

02.7

Les sûretés pour autrui consenties par les sociétés civiles



Lionel ANDREU

Agrégé des facultés de droit,
Professeur à l'Université de Poitiers (ERDP ; EA 1230)

Les sûretés pour autrui sont illicites dès lors qu'elles méconnaissent l'objet social d'une société civile ou lorsqu'elles sont contraires à l'intérêt de celle-ci (V. § 1). S'agissant de l'objet social, la réforme du droit des obligations pourrait conduire à un adoucissement de la sanction (V. § 5). En tout cas, la sûreté n'est pas nulle lorsqu'elle est autorisée par les associés à l'unanimité (V. § 7), lorsqu'une modification des statuts a eu lieu à cette fin (V. § 8) ou lorsqu'il existe une communauté

d'intérêts (V. § 9). S'agissant de l'intérêt social, la jurisprudence considère que n'est pas valide la sûreté accordée par une société civile en garantie de la dette d'un associé qui est de nature à compromettre l'existence même de la société (V. § 10). La réforme du droit des obligations ainsi que la loi PACTE ne devraient rien changer en la matière (V. § 11). Le rédacteur d'acte peut néanmoins tenter de sauver l'acte en réduisant la charge de la sûreté (V. § 14) ou en la compensant (V. § 15).

Introduction

1. Les sûretés pour autrui suscitent depuis quelques années des difficultés juridiques majeures. La jurisprudence les considère comme illicites dès lors qu'elles méconnaissent l'objet social d'une société civile ou lorsqu'elles sont contraires à l'intérêt de celle-ci¹. Il existe à ce sujet une jurisprudence abondante, qui constitue pour le rédacteur d'acte un véritable

casse-tête. Viennent s'y ajouter la réforme du droit des obligations réalisée par l'ordonnance du 10 février 2016² et la loi PACTE du 22 mai 2019³, qui rendent opportune une mise au point pratique relative aux difficultés suscitées par ces sûretés.

2. Par sûreté pour autrui, on désigne l'ensemble des techniques du droit des sûretés qui permettent à une personne de garantir une dette qui n'est pas la sienne. L'expression renvoie d'abord aux sûretés personnelles, au titre desquelles le législateur vise le cautionnement, la lettre d'intention et la garantie autonome⁴ – desquels on peut rapprocher d'autres garanties personnelles comme le porte-fort d'exécution ou la délégation-sûreté. Sont également visées les sûretés réelles

1 Sur ce thème désormais classique, v. not. M. Germain, Sur une jurisprudence de l'intérêt social, *in* Mélanges P. Le Cannu : LGDJ 2014, p. 289. - S. Schiller, N. Ducrocq-Picarrougne et L. Gayet, Le cautionnement par des sociétés civiles ou commerciales dans les groupes familiaux : JCPN 2015, 1100. - P. Dupichot, Derrière l'intérêt social de la SCI caution : la cause ? : BJS 2015, p. 260. - E. Schlumberger, Retour sur la jurisprudence relative aux garanties de la dette d'autrui octroyées par une société, *in* Mélanges H. Hovasse : LexisNexis, 2016, p. 169. - R. Dalmau, La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier : *Rev. sociétés* 2018, 487. - T. de Ravel d'Esclapon, Les garanties souscrites par la société au profit des associés et dirigeants : *AJ contrat* 2018, 462.

2 Sur laquelle v. par ex. E. Lamazerolles, La société, *in* Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, ss dir. L. Andreu et M. Mignot, Institut universitaire Varenne : LGDJ, 2017, p. 233 et s.

3 Sur laquelle, v. par ex. R. Arakélian, Loi PACTE : aspects de droit des sociétés : *AJ contrat* 2019, 272.

4 C. civ., art. 2287-1.

pour autrui que l'on désignait naguère par l'expression « *cautionnements réels* »⁵. Lorsqu'une hypothèque, par exemple, est accordée en garantie de la dette d'un tiers, elle pose des problèmes similaires à ceux que posent les sûretés personnelles. Tel est précisément le cas en droit des sociétés, où la question de la validité des sûretés se pose globalement dans les mêmes termes que la sûreté pour autrui soit personnelle ou réelle.

