

Le sort de la caution du dirigeant dans les procédures amiables et collectives



Par **Michel DI MARTINO**
Expert-comptable
Commissaire aux comptes
Docteur en droit privé

Il existe peu de procédures amiables ou collectives où le dirigeant ne soit pas concerné par la ou les cautions qu'il a données pour son entreprise, le plus souvent à un établissement de crédit.

Il est important que le dirigeant de l'entreprise concernée par le mandat ad hoc, la conciliation, la sauvegarde, le redressement judiciaire ou encore la liquidation judiciaire connaisse le sort de son cautionnement, lorsque celui-ci s'est porté caution pour sa société.

Nous pourrions constater que dans bien des cas, le dirigeant-caution est protégé. C'est le droit des procédures collectives qui est le plus sensible au sort du dirigeant et de ses proches. Ainsi le créancier ne peut pas poursuivre le dirigeant-caution lors de l'ouverture d'une conciliation, d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire (procédures ouvertes après le 1-10-2021 pour le règlement judiciaire).

À noter

En matière de procédures collectives, la caution personne physique est mieux protégée que la caution personne morale.

Le droit des entreprises en difficulté est bien un droit dérogoire aux principes du droit civil en matière de cautionnement. Les règles de protection des cautions sont dictées en fonction de la procédure ouverte, les règles de l'accessoire étant parfois ignorées.

En d'autres termes, le droit des procédures amiables et collectives a son traitement particulier des cautions. Celles-ci sont traitées différemment selon la procédure ouverte contre le débiteur (conciliation – sauvegarde – redressement et liquidation judiciaires).

Le sort de la caution du dirigeant par procédure

Procédures	Caution personne physique	Caution personne morale
Mandat ad hoc	Protégée par l'accord	Protégée par l'accord
Conciliation	Protégée durant l'accord constaté ou homologué	Protégée durant l'accord constaté ou homologué
Sauvegarde	Protégée durant la période d'observation et durant le plan	Non protégée
Redressement judiciaire et PTSC	Protégée durant la période d'observation et durant le plan*	Non protégée
Liquidation judiciaire	Non protégée	Non protégée

* Procédures ouvertes depuis le 1-10-2021 pour la procédure de redressement judiciaire.

Le droit des procédures amiables et collectives adapte en conséquence le droit du cautionnement, afin d'accompagner le dirigeant dans sa mission de pérenniser l'activité de l'entreprise, de maintenir l'emploi et d'assurer le règlement du passif.

Soutien d'une entreprise en difficulté qu'il faut impérativement aider et assister, c'est bien à ce titre que le dirigeant-caution doit également bénéficier de ce droit particulier et dérogoire.

N'oublions pas également que le garant, souvent dirigeant, cautionne une entreprise qui vit souvent un contexte économique difficile et des aléas conjoncturels parfois inattendus.

La procédure de conciliation est la seule procédure où la caution personne morale est protégée...

Procédure de traitement de sortie de crise (PTSC) : l'article L.626-11 du Code de commerce est applicable à la PTSC. En conséquence, comme en sauvegarde et en règlement judiciaire, les personnes physiques qui sont caution peuvent invoquer les modalités du plan et être protégées.

Protection de la caution en redressement judiciaire

Depuis l'ordonnance n° 202-1193 du 15 septembre 2021, les cautions personnes

physiques, en redressement judiciaire comme en sauvegarde :

- bénéficient de l'interdiction des poursuites pendant la période d'observation et durant le plan ;
- peuvent se prévaloir des remises et délais consentis au débiteur principal dans le plan ;
- bénéficient de l'arrêt du cours des intérêts (pour les prêts à - 1 an) ;
- bénéficient de la non-capitalisation des intérêts des prêts à + 1 an ;
- bénéficient de l'inopposabilité des créances et sûretés non régulièrement déclarées, pendant et après le plan.

En clair, la protection des cautions personnes physiques en sauvegarde et en redressement judiciaire suit le même régime.

En revanche, rien de changé pour la caution personne morale, qui n'est toujours pas protégée...

Caution et cessation de fonction du dirigeant

Attention !

Le dirigeant qui s'est porté caution d'une société reste engagé pour les dettes futures, même s'il a cessé ses fonctions et dès lors qu'il n'a pas dénoncé expressément cet engagement (Cass. com. 8-1-2008).

Pour éviter ce problème, le dirigeant peut clairement indiquer dans l'acte de caution la condition d'exercice de ses fonctions, et surtout, bien penser à dénoncer et à faire remplacer celle-ci lors de son départ : démission, cession de l'entreprise ou départ à la retraite.

