

## Exercice de la profession

# La garantie financière des professionnels de l'immobilier : enfin une réforme ?

**Pierre-Henri Hanoune**  
DEA de droit des affaires  
Spécialisation en droit immobilier  
Avocat à la Cour

## INTRODUCTION

Les praticiens du droit de la copropriété ont pour la plupart connu les affres de la mise en œuvre de la garantie financière souscrite par les professionnels de l'immobilier dans le cadre de leur activité de transaction ou de gestion immobilière.

Le régime de cette garantie est déterminé par la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 dite loi "Hoguet" (particulièrement en son article 3 modifié récemment par une ordonnance du 27 juin 2013) et par le décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 (articles 17 à 48).

Les principales difficultés sont survenues à l'occasion de la mise en liquidation judiciaire de cabinets de syndics, laissant des copropriétés dans une situation financière ou comptable compliquée.

Bienheureuses sont les copropriétés qui détenaient des comptes séparés dits

"Loi Bonnemaison", et plus heureuses encore si ce compte se trouvait encore crédité des sommes versées.

Ce bonheur n'était pas parfait si le garant estimait néanmoins devoir s'opposer à la remise des fonds à leur propriétaire légitime.

D'autres copropriétés ayant choisi de voter la bien connue décision "de ne pas ouvrir un compte séparé" ou "de dispenser le syndic d'ouvrir un compte séparé" (voir l'article 18 dans sa rédaction résultant de la loi du 13 décembre 2000 dite loi SRU) ont pu se trouver dans la situation encore plus délicate d'avoir à réclamer des sommes moins identifiables ou parfois évaporées.

Ces contentieux ont donné lieu à une abondante jurisprudence, visant en particulier l'exigence de justification de l'existence d'une créance "certaine, liquide et exigible" (pour une analyse des problèmes posés par la garantie financière

voir notamment : Rémy-Pialoux, Administrer mars 1998, p. 20, Thioye "Droit des Intermédiaires", édition 2010, Meyer, AJDI mars 2011, p. 192).

Les situations de fait pouvant être très différentes, il est nécessaire de faire un point sur cette jurisprudence et de s'interroger sur l'évolution de la question en raison des modifications introduites par la loi "ALUR" n° 2014-366 du 24 mars 2014 publiée au JO du 26 mars 2014 à la fois dans la loi du 10 juillet 1965 et dans la loi du 2 janvier 1970, puis après la publication des décrets d'application, dans le décret du 20 juillet 1972.

Il faudra également se demander si l'obligation renforcée d'ouvrir un compte séparé ne réduit pas considérablement l'intérêt d'une garantie financière, ou du moins ne justifie pas une réduction de son coût.

En amont de ces difficultés, il est utile de rappeler un principe qui gouverne

le choix de tout prestataire, qu'il s'agisse d'une entreprise, d'un syndic, d'un assureur ou d'un garant : se renseigner !

Il ne s'agit pas de se contenter de bruits de couloir, d'échanges sur un trottoir ou au comptoir d'un café, mais de recueillir des informations objectives relativement aisées : extrait K bis, principaux chiffres, exemples d'immeubles gérés... et tous renseignements utiles pour ne jamais faire appel à la moindre garantie !

## I - LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'EXISTENCE DE LA GARANTIE

L'analyse de la jurisprudence met en lumière le risque de commettre des amalgames :

- demander le déblocage du montant d'un solde bancaire créditeur et mettre en œuvre la garantie financière ;
- mettre en œuvre cette garantie ou rechercher la responsabilité civile du garant ;
- revendiquer le déblocage d'un compte séparé, d'un compte unique ou d'un sous-compte ;

### A - Une obligation générale de garantie

#### 1 - Une garantie obligatoire de représentation des fonds reçus

La carte professionnelle ne peut être délivrée qu'à des personnes pouvant "justifier d'une garantie financière permettant le remboursement des fonds, effets ou valeurs déposés et spécialement affectée à ce dernier, à l'exception toutefois des personnes déclarant leur intention de ne détenir aucun fonds, effet ou valeur, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État" (article 3 2° de la loi du 2 janvier 1970).

Cette exigence étant essentielle, le professionnel qui n'y satisfait pas s'expose :

- à un refus de délivrance de la carte professionnelle ;

- à des sanctions pénales (voir l'article 16 1° a de la loi du 2 janvier 1970 et l'article 14) ;
- en cas de cessation de la garantie à l'obligation de restituer sa carte.

L'article 3 2° de la loi vise donc une dispense dans l'hypothèse où le professionnel déclare sur l'honneur son intention de ne détenir aucun fonds (article 3 6° du décret du 20 juillet 1972).

Rappelons à cet égard qu'il est toujours possible pour l'acquéreur d'un bien immobilier de demander que les fonds versés à l'occasion d'une promesse de vente soient séquestrés entre les mains d'un notaire.

#### 2 - Le garant n'est pas l'assureur de responsabilité professionnelle

La distinction peut paraître évidente eu égard à l'objet de la garantie, mais les nombreux arrêts rendus démontrent que le champ d'application de ces garanties n'est pas si aisé à délimiter.

L'assurance-responsabilité professionnelle est visée par des dispositions spécifiques de la loi du 2 janvier 1970 (article 3 3°) et du décret du 20 juillet 1972 (articles 49 et 50).