3. Plus précisément, il apparaît que ces sûretés subissent en droit des sociétés une double menace, à fois statutaire et légale : certaines limites à la constitution de ces sûretés découlent des statuts qui régissent la société ; d'autres résultent de la loi. Au titre des premières, on s'intéressera seulement à l'objet social (I)⁶. Au titre des secondes, on évoquera uniquement l'intérêt social (II)⁷.

I. L'objet social

4. D'après l'article 1849 du code civil, « *Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social* ». **La jurisprudence déduit de ce texte que la sûreté pour autrui consentie par un gérant qui entre en contradiction avec l'objet social tel qu'il est défini par les statuts mérite d'être annulée**⁸. Elle fait en la matière preuve d'une certaine sévérité à l'égard des sûretés qui garantissent plus spécifiquement la dette personnelle d'un associé ou d'un dirigeant, dont l'incompatibilité avec l'objet social a une particulière vocation à être caractérisée⁹. La sanction est d'autant plus prégnante qu'il n'y a aucun texte qui protégerait les tiers de bonne foi en validant les actes du dirigeant qui ne relèveraient pas de l'objet social. La Cour de cassation paraît avoir aggravé la rigueur de la sanction par un arrêt un peu confus qui semble retenir la qualification de nullité absolue¹⁰, insusceptible de confirmation et, surtout, invocable par toute personne intéressée.

5. De ce point de vue, **la réforme du droit des obligations pourrait constituer une éclaircie**. Le nouvel article 1156 du code civil prévoit en effet que « *l'acte accompli par un*

représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté ». Ce texte mérite sans doute d'être appliqué à la constitution de sûretés pour autrui par un gérant en contradiction avec l'objet social, qui pose bien un problème de dépassement de ses pouvoirs (et non de capacité de jouissance comme on l'enseigne parfois)¹¹. Si l'on retient cette analyse, la sanction ne serait plus la nullité de la sûreté, mais une inopposabilité, simplement invocable par la société lésée, laquelle ne pourrait s'en prévaloir dans le cas où le cocontractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant.

6. **L'application de ce texte aux actes accomplis par les dirigeants sociaux demeure cependant discutée**. Il sera en tout état de cause difficile en pratique pour le cocontractant d'établir la légitimité de son ignorance de l'absence des pouvoirs du dirigeant pour constituer la sûreté litigieuse¹². Le fait que l'inopposabilité soit réservée à la société dont l'objet social a été méconnu ne devrait pas non plus réduire grandement les cas d'application. Non seulement cette société sera rarement dissuadée d'invoquer l'inopposabilité une fois le crédit obtenu par la personne dont la dette est garantie, mais on peut également penser que les créanciers de la société seront admis à le faire à sa place par la voie oblique¹³. Par ailleurs, l'acte contraire à l'objet social n'est pas seulement sanctionnable en lui-même, mais il constitue également une faute du dirigeant, l'exposant à une révocation par les associés et à l'engagement de sa responsabilité¹⁴. D'où l'importance de la question de savoir comment surmonter dans une perspective pratique le risque qu'une sûreté soit jugée contraire à l'objet social¹⁵.

7. Pour s'assurer de la licéité de la sûreté, le rédacteur d'acte peut en premier lieu prendre appui sur la jurisprudence qui admet que **la sûreté pour autrui n'est pas nulle pour contrariété à l'objet social lorsqu'elle est autorisée par les associés à l'unanimité**¹⁶. Pour constater leur accord, il ne serait d'ailleurs pas nécessaire de réunir une assemblée générale. L'accord unanime peut en effet résulter « *d'un acte* » quelconque (C. civ., art. 1854)¹⁷ que le rédacteur prendra soin de faire signer par tous les associés¹⁸ – en précisant bien

5 Sur la figure, v. par ex. M. Bourrassin et V. Brémond, *Droit des sûretés* : Sirey, 7^e éd., 2019, n° 184.

6 On met ainsi de côté la question du rôle des stipulations statutaires autres que celles relatives à l'objet social – laquelle n'est pas essentielle.

