

## Droit patrimonial

## GROUPES FAMILIAUX

# Le cautionnement par des

» Dans les groupes familiaux, il est très fréquent que des sociétés civiles ou commerciales soient amenées à se porter caution

» C'est sur ce schéma de garantie de l'endettement que la jurisprudence apporte des enseignements récents conduisant à l'usage de ces mécanismes avec finesse

**Situation de la société civile.**

En 1981 meurt Monsieur Armand X qui laisse à ses deux enfants et sa veuve une villa située sur les hauteurs de Monaco. 23 ans plus tard, la famille décide d'organiser son patrimoine, crée une SCI au capital de 1.000 euros dont les 100 parts sont réparties entre le fils Gérard pour un quart, sa jeune sœur pour un quart également et la moitié restante à leur mère. La société a pour objet « pour son propre compte exclusivement, la gestion d'un patrimoine mobilier et immobilier, apporté ou acquis par elle, la mise à disposition gratuite des biens appartenant à la société aux associés et généralement toutes opérations quelconques pouvant se rattacher directement à son objet, pourvu que ces opérations ne modifient pas le caractère civil de la société ». Elle a son siège dans l'appartement où Gérard et sa mère ont leur domicile. Gérard est nommé gérant statutaire.

A peine la société créée, les trois associés lui apportent la villa dont ils étaient toujours propriétaires indivis. Deux mois plus tard, ils modifient à l'unanimité les statuts et étendent l'objet social pour autoriser la société à se porter caution solidaire et hypothécaire d'un associé. Gérard lance sa petite entreprise destinée à lui permettre de subsister. Il emprunte 450.000 euros à une banque et donne en garantie la caution de la SCI qui affecte en hypothèque l'immeuble social. Malheureusement, Gérard ne connaît qu'une suite de soucis. Il a un accident de la route, reste immobilisé



**SOPHIE SCHILLER**, professeur agrégée à l'université Paris-Dauphine, directrice des masters Droit du patrimoine professionnel et Droit des affaires

pendant des mois et ses affaires vont alors bien sûr très mal. La banque laisse « filer » le découvert, finit par réclamer les sommes devenues très importantes à la SCI et elle procède à une saisie immobilière.

Cette histoire ne pourrait constituer que l'une des innombrables manifestations des aléas de la vie et d'une grandeur suivie d'une déca-

dence si cette famille n'avait pas été aussi bonne juriste que piètre gestionnaire. Par un arrêt du 23 septembre 2014, la Cour de cassation va confirmer la nullité du cautionnement accordé par la société (1). L'immeuble ne sera pas saisi et c'est finalement la banque qui va tout perdre. Pourquoi ? Quelles erreurs a-t-elle commises ? Que doit faire un créancier pour éviter de voir annuler les sûretés que lui a consenties une société civile ?

**Des montages fréquents.**

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. À 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

# sociétés civiles

enclins à accepter que ce prêt soit garanti par la société 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.

## ÉVOLUTION 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, résulter du consentement unanime des associés (Cass. com. 8 nov. 2011, n°10-24.438 SCI caution, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 sept. 2012, n°11-17.948, SCI caution) – même si 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), ni 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).

**Lorsque la société d'exploitation recherche un prêt bancaire, ses associés sont naturellement enclins à accepter que ce prêt soit garanti par la société qui détient les actifs**

Par ailleurs, 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), 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).

La sûreté doit également être conforme à son intérêt social (Cass. com. 8 nov. 2011, n°10-24.438, SCI caution Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 12 sept. 2012, n°11-17.948, SCI caution). Il faut donc rechercher :

- si le 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>e</sup>, 12 sept. 2012, n°11-17.948, SCI caution) ;
- si le cautionnement a été accordé « sans aucune contrepartie » ou si la caution « *ne tirait aucun avantage de son engagement* », les juges pouvant en déduire sa « *contrariété à l'intérêt social* » (Cass. com. 13 nov. 2007, n°06-15.826, forme sociale de la caution non précisée, Cass. com. 23 sept. 2014, n°13-17.347, SCI caution) ;
- le risque de mise en péril de la société, ce dernier 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'entend de l'engagement de la totalité des actifs pour garantir la dette ou tout acte de nature à « com-

*promettre 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).