L'énoncé est simple :

- le garant permet le remboursement de fonds que le professionnel se refuse à restituer, ou qu'il n'est plus en mesure de rendre ;
- l'assureur permet de réparer le préjudice causé par la faute du professionnel dans l'exécution de sa mission.

Certains cas ne posent pas de difficultés :

- des fonds qui devaient figurer au crédit d'un compte bancaire ont disparu : la garantie financière doit alors s'appliquer ;
- un syndic a négligé de faire réaliser des travaux urgents, ce qui a entraîné la dégradation des parties communes ou des parties privatives : cela relève alors de l'assurance-responsabilité.

La réponse est en revanche moins aisée dans d'autres situations.

#### a) Le prélèvement d'honoraires indus

Il existe plusieurs hypothèses :

- l'agent immobilier prélève des honoraires sur le montant de l'indemnité d'immobilisation alors qu'une vente n'est pas encore réalisée (voir l'article 6 de la loi et l'article 74 du décret) ;
- le syndic prélève des honoraires par anticipation (honoraires de gestion courante ou sur travaux non encore réalisés) ou non prévus par le contrat ;
- le mandat du syndic est annulé.

La question de savoir si la garantie financière peut s'appliquer à une créance portant sur le remboursement d'honoraires indus présente un intérêt pratique dès lors que les contrats d'assurance-responsabilité civile excluent en général les contestations relatives aux honoraires de l'assuré (*étude précitée, Administrer mars 1998, p. 20*).

La Cour de cassation avait semblé exclure les honoraires indus de la garantie financière dans un arrêt du 24 juin 1976 commenté par Messieurs Rémy et Pialoux, en relevant notamment que "s'agissant d'une rétribution, le montant de la perception entre dans le patrimoine du débiteur" (*étude précitée, Administrer mars 1998, p. 20, Crim. 24 juin 1976, Bull. crim. n° 231, p. 603, Crim. 11 fév. 1986, Bull. crim. n° 53*).

Toutefois on peut aujourd'hui s'interroger sur la pertinence de cette solution puisque le commentaire de cette décision se réfère notamment aux règles du cautionnement permettant d'opposer une exception inhérente à la dette, en l'occurrence une novation (article 1271-1 du Code civil).

Or depuis la réforme résultant de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004, la garantie n'est plus définie comme un cautionnement, mais comme un "engagement écrit" (voir l'article 3 de la loi et plus loin sur cette notion).

Il reste que la solution d'exclusion des honoraires peut toujours trouver sa justification dans l'article 29 du décret du 20 juillet 1972 qui détermine le montant de la garantie en fonction "des sommes dont le titulaire de la carte professionnelle demeure redevable à tout moment sur les versements et remises qui lui ont été faits à l'occasion des opérations mentionnées par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 2 janvier 1970" et précise que "pour la détermination de ce montant, il ne peut être tenu compte que des règlements qui ont été régulièrement et effectivement opérés au profit ou pour le compte des personnes qui doivent en être les bénéficiaires définitifs".

Il peut donc être soutenu que les honoraires perçus, même s'ils sont contestés ultérieurement, sont entrés dans le patrimoine du professionnel.

En outre l'article 55 du décret dispose que "lorsque la garantie est donnée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance, le titulaire de la carte professionnelle est tenu de faire ouvrir, à son nom, dans un établissement de crédit, un compte qui est spécialement affecté à la réception des versements ou remises mentionnés à l'article 5 de la loi du 2 janvier 1970 susvisée, à l'exclusion des sommes représentatives des rémunérations ou commissions".

C'est pourquoi l'exclusion des honoraires de la garantie financière a été maintenue par la jurisprudence (notamment Paris, 17 avril 2008, AJDI 2008.614).

b) *Le règlement de dépenses non exigibles à un prestataire*

L'hypothèse peut concerner des avances réglées à tort par le syndic à un entrepreneur, ou des travaux commandés et payés sans vote préalable en assemblée générale (ou en l'absence de ratification s'il s'agit de travaux urgents en vertu de l'article 18 de la loi du 10 juillet 1965 ou de l'article 37 du décret du 17 mars 1967).

On pourrait en effet être tenté de soutenir dans ce cas qu'il s'agit de sommes payées irrégulièrement, ce qui pourrait correspondre à l'objet de la garantie défini par l'article 3 de la loi Hoguet, à savoir le remboursement de fonds remis au professionnel dans le cadre de son activité de mandataire.

Le paiement irrégulier de travaux serait donc inopposable au mandant, en l'espèce le syndicat des copropriétaires.

Ce n'est pas la solution retenue par la jurisprudence dominante qui considère que de tels paiements irréguliers relèvent au contraire de l'assurance-responsabilité civile (notamment en matière d'avance sur travaux, Paris, 23<sup>e</sup> ch., 13 sept. 1996, Loyers et copr. 96, com. 492 et Cass. civ., 3<sup>e</sup> ch., 8 juin 2004, n° 02-21044, Administrer oct. 2004, p. 67, pour la commande de travaux de plomberie sans autorisation, Thioye précité, n° 294).

Relevons toutefois que la Cour de cassation motive sa décision au visa des règles du cautionnement en relevant qu'"un cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté" (article 2015 du Code civil).