7 On met ainsi de côté la question du dispositif relatif aux conventions réglementées – dont l'extension mériterait d'être plaidée.

8 V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1978, n° 76-14.806 et Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1979, n° 77-14.827.

9 V. Cass. com., 26 janv. 1993, n° 91-12.566 (à propos d'une SNC) : « *la dette ainsi garantie par voie de nantissement sur le fonds de commerce de la société ne correspondait pas à une dette sociale, mais à une dette personnelle d'un associé, d'où il résultait que la garantie litigieuse ne constituait pas un acte entrant dans l'objet social* ». - V. égal. Cass. com., 14 juin 2000, n° 97-15.040 et Cass. com., 25 janv. 2005, n° 02-18.287.

10 Cass. civ. 1^{re}, 18 oct. 2017, n° 16-17.184.

11 V. égal. R. Dalmau, préc., n° 16.

12 Comp. Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1978, préc.

13 C. civ., art. 1341-1.

14 Sur la responsabilité du rédacteur d'acte, v. égal. Cass. civ. 1^{re}, 29 févr. 2000, n° 97-18.734 (partage de responsabilité en raison de la faute du créancier).

15 Dans certaines hypothèses, il n'est pas exclu que l'acte entre directement dans l'objet social (Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, n° 04-17.893). Le seul fait que les statuts régissent les sûretés souscrites par la société n'implique cependant pas à lui seul qu'une sûreté pour autrui soit conforme à l'objet social (Cass. com., 15 avr. 2008, n° 06-18.294).

16 Ou selon les modalités moins rigoureuses parfois prévues par les statuts, sous réserve de ce qui sera indiqué *infra*, en note n° 21.

17 Cass. civ. 1^{re}, 20 oct. 1992, n° 90-21.628.

18 Cass. civ. 3^e, 25 sept. 2002, n° 00-22.362.

sûr, pour clarifier les intentions des parties, que celles-ci approuvent la sûreté accordée par la société et ne s'engagent pas personnellement¹⁹.

8. Il arrive cependant que cette unanimité ne puisse être obtenue, par exemple parce qu'un associé refuse d'autoriser la sûreté. Dans cette hypothèse, le rédacteur d'acte pourrait songer à un contournement : une **modification des statuts pour inclure sans discussion possible la constitution de la sûreté dans l'objet social**. La Cour de cassation a expressément admis que la modification des statuts aux fins de prévoir au titre de l'objet social la constitution d'une sûreté empêche de soutenir utilement sa contradiction avec l'objet social²⁰. Reste que cette solution - qui a un coût - n'a d'intérêt que dans le cas où la modification des statuts ne suppose pas l'unanimité - où elle pose encore quelques difficultés²¹. Dans le cas contraire, qui sera le plus fréquent, la modification des statuts demeura hors de portée du rédacteur d'acte déjà confronté à l'impossibilité d'obtenir directement l'accord unanime des associés.

9. Une troisième porte de sortie resterait alors exploitable. La jurisprudence admet encore la **licéité des sûretés pour autrui accordées par une société civile lorsqu'il existe une « communauté d'intérêts entre cette société et [la personne] cautionnée »**²². Cette communauté d'intérêt est caractérisée sur la base d'un faisceau d'indices qui tiennent en particulier compte des relations, notamment familiales, contractuelles ou sociétaires, que les diverses personnes impliquées peuvent entretenir²³. La communauté d'intérêt semble facilement caractérisée lorsque l'une des sociétés est la locataire de l'autre ou lorsque deux sociétés participent d'un même groupe de sociétés²⁴. S'agissant des sociétés civiles familiales, la communauté d'intérêt semble également pouvoir être facilement

caractérisée lorsque l'immeuble qui appartient à la société est le domicile de ceux dont la dette est garantie²⁵. Le raisonnement fondé sur la communauté d'intérêt ne serait cependant pas sans risque pour le rédacteur d'acte, celle-ci demeurant un standard juridique assez vague dont la caractérisation est tributaire de l'appréciation du juge²⁶.

