence de rémunération peut faire craindre l'application éventuelle de la théorie de l'acte anormal de gestion, bien que le Conseil d'Etat vient de trancher récemment par la négative la question ancienne portant sur l'application de la théorie de l'acte anormal de gestion aux BNC à propos de notaires BNC<sup>8</sup>. Cependant, l'arrêt rendu pour les BNC s'appuie, notamment sur les fondements généraux de l'article 12 du CGI qui traite des « revenus que le contribuable réalise ou dont il dispose », article commun aux BIC et BNC, combiné avec les articles 92.1 et 93.1 du CGI. Il semble en conséquence que cette théorie élaborée par le conseil d'Etat « de renonciation anormale par le titulaire de BNC à ses recettes » présente des similitudes avec la théorie de l'acte anormal de gestion (art 12 notamment) tout en comportant des différences inhérentes à la nature même des BNC (us et usages professionnels).

Plus avant, il convient à notre sens de s'interroger sur la notion de prise de risque excessif en droit fiscal, qui semble « transcender » en quelque sorte les revenus catégoriels imposables et pourrait

---

<sup>8</sup> Par ex. : CE, 23 déc. 2013, n° 350075 : JurisData n° 2013-030528, JCP N 2014, n° 3, act. 156.

mis en parallèle avec les décisions judiciaires sanctionnant les mises en péril de la société<sup>9</sup>. Comme l'écrit Pierre-François Racine, l'acte anormal de gestion résulterait d'une transplantation en droit fiscal du « concept commercial d'acte non conforme à l'intérêt social »<sup>10</sup> et le droit retrouverait ainsi une réelle cohérence.

Rappelons les principales décisions rendues sur cette notion de risque excessif :

- l'affaire Loiseau du 17 octobre 1990<sup>11</sup> commentée par le Président Fouquet est sans doute la décision la plus marquante de la prise en compte du risque dans la jurisprudence relative à l'acte anormal de gestion. En l'espèce, le Conseil d'Etat avait jugé qu'un ancien officier reconverti en remisier et gestionnaire de portefeuille avait, en persistant à offrir dans l'intérêt de son activité une garantie à ses clients contre les pertes en capital résultant de sa gestion, malgré l'expérience acquise et l'importance des pertes déjà subies durant les premières années de son activité, pris « *un risque excédant manifestement ceux qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer son exploitation* ». Par suite, les sommes versées en remboursement de ces pertes n'étaient pas déductibles, selon l'administration, le Conseil d'état ayant accepté la déductibilité de ces sommes pendant les deux premières années d'exercice de M. Loiseau et les ayant refusé les deux années subséquentes. Cette analyse de la gestion de l'entreprise, pour apprécier si le risque pris n'était pas manifestement hors de proportion avec l'intérêt de cette dernière, a toutefois été circonscrite et utilisée de façon limitée par la jurisprudence par la suite, le commissaire du gouvernement Olivier Fouquet ayant conclu sur cette affaire, insistant notamment sur le caractère d'espèce, voire d'équité, de cette décision compte tenu des faits particuliers de la cause.

- Dans une jurisprudence plus récente Société Legeps du 27 avril 2011<sup>12</sup>, s'il rappelle le principe de non-immixtion dans la gestion de l'entreprise, le juge a estimé qu'un placement financier pouvait être qualifié d'acte anormal de gestion, s'il faisait courir un risque manifestement exagéré à l'entreprise (en l'espèce, un emprunt à une banque du Vanuatu mise en liquidation judiciaire). Pour apprécier la nature et l'intensité du risque pris par le dirigeant, le juge a examiné les circonstances du choix du placement, son objet, ainsi que les informations à la disposition du dirigeant, le tout dans une « situation normale ». Il a ajouté qu'une disproportion entre le montant du placement financier et le chiffre d'affaires de la société ne saurait établir un acte anormal de gestion.

Même si par ces conditions exigeantes, le juge a clairement manifesté un maniement exceptionnel de la notion de risque excessif, il ressort de ces différents arrêts, une possible extension de cette notion à d'autres types d'entreprise (BNC, revenus fonciers...), laquelle pourrait s'appliquer par exemple à la situation de sociétés civiles s'étant porté dangereusement caution pour d'autres sociétés du groupe sans aucune contrepartie. La rémunération du cautionnement protégerait contre ce risque mais exposerait à une éventuelle sanction pour atteinte au monopole bancaire.

---

<sup>9</sup> Cass. com. 3 juin 2008, n°07-11.785 préc. et Cass. com. 8 nov. 2011, n° 04-24.438 préc.