On peut donc se demander si la solution ne serait pas différente aujourd'hui, dans une hypothèse où il serait établi que les travaux n'étaient pas nécessaires, dans la mesure où depuis l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004 la garantie n'est plus nécessairement un cautionnement.

La motivation est également étonnante au regard de l'arrêt rendu le 4 juin 1999 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation qui a consacré le caractère autonome de la garantie, dont le régime a été distingué de celui du cautionnement (Cass. Ass. Plén., 4 juin 1999, Bull. civ. 99, Ass. Plén., p. 4 et Administrer oct. 1999, p. 48, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 2000, n° 98-10224, AJDI 2001, p. 730, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2002, n° 00-12212, AJDI 2003, p. 529).

Précisons que la garantie financière ne s'étend pas plus aux intérêts et accessoires et ne constitue pas un cautionnement ; le garant ne peut donc être redevable des intérêts légaux qu'à compter du jugement (*sur ce point*, Paris, 16 oct. 1991, Administrer fév. 1992, p. 61).

On peut toutefois envisager le cas où le garant a fait l'objet d'une mise en demeure d'exécuter sa garantie, ce qui doit permettre au juge de faire courir les intérêts légaux à compter de la mise en demeure en raison de la défaillance du garant (*voir plus loin sur la question du caractère certain, liquide et exigible de la créance et l'article 1153 du Code civil*).

## B - La garantie et le contrôle du garant

Lorsque des fonds importants sont gérés par un mandataire, on comprend raisonnablement la nécessité de soumettre le professionnel à une obligation de garantie.

À lire l'exposé des motifs, certains esprits chagrins (vraiment ?) pourraient y déceler une certaine méfiance à l'égard des professionnels.

Ainsi, l'introduction de l'article 8 de la loi ALUR qui modifie le titre I de la loi Hoguet affiche l'intention de "renforcer les obligations de compétences et de contrôle permanent s'imposant aux professionnels de l'immobilier régis par cette même loi".

Ce contrôle, à la charge du garant financier, existait déjà dans le décret du 20 juillet 1972.

L'article 22-1 impose de préciser dans l'engagement souscrit par le garant en application de l'article 3 de la loi du 2 janvier 1970 "les modalités du contrôle exercé par celui-ci".

### 1 - Modalités du contrôle du garant

Le décret est en revanche peu détaillé quant à ces modalités.

L'article 51 prévoit que tous les versements ou remises faits au titulaire de la carte "Transactions sur immeubles et fonds de commerce" ou "Marchands de listes" doivent être mentionnés sur un registre-répertoire.

Il ajoute que "le garant peut demander, à tout moment, communication du registre-répertoire".

L'article 86 précise également les modalités de contrôle permettant de vérifier la suffisance de la garantie.

## 2 - Étendue du pouvoir de contrôle

Les textes précités permettent d'apprécier l'étendue et l'objet du contrôle du garant.

La réponse à cette question permet de savoir si le contrôle du garant peut être une source de responsabilité pour celui-ci.

Le décret d'application de la loi Hoguet (articles 26 et suivants) définit le montant de la garantie qui doit être souscrite (montant initial, modalités de révision).

### a) Un contrôle obligatoire

La jurisprudence a déduit des textes que le garant avait une véritable obligation de procéder au contrôle prévu par les textes (voir notamment l'article 86 qui impose au garant d'aviser le préfet s'il constate l'insuffisance de la garantie, traité de Thioye précité n° 289, page 113, traité de J.-M. Moysse et G. Amoyel "Agent Immobilier", n° 23.29).

La cour d'appel de Paris a rappelé fermement cette obligation dans un arrêt du 30 mars 2000 : "ces organismes ont le devoir d'user de leur pouvoir de contrôle, à défaut duquel la garantie offerte au public serait illusoire" (Paris, 23<sup>e</sup> B, 30 mars 2000, RDIm. oct. 2000, com. Tomasin).

Cet arrêt est allé plus loin en sanctionnant la défaillance du garant dans le contrôle du registre des

mandats, et l'adéquation de ce registre avec les mandats écrits prévus par l'article 65 du décret.

Il résulte de cette obligation que le garant peut engager sa responsabilité en cas de négligence (Com. 25 janvier 1984, n° 82-15680, Bull. civ. IV, n° 40, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1987, n° 85-17200, D. 1987 IR, p. 159, Cass. civ., 27 nov. 1990, n° 89-10628, RDIm. 92, p. 86, Paris, 23<sup>e</sup> B, 31 mars 2005, Juris-Data n° 2005-272198) ; il appartient au garant de justifier de la réalité des contrôles effectués (Paris, 23<sup>e</sup> B, 26 juin 1985, GP 1<sup>er</sup> sept. 1985, p. 10).

### b) Un contrôle limité par son objet

La tentation est forte, dans le cadre d'un litige relatif à la mise en œuvre de la garantie financière à la suite de la défaillance d'un syndic de copropriété, de venir reprocher au garant d'avoir rendu possibles les détournements allégués en s'abstenant de procéder aux contrôles qui lui incombent.

Or le contrôle prévu par les textes a pour objet de s'assurer de ce que la garantie est suffisante au regard des fonds reçus par le professionnel.