Reste à voir si la contrainte tenant à l'intérêt social est plus facile à dépasser.

II. L'intérêt social

10. Les rédacteurs d'actes sont également embarrassés par la jurisprudence désormais classique selon laquelle **« la sûreté donnée par une société [à risque illimité] doit, pour être valable, [...] être conforme à son intérêt social »**²⁷. Ainsi, la Cour de cassation considère 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 »*²⁸. Peu importe que les associés aient donné leur accord unanime à la constitution de la sûreté²⁹ ou que l'acte entre plus généralement dans l'objet social³¹. De fait, cette jurisprudence s'est développée en l'absence de tout texte en ce sens. Malgré les nombreuses

19 Comp. Cass. com., 6 oct. 2009, 08-17.695 : cassation de l'arrêt d'appel qui avait admis l'engagement d'un groupement foncier agricole alors que « l'acte de prêt ne comportait aucune précision, s'agissant de l'engagement de caution, de ce que les signataires étaient intervenus pour le compte du GFA ».

20 Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1987, n° 84-14.855 : cassation de l'arrêt d'appel qui avait admis la nullité alors que « les associés avaient décidé d'adjoindre la faculté de cautionnement à l'objet social de la SCP pour les besoins du prêt octroyé à [l'emprunteur] ». Comp. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés : LexisNexis, 32^e éd., 2019, n° 426.

21 Un auteur fait observer que « particulièrement lorsque la société qui consent la sûreté est à risque illimité, il résulte de la souscription de la garantie en dehors de l'objet social initial une possible augmentation des engagements des associés, dont le consentement unanime doit alors être recueilli (C. civ., art. 1836, al. 2) » (F.-X. Lucas, note ss Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24.438 : BJS avril 2012, n° JBS-2012-0172, p. 297. - Rapp. D. Poracchia, note ss Cass. civ. 3^e, 12 sept. 2012, n° 11-17.948 : BJS déc. 2012, n° JBS-2012-0474, p. 831). L'analyse suppose cependant une lecture extensive de l'article 1836 qui ne va pas de soi et ne vaudrait en tout état de cause pas pour les sûretés réelles.

22 Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2000, n° 97-17.827 et Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-11.163. - V. égal. Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 1988, n° 85-18.312 et Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-10.766.

23 Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 1988, préc. - V. égal. Cass. com., 6 juin 2001, n° 98-19.040 (à propos d'une SNC), Cass. com., 3 déc. 2003, préc., Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826 et Cass. com., 13 mars 2008, n° 06-16.077. Pour « des motifs impropres à caractériser la communauté d'intérêts », v. Cass. com., 15 avr. 2008, préc.

24 V. Cass. com., 13 nov. 2007, préc.

25 Cass. com., 8 nov. 2005, n° 01-15.503.

26 On pourrait également s'interroger sur une certaine tendance jurisprudentielle tendant à considérer, non que la communauté d'intérêt traduit une conformité de l'acte à l'objet social, mais que l'acte, bien que n'entrant pas directement dans l'objet social, serait (seulement ?) valable à l'égard des tiers. Comp. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 1988, préc. (« le cautionnement souscrit se rattachait indirectement à l'objet social de la société civile immobilière en raison de la communauté d'intérêts unissant cette société à la société débitrice principale ») et Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2000, préc. (« si le cautionnement donné par une société n'entre pas directement dans son objet social, ce cautionnement est néanmoins valable lorsqu'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la société cautionnée »).