## CONSÉQUENCES DE L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE DE L'APPRÉCIATION DE LA VALIDITÉ DES CAUTIONNEMENTS

La chambre commerciale semble très attachée à sa solution. Elle a pris soin de publier son dernier arrêt rendu le 23 septembre 2014 sur cette question qui n'était pourtant qu'une simple confirmation des précédents. 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 encourrait des sanctions fiscales.

Afin de garantir un intérêt pour la société qui donne sa garantie, il est possible d'envisager une contrepartie du cautionnement.



**GROUPES FAMILIAUX LE CAUTIONNEMENT PAR DES SOCIÉTÉS CIVILES**

→ 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. 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 et en l'absence d'une rémunération.

**Conséquences en présence d'une rémunération.** 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 hors taxe. 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 réali-

**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**

sées 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 (2). En pratique, le risque sera très faible que les recettes dépassent des revenus fonciers, excepté en l'absence de revenus fonciers.

La rémunération du cautionnement fait également encourir un risque pénal à la société, pour violation du monopole bancaire. L'article L. 511-5 du Code monétaire et financier 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. Les sociétés caution appartenant à un groupe familial ne correspondent ni à la définition de la notion d'établissement de crédit de l'article L. 511-1, l. 1 du CMF ni aux exceptions où la loi autorise des atteintes au monopole bancaire.

Pour entrer dans le champ d'application du monopole bancaire, les opérations de crédit doivent donc être réalisées à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant une contrepartie (3), et 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 (4) et en présence d'opérations réalisées au profit de bénéficiaires différents. Si les opérations de crédit sont effectuées au profit des mêmes bénéficiaires, la violation du monopole bancaire ne pourrait pas être invoquée (5). Si elle est reconnue, elle expose son auteur à de lourdes sanctions pénales.

Néanmoins, un autre article, L. 511-7, l. 3 du CMF, 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* ». 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 une grande rigueur les sanctions en cas de réalisation d'un ou 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 interdite 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. Il convient d'apprécier ce risque de cautionnement rémunéré par rapport à celui encouru en cas de cautionnement gratuit.

**Conséquences en l'absence de rémunération.** 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 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. La voie est étroite, le risque de nullité bien présent et c'est pourquoi la FNDP a choisi de rédiger un avis pour aider les utilisateurs, qui sera publié dans ces colonnes dans les mois qui viennent. **a**

- .....
- (1) Cass. Com. 23 sept. 2014, n°13-17.347, Gaz. Pal. 2 déc. 2014, p. 20, note A.F. Zattara-Gros.  
 (2) *BOI-IS-CHAMP-10-30* n°320 et suiv.  
 (3) 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.

- (4) 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.  
 (5) Cass. com., 3 décembre 2002, jurisdata n°2002-016639, JCPE, n°23, 853, B. Dondero.



Cet article s'est fortement appuyé sur les travaux réalisés par

**Nathalie Ducrocq-Picarrougne et Laurent Gayet** en vue de la rédaction d'un rapport qui permettra à la FNDP (Fédération nationale droit du patrimoine) de rendre un avis sur ce sujet, publié début 2015.



## Les Actifs du Patrimoine Grands Prix de l'Innovation et de la Distribution de L'Agefi Actifs

- 10<sup>e</sup> édition -

### APPEL À CANDIDATURE

L'Agefi Actifs, le magazine interprofessionnel du patrimoine, lance la nouvelle édition des « Actifs du Patrimoine ». Ces Grands Prix récompensent les meilleures offres de produits patrimoniaux (OPCVM, assurance vie, prévoyance individuelle et retraite) proposées par l'ensemble des promoteurs de la Place, tant sur le plan de l'innovation que de la distribution.

Banques à réseau, banques privées, sociétés de gestion, sociétés d'assurances et intermédiaires d'assurance sont invités à demander dès aujourd'hui le règlement et le dossier de candidature, ou à les télécharger sur : [www.agefiactifs.com/evenements](http://www.agefiactifs.com/evenements)

Merci de retourner **le dossier avant le 31 mars 2015**, à l'adresse suivante :

**[innovation@agefi.fr](mailto:innovation@agefi.fr)**