Ainsi, la cour d'appel de Paris a précisé dans des arrêts du 29 septembre 2010 et du 27 mars 2013 que "le garant n'a pas pour mission d'étudier in extenso la gestion comptable et financière de son assuré mais seulement de veiller à l'adéquation entre le plafond de la garantie et l'importance des fonds mandants gérés par l'assuré en application de l'article 86 du décret du 20 juillet 1972" (Paris, Pôle 4, ch. 2, 29 septembre 2010, Administrer mai 2011, n° 443 et 27 mars 2013, RG 09/15077, Souscripteurs du Lloyd's c./ SDC 107 rue de Vaugirard, Paris, Pôle 4, ch. 2, 4 et 11 déc. 2013, nombreux arrêts RG 12/06454, 12/06485...).

Elle a donc écarté la responsabilité du garant en ajoutant qu'"il n'y a aucune relation de cause à effet entre le maintien non légitime d'une garantie financière et la non représentation des fonds mandants. Le seul préjudice que

pourrait invoquer le syndicat en relation directe avec ce manquement serait un plafond insuffisant de la garantie venant diminuer le remboursement sollicité...".

Ainsi, on retrouve le redoutable tryptique qui s'applique à l'action en responsabilité civile : la faute, le préjudice et le lien de causalité (article 1383 du Code civil).

L'autre limite a trait à l'impossibilité pour le garant de s'immiscer dans la gestion d'un professionnel, et surtout de se substituer au commissaire aux comptes.

## 3 - Les intentions de la loi ALUR du 24 mars 2014

La loi ALUR est sur ce plan volontariste : elle consacre dans la loi le pouvoir de contrôle du garant en affirmant que cette mesure, favorable aux consommateurs, tend au renforcement de la surveillance exercée *a priori* sur la gestion financière des professionnels de l'immobilier manipulant des fonds (article 24 de la loi ALUR).

Ce pouvoir est donc gratifié d'une puissante promotion : de réglementaire, il devient légal.

Néanmoins, le nouvel article 3-2° de la loi Hoguet se contente de disposer que les conditions du contrôle seront fixées par décret en Conseil d'État : autant dire que le mystère reste entier.

## C - Les difficultés inhérentes à la cessation de la garantie

Les problèmes naissent en général à l'occasion de la dénonciation de la garantie par le garant, dénonciation qui révèle l'état de cessation des paiements du professionnel.

La question de la responsabilité du garant a été évoquée dans le cadre de son devoir de contrôle.

La garantie peut prendre fin dans les hypothèses prévues aux articles 44 et suivants du décret.

L'hypothèse qui se présente le plus souvent en jurisprudence est celle où la garantie financière est résiliée à l'initiative du garant, résiliation suivie de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du professionnel.

Le garant est alors tenu de procéder à des mesures de publicité (articles 44 à 48 du décret) :

- avis dans un quotidien qui doit mentionner le délai de production des créances, étant précisé que la garantie ne peut cesser avant l'expiration d'un délai de trois jours francs suivant cette publication ;
- notification par lettre recommandée avec avis de réception aux personnes ayant fait des versements au professionnel depuis moins de dix ans, et lorsqu'il s'agit d'une copropriété, au président du conseil syndical ou à défaut à ses membres.

L'obligation d'affichage de la cessation de la garantie à la porte de l'immeuble a été abandonnée à la suite d'un décret du 21 octobre 2005 qui a abrogé l'article 46, car jugée stigmatisante et peu efficace.

Dans le cas d'une copropriété, le délai de production des créances est de trois mois à compter de la réception du courrier recommandé.

Ces points appellent deux précisions.

## 1 - Cas où le garant ne connaît pas les membres du conseil syndical ou inexistence de celui-ci

S'il veut se prévaloir de la cessation de sa garantie et de l'expiration du délai de production des créances, il appartient au garant de prouver qu'il a accompli les mesures de publicité requises (Cass. civ., 13 nov. 97, JCP N 98, p. 231).

Dans l'hypothèse où il serait dans l'incapacité d'adresser la notification obligatoire aux membres du conseil syndical, il lui reste à adresser sa lettre à l'ensemble des copropriétaires, en espérant qu'il sera à même de

les identifier... (notamment Paris, 23<sup>e</sup> ch., 9 janvier 1991, JCP N 1991, n° 31-36, Paris 23<sup>e</sup> ch., 17 février 2000, Administrer oct. 2000, p. 76).

Cette notification est essentielle pour le garant pour faire courir le délai de production des créances.

## 2 - Le délai de production des créances ne doit pas être confondu avec la date de cessation de la garantie

La Cour de cassation a en effet précisé dans un arrêt du 24 avril 2013 que les formalités de notification de la cessation de la garantie ont pour seul effet de déterminer le point de départ du délai de trois mois pour la production des créances, et n'ont aucune incidence sur la cessation de la garantie qui intervient à l'expiration du délai de trois jours francs suivant sa publication dans un journal (l'arrêt mentionne deux journaux, mais cette obligation est actuellement limitée à un journal) (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 24 avril 2013, n° 12-15246, Loyers et copr. sept. 2013, n° 253).

En toute logique, la garantie ne couvre plus les versements effectués postérieurement (voir Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 10 juil. 1995, Loyers et copr. 95, com. 540).

## II - LES DIFFICULTÉS LIÉES À LA MISE EN ŒUVRE DE LA GARANTIE

L'abondance de la jurisprudence reflète l'acuité de ces difficultés.