27 Pour l'absence de nullité dans la SAS, v. Cass. com., 19 sept. 2018, n° 17-17.600 : « Serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le président d'une société par actions simplifiée ». Rapp., concernant une SARL, Cass. com., 2 mai 2015, n° 13-28.504 et Cass. com., 16 oct. 2019, n° 18-19.373. Contra, antérieurement, Cass. com., 17 déc. 2003, n° 02-11.245.

28 Cass. com., 8 nov. 2011, n° 10-24.438. - V. égal. Cass. civ. 3^e, 12 sept. 2012, n° 11-17.948. On cite également Cass. com., 28 mars 2000, n° 96-19.260, mais l'arrêt est peu probant. - V. égal., en matière de SNC, Cass. com., 18 mars 2003, n° 00-20.041. Comp. avec la jurisprudence antérieure qui excluait la nullité pour contrariété à l'intérêt social (Cass. civ. 3^e, 4 févr. 1971, n° 69-11.047 qui retient que « l'administrateur d'une société civile peut valablement engager la société par une convention étrangère à l'objet social ou même nuisible aux intérêts sociaux, conclue au profit de tiers, si ledit administrateur a reçu, à cette fin, des pouvoirs réguliers émanant de l'unanimité des associés ». - V. égal. Cass. civ. 3^e, 1^{er} déc. 1993, n° 91-16.327. - Comp. Cass. com., 14 déc. 1999, n° 97-15.554).

29 Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347.

30 Cass. civ. 3^e, 12 sept. 2012, préc. : « le cautionnement même accordé par le consentement unanime des associés n'est pas valide s'il est contraire à l'intérêt social ».

31 Cass. com., 23 sept. 2014, préc. - V. égal. Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-19.762.

critiques dont elle a fait l'objet, elle risque d'autant plus de perdurer que **la loi PACTE lui a donné une assise légale** en ajoutant à l'article 1833 du code civil que « *La société est gérée dans son intérêt social [...]* »³². S'agissant d'une règle qui vise vraisemblablement à protéger la société d'un acte qui serait contraire à ses intérêts, la nullité devrait être relative³³. La Cour de cassation paraît cependant avoir une préférence pour la nullité absolue³⁴, insusceptible de confirmation et invocable par tout intéressé. Il est clair en tout cas que la bonne foi du tiers cocontractant est sans incidence sur la nullité³⁵.

11. Une éclaircie pourrait-elle venir de la réforme du droit des obligations ? En ce sens, une certaine doctrine invoque le nouvel article 1157 du code civil prévoyant que « *lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer* »³⁶. Appliqué à l'hypothèse de la constitution par un dirigeant d'une sûreté pour autrui au nom de la société, le texte impliquerait la qualification de nullité relative³⁷ et l'éviction de celle-ci dans le cas où le tiers cocontractant est de bonne foi compte tenu de son ignorance légitime de l'atteinte à l'intérêt social que réalise la sûreté. Encore faudrait-il cependant admettre que l'hypothèse soulève une question de détournement de pouvoir qui la ferait entrer dans le champ de l'article 1157. Or, l'analyse paraît difficile à embrasser s'agissant d'une convention dont la conclusion est purement et simplement **interdite** aux sociétés concernées. L'interdit jurisprudentiel conduit simplement à empêcher **la société** (à risque illimité) de contracter, plus précisément de se léser par la souscription d'une sûreté pour autrui qui la met en danger et dont elle ne tire pas profit. Il a dès lors tous les atours d'une incapacité de jouissance (ou, si on veut le dire autrement, d'une restriction à la liberté contractuelle) et ne relève pas de la théorie du détournement de pouvoir.

