

COUR DE CASSATION

Audience publique du **24 mai 2018**

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 444 F-P+B

Pourvoi n° N 16-26.387

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par M. Jean Blanchard, domicilié
9 boulevard Mendès France, 42021 Saint-Etienne cedex 1, désigné en
remplacement de la société MJ-Lex, agissant en qualité de liquidateur
judiciaire de la société Immobilier service,

contre l'arrêt rendu le 23 septembre 2016 par la cour d'appel de Paris
(pôle 5, chambre 11), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société In Extenso Rhône-Alpes, société anonyme,
dont le siège est 53 avenue Albert Einstein, 69100 Villeurbanne,

2°/ à la Société de caution mutuelle des professions
immobilières et foncières (SOCAF), dont le siège est 26 avenue de Suffren,
75015 Paris,

défenderesses à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 27 mars 2018, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Bélaval, conseiller rapporteur, M. Rémerly, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Bélaval, conseiller, les observations de Me Le Prado, avocat de M. Blanchard, ès qualités, de la SCP Boutet et Hourdeaux, avocat de la société In Extenso Rhône-Alpes, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la Société de caution mutuelle des professions immobilières et foncières, l'avis de Mme Henry, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 650-1 du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Immobilier service, qui avait une activité de transaction immobilière, de gérance d'immeubles et de syndic de copropriété, a souscrit, le 4 février 2008, auprès de la Société de caution mutuelle des professions immobilières (la Socaf) la garantie financière obligatoire prévue par la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 ; que par un jugement du 20 mai 2009, un tribunal de commerce a ouvert une procédure d'enquête contre la société Immobilier service ; que le 6 juin 2009, la Socaf a publié un avis de cessation de la garantie ; qu'après avoir déclaré son état de cessation des paiements le 16 juin 2009, la société Immobilier service a été mise en liquidation judiciaire le lendemain, la société MJ-Lex, en la personne de M. Roche, étant désignée liquidateur, à laquelle a succédé M. Blanchard, en la même qualité ; que celui-ci a assigné la Socaf en responsabilité en lui reprochant d'avoir commis une faute dans l'octroi de sa garantie financière ;

Attendu que pour dire que la garantie financière donnée par la Socaf à la société Immobilier service constitue un concours consenti au sens de l'article L. 650-1 du code de commerce et qu'aucune des trois exceptions prévues par ce texte pour déroger au principe d'irresponsabilité du créancier ayant consenti des concours n'est démontrée contre la Socaf et rejeter, en conséquence, les demandes de la société MJ-Lex, ès qualités, l'arrêt retient que les termes génériques de « concours consentis » et de « créancier » employés dans la loi conduisent à ne pas limiter son application aux seuls apports de fonds et aux établissements de crédit ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la garantie financière accordée aux personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations mentionnées à l'article 1er de loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 n'est pas, en l'absence de fourniture d'un crédit, un concours au sens de l'article L. 650-1 du code de commerce de sorte que ce texte ne trouve pas à s'appliquer lorsque la responsabilité du garant est recherchée par la personne garantie ou son liquidateur, la cour d'appel a violé par fausse application le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que la garantie financière donnée par la Société de caution mutuelle des professions immobilières à la société Immobilier service constitue un concours consenti au sens de l'article L. 650-1 du code de commerce et qu'aucune des trois exceptions prévues par ce texte pour déroger au principe d'irresponsabilité du créancier ayant consenti des concours n'est démontrée, en ce qu'il rejette les demandes de la société MJ-Lex, en sa qualité de liquidateur de la société Immobilier service, aux fins de condamnation de la Société de caution mutuelle des professions immobilières et en ce qu'il statue sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt rendu le 23 septembre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la Société de caution mutuelle des professions immobilières aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à la société MJ-Lex, en sa qualité de liquidateur de la société Immobilier service, la somme de 3 000 euros et rejette sa demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre mai deux mille dix-huit.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Le Prado, avocat aux Conseils, pour M. Blanchard

LE MOYEN reproche à l'arrêt attaqué, D'AVOIR dit que la SOCAF a commis une faute d'imprudence dans l'octroi de sa garantie financière à la société Immobilier service, mais que la garantie financière donnée par la SOCAF à la société Immobilier service constitue un concours consenti au sens de l'article L. 650-1 du code de commerce, et qu'aucune des trois exceptions prévues par l'article L. 650-1 du code de commerce pour déroger au principe d'irresponsabilité du créancier ayant consenti des concours n'est démontrée à l'encontre de la SOCAF,