Ainsi, des dizaines de décisions ont été rendues dans des instances ayant opposé des copropriétés à la banque Delubac et aux Souscripteurs du Lloyd's de Londres.

Le débat porte particulièrement sur l'obligation faite à la personne physique ou morale qui met en œuvre la garantie financière d'apporter la preuve de ce qu'elle est titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible.

Les questions ne se posent toutefois pas dans les mêmes termes en fonction de l'objet de l'action (action aux fins de déblocage du solde d'un compte bancaire ou tendant à faire jouer la garantie) ou de la nature du compte (compte unique, sous-comptes ou compte séparé).

## A - Garantir n'est pas débloquer

La lecture des arrêts reflète une confusion parfois opérée entre deux actions de nature totalement différentes :

- l'action qui tend à mettre en œuvre la garantie financière si des fonds ne sont pas représentés par le professionnel ;
- l'action qui tend à obtenir le déblocage du solde d'un compte bancaire créditeur.

La distinction présente un intérêt évident car dans le second cas, on ne peut pas raisonnablement soumettre l'action engagée aux conditions spécifiques liées à la mise en œuvre proprement dite de la garantie (voir l'étude de Christian Meyer, AJDI, mars 2011, p. 196).

L'article 58 du décret dispose en effet que "dès la notification de la cessation de la garantie à l'établissement de crédit qui tient le compte, il ne peut être procédé à des retraits qu'avec l'accord du garant. Si le titulaire du compte refuse d'effectuer un retrait, la désignation d'un administrateur provisoire peut être demandée au président du tribunal de grande instance statuant en référé..."

**La difficulté tient au fait que le texte ne précise pas les conditions auxquelles le garant peut soumettre son accord.**

### 1 - La qualification de la demande

La jurisprudence révèle une certaine difficulté à opérer une distinction claire.

La présentation des demandes n'est à cet égard pas neutre :

- s'agit-il d'une demande de paiement d'une provision, ce qui suppose

d'établir l'existence d'une créance "non sérieusement contestable" devant le juge des référés (article 809 du Code de procédure civile) ?

- s'agit-il tout simplement de revendiquer le versement par la banque de fonds appartenant à la copropriété ?

La réponse à cette question permet non seulement "d'orienter" la décision du juge, mais aussi de déterminer le rôle de chaque intervenant, à savoir :

- le garant,
- la banque,
- le mandataire liquidateur du syndic.

Dans un arrêt du 2 mars 2010 (*Cass. com., 2 mars 2010, pourvoi n° 09-12095, SDC 5 rue Charcot c./ Banque Delubac*) la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt rendu en référé (*Paris, 17 octobre 2008*) qui avait déclaré recevable la demande d'une copropriété ayant assigné la banque en "restitution" du solde créditeur d'un sous-compte.

Dans ses motifs, la Cour de cassation évoque "la demande en paiement de la provision de 19 173,97 euros".

Elle approuve également la Cour d'appel d'avoir décidé que l'accord du garant était indifférent au seul motif qu'il n'avait pas été demandé par la banque, ce qui est au moins formellement contestable au regard des dispositions de l'article 58 susvisé.

La cour d'appel de Paris a également fait droit à une demande de provision dans un arrêt du 11 juin 2010, dans un cas où la SOCAF, caisse de garantie, avait interdit tout décaissement à la banque Delubac (*Paris, Pôle 1, ch. 4, 11 juin 2010, n° 09/22057, SDC 100 rue Chardon Lagache c./ Delubac et autres*).

De même deux ordonnances de référé rendues le 26 octobre 2007 et le 22 janvier 2008 ont refusé de faire droit à la demande de provision qui était présentée en raison de l'absence de preuve d'une créance "non sérieusement contestable" ce qui autorisait le garant

à refuser son accord (*TGI Nanterre, 26 octobre 2007, n° 07/02582, SDC 25 rue Larmeroux c./ Les Souscripteurs du Lloyd's et TGI Paris, 22 janvier 2008, n° 07/59369 SDC 36 rue Servan c./ Les Souscripteurs du Lloyd's*).

Si par hypothèse il s'agit de fonds appartenant au syndicat, il aurait sans doute été plus judicieux que la demande de déblocage du solde créditeur soit fondée sur l'existence d'un trouble manifestement illicite (article 809 alinéa 1 du Code de procédure civile).

## 2 - Mais à qui sont les fonds ?

Le problème sous-jacent de la distinction "déblocage / mise en œuvre" de la garantie est celui de la propriété des fonds.

a) *Le compte séparé dit "Loi Bonnemaison" ouvert au nom du syndicat*

Il est généralement admis que les fonds déposés sur un compte séparé ouvert au nom du syndicat en application de l'article 18 de la loi du 10 juillet 1965 appartiennent bien à la copropriété.

La jurisprudence est aujourd'hui clairement fixée sur la définition du compte séparé qu'elle distingue (*voir notamment étude précitée, AJDI mars 2011, p. 192*) :

- du compte unique ouvert au nom du syndic ;
- de sous-comptes ouverts au nom du syndic mais pour chaque copropriété.

Le problème de cette distinction s'est souvent posé à l'occasion d'actions tendant à voir juger que le mandat du syndic était nul de plein-droit pour ne pas avoir satisfait à l'obligation d'ouvrir un compte séparé en l'absence de dispense régulièrement votée en assemblée.

