Le consentement unanime des associés de la société caution : une sécurité toute relative (Civ. 3ème, 12 septembre 2012 (2)).

Les conditions de validité d'un cautionnement donné par une personne physique sont aujourd'hui relativement bien balisées. Il n'en va pas de même s'agissant du cautionnement souscrit par une personne morale. Cela est dû, notamment, au principe de spécialité des personnes morales. En vertu de ce principe, les actes accomplis par une personne morale ne sont valables que s'ils se rattachent à son objet social. Cette restriction connaît d'importants correctifs pour les SARL et les SA (articles L. 223-18 et L. 225-56 du Code de commerce). C'est donc bien souvent dans le cadre de sociétés de catégorie différente, et notamment de sociétés civiles, qu'elle engendre du contentieux. Le cautionnement est l'une des matières premières de ce contentieux, dès lors qu'il est rarement prévu en tant que tel dans l'objet social (pareille prévision pouvant d'ailleurs faire difficulté au regard du monopole bancaire : cf. article L. 313-1 du Code monétaire et financier). Traditionnellement, la jurisprudence considère qu'il suffit que le cautionnement se rattache indirectement à l'objet social. Mais, pour pallier toute incertitude à cet égard, il est plus sécurisant d'obtenir l'accord unanime des associés. Un tel accord équivaut en effet à une modification statutaire, donc à une extension « ponctuelle » de l'objet, où le cautionnement vient en conséquence se loger sans difficulté. Cette précaution ne suffit cependant pas à garantir la validité du cautionnement. La raison en est qu'un acte conclu dans le périmètre de *l'objet* social peut néanmoins être annulé s'il est contraire à *l'intérêt* social. Illustration dans cet arrêt. Une société civile immobilière (SCI) se porte « caution hypothécaire et solidaire » auprès d'une banque pour le remboursement d'un prêt contracté par deux époux. Cet acte est précédé d'une assemblée générale au cours de laquelle les associés de la SCI autorisent ce cautionnement à l'unanimité. Postérieurement, ladite SCI est mise en liquidation judiciaire. La banque prêteuse déclare sa créance. Le liquidateur conteste cette créance, en faisant valoir que le cautionnement est contraire à l'intérêt social et, par conséquent, nul. La cour d'appel saisie du litige écarte cette contestation, motif pris du consentement unanime des associés. Cassation : « *Le cautionnement* même accordé par le consentement unanime des associés n'*est pas valide s'il est contraire à l'intérêt social*. »

La solution est très claire. Reste qu'elle ne fait vraisemblablement pas... l'unanimité. La Chambre commerciale l'a déjà exprimée de façon très nette (Com., 8 novembre 2011, n° 10-24438 ; *adde* not. Com., 28 mars 2000, *Bull.* n° 69). Mais la première Chambre civile paraît adopter une position beaucoup plus souple, consistant à valider le cautionnement dès lors seulement qu'il résulte du consentement unanime des associés (Civ. 1ère, 8 novembre 2007, *Bull.* I, n° 345, posant deux autres solutions alternatives). Et c'est, on l'a compris, à la position de la Chambre commerciale que la troisième Chambre civile se rallie dans le présent arrêt. Ainsi se profile donc peut-être une divergence de jurisprudence, sur un sujet majeur (v. J. Honorat, Sociétés et cautionnement, *Defrénois,* 1982, art. 32970, p. 1569) et qui concerne *toutes* les sociétés. En substance, le débat oppose deux conceptions de l'intérêt social et, d'une certaine façon, de la personnalité morale elle-même (cf. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Les sociétés, *LexisNexis,* 25ème éd., n° 394). Juger que l'accord unanime n'empêche pas la nullité pour contrariété à l'intérêt social, c'est considérer que cet intérêt transcende les associés et ne dépend donc pas de la conception qu'en ont ces derniers. Et vice-versa. La première conception est plus en accord avec l'idée que la personne morale est un véritable être juridique, idée à laquelle le droit français adhère à travers la théorie dite de la « réalité de la personnalité morale » (v. Civ. 2ème, 28 janvier 1954, *Bull.* n° 32). Elle n'en génère pas moins une certaine insécurité pour le créancier, compte tenu du flou qui entoure la notion d'intérêt social. Cette insécurité doit toutefois être relativisée, étant ajouté qu'elle pourrait se retourner contre le dirigeant lui-même, qui doit donc avoir conscience du risque que représente pour lui la solution dont il est ici question. De deux choses l'une. Soit, comme cela est vraisemblable (v. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, préc., n° 287), la nullité du cautionnement suppose que le créancier ait connu l'atteinte à l'intérêt social. Elle ne déjoue alors pas ses prévisions. Soit la nullité est encourue même à l'égard d'un créancier de bonne foi. C'est alors vers le dirigeant que ce dernier pourrait se retourner, dans le cadre d'une action en responsabilité civile. Cela étant, cette responsabilité suppose la démonstration d'une « faute séparable » des fonctions du dirigeant (Com., 20 mai 2003, *Bull.* n° 84). Or, il n'est pas évident que la seule contrariété du cautionnement à l'intérêt social suffise à caractériser une telle faute, précisément parce que l'intérêt méconnu est avant tout celui de la société.