

CHRONIQUE

GARANTIES



NICOLAS RONTCHEVSKY

Agrégé des facultés de Droit
professeur, Centre de droit
des affaires, Université
de Strasbourg



FRANÇOIS JACOB

Agrégé des facultés de Droit
Professeur, Centre de droit
des affaires, Université
de Strasbourg



EMMANUEL NETTER

Maître de conférences,
Centre de droit privé et
de sciences criminelles
d'Amiens, Université
de Picardie-Jules Verne

Garantie hypothécaire de la dette d'un tiers consentie par une SCI au profit d'une banque – Conformité de la garantie à l'intérêt social – Indifférence du risque pesant sur l'existence même de la société garante.

Cass. com. 2 novembre 2016, n° 16-10363, F-D, SCI Ellimaf c/ Banque populaire Alsace-Lorraine Champagne.

Ayant relevé que le cautionnement et l'affectation hypothécaire consentis par une société civile immobilière à une banque ont permis à ladite société 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 retenu que, sans ce cautionnement, elle n'aurait pu se doter ni d'immeubles, ni de revenus fonciers, 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 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.

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

La question de la validité de la sûreté accordée par une société civile immobilière (SCI) en garantie des dettes d'un associé a suscité depuis quelques années plusieurs arrêts de la Cour de cassation¹ qui, au-delà

du respect de l'objet social, ont posé clairement une exigence de conformité de la sûreté à l'intérêt social². Si cette exigence est maintenue par un nouvel arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 novembre 2016 (non publié au Bulletin civil), celui-ci comporte une précision inédite qui devrait rassurer les créanciers et mériter de retenir l'attention.

En l'occurrence, par acte du 5 septembre 2005, une banque a consenti un prêt de 189 000 euros au gérant et associé majoritaire d'une SCI pour lui permettre de libérer son apport en numéraire au capital de la société et procurer ainsi à celle-ci les moyens de lui acheter, le même jour, deux biens immobiliers pour un prix payable comptant d'un montant égal à celui du prêt. La SCI s'est rendue caution solidaire de l'emprunteur, à concurrence du montant des sommes dues, et a consenti au profit de la banque une promesse d'affectation hypothécaire, en premier rang, sur ces deux immeubles, l'acquisition des biens et la constitution des sûretés ayant été approuvées par une décision unanime des trois associés de la SCI réunis en assemblée générale le 5 septembre 2005. Les échéances du prêt n'ayant

obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Cass. com. 10 février 2015, n° 14-11760, *Bulletin Joly* 2015, p. 234, note F. Danos ; comp. Cass. com. 12 mai 2015, *Rev. sociétés* 2015, p. 515, note A. Viandier ; *Dr. sociétés* 2015, n° 147, obs. M. Roussille ; *Banque et Droit* n° 164, novembre-décembre 2015, p. 70, obs. N. R. ; *JCP E* 2016, 1036, n° 5, obs. Fl. Deboissy et G. Wicker, considérant, à propos du cautionnement consenti par une SARL, que, en application des directives européennes applicables aux sociétés à risque limité, « serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une société à responsabilité limitée à l'égard des tiers ».

1. Cf. notamment Cass. com. 8 novembre 2011, n° 10-24438, *Rev. sociétés* 2012, p. 238, note A. Viandier ; Cass., 3^e civ., 12 septembre 2012, *Bull. civ.* III, n° 121 ; D. 2012, p. 2166, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2012, p. 831, note D. Poracchia ; *Rev. sociétés* 2013, p. 16, note A. Viandier ; Cass. com. 23 septembre 2014, *Bull. civ.* IV, n° 142 ; *JCP E* 2014, 1651, n° 5, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; *Rev. sociétés* 2014, p. 714, note A. Viandier ; *Gaz. Pal.*, 4 décembre 2014, n° 338, *Chronique de droit des sûretés*, p. 19,

2. Cf. aussi les synthèses de M. Storck, « Sûreté accordée par une SCI : l'exigence de non-contrariété à l'intérêt social », *Dr. sociétés* 2015, étude 2, et de Ph. Dupichot, « Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ? », *Bull. Joly* 2015, p. 260 ; adde M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 29^e éd., 2016, n° 1438 ; M. Storck, S. Fagot et Th. de Ravel d'Esclapon, *Les Sociétés civiles immobilières*, LGD, 2016, n° 674.

pas été réglées, la banque a prononcé la déchéance du terme et, après avoir vainement mis en demeure l'emprunteur et la SCI de payer les sommes dues, a fait délivrer à cette dernière un commandement de payer la somme de 138 860,22 euros valant saisie immobilière de l'un des deux biens, puis l'a assignée devant le juge de l'exécution. La cour d'appel de Reims ayant rejeté sa demande tendant à l'annulation de l'acte de « cautionnement hypothécaire » et du commandement de payer valant saisie immobilière, la SCI a formé un pourvoi en cassation dans lequel elle rappelait la position de la chambre commerciale selon laquelle le cautionnement, même accordé par le consentement unanime des associés, n'est pas valable s'il est contraire à l'intérêt social de la société³. Elle soulignait ensuite qu'en se prononçant comme elle l'avait fait, sans rechercher, ainsi qu'elle y était expressément invitée, si le cautionnement n'était pas contraire à l'intérêt social de la SCI dès lors que sa mise en jeu pouvait conduire à mettre en cause l'existence même de cette société, compte tenu du montant de la créance de la banque et de la valeur de son patrimoine immobilier, puisque son entier patrimoine devait être réalisé pour y faire face, la cour d'appel n'avait pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1849 du Code civil. La Haute juridiction écarte cet argument, soulignant le risque auquel la sûreté consentie exposait la société : « Mais attendu que l'arrêt relève que le 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 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. »