La jurisprudence décide très fermement que le sous-compte ouvert au nom du syndicat n'est pas un compte séparé même s'il fonctionne en fait comme un tel compte (*voir*

*notamment Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 9 avril 2008, Administrer juill. 2008, p. 57, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 9 sept. 2009, Administrer déc. 2009, p. 53, Paris, Pôle 4, ch. 2, 16 fév. 2011, Administrer mai 2011, p. 50, Vers., 26 nov. 2012, Loyers et copr. mai 2013, n° 154, Capoulade, Administrer juin 2006, p. 48*).

Le compte sera considéré comme séparé dès lors que son titulaire est bien le syndicat des copropriétaires, représenté par son syndic (*Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 6 juin 2012, Administrer août 2012, p. 58*).

Rappelons ici que la loi ALUR interdit désormais toute dérogation à l'ouverture d'un compte séparé, à l'exception des copropriétés comportant au plus quinze lots à usage de logements, de bureaux ou de commerces ; il s'agit donc de lots principaux (*article 55 de la loi ALUR modifiant l'article 18 de la loi du 10 juillet 1965*).

Le nouveau texte prévoit opportunément que "ce compte bancaire ne peut faire l'objet ni d'une convention de fusion, ni d'une compensation avec tout autre compte", ce qui mettra un terme aux abus, sanctionnés par la jurisprudence (*voir infra* § 2-4).

b) La question de savoir à qui appartiennent les fonds se pose donc pour un compte unique ouvert au nom du syndic, qui en est donc à l'égard de la banque le titulaire.

Plusieurs arrêts ont tranché en faveur des syndicats de copropriétaires en décidant que "les fonds déposés sur [un] sous-compte appartenaient au syndicat", le liquidateur ne revendiquant aucun droit sur ceux-ci pour le compte de la procédure collective (*Cass. com., 2 mars 2010, pourvoi n° 09-12095, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 23 sept. 2009, pourvoi n° 08-18355, Paris, Pôle 1, ch. 4, 11 juin 2010, n° 09/22057*).

Cette analyse a été parfois critiquée au motif que des fonds déposés sur un compte ne peuvent appartenir qu'au

titulaire de celui-ci et non à un tiers, et que la position de la Cour de cassation est de nature à contraindre la banque à analyser le fonctionnement du compte (étude précitée de Christian Meyer, AJDI mars 2011, p. 194).

Cette critique ne semble pas déterminante dès lors que le syndic n'agit qu'en qualité de mandataire de la copropriété, ce que la banque ne peut pas ignorer dès lors que le nom de chaque copropriété apparaît dans le libellé des sous-comptes (Capoulade précité, Administrer juin 2006, p. 48).

En outre, s'il existe une erreur d'imputation, le syndicat en sera bénéficiaire et non pas victime, ce qui ne relève pas de la garantie financière mais d'un paiement indû au profit du syndicat.

On voit donc que sur le plan de la propriété des fonds, l'analyse qui prévaut est l'appartenance des fonds au syndicat, qu'il s'agisse d'un compte séparé ou d'un sous-compte.

### 3 - L'action qui tend à obtenir le déblocage des fonds n'est pas pour autant toujours simple

Le souci d'une copropriété dont la trésorerie peut être "exsangue" est d'obtenir une solution rapide, c'est-à-dire en référé, permettant de débloquer des fonds qui par hypothèse lui appartiennent.

Or des décisions ont pu assimiler, sans doute à tort, les comptes uniques aux comptes séparés ou aux sous-comptes.

Ainsi, l'ordonnance de référé précitée du 22 janvier 2008 a retenu que l'autorisation du garant préalablement à tout versement est obligatoire, quel que soit le type de compte ouvert, et que le syndicat ne détient qu'un droit de créance.

Une autre ordonnance rendue le 19 juin 2009, a fait preuve de la même rigueur, considérant que le syndicat ne produisait ni les relevés de banque de

l'immeuble, ni la balance et le grand-livre, ni les états de rapprochement bancaires (TGI Paris, 19 juin 2009, n° 09/51732, SDC 5 rue Froissart c./ Les Souscripteurs du Lloyd's).

Il n'est pas certain qu'une telle décision serait confirmée en appel – ou au fond – compte-tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la propriété des fonds.

### 4 - Le garant pas d'accord ?

Compte-tenu des dispositions de l'article 58 du décret, l'accord du garant est formellement nécessaire même lorsqu'il s'agit d'une simple demande de déblocage.

En revanche, les conditions exigées devraient être beaucoup plus souples s'il s'agit d'un compte séparé ou même d'un sous-compte.

On peut à cet égard regretter l'absence de précision du texte qui laisse la voie ouverte à l'arbitraire du garant, compte-tenu de la compétence limitée du juge des référés.

En présence de comptes séparés en particulier, on pourrait se satisfaire de la production du dernier relevé bancaire et du procès-verbal de l'assemblée générale désignant le nouveau syndic.

Pourtant, on a vu que certaines décisions rendues en référé et même au fond ont rejeté des actions tendant au déblocage de fonds en l'absence de justification d'une créance certaine, liquide, et exigible (pour une décision au fond : Versailles, 4<sup>e</sup> ch., 21 mai 2013, n° 11/06751).

La jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris semble avoir évolué puisque plusieurs ordonnances de référé du 9 février 2010 ont fait droit à une "demande de restitution [du solde créditeur d'un compte séparé] à titre provisionnel" en relevant que "le refus par le garant de tout retrait des comptes ne doit pas être abusif" (ord.

TGI Paris, 9 février 2010, n° 10/50307, 308, 309).

La loi ALUR reste muette sur ce point, l'exposé des motifs se contentant d'énoncer que l'obligation d'ouvrir un compte séparé apporte une réponse à l'exigence d'une telle justification.

L'exposé des motifs permettra néanmoins de valider la thèse selon laquelle, précisément, l'existence d'un compte séparé devrait dispenser le syndicat de justifier de l'existence d'une créance par la production de documents comptables que le nouveau syndic ne détient pas.

### B - La déclaration de créance : une nécessité ?

La question – importante – s'est posée de savoir si le bénéficiaire de la garantie a l'obligation d'adresser une déclaration de créance lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'égard du professionnel garanti.

La question ne se pose plus dans les mêmes termes depuis la réforme résultant de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004 qui a substitué la notion d'"engagement écrit" à celle de "cautionnement".

Ajoutons que la loi du 26 juillet 2005 a supprimé le principe de l'extinction des créances pour défaut de déclaration au passif (article L. 622-26, voir Thioye précité, p. 110).

En outre, il faut rappeler que l'arrêt rendu le 4 juin 1999 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation a consacré le caractère autonome de la garantie (Cass. Ass. Plén., 4 juin 1999, précité).

C'est la raison pour laquelle il est désormais acquis que "en raison de son autonomie, la garantie financière... n'est pas éteinte lorsqu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'agent immobilier, le client ne déclare pas au passif sa créance de restitution de la somme versée" (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 25 juin

2002, Administrer janv. 2003, p. 49, Paris, Pôle 5, ch. 9, 30 juin 2011, n° 10/17058, SDC 60 av. de St Ouen c./ Les Souscripteurs du Lloyd's).

L'arrêt du 30 juin 2011 est allé assez loin puisqu'il a affirmé que les fonds déposés sur un compte unique demeurent la propriété de chaque syndicat.

Cette décision est allée jusqu'à rejeter une déclaration de créance au motif que les fonds ne faisaient pas partie de l'actif de la liquidation.

Certains auteurs recommandent néanmoins de déclarer par précaution la créance du syndicat (*Agent Immobilier, Moysse et Amoyel*, n° 23-13).

Cette recommandation peut être utile en cas de compte unique, puisque, dans les autres hypothèses, la Cour de cassation considère que les syndicats sont propriétaires des fonds.

Par ailleurs, elle a pu permettre d'obtenir en référé une provision à l'encontre du garant, la cour d'appel de Paris ayant par exemple retenu dans un arrêt du 9 avril 2008 (RG 07/20910 *Lloyd's c./ SDC 55 rue Louis Auguste Blanqui*) que la créance a été admise au passif (ce qui conduit d'ailleurs ledit garant à contester désormais la validité des déclarations de créance).

## C - Production de la créance auprès du garant

1 - On a vu que la mise en jeu de la garantie financière nécessitait la "production" de la créance auprès du garant (question évoquée à propos de la cessation de la garantie).

La mise en œuvre de la garantie ne suppose pas la mise en liquidation du professionnel ou la dénonciation de cette garantie puisque l'article 39 du décret dispose que "pour le consignataire ou le garant, la défaillance de la personne garantie peut résulter d'une sommation de payer suivie de refus ou demeurée sans effet, pendant

un délai d'un mois à compter de la signification de la sommation faite à celle-ci. Si le garant conteste l'existence des conditions d'ouverture du droit au paiement ou le montant de la créance, le créancier peut assigner directement le garant devant la juridiction compétente".

En revanche, le texte impose la justification "que la créance est certaine, liquide et exigible" (alinéa 1).

La jurisprudence fait une application ferme de cette exigence, parfois au-delà même des actions tendant à mettre en œuvre la garantie financière (voir *supra* 2-1 c) et *Thioye précité* n° 293, Cass. civ. 3°, 29 sept. 2009, Administrer mai 2011, p. 61, Paris, 27 mars 2013, RG 09/15077, Versailles, 4<sup>e</sup> ch., 21 mai 2013, RG 11/06751, Paris, Pôle, ch. 2, 27 nov. 2013, RG 12/06445).

La difficulté tient donc à la nature des éléments de preuve à produire, éléments qui ne sont pas toujours en possession du créancier.

L'ordonnance précitée du 19 juin 2009 reprend les exigences formulées par le garant : relevés de banque de l'immeuble, balance, grand-livre, états de rapprochement bancaires (*TGI Paris*, 19 juin 2009, n° 09/51732, SDC 5 rue Froissart c./ Les Souscripteurs du Lloyd's).

En outre, le solde de trésorerie doit être arrêté au jour de la cessation des fonctions du syndic (*Paris, Pôle 4, ch. 2, 29 sept. 2010, Administrer mai 2011, p. 51*).

## 2 - Une bouée de sauvetage : le recours à une expertise

Lorsque le demandeur – en l'occurrence le syndicat des copropriétaires – n'est pas en mesure de démontrer que sa créance est certaine, liquide et exigible, la jurisprudence récente tend à admettre qu'une expertise puisse être ordonnée (nombreuses décisions, pour des exemples récents : Versailles, 4<sup>e</sup> ch., 21 mai 2013, précitée, Paris, Pôle, ch. 2, 27 nov. 2013, précitée).