12. Trouve-t-on dans la loi PACTE une disposition plus avantageuse ? On pourrait le penser à la lecture de l'article 169 de cette loi qui donne une nouvelle rédaction à l'article 1844-10, alinéa 3, du code civil³⁸. Ce texte prévoit ainsi désormais que « *La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* »³⁹. La réserve de l'intérêt social ayant été parallèlement introduite dans l'article 1833 ici mentionné⁴⁰, la tentation est grande de déduire

de ce nouveau texte l'exclusion de la nullité des sûretés pour autrui pour cause de contradiction à l'intérêt de la société. L'analyse risque cependant de buter sur l'interprétation traditionnelle de l'article 1844-10, qui est compris comme visant seulement les actes et délibérations internes à la société (« *des organes de la société* ») et non les conventions conclues avec des tiers⁴¹ - quand bien même elles seraient précédées d'un acte ou d'une délibération interne⁴². En quoi la Cour de cassation, qui a posé cet interdit jurisprudentiel sans qu'aucun texte ne le prévoit, pourrait ne se sentir aucunement contrainte de changer de position en raison de la modification d'un texte qui ne concerne classiquement pas l'hypothèse considérée. Aussi faut-il sans doute admettre cette construction jurisprudentielle comme étant de droit positif. Elle fait ainsi courir un risque de nullité de l'acte, mais également de révocation du dirigeant et d'engagement par lui de sa responsabilité civile - sans même évoquer le risque d'une qualification d'acte anormal de gestion. D'où l'intérêt de déterminer comment cette contrainte d'une conformité à l'intérêt social peut être dépassée dans une perspective pratique.

13. Contrairement à l'hypothèse d'une absence de pouvoir du dirigeant⁴³, la nullité pour contrariété à l'intérêt social est beaucoup plus difficile à surmonter, pour la simple et bonne raison que la constitution de la sûreté est ici **interdite**⁴⁴. Le créancier n'est pas confronté à une limite aux pouvoirs du dirigeant qui serait susceptible d'être levée par une décision des associés ou une modification des statuts procédant à leur extension. Il est confronté à une **incapacité de se léser** du constituant de la sûreté, à savoir la société, qui ne peut valablement conclure l'acte dès lors qu'une certaine forme de lésion est caractérisée à son détriment. Dans une perspective pratique, le **rédacteur d'acte conserve néanmoins une certaine marge de manœuvre**. Il peut en effet tenter de mesurer le risque que la sûreté soit jugée contraire à l'intérêt social et, lorsque ce risque apparaît trop élevé, tenter de rééquilibrer la sûreté. Un tel rééquilibrage peut alors se faire dans deux directions : en réduisant la charge de la sûreté ou en la compensant par une contrepartie.

14. Réduire la charge de la sûreté est une perspective ouverte par la jurisprudence qui paraît globalement considérer que c'est seulement lorsque la sûreté absorbe tout le patrimoine social, de sorte qu'elle menace l'existence même de la société, que la nullité est encourue⁴⁵. Il a ainsi été jugé

32 Sur l'innovation, v. A. Tadros, Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de loi PACTE : D. 2018, 1765.

33 C. civ., art. 1179.

34 V. Cass. civ. 1^{ère}, 18 oct. 2017, préc.

35 Rapp. Cass. com., 9 déc. 2014, n° 13-25.219.

36 M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, préc., n° 420.

37 R. Dalmau, préc., n° 23.

38 V. B. Dondero, La loi PACTE du 22 mai 2019 empêche-t-elle de sanctionner les abus de majorité ? : D. 2019. 1349, *in fine*.

39 Nous soulignons.

40 V. § 10.

41 Rapp., à propos de l'art. 1844-16, Cass. com., 9 déc. 2014, n° 13-25.219.

42 Comp. B. Dondero, préc.

43 V. § 5.

44 La conformité à l'intérêt social paraît cependant appréciée avec plus de souplesse en matière de groupe de sociétés (Cass. com., 10 févr. 2015, n° 14-11.760 : les juges du fond avaient relevé que « *en l'absence de la garantie accordée par la SCI, la procédure de sauvegarde [d'une autre société du groupe] aurait été vouée à l'échec* »). Comp. Cass. civ. 3^e, 15 sept. 2015, n° 14-21.348. Pour l'insuffisance de la seule identité d'associés, v. Cass. civ. 3^e, 13 oct. 2016, n° 15-22.824. La validité de la sûreté s'apprécie à la date de sa conclusion (Cass. com., 21 juin 2018, n° 17-18.678).

