

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

Hypothèque consentie par une SCI en garantie d'un emprunt bancaire accordé à ses associés – Valeur de l'immeuble supérieure au montant de la garantie souscrite – Non-contrariété de la garantie à l'intérêt social.

Cass. 3^e civ., 21 décembre 2017, n° 16-26500 F-D, SCI Mas du moulin vieux c/ Caisse d'épargne et de prévoyance Côte d'Azur.

Ayant souverainement retenu que la valeur de l'immeuble donné en garantie par une SCI pour une dette de ses associés 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, une cour d'appel a pu en déduire que cet engagement, qui n'était pas de nature à compromettre son existence, n'était pas contraire à son intérêt social.

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

Les arrêts de la Cour de cassation relatifs aux conditions de validité d'une garantie de la dette d'un tiers consentie par une société se succèdent à un rythme soutenu¹, qui permet de deviner aussi l'ampleur du

contentieux qui existe, sans doute, devant les juges du fond dans ce domaine. L'exigence de non-contrariété de la garantie à l'intérêt social, affirmée expressément ou implicitement par les trois formations de la Haute juridiction (première et troisième chambres civiles et chambre commerciale) qui peuvent avoir à se prononcer sur cette question, apparaît en effet comme une planche de salut permettant à une société et ses associés d'échapper à leurs engagements². Un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 21 décembre 2017³, non publié au Bulletin civil, apporte sa pierre à l'édifice jurisprudentiel, mais en validant cette fois la garantie litigieuse.

En l'occurrence, par acte notarié du 4 février 2011, une société civile immobilière (SCI) a consenti à une banque une hypothèque sur l'immeuble lui appartenant, en garantie d'un emprunt contracté par ses deux associés (des époux). L'objet social avait été modifié auparavant par une décision prise à l'unanimité de l'assemblée générale des associés le 25 juin 2009, qui avait prévu que la société pouvait se porter caution hypothécaire au profit de ses associés⁴.

À la suite de la défaillance des emprunteurs, la banque a poursuivi la saisie immobilière du bien affecté en garantie par la SCI. Celle-ci a alors invoqué la contrariété de la garantie à l'intérêt social. Par un arrêt infirmatif du 28 octobre 2016, la cour d'appel d'Aix-en-Provence n'a pas fait droit à cette prétention et a ordonné la vente forcée

1. V. encore très récemment, Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 2017, n° 16-17184, JCP G 2017, 1269, n° 5, note Y.-M. Serinet; RD banc. et fin. 2017, n° 243, obs. D. Legeais; AJ Contrat 2017, p. 546, note G. Piette; Banque et Droit n° 176, novembre-décembre 2017, p. 67, obs. N. R.; Bull. Joly 2018, p. 76, 117h7, note E. Schlumberger; antérieurement, V. 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, 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. F. Deboissy et G. Wicker; Cass. com. 2 février 2016, n° 16-10363, JCP E 2017, 1111, note N. Jullian; Dr. sociétés 2017, n° 3, note H. Houasse; RJDA 2017, n° 92; Banque et Droit n° 171, janvier-février

2017, p. 71, obs. N. R.; adde 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 E. Schlumberger, « Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société », in Mélanges H. Houasse, L'ingénierie sociétaire et patrimoniale, LexisNexis, 2016, p. 169.

2. V. notamment Cass. 3^e civ., 12 septembre 2012, préc.; Cass. com. 23 septembre 2014, préc.; Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 2017, préc.

3. BRDA n° 3-2018, n° 3.

4. Cette précision apparaît dans le pourvoi en cassation qui est annexé à l'arrêt rapporté.

du bien immobilier de la société, aux termes d'un raisonnement prenant en compte les conséquences concrètes de la garantie consentie. Les juges du fond ont d'abord affirmé que l'acte ne devait pas être contraire à l'intérêt social et ne devait donc pas être de nature à compromettre l'existence même de la société, au-delà d'une absence de contrepartie, celle-ci n'étant pas suffisante pour prononcer la nullité de l'acte si l'opération n'exposait pas la société à une disparition totale. Ils ont ajouté que, pour vérifier si l'existence même de la société était compromise, il convenait de rechercher si la réalisation de son seul bien immobilier pour rembourser la dette personnelle des associés conduisait ou non à la disparition totale du patrimoine social. Ils ont ensuite constaté qu'en l'espèce, la banque justifiait, par des éléments chiffrés produits aux débats, que la valeur du bien s'élevait à 4 009 946,74 €⁵ et que l'engagement de caution s'élevait au montant emprunté, soit 2 259 953,84 €, en principal, frais et accessoires, de sorte que la mise en jeu de la garantie n'entraînait pas la disparition totale du patrimoine social, la société pouvant réinvestir les sommes retirées de la vente, conformément à son objet social.