Réforme du cautionnement-ordonnance

Le cautionnement d'une dette commerciale est désormais commercial.

Les dispositions concernant les cautions qui figuraient dans le Code de la consommation et dans le Code monétaire et financier sont désormais transférées dans le Code civil.

Le cautionnement d'une dette commerciale est désormais un acte de commerce. En complétant l'article L110-1 du Code de commerce par un 11^e, l'ordonnance du 15-9-2021 répute désormais comme acte de commerce : « les cautionnements de dettes commerciales, entre toutes personnes ».

En conséquence, des cautionnements qui étaient « civils » deviendront désormais « commerciaux » (conjoint du dirigeant, parents cautions).

La juridiction compétente est également désormais le tribunal de commerce pour tous les cautionnements de dettes commerciales :

- les dispositions de l'ordonnance sont entrées en vigueur le 1-1-2022 ;
- les cautionnements conclus avant le 1-1-2022 demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public.

Caution disproportionnée. La règle a été modifiée. Jusqu'au 31-12-2021 toute caution disproportionnée était nulle. À compter du 1-1-2022, la caution n'est plus nulle, mais réductible à hauteur du montant pour lequel la caution personne physique pouvait s'engager lors de sa conclusion (ord. 2021-1192 du 15-9-2021 – art. 2300 [nouveau] du Code civil).

Délai de prescription de la caution.

Le délai de prescription de droit commun, en matière de caution, qui était de 30 ans pour une caution civile et de 10 ans pour une caution commerciale, a été ramené pour les deux à 5 ans depuis 2008. « La caution du solde d'un compte courant ou de dépôt ne peut plus être poursuivie 5 ans après la fin du cautionnement. » Article 2319 du Code civil (nouveau).

Rappels : article 2219 Code civil. « La prescription extinctive est un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps. » Il s'agit d'un délai prévu par la loi à l'issue duquel le plaideur ne peut plus agir pour faire valoir ce droit. La prescription permet de sécuriser la situation juridique en limitant le droit d'agir des parties dans le temps en sanctionnant leur inaction. La prescription est une fin de non-recevoir qui peut être soulevée par le défendeur. Lorsque la prescription est soulevée, la demande est irrecevable sans qu'il y ait lieu à l'examiner au fond. Aucune nécessité de démontrer un préjudice, de réclamer une indemnité ou un paiement (art. 122, 124 et 125 du Code de procédure civile). « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription » (art. 2247 du Code civil).

Attention !

Une mise en demeure en recommandé avec AR n'interrompt pas le délai de prescription de 5 ans de l'article 2224 du Code civil (Cass. com. 18-5-2022 – n° 20-23.204).

L'action prescrite contre l'emprunteur l'est aussi contre la caution (Cass. civ. 1^{er} Ch. 20-4-2022 – n° 20-22866).

Caution et entreprise individuelle

La loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante du 14 février 2022 (n° 2022-172) a créé un nouveau statut de l'entreprise individuelle. Le chef d'entreprise individuel est désormais titulaire de deux patrimoines, sans avoir à effectuer pour autant une déclaration d'affectation (contrairement à l'EIRL – C. com., art. L.526-22, al. 2 nouv.) :

- **un patrimoine professionnel**, comprenant les biens, droits, obligations et sûretés utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes, est créé. Dès lors que l'entrepreneur conserve plusieurs activités professionnelles, l'ensemble des activités fera partie du patrimoine professionnel, ce qui n'était pas le cas pour l'EIRL où plusieurs patrimoines affectés étaient possibles ;
- **un patrimoine personnel**, constitué des éléments du patrimoine qui ne font pas partie du patrimoine professionnel (ex. : résidence principale, résidence secondaire, véhicules personnels, forêts, etc.).

Avec ce type de statut juridique, la séparation entre les deux patrimoines

est de droit. L'entrepreneur n'est plus indéfiniment responsable de ses dettes professionnelles sur l'ensemble de son patrimoine personnel. Il s'agit là d'une protection qui s'ajoute au régime de l'insaisissabilité de la résidence principale.

L'article L.526-22 du Code monétaire et financier précise : « La distinction des patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur individuel, ne l'autorise pas à se porter caution en garantie d'une dette dont il est débiteur principal. »

Précision bienvenue qui confirme la Cour de cassation : « Nul ne peut se porter caution de soi-même. » (Cass. com. 28-7-1964). L'entrepreneur individuel et l'entreprise individuelle qu'il a créée ne font qu'un...