45 Cass. com., 23 sept. 2014, préc. - V. égal. Cass. civ. 3^e, 20 déc. 2018, n° 17-26.216.

que lorsqu'une société possède d'autres immeubles que celui dont la valeur est absorbée, l'acte n'est pas contraire à l'intérêt social dès lors que la société peut survivre à la mise en œuvre de la sûreté⁴⁶. Même dans le cas où la société n'a qu'un seul immeuble, la sûreté peut encore être valable dans l'hypothèse où « *la valeur de l'immeuble donné en garantie par la SCI exc[ède] 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* »⁴⁷. Ainsi, échapper à la nullité devient dans certains cas à la portée du rédacteur d'acte qui peut tenter de réduire l'étendue de la sûreté prise afin qu'elle n'absorbe pas l'ensemble de l'actif social. On pourrait même admettre dans certains cas la licéité de la sûreté lorsque les recours du garant auront été contre-garantis par une sûreté efficace, diminuant ainsi le risque pris.

15. Dans le cas où la réduction de la charge de la sûreté ne paraît pas possible ou pas suffisante pour en assurer la validité, une deuxième échappatoire consiste, à suivre la jurisprudence, à **compenser la sûreté**. La Cour de cassation admet en effet que la sûreté dangereuse n'est nulle que si elle n'était pas

compensée par une contrepartie⁴⁸, qui semble devoir être à la fois suffisante⁴⁹ et immédiate⁵⁰. La précision est assurément la bienvenue. On peut néanmoins regretter que la jurisprudence n'illustre pas suffisamment ce que serait une telle contrepartie suffisante et immédiate. Certes, on comprend que la sûreté pourrait être considérée comme compensée dès lors que le débiteur rémunère la société civile ou maintient à son profit le bénéfice d'un contrat rémunérateur, tel un contrat de location⁵¹. Mais au-delà de ces exemples, on ignore quelle contrepartie pourrait être stipulée et surtout quand celle stipulée sera jugée suffisante pour asseoir la validité.

16. En pratique les rédacteurs d'acte ont tout intérêt à préciser dans l'acte lui-même que la sûreté n'absorbe pas tout le patrimoine de la société ou quelle contrepartie a précisément été accordée en vue de sa constitution afin de mettre toutes les chances de leur côté en cas de litige. Cela ne suffira cependant pas toujours à asseoir la validité de la sûreté. Où l'on voit que les hésitations du rédacteur d'acte risquent de demeurer encore longtemps face à ce casse-tête.

L. ANDREU ■

46 Cass. civ. 3^e, 27 avr. 2017, n° 16-12.388, les juges du fond « *ayant constaté que la SCI possédait d'autres immeubles que les deux appartements hypothéqués et retenu que la sûreté consentie par celle-ci, qui n'était pas de nature à compromettre son existence, n'était pas contraire à son intérêt social* ».

47 Cass. civ. 3^e, 21 déc. 2017, n° 16-26.500. - V. égal. Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11.785 et Cass. civ. 3^e, 12 sept. 2012, préc. - Rapp. Cass. com., 8 nov. 2011, préc. - Comp. Cass. com., 13 nov. 2007, préc., à propos d'une société constituant une sûreté « *grevant lourdement son patrimoine immobilier* ».

48 Cass. com., 13 nov. 2007, préc. - V. égal. Cass. com., 8 nov. 2011, préc. et Cass. com., 14 févr. 2018, préc. - Comp. Cass. com., 23 sept. 2014, préc., faisant référence à la notion d'« *avantage* ». Sur la notion de contrepartie, v. égal. Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-23.020, relatif aux nullités de la période suspecte.

49 Rapp. Cass. civ. 3^e, 15 sept. 2015, préc.

50 Rapp. Cass. civ. 3^e, 13 oct. 2016, préc.

51 Cass. com., 2 nov. 2016, n° 16-10.363.