<sup>10</sup> Arrêt CE n° 34588 27 / 07/1984.

<sup>11</sup> CE 17 octobre 1990 n° 83310 droit fiscal n° 48/91. L'affaire Loiseau s'inscrit dans la filiation d'une jurisprudence plus ancienne telle l'affaire n°108 12 février 79 (RJF 4/1979 n° 220) traitant d'un architecte s'étant porté caution pour son principal client et un autre arrêt n° 34626 du 28 septembre 1983 (RJF 1983 / 11 n° 1284) portant sur un intermédiaire entre des prêteurs de capitaux et des acquéreurs de fonds de commerce se substituant aux emprunteurs défaillants, l'administration ayant été déboutée de ses demandes dans les deux cas;

<sup>12</sup> CE du 27 avril 2011, n° 327764.

### **III. Avis et recommandations de la FNDP**

Dans un avis publié le 16 novembre 2012, le comité juridique de la FNDP avait considéré qu'il est souhaitable que les garanties données par une société civile sur son patrimoine au profit d'un tiers soient admises si elles sont :

- Conforme à l'objet social
  - o la conformité pouvant être décidée par une acceptation unanime des associés.
- Conforme à l'intérêt social
  - o la non-conformité à l'intérêt social ne suffit pas en droit positif pour obtenir la nullité d'un acte et la notion d'intérêt social doit donc être interprétée très largement.
  - o la conformité existant en présence d'une contrepartie qui peut prendre diverses formes.

**Pour les schémas futurs**, il sera nécessaire de prendre des précautions pour s'assurer que les cautionnements accordés par les sociétés patrimoniales, qu'elles soient civiles ou commerciales, sont conformes à leur objet et leur intérêt social. Deux voies peuvent être suivies.

Il est possible de prévoir une contrepartie au cautionnement, sous une forme quelconque y compris financière, dès lors que la même société ne l'accorde qu'une fois au profit d'un bénéficiaire. Les sociétés peuvent prendre 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.

En l'absence de rémunération, les sociétés doivent tout d'abord veiller prendre des engagements proportionnés à leurs actifs existants. Elles peuvent restreindre les risques en n'accordant jamais de caution pour un montant excessif par rapport à leurs actifs. A titre préventif, ceci peut conduire à recommander raisonnablement de doter l'actif de sociétés patrimoniales, civiles ou commerciales, de biens autres que ceux donnés en garantie, en dépit de l'accord unanime des associés.

Par ailleurs, les créanciers eux-mêmes doivent prendre des précautions. Ils ne doivent pas accepter des cautionnements qui risqueraient de mettre en péril la société patrimoniale caution et qui seraient donc excessifs pour elle, ce qui les oblige à vérifier le contenu du patrimoine social et son adéquation par rapport aux engagements de cautions acceptées. Il ne s'agit pas d'une forte intrusion dans les affaires sociales mais d'une démarche exactement identique à celle requise lors de l'octroi d'un cautionnement à une personne physique. Ainsi, 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 est appréciée à la date de conclusion du contrat et, si elle est retenue, la caution est entièrement déchargée. Cette règle impose donc au créancier d'examiner la situation du débiteur lors de la conclusion de l'engagement de caution et c'est un examen du même type que devrait réaliser le créancier qui



accepte le cautionnement d'une société patrimoniale s'il ne veut pas courir le risque que cet engagement soit ultérieurement remis en cause pour atteinte à l'intérêt social.

Les dernières évolutions de la jurisprudence sont cohérentes avec l'ensemble de notre droit positif si on considère qu'elles obligent le créancier à prendre des précautions de base, sans avoir à réaliser des investigations très poussées, afin de vérifier que la caution ne prend pas de risques excessifs et que ses engagements ne sont pas disproportionnés. Ce devoir de vigilance s'inscrit alors tout à fait dans ce qui lui généralement imposé et en particulier par loi lorsque la caution est donnée par une personne physique.

**Pour les schémas en cours**, en l'absence de contrepartie, il sera également peut-être judicieux d'adjoindre à l'actif des sociétés patrimoniales existantes ayant consenti des cautionnements des biens autres pouvant renforcer leur solidité de telle sorte que le schéma de garantie en cours soit maintenu valide, en espérant que l'apport d'autres biens à l'actif de la société patrimoniale - pas tous donnés en garantie bien sûr - soit possible et ne génère pas de frais supplémentaires.

**Dès lors que le cautionnement est rémunéré ou que le créancier a pris ces précautions précontractuelles 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.**