Le pourvoi en cassation formé par la SCI contre cet arrêt soutenait que la sûreté donnée par une société devait, pour être valable, non seulement résulter du consentement unanime des associés, mais également être conforme à son intérêt social, que la SCI avait consenti, sans la moindre contrepartie, un cautionnement hypothécaire sur l'immeuble qui constituait son unique bien et qu'en déclarant néanmoins la sûreté valable, en se fondant sur la circonstance, inopérante, selon laquelle, à la date à laquelle ce cautionnement avait été consenti, la valeur estimée de l'immeuble donnée en garantie excédait le montant de l'engagement de caution en principal, frais et accessoires, la cour d'appel avait violé les articles 1849, 1852 et 1854 du Code civil.

Mais cette argumentation est rejetée par la troisième chambre civile : « Qu'ayant souverainement retenu que la valeur de l'immeuble donné 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, qui n'était pas de nature à compromettre son existence, n'était pas contraire à son intérêt social. »

Cette solution appelle deux séries d'observation concernant l'exigence de non-contrariété de la garantie à l'intérêt social (1.) et son appréciation (2.).

1. Si elle rejette le pourvoi, la troisième chambre civile réaffirme clairement que la garantie de la dette d'un associé souscrite par une SCI ne doit pas être contraire à l'intérêt social, même si ladite garantie relève de l'objet social ou a été consentie à l'unanimité des associés. Cette exigence de non-contrariété de la garantie à l'intérêt social (distincte de la conformité de la garantie à l'objet social) doit

s'appliquer, logiquement, à toutes les sociétés⁶, qu'elles soient à risque illimité (sociétés civiles, société en nom collectif...) ou à risque limité (SARL, SA, SAS...)⁷. La non-contrariété de la garantie à l'intérêt social est bien une exigence autonome, qui ne peut pas être satisfaite par le seul constat de l'approbation de la garantie par l'unanimité des associés car l'intérêt social doit intégrer aussi la prise en compte des intérêts des créanciers de la société⁸. Il convient alors de déterminer les critères d'appréciation de cette exigence.

2. L'arrêt rapporté ne prend pas clairement position sur ce point délicat, en utilisant la formule d'approbation minimale de la décision de la cour d'appel qui « a pu [...] déduire » du constat que la valeur de l'immeuble donné en garantie par la SCI excédait le montant de son engagement, que celui-ci n'était pas de nature à compromettre son existence et n'était pas contraire à son intérêt social, en dépit de l'absence de contrepartie. Cette approche de la contrariété à l'intérêt social se place très nettement dans le sillage d'un arrêt antérieur de la même troisième chambre civile⁹, qui avait jugé qu'un cautionnement hypothécaire consenti par tous les associés d'une SCI sur son unique bien immobilier, en garantie d'un prêt qui n'entrait pas dans son objet social, n'était valide que s'il n'était pas contraire à son intérêt et qu'une cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision en ne recherchant pas, comme cela lui était demandé, si la garantie ainsi consentie par la société n'était pas de nature à compromettre son existence même, dès lors que la valeur du bien immobilier était inférieure au montant de son engagement. L'appréciation de la contrariété à l'intérêt social résiderait donc dans la comparaison entre la valeur du bien donné en garantie par la société et le montant de son engagement, pouvant mettre en évidence une menace pesant sur l'existence même de la société. En revanche, l'absence de contrepartie à la garantie est indifférente dès lors que celle-ci ne menace pas la continuité de l'exploitation de la société. Cette approche n'est pas très éloignée de celle de la chambre commerciale qui, de son côté, considère que la prise en compte d'un avantage peut compenser le risque couru¹⁰, même s'il « pèse sur l'existence même de la

5. Ce montant résultait d'une évaluation du bien immobilier donné en garantie, s'élevant à 3 241 622,29 € en date du 2 mars 2006, actualisée au mois de mai 2010 à une date proche de la date de l'engagement de caution.