AUX MOTIFS PROPRES QUE « sur la responsabilité de la société SOCAF, la société MJ Lex, es-qualités, expose que la dénonciation de garantie par la société CGAIM était motivée par des doutes sérieux quant à la fiabilité de la situation financière et comptable de la société Immobilier service ; que, conformément aux prévisions de l'article 7 du décret du 20 juillet 1972, la dénonciation de la garantie financière de la société CGAIM aurait dû conduire la société Immobilier service à la restitution de sa carte professionnelle et, par voie de conséquence, à la cessation de son activité professionnelle, ce qui aurait permis de mettre un terme dès le début de l'année 2008 aux agissements de M. Bernard et de limiter le préjudice en résultant ; que, contrairement à ce que soutient la société SOCAF, ce n'est pas la substitution de garantie qui lui est reprochée, mais les conditions fautives dans lesquelles elle est intervenue ; que la sécurité prévue par le législateur n'a pas pu produire ses effets en raison de la substitution immédiate et sans réserve de la garantie de la CG AIM par celle de la société SOCAF ; que la société MJ Lex, es qualités, fait valoir que la société SOCAF aurait dû procéder à minima à un contrôle préalable de la société Immobilier service avant d'accorder sa garantie ; qu'en agissant comme elle l'a fait, la SOCAF a permis artificiellement le maintien de l'exploitation de la société Immobilier service pendant plus d'une année ; qu'un tel défaut de diligence de la part de la société SOCAF, octroyant à la société Immobilier service, une crédibilité de façade, est incontestablement constitutif d'une faute délictuelle, dont la conséquence est l'aggravation fautive du passif de la société Immobilier service ; qu'en application du régime légal applicable au secteur des activités immobilières, le garant financier professionnel est tenu d'une obligation de contrôle ou de surveillance du professionnel et également d'une obligation particulière de vigilance ; que compte tenu des difficultés que connaissait la société Immobilier service et des éléments montrant des incohérences manifestes dans ses comptes, la SOCAF, qui avait connaissance d'une insuffisance de trésorerie d'un montant de 627 000 euros grâce au rapport d'audit de la GCAIM, aurait dû procéder à des contrôles plus approfondis ; que la société SOCAF n'a pas tenu compte des rapports de la GCAIM et du cabinet Cannac, qui lui permettait de comprendre que la société Immobilier

service était dans une situation anormale, voire frauduleuse, et a ainsi failli à ses obligations de contrôle et de vigilance ; qu'en accordant sa garantie financière à une société frauduleusement gérée elle a commis une faute d'imprudence qui a conforté la crédibilité de cette société auprès des consommateurs et a aggravé le préjudice ; que la société MJ LEX, es-qualités, soutient que les dispositions de l'article L. 650-1 du code de commerce ne sont pas applicables en l'espèce ; que la garantie de la SOCAF ne s'assimile pas à un concours consenti, au sens de l'article précité ; que la garantie obligatoire définie par la loi Hoguet est une garantie de représentation de fonds dont l'obtention est impérative pour exercer les activités immobilières, elle ne constitue pas un apport de fonds, ni vient en garantie d'un financement quelconque, mais a pour seule vocation de garantir aux mandants qu'en cas de non représentation des fonds confiés, un garant assumera les obligations dont était tenu le syndic ou l'agent immobilier ; que la notion de "concours consentis" doit être entendue comme un apport financier ou assimilé ; que son action n'est pas fondée sur l'hypothèse d'un soutien abusif de la société Immobilier service par la société SOCAF, mais sur la responsabilité délictuelle générale de cette dernière résultant de la faute commise lors de l'octroi de sa garantie ; que la société SOCAF expose que la société MJ Lex lui reprochait, non pas une défaillance dans ses contrôles ou une absence de pertinence dans sa garantie, mais d'avoir créé l'illusion dans l'esprit des créanciers d'une solvabilité pourtant artificielle de la société Immobilier service ; que les premiers juges ont à juste titre requalifié le fondement juridique de la demande de la société MJ Lex, qui reposait sur les dispositions de l'article L. 650-1 du code de commerce, élusives des articles 1382 et 1383 du code civil ; que les dispositions de l'article 1382 ne sont plus applicables, l'article L. 650-1 du code de commerce issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ayant clarifié la situation en sécurisant la situation de l'organisme apportant son concours à une entreprise en difficulté, sous réserve que ce soutien ne soit pas entaché d'un comportement frauduleux ; que la responsabilité civile délictuelle ne peut aujourd'hui être engagée au titre d'un soutien abusif que contre une entreprise ne rencontrant aucune difficulté et non soumise ultérieurement à une procédure collective ; que toute recherche de faute sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil doit être écartée ; que la société SOCAF soutient que les exceptions au principe de limitation de responsabilité posées par l'article L. 650-1 du code de commerce, sont la fraude, l'immixtion caractérisée dans la gestion de l'emprunteur et la prise de garanties disproportionnées ; que la société MJ Lex est dans l'incapacité de rapporter la preuve d'une de ces exceptions, les garanties prises par la société SOCAF sont parfaitement proportionnées et elle a été la première victime de son sociétaire, puisqu'elle a indemnisé les mandants à hauteur de 601 373,26 euros et ne parvient peu ou prou à faire jouer les contre-garanties ; que, d'une part, les termes génériques de "concours consentis" et de "créancier" de l'article L.650-1 du code de commerce conduisent à ne pas limiter son application aux seuls apports de