Il est vrai que des syndicats, déjà exsangues financièrement, peuvent être réticents à demander une telle mesure, mais la prudence commande de formuler cette demande au moins à titre subsidiaire.

Un arrêt rendu le 19 mars 2014 par la cour d'appel de Paris, a confirmé que la preuve du caractère certain, liquide et exigible de la créance peut être établie par une expertise au visa de l'article 1315 du Code civil, en l'absence même de rapprochements bancaires (*Paris, Pôle 4, ch. 2, 19 mars 2014, RG 07/12849, SDC 13/15 rue Gudin c./ Lloyd's*).

Certains arrêts ont même accordé à des syndicats des provisions "ad litem" leur permettant de financer les frais de l'instance, la Cour de cassation ayant relevé que "l'allocation d'une provision ad litem sur le fondement de l'article 809 alinéa 2 du Code de procédure civile n'est pas subordonnée à la preuve de l'impécuniosité de la partie qui en sollicite" (Cass. civ. 2°, plusieurs arrêts du 18 juin 2009, pourvoi n° 08-14865 et autres).

Le risque est de se voir opposer par la banque le secret bancaire, d'où l'intérêt d'appeler dans la cause à la fois le garant, la banque et le liquidateur afin que le titulaire du compte ou son représentant puisse se faire communiquer les relevés bancaires.

## D - La banque : un témoin passif ou un acteur responsable ?

Dans la plupart de ces litiges, la banque a été appelée dans la cause :

- soit pour débloquer le solde créditeur d'un compte : elle est alors partie au litige, mais n'est "invitée" qu'à remettre des fonds qui ne sont pas les siens ;
- soit pour communiquer les relevés bancaires ou se voir déclarer la décision opposable : elle est alors un acteur discret et secret [dans la mesure où elle s'abrite derrière le secret bancaire] (*Paris, 14<sup>e</sup> ch. B, 17 oct. 2008, n° 08/03393 Delubac c./ SDC 5 rue Charcot*).

Ce secret a par exemple mis en échec la désignation par le tribunal de commerce d'un mandataire *ad hoc* afin de réclamer à la banque les fonds mandants (voir étude précitée, AJDI mars 2011, p. 195 et article L. 511-33 du Code monétaire et financier).

Il arrive néanmoins que la responsabilité de la banque soit recherchée dans des hypothèses où elle a prétendu faire une application excessive d'une prétendue autonomie du droit bancaire.

Il s'agit d'espèces dans lesquelles le syndic avait ouvert un compte unique ainsi que des sous-comptes pour chaque immeuble.

Appliquant une convention de fusion mise en place en accord avec le syndic, la banque avait pris l'initiative de fusionner les sous-comptes de certains syndicats.

Dans plusieurs arrêts, la cour d'appel de Paris a retenu la responsabilité de la banque en relevant qu'elle ne pouvait ignorer le grave préjudice causé au syndic, ce préjudice s'analysant en la perte de chance d'obtenir la garantie du garant, faute de pouvoir justifier d'une créance certaine, liquide et exigible (Paris, Pôle 4, ch. 2, 27 nov. 2013, RG

12/06448, Paris, Pôle 4, ch. 2, 4 déc. 2013, RG 12/06454, Paris, Pôle 4, ch. 2, 18 déc. 2013, RG 12/06513).

Relevons que l'article 18 modifié par la loi ALUR dispose désormais que **"ce compte bancaire [séparé] ne peut faire l'objet ni d'une convention de fusion, ni d'une compensation avec tout autre compte"**.

## CONCLUSION

Ces réflexions permettront au moins d'illustrer les difficultés auxquelles peut se heurter la mise en œuvre de la garantie financière.

Elles permettent de répondre à deux interrogations :

**1<sup>re</sup> interrogation :** la loi ALUR, en imposant l'ouverture d'un compte séparé, va-t-elle rendre inutile la souscription d'une garantie financière ?

On peut répondre négativement pour deux raisons :

- la loi ALUR prévoit une possibilité de dérogation pour les petites copropriétés (voir avant) ;
- l'existence d'un compte séparé ne protège pas totalement un syndic puisqu'il sera géré par le syndic.

En revanche, l'appréciation du risque devrait être impactée, avec pour conséquence une baisse souhaitable des primes.

**2<sup>e</sup> interrogation :** la loi ALUR permet-elle de répondre efficacement à la difficulté de démontrer l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible ?

On répondra également négativement puisque les conditions auxquelles le garant peut subordonner le déblocage des fonds appartenant au syndicat ne sont toujours pas précisées.

S'il reste un peu d'énergie au législateur, il pourrait être bien inspiré d'adapter la rédaction des articles 58 et 70 du décret du 20 juillet 1972.

Quant aux garants, on peut espérer que leur position sera inspirée de l'exposé des motifs qui sous-entend que lorsque le compte est séparé, le blocage des fonds ne se justifie plus.

Un dernier mot : tout cela ne doit pas jeter le discrédit sur les professionnels de l'immobilier : en 1996, le taux de sinistre n'était que de 0,06 % (étude précitée, Administrer mars 1998, p. 23). ■