Caution du dirigeant et commission de surendettement

Caractérise également une situation de surendettement l'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a pris :

- de cautionner la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société ;
- d'acquitter cette dette (peu importe le fait que cette personne ait été dirigeante de cette société) (article L.711-1 du Code de la consommation).

Le dirigeant qui, de bonne foi, s'est porté caution pour sa société, pourra donc bénéficier également de la procédure de surendettement et de rétablissement personnel, si celui-ci ne peut faire face à son engagement.

À noter que la commission de surendettement est dans tous les cas le passage obligé des procédures de surendettement, qu'il s'agisse :

- d'un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ;
- ou d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire.

Enfin, il est prévu que la clôture d'une procédure de surendettement pour insuffisance d'actif entraîne **l'effacement d'une dette résultant d'un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société, lors :**

- d'un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ;
- par la commission de surendettement (art. L. 741-2 al. 2 du Code de la consommation) ;
- d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire.

En conséquence, le dirigeant devenu insolvable qui s'est porté caution de son

entreprise pourra bénéficier de la procédure de surendettement, et ce, même si son cautionnement est considéré comme professionnel.

Le bénéfice de cette procédure peut entraîner l'effacement de la caution du dirigeant.

Jurisprudence

Caractérise une situation de surendettement l'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner la dette d'une société, qu'elle en soit ou non la dirigeante, peu importe qu'elle soit personnellement intéressée à la dette (Cass. 2^e civ., 6 juin 2019, n° 18-16.228).

Habilitation principale et surendettement. L'article L. 711-1, alinéa 2 du Code de la consommation stipule que « *le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale et que la valeur estimée de celle-ci à la date du dépôt du dossier de surendettement soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne fait pas obstacle à la caractérisation de la situation de surendettement* ».

- Le fait que le débiteur soit propriétaire de sa résidence principale n'est pas un obstacle à l'ouverture d'une procédure de surendettement.
- Le fait que la valeur de la résidence principale, à la date du dépôt du dossier de surendettement, soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir, ne peut exclure une situation de surendettement. (Cass. 2^e Civ. du 19-2-2015 - n° 13-28236 et 14-10268). (Cass. 2^e Civ. du 9-4-2015 - n° 14-14579).

La caution en période suspecte

La caution peut se prévaloir de la règle des nullités de la période suspecte (Cass. com. 25-2-2004). Lorsque la caution a été demandée et signée durant la période suspecte, celle-ci n'est pas nulle, dès lors qu'elle a été prise en contrepartie de nouveaux concours bancaires (CA Amiens 22-9-2009).

En revanche, la caution est nulle si celle-ci est prise pour garantir un concours accordé et préexistant, ou pour garantir un crédit, dans le but de remplacer le découvert bancaire, afin d'assurer le règlement de la créance lors de l'ouverture d'une procédure collective.

En clair, pour apprécier la validité de la caution, le juge doit rechercher si la dette que le créancier a souhaité garantir en période suspecte :

- est une dette existante ;
- ou un nouveau concours (Cass. com. 16/12/70 n° 67-13.398).

La caution prise pour garantir un solde débiteur préexistant lors de la signature de la caution, durant la période suspecte, est nulle (Cass. com. 16/12/70 n° 67-13.398).

Rappels : la période suspecte est la période qui court de la date de cessation de paiement jusqu'à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective. La période suspecte ne peut dépasser 18 mois.

À retenir

Il n'y a pas de période suspecte en sauvegarde, puisque cette procédure est ouverte sans cessation de paiement. La période suspecte débute à la première heure du jour fixé pour la date de cessation de paiement (Cass. com. 28-9-2004 n° 03-10.332).

Déduction fiscale des sommes payées par le dirigeant en tant que caution

Lorsque le dirigeant de société, ayant accepté de garantir par sa caution personnelle le règlement des dettes sociales, se trouve obligé d'exécuter cet engagement, il est admis que les versements effectués par un dirigeant salarié ou un gérant majoritaire de SARL peuvent être pris en compte au niveau des revenus catégoriels, soit en venant en déduction des rémunérations perçues par l'intéressé à raison de ses fonctions, soit sous la forme d'un déficit catégoriel imputable sur le revenu global. Pour cela, les conditions suivantes doivent être réunies :

- l'engagement de caution se rattache directement à la qualité de dirigeant contribuable ;
- il a été pris en vue de servir les intérêts de l'entreprise ;
- il n'est pas hors de proportion avec les rémunérations versées à l'intéressé à la date de l'engagement ou celles qu'il avait la perspective de percevoir à court terme ; cette condition est remplie si le montant de l'engagement n'excède pas le triple de la rémunération annuelle.