fonds et aux établissements de crédit ; que, d'autre part, lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises, que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs ; que, les premiers juges ont exactement estimé que, compte tenu des informations contenues dans le rapport Cannac du 19 novembre 2007, faisant état notamment d'un fonds de roulement négatif de 587 000 euros, d'une trésorerie négative de 150 000 euros, d'un nombre important de comptes mandants débiteurs, d'une trésorerie du groupe négative de 55 000 euros, la société SOCAF aurait dû procéder à des contrôles approfondis avant d'accorder sa garantie sans réserve et avec reprise d'antériorité à la société Immobilier service, d'autant qu'elle intervenait dans un contexte de retrait de la GCAIM et qu'elle connaissait la situation du groupe OBI, dont elle garantissait plusieurs sociétés ; que la société SOCAF, qui n'a pas été suffisamment vigilante, a commis une faute d'imprudence ; qu'en accordant sa garantie sans procéder à des contrôles approfondis, la société SOCAF a consenti un concours fautif à la société Immobilier service ; que, cependant, aux termes de l'article L. 650-1 du code de commerce, qui pose un principe d'irresponsabilité de tout créancier du fait des concours consentis dès lors qu'une procédure collective est ouverte, la responsabilité de l'intimée ne peut être engagée au titre des préjudices résultants de ce soutien fautif, qu'en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion de la société Immobilier service ou de prise de garanties disproportionnées ; que les appelantes ne démontrent pas que puisse être reprochée à la société SOCAF l'une de ces trois exceptions prévues par l'article précité au principe d'irresponsabilité qu'il énonce ; que le jugement doit être confirmé de ce chef».

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE « le contrôle que doit assurer le garant ne porte que sur l'adéquation entre le plafond de la garantie accordée et l'importance des fonds mandants gérés par son assuré, notamment en situation de pics de trésorerie, qu'il n'a pas l'obligation d'assurer un contrôle de la gestion comptable et financière de son assuré, et qu'il n'a pas à s'immiscer dans cette gestion ; que l'article 6 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 dispose que "... les garants peuvent, à tout moment, se faire communiquer tous les documents qu'ils estiment nécessaires à la vérification et à la suffisance de la garantie" ; que la SOCAF, préalablement à la délivrance de sa garantie, a eu communication le 31 octobre 2007 du rapport d'audit d'Immobilier service réalisé par la CGAIM le 19 septembre 2007 mettant en évidence des anomalies dans les comptes de cette société ; que ce rapport indiquait notamment que la structure bilancielle de l'agence « est fortement déséquilibrée au 31 mars 2007 du fait de l'avance de trésorerie consentie par l'agence à la société holding. La structure bilancielle de la société holding est déséquilibrée au 31 mars 2007 du fait des situations