6. La nullité de l'acte contraire à l'intérêt social est commune à toutes les sociétés (V. aussi en ce sens M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 30^e éd., 2017, n° 382, a ; adde M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit des affaires de G. Ripert et R. Roblot, LGD*, 22^e éd., 2017, n° 1561, n'opérant aucune distinction selon la société en cause).

7. Comp. la solution contestable retenue par Cass. com. 12 mai 2015, préc. note 1, jugeant, à propos d'une SARL, qu'il résulte des dispositions de l'article L. 223-18 du Code de commerce, « lesquelles doivent être mises en oeuvre à la lumière de celles de l'article 10 de la directive 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, ayant codifié la première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, que, 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 ».

8. V. notamment sur ce point, E. Schlumberger, note préc., sous Cass. 1^{er} civ., 18 octobre 2017, n° 13, et nos obs. préc. sur ce même arrêt, 2.

9. Cass. 3^e civ., 12 septembre 2012, préc.

10. V. aussi en ce sens, M. Germain et V. Magnier, *op. cit.*, n° 1561 ; Ph. Dupichot, « Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ? », *Bull. Joly* 2015, p. 260 ; comp. la critique de M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *op. cit.*, n° 382, a, qui doutent qu'une prise de risque de nature à mettre en péril la continuité d'exploitation d'une société puisse être jugée conforme à son intérêt.

société en raison du possible engagement de son entier patrimoine en cas de réalisation de la sûreté »¹¹. Il n'est pas certain pour autant que l'unification de la jurisprudence des différentes chambres de la Cour de cassation, qui est hautement souhaitable sur cette question très sensible pour la pratique bancaire, soit d'ores et déjà acquise¹².

Cette unification pourrait être réalisée en maintenant l'essentiel de la construction jurisprudentielle subtile de la Haute juridiction quant à la validation des garanties souscrites par une société : outre l'exigence de conformité de la garantie à l'objet social, l'exigence de non-contrariété de la garantie à l'intérêt social serait satisfaite si celle-ci ne crée pas un risque pesant sur l'existence même de la société qui n'est pas compensé par un avantage réel et sérieux (conformément au tempérament admis par la chambre commerciale). La nullité de la garantie, qui

devrait être relative et non absolue¹³, dès lors que l'intérêt social n'est pas l'intérêt général¹⁴, ne devrait donc être prononcée que si deux conditions sont réunies, à savoir (i) une menace affectant l'existence de la société (condition nécessaire mais non suffisante) et (ii) l'absence de tout avantage sérieux en contrepartie. Autrement dit, c'est la prise de risque totalement disproportionnée¹⁵, car extrême et dénuée de contrepartie sérieuse, qui justifie une sanction aussi lourde que la nullité de la garantie. Un point d'équilibre pourrait ainsi être atteint pour concilier la protection de l'intérêt social, d'une part, et la sécurité des transactions et du crédit, pour les créanciers et les rédacteurs d'acte¹⁶, d'autre part. ■

11. Cass. com. 2 février 2016, préc. ; *adde* sur la prise en compte de l'avantage retiré de la garantie, Cass. com. 23 septembre 2014, préc. ; Cass. com. 10 février 2015, préc. ; comp. Cass. 3^e civ., 15 septembre 2015, n° 14-21348, *Rev. sociétés* 2015, p. 744, note A. Viandier, visant le défaut de proportionnalité entre l'engagement souscrit et l'avantage retiré.

12. Comp. E. Schlumberger, note préc. sous Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 2017, n° 17-19.

13. V. cependant Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 2017, préc., note 1, retenant la nullité absolue de la garantie.

14. V. nos obs. crit. préc. sur Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 2017, spéc. 2 ; comp. E. Schlumberger, note préc., n° 13.

15. V. H. Barbier, *La Liberté de prendre des risques*, PUAM, 2011, préf. J. Mestre, et, en dernier lieu, sur la conciliation de la liberté de prendre des risques et du devoir de les assumer, note sous Cass. com. 18 octobre 2017 au D. 2018, p. 47.

16. La nullité d'une garantie peut en effet ouvrir la voie à une action en responsabilité civile à l'encontre du professionnel du droit ayant établi l'acte.