Le Conseil d'État a jugé que lorsque des engagements multiples ont été souscrits

au profit de plusieurs sociétés, le respect de la règle dite « du triple » doit en principe s'apprécier société par société, et non au regard des engagements souscrits par le dirigeant à l'égard de l'ensemble des sociétés. Toutefois, une appréciation d'ensemble et nécessaire en cas de **sociétés liées** (CÉ, 26-11-2014).

Remarques :

- les sommes versées en exécution d'un engagement de caution par un simple administrateur, associé ou actionnaire, ne sont pas déductibles ;
- le règlement spontané des dettes de sa société par un dirigeant ne constitue pas non plus des sommes déductibles.

Pour apprécier si un engagement de caution souscrit par un contribuable n'est pas hors de proportion avec les salaires qui lui sont alloués, il est tenu compte :

- de l'évolution prévisible des salaires à la date de signature de l'engagement dans le cas où le délai entre la souscription de l'engagement et son exécution est particulièrement long ;
- dans le cas où l'intéressé perçoit des salaires versés par plusieurs sociétés faisant partie du même groupe, ayant des activités complémentaires et des intérêts étroitement liés, de la totalité de ces salaires même si l'engagement de caution n'a pas été souscrit qu'au profit de certaines sociétés.

Le fait que le contribuable, dirigeant au moment où il a souscrit l'engagement de caution, n'exerce plus ses fonctions au moment où il est obligé d'exécuter cet engagement ne fait pas obstacle à la déduction des versements.

Condamnation au paiement des dettes sociales

Lorsqu'un dirigeant qui fait l'objet d'une action en insuffisance d'actif a été condamné à supporter personnellement tout ou partie des dettes sociales, les sommes ainsi versées peuvent être admises en déduction du revenu catégoriel du dirigeant (et engendrer éventuellement un déficit imputable sur le revenu global), même si l'intéressé a commis des erreurs de gestion, à condition toutefois qu'il n'ait pas usé des biens de la société et de ses pouvoirs d'une manière qu'il savait contraire à l'intérêt de cette société, à des fins personnelles ou pour favoriser d'autres sociétés dans lesquelles il était intéressé.

Les versements effectués à la suite de condamnations au paiement de dettes fiscales et de cotisations sociales sont également déductibles, à la condition de l'absence de toute faute personnelle.

Pénalités fiscales – Cautions

Conformément à l'article 1756 du CGI, les frais de poursuite, pénalités et intérêts de retard dus à l'ouverture d'une procédure collective (S, RJ, LJ) sont remis, à l'exception des majorations pour manœuvres frauduleuses.

Cet article s'applique également à la caution. Il n'y a donc lieu de réclamer à la caution que le montant des imposi-

tions déclarées à la procédure collective ouverte à l'encontre du redevable (BOI – REC – GAR – 20-40-40 – 10 § III).

La remise automatique des pénalités fiscales implique que l'avis de mise en recouvrement de la pénalité ait été notifié au débiteur avant le jugement d'ouverture de la procédure collective (CÉ, 30 sept. 2019, n° 415333 : JurisData n° 2019-016692).

À la suite de la décision du Conseil d'État du 30 septembre 2019, l'administration fiscale a mis à jour ses commentaires le 23 décembre 2020, concernant les remises de pénalités et intérêts de retard, en matière de procédure collective.

L'ensemble des commentaires a été publié au BOFiP des impôts sous les références :

- BOI-REC-GAR-20-40-40-10, 23 déc. 2020 ;
- BOI-REC-EVTS-10-20-10-10, 23 déc. 2020 ;
- BOI-REC-EVTS-10-20-20, 23 déc. 2020 ;
- BOI-REC-GAR-10-10-30-10, 23 déc. 2020.

On peut lire dans ces nouveaux bulletins officiels des impôts (BOI) de l'Administration des commentaires favorables aux cautions, par application du droit et de la jurisprudence. Ainsi, les remises accordées au débiteur s'appliquent également aux cautions... (BOI-REC-GAR-20-40-40-10, 23 déc. 2020).

La règle de l'accessoire a simplement été appliquée par l'administration fiscale... ■