déliçates de ses filiales à l'exception de la société Immobilier service...» et que « pour l'activité gestion : la représentation des fonds ne pouvait être attestée du fait de l'insuffisance de trésorerie d'un montant de 627 000 euros constatée au 31 juillet 2007 » ; que la SOCAF a également eu communication de la lettre recommandée avec AR adressée le 30 octobre 2007 par M. Olivier Bernard à la FNAIM (CGAIM), en sa qualité de gérant d'Immobilier service, dans laquelle il remettait en cause les conclusions du rapport d'audit réalisé par la CGAIM ; que la SOCAF a demandé le 3 octobre 2007 au cabinet Cannac de réaliser un audit d'Immobilier service, qui a été effectué les 14 et 15 novembre 2007, et dont le rapport lui a été remis le 19 novembre 2007 ; que la représentation des fonds mandants était attestée dans ce rapport, sous réserve de 29 K euros d'insuffisance à combler en syndic, et qu'ainsi l'anomalie importante constatée au 31 juillet 2007 (insuffisance de trésorerie de 627 000 euros) apparaissait régularisée ; que, si ce rapport ne formulait pas d'objection à l'octroi de sa garantie par la SOCAF, il mentionnait toutefois que les comptes mandants débiteurs pour l'activité gérance « sont relativement importants tant au 31/3/07 qu'au 30/9/07... » et il indiquait que « il est à noter que ces débits sont presque tous régularisés à fin octobre 2007, mais nous pensons que ceux-ci sont directement liés au précédant contrôle et à l'approche du nôtre » ; que la SOCAF s'est fait communiquer le bilan d'Immobilier service arrêté au 31 mars 2007, établi par le cabinet In extenso qui faisait apparaître des fonds dus aux mandants à hauteur de 1 406 562 euros et une trésorerie mandants de 1 502 075 euros, l'écart favorable étant dû au fait qu'Immobilier service n'avait pas encore prélevé tous ses honoraires ; qu'au 31 décembre 2007 In extenso a procédé dans la comptabilité d'Immobilier service aux contrôles de concordance entre la balance des comptes mandants et les montants détenus en banque, ainsi qu'au contrôle des rapprochements bancaires, et qu'il a délivré le 29 janvier 2008 l'attestation certifiée de représentation des fonds mandants qui constate l'égalité, à hauteur de 2 587 509 euros, entre les fonds dus aux mandants et la trésorerie mandants de la société, et donc la complète représentation des fonds mandants, attestation qui a été communiquée à la SOCAF ; qu'au 29 janvier 2008 In extenso a établi et certifié une attestation de pointe des fonds détenus par Immobilier service pour la période du 1er janvier 2007 au 31 décembre 2007 à hauteur de 110 000 euros pour les opérations de transactions sur immeubles et fonds de commerce, et à hauteur de 3 046 997 euros pour les opérations de gestion immobilière ; que la SOCAF a délivré le 4 février 2008 une attestation de garantie pour 2008, à compter du 1er janvier 2008, avec reprise d'antériorité, pour l'activité de transactions sur immeubles et fonds de commerce à concurrence de 110 000 euros et pour l'activité de gestion immobilière (administration de biens et syndic de copropriété) à concurrence de 4 000 000 euros ; que par la suite, en cours de garantie, la SOCAF a procédé aux contrôles relevant de sa responsabilité de garant au vu des éléments suivants : établissement et certification par In extenso des attestations de représentations des fonds mandants eu 31 mars 2008 puis

au 30 juin 2008, établissement par In extenso du bilan d'Immobilier service arrêté au 31 mars 2008, audits réalisés par le cabinet Cannac les 23 et 24 octobre 2008 puis les 25 et 26 mai 2009, sur l'activité Transactions et sur l'activité Gestion (gérance et copropriété) ; qu'enfin c'est au vu du rapport d'audit du cabinet Cannac daté du 27 mai 2009, qui dans sa conclusion mettait en évidence une « insuffisance de trésorerie mandants évaluée à 512 K euros au 31/3/09 », et une « détérioration certaine du fonds de roulement due à une chute significative de l'activité en 2008 et à des avances intergroupes importantes », que le conseil d'administration de la SOCAF prendra la décision de retirer sa garantie à Immobilier service, ce dont elle l'informerait par lettre du 28 mai 2009, l'avis de cessation de garantie étant publié dans la presse le 6 juin 2009 ; qu'il résulte de ce qui précède que, si postérieurement à l'octroi de sa garantie il ne peut être relevé de manquement de la SOCAF à son devoir de contrôle, les remarques contenues dans le rapport Cannac remis le 19 novembre 2007, en ce qu'elles faisaient état d'un doute quant à la pérennité de la régularisation des comptes mandants débiteurs de l'activité gérance auraient dû alerter la SOCAF, qu'elle aurait dû procéder à des investigations plus approfondies avant d'accorder sa garantie et ne pas se contenter de prendre des contre-garanties, que dès lors elle a fait preuve d'imprudence dans l'octroi de sa garantie financière à Immobilier service ; que toutefois la faute d'imprudence relevée à l'encontre de SOCAF doit s'apprécier au regard des dispositions de l'article L. 650-1 du code de commerce qui dispose que « Lorsqu'une procédure ... de liquidation judiciaire est ouverte les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. » ; qu'en l'espèce MJ Lex, ès qualités, ne démontre pas que la SOCAF ait commis une fraude, ni qu'elle se soit immiscée de façon caractérisée dans la gestion de son assuré, ni que les garanties qu'elle a prises lors de l'octroi de sa garantie à Immobilier service, à hauteur de 600 000 euros, soient disproportionnées au regard du montant de sa garantie de 4 110 000 euros ; qu'en conséquence le tribunal débouterait MJ-Lex, ès qualités, de sa demande de condamnation de la SOCAF au comblement de l'insuffisance d'actif d'Immobilier service » ;

ALORS QUE suivant l'article L. 650-1 du code de commerce, lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ; mais que ce principe de non-responsabilité ne s'applique pas à la fourniture fautive de la garantie financière exigée par l'article 3 de la loi du 2 janvier 1970, laquelle ne s'assimile pas à un concours consenti par un créancier au débiteur ; qu'en décidant du contraire, pour exonérer la SOCAF de sa responsabilité, après

lui avoir pourtant imputé une faute de négligence lors de l'octroi de sa garantie au débiteur, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article 1382, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, du code civil, devenu l'article 1240 du même code, et l'article L. 650-1 du code de commerce, par fausse application.