Cette solution pragmatique doit être pleinement approuvée. Le pourvoi se plaçait certes habilement dans le sillage d'un arrêt remarqué rendu par la chambre commerciale le 23 septembre 2014⁴, qui 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 ; qu'il en est ainsi même dans le cas où un tel acte entre dans son objet statutaire ». La mise en cause de l'existence même de la société pouvait ainsi apparaître, à première lecture, comme un critère de la contrariété de l'acte à l'intérêt social, même si la chambre commerciale avait pris soin de relever aussi qu'en l'espèce, la société « ne tirait aucun avantage de son engagement ». L'arrêt rapporté met fin à toute incertitude sur ce point quant à l'appréciation de la conformité de la sûreté à l'intérêt social, en affirmant que le risque de mise en

cause de l'existence même de la société en cas de réalisation de la sûreté est indifférent dès lors qu'il est établi que la société retirait de l'opération un avantage économique appréciable.

Cette approche de la question est judicieuse, car le risque d'appauvrissement, si ce n'est de disparition de la société, est inhérent à toute garantie pour autrui souscrite par une société. Sous cet angle, c'est bien l'absence d'un avantage sérieux justifiant le risque assumé qui rend l'opération contestable du point de vue de l'intérêt social, étant rappelé que celui-ci n'est pas seulement l'intérêt commun de tous les associés, mais aussi l'intérêt des créanciers sociaux. On relèvera encore que l'intérêt propre de la société à offrir sa garantie permet de valider celle-ci en l'espèce alors même qu'elle a été consentie pour une dette du dirigeant de la société.

En résumé, l'arrêt rapporté réduit l'insécurité juridique en précisant clairement les critères d'appréciation de la validité de la garantie de la dette d'un tiers souscrite par une société à risque illimité, qui résident tant dans la conformité de l'engagement à l'objet social que dans sa conformité à l'intérêt social⁵. Celle-ci est cependant appréciée avec une certaine souplesse et est établie lorsque la société, ou même le groupe auquel elle appartient⁶, retire un avantage direct ou indirect de la garantie⁷. L'exigence de conformité à l'intérêt social de la garantie pour autrui devrait être maintenue aussi pour les sociétés à risque limité⁸, et ce d'autant plus qu'elle semble renforcée par le nouvel article 1145 du Code civil, invitant à rechercher toujours si l'acte est susceptible de favoriser l'activité sociale⁹. Cela étant, les rédacteurs d'actes peuvent réduire sensiblement le risque de neutralisation de la garantie consentie pour autrui par une société en situant l'engagement dans son contexte¹⁰ et en soulignant, par exemple dans un préambule, à la fois son lien avec l'activité de la société et l'avantage qu'elle en retire¹¹. ■

3. Cf. notamment Cass., 3^e civ., 12 septembre 2012, préc.

4. Préc., note 1.

5. Cf. notamment M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *op. cit.*, n° 1438.

6. Cf. Cass. com. 10 février 2015, préc. note 1, admettant la validité de l'affectation hypothécaire du seul bien d'une société civile immobilière pour garantir une dette de sa société mère, au motif que l'acte n'était pas contraire à l'intérêt social dès lors qu'il s'inscrivait dans le processus de sauvegarde des autres sociétés du groupe qui aurait été, à défaut, voué à l'échec.

7. La notion d'avantage, direct ou indirect, retiré de la garantie, qui est expressément visée par certains arrêts (cf. par exemple Cass. com. 23 septembre 2014, préc.) nous paraît plus juste que celle de contrepartie (visée par le nouvel article 1169 du Code civil relatif au contenu du contrat).

8. Cf. nos obs. préc. sur Cass. com. 12 mai 2015, spéc. 2.

9. Cf. en ce sens M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *op. cit.*, n° 353.

10. Rapp. Cass., 1^{er} civ., 13 juin 2006, Bull. civ. I, n° 306, jugeant que ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui annule pour absence de cause un contrat dit « d'achat de bandes sonores » pour une somme symbolique d'un franc au motif qu'une telle cession est intervenue sans contrepartie, sans rechercher si ce contrat de cession ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une opération économique constituant un ensemble contractuel indivisible propre à lui conférer une contrepartie réelle et sérieuse.

11. Sur les précautions à prendre, cf. aussi M. Storck, S. Fagot et Th. de Ravel d'Esclapon, *op. cit.